

ÍNDICE

RESUMEN	7
ABSTRACT	7
RESUMO	8
ABREVIATURAS	9
INTRODUCCIÓN.....	13
CAPÍTULO I – LA GLOBALIZACIÓN Y SUS EFECTOS	16
1. Orígen.....	17
2. Los efectos de la globalización en el Estado de Derecho.....	21
2.1. Pros y contras de la globalización.....	25
2.2 Globalización y la crisis económica actual.....	29
3. Deslocalización	34
4. Normas Internacionales del Trabajo.....	50
5. Normas de la Unión Europea	56
6. El control como utopía	65
CAPÍTULO II – LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA	75
1. Consideraciones conceptuales previas	75
2. Flexibilización.....	89
3. Externalización: un fenómeno económico multidireccional	92
3.1 Origen y causas.....	92

3.2	Concepto	109
3.3	Ventajas y Desventajas	114
4.	Cesión ilegal como límite de la descentralización	120
5.	Nuevas formas de organización empresarial: proyecciones jurídicas de la descentralización productiva en los derechos de los trabajadores.....	142
5.1	Grupos de empresa.....	143
5.1.1	<i>Agrupaciones de empresas</i>	162
5.1.2	<i>Agrupaciones de interés económico</i>	165
5.2	Outsourcing.....	167
5.2.1	<i>Concepto</i>	167
5.2.2	<i>Outsourcing versus subcontratación</i>	174
5.2.3	<i>Evolución</i>	177
5.2.4	<i>Clases</i>	178
5.2.5	<i>Pros y contras</i>	180
5.2.6	<i>Algunas consecuencias producidas por el outsourcing en las condiciones laborales</i>	184
5.2.7	<i>Primeras líneas respecto de la responsabilidad empresarial en los casos de outsourcing y últimas consideraciones sobre el tema</i>	186
5.3	Empresas de Trabajo Temporal	189
5.4	Filialización	198
5.5	Franquicias.....	214

5.6 Transmisión de empresa	228
5.6.1 <i>Concepto</i>	228
5.6.2 <i>Requisitos</i>	232
5.6.3 <i>Traspaso de mano de obra</i>	237
5.6.4 <i>Posibles actuaciones en fraude de Ley</i>	241
5.6.5 <i>La utilización de la transmisión por los Grupos de Empresas y por las Empresas filiales.</i>	242
5.6.6 <i>La perspectiva del trabajador en los supuestos de transmisión empresarial</i>	244
5.6.7 <i>Despido lícito e ilícito</i>	247
5.6.8 <i>Convenio Colectivo aplicable</i>	250
5.7 Redes de Empresas	251
5.8 Empresas Multiservicios	261
5.9 Empresas Multinacionales	270
5.10 Trabajador Autónomo	285
5.10.1 <i>El auge del trabajo en régimen de auto-organización</i>	285
5.10.2 <i>Falsos Autónomos</i>	291
5.10.3 <i>La crisis de la subordinación jurídica</i>	295
5.10.4 <i>Trabajadores Autónomos Económicamente Dependientes (TRADE)</i>	304
CAPÍTULO III – Análisis de un supuesto con repercusión especial: la subcontratación en el sector de la construcción civil en España	311

1. Algunas características de la subcontratación en este ámbito específico: de lo general a lo particular	311
2. Ley 32/2006.....	324
2.1 Objeto.....	324
2.2 Fundamentos	327
2.3 Protección de la seguridad y salud de los trabajadores.....	333
2.4 Disminución del alto nivel de siniestralidad laboral.....	334
2.5 Aspectos positivos y negativos de la subcontratación	336
2.6 Ámbito de aplicación	338
2.6.1 <i>Obras de construcción</i>	339
2.6.2 <i>Obras privadas</i>	340
2.6.3 <i>Obras públicas</i>	345
2.7 Definición de los agentes que intervienen en el proceso constructivo	353
2.7.1 <i>Promotor</i>	354
2.7.2 <i>Director Facultativo</i>	356
2.7.3 <i>Coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra</i>	358
2.7.4 <i>Contratista o Empresario principal</i>	359
2.7.5 <i>Subcontratista</i>	361
2.7.6 <i>Trabajador autónomo</i>	363
2.7.7 <i>Subcontratación</i>	364

2.7.8	<i>Nivel de Subcontratación</i>	365
2.7.9	<i>La Unión Temporal de Empresas a los efectos de la Ley 32/2006</i>	366
2.7.10	<i>Contrato fijo de obra</i>	369
2.8	Requisitos exigibles	381
2.8.1	<i>Las formalidades de la subcontratación</i>	381
2.8.2	<i>Libro de la subcontratación. Acreditación y Registro</i>	383
2.9	Limitación de la subcontratación y libertad de la empresa como garantía constitucional.....	389
2.10	Estabilidad en el empleo	391
CAPITULO IV – La descentralización como fenómeno para la huida del Derecho del Trabajo: principales consecuencias a la luz de las últimas reformas		
		401
1.	El problema de la identificación del sujeto empleador	401
1.1.	La desmembración jurídica del empleador típico.....	403
1.2	Empresario real versus empresario ficticio.....	409
1.3	Supuestos especialmente problemáticos	411
1.3.1	<i>La doctrina del “levantamiento del velo” ante una pluralidad de empleadores</i>	411
1.3.2	<i>El régimen de responsabilidad solidaria: diferencias entre el ordenamiento español y portugués</i>	414
1.3.3	<i>Otras alternativas: la “desconsideración” de la personalidad jurídica</i>	422
1.3.4	<i>Un supuesto a considerar: el caso francés.....</i>	423

2.	Precarización de las condiciones de trabajo.....	426
2.1	Temporalidad.....	430
2.2	Minoración de la retribución.....	432
2.3	Reformas flexibilizadoras de las condiciones laborales.....	436
2.4	Indemnizaciones por despido y salarios de tramitación: incidencia de las últimas modificaciones normativas.....	439
2.5	La intensificación de la jornada de trabajo.....	443
3.	Déficit en la Protección Social.....	444
4.	Los riesgos para la salud y seguridad laboral.....	451
4.1	Trabajadores autónomos.....	460
4.2	Coordinación empresarial.....	468
5	Crisis en el Sindicalismo clásico.....	477
5.1	Los motivos del declive.....	478
5.1.1	<i>Los escasos índices de afiliación.....</i>	<i>479</i>
5.1.2	<i>La negociación individual en las PYMES.....</i>	<i>483</i>
5.1.3	<i>El factor crisis.....</i>	<i>485</i>
5.2	Algunas soluciones presentadas por la doctrina al adelgazamiento del poder sindical.....	487
	CONCLUSIONES.....	492
	CONCLUSÃO.....	507
	BIBLIOGRAFIA.....	522

RESUMEN

La difusión de la información y de la comunicación, así como las transformaciones económicas, técnicas, organizativas y de producción, consecuencia de la globalización, han producido un cambio en las dos partes de la relación laboral. Por una parte, las empresas han modificado su estructura tradicional con el fin de conseguir una mejor adaptación al nuevo entorno. No en vano una entidad productiva más flexible y descentralizada es más competitiva y responde con más agilidad a las exigencias de un mercado global. Por otro lado, la figura del trabajador típico, a quien el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ha dedicado tradicionalmente su atención como sujeto contractual más débil, pasa a ser más vulnerable y a estar menos protegido, máxime en los momentos actuales de crisis económica y de escasez de empleo.

ABSTRACT

The spread of information and communication, such as economical, technological, organizational transformation and that linked to production, which are a consequence of globalization, has produced changes in both sides of the employment relationship. On one hand, companies have modified the traditional structure in order to be able to adapt better to the new working environment, knowing that a more flexible and decentralized productive entity is much more competitive and able to meet the specific requirements of the global market. On the other hand, the regular employee, which Employment Law and Social Security has traditionally attended to as the weaker party in a contractual agreement, becomes yet more vulnerable and less protected, especially in times of economic crisis and under-employment.

RESUMO

A difusão da informação e da comunicação, assim como as transformações económicas, técnicas, organizacionais e de produção, consequência da globalização, têm produzido uma mudança nas duas partes da relação laboral. Por um lado, as empresas têm modificado a sua estrutura tradicional com o objectivo de conseguir uma melhor adaptação ao novo contexto. Deste modo, uma estrutura mais flexível e descentralizada é mais competitiva e responde com mais agilidade às exigências de um mercado global. Por outro lado, a figura do típico trabalhador, a quem o Direito do Trabalho tem dedicado tradicionalmente a sua atenção como o sujeito contratual mais débil, passa a ser mais vulnerável e a estar menos protegido, principalmente nos momentos atuais de crise económica e de escassez de emprego.

ABREVIATURAS

AA.VV.	= Autores Varios
AEIE	= Agrupaciones Europeas de Interés Económico
AIE	= Agrupación de Interés Económico
AL	= Revista Actualidad Laboral
ALADI	= Asociación Latinoamericana de Integración
Art.	= Artículo
AS	= Revista Aranzadi Social
BOE	= Boletín Oficial del Estado
CARICOM	= Comunidad del Caribe
CC	= Código Civil de 24 de julio 1889.
CE	= Constitución Española de 1978, de 31 de octubre
CC OO	= Comisiones Obreras
CGSC	= Colectivo General del Sector de la Construcción
CEAP	= Cooperación Económica Asia-Pacífico
CEF	= Centro de Estudios Financieros
CEOE	= Confederación Española de Organizaciones Empresariales
CEPYME	= Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa
cit.	= Obra citada
CNAE	= Clasificación Nacional de Actividades Económicas
Coord.	= Coordinador
CP	= Código Penal, Ley Orgánica núm. 10/1995 de 23 de noviembre.
CIE	= Revista Colección Informes y Estudios
CIOSL	= Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres
CSI	= Confederación Sindical Internacional
CUT	= Central Única dos Trabalhadores
D.	= Decreto
DGT	= Dirección General de Trabajo
Dir./s	= Director/es

DL	= Revista Documentación Laboral
DA	= Disposición adicional
Disp. Final	= Disposición Final
Disp. Transit.	= Disposición Transitoria
Ed.	= Edición
Edts.	= Editores
ETT	= Empresas de Trabajo Temporal
ET	= Estatuto de los Trabajadores
EU	= Empresa Usuaria
FECOMA	= Federación Estatal de Madera, Construcción y Afines de C.C.OO.
FSM	= Federaciones Sindicales Mundiales
G-7	= Grupo de los 7 países más industrializados del mundo, formado por Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y Reino Unido
G-8	= Grupo de los 7 más Rusia
ICM	= Sindicato Internacional de Trabajadores de la Construcción y la Madera
JL	= Revista Justicia Laboral
LCSP	= Ley 30/2007 de 30 de octubre derogada por el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Real Decreto Legislativo núm. 3/2011 de 14 de noviembre.
LETA	= Estatuto del Trabajador Autónomo, Ley 20/2007 de 11 de julio.
LETT	= Ley 14/1994 de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal.
LGSS	= Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto 1/1994 de 20 de junio.
LISOS	= Real Decreto-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LO	= Ley Orgánica
LOE	= Ley de Ordenación de la Edificación, Ley 38/1999 de 5 de

	noviembre.
LPRL	= Prevención de Riesgos Laborales, Ley 31/1995 de 8 de noviembre.
LSA	= Ley de Sociedades Anónimas, Real Decreto 1564/1989 de 22 de diciembre, derogada por la Ley de Sociedades de Capital, Real Decreto 1/2010 de 2 de julio.
LSSC	= Ley de Subcontratación en el Sector de la Construcción, Ley 32/2006 de 18 de octubre.
LTr	= Revista Legislação Trabalhista
MERCOSUR	= Mercado Común del Sur
MCCA	= Mercado Común Latinoamericano
MTAS	= Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
MTSS	= Ministerio de Trabajo y Seguridad Social
MS	= Revista Mapfre Seguridad
núm.	= Número
OCDE	= Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OEA	= Organización de Estados Americanos
OIT	= Organización Internacional del Trabajo
OMC	= Organización Mundial del Comercio
ONG	= Organización No Gubernamental
ONU	= Organización de las Naciones Unidas
OTAN	= Organización del Tratado del Atlántico Norte
p.	= Página
pp.	= Páginas
PACTO ANZUS	= Pacto Australia-Nueva Zelanda-EUA
PYME	= Pequeña y mediana empresa
PROGRESS	= Programa Comunitario para el Empleo y la Solidaridad Social
QCS	= Revista Quaderns de Ciències Socials
RAE	= Real Academia Española
RD	= Real Decreto
RDJIS	= Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales
RDL	= Real Decreto-Ley

RDS	= <i>RDS</i>
RDT	= Revista de Direito do Trabalho
REA	= Registro de Empresas Acreditadas
REDT	= Revista Española de Derecho del Trabajo
REM	= Revista de Economía Mundial
RIT	= Revista Internacional del Trabajo
RL	= Revista de Relaciones Laborales
RESSA	= Revista de Estudios Sociales y Sociología Aplicada
RNS	= Revista Nueva Sociedad
RS	= Recurso de Suplicación
RTSS	= Revista del Trabajo y de la Seguridad Social
SELA	= Sistema Económico Latinoamericano
ss.	= Siguietes
STS	= Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social)
STSJ	= Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Social)
TRLCSP	= Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, Real Decreto 3/2011 de 14 de noviembre.
TL	= Revista Temas Laborales
TLC	= Tratado de Libre Comercio
TRADE	= Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente
TUAC	= Comité Consultivo Sindical
UE	= Unión Europea
UGT	= Unión General de Trabajadores
UTE	= Unión Temporal de Empresas
Vol.	= Volumen

INTRODUCCIÓN

El exceso de economicismo e individualismo que acompaña a la globalización hace que los derechos sociales que los trabajadores han conseguido, con grandes esfuerzos y luchas, estén ahora en peligro. La falta de mantenimiento de unas condiciones laborales mínimas es un síntoma de una sociedad más libre económicamente, pero al mismo tiempo más expuesta a la pobreza y a la marginación.

La constante búsqueda empresarial por conseguir mayor rentabilidad y competitividad, ha provocado, por un lado, la deslocalización y, por otro, la descentralización. Estos dos fenómenos, a pesar de ser totalmente distintos, presentan el mismo objetivo: disminuir los costes de la empresa para ser más competitiva y, consecuentemente, aumentar los beneficios.

La deslocalización ha sido posible debido a la difusión de la información y una mejora en el transporte, frutos, a su vez, de la globalización. Se trata de un fenómeno empresarial donde las organizaciones de países desarrollados deciden desplazar su producción hacia países subdesarrollados o en vías de desarrollo, para lograr su objetivo, a través de una mano de obra más barata y de incentivos fiscales o geográficos, entre otros, proporcionados por el país receptor.

Esta opción empresarial, muy atractiva desde el punto de vista de la rentabilidad, produce, por un lado, un avance en el país destino de debido a la inversión extranjera, pero, al mismo tiempo, al ser la normativa menos exigente, los trabajadores están cada vez menos cubiertos por la protección social estatal y por la legislación laboral estándar. Por otro lado, en el antiguo país industrializado se incrementa el desempleo y caen los niveles salariales y el poder adquisitivo.

Por otra parte, los cambios en la economía y en la sociedad han llevado a las empresas a replantear su sistema interno de organización empresarial. El mercado global exige una empresa más flexible, más especializada y que sea competitiva en el mercado internacional. Una forma de reorganizar el sistema de producción ha sido centrar esfuerzos en el desarrollo de la actividad principal y descentralizar en otras entidades actividades consideradas secundarias o que poseen un coste de producción inviable.

A través de la descentralización productiva, la organización empresarial tiene la oportunidad de invertir en su actividad principal lo que le permitirá destacar en el escenario económico y, al mismo tiempo, podrá obtener una prestación de servicio especializado a un precio mucho más reducido, mediante acuerdos de cooperación empresarial con otras empresas y/o trabajadores autónomos.

El cambio en la forma de producción empresarial ha provocado, al tiempo, una alteración en la forma de contratar a los trabajadores. Estructuras más reducidas y la necesidad de atender un mercado fluctuante donde la producción en ciertos meses, debido a las oscilaciones de la demanda, se duplica y en otros se reduce considerablemente, hicieron surgir la necesidad de contar con una plantilla de trabajadores más flexible, que fueran capaces de atender a los picos de producción sin incrementar la masa salarial.

Ahora bien, la rebaja de ciertos derechos del trabajador, la proliferación de los contratos temporales, la pérdida de la efectividad de los sindicatos, la dificultad de identificar al verdadero empleador, los altos índices de desempleo, y la consecuente exclusión social, entre otras cuestiones, son factores que contribuyen a la precariedad laboral y que han de ser tenido muy en cuenta por el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

De ahí la importancia de un ordenamiento jurídico laboral más actual y compatible con las necesidades presentadas por la sociedad moderna, so pena de la desaparición o inaplicación de algunas instituciones consagradas desde hace muchos años en lo que se conoce como el fenómeno de la huida del Derecho del Trabajo.

Por un lado, la excesiva protección del trabajador y la rigidez de las instituciones laborales han desembocado en el encarecimiento de la producción y en la pérdida de eficiencia y competitividad de las empresas, han conllevado a la modificación del sistema de producción, sea a través de la deslocalización o de la descentralización productiva, en aras a una mayor rentabilidad. Por otro, y como envés, se han generado efectos negativos sobre el empleo y un recorte en las garantías y derechos de los trabajadores. Un inadecuado nivel de protección social no debería ser sustituido, sin embargo, por un trabajo precario, o por la marginalización y la exclusión social de los trabajadores. Sólo con el mantenimiento de algunas garantías y derechos de los trabajadores considerados como imprescindibles o mínimos sería posible preservar la

dignidad de la persona humana como ciudadano, cuyas prerrogativas deben ser respetadas incluso en momentos difíciles, debido a la falta de empleos que acompaña la crisis económica actual.

Bajo tales premisas, debido al gran interés que la descentralización productiva como fenómeno empresarial viene demostrando en los últimos años, existe un gran número de estudios dedicados a esta materia, pero es necesario abordar un renovado enfoque capaz de atender las nuevas necesidades de tutela de los trabajadores en un contexto económico adverso, en un justo equilibrio con los intereses patronales.

Sin pretensión de agotar la materia, el marco teórico del presente estudio se centra en el análisis de las nuevas formas de empresa originadas a partir de la globalización y sus consecuencias para los derechos y garantías de los trabajadores.

Procede aclarar, finalmente, que la metodología utilizada en este trabajo, en lo que se refiere a las expresiones utilizadas por la doctrina y que están en otro idioma aparecen redactadas en cursiva. También es menester destacar que la bibliografía extranjera ha sido consultada en su versión original y la traducción e interpretación han sido realizadas por la doctoranda.

CAPÍTULO I – LA GLOBALIZACIÓN Y SUS EFECTOS

Ninguna duda cabe de que el Derecho del Trabajo “se desarrolla con mucha proximidad respecto a la realidad económico-social, a la realidad histórica”¹, razón por la cual “la norma laboral nacida al ritmo de los problemas sociales, muere frecuentemente en cuanto que tales problemas se solucionan o se sustituyen por otros nuevos, que darán lugar a disposiciones normativas también nuevas”².

Se diferencia, pues, de otras disciplinas jurídicas en que, debido a las numerosas y constantes exigencias de actualización a las que está sujeta³, se hace necesaria su adaptación periódica a la realidad socioeconómica actual, máxime cuando todas las alteraciones ocurridas en la economía inciden de forma significativa en las relaciones laborales⁴.

Muchos de estos cambios socioeconómicos están provocados por la globalización que, junto con la proliferación del acceso a las nuevas tecnologías, ha contribuido a una desprotección social aguda. Eso hace que cada vez menos trabajadores tengan cubiertos sus derechos laborales, sobre todo en los países que pretenden atraer capital extranjero, ofreciendo una mano de obra barata y una normativa laboral poco severa⁵.

Esta situación ha sido frecuente sobre todo en los últimos años, ya que las empresas, para poder sobrevivir en un mercado cada vez más competitivo, presionan a sus gobiernos para que ablanden las normas de protección social. Al mismo tiempo, estas empresas también buscan otras alternativas para encontrar nuevas formas de aumentar su productividad y abaratar los costes del trabajo⁶.

¹ MONTALVO CORREA, J., *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Madrid (Ed. Civitas), 1975, p. 234.

² BARREIRO GONZÁLEZ, G., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Reflexiones sobre el presente y futuro del Derecho Español del Trabajo*, Curitiba (Ed. Juruá), 2007, p. 55.

³ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo”, *RL*, núm. 21, 1987, p. 9.

⁴ BARREIRO GONZÁLEZ, G., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Reflexiones sobre el presente y futuro del Derecho Español del Trabajo*, cit., p. 136.

⁵ CIOSL: “El mercado mundial: un reto primordial para el sindicalismo”, en AA.VV. (ARRIOLA, J., Ed.): *Globalización y sindicalismo: Perspectivas de la globalización*, vol. 1, Alzira (Ed. Germania Gerveis Gráficos), 2001, pp. 152 y 153. Las multinacionales a menudo escapan “de la fuerza reguladora de los sistemas de relaciones industriales nacionales”, HYMAN, R., “¿Una agenda emergente para los sindicatos obreros?”, en AA.VV. (ARRIOLA, J., Ed.): *Globalización y sindicalismo: Sindicalismo y nuevo orden mundial*, vol. 2, Alzira (Ed. Germania Gerveis Gráficos), 2001, p. 86.

⁶ BARREIRO GONZÁLEZ, G., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Reflexiones sobre el presente y futuro del Derecho Español del Trabajo*, cit., p. 136.

Una de las alternativas encontradas por estas corporaciones, que no deja de ser una consecuencia de la globalización, es la deslocalización de la producción que es una “búsqueda continua por aunar tecnología de punta con bajos costes laborales directos o indirectos”⁷.

La existencia de una globalización sin control puede llegar a poner en peligro la concreción de la principal función del Derecho del Trabajo, cual es proteger y otorgar condiciones dignas para que el trabajador desarrolle su labor. Es decir, todos aquellos derechos sociales que se han conquistado con grandes luchas y esfuerzos durante años es probable que lleguen a caer en desuso o, al menos, se tambaleen sus cimientos. Eso se debe al hecho de que el progreso de una economía más liberal aprisiona a la sociedad, en virtud de la llamada "internacionalización del sistema de necesidades"⁸, y al mismo tiempo, puede generar un retroceso en el Derecho del Trabajo.

Debido a la importancia que la globalización tiene en las relaciones laborales, además de ser totalmente pertinente para el tema propuesto, hace falta reflexionar sobre sus puntos más significativos para saber de qué forma las nuevas formas de empresas van adaptándose a un nuevo contexto socioeconómico.

1. Orígen

La globalización, definida como la “tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales”⁹, tuvo su inicio muchos años atrás, en la época de la colonización, cuando el hombre occidental comenzó a descubrir nuevos espacios geográficos desconocidos hasta la fecha, en especial africanos y americanos, que supusieron nuevos mercados y áreas de colonización. Sin embargo, tal acontecimiento sólo fue realmente debatido

⁷ APARICIO TOVAR, J., “Los derechos sociales ante la internacionalización económica”, en AA.VV. (MONEREO PEREZ, J.L., Coord.): *La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida. Puntos críticos*, Granada (Ed. Comares), 1999, p. 19.

⁸ ALONSO OLEA, M., “El trabajo como bien escaso”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Córdoba (Ed. Caja de Ahorros), 1983, pp. 12 y 15.

⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de Lengua Española*, 22ª edición, disponible en <http://buscon.rae.es/draeI/>.

como un fenómeno económico, social, cultural y jurídico, a finales del siglo XIX y principios del XX¹⁰, cuando se analizaron las consecuencias políticas y sociales de dicha internacionalización. Esta realidad evolucionó con la apertura de los puertos, con el desarrollo de las tecnologías y de la información, la ampliación del comercio a un nivel internacional, la caída de las barreras fronterizas de la economía, la formación de una Sociedad Internacional compuesta por 189 Estados Miembros, la mundialización de las culturas, del conocimiento y del uso de una “*lingua franca*” internacional, que como es sabido es el inglés.

Este es uno de los acontecimientos socioeconómicos más en boga actualmente, fruto del cual nace una gama de nuevos conceptos en áreas tan diversas como la jurídica, económica, social, tecnológica, religiosa, o ambiental, entre otras. Constituye “un proceso de integración de los mercados nacionales en un mercado global. Por supuesto, no sólo existen mercados de productos sino asimismo de lo que los economistas denominan factores de producción – esencialmente el capital y la mano de obra (aunque se podría añadir la cualificación). Así, la globalización es tanto el proceso de formación de mercados globales de productos como de factores de producción”¹¹.

Aun cuando las grandes universidades norteamericanas fueron las primeras en utilizar el término globalización en sus cursos de gestión de empresas, en un intento de profundizar en los beneficios de la liberación y de la desreglamentación económica a escala mundial, a principios de los años 80, lo cierto es que ya en 1848 los socialistas Karl Marx y Friedrich Engels, en el análisis sobre el capitalismo y su desarrollo en el discurso proferido en el Manifiesto Comunista de ese mismo año, dejaron constar que “mediante la explotación del mercado mundial, la burguesía dio un carácter cosmopolita a la producción y al consumo en todos los países. Con gran sentimiento de los reaccionarios, ha quitado a la industria su base nacional. Las antiguas industrias nacionales se han ido desintegrando progresivamente. Son suplantadas por nuevas industrias, cuya introducción se convierte en cuestión vital para todas las naciones civilizadas, que ya no emplean materias primas indígenas sino aquéllas venidas de las más lejanas regiones del mundo, y cuyos productos no sólo se consumen en el propio país, sino en todas las partes del globo. En lugar de las antiguas necesidades, satisfechas con productos nacionales, surgen necesidades nuevas, que reclaman para su satisfacción

¹⁰ FARIA, J. E., *El derecho en la economía globalizada*, Madrid (Ed. Trotta, S.A.), 2001, p. 50.

¹¹ GHOSE, A. K., *Empleos y rentas en un mundo globalizado*, Madrid (Ed. MTAS), 2004, p. 19.

productos de los países más apartados y con climas más diversos. En lugar del antiguo aislamiento de las regiones y naciones que se bastaban a sí mismas, se establece un intercambio universal de las naciones, una interdependencia universal de las naciones. Y esto se refiere tanto a la producción material, como a la producción intelectual. La producción intelectual de una nación se convierte en patrimonio común de todas. La estrechez y el exclusivismo nacional resulta de día en día más imposible; de las numerosas literaturas nacionales y locales se forma una literatura universal¹².

A partir de este momento se confirma lo que años atrás ya se sabía: que ninguna sociedad es autosuficiente, que un país necesita del otro, de sus materias primas, de sus bienes y servicios, que el intercambio de informaciones, de productos alimenticios y de manufacturas, es totalmente necesario e imprescindible para cualquier Estado; la autosuficiencia económica, que tal vez jamás existió, deja de ser un concepto usual, porque lo que existe en realidad es un único mercado, un mercado globalizado.

Desde los años ochenta hasta hoy, el mundo contemporáneo intenta buscar el modo más correcto y suficientemente capaz de explicar qué es el fenómeno de la globalización.

Se puede explicar, así, la globalización como “un fenómeno complejo, multifacético y dinámico, pudiendo ser reducida, en su más íntima esencia, a la expansión y profundización de la economía capitalista y de sus postulados teóricos, tales como libre competencia, mercado, libre cambio, incremento de exportaciones, etc.”¹³.

Al utilizar la expresión “fenómeno” ya se está de alguna manera limitando tal concepto, que de hecho es un conjunto de procesos interrelacionados, en los que la globalización consiste realmente en “conjuntos diferenciados de relaciones sociales; diferentes conjuntos originan diferentes fenómenos de globalización; en estos términos no existe estrictamente una entidad única llamada globalización; existen en vez de eso

¹² MARX C. y ENGELS F., “Manifiesto Comunista de 1848,” Londres, febrero de 1848. <http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages/Marx/ManifiestoComunista.htm>

¹³ ERMIDA URIARTE, O., “Globalización y Relaciones Laborales”, ponencia presentada en el III Congreso Regional de las Américas y publicada en la Revista de Relaciones Laborales, *Las relaciones de trabajo en el Siglo XXI*, Lima 1999, p. 2. Disponible en: <http://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2011/06/globalizacion-y-relaciones-laborales-oscar-ermida.pdf>

globalizaciones”¹⁴. De modo que se puede definir la globalización “como un proceso por el cual determinada condición o entidad local extiende su influencia para todo el globo y, al hacerlo, desarrolla la capacidad de designar como local otra condición social o entidad rival”¹⁵.

En suma, la globalización o mundialización, como se prefiera, no es un fenómeno actual, pero sin duda es el más importante de los últimos tiempos, poseyendo una definición extremadamente compleja, en la que tampoco se puede precisar con exactitud su origen y su inicio.

Los cambios producidos por tal fenómeno se producen a nivel mundial, es decir, los mismos efectos sufridos por un sistema cercano son encarados por otros sistemas en el exterior. Dependiendo de la localización geográfica del sistema afectado, sus consecuencias serán positivas y/o negativas. No obstante, lo que es sencillo y de fácil reconocimiento es que algo ha cambiado en la vida de cada uno de los habitantes del planeta, desde la comunidad más recóndita a las grandes urbes mundiales.

Siguiendo este mismo razonamiento se puede insistir en el hecho de que la globalización es un conjunto de varios fenómenos, un proceso contradictorio con consecuencias generales, que por un lado despierta compasión y solidaridad, y en otros casos ocasiona desigualdades, pobreza y desilusión. Es decir, junto con “la globalización de la economía en general está su previa, o simultánea regionalización”¹⁶, es un complejo haz de luces y sombras sobre los que se insistirá en las páginas siguientes.

Junto a ello, otros efectos se dejan sentir por la internacionalización de los mercados financieros, de capitales y de trabajo. “Los gobiernos nacionales han sentido crecientemente el desequilibrio entre el limitado margen de maniobra de que disponen y los imperativos resultantes básicamente no de las relaciones de comercio a nivel mundial, sino de las relaciones de producción tramadas globalmente”¹⁷.

¹⁴ DE SOUSA SANTOS, B., *A gramática do tempo para uma nova cultura política*, vol.4, São Paulo (Ed. Cortez), 2006, pp. 437 y 438.

¹⁵ DE SOUSA SANTOS, B., *A gramática do tempo para uma nova cultura política*, vol.4, cit., pp. 437 y 438.

¹⁶ SUÁREZ GONZÁLEZ, F., “La respuesta del Derecho del Trabajo a la globalización económica: planteamiento general”, en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *La globalización económica y el Derecho del Trabajo*, Oviedo (Ed. Consejería de Industria y Empleo/Universidad de Oviedo), 2006, p. 24.

¹⁷ FARIA, J. E., *El derecho en la economía globalizada*, cit., p. 44.

Aumentar el número de consumidores ofreciendo productos de precio y calidad atractivos, y buscar de forma general la producción de riqueza, sigue siendo la mayor meta de la globalización, que, para eso, tiene como una de sus principales herramientas la descentralización productiva¹⁸.

2. Los efectos de la globalización en el Estado de Derecho

La modernización, por así decirlo, no ocurre en un sector o sistema en concreto, pues cuando hay un cambio en la economía automáticamente se produce un cambio en la sociedad, en su cultura, en sus costumbres, en sus formas de trabajo, en sus normas, etc. Un factor estimula a otro. Los procesos están interrelacionados entre sí, si bien entre estos procesos destacan: “la creciente autonomía adquirida por la economía en relación a la política; la emergencia de nuevas estructuras de decisión que operan en condiciones de competitividad de empresas, sectores, regiones, países y continentes; la desnacionalización de los derechos, la desterritorialización de las formas institucionales y la descentralización de las formas políticas del capitalismo; la uniformización y la estandarización de las prácticas comerciales a nivel mundial, la desregulación de los mercados de capitales, la interconexión de los sistemas financieros y de seguridad a escala global, la reasignación geográfica de las inversiones productivas y la volatilidad de las inversiones especulativas; la unificación de los espacios de reproducción social, la proliferación de los movimientos migratorios y los cambios radicales acaecidos respecto a la división internacional del trabajo; y finalmente, la aparición de una estructura político-económica multipolar que supone nuevas fuentes de cooperación y conflicto tanto en el movimiento de capital como en el desarrollo del sistema mundial”¹⁹.

¹⁸ PEREIRA DA SILVA, C., *A terceirização responsável: modernidade e modismo*, São Paulo (Ed. LTr), 1997, p. 41.

¹⁹ FARIA, J. E., *El derecho en la economía globalizada*, cit., p. 49.

La globalización de la economía y la consecuente universalización de los derechos fundamentales, han provocado una (re)fundación del Estado Social y una composición de derechos antagónicos frente a una globalización neoliberal²⁰.

Como se ha visto en las líneas anteriores, la globalización es un fenómeno esencialmente económico, revolucionario, contradictorio, que a la vez provoca en el ordenamiento jurídico una necesidad de adecuarse a una realidad distinta a la adoptada en los códigos y leyes propias de cada país. Es decir, junto con el avance tecnológico, con la obtención de la información en tiempo real, también surgen problemas hasta ahora desconocidos. Con una economía mundial, el sistema también sufrirá automáticamente cambios, produciendo un nuevo ordenamiento jurídico que acompañe a los avances del proceso de transnacionalización de los mercados de materias primas, producción, consumo, finanzas y capitales.

La tendencia del comercio mundial, de los mercados financieros y de las empresas transnacionales (que poseen cadenas productivas de alcance global) es la de afectar a las políticas internas de cada Estado, en sus asuntos sociales, en especial en lo que se refiere a la creciente corriente migratoria. La rotura de las barreras de la economía, de las sociedades y de sus culturas, en fin, todo el proceso que genera ese alto grado de desarrollo tiene su influencia en la tradicional soberanía del Estado, que ya no posee su espacio territorial de mando, pues el Estado individualmente no es suficientemente capaz de garantizar los objetivos políticos, económicos y sociales que necesitan sus ciudadanos²¹.

Las normas nacionales, por tanto, ya no bastan para regular los actos transnacionales, perdiendo los gobiernos su poder de decisión. Una vez que con el “neocorporativismo, el Estado pierde su posición externa con respecto a lo social. Ha dejado de ser el lugar en donde se determina en exclusiva el bien común”²². Con el mercado mundial los países comenzarán a sentir la necesidad de una nueva regulación, que esté más allá del derecho positivo, del Estado-nación y del principio de la soberanía. Hace años ya se decía que “los Estados-nación son cada vez más débiles, ineptos e

²⁰ GUIMARÃES FELICIANO, G., “Tutela Processual dos direitos humanos nas relações de trabalho”, *Doutrina Nacional, RDT*, núm. 121, 2005, p. 66.

²¹ DE CASTRO BAPTISTA, Z. M., *Direito Internacional Público Contemporâneo. Interesses Difusos*, São Paulo (Ed. Pillares), 2008, pp. 133 y ss.

²² SUPIOT, A., “Trabajo y Poderes Públicos: El papel de los Estados”, en AA.VV. (SUPIOT, A., Coord.): *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del trabajo, Informe para la Comisión Europea*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 1999, p. 238.

ineficientes en la conducción autónoma e independiente de sus respectivas economías”²³.

Así como también es cierto, parafraseando a la doctrina más autorizada, que “la interdependencia y la división internacional del trabajo impiden que cada país aplique una política económica sin tener en consideración la marcha de la economía mundial. No es posible una política económica autónoma, me atrevo a decir casi, soberana. Los países tienen que tener en cuenta la marcha de la economía de los demás para decidir su propia política económica”²⁴.

En este contexto resulta fácil ver que el sistema jurídico se encuentra frente a la paradoja de que, siendo el capital y las empresas algo global, que afecta a todos los países del mundo por encima de sus normas internas, el mundo del trabajo y los sindicatos siguen atados a la política predominante en los Estados-nación.

Lo que sí está cada vez más claro es que con la globalización los conceptos de Estado-nación o Estado soberano pasan a ser parte de una utopía jurídica caduca, que sólo defendía y aplicaba el derecho oficial de cada Estado-nación, pero tal realidad parece quedar al margen de las organizaciones sindicales.

Después de constatar que sólo tal derecho ya no es suficiente, la idea de recurrir al derecho transnacional, o incluso internacional, es una alternativa cada vez más planteada.

La globalización de la economía conduce a “otorgar a las leyes del mercado un valor universal, fundando sobre ellas un ‘imperio de los negocios’ del mercado que se impone a los Estados-naciones”²⁵. En otras palabras, se puede decir que en un mundo globalizado, en una única civilización internacional, las reglas y leyes particulares de cada Estado-nación necesitan de un complemento para solucionar los problemas transfronterizos. “Así como hay una economía mundializada, no hay una política mundializada. No hay gobernantes capaces de controlar el fenómeno de la política económica mundializada, que coincide, además, en el tiempo con un fuerte componente

²³ HABERMAS, J., “O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização”, *Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap)*, núm. 43, 1995, p. 101.

²⁴ SUÁREZ GONZÁLEZ, F., “La respuesta del Derecho del Trabajo a la globalización económica: planteamiento general”, en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *La globalización económica y el derecho del trabajo*, cit., p. 24.

²⁵ SUPIOT, A., “Trabajo y Poderes Públicos: El papel de los Estados”, en AA.VV. (SUPIOT, A., Coord.): *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del trabajo, Informe para la Comisión Europea*, cit., p. 238.

de ideología que llamamos neoliberal²⁶. La constatación de la insuficiencia de reglamentación y de la necesidad de la aplicación de leyes en ámbito internacional, suponen que el derecho positivo, soberano y particular de cada nación se encuentre en entredicho.

El neoliberalismo se combina con el neocorporativismo para, en la práctica, “despojar al Estado de ciertos atributos de su soberanía, transformar la jerarquía de los intereses públicos y privados, y difuminar la distinción entre ley deliberada y convenio negociado”²⁷.

La ideología de la globalización es el neoliberalismo que recomienda la subordinación incondicional del Estado, con el objetivo de una integración social global de los mercados y de una mejor adaptación a las verdaderas necesidades de sus ciudadanos. La idea planteada es que los Estados reduzcan la carga fiscal de las pequeñas y medianas empresas, proporcionando un aumento del empleo, y a la vez, ofrezcan un incentivo a las entidades sociales para que cada vez más mejoren la capacitación profesional de los trabajadores.

La crisis de la moderna utopía jurídica, que tuvo su inicio en la década de los setenta y continúa hasta la actualidad, está representada por dos polos totalmente opuestos, de un lado la gobernación neoliberal y de otro la legalidad cosmopolita subalterna. Esta última se centra en el equilibrio complejo y dinámico entre el principio de la igualdad y el parámetro del reconocimiento de la diferencia, y defiende además que, al ser necesaria la actuación del derecho, siempre existe la posibilidad de aplicación no sólo del derecho oficial de cada Estado-nación, sino que también se puede recurrir al derecho no oficial local, o sea, al derecho internacional o transnacional, ya que la moderna utopía jurídica se centra exclusivamente en el principio de la igualdad (redistribución social) y circunda exclusivamente en el derecho estatal oficial. La gobernación neoliberal no se preocupa de la crisis de la moderna utopía jurídica, porque sustenta la idea de que no es un problema sino una solución. Sus defensores se preocupan de solucionar los problemas generados con la moderna utopía jurídica, no

²⁶ SUÁREZ GONZÁLEZ, F., “La respuesta del Derecho del Trabajo a la globalización económica: planteamiento general”, en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *La globalización económica y el derecho del trabajo*, cit., p. 26.

²⁷ SUPIOT, A., “Trabajo y Poderes Públicos: El papel de los Estados”, en AA.VV. (SUPIOT, A., Coord.): *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del trabajo, Informe para la Comisión Europea*, cit., p. 239.

con su crisis, considerando que el Estado continúa siendo soberano, autoritario, rígido y no participativo, y que por lo tanto debe ocuparse de la creación de nuevas leyes y de su futura aplicación²⁸.

Establecido el inicio de cómo ha sucedido la desestabilización del derecho positivo, se va centrar como forma de delimitar este trabajo, en los cambios sufridos en las condiciones de trabajo, desde la aparición de la globalización, acompañada de importantes transformaciones en la organización empresarial, hasta hoy.

Lo que sí está claro es que el ordenamiento jurídico que gobierna la economía global, tiene que acompañar a los cambios de la sociedad, además de presentar una mejora a los derechos de todos aquellos que pertenecen al mundo globalizado, puesto que con el sistema-mundo, no existiendo ya ninguna barrera fronteriza, de alguna manera las regulaciones tendrían que tender a ser internacionalizadas²⁹.

En el desarrollo de este estudio se podrá verificar en qué modo se están produciendo los cambios en el sistema jurídico laboral en lo que se refiere a las nuevas formas de contratación y al desarrollo de la prestación laboral.

2.1. *Pros y contras de la globalización*

Partiendo del presupuesto de que la globalización es “un hecho, no una doctrina, y siendo un hecho no permite que se esté conforme o disconforme; simplemente, hay que aceptarlo”³⁰, de forma que nadie puede ir en su contra porque nadie puede posicionarse contra una realidad actual, inminente y desenfrenada, se pasa a exponer los dos polos de opinión en torno a la globalización.

De un lado están sus defensores, llamados por algunos «hiperglobalizadores», quienes defienden la globalización, resaltan el avance del mundo después de su

²⁸ DE SOUSA SANTOS, B., *A gramática do tempo para uma nova cultura política*, vol. 4, cit., pp. 429 y 431.

²⁹ *Por una globalización justa: Crear oportunidades para todos*, Informe de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, Ginebra, 2004, p. 159. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/wcsdg/docs/report.pdf>

³⁰ SUÁREZ GONZÁLEZ, F., “La respuesta del Derecho del Trabajo a la globalización económica: planteamiento general”, en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *La globalización económica y el derecho del trabajo*, cit., p. 27.

aparición y el desarrollo y la expansión del mercado mundial. También ponen de manifiesto que las divergencias surgidas en cada uno de los Estados provocan la pérdida de potestad traída por este nuevo orden internacional. Tal ideología es la que actualmente está más en boga en el sector empresarial internacional, debido a la idea de que la globalización es un concepto con proyección de futuro, y no simplemente una noción analítica.

De otro lado, están los «escépticos de la globalización», que preconizan su consideración como un mito, pues en realidad el desarrollo del mercado mundial se produjo en el siglo XX, más concretamente en la década de 1900-1910, afirmando con estadísticas que al no ser un fenómeno actual, todo sigue igual que antes, ya que “el estado de bienestar puede seguir existiendo más o menos intacto, y es posible preservar el aparato tradicional de la democracia social así como un cierto grado del poder económico nacional”³¹. Así, no sería correcto hablar de globalización como un fenómeno económico y social nuevo, ya que “cabría hablar de una intensificación del proceso de globalización”³² desde tiempos anteriores.

Lo que sí está claro es que muchas de las innovaciones y transformaciones vividas por las empresas en todo el mundo, su crecimiento y su evolución están asociadas a la globalización. No hay duda de que con la integración de la economía a nivel mundial, el intercambio de bienes, servicios, tecnologías, informaciones, ideas y culturas, se ha generado un avance global, produciendo variados tipos de beneficios tanto a nivel local como internacional.

No obstante, el beneficio obtenido por los países de gran influencia en el escenario mundial no es compartido por los países en desarrollo del mismo modo, y teniendo en cuenta este hecho, los críticos de la globalización arguyen que ésta es “la causa del actual colapso financiero, el aumento de la desigualdad, una urbanización y un desarrollo insostenibles, el comercio injusto y la inseguridad”³³.

Los que defienden que la globalización no es un fenómeno nuevo, pues el comercio a principios del siglo pasado ya estaba suficientemente desarrollado y por eso

³¹ <http://www.sociologicus.com/relatos/rel-mundializacion.htm>.

³² PÉREZ AMORÓS, F., “Retos del Derecho del Trabajo del futuro”, *RDS*, núm. 32, Albacete (Ed. Bomarzo), 2006, p. 52.

³³ Globalización e interdependencia: papel de las Naciones Unidas en la promoción del desarrollo en el contexto de la globalización y la interdependencia, Asamblea General del día 19 de agosto de 2009, p. 03. Disponible en:

http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/policy_and_research/un/65/A_65_272_S.pdf

tenía una relevancia mundial importante, afirman que no se ha producido cambio relevante alguno, ya que el estado de bienestar sigue existiendo más o menos intacto, lo que provoca que sea posible preservar el aparato tradicional de la democracia social así como un cierto grado del poder económico nacional³⁴. Así, no sería correcto hablar de globalización como un nuevo fenómeno económico y social; en todo caso, “cabría hablar de una intensificación del proceso de globalización”³⁵, desde tiempos atrás ya existente.

Por otro lado, los argumentos en contra indican que la globalización hace que el desarrollo se convierta en un caos, sin control ni freno, causando esto que cada vez más sobresalgan sus aspectos negativos y no los positivos, que son muchos, entre los que estarían la incentivación del crecimiento, la transformación, la innovación y el progreso.

Se reconoce que el comercio fue el generador del crecimiento, que su evolución internacional ha proporcionado grandes beneficios para los países en desarrollo, pero frente a la situación económica vivida a día de hoy lo que antes era visto como beneficioso hoy se está transformando en la pesadilla del siglo.

La globalización es una moneda con dos caras, ya que puede entenderse “como fuerza benigna e irresistible que puede ofrecer prosperidad económica a las personas en todo el mundo; por otro, se le culpa de ser la punta de lanza de todos los males contemporáneos”³⁶.

Hay que reconocer que la globalización produjo una mayor cooperación e integración en las economías de diversos países, acarreado un aumento en sus tasas de crecimiento económico, lo que es favorable para el empleo, ayudando a los menos favorecidos, incluso haciendo que los que están en las zonas rurales progresen, pues hubo también un intercambio de personas, de ideas, de productos, culturas, información, etc.

Pero, por otra parte, juntamente con el progreso, el avance tecnológico o la información en tiempo real en cualquier parte del planeta, no cabe duda tampoco que las tasas de desempleo y de pobreza siguieron subiendo, así como pasó a ser constante la inseguridad económica ante las crisis externas.

³⁴ <http://www.sociologicus.com/relatos/rel-mundializacion.htm>

³⁵ PÉREZ AMORÓS, F., “Retos del Derecho del Trabajo del futuro”, cit., p. 52.

³⁶ *Por una globalización justa: Crear oportunidades para todos*, Informe de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, cit., p. 49.

Para una visualización del descontento ocasionado por la globalización nada mejor que las palabras del líder cubano Fidel Castro, que enfatizó sobre la situación actual, indicando que “un problema terrible (...) que estamos padeciendo es el de la agresión a nuestras identidades nacionales, la agresión despiadada a nuestras culturas, como jamás ha ocurrido en la historia, la tendencia hacia una monocultura universal”³⁷.

Siguiendo con esta batería de argumentos a favor y en contra del fenómeno aquí analizado, los defensores de la globalización afirman que “es la solución a las crisis actuales. La presión competitiva de las importaciones extranjeras puede aumentar no sólo debido al cambio de preferencias de los consumidores y a los cambios tecnológicos, sino también a raíz de cambios en el comportamiento de las empresas extranjeras. La teoría económica indica que cuando el comportamiento competitivo de una empresa extranjera que opera en los mercados internacionales altera el grado de competencia del mercado, puede haber motivos para que un gobierno proteja a su rama de producción nacional. Cuando una empresa extranjera fija deliberadamente precios muy bajos para eliminar la competencia y establecer un monopolio (práctica conocida como *dumping* predatorio), la restricción del comercio puede ser la solución óptima para un gobierno”³⁸.

La globalización produce consecuencias negativas para muchos países en desarrollo, siendo el objetivo de sus defensores el de aprovechar los beneficios generados por ella y a la vez reducir los riesgos y la vulnerabilidad que la acompañan.

Puede decirse así que una de las consecuencias más graves de la globalización es el descontrol, el desequilibrio o lo que también se puede llamar crisis, idea ésta que será tratada con más detenimiento en el siguiente apartado.

Y para finalizar, no resulta demasiado aventurado decir que el desarrollo provocado por la globalización consiste en “transformar las sociedades, mejorar las vidas de los pobres, permitir que todos tengan la oportunidad de salir adelante y acceder a la salud y la educación. No es fácil cambiar el modo de hacer las cosas. Las burocracias, igual que las personas, incurren en malas costumbres, y la adaptación para

³⁷ CASTRO RUZ, F., “Conferencia Magistral en la Universidad Autónoma de Santo Domingo”, Granma, La Habana, 28 de Agosto de 1998. Disponible en: <http://www.cuba.cu/gobierno/discursos/1998/esp/f240898e.html>

³⁸ Informe sobre el Comercio Mundial 2009 - Compromisos de política comercial y medidas de contingencia, p. 36. Disponible en: http://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/world_trade_report09_s.pdf

el cambio puede ser dolorosa. Pero las instituciones internacionales deben acometer esos cambios quizá arduos que les permitirán desempeñar el papel que deberían cumplir para lograr que la globalización funcione, y no solo que funcione para los ricos y los países industrializados sino también para los pobres o las naciones en desarrollo”³⁹.

2.2 Globalización y la crisis económica actual

En los últimos años la economía mundial se vio afectada por una terrible e irremediable crisis financiera, que empezó con la bajada de precio de los títulos hipotecarios, “empeoró marcadamente con el hundimiento del banco de inversión Lehman Brothers de Wall Street en septiembre de 2008 y con el rescate por el gobierno de varias instituciones financieras en los Estados Unidos y en otros países”⁴⁰, y, su previsión para el futuro inmediato es aún peor, porque es muy probable que el desempleo tendrá un aumento aún más considerable.

La crisis financiera comenzó en los Estados Unidos, y se expandió rápidamente por todo el mundo dada la interconexión de los productos financieros tóxicos con el resto de productos derivados ordinarios. La crisis afectó inicialmente a los países más desarrollados, pues eran los que se encontraban más expuestos al riesgo que ellos mismos habían creado cada vez más especulativo y menos real en su desarrollo.

La burbuja explotó a partir del momento en que las entidades de crédito estadounidenses comenzaron a conceder préstamos en su mayoría para la adquisición de inmuebles a los denominados “ninjas (*no income, no job and no assets*, o sea, personas sin ingresos fijos, sin empleo fijo, sin propiedades)”⁴¹, con un alto riesgo de no devolución, en la idea de que en un futuro el bien hipotecado en garantía de pago tuviera un valor mayor que el del propio préstamo. Este gran volumen de hipotecas *subprime*⁴² se transforma en productos financieros de deuda, con una sorprendente

³⁹ ACOSTA, A., “Las migraciones en la globalización, *RESSA*, núm. 135, 2005, pp. 311 y 312.

⁴⁰ Informe sobre el Comercio Mundial 2009 - Compromisos de política comercial y medidas de contingencia, cit., p. 2.

⁴¹ <http://www.leopoldoabadia.com/2008/04/crisis-financiera-2007-2008.html>

⁴² “La Subprime tiene sus origen en Estados Unidos y se relaciona con los problemas de pago de créditos hipotecarios entregados a personas de alto riesgos, es decir es una modalidad crediticia que tiene como

calificación de A+++⁴³ por parte de las agencias de calificación crediticia americanas, lo que provocó el contagio de estos “activos tóxicos”⁴⁴ por todo el sistema financiero mundial. Al aflorar los mismos, el crédito se restringe, pues los bancos empiezan a tener falta de liquidez, al contar con activos no realizables o con un valor muy inferior al contabilizado, provocando los rescates obligados de diversos bancos tanto en Estados Unidos como en Europa por parte de sus respectivos gobiernos.

Esta restricción del acceso a financiación bancaria por parte de las empresas ha golpeado especialmente a España, debido a su “particular” dependencia del crédito en el sector de la construcción, en el que las empresas dedicadas en exclusiva a él, tanto de forma directa (constructoras y promotoras) como a las de servicios relacionadas con éstas (proveedores de materiales y trabajos especializados), se han encontrado con un recorte drástico de la demanda, lo que ha supuesto un acusado descenso de los ingresos, y consecuentemente la imposibilidad de hacer frente a sus pagos, provocando la caída en cadena de las empresas del sector, pues los impagos de unas van arrastrando a las otras, cercenando de esta forma miles de empleos, bien por la desaparición de la empresa, o bien por las políticas de recorte de gastos adoptadas para intentar “salvar la cabeza” mientras continúe la crisis.

Algunos de los principales elementos impulsores de la globalización, a saber, el comercio y las inversiones, sin duda han resultado afectados negativamente por la crisis, y ello también contribuye a aumentar el impacto de otras crisis, que sin ser menos importantes, gran parte de sus efectos se encontraban latentes hasta la llegada de ésta, tales como las crisis alimentarias, energéticas o climáticas existentes de un tiempo a esta parte.

principal característica tener un nivel de riesgo de impago superior a la media del resto de los créditos, como en Estados Unidos tenía un ambiente de bonanza económica con tasas de interés muy baja, proporcione un relajo en los criterios de evaluación, permitiendo que persona con una dudosa solvencia pudieran adquirir viviendas. Las personas que adquirirían estos Subprime, se le aplicaban mayores intereses, comisiones y gastos, por tratarse de deudores con mayor riesgos. La crisis de Subprime, surgió cuando los inversionistas lograron identificar señales de alarmas cuando el alza progresiva de la tasa de interés impuesta por la Reserva Federal y el aumento de las cuotas de estos créditos hicieron aumentar la tasa de morosidad y el nivel de ejecuciones (embargo). Por lo tanto esto produjo que muchos deudores dejaran de pagar”. Disponible en: <http://www.buenastareas.com/ensayos/Caso-Subprime/4746477.html>

⁴³ Una calificación muy elevada, que valora el inmueble a mayores de lo que realmente lo vale.

⁴⁴ Los “activos tóxicos” no son otra cosa que las “inversiones fallidas”, se supone que con garantías reales, respaldando, parcial o totalmente, el citado activo. Los que no tienen esas mínimas garantías (aunque puedan estar sobrevaloradas) se podrían denominar “activos radiactivos” o más descriptivamente “activos caca”, <http://urbanres.blogspot.com/2008/10/activos-toxicos-definicion-y.html>

La crisis económica actual, cada vez más, se considera “una crisis de la globalización financiera, con graves repercusiones en la recuperación y prosperidad futuras de la economía mundial. La crisis supone para los defensores de la globalización el desafío de demostrar que ésta tiene efectos positivos en el desarrollo. No obstante, quienes menos se han beneficiado de la globalización probablemente sufran en mayor medida las consecuencias de la crisis”⁴⁵.

En esta línea, es público y notorio que las economías de los países en desarrollo son las que más necesitan de ayuda para poder competir con empresas multinacionales, utilizando el comercio como forma de salir de la crisis y enfrentar sus consecuencias más agravantes, entre ellas el desempleo y la pobreza. Ante la falta de liquidez y el aumento de la morosidad en los bancos, los tipos de interés tanto al consumo como a empresas se han disparado, dificultando el consumo privado por un lado y la financiación de las empresas por otro, a pesar de las medidas adoptadas por las principales economías mundiales que han provocado que los tipos de interés se encuentren en mínimos, y para muestra el principal indicador europeo y nacional, el EURIBOR (*european inter bank offered rate*), que desde el comienzo de la crisis no ha dejado de bajar encontrándose en la actualidad en mínimos históricos.

La crisis económica y financiera afectó a diversos sectores como el comercio, el turismo, la construcción civil, etc. Es por ello que para conseguir la recuperación de la economía de mercado no basta con la contribución del sistema mundial del comercio e inversiones sino que es necesaria la ayuda del sector público, con políticas que impulsen el consumo, mediante un mayor gasto en infraestructuras y reducción de la carga impositiva directa y la confianza en el sistema financiero, creando una regulación más transparente que impida que vuelvan a repetirse los errores cuyas consecuencias se están padeciendo.

En este sentido, la propuesta de la Organización Mundial del Comercio, en el intento de regular el mercado en tiempos de crisis, establece que normas definidas por los acuerdos comerciales creen un equilibrio entre flexibilidad y compromisos, pues “una excesiva flexibilidad puede menoscabar el valor de los compromisos, un margen de flexibilidad demasiado estrecho puede hacer que las normas sean políticamente

⁴⁵ Globalización e interdependencia: papel de las Naciones Unidas en la promoción del desarrollo en el contexto de la globalización y la interdependencia, cit., p. 3.

insostenibles. Esta tensión entre compromisos creíbles y flexibilidad está siempre latente en las negociaciones comerciales”⁴⁶.

En un primer momento, la flexibilidad surgió para hacer frente a algunas situaciones de emergencia, pero prontamente asumió un carácter estructural y pasó a integrar la opción legislativa. La flexibilidad está íntimamente relacionada con la política de promoción del empleo en las PYMEs (pequeñas y medianas empresas), eso porque el aumento de la flexibilidad laboral debe ser inversamente proporcional a la dimensión de la empresa, lo que hace que la flexibilización sea una aliada a la protección de las pequeñas y medianas empresas, además de que, cuanto más pequeña es la empresa, más reducidos son sus costes laborales, lo que ayuda a estimular la creación o la manutención de empleos en estas organizaciones⁴⁷.

Así, se puede interpretar la flexibilidad como una especie de “válvula de seguridad que, al mismo tiempo que merma la autoridad del acuerdo en algunas esferas limitadas, puede ayudar a conseguir compromisos más firmes ofreciendo a los gobiernos cierta libertad en circunstancias excepcionales. Por ello, las políticas de contingencia pueden considerarse como un instrumento para facilitar la cooperación comercial”⁴⁸.

Como es de conocimiento general, las políticas proteccionistas son un gran obstáculo para la recuperación económica mundial, desacelerando el progreso de la economía de los países en desarrollo; esto hace que sea necesaria la existencia de políticas económicas más flexibles, que de igual manera puedan proteger los intereses nacionales sin olvidar el libre comercio internacional en condiciones de igualdad.

En este sentido, el equilibrio es la llave de oro para una recuperación más rápida de la crisis actual; es decir, que la aplicación de medidas restrictivas, así como las subvenciones con efectos adversos, en general integradas en paquetes de rescate financiero e incentivo fiscal, sean utilizados con moderación.

⁴⁶ Informe sobre el Comercio Mundial 2009 - Compromisos de política comercial y medidas de contingencia, cit., p. 22.

⁴⁷ CARVALHO, C. N. de O., *Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho*, Coimbra (Ed. Coimbra), 2011, pp 188 y ss.

⁴⁸ Informe sobre el Comercio Mundial 2009 - Compromisos de política comercial y medidas de contingencia, cit., p. 28.

Los miembros de la OMC están desempeñando un papel fundamental en la situación económica de muchos países afectados por la crisis, contribuyendo de manera decisiva en la gestión de sus políticas comerciales.

Con la creación y generalización de normas de comercio flexibles, y con el compromiso de los países en adoptar las mismas, que no son otra cosa que medidas políticas coordinadas a nivel mundial y regional, las partes firmantes de los acuerdos comerciales asumen un compromiso a largo plazo. Dicho compromiso les permite asegurar a los gobiernos un equilibrio entre la flexibilidad para hacer frente a dificultades económicas imprevistas y al mismo tiempo limitar su utilización con fines proteccionistas. Además, se insta a los miembros a un mejor uso de los mecanismos de transparencia de la OMC para que así puedan salir de la crisis económica actual⁴⁹.

El reciente compromiso del G-8 para concluir la Ronda de Doha⁵⁰ antes del fin de 2010 “es una saludable indicación de la creciente resistencia al proteccionismo y una confirmación de la importancia que se concede a las normas y disciplinas convenidas multilateralmente en materia de comercio. Un acuerdo sobre una Ronda de Doha verdaderamente orientada al desarrollo puede contribuir a proteger al sistema multilateral de comercio contra las tendencias proteccionistas”⁵¹.

Apoyar el comercio en los países en desarrollo a fin de contribuir a aumentar la capacidad comercial y productiva de estos, y una Ronda de Doha verdaderamente orientada al desarrollo, permiten concluir cómo “la comunidad internacional puede contar con que tiene dos instrumentos eficaces y globales para luchar contra los efectos negativos de la crisis”⁵².

La migración también tiene su importancia en el escenario de la crisis, pues los trabajadores envían más fondos a sus familiares que están en sus países de origen en tiempos de dificultad; en general son países en desarrollo, lo que significa que existiendo empleo, la migración está contribuyendo para la disminución de la pobreza en los países más pobres.

⁴⁹ Informe sobre el Comercio Mundial 2009 - Compromisos de política comercial y medidas de contingencia, cit., pp. 40, 179 y 180.

⁵⁰ La Ronda de Doha es una gran negociación internacional promovida por la OMC en 2001 que tiene como objetivo la liberalización del comercio mundial, estando aun plenamente vigente.

⁵¹ Globalización e interdependencia: papel de las Naciones Unidas en la promoción del desarrollo en el contexto de la globalización y la interdependencia, cit., p. 5.

⁵² Globalización e interdependencia: papel de las Naciones Unidas en la promoción del desarrollo en el contexto de la globalización y la interdependencia, cit., p. 6.

En la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada del 3 al 19 de junio de 2009, donde se convocó una Cumbre de la OIT sobre la Crisis Mundial del Empleo, se diseñaron algunas medidas que son necesarias y urgentes para combatir la crisis y de manera especial el desempleo:

“1) Apoyar a las empresas sostenibles, puesto que es en este tipo de unidades en las que se generan los puestos de trabajo y, en particular, las de pequeño y mediano tamaño; 2) buscar opciones viables para responder a las presiones crecientes por lograr una mayor diversidad, adaptabilidad y flexibilidad en los horarios y métodos de trabajo; 3) seguir el ritmo de las innovaciones, lo que exigirá mejoras constantes en educación, formación, productividad y sistemas de compartir conocimiento; 4) reforzar el tripartismo y el sostenimiento del modelo de diálogo social y aprovecharlo para facilitar la adaptación del mundo laboral y de los mercados; 5) trabajar con el sistema multilateral para garantizar que nuestros esfuerzos colectivos, junto con las acciones nacionales, permitan el establecimiento de una plataforma socioeconómica de oportunidad y protección capaz de atender las necesidades sociales y de empleo de cada país; 6) desarrollar una mejor gobernanza de la globalización a escala mundial, basada en la convergencia de las finanzas, el comercio, las inversiones y la creación de empleo, mano de obra y asuntos sociales, medio ambiente y desarrollo”⁵³.

La actual crisis ha puesto de manifiesto que no sólo es necesario restaurar el crecimiento sino también establecer las bases de una economía justa y sostenible. Asimismo, es necesario “colocar el empleo y el trabajo decente en el centro de las estrategias económicas y sociales, resaltando la importancia del papel de la OIT para lograrlo”⁵⁴.

3. Deslocalización

La crisis de los años setenta generó un nuevo modelo empresarial que buscaba sobre todo la disminución de los costes de organización y el aumento de la

⁵³ <http://www.oit.org/public/spanish/region/eurpro/madrid/download/curriculum90anos.pdf>

⁵⁴ <http://www.oit.org/public/spanish/region/eurpro/madrid/download/curriculum90anos.pdf>

competitividad, de la productividad y de los beneficios consecuentes, suprimiendo los elementos que supusieran rigidez para el proceso productivo, además de la “apertura de las economías al mercado mundial, aprovechado al máximo las ventajas comparativas; reconvención de los sectores industriales tradicionales y paralelo impulso de actividades de futuro, ya sean industrias de alta tecnología o servicios avanzados; unido a un dinámico desarrollo de la economía sumergida”⁵⁵.

La movilidad empresarial en la búsqueda “del momento y lugar en el que es más rentable -el capital no tiene patria- es un fenómeno que en la actualidad adquiere tales cotas, que se habla de internacionalización del capital, sino de un nuevo fenómeno como es el de la referida globalización económica”⁵⁶. De esta forma se percibe que la circulación del capital no se limita a permanecer dentro del Estado, pero se extiende a otras zonas a otros países dónde, por innumerables razones la producción es más rentable y más beneficiosa para la empresa local.

La globalización además de aumentar la competencia interna, también impulsó la concurrencia internacional, donde la búsqueda de la inversión directa del capital extranjero es uno de los objetivos a ser conquistados. Los países están constantemente luchando para demostrar ser un país más atractivo y con mayor potencial de inversión que sus vecinos y, para eso, invierten en nuevas tecnologías, infraestructuras y formación profesional, adoptan políticas fiscales y de gestión que sean más benéficas para las empresas, etc., todo para ser un país destacado y que pueda a medio y a largo plazo conseguir que más industrias y empresas de diversos sectores tengan interés en desplazar sus recursos hacia estos Estados.

No obstante, estos países que obedecen dicha técnica de desarrollo y atracción del interés de empresas extranjeras, se encuentran con un factor al cual no pueden enfrentarse directamente, que es el coste de la mano de obra de algunos países en los cuales generalmente la protección laboral es casi nula o simplemente no existe.

La deslocalización es un fenómeno que está estrictamente relacionado con la globalización. Como la globalización, la deslocalización está marcada por la “creciente transnacionalización de la producción y la hegemonía de la empresas transnacionales en

⁵⁵ BLAT GIMENO, F., “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas, Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 2000, p. 17 y 18.

⁵⁶ PÉREZ AMORÓS, F., “Retos del Derecho del Trabajo del futuro”, cit., pp. 54 y 55.

la evolución de las actividades económicas más dinámicas, organizando su producción más allá de las lógicas marcadas por los espacios políticos y los mercados nacionales que caracterizaron a las empresas multinacionales. Una nueva dinámica de producción y de gestión empresarial que marca los procesos de reestructuración, apoyada en las nuevas posibilidades tecnológicas que permiten un funcionamiento de empresas red de gran flexibilidad en la estructuración de las actividades productivas”⁵⁷.

Surge también ahora la necesidad de acceder a más mercados a través de la multilocalización empresarial, definiéndose ésta como aquellas empresas que “unifican, bajo una única dirección jerárquica, unidades productivas distintas y relativamente autónomas”⁵⁸.

La búsqueda de la mejor viabilidad mercadotécnica, la incesante deslocalización de recursos, así como la modernidad logística y los bajos costes de transporte permitirán a las empresas transnacionales desmembrar etapas de su producción por todos los continentes. Haciendo posible la transferencia de parte de la producción de un país a otro en cuestión de días⁵⁹, haciendo que el fenómeno de la deslocalización se fuera consolidando.

La deslocalización, según el Comité Económico y Social Europeo, es un “fenómeno que consiste en el cese, total o parcial, de una actividad, seguido de su reapertura en el extranjero mediante una inversión directa. En la Unión Europea podríamos distinguir dos tipos de deslocalización, a saber: a) *interna*: transferencia, total o parcial, de la actividad a otro Estado miembro; b) *externa*: transferencia, total o parcial, de la actividad a países no miembros”⁶⁰.

El “*offshoring*”⁶¹ o deslocalización empresarial es una estrategia de empresa originada e impulsada por la globalización económica, junto con las fusiones, la

⁵⁷ ARAGÓN MEDINA, J. y DE LA FUENTE SANZ, L., “La relocalización empresarial y las relaciones laborales en España”, *Papeles del Este*, Norteamérica, 14, Enero de 2007, p. 3. Disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/PAPE/article/view/PAPE0707220004A/25682>

⁵⁸ BLAT GIMENO, F., “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, cit., p. 34.

⁵⁹ MEDEIROS PROVINCIALI, I. A. de; ÁVILA SERRA, L., y HOMSSI BORGES, L., “Terceirização e mercado de trabalho brasileiro”, en AA.VV.: *Terceirização no Direito do Trabalho*, Belo Horizonte (Ed. Mandamentos), 2004, pp. 120 y 121.

⁶⁰ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Alcance y efectos de la deslocalización de empresas» (2005/C 294/09) p. 3.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:294:0045:0053:ES:PDF>

⁶¹ PIZARRO, S. N., *O contrato de outsourcing*, Coimbra (Ed. Coimbra), 2010, p.15. Relata el autor que *offshoring* significa una dislocación de alguna función de la empresa para otro país. Es utilizada con

creación de redes de empresas o las subcontrataciones, guardando con éstas una estrecha relación e incluso conjunción a la hora de reestructurar la entidad empresarial, “de tal forma que la internacionalización de actividades empresariales, los flujos de inversiones directas al exterior y la deslocalización no suponen tres procedimientos alternativos en la globalización de la actuación empresarial, sino que pueden presentarse de manera combinada”⁶².

La deslocalización es una opción para las empresas que están “situadas en los países con mayores niveles de desarrollo, de desplazar todas o algunas de sus actividades productivas hacia otras regiones y países con menores costes de producción, y especialmente con costes laborales y de protección social inferiores, con el fin de obtener ventajas competitivas a partir de su nueva ubicación”⁶³. Hay que resaltar cómo hay casos en que tales empresas, aun teniendo márgenes de rentabilidad en el país de origen, desplazan parte o la totalidad de su producción a otros países para beneficiarse de las ventajas que se les ofrecen en territorios menos desarrollados.

La deslocalización empresarial puede ser representada en tres hipótesis distintas altamente esclarecedoras:

1) La empresa se traslada a otro país, desplazando todo o sólo parte de su producción extinguiendo la empresa en el país de origen; 2) establece una filial en el país elegido, que podrá tener todas las fases del proceso productivo, o sólo parte de él, permaneciendo con la empresa matriz en el país de origen y con una filial en el país menos desarrollado; 3) o bien sólo subcontrata con empresas especializadas en determinada actividad en el país elegido, empresas éstas que asumirán cierta actividad que antes era desarrollada por los trabajadores de la plantilla de la empresa principal y que hoy es desarrollada en el extranjero por un coste mucho más reducido⁶⁴.

Además de esta clasificación general, se han añadido otras variantes, como: “

1) Localización (destino) de la actividad que puede ser nacional o internacional (bien de ámbito comunitario o extracomunitario); 2) Control de la actividad, cuando el

frecuencia como una forma de reducción de costes, dónde la empresa mueve parte de su producción para otro país que tenga una situación económica más favorable, en www.investorwords.com

⁶² SASTRE IBARRECHE, R., “Deslocalización de empresas, Reflexiones desde la Perspectiva Iuslaboral”, *RDS*, núm. 32, Albacete (Ed. Bomarzo), 2005, p. 11.

⁶³ SANGUINETI RAYMOND, W., “Deslocalización empresarial y derecho del trabajo: en busca de respuestas”, *TL*, núm. 84, 2006, p.12.

⁶⁴ SANGUINETI RAYMOND, W., “Deslocalización empresarial y derecho del trabajo: en busca de respuestas”, cit., p.12.

control jurídico es ejecutado por la empresa principal o, en los casos de externalización, en que no hay control jurídico; 3) Especialización, que, a su vez, puede adoptar dos modalidades: vertical, que implica la fragmentación del ciclo productivo y el traslado de una parte de las actividades que realiza la empresa; y horizontal, que supone la reubicación del ciclo completo, generalmente asociada a una ampliación de la capacidad productiva sin implicar necesariamente una desinversión en la primera empresa; 4) Amplitud, distinguiendo entre las relocalizaciones que conllevan el traslado total de una empresa o centro de trabajo de aquellas que afectan sólo a determinadas actividades o funciones (o incluso servicios como informática, recursos humanos, operaciones financieras, etc.); 5) Estrategia, diferenciando entre las empresas que pretenden con la relocalización el acceso a nuevos mercados de las que no; 6) Origen del capital de la empresa, considerada una variable especialmente importante a la hora de analizar el papel de las relaciones laborales, dada la importancia del llamado efecto sede en la toma de decisiones sobre restructuración de actividades”⁶⁵.

Es evidente que la deslocalización produce a la vez dos consecuencias distintas en los países desarrollados, existiendo un claro estímulo al crecimiento en los países menos desarrollados en los que las empresas se deslocalizan, y también hay un empeoramiento de la situación laboral de los trabajadores que han perdido sus empleos debido a deslocalización.

Así, se puede decir que la deslocalización de una empresa, suele venir acompañada de una “pérdida directa de empleo así como de importaciones de bienes que antes eran producidos en su territorio. Por lo tanto, afecta a los consumidores y productores y a las rentas de los trabajadores y, en consecuencia, al bienestar social de los países”⁶⁶. Es decir, disminuye los puestos de trabajo existentes, o transforma algunos en trabajos precarios en el país desarrollado, pero por otro lado, ofrece más empleos a los trabajadores de los países menos desarrollados, en los que la empresa se deslocaliza y donde tienen condiciones salariales inferiores y pocas garantías laborales.

Por otra parte, a los trabajadores afectados por el cierre de la empresa o que han perdido su puesto de trabajo por la deslocalización de parte de la actividad a otro país,

⁶⁵ ARAGÓN MEDINA, J. y DE LA FUENTE SANZ, L., “La relocalización empresarial y las relaciones laborales en España”, cit., p. 6.

⁶⁶ BÁRCENA-RUIZ, J. C. y GARZÓN, M. B., “Deslocalización de empresas, sindicación y bienestar social”, *Revista de Economía Aplicada*, núm. 53, vol. XVII, 2010, p. 68.

no les queda otra alternativa que manifestar su oposición con la intención de recuperar su trabajo. Se puede decir que es aquí donde empieza el mayor problema generado por la deslocalización.

Los trabajadores, aterrorizados con el desempleo inminente, proponen, a través del sindicato o directamente a la empresa, algunas soluciones para que ésta pueda permanecer en el país de origen y seguir manteniendo los empleos. Sin embargo, los pactos para que la empresa mantenga los puestos de la actividad amenazada de ser externalizada, o para que ésta retorne a su país, son casi siempre desfavorables a los trabajadores. Las concesiones laborales pueden ser de diversos tipos, dependiendo de la situación de la empresa en cada caso concreto, si bien entre ellas se puede citar, como más habituales, las siguientes: “congelación o incluso la reducción de los salarios (por ejemplo a través de la renuncia a las gratificaciones extraordinarias), incremento del tiempo de trabajo sin aumento correlativo de los salarios, introducción de una mayor flexibilidad horaria (vía trabajo en sábados, bolsas de horas, etc.), introducción de dobles escalas salariales, por lo general en perjuicio de los trabajadores de nuevo ingreso, etc.”⁶⁷.

A partir de los años ochenta, España y Portugal eran los países elegidos para que empresas de la zona euro deslocalizaran su producción debido al reducido coste laboral que había en ellos. Hoy, casi tres décadas después, se produce el fenómeno inverso. Ya no es ventajoso para las multinacionales establecerse en España, así como en Portugal, porque hay otros países menos desarrollados que presentan costes mucho menores. Es más, muchas empresas se han deslocalizado de España hacia otros países en busca de costes de producción más bajos⁶⁸. Como la economía tiene ciclos, parece que, en principio, no hay que preocuparse en exceso con el incremento del desempleo en los países de origen, ya que la misma situación ha sido vivida por otros países europeos (aquellos que en la época deslocalizaron su producción hacia España y Portugal) y han sobrevivido, si bien la situación se complica en el momento actual de aguda crisis económica, pues, muchas empresas de España y Portugal están migrando o deslocalizándose para otros países, no sólo en busca de más ventajas económicas, sino

⁶⁷ SANGUINETI RAYMOND, W., “Deslocalización empresarial y derecho del trabajo: en busca de respuestas”, cit., p. 13.

⁶⁸ Para ilustrar, en España este fenómeno se ha materializado con las empresas *Samsung*, *Lear*, *Delphy*, *Panasonic*, *Inditex*, *Philips*, *Fontaneda*, *Moulinex*, entre otras, que tenían su sede en España y que han desplazado todo o parte de su producción hacia el extranjero, a países menos desarrollados.

como una forma de sobrevivir a la crisis económica actual, lo cual complica la situación de partida.

No cabe duda de que la deslocalización es favorable a las empresas. Son muchos los factores facilitadores de la deslocalización, pudiendo citar entre ellos: el libre comercio; la reducción de los impuestos de importación; avance de los procesos de integración regional; mejora de las infraestructuras de transportes de mercancías (aéreo, marítimo y terrestre); nuevas tecnologías que permiten a las empresas gestionar de manera directa y en tiempo real las fases, a veces en su integridad, de sus procesos productivos, a pesar de tener su ubicación físicamente en otras partes del globo; además de “la mejora de los niveles educativos y de formación profesional de los trabajadores de numerosos países con niveles salariales significativamente reducidos, pero no por ello carentes de condiciones para el desarrollo de procesos productivos complejos”⁶⁹.

China es, actualmente, uno de los destinos preferidos y más codiciados por las empresas que buscan deslocalizarse para aumentar su ventaja competitiva frente a las demás empresas del mismo sector. Es el país que presenta los salarios más bajos del mercado internacional⁷⁰, lo que lleva a creer que, como esta situación continúe así, en los próximos 20 años China concentrará el 40% de la producción mundial⁷¹.

La lógica de la deslocalización está en la ventaja económica que los países en desarrollo ofrecen a las empresas que buscan nuevos mercados. Se pretende satisfacer los intereses de los consumidores, que cada vez más intentan lograr el mejor precio junto con la calidad en los productos o en los servicios. Por otro lado, los mismos consumidores que a la vez son trabajadores aspiran a conseguir mejores condiciones de trabajo y mejores salarios.

Por lo general la deslocalización se hace desde un país desarrollado (caro) hacia un país menos desarrollado (barato). Pero hay ejemplos de deslocalización de empresas situadas en países desarrollados que permanecen en el mismo país pero cambian de

⁶⁹ SANGUINETI RAYMOND, W., “Deslocalización empresarial y derecho del trabajo: en busca de respuestas”, cit., p. 15.

⁷⁰ Según el valor de los sueldos en China, a pesar de que han sufrido un incremento en 2010, aún son los más inferiores del escenario mundial. “El salario medio anual de los trabajadores chinos del sector privado se situó en 2010 en 20.759 yuanes (2.163 euros), lo que supone un incremento del 14,1% respecto al ejercicio anterior. En concreto, el mayor incremento se registró entre los empleados del sector servicios, que vieron mejorada su retribución en un 17%, hasta 18.350 yuanes (1.911 euros)”. <http://www.euribor.com.es/2011/05/03/el-salario-medio-en-china-subio-un-141-en-2010/>

⁷¹ SANGUINETI RAYMOND, W., “Deslocalización empresarial y derecho del trabajo: en busca de respuestas”, cit., p. 16.

región, y hay incluso, una muestra muy curiosa de un caso en los Estados Unidos en que la empresa se deslocaliza a ‘ninguna parte’. El proyecto en cuestión “consistiría en un barco factoría ubicado frente a la costa de los Estados Unidos pero en aguas internacionales, para producir allí con gente que, como en las plataformas petroleras de alta mar, hace largas jornadas. Luego usufructúa extensos períodos de descanso en tierra firme y así sucesivamente”⁷².

Como no podía ser de otra manera, también en España, empresas de propiedad nacional y/o extranjera están tomando la decisión de “marcharse a países con menores costes salariales bajo el argumento de que los salarios que pagan en los países avanzados no son competitivos”⁷³.

Hay otra clase de descentralización en la que la Unión Europea y el Estado español tuvieron experiencia, la llamada “deslocalización al revés” o “invertida”, es decir, una empresa de un país poco desarrollado se traslada, con sus trabajadores, a un país desarrollado. Como ejemplo de la “deslocalización al revés”, están las empresas constructoras portuguesas, que eran subcontratadas por empresas alemanas, españolas, francesas, etc., y se deslocalizaban hacia estos países, llevando su personal, así como el régimen jurídico que regulaba los contratos desarrollados en dichos países, dispuestos a cumplir un contrato de construcción determinado a que fueran contratados⁷⁴.

En ejemplo citado de un país cercano, Portugal, se puede comprobar que la deslocalización no se trata apenas de conseguir más ventajas económicas y encargos sociales más bajos, que, por otro lado, la empresa deja de prestar servicios en sus instalaciones y se deslocaliza hacia otros países, acudiendo el cliente en “a su domicilio, a su empresa, para ofrecer y prestar los servicios contratados”⁷⁵.

En general, la deslocalización tiene lugar del norte hacia el sur; es decir, de un país desarrollado a otro con condiciones totalmente diferentes, en la mayoría de las veces precarias o muy baratas. Pero también hay casos de deslocalización a países

⁷² ERMIDA URIARTE, O., “Deslocalización, globalización y derecho del trabajo”, *IUSLABOR*, núm. 1, 2007, p. 2. Disponible en:

<http://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/viewFile/57944/68007>

⁷³ BÁRCENA-RUÍZ, J. C. y GARZÓN, M. B., “Deslocalización de empresas, sindicación y bienestar social”, cit., p. 69.

⁷⁴ El término “deslocalización al revés”, así como el ejemplo citado, se encuentra en ERMIDA URIARTE, O., “Deslocalización, globalización y derecho del trabajo”, cit., p. 2.

⁷⁵ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, Pamplona (Ed. Thomson Aranzadi, S.A), 2005, p. 50.

cercanos, que no presentan diferencias alarmantes, si bien la decisión merece la pena por algún aspecto económico de reducción de costes que interesa a la empresa.

Así, para economías de desarrollo medio-alto, como la española, “las amenazas de deslocalización no vienen sólo de los países más atrasados, sino también de los más avanzados, con mano de obra más cualificada y mayores economías de aglomeración. Asimismo, constituye una amenaza de primer orden la especial combinación de bajos salarios, elevada cualificación de la mano de obra y cercanía al centro europeo que ofrecen una buena parte de los países de la Europa Central y del Este”⁷⁶.

Otro ejemplo clásico y contundente de tal circunstancia, encontrada no en Europa, sino del otro lado del charco, es lo que sucedió desde la Argentina hacia el Brasil en el año de 1999. “En el marco de una brutal crisis económica que afectó a la Argentina, en un solo año, cien empresas de este país se mudaron a Brasil. Un caso contundente y fuerte de deslocalización concentrada en el tiempo entre dos países del sur muy cercanos, muy vecinos y con similitudes importantes”⁷⁷.

Por no ser la deslocalización un fenómeno que “ataca” solamente el sector industrial, también tienen sus puestos amenazados aquellos profesionales con cierta capacitación profesional que trabajan para el sector de servicios. Y ello porque el avance tecnológico de la información y de la comunicación “han hecho posible que un sin número de actividades que no precisan de contacto personal con el cliente ni especiales conocimientos locales puedan ser trasladadas a cualquier lugar del globo donde existan los trabajadores adecuados y las infraestructuras necesarias”⁷⁸.

La existencia de trabajadores adecuados no siempre es determinante a la hora de decidir el país de destino al cual la empresa pretende desplazarse, ya que “todo el sistema de producción que no requiere de una mano de obra cualificada es objeto de movilidad y desplazamiento hacia países o zonas geográficas con características

⁷⁶ MYRO, R. y FERNÁNDEZ-OTHEO, C. M., “La deslocalización de empresas en España. La atracción de la Europa Central y del Este”, Papeles del Este: Transiciones poscomunistas, vol. 10, 2005, p. 5. Para saber más, el asunto está disponible en: http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_818_185-201_644B00A27A202510DB837A651D13376F.pdf

⁷⁷ ERMIDA URIARTE, O., “Deslocalización, globalización y derecho del trabajo”, cit., p. 4.

⁷⁸ SANGUINETI RAYMOND, W., “Deslocalización empresarial y derecho del trabajo: en busca de respuestas”, *TL*, cit., p. 16.

determinadas desde el punto de vista del desarrollo económico, esto es, que permitan reducir costes laborales”⁷⁹.

La deslocalización no tiene como única consecuencia la pérdida del puesto de trabajo de los trabajadores de la empresa que ha externalizado, subcontratado o deslocalizado su actividad hacia otro país. Además, los empresarios ya no necesitan discutir con los sindicatos correspondientes la aplicabilidad o no de ciertas garantías laborales, ya que para ellos la opción de externalizar o subcontratar en el extranjero es más rápida, fácil y más favorable económicamente.

Por esta razón, una de las consecuencias más preocupantes de la deslocalización es el poder que ella ejerce sobre los Estados y los sindicatos que ceden a la presión impuesta por las empresas que “amenazan”⁸⁰ con deslocalizar parte o toda su producción al extranjero y acaban por, poco a poco, alterar el ordenamiento laboral, dejándolo cada vez más flexible para las empresas y más degradante para los trabajadores. La reducción de la tutela de protección, garantizada a los asalariados es lo que torna al empleo en precario ante la amenaza del desempleo.

La disputa feroz entre los países para garantizar condiciones necesarias de atracción del capital, han hecho que las tarifas fueran reducidas al máximo, cuando no suprimidas, los salarios reducidos, y los derechos de los trabajadores cada vez más negociables. Además de eso, el medio ambiente también se fue degradando junto con los valores de la sociedad⁸¹.

Así pues la deslocalización tiene variados efectos, que no están sólo relacionados con la extinción de puestos de trabajo, sino que además hacen presión “a favor de las políticas nacionales de desregulación de las relaciones de trabajo, así como una lenta pero constante degradación de las condiciones de trabajo garantizadas por la negociación colectiva”, haciendo que los países afectados por las deslocalizaciones, para evitar destruir puestos de trabajo y atraer inversiones, minusvaloren el sistema de

⁷⁹ BARREIRO GONZÁLEZ, G., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Reflexiones sobre el presente y futuro del Derecho Español del Trabajo*, cit., p. 137.

⁸⁰ En algunos casos, la deslocalización empresarial ni siquiera llega a ser concretada, la simple amenaza ya es suficiente para causar sus efectos, aterrorizando al Estado y a los sindicatos. SANGUINETI RAYMOND, W., “Deslocalización empresarial y derecho del trabajo: en busca de respuestas”, cit., p. 17.

⁸¹ MEDEIROS PROVINCIALI, I. A. de; ÁVILA SERRA, L., y HOMSSI BORGES, L., “Terceirização e mercado de trabalho brasileiro”, en AA.VV.: *Terceirização no Direito do Trabalho*, cit., pp. 120 y 121.

protección laboral, generando “una inédita competencia a la baja entre los sistemas sociales de los países afectados”⁸².

Es decir, las condiciones laborales así como los salarios tienden a ser cada vez peores en las empresas relocalizables. Dicha degradación no tiene freno, ya que para encuadrarse dentro de las empresas más competitivas, que a su vez se deslocalizaron al extranjero, a las empresas que quieren quedarse en el país desarrollado les permitirá disfrutar de las condiciones laborales existentes en los países subdesarrollados. Así, procede tener en consideración que a los países menos desarrollados, que están dispuestos a hacer casi todo para atraer empresas internacionales, no les interesa que las condiciones laborales de sus trabajadores mejoren, para que así las empresas se ubiquen o permanezcan en su país libertándose de la amenaza de que estas misma empresas se desplacen hacia otro país aún más subdesarrollado que le ofrezca más ventajas. El empleo seguirá siendo precario y además servirá de ejemplo a otros países que no querrán “perder” sus empresas en deslocalizaciones hacia el extranjero.

La lucha constante de la fuerza sindical para mejorar las condiciones de trabajo buscando una mayor protección de los trabajadores hoy actúa en sentido invertido. Las concesiones son cada vez mayores, y para mantener a toda costa las empresas en sus países de origen, las negociaciones llegan al punto de abdicar todo lo posible para que el desempleo y la falta de inversión no dominen el país, degradando las condiciones laborales de sus trabajadores.

Se está delante de una falta de cumplimiento de las normas laborales consagradas por el Derecho del Trabajo, el cual siempre ha pretendido garantizar unas condiciones mínimas al trabajador, pero lo que se ve es que “no todas las personas que trabajan alcanzan en la actualidad la condición jurídica de trabajadores o titulares de los derechos dimanantes del Derecho del Trabajo; tampoco los desempleados, por no trabajar, alcanzan en sentido estricto dicha condición de trabajadores”⁸³.

El freno a esta degradación de los derechos obreros puede ser hecho a través de una “internacionalización de la protección de los trabajadores. Y en especial de garantías a nivel global del respeto de un núcleo básico de derechos laborales

⁸² El entrecomillado pertenece a SANGUINETI RAYMOND, W., “Deslocalización empresarial y derecho del trabajo: en busca de respuestas”, cit., p. 18.

⁸³ PÉREZ AMORÓS, F., “Retos del Derecho del Trabajo del futuro”, cit., p. 47.

considerados fundamentales”⁸⁴, para que así el trabajador recupere su condición de jurídica de trabajador, con todos los derechos que a él le son consagrados.

A pesar de que los proyectos⁸⁵ de implementación de normas laborales en un ámbito internacional presentan una buena disposición, siguen siendo utópica en la medida de que la uniformización de las leyes laborales (sin dejar de reconocer la importante labor de la OIT) jamás alcanzará el ámbito internacional mientras sigan existiendo desigualdades sociales, económicas y de desarrollo entre los países; los costes laborales seguirán siendo diferentes dependiendo de la economía del país en cuestión, sea el más o menos avanzado.

Todo ello sin olvidar que una empresa tiene una ventaja competitiva frente a otras empresas del sector cuando deslocaliza su producción al exterior y consigue más beneficios, disminuyendo sus costes laborales y consecuentemente aumentando su margen de beneficios. Sin embargo, esta ventaja no es eterna, y acaba cuando a las demás empresas se les ocurre la misma idea. Es por eso que las empresas están constantemente pendientes y en busca de menores costes de producción para sobrevivir en un mercado altamente competitivo.

También hay que distinguir la deslocalización de la simple expansión empresarial, una vez que en esta última, la empresa también se establece en el extranjero pero no afecta la empresa original, ya que ella no sufre ninguna interferencia.

Sea como fuere, se puede decir que los efectos de la deslocalización sobre las condiciones de trabajo, en términos generales, se reducen a uno dotado de una doble faz: la degradación de los derechos de los trabajadores en el país de origen y el incentivo a las malas condiciones laborales existentes en el país de destino. La minoración puede ocurrir de dos maneras; primero, en el país de origen, en aras a evitar la hipótesis de la indeseada deslocalización, “se produce un verdadero chantaje para que se disminuya la protección laboral”⁸⁶; y segundo, en el país de destino se hace todo, o

⁸⁴ SANGUINETI RAYMOND, W., “Deslocalización empresarial y derecho del trabajo: en busca de respuestas”, cit., p. 18.

⁸⁵ “Tratados internacionales de libre comercio, generales o de carácter bilateral, de «cláusulas sociales», que supediten la efectividad de los beneficios de ellos se derivados a su efectivo respeto, la adopción por parte de las empresas multinacionales que operan en países del tercer mundo de «códigos de conducta» en materia laboral, basados en su acatamiento, o la suscripción con ese mismo propósito de acuerdos colectivos de escala internacional o global con dichas empresas”. SANGUINETI RAYMOND, W., “Deslocalización empresarial y derecho del trabajo: en busca de respuestas”, cit., p. 19.

⁸⁶ ERMIDA URIARTE, O., “Deslocalización, globalización y derecho del trabajo”, cit., p. 5.

casi todo, para ser el país más atractivo para la inversión extranjera. Pero tanto en uno como en otro caso se produce la rebaja de los derechos de los trabajadores.

En lo tocante a las naciones en desarrollo, éstas se están beneficiando de la deslocalización en prácticamente en todas las áreas de su economía, especialmente en el empleo; sin embargo, los principales beneficiarios serán aquéllos con “una numerosa población de habla inglesa, una buena infraestructura de telecomunicaciones y abundante disponibilidad de especialistas en tecnología de la información, como la India y Filipinas, que obtendrán considerables beneficios en materia de empleo e ingresos gracias a estas nuevas posibilidades”⁸⁷.

En cierta medida, lo que la realidad económica impone y exige de las empresas actuales es una nueva perspectiva, nuevas actitudes empresariales, una vez que las “modernas tecnologías permiten el desarrollo de actividades empresariales deslocalizadas, en las que la ubicación física ni constituye un factor relevante para la empresa, ni actúa como factor colector de clientela”⁸⁸; así, no es relevante para la empresa dónde desarrolla su producción o servicio, si es en un país desarrollado o no.

Lo que sí es cierto es que las repercusiones de la deslocalización empresarial son diferentes según se trate de países desarrollados o en vías de desarrollo. Según el informe sobre comercio mundial de 2005, en general, las repercusiones de la deslocalización de los servicios en los países desarrollados han podido tener consecuencias dispares, pero positivas, visto que se preveía que “aumentarían la productividad y las ganancias y que la ‘pérdida’ de empleos deslocalizados se vería compensada por un incremento del empleo y posiblemente de los salarios a medio plazo, siempre y cuando los mercados laborales fueran debidamente flexibles”⁸⁹, si bien la crisis económica ha empañado esta visión tan optimista.

De una forma objetiva, se pueden destacar las ventajas de la deslocalización en tres puntos:

1) Se trata de la estructura financiera y de los costes presentados por el país a dónde se pretende deslocalizar. Entre estos costes están: “costes laborales (salariales y no salariales, considerados éstos los componentes de la llamada “brecha salarial”, como

⁸⁷ Informe sobre el Comercio mundial 2005, de la Organización Mundial del Comercio, p. 336. http://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/world_trade_report05_s.pdf

⁸⁸ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., pp. 148 y 149.

⁸⁹ Informe sobre el Comercio mundial 2005, de la Organización Mundial del Comercio, cit., p. 336.

impuestos y cotizaciones a la seguridad social); costes de infraestructura (oficinas, electricidad, telecomunicaciones) y costes de desplazamiento a y desde los países y carga impositiva para la empresa y otros costes propios del país, como los asociados a la corrupción”; 2) que está relacionada con el entorno empresarial, con el espacio geográfico dónde la empresa irá a establecer su producción, que son los “riesgos provenientes del grado de confianza empresarial y de estabilidad política; estabilidad macroeconómica (sobre todo situación del régimen cambiario); políticas micro de atracción (o rechazo) de la inversión extranjera; infraestructura del país (redes de transporte y calidad de servicios de las telecomunicaciones, internet y TICs en general); adaptabilidad de la cultura; seguridad jurídica, en lo que se refiere a la protección de los derechos de propiedad en general y de la propiedad intelectual en particular; existencia de un tejido empresarial vivo y cercanía a un mercado amplio”. Y 3) la ventaja de la deslocalización en lo relativo a la cualificación y disponibilidad de la mano de obra, donde se irán a analizar la “experiencia y capacidad en negocios (lo cual va unido a la calidad de las escuelas de negocios y de los programas de formación locales, así como a la certificación de la calidad de operaciones locales en áreas relevantes); formación e idioma (calificaciones obtenidas en exámenes estandarizados); disponibilidad de mano de obra (tamaño de la población activa y proporción de la misma según niveles de educación), y retención de empleados (tasas relativas de crecimiento industrial y de desempleo)”⁹⁰.

Como se puede percibir, las ventajas inherentes a la deslocalización, como ya anteriormente se ha dicho, son para las empresas ciertamente importantes, pero al mismo tiempo preocupan a los ciudadanos y a los sindicatos por la perspectiva de la destrucción de puestos de trabajo y de mayor competencia internacional en el sector servicios, quienes presionan para que las autoridades y sus legisladores protejan el empleo nacional a fin de poder competir con los países en vías de desarrollo⁹¹.

Se habla en un “«efecto asimétrico» de la globalización económica ya que, de una parte, las instituciones políticas actúan a nivel regional o nacional, en tanto que, de

⁹⁰ El entrecomillado pertenece a CÁMARA ARILLA, C. y PUIG GÓMEZ, A., “Deslocalizaciones: ¿mito o realidad? el caso español frente a los países de Europa Central y Oriental”, *REM*, núm. 16, 2007, p. 175.

⁹¹ Informe sobre el Comercio mundial 2005, de la Organización Mundial del Comercio, cit., p. 336.

otra, las empresas transnacionales lo hacen a escala mundial debido a la disminución continua de los costes de transacción”⁹².

En el plano internacional, tanto el comercio en general como también la deslocalización son influenciadas por las ventajas comparativas y por el comercial intrasectorial, una vez que estas ventajas se complementan y benefician a las empresas. Hay un gran estímulo en el “comercio entre países muy diferentes entre sí en lo que respecta a la dotación relativa de factores. El comercio entre países similares está motivado por el deseo de obtener una variedad más amplia de bienes y servicios (“el interés por la variedad”). La deslocalización permite que los países exploten sus ventajas comparativas y obtengan al mismo tiempo la variedad deseada a través del comercio”⁹³.

Los costos más bajos en general son el mayor atractivo para las empresas que buscan ampliar su comercio hacia el extranjero, o que persiguen conseguir más ventajas competitivas. Sin embargo, los costes no son la única causa de la deslocalización, pues muchas inversiones en el extranjero son hechas en países desarrollados como Estados Unidos, Japón y Europa Occidental. Uno de los países más buscados en la actualidad, debido a su considerable crecimiento económico en plena crisis mundial, es Brasil. Este país posee infraestructuras de calidad y una buena cualificación de mano de obra, además de ofrecer un mercado interno inmenso, siendo la nación más receptiva de inversión extranjera de la actualidad.

Los bajos costes salariales no son el factor principal y único a la hora de determinar la localización de la actividad productiva. Antes, al contrario, la fabricación de ciertos productos, que presentan una calidad superior, requieren innovación y una mano de obra cualificada, de modo que los “costes laborales reducidos sólo representan un factor esencial de atracción de las operaciones de inversión de las empresas que tienen como objetivo la producción total o parcial de bienes que requieren un uso intensivo de mano de obra. En cambio, en los sectores más intensivos en tecnología, la disponibilidad de recursos humanos altamente cualificados, es un factor primordial en

⁹² PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 14ª Edición, Madrid (Ed. Universitaria Ramón Areces), 2006, p. 73.

⁹³ Informe sobre el Comercio mundial 2005, de la Organización Mundial del Comercio, cit., p. 340.

las estrategias de diversificación geográfica de las empresas, considerando el papel determinante que tienen sobre su productividad”⁹⁴.

Es por eso que Brasil, ejemplo claro de que los bajos costes no son determinantes de la localización, ha empezado a destacarse en el escenario mundial como una gran potencia económica dentro de América Latina, ya que no es, “ni mucho menos, el más atrasado ni uno de los que tienen menor legislación industrial, ni menor legislación laboral; todo lo contrario. Esto quiere decir que el costo laboral (y el costo en general) no es el único factor”⁹⁵ desencadenante de la deslocalización.

Otro factor importante a la hora de elegir el país de destino es la verificación de los costes de transporte, si hay una buena comunicación entre los países y si hay una infraestructura en transporte en el país a que se pretende deslocalizar, de forma que la “ubicación (sobre todo por lo que se refiere a la distancia con los principales centros de producción y de consumo) constituye un elemento importante para evaluar la capacidad de atracción de inversiones en un territorio”⁹⁶.

Se puede decir, por lo tanto, que lo que busca una empresa que quiere invertir en el extranjero, además de bajos costes en general, sobre todo laborales, también son unas infraestructuras adecuadas, unas reglamentaciones fiscales, ambientales, industriales y cambiarias favorables a su actividad, así como una mano de obra cualificada⁹⁷, además de una buena comunicación.

La repercusión jurídico laboral de la deslocalización – fenómeno derivado de la globalización – sería precisamente el *dumping* social, en el que se remercantiliza el trabajo, buscándose que sea lo más barato posible. El problema derivado del mismo no es sólo una cuestión de justicia social o exclusivamente humanitaria, sino también la posibilidad de que comience una carrera en la degradación de los derechos laborales.

Teniendo en cuenta la gran diversidad de ordenamientos jurídicos laborales existentes en los diversos países de destino, y que los países donde tiene lugar el emplazamiento empresarial presentan derechos laborales precarios, sería el momento de pensar de qué forma la condición jurídica de los trabajadores ha de ser asegurada, de

⁹⁴ CÁMARA ARILLA, C. y PUIG GÓMEZ, A., “Deslocalizaciones: ¿mito o realidad? el caso español frente a los países de Europa Central y Oriental”, cit., p. 184.

⁹⁵ ERMIDA URIARTE, O., “Deslocalización, globalización y derecho del trabajo”, cit., p. 4.

⁹⁶ CÁMARA ARILLA, C. y PUIG GÓMEZ, A., “Deslocalizaciones: ¿mito o realidad? el caso español frente a los países de Europa Central y Oriental”, cit., pp. 179 y 180.

⁹⁷ ERMIDA URIARTE, O., “Deslocalización, globalización y derecho del trabajo”, cit., p. 4.

manera general y amplia en todos los países envueltos en la deslocalización. “El nuevo Derecho del Trabajo debe ampliar su ámbito objetivo y en consecuencia lógica también el subjetivo, de tal manera que dicho ordenamiento no sólo sirva para generar derechos, sino para que también más personas alcancen la condición legal de trabajadores entre los que precisamente se puedan seguir distribuyendo los derechos”⁹⁸.

Para que así, fuera posible frenar el dicho de “yo flexibilizo para que no se me vayan mis empresas, el otro flexibiliza un poco más para que sí se vayan y así se ingresa en una carrera sin fin de quién degrada más”⁹⁹.

Como se ha expresado anteriormente, el país de destino hace todo lo posible para llamar la atención de inversores extranjeros, minorando los derechos laborales de los trabajadores de este país, si bien no tiene garantía alguna al respecto de cuánto tiempo se quedarán en el país dichas empresas. No hay garantía a largo plazo de que valga la pena el esfuerzo inicial, ya que cuando esta misma empresa encuentre otro país que le ofrezca más ventajas económicas no dudará en desplazarse otra vez, lo que generaría una minoración mayor de aquellos que quieran mantener la empresa en su país así como de aquellos que pretenden que la empresa se deslocalice y se ubique en su territorio. Todo esto constituye un círculo vicioso a todas luces preocupante.

4. Normas Internacionales del Trabajo

El Derecho del Trabajo limita la autonomía contractual individual con la función de tutelar o proteger al trabajador como parte contratante débil. En este sentido, las normas laborales actúan para salvaguardar los derechos de los trabajadores, mediante la limitación de la autonomía individual; no obstante, ha quedado clara la necesidad que tienen todas las ramas del Derecho de adaptarse a las nuevas exigencias de la sociedad, y por eso, muchos países ya vienen adoptando un sistema más liberal, y por lo tanto menos proteccionista respecto a sus trabajadores, “ya no individualista sino colectivista,

⁹⁸ PÉREZ AMORÓS, F., “Retos del Derecho del Trabajo del futuro”, cit., p. 48.

⁹⁹ ERMIDA URIARTE, O., “Deslocalización, globalización y derecho del trabajo”, cit., p. 4.

donde el Estado reconoce el fenómeno sindical y es la actuación sindical y la negociación colectiva la encargada de fijar las condiciones de trabajo”¹⁰⁰.

La globalización, que se caracteriza “por la difusión de nuevas tecnologías, los flujos de ideas, el intercambio de bienes y servicios, el incremento de los flujos de capital y financieros, la internacionalización del mundo de los negocios y de sus procesos y del diálogo, así como de la circulación de personas, especialmente de trabajadoras y trabajadores, está modificando profundamente el mundo del trabajo”¹⁰¹, sus normas, sus conceptos, y sus tradicionales tipos de relación jurídica.

Con el mundo globalizado, la necesidad de hablar la misma lengua no está relacionada sólo con el idioma, sino que es necesario que también se hable la misma en el Derecho del Trabajo, es decir, a pesar de la gran dificultad que eso supone, es necesario que las legislaciones laborales tengan armonía entre sí.

El camino hacia un Derecho Internacional del Trabajo quizá deba comenzar por una unificación de los principios fundamentales a nivel internacional, a través de la creación de un sistema de mínimos que sirva de punto de partida para un desarrollo más profundo y perfeccionado. Dichos principios pueden encontrarse en la mayoría de los países desarrollados, si bien ciertos países en vías de desarrollo y subdesarrollados los vulneran de forma constante, siendo extremadamente permisivos con el trabajo infantil, la explotación sexual de menores, la falta de libertad sindical, etc.

El medio lógico para la consecución de este objetivo sería el de una mayor interacción entre los Estados, con la creación de normas internacionales, Convenios Internacionales, Convenciones, organismos y asociaciones internacionales, etc., que contribuyan a alcanzar un derecho laboral homogeneizado que luche para evitar el *dumping* social¹⁰².

A este respecto debemos diferenciar, en primer lugar, lo que son normas internacionales de las normas supranacionales. A grandes rasgos se considera

¹⁰⁰ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., *Curso básico de derecho del trabajo*, 4ª Edición, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 2008, pp. 25 y 26.

¹⁰¹ *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de Junio de 2008, p. 5. <http://www.oit.org/public/spanish/region/eurpro/madrid/download/curriculum90anos.pdf>.

¹⁰² *Dumping* Social se trata del proceso de cierre de fábricas en zonas con salarios altos y traslado a zonas donde la mano de obra es barata. Esto recorta los costes y consolida los beneficios de la empresa pero a menudo a expensas de crear paro en Europa (http://diccionario.babylon.com/Dumping_social); y de modo más reducido la Enciclopedia de Economía define *Dumping* como una práctica ejecutada por países que producen a bajo coste gracias, a bajos salarios, y/o condiciones laborales y sociales mínimas. Disponible en <http://www.economia48.com/spa/d/dumping-social/dumping-social.htm>

internacional una norma cuando se crean obligaciones para un Estado en virtud de una ratificación o aceptación de la norma; es el caso de los convenios de la OIT. La norma es supranacional cuando no requiere ratificación, sino que obliga directamente al ser aprobada por una organización internacional, como es el caso de los reglamentos de la Unión Europea¹⁰³.

Pese a la existencia de innumerables tratados internacionales, diversos tipos de convenios, declaraciones, pactos, etc. firmados por multitud de países, una gran parte de estos no alcanzan la eficacia aspirada por sus suscriptores. Debido a la limitación del tema en este trabajo, procede centrar la atención en las normas internacionales, especialmente en la Organización Internacional del Trabajo – OIT.

Después de la I Guerra Mundial, vencedores y vencidos se reunieron para formar la OIT. Ésta fue creada en 1919¹⁰⁴ por el Tratado de Versalles y su Constitución fue elaborada entre enero y abril de 1919 por la Comisión de Legislación Internacional del Trabajo. Esta Comisión estaba constituida por representantes de nueve países (Bélgica, Checoslovaquia, Cuba, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Polonia, y el Imperio Británico), y actualmente cuenta con 182 Estados Miembros¹⁰⁵.

La OIT fue la primera agencia especializada en asociarse a las Naciones Unidas en 1946, poco después de su creación. Su labor normativa consiste en promulgar Convenios “con valor vinculante para los Estados que los ratifican, y las Recomendaciones, que generalmente actúan como guía, aclaración u orientación para la interpretación del contenido de los Convenios, o como complemento de éstos, aunque en ocasiones se aprueban por falta de mayorías suficientes (dos tercios) para la aprobación del Convenio o como instrumento con vida propia”¹⁰⁶. Una vez aprobados, los demás países tienen que ratificar y de esta forma estarán obligados a cumplir lo dispuesto en la misma y por tanto hacen que el Convenio tenga una efectiva aplicación. En su 90º aniversario, en la semana del 21 al 28 de abril de 2009, la OIT reiteró su apuesta por la justicia social para una globalización equitativa, proclamando como receta para luchar contra la crisis económica y financiera actual el trabajo digno para un

¹⁰³ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., *Curso básico de derecho del trabajo*, cit., p. 42.

¹⁰⁴ ROALES NIETO LÓPEZ, J. L., “Introducción”, en AA.VV. (OLIVAR DE JULIÁN, J. M., Dir.): “Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por España”, Noáin (Ed. Laocoonte), 2009, p. 16.

¹⁰⁵ <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/country.htm>

¹⁰⁶ ROALES NIETO LÓPEZ, J. L., “Introducción”, en AA.VV. (OLIVAR DE JULIÁN, J. M., Dir.): “Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por España”, cit., 17.

mundo mejor. Según la OIT, las personas aspiran, durante su vida laboral a un trabajo decente, a una “oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, con seguridad en el lugar de trabajo, y protección social para las familias”. Así, los objetivos a ser alcanzados por los Miembros de la Organización son “el empleo, la protección social, el diálogo social y los derechos en el trabajo”, que por estar interrelacionados, se fortalecen recíprocamente de modo que son indiscutiblemente inseparables, por lo que todos los Miembros deben propiciar políticas basadas en tales aspiraciones y esforzarse para que su aplicación tenga la mayor utilidad posible y que sea al mismo tiempo eficiente¹⁰⁷.

Desde su creación, la OIT ha mantenido y desarrollado un “sistema de *normas internacionales del trabajo* que tiene por objetivo la promoción de oportunidades para hombres y mujeres, con el fin de que éstos consigan trabajos decentes y productivos, en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad. En la economía globalizada de la actualidad, las normas internacionales del trabajo constituyen un componente esencial del marco internacional para garantizar que el crecimiento de la economía global sea beneficioso para todos”¹⁰⁸.

Como es sobradamente conocido, uno de los agravantes o causas principales de la crisis económica y financiera actual es la globalización. Se puede decir que en el ordenamiento jurídico el derecho laboral es una de las ramas que está sufriendo contantes transformaciones provenientes del fenómeno aquí debatido.

La liberación del comercio internacional provocó una mayor competencia entre empresas nacionales y transnacionales, y con la crisis aumentó considerablemente el desempleo. Esos dos factores, la alta competitividad y el paro, hacen que el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se convierta en uno de los centros de atención, pues, para muchos – en opinión no compartida – sus normas rígidas impiden que los mercados avancen y que las empresas nacionales tengan condiciones óptimas para competir con las multinacionales.

Está claro que las normas laborales tienen que acompañar a los avances de la sociedad, y por lo tanto no podrán permanecer inalterables e inflexibles; no obstante,

¹⁰⁷ El entrecomillado pertenece a “la OIT, una apuesta por la justicia social para una globalización equitativa”, en conmemoración a su 90º Aniversario, disponible en:

<http://www.oit.org/public/spanish/region/eurpro/madrid/download/curriculum90anos.pdf>

¹⁰⁸ http://www.ilo.org/global/What_we_do/InternationalLabourStandards/Introduction/lang--es/index.htm

“no es lo mismo exigir una liberación ilimitada, que desaparezca cualquier norma imperativa que imponga condiciones laborales en las empresas, que exigir una prudente gradualización, una consideración de los problemas que se plantean en las empresas y que hay que resolver, pero conservando el respecto a la dignidad del trabajador”¹⁰⁹.

La fuerte competencia por la oferta del mejor precio hace que muchas empresas utilicen la gran estrategia corporativa de más éxito en los últimos años, esto es, el recurso a la subcontratación, que produce “consecuencias perjudiciales para los trabajadores, sobre todo, para los que ocupan los últimos lugares de la cadena de suministro en diversas regiones del mundo”¹¹⁰. Aparte de este problema que será tratado con mayor profundidad en un capítulo posterior, cabe hacer referencia a otra cuestión que está siendo afrontada por la comunidad internacional, y que viene siendo desde hace mucho tiempo una de las mayores preocupaciones de la OIT: el trabajo informal, que está alcanzando índices mayores a cada año.

Es por ello que las preocupaciones relacionadas con el Derecho del Trabajo no paran de aumentar. Por un lado, está el desempleo, cuando no el trabajo en condiciones degradantes, y por otro el trabajo informal no asegurado. Es decir, los derechos humanos y laborales de los trabajadores son una constante necesidad de tutela en las convenciones internacionales. Y no hay que olvidar que la globalización tiene y seguirá teniendo una gran carga en estos índices.

Dentro del Derecho Laboral, los sindicatos son una de las instituciones que necesita avanzar junto con la globalización, con el fin de dar algún tipo de solución a la misma, pues en muchos países los sindicatos son marginales, no poseen una actuación relevante o simplemente son ineficaces. A título ilustrativo, “en los países del ex - bloque soviético, los sindicatos son débiles, en los sectores privatizados en general inexistentes; en India, solo un 3% de la mano de obra trabaja en el sector formal, es decir cubierto por leyes y convenios colectivos; en China, los sindicatos oficiales son organismos del Estado, inútiles para la defensa de los intereses de los trabajadores, y las tentativas de formar sindicatos independientes son reprimidas. Hoy en día, el movimiento sindical, con aproximadamente 200 millones de miembros, probablemente

¹⁰⁹ SUÁREZ GONZÁLEZ, F., “La respuesta del Derecho del Trabajo a la globalización económica: planteamiento general”, en: AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *La globalización económica y el derecho del trabajo*, cit., p. 31.

¹¹⁰ http://www.ilo.org/wow/Featuredbook/lang--es/WCMS_091353/index.htm , p. 03.

representa menos del 5% de los trabajadores del mundo. Claro que aquí hay una enorme reserva de mano de obra sin protección sindical sería”¹¹¹.

No obstante, se puede tener una visión un poco más optimista y decir que la familia de instituciones sindicales mundiales, como la Confederación Sindical Internacional (CSI), el Comité Consultivo Sindical (TUAC) y las Federaciones Sindicales Mundiales, están aumentando en tamaño y en importancia.

El número creciente de convenios marco internacionales con empresas multinacionales está siendo posible debido a la dirección de las Federaciones Sindicales Mundiales. Estos convenios “ofrecen una vía para ir más allá de los códigos de conducta voluntarios de las empresas que, pueden representar, simplemente, un truco de marketing, y según el propio Sindicato Internacional de Trabajadores de la Construcción y la Madera (ICM), los convenios marcos internacionales constituyen un reconocimiento formal de la asociación social a escala mundial. Las empresas multinacionales que suscriben tales convenios se comprometen a respetar los derechos de los trabajadores, de conformidad con los convenios esenciales de la OIT”¹¹².

Se han encontrado muchos problemas para extender el alcance de los convenios internacionales a las redes de proveedores y subcontratistas de las empresas multinacionales. Y aquí se llega al mismo punto, es decir, los problemas son los de siempre: el desempleo, el trabajo informal, el empeoramiento de las condiciones de trabajo y la utilización excesiva de las cadenas de subcontratación.

En cualquier caso, “puede considerarse que las multinacionales actúan como una especie de mecanismo de transmisión, que transfiere prácticas de las relaciones laborales de sus países de origen a los proveedores y los contratistas de otras regiones, y ésta es un área a la que los sindicatos les convendría prestar una mayor atención”¹¹³.

El mayor reto para el Derecho del Trabajo en la actualidad es mantener “su función equilibradora y de composición del conflicto laboral, mediante la tutela del trabajador a través de la fijación de condiciones mínimas imperativas, tiene también que hacer frente a la internacionalización o globalización económica y al impacto de las nuevas tecnologías en buena medida unidos”¹¹⁴.

¹¹¹ http://www.globallabour.info/es/2008/06/el_movimiento_sindical_interna.html , p. 02.

¹¹² http://www.ilo.org/wow/Featuredbook/lang--es/WCMS_091353/index.htm , p. 03.

¹¹³ http://www.ilo.org/wow/Featuredbook/lang--es/WCMS_091353/index.htm , p. 04.

¹¹⁴ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., *Curso básico de derecho del trabajo*, cit., p. 30.

En los últimos tiempos existe un concepto que está tomando especial relevancia en los debates sociales, sobre todo en la Unión Europea, siendo éste la *flexiguridad*, traducida como la aceptación de que las normas tienen que ser flexibles para que sean aplicadas con eficacia a la nueva realidad empresarial mundial, pero, en el intento de rescatar, mantener o por lo menos no dejar en el olvido la seguridad en las relaciones laborales.

A lo largo de este capítulo se tratarán de describir los impactos ocasionados por el fenómeno de la globalización en el Derecho Laboral y sus nuevas previsiones adaptadas a la transnacionalización de los mercados. Posteriormente será estudiado con más detalle el fenómeno de la *flexiguridad*.

5. Normas de la Unión Europea

En lo que no es sino una mera aproximación, cabe recordar que la UE inicialmente se formó con Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos, después de la Segunda Guerra Mundial. Hoy es “una asociación económica y política singular de 27 países europeos que abarcan juntos gran parte del continente”¹¹⁵ y trabaja, entre otras cosas, en la creación de mejores condiciones de trabajo y de empleo de los ciudadanos de la Unión Europea, la movilidad de los trabajadores, la información y consulta de los trabajadores así como en la lucha contra la pobreza y la exclusión social, en un intento de modernizar los sistemas de protección social¹¹⁶.

La Unión Europea tiene como principios fundamentales la igualdad y la solidaridad, reforzando los derechos fundamentales de los trabajadores en la UE y son verdaderas armas para luchar contra cualquier tipo de discriminación.

El modelo social que la UE quiere establecer en los Estados miembros será fruto de la “promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección

¹¹⁵ http://europa.eu/index_es.htm

¹¹⁶ Guía Practico de la Unión Europea núm. 26, p. 3. Disponible en <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1271907004230&ssbinary=true>

social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana”¹¹⁷.

Las Directivas son acciones emprendidas por los miembros de la UE, siendo elaboradas con el objetivo descrito y deben ser aplicadas progresivamente por todos los países miembros de la UE. En otras palabras, “las Directivas son disposiciones de carácter general emanadas del Consejo que vinculan a los Estados sobre los resultados a alcanzar, si bien dejan libertad a éstos respecto a la forma y medio de obtenerlos”¹¹⁸.

Las Directivas que aquí interesan, pertinentes al tema estudiado y por lo tanto explicadas a lo largo del mismo, son principalmente:

1) Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo; 2) Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad; 3) Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores); 4) Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios; 5) La Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

Hay que resaltar que las Directivas, como el propio nombre dice, son orientaciones desde la Unión Europea hacia sus miembros, razón por la cual no se trata de imposiciones, sobre todo en lo que se refiere a las políticas de empleo. También hay que dejar claro que las Directivas no son un intento de establecer un Derecho del Trabajo europeo, ya que cada uno de los Estados miembros posee su propio ordenamiento laboral.

¹¹⁷ Guía Practico de la Unión Europea núm. 26, p. 4. Disponible en <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1271907004230&ssbinary=true>

¹¹⁸ RAMÍREZ RODRIGO, L. N., “Desarrollo normativo actualizado de las Directivas comunitarias de salud laboral en España”, *MS*, núm. 65, 1997, p. 4. Disponible en http://www.mapfre.com/documentacion/publico/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1018770

La Directiva 2008/104/CEE es una de las Directivas que “debe tener lugar a través de los mecanismos previstos en la Constitución española para garantizar los derechos fundamentales. La necesidad de esta respuesta política y jurídica se justifica por la urgencia de contener la desafección progresiva de amplios sectores sociales del proyecto europeo, desencantados por esta deriva más económico-liberal que social. Fenómeno social observable, sobre todo, en la Europa occidental, donde se han vivido episodios graves para el futuro de la UE en varios de los referendos realizados hasta el momento. Por otra parte, si no existe una respuesta adecuada al desafío que plantea esta línea de jurisprudencia europea, el Estado también se expone a una deslegitimación social, por no ser capaz de garantizar los derechos y el bienestar de sus ciudadanos, lo que podría derivar en una crisis social -y tal vez política- de graves consecuencias para el sistema democrático-constitucional español”¹¹⁹.

“Se está planteando con carácter urgente la necesaria movilización de las instituciones comunitarias en favor de la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos, tal y como ya se ha producido en el caso del Parlamento Europeo, después de la Resolución del 22/10/2008, *On challenges to collective agreements in the EU* (2008/2085 INI), adoptada en favor de la restauración del equilibrio entre el respeto de las libertades económicas fundamentales, por un lado, y la garantía del ejercicio de la acción sindical, por otro lado, ejercicio en muchos casos protegido por las prácticas constitucionales de muchos Estados miembros, como es nuestro caso”¹²⁰.

No obstante, algunas Directivas pueden desplegar efectos jurídicos cuando se haya cumplido su plazo de transposición. Pasado el plazo establecido para que los Estados hagan la transposición de la Directiva, los particulares pueden alegar al estado todas sus disposiciones claras, precisas e incondicionales, produciéndose el llamado “efecto directo vertical”. Existe un “efecto directo horizontal”¹²¹ –no admitido por el

¹¹⁹ LANDA ZAPIRAÍN, J. P., “En busca de una regulación equilibrada que permita conciliar el desarrollo del mercado único con el respeto exigible al ejercicio de los derechos sociales fundamentales: Desde el diálogo social a la constitucionalización jurídica de la Unión Europea”, *RMTI*, núm. 10, 2010, p.88.

¹²⁰ LANDA ZAPIRAÍN, J. P., “En busca de una regulación equilibrada que permita conciliar el desarrollo del mercado único con el respeto exigible al ejercicio de los derechos sociales fundamentales: Desde el diálogo social a la constitucionalización jurídica de la Unión Europea”, *RMTI*, núm. 10, 2010, p. 88.

¹²¹ A respecto del efecto horizontal de las Directivas, se puede citar a título de ejemplo el caso Viking, que ha sido durante muchos años motivo de intensos debates internacionales. Recordemos que “Viking es una empresa de transporte finlandesa, propietaria de varios transbordadores, uno de los cuales, el Rosella, realiza la ruta Helsinki-Tallín (Estonia)”. Disponible en: http://eurored.ccoo.es/comunes/recursos/99999/56724-Nota_de_CCOO_sobre_las_sentencias_Laval_y_Viking.pdf. También a respecto del asunto Viking,

TJUE- que, pese a su nombre, produce un efecto indirecto, ya que al posibilitar la alegación frente a otros particulares permite que sea posible una interpretación conforme.

Además de ofrecer directrices para los Estados Miembros, la Comisión de la UE orienta en el sentido de que “los mercados de trabajo europeos deben afrontar el reto de conciliar una mayor flexibilidad con la necesidad de maximizar la seguridad para todos”¹²².

Lo que se vislumbró hasta la década de los años 70 era un crecimiento próspero y sostenible, máxime cuando el objetivo del pleno empleo fue casi alcanzado. No obstante, esta estabilidad ha sido remplazada por un mercado de trabajo deteriorado y unos niveles de desempleo altísimos, producidos por el cambio económico en esta década. A partir de entonces, “las medidas de protección del empleo, tanto las externas como las internas a las organizaciones productivas, empiezan a ser percibidas no solo como un obstáculo a la creación de empleo, sino adicionalmente como un freno al mantenimiento de los puestos de trabajo existentes”¹²³.

Se notaba una clara necesidad de flexibilizar las rígidas normas laborales vigentes hasta aquel momento. Tanto es así que, “las Directrices integradas para el crecimiento y el empleo empezaron a destacar la necesidad de adaptar la legislación laboral para promover la flexibilidad y la seguridad del empleo y reducir la segmentación del mercado de trabajo”¹²⁴.

resumidamente se puede decir que se trata de “una naviera que pretendía abanderar su buque en Estonia a fin de no tener que cumplir con los convenios colectivos finlandeses, el TJE establece -contra muchas opiniones doctrinales precedentes- que el art. 43 TCE tiene un efecto horizontal directo entre partes privadas (Ballestrero: 375-376) (Davies: 27-28), y por consiguiente, es aplicable a los sindicatos que plantean acciones sindicales que puedan llegar a impedir el ejercicio de la libertad de establecimiento. Los sindicatos tendrán que probar que la acción huelguística utilizada era una medida debidamente proporcionada al objetivo perseguido a través del planteamiento de esa concreta medida de conflicto, y que otras no eran posibles (Moizard: 868). Esto significa, que en adelante el ejercicio del derecho de huelga - así como el de negociación colectiva- se encuadra dentro de la aplicación del principio de proporcionalidad y demás principios que componen el filtro que deben superar las medidas preventivas limitativas de estas libertades económicas fundamentales”.¹²¹ LANDA ZAPIRAÍN, J. P., “En busca de una regulación equilibrada que permita conciliar el desarrollo del mercado único con el respeto exigible al ejercicio de los derechos sociales fundamentales: Desde el diálogo social a la constitucionalización jurídica de la Unión Europea”, cit., p. 91. Disponible en: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/equilibrada-conciliar-constitucionalizacion-214018641#secc2>

¹²² “Libro Verde: modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del S. XXI”, COM (2006) 708 final, de 22 de noviembre de 2006.

¹²³ VALDÉS DAL-RE, F., “Flexiguridad y mercado de trabajo”, *RL*, núm. 9, 2010, p. 4.

¹²⁴ Directrices adoptadas en la Decisión del Consejo en 12 de julio de 2005 relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros (2005/600/CE). Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:205:0021:0027:ES:PDF>

En el inicio de los años noventa, se empezaron a implantar unas reformas en las legislaciones nacionales sobre protección del empleo, centradas esencialmente “en la relajación de las normas vigentes para aumentar la diversidad contractual. El objetivo de estas reformas era aumentar la flexibilidad «en los márgenes», es decir, instaurar formas de empleo más flexibles acompañadas de una menor protección contra el despido, para facilitar el acceso de los solicitantes de un primer empleo y de los solicitantes de empleo desfavorecidos al mercado de trabajo y permitir, a los que lo desearan, disponer de un mayor número de opciones de empleo. Como consecuencia, los mercados de trabajo experimentaron una creciente segmentación”¹²⁵.

La decisión política en proporcionar y permitir a los empresarios la utilización de medidas de gestión más flexibles a la hora de contratar la mano de obra necesaria, se concreta a través de “una constelación de acciones de muy diversa factura jurídica y significación material, revisables en su especificación normativa en función de la aportación de cada una al objetivo último de estimular la inversión generadora de empleo y percibidas, al menos en una primera fase, como opciones políticas de carácter coyuntural y momentáneo, sin vocación a perdurar más allá de lo que durase el nuevo escenario de recesión económica”¹²⁶.

La búsqueda de “la flexibilidad en el mercado de trabajo ha conducido a un incremento de las distintas formas de contratos de empleo, que pueden diferir en gran medida del modelo clásico de contrato, desde el punto de vista tanto de la seguridad de empleo y de ingresos como de la estabilidad relativa de las condiciones de trabajo y de vida inherentes”¹²⁷.

De esta manera, la política que defendía el pleno empleo empezó a ser revisada de manera paulatina, mediante la “introducción de un variado conjunto de acciones agrupadas, sintéticamente, bajo la fórmula de medidas enderezadas a dotar de «flexibilidad» bien a la organización de trabajo bien a la gestión de los contratos de trabajo”¹²⁸.

¹²⁵ “Libro Verde: modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del S. XXI”, COM (2006) 708 final, de 22 de noviembre de 2006.

¹²⁶ VALDÉS DAL-RE, F., “Flexiguridad y mercado de trabajo”, cit., p. 5

¹²⁷ “Libro Verde: modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del S. XXI”, COM (2006) 708 final, de 22 de noviembre de 2006.

¹²⁸ VALDÉS DAL-RE, F., “Flexiguridad y mercado de trabajo”, cit., p. 4.

La respuesta estratégica global de la UE a los desafíos y las oportunidades de la globalización se encuentra “en la Estrategia de Lisboa renovada para el Crecimiento y el Empleo. El Consejo Europeo invitó a los Estados miembros a que en los programas nacionales de reforma se elaboren de manera más sistemática estrategias detalladas de actuación para mejorar la adaptabilidad de los trabajadores y las empresas. Asimismo, pidió a la Comisión, conjuntamente con los Estados miembros y los interlocutores sociales, que estudiara la elaboración de un conjunto de principios comunes sobre flexiguridad, que puedan servir de referencia útil para lograr unos mercados laborales más abiertos y con mayor capacidad de respuesta y unos lugares de trabajo más productivos”¹²⁹. Y al mismo tiempo, también instó a los países miembros a que “evalúen y, si procede, revisen el grado de flexibilidad previsto en los contratos clásicos en lo relativo a los plazos de preaviso, los costes y procedimientos de despido individual o colectivo, o la definición de despido improcedente”¹³⁰.

No es demasiado decir que “la protección de las condiciones laborales y la mejora de la calidad del trabajo en los Estados miembros depende fundamentalmente de las legislaciones nacionales y de la eficacia de las medidas de aplicación y control a escala nacional. A escala de la UE, el acervo social sostiene y complementa las acciones de los Estados miembros en este ámbito”¹³¹.

Proporcionar a los empresarios fórmulas más flexibles y al mismo tiempo asegurar que aquellos trabajadores, que están buscando el primer empleo, que están desempleados, que son inmigrantes y que no tienen un contrato de trabajo indefinido puedan contratar con un mínimo de seguridad. Esta situación ha sido traducida en la “búsqueda de un equilibrio entre flexibilidad y seguridad; esto es, el establecimiento de un marco de regulación capaz de asegurar simultáneamente a los empresarios unos razonables niveles de flexibilidad con vistas a facilitar los cambios procedentes de un mercado progresivamente más abierto y competitivo y a los trabajadores unos niveles igualmente razonables de seguridad en el empleo y en la protección social”¹³². Este

¹²⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad, Bruselas, 27.06.2007, COM (2007) 359 final.

¹³⁰ “Libro Verde: modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del S. XXI”, COM (2006) 708 final, de 22 de noviembre de 2006.

¹³¹ “Libro Verde: modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del S. XXI”, COM (2006) 708 final, de 22 de noviembre de 2006.

¹³² VALDÉS DAL-RE, F., “Flexiguridad y mercado de trabajo”, cit., p. 6.

intento de buscar la fórmula adecuada de equilibrar flexibilidad y seguridad ha sido llamado de flexiguridad.

La primera vez que se utilizó el término flexiguridad fue para hacer referencia “al conjunto de políticas capaces de conciliar las medidas de flexibilidad, que se habían introducido de manera asistemática y desordenada durante la década de los años 80, con acciones de seguridad, cuyos beneficiarios habrían de ser, precisamente, los trabajadores afectados por aquellas primeras”¹³³.

Por lo tanto, se entiende por flexiguridad la “estrategia integrada para potenciar, a un tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral”¹³⁴.

La flexibilidad y la seguridad durante mucho tiempo fueron conceptos considerados incompatibles. Los empresarios requerían más flexibilidad y por otro lado para los trabajadores se precisaba establecer una mayor seguridad en la relación contractual. Las constantes reivindicaciones de sendos colectivos hacía que fuera imposible atender sus contrapuestos intereses al mismo tiempo.

Todas las notas referidas a los cambios ocurridos en la relación laboral después de la globalización han empujado a las empresas a organizarse de manera más flexible. Esto se traduce en “diversas modalidades por lo que hace a la evolución de la organización del trabajo, el horario laboral, los salarios y el tamaño de la mano de obra en los distintos niveles del ciclo de producción. Estos cambios han suscitado la demanda de una mayor diversidad contractual, esté o no cubierta explícitamente por la legislación europea y nacional”¹³⁵.

Si por una parte se buscaba “aligerar las restricciones o limitaciones al ejercicio por parte del empresario de sus poderes contractuales y, por otra, fortalecer los mecanismos de seguridad a favor de los trabajadores, sobre todo de los ubicados en el mercado de trabajo en las posiciones más vulnerables, parece (o se pretende que parezca) haber dejado de desplegar una dimensión conflictiva y excluyente, de

¹³³ VALDÉS DAL-RE, F., “Flexiguridad y mercado de trabajo”, cit., p.8.

¹³⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad, Bruselas, 27.06.2007, COM (2007) 359 final.

¹³⁵ “Libro Verde: modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del S. XXI”, COM (2006) 708 final, de 22 de noviembre de 2006.

vencedores y vencidos, para adoptar un significado complementario e incluyente, incorporando así la lógica de las soluciones *winner and winner*¹³⁶.

Anteriormente, el objeto de las políticas era “aumentar bien la flexibilidad de las empresas bien la seguridad de los trabajadores y como consecuencia de ello, se neutralizan o contradicen entre sí”¹³⁷.

Las relaciones entre flexibilidad y seguridad “no deben ni pueden entenderse conforme al juego de los principios más tradicionales, de oposición o enfrentamiento, sino según una nueva lógica de convergencia en los objetivos finales (garantizar la máxima eficiencia del sistema económico), compatible, no obstante, con las divergencias en las opciones de políticas de derecho que informan el respectivo cuadro de medidas de flexibilidad y seguridad”¹³⁸.

Con la flexiseguridad se busca “una combinación de flexibilidad numérica en la contratación y en el despido, una protección social generosa – apoyada en uno de los regímenes impositivos más onerosos del mundo – y unas políticas activas de empleo eficaces”¹³⁹.

Establecer los principios comunes de flexiguridad de forma efectiva viene contribuyendo “al buen funcionamiento de los mercados laborales y a la reducción del paro estructural. Se deben reforzar las políticas de flexiguridad para reducir la división de los mercados laborales y promover su transición. Para ello, la presente iniciativa favorece:

1) Un planteamiento común de las instituciones de la UE, los Estados miembros y los interlocutores sociales, con el fin de reforzar la política y el establecimiento de los principios de flexiseguridad; 2) el desarrollo de las competencias de los trabajadores a lo largo de toda su vida profesional, sobre todo mediante financiaciones adaptadas; 3) la participación de los interlocutores sociales a escala europea. Además, la Comisión propone implicar al conjunto de las partes interesadas en el seguimiento y la gestión de

¹³⁶ VALDÉS DAL-RE, F., “Flexiguridad y mercado de trabajo”, cit., p. 2.

¹³⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad, Bruselas, 27.06.2007, COM (2007) 359 final.

¹³⁸ VALDÉS DAL-RE, F., “Flexiguridad y mercado de trabajo”, cit., p. 2.

¹³⁹ LANDA ZAPIRAÍN, J. P. “Introducción”, en AA.VV. (LANDA ZAPIRAÍN, J. P., Coord.): *Estudios sobre la estrategia europea de flexiseguridad: una aproximación crítica*, Albacete (Ed. Bomarzo), 2009, p. 21.

la flexiseguridad, especialmente a los servicios públicos y privados del empleo y la formación, a los interlocutores sociales y a las organizaciones de la sociedad civil”¹⁴⁰.

El análisis final del término flexiguridad se puede hacer bajo dos perspectivas, la primera “de índole procedimental, ya que la flexiguridad se entiende como una estrategia sincronizada y deliberada en la adopción de las medidas que la conforman. La segunda tiene una dimensión subjetiva, ya que los beneficiarios de las medidas de seguridad no son los trabajadores en general sino, de manera señalada (*notably*), los integrantes de los grupos socialmente débiles, estén en el mercado (trabajadores temporales, por ejemplo) o fuera del mercado (desempleados, también por ejemplo)”¹⁴¹.

Bajo la perspectiva positiva del Consejo sobre el concepto de flexiguridad, se reitera la idea de que la flexibilidad propuesta en este fenómeno no es un instrumento para los empresarios en contratar o despedir con más facilidad, y tampoco para desvalorizar el contrato de trabajo típico, sino que se trata de un avance para los trabajadores, que pueden moverse con más facilidad en la búsqueda de un empleo mejor, además de ser una oportunidad para su perfeccionamiento profesional. El segundo concepto intrínseco en el fenómeno de la flexiseguridad es, obviamente, la seguridad, que no está limitada tan sólo en la idea de mantener un puesto de trabajo, sino que pretende garantizar a los trabajadores la oportunidad de avanzar profesionalmente, perfeccionándose a través de una formación especializada para aquellos trabajadores que poseen poca cualificación profesional o ya tienen una edad avanzada; asimismo, se refiere a la ayuda proporcionada a los trabajadores desempleados en encontrar un empleo.

De este modo, “tanto empresas como trabajadores pueden beneficiarse de la flexibilidad y de la seguridad, es decir, de una mejor organización del trabajo, de la movilidad ascendente resultante de la mejora de las capacidades y de las inversiones en formación, que las empresas rentabilizan y que ayudan a los trabajadores a adaptarse al cambio y a aceptarlo”¹⁴².

¹⁴⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 23 de noviembre de 2010 «Una estrategia para nuevas competencias y empleos: contribución europea al pleno empleo» [COM(2010) 682 final. Disponible en http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/eu2020/em0044_es.htm

¹⁴¹ VALDÉS DAL-RE, F., “Flexiguridad y mercado de trabajo”, cit., p. 8.

¹⁴² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad, Bruselas, 27.06.2007, COM (2007) 359 final.

La flexiseguridad es un fenómeno que está presente en las nuevas formas de trabajo atípicas, y la aparición de estas distintas formas – que serán estudiadas en la secuencia de este trabajo y que se tendrá la oportunidad de comprobar – “difumina las fronteras entre el Derecho laboral y el Derecho mercantil. La distinción binaria tradicional entre trabajador por cuenta «ajena» y trabajador por cuenta propia ya no refleja fielmente la realidad económica y social del trabajo”¹⁴³.

“En su espíritu subyace la exigencia de conciliar la tutela completa de los trabajadores con unas amplias dosis de elasticidad en manos de la contraparte, crucial para adaptar el proceso productivo y la organización de los recursos humanos a los constantes retos y vaivenes planteados por un mercado cada vez más voluble y de encarnizada rivalidad”¹⁴⁴.

Por lo tanto, concluyendo de forma positiva, según las Directivas propuestas para la modernización del Derecho del Trabajo, que tiene por objetivo principal unificar la flexibilidad, y la seguridad en el empleo, se puede decir que “los contratos atípicos y los contratos clásicos flexibles permiten que las empresas puedan adaptarse rápidamente a la evolución de las preferencias de los consumidores y de las tecnologías y a nuevas oportunidades para atraer y retener una mano de obra más diversificada, merced a una mejor adecuación de la oferta y demanda de mano de obra. Los trabajadores también pueden elegir entre un mayor número de opciones en lo relativo al horario laboral, unas mayores oportunidades de carrera, un mayor equilibrio entre vida familiar, trabajo y educación, así como una mayor responsabilidad individual”¹⁴⁵.

6. El control como utopía

Junto con la globalización ha habido una desvalorización del trabajo humano, pues los riesgos del mercado libre eran soportados por los trabajadores, sobre todo en el

¹⁴³“Libro Verde: modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del S. XXI”, COM (2006) 708 final, de 22 de noviembre de 2006.

¹⁴⁴ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., y MEGINO FERNÁNDEZ, D., “El largo y tortuoso camino de la reforma del mercado laboral español: la ‘flexibilidad/seguridad’ como antídoto frente a la crisis, *RTSS* (CEF), núm. 329-330, 2010, p. 12.

¹⁴⁵ “Libro Verde: modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del S. XXI”, COM (2006) 708 final, de 22 de noviembre de 2006.

sector industrial, donde había una concentración mayor de mano de obra, cualificada o no. Al mismo tiempo que en los países desarrollados hubo un recorte en el número de trabajadores, en los países en vías de desarrollo se acentuó aún más la explotación laboral. Y ello porque, a nivel mundial, hay una excesiva valoración del capital que produce un aumento en los índices de desempleo y provoca la inestabilidad en los mercados nacionales¹⁴⁶.

La ideología que acompaña y caracteriza esta feroz globalización es el privilegio del capital sobre el trabajo. La competitividad de la empresa en el escenario global “se convierte en el bien supremo al que se subordinan los demás. Los intereses individuales son más valorados que antes, mientras que los colectivos tienden a perder prestigio. La solidaridad pasa de moda y el egoísmo tiende a ser considerado como un motor del progreso. La eficacia comercial justifica los medios. El Estado del Bienestar, que había cumplido una función de contención del comunismo y de promoción del consumo nacional, ya no es considerado como necesario. El Derecho Laboral y la acción sindical pueden ahora ser vistos como obstáculos al desarrollo de la libre empresa. Por lo demás, en la medida en que las nuevas tecnologías siguen sustituyendo mano de obra, los trabajadores van siendo menos necesarios y disminuye su peso en la economía y la política”¹⁴⁷.

Si tenemos en cuenta que la globalización “es un hecho y no una doctrina”¹⁴⁸, debe ser asumida por todos; los argumentos contrarios a tal fenómeno – aunque muchos y justificados – están fuera de contexto, no hay que hablar de conforme o disconforme, resta apenas, por ende, concienciar de su existencia. Lo que es urgente e indispensable es el diseño de órganos competentes y eficaces para no contrariar ni atacar a la globalización, sino que de alguna manera hiciesen que los derechos fundamentales, la dignidad humana, los derechos en el trabajo, fuesen obligatoriamente mantenidos, ya que sólo así se podría hablar de una globalización justa y equitativa.

¹⁴⁶ MEDEIROS PROVINCIALI, I. A. de; ÁVILA SERRA, L., y HOMSSI BORGES, L., “Terceirização e mercado de trabalho brasileiro, en AA.VV.: *Terceirização no Direito do Trabalho*, cit., pp. 120 y 121.

¹⁴⁷ ERMIDA URIARTE, O., “Globalización y Relaciones Laborales”, ponencia presentada en el III Congreso Regional de las Américas y publicada en la Revista de Relaciones Laborales, *Las relaciones de trabajo en el Siglo XXI*, p. 5.

¹⁴⁸ SUÁREZ GONZÁLEZ, F., “La respuesta del Derecho del Trabajo a la globalización económica: planteamiento general”, en: AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *La globalización económica y el derecho del trabajo*, cit., p. 27.

Es muy difícil encontrar una coherencia entre los intereses públicos y privados; también hay que resaltar que la globalización produce una mezcla de intereses distintos, y que está de alguna forma regulada por diversas entidades internacionales, pudiéndose citar entre ellas a la OIT, donde participan no sólo empresarios sino también trabajadores, e instituciones como el FMI, ONU, UNESCO, PACTO ANZUS, ALADI, CARICOM, CEAP, G-7, MCCA, OCDE, OEA, ONU, OTAN, SELA, TLC, etc.

En apartados anteriores se han presentado algunos de los órganos internacionales existentes que tienen como objetivo primordial poner orden en las consecuencias enfrentadas existentes en el mundo globalizado, que no son pocas, pero que no están totalmente interrelacionadas unas con otras. Se puede constatar, al tiempo, que los países se unen para intentar solucionar diversas problemáticas, siendo firmados innumerables tratados internacionales de mutuo apoyo entre naciones, creando más y más organizaciones internacionales, y estableciendo una diversidad de acuerdos sobre otras muchas cuestiones, pero siendo su regulación en muchos casos vaga y excesivamente genérica, tanto por la amplitud de los asuntos a regular como por las trabas impuestas desde los Estados en lo que se refiere a su pérdida de potestad e independencia legislativa.

Los tratados funcionan en cierto modo como una barrera respecto a los países no firmantes, de los que en determinados casos se pretenden defender, y también como un sistema de colaboración y apoyo para un mayor desarrollo frente a estos otros; es decir, rubricar el tratado entre ciertos países es una forma de limitar que ciertas decisiones y acciones salgan del círculo, y también para imponer respeto e intimidar a aquellos que no son partícipes.

Las empresas tratan de sacar partido de todas las situaciones, buscar a nivel mundial la mano de obra más barata, el país con menos fiscalización o con tributación menos agresiva, el abaratamiento de los transportes, etc., sin que para ello haga falta un desplazamiento efectivo o una transformación social de la empresa, que simplemente pasa de ser una empresa nacional a una multinacional. Con ello la conclusión más clara y palpable que se puede obtener es que “las empresas son cada vez más multinacionales”¹⁴⁹, con las consecuencias inherentes a tal calificativo.

¹⁴⁹ SUÁREZ GONZÁLEZ, F., “La respuesta del Derecho del Trabajo a la globalización económica: planteamiento general”, en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *La globalización económica y el derecho del trabajo*, cit., p. 26.

De la misma manera que aumentó el número de entidades con sede en otros países, distintos de España, aumentó la migración de trabajadores que ya sobrepasa la cifra de 191 millones¹⁵⁰. Lo que también es bien sabido es que esos trabajadores son los que más se sujetan a condiciones de empleos deficientes y que son explotados de todos los modos.

A tenor de las situaciones existentes en el mundo globalizado, se constata la necesidad de un sindicato que apoye y ayude a los trabajadores migrantes para que estos dejen de ser explotados por las grandes empresas, es decir, que tengan una mayor colaboración transnacional. Se sugiere que los sindicatos encuentren nuevas e interesantes maneras para tratar los retos de la globalización, siendo una alternativa creativa ampliar “su ámbito de actuación para establecer alianzas con otras organizaciones, y en especial con ONGs”¹⁵¹.

Cuando los trabajadores se sindicán, ellos se vuelven agentes del desarrollo, “forman una fuerza colectiva, defienden sus derechos, protegen sus intereses y se les abren nuevas vías al diálogo social con miras a mejorar sus condiciones de vida y de trabajo. La sindicación, por lo tanto, es un medio para salir de la pobreza, y los sindicatos, un instrumento con que combatirla”¹⁵².

Una de las aspiraciones de la OIT es la consecución de una justicia social y el pleno empleo, que asegure “la sostenibilidad de sociedades abiertas y de la economía mundial, lograr la cohesión social y luchar contra la pobreza y las desigualdades crecientes”¹⁵³.

La OIT cumple dos funciones importantes, “por una parte, tiene el mandato de trabajar en pro de la justicia social y de la equidad en el mundo del trabajo, pero por otra parte, dada la composición de la OIT, que la pone directamente en contacto con el sistema productivo y le ofrece una perspectiva inmediata sobre lo que está ocurriendo – o lo que no está ocurriendo – en la economía real, (...) ha de incorporar una vertiente

¹⁵⁰ http://www.ilo.org/wow/Featuredbook/lang--es/WCMS_091353/index.htm , p. 05.

¹⁵¹ http://www.ilo.org/wow/Featuredbook/lang--es/WCMS_091353/index.htm , p. 05.

¹⁵² <http://www.comfia.net/documentacion/html/3318.html> , p. 02.

¹⁵³ *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*. Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de Junio de 2008, p. 6.

social a un proceso de globalización hasta ahora esencialmente económico y fuertemente marcado por criterios financieros y monetarios”¹⁵⁴.

Se sabe que el mercado local no es capaz de competir con el mercado internacional, pero debería de existir una manera de utilizar todos los avances tecnológicos en beneficio del pequeño empresario, y ello sin dejar de mirar tampoco por los derechos del trabajador, que es la máquina que mueve el mercado. La gran cuestión es ¿cómo convertir todas las ventajas y los beneficios de la globalización en pro de la población local?

Ambos lados son conflictivos, “por una parte, sabemos que las economías abiertas son mejores que las economías cerradas. Nadie está postulando nuevas formas de proteccionismo como camino para desarrollarse. Pero por otra parte, está la realidad que afrontan los empresarios. Según sus propias palabras, están dispuestos a arriesgar su dinero, pero se dan cuenta que dentro de cinco, u ocho años, habrán cambiado de actividad, quebrado o vendido sus empresas ante la presión de empresas mucho más poderosas procedentes de otros países. Procede mencionar estos temores porque traducen el sentimiento de un sector de opinión que cree naturalmente en el libre mercado y en la competencia. Sin embargo, es evidente que las reglas de la competencia deben ser legítimas, equitativas y justas para todos los que intervienen en el mercado”¹⁵⁵.

La competitividad dentro del mercado no es nada nuevo, ni se trata de un elemento nocivo, sino que es la base de la evolución del mismo. Las empresas se sienten obligadas a adaptarse a las exigencias del mercado y, por eso necesariamente, tienen que adecuar sus producciones para continuar vivas en éste, para tener la posibilidad de seguir compitiendo. Para ello buscan el apoyo de los países más desarrollados con objeto de obtener ventajas económicamente más favorables, que curiosamente sólo conseguirán mediante una explotación de los recursos, tanto humanos como materiales, de los países menos desarrollados, es decir, donde se trabaja más por menos, siendo los derechos laborales menos exigentes, y en algunos casos

¹⁵⁴ SOMAVIA, J., Director General de la OIT en exposición en el Dialogo de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización (CMDSG) en Brasil, 20- 21 de Enero de 2003. Disponible en: http://white.oit.org.pe/dial2002/dialogos/dial_brasil_discurso1.pdf

¹⁵⁵ SOMAVIA, J., Director General de la OIT en exposición en el Dialogo de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización (CMDSG) en Brasil, 20- 21 de Enero de 2003. Disponible en: http://white.oit.org.pe/dial2002/dialogos/dial_brasil_discurso1.pdf

prácticamente inexistentes. Es decir, para un mejor posicionamiento en el mercado mundial, parece ser necesaria la explotación de trabajadores que no tienen otra alternativa que aceptar condiciones degradantes de trabajo para su propia supervivencia y la de sus familias. ¿Dónde están los derechos humanos de estos trabajadores? ¿Cómo controlar el trabajo de millones de niños en todo el mundo, realizando trabajos forzosos, peligrosos, envueltos en conflictos?

Mucho se habla en los tratados internacionales de derechos humanos, pero ¿cuándo será posible una perfecta adecuación entre evolución del mercado y aplicación de los derechos humanos a todos? Mientras unos crecen otros padecen. Para el avance de las multinacionales es necesaria siempre la explotación de mano de obra infantil y barata, como ocurre en Indonesia, China, India, etc. “Una cosa es el mercado liberal, la libertad de competencia y otra la dignidad elemental de los trabajadores que el Derecho del Trabajo ha defendido siempre”¹⁵⁶.

Los beneficios de la globalización están distribuidos injustamente, al igual que los elementos generadores de riqueza a nivel mundial, de manera que pocos son los beneficiados, sin que exista una especie de organismo rector a nivel mundial que pueda encargarse de su adecuada redistribución, y con ello capaz de erradicar la pobreza de las zonas menos favorecidas sin que ello suponga un estrangulamiento del desarrollo de los países del primer mundo.

Todos los esfuerzos deben concentrarse en garantizar el trabajo digno y adecuadamente remunerado, que sin duda es la medida más rápida y eficiente para abandonar la situación de pobreza en que se encuentran sumidos los países más atractivos desde el punto de vista empresarial. No se puede dejar de indicar que los altos índices de desempleo alcanzados en los años 2008 y 2009¹⁵⁷, y que aumentaron en 2010, 2011 y 2012, han hecho que los objetivos propuestos por la OIT y por las Naciones Unidas no puedan ser debidamente atendidos y alcanzados.

Los sindicatos, entre otras funciones, deben actuar a nivel mundial, sin olvidar que su primera función está en intervenir a nivel sectorial, pero tanto en uno como en

¹⁵⁶ SUÁREZ GONZÁLEZ, F., “La respuesta del Derecho del Trabajo a la globalización económica: planteamiento general”, en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *La globalización económica y el derecho del trabajo*, cit., p. 37.

¹⁵⁷ Naciones Unidas, *World Economic Situation and Prospects 2009* (datos actualizados a mediados de 2009).

otro ámbito deben luchar “a fin de mejorar la eficacia de los programas y actividades operacionales de la OIT”¹⁵⁸.

La actual situación de crisis supone un desafío para la mayor parte del mundo. Es complicado avanzar hacia un crecimiento económico sostenido e igualitario y con un trabajo estable y en condiciones laborables aceptables tanto para el empleador como para el empleado.

Así, “el gasto público es el medio más eficaz de fomentar el empleo, la producción y la demanda agregada en períodos de crisis. Algunos gobiernos ya han empezado a adoptar medidas fiscales anticíclicas, mediante paquetes de estímulo fiscal, que deberían ser suficientemente amplias, específicas, sostenidas y coordinadas”¹⁵⁹.

La inversión pública debe cumplir con dos características fundamentales, que son, en primer lugar, centrarse en aquellos campos que exigen grandes cantidades de mano de obra, como las infraestructuras y algunos proyectos de servicio; en segundo lugar, debe apoyar la integración del desempleado mediante subvenciones a la creación de puestos de trabajo, cualificación y búsqueda de trabajo.

Estas ideas no pueden aplicarse fácilmente en los países en desarrollo, pues estos carecen del amplio margen fiscal de los países desarrollados, necesitando asistencia externa.

Otro aspecto positivo es la promoción y creación de PYMEs, en los países desarrollados y aquellos en vías de desarrollo, pues “puede contribuir a generar empleo y potenciar la creación de riqueza. Además de constituir un factor decisivo de estímulo del crecimiento económico y la creación de empleo, un conjunto de esas empresas en diversos sectores pueden aumentar la capacidad de resistencia de las comunidades y las economías para reaccionar rápidamente a los cambios de situación en los mercados locales, regionales y mundiales”¹⁶⁰.

Desde esta perspectiva, todas las nuevas formas de empresa, entre ellas los grupos de empresa, la filialización, la subcontratación en el seno del grupo, la colaboración entre las pequeñas y grandes, que actúan juntas, dividiendo el ciclo

¹⁵⁸ *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*. Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de Junio de 2008, p. 3.

¹⁵⁹ Globalización e interdependencia: papel de las Naciones Unidas en la promoción del desarrollo en el contexto de la globalización y la interdependencia, cit., p.8.

¹⁶⁰ Globalización e interdependencia: papel de las Naciones Unidas en la promoción del desarrollo en el contexto de la globalización y la interdependencia, cit., p. 8.

productivo, el aumento del trabajo autónomo, como también “la aparición de los distritos industriales y de los conglomerados regionales, sitúan en primer plano el problema de la flexibilidad laboral, referido en este caso a la actuación de la misma mediante la incorporación de innovaciones tecnológicas, la división del proceso productivo y el reparto de riesgos”¹⁶¹.

En un mundo desarrollado como en el que se vive a día de hoy, donde la liberalización es la palabra clave y el alto proteccionismo puede ser un gran obstáculo al avance del desarrollo, todo se mueve hacia una aceptación mayor de la flexibilización, siempre y cuando se conserven “las normas que garantizan el mínimo indispensable de la dignidad de los trabajadores; el Derecho del Trabajo tiene que hacerse Derecho Internacional del Trabajo. Es preciso autorizar que las economías emergentes compitan con las economías occidentales con salarios algo más bajos, con condiciones de trabajo algo menos importantes de las que tenemos en los países occidentales”¹⁶², pero, a la vez es necesario incentivar más las economías de los países menos favorecidos, donde las condiciones de trabajo son degradantes, para que después de un arduo trabajo de concienciación, se establezcan unas condiciones laborales aceptables y que permitan la realización de otros trabajos con un mayor valor añadido y que no se circunscriban a labores de mano de obra intensiva no especializada, pudiéndoles proporcionar otra opción de futuro, distinta a la única conocida hasta hoy: o trabajar en condiciones infrahumanas, o morir de hambre.

Desgraciadamente, la economía exige que las empresas multinacionales y también las que quieren competir en el mercado busquen la manera de abaratar sus costes, a través de la búsqueda de mano de obra más barata, países con impuestos y fiscalidad más permisivas o incluso recurriendo a la explotación infantil, etc., contando a su favor con la existencia de naciones, donde las personas no tienen otro remedio que aceptar las condiciones impuestas, sin que pueda atisbarse la posibilidad de un cambio. Sin embargo, si todas las personas mirasen en una misma dirección, en aquella dirigida a erradicar la pobreza en los países que tienen los índices más altos de explotación

¹⁶¹ RIVERO LAMAS, J., “Proyecciones de la descentralización productiva, Instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir. y VAL TENA, Á. L. de, Coord.): *Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing*, (Ed. Thompson Aranzadi), 2003, p. 27 y 28.

¹⁶² SUÁREZ GONZÁLEZ, F., “La respuesta del Derecho del Trabajo a la globalización económica: planteamiento general”, en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *La globalización económica y el derecho del trabajo*, cit., p. 34.

laboral, y, existiendo un Derecho Internacional del Trabajo con aplicación efectiva de sus normas en todo el mundo, los trabajadores tendrían un trabajo digno con salarios y jornadas de trabajo más justas. Esto se puede llamar reto o utopía, pero es ilusionante la creencia de que algún día se pueda vivir en un mundo más igualitario, con oportunidades y derechos para todos.

No obstante, en la realidad inaplazable, la globalización liberal que se está imponiendo está generando dos tipos de desigualdades en los países más industrializados: las estructurales, que separan a los grupos sociales; y las dinámicas, que son las que dividen a grupos sociales homogéneos. La globalización financiera hace que aumenten las primeras: su lógica provoca un reparto diferente entre salarios y beneficios. “La plena libertad para la movilidad de capitales provoca que estos se dirijan, a nivel de cualificación y de otros factores estructurales comparables, allá donde el coste del trabajo sea menor y la rentabilidad mayor. Esta globalización financiera aumenta, por tanto, la capacidad de concurrencia de los países con bajos salarios y baja protección social. De esta manera, la mundialización presiona a favor de rentas y beneficios y en contra de los salarios en los países desarrollados. Aunque este fenómeno, por sí sólo, no basta para explicar la pérdida de participación de los salarios en la distribución funcional de la renta en los países de la UE, que es debida en su mayor parte a las políticas económicas practicadas por los gobiernos nacionales y por las propias instituciones comunitarias”¹⁶³.

No sólo la defensa por la aplicación de unos derechos laborales mínimos a todos los trabajadores, pero también otras razones llevan al debate sobre la “necesidad y contenido de un nuevo Derecho del Trabajo, anticipando al respecto que si el ordenamiento jurídico laboral del futuro quiere seguir conservando su auténtica personalidad deberá proseguir manteniendo dicha función, pues quien ignora su historia -es decir la razón que explica su aparición- y olvida su esencia pierde su identidad. Tales consideraciones sobre la función y el Derecho del Trabajo de futuro versan sobre: su carácter clasista, su significado político, y, por último, sobre cómo la referida función nos obliga en la actualidad a reconsiderar el sentido del principio de estabilidad en el empleo”¹⁶⁴.

¹⁶³ ZUFIAUR, J. M., “Globalización económica y deslocalizaciones productivas”, *RL*, núm. 2, 2005, pp. 88 e 89.

¹⁶⁴ PÉREZ AMORÓS, F., “Retos del Derecho del Trabajo del futuro”, cit., p. 48.

Al tiempo, la globalización genera un aumento de las demandas de apoyo por parte del poder público a los territorios y personas afectadas por los cambios en la división internacional del trabajo, y, a la postre, “la creciente movilidad de los factores productivos, especialmente del capital, mina las bases fiscales del poder público democrático, presiona negativamente sobre la fiscalidad del trabajo y los impuestos indirectos y hace, en consecuencia, retroceder la progresividad y la equidad fiscal”. Por ello, “es, en este sentido, necesario y urgente que a una economía globalizada le corresponda una fiscalidad globalizada. Frente a las desigualdades provocadas por la mundialización, una fiscalidad internacional es indispensable y posible”¹⁶⁵.

La mencionada fiscalidad internacional sólo será posible con una internacionalización del Derecho del Trabajo, donde todos los trabajadores de un país o de otro, pudiesen disfrutar de los mismos derechos mínimos. Como ya se ha dicho reiteradas veces, el Derecho del Trabajo está y siempre estará muy condicionado por la economía, siendo así que “los constantes cambios de orientación de la misma, al provocar necesariamente nuevas formas de producción y nuevas formas de organizar el trabajo en el seno de las unidades productivas, también generan nuevas formas de trabajar y en consecuencia la aparición de nuevos tipos de trabajadores”¹⁶⁶, que ora están en un Estado ora están en otro. Una internacionalización bien diseñada favorecería a un trabajo más digno y menos precario y a la estabilidad en el empleo.

¹⁶⁵ El entrecomillado pertenece a ZUFIAUR, J. M., “Globalización económica y deslocalizaciones productivas”, cit., p. 89.

¹⁶⁶ PÉREZ AMORÓS, F., “Retos del Derecho del Trabajo del futuro”, cit., pp. 48 a 51.

CAPÍTULO II – LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

1. Consideraciones conceptuales previas

La superación del modelo “*fordista*”, como ya se ha indicado, hizo que éste entrase en crisis en los Estados Unidos a finales de 2008, sin que tardase dicha situación en extenderse a nivel mundial. Esta nueva realidad económica afectó, en especial, al Derecho del Trabajo, que sufre las consecuencias generadas por la crisis.

Como el Derecho es fruto de las transformaciones en la sociedad, éste avanza junto con las tecnologías, pero también siente gravemente las alteraciones provocadas por una crisis económica mundial.

Está claro que, desde el año indicado anteriormente como referente, el “*Ius Laborum*” está intentando adaptarse y dar respuesta al nuevo escenario económico, si bien para algunos autores más extremistas no se trataría de acomodarse a la realidad sin más, sino de evitar urgentemente una crisis en el Derecho Laboral.

Al hablar de crisis en el Derecho del Trabajo, muchos son los fenómenos que a ella están relacionados, entre ellos se encuentra la flexibilización y la descentralización productiva. Pero antes de enumerar los puntos más importantes de cada uno de ellos, procede explicar por qué se empezó a hablar de crisis en el Derecho Laboral.

Cuando se piensa en crisis, la propia palabra da la idea de que hubo una alteración en algo que, hasta el momento, era estable. Los cambios bruscos y sin límites son los que dan origen a la crisis. Se puede decir así que la crisis en el Derecho del Trabajo tuvo su inicio cuando los conceptos de la relación laboral cambiaron, produciendo una crisis conceptual¹⁶⁷. Es así llamada debido al hecho de que ya hace mucho tiempo que los sujetos de la relación jurídica laboral dejaron de corresponder al perfil idealizado por el modelo *fordista*, cuyas características fundamentales serán explicadas seguidamente.

¹⁶⁷ Sobre la llamada crisis en la relación laboral, refiriéndose a los cambios en el modelo de vínculo laboral que permaneció durante décadas y que fue por eso mismo designado como la relación de trabajo típica. RAMALHO, M. do R. P., “Ainda a crise no direito laboral: a erosão da relação do trabalho típica e o futuro do direito do trabalho”, en AA.VV. (MOREIRA A., Dir.): *III Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, Coimbra (Ed. Almedina), 2001, p. 253.

Para que quede claro y no resten dudas sobre lo que se quiere decir con crisis conceptual, es pertinente efectuar un estudio de los sujetos de la relación laboral, una vez que la ley está destinada a regular la relación jurídica derivada del contrato celebrado entre ellos.

Para empezar, no es exagerado afirmar que el Derecho Laboral es una de las consecuencias de la Revolución Industrial y, si su desenvolvimiento se cristalizó en una cierta lógica proveniente de la organización productiva, fatalmente la alteración de este presupuesto tiene repercusión en las reglas que encuadran la actividad laboral¹⁶⁸. Por eso se puede decir que el Derecho del Trabajo es resultante de los cambios en las áreas tecnológicas, económicas y sociales ocurridas en el siglo XIX.

Así, permítase la aclaración, tiene el Derecho Laboral como referencia el modelo *fordista*¹⁶⁹, que consiste en una estratégica organizacional cuyo objetivo es la producción en serie en las empresas verticalmente integradas¹⁷⁰.

El modelo *fordista* se diferencia del modelo de producción actual en tres elementos esenciales:

“1) El empresario dominaba por entero el ciclo de producción de bienes y servicios, la organización de la empresa era vertical – ejemplo típico del *fordismo* –; siendo la única excepción la construcción civil o naval; 2) el empresario entraba en relación con otros empresarios en situación igual y 3) se estaba frente a un trabajador típico: adulto, varón, a jornada completa, con una notable estabilidad en el empleo y protección social”¹⁷¹.

¹⁶⁸ CARVALHO, A. N. de, “Ainda sobre a crise do direito do trabalho”, en AA.VV. (MOREIRA, A., Dir.): *II Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, Coimbra (Almedina), 1999, pp. 61 e 62.

¹⁶⁹ MESTRE, B., *Corporate Governance and Collective Bargaining. A comparative study of the evolution of Corporate Governance and Collective Bargaining in France, Germany, UK and Portugal*. Tese de doctorado presentado en la EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE - Department of Law, 2010, p. 403 (pendiente de publicación).

¹⁷⁰ La concentración vertical integra en una misma empresa, o en un conjunto de empresas interdependientes, todas las fases de la producción, desde la obtención de la materia-prima hasta la venta del producto. Tiene la intención de fortalecer la eficacia de las empresas y aumentar o garantizar sus beneficios a través de una organización racional y disciplinada de la producción. CARREIRA, H. M., *Concentração de Empresas e Grupos de Sociedades. Aspectos Históricos Económicos e Jurídicos*, Porto (Ed. Asa), 1992, p. 18.

¹⁷¹ CANTARD, A. A., “Descentralización productiva. Impacto sobre las tradicionales forma de contratación y sobre el binomio trabajador autónomo/trabajador dependiente. Escenarios futuros”, *Documentación Laboral*, vol. II, núm. 80, 2007, p.129.

Los conceptos básicos de los sujetos de la relación laboral fueron creados de acuerdo con el modelo construido por los constituyentes en 1978¹⁷², basados en tal modelo *fordista* y manteniendo sus líneas esenciales¹⁷³ hasta hoy¹⁷⁴. No obstante, estos conceptos ya no tienen la misma aplicación que tenían cuando fueron perfeccionados y, por no poseer la misma aplicación práctica, empezaron a surgir discusiones al respecto de la crisis en el Derecho del Trabajo.

Se entiende por empresa, según lo previsto en el artículo 1 ET, como la “entidad donde se organiza la prestación laboral de trabajadores por cuenta ajena”. Es el término que identifica comúnmente una “realidad objetiva constituida por las unidades de producción de bienes o de servicios destinados u ofrecidos al mercado o al público en general”¹⁷⁵.

Ya el propio modelo de empresa¹⁷⁶ reconocido tradicionalmente por el Derecho del Trabajo, corresponde a una forma organizacional que existía antes, que está caracterizado como un gran polo, como una organización a gran escala, inmutable en su estructura, y con un número considerable de empleados que trabajan para producir en serie¹⁷⁷. Con una división y especialización de tareas muy pronunciada, con la rigidez de

¹⁷² En otras palabras, la legislación laboral sigue teniendo por base los moldes optimistas de los años 60. XAVIER, B. da G. L., “A crise e alguns institutos de Direito do Trabalho”, *RDES*, Outubro/Dezembro de 1986, p. 526.

¹⁷³ CARVALHO, A. N. de, “Ainda sobre a crise do direito do trabalho”, en AA.VV. (MOREIRA, A., Dir.): *II Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, Coimbra (Ed. Almedina) 1999, p. 50.

¹⁷⁴ Neste mesmo sentido, CARVALHO, C. N. de O., *Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho*, cit., p. 29 y ss. También ORTINS BETTENCOURT, P., “As novas ameaças ao direito do trabalho”, en AA.VV. (MOREIRA, A., Dir.): *V Congresso nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, Coimbra (Ed. Almedina), 2003, pp. 94 y ss., y ORLANDINI, G., “Diritto del lavoro e regolazione delle reti”, en AA.VV.: *Reti di impresa tra regolazione e norme social, nuove sfide per diritto ed economia*, Bolonha (Ed. II Mulino), 2004, pp. 281, 282 y *passim*, cuando dicen que el menor peso de este factor en el contexto de las relaciones individuales del trabajo no perjudica a la constatación de que la fisonomía de la empresa que está implícita en la legislación laboral empezó por corresponder a la gran empresa industrial, realidad subyacente al nacimiento de esta rama del derecho, perfil que nunca fue completamente abandonado.

¹⁷⁵ El entrecomillado pertenece a DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 63 y 27 respectivamente.

¹⁷⁶ Según la Jurisprudencia, STS 18 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2548), el concepto de empresa, en el ámbito de lo económico que es donde ésta surge, ha sido definido como “organización de capital y trabajo destinada a la producción y a la intermediación de bienes o de servicios para el mercado”. Y, también como “organización de los factores de la producción (capital y trabajo) con el fin de obtener ganancias”. La característica esencial de la empresa es ser organización, es decir, ordenamiento de los factores reales y personales de la producción para la consecución de un fin, STSJ Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife 15 de marzo de 2010 (AS 2010, 2737).

¹⁷⁷ También SUPLOT, A., *Transformações do Trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa*, Coimbra (Ed. Coimbra), 2003, p. 17, sobre la gran empresa industrial, la cual tiene el modelo *fordista* de las relaciones industriales y que además de hacer una producción en serie se identifica como una empresa cuyas tareas son de estricta especialización y la organización del trabajo está hecha en forma de pirámide

las tecnologías utilizadas y con la forma de ejecución del trabajo que, juntamente con la alta repetición y reiteración de las funciones, llevó a una fuerte jerarquización de las relaciones, a una escrupulosa división de habilidades, además de la utilización de mano de obra poco cualificada¹⁷⁸. La ventaja competitiva en este modelo de empresa se basa en su producción, es decir, cuanto mayor sea la empresa, mayor será su productividad, rentabilidad y, por lo tanto, el poder que ejerce en la economía.

En cambio, siguiendo un proceso de desconcentración productiva las empresas actualmente buscan apenas retener en sus manos “el mínimo de recursos necesarios para garantizar su presencia en los mercados, abandonando las fórmulas tradicionales de producción en masa y transfiriendo al máximo a otras empresas todo aquello que, no siendo de carácter esencial o estratégico, podía ser puesto bajo la responsabilidad de otros empresarios de menor y hasta insignificante tamaño”¹⁷⁹.

En resumen, la empresa tradicional, llamada típica, fue identificada por las normas laborales como una empresa de tamaño medio a grande, autosuficiente y que mantenía en su estructura un sistema de organización jerarquizado, que tenía la responsabilidad única y exclusiva de desarrollar todas las funciones de producción o de prestar servicios dentro de la organización.

El modelo vertical de empresa tenía una fuerte división del trabajo entre los que poseían funciones de mando, de responsabilidades, de planeamiento pleno y de objetivos cumplidos a largo plazo y, por lo tanto, a ellos les correspondía una recompensa mayor a la de aquellos que desempeñaban funciones menos elaboradas y con más esfuerzo físico para concretar las decisiones de los primeros. El trabajo era dividido en departamentos y estaba visiblemente clara la compartimentación de funciones entre ellos¹⁸⁰.

Cada trabajador o grupo de trabajadores realizaba tareas específicas dentro de la empresa, y todos tenían un plan de carrera. El que era considerado un buen trabajador

(existe un encuadramiento jerárquico de mano de obra además de la separación de tareas de concepción y de realización de los productos).

¹⁷⁸ CARVALHO, A. N. de, “Ainda sobre a crise do direito do trabalho”, en AA.VV. (MOREIRA, A., Dir.): *II Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, cit., p. 52 y CARVALHO, C. N. de O., *Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho*, cit., p. 31.

¹⁷⁹ CERDÁ MICÓ, A., “La ingeniería laboral del *Outsourcing*”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza (Ed. MTSS), 1999, p. 406.

¹⁸⁰ MESTRE, B., *Corporate Governance and Collective Bargaining. A comparative study of the evolution of Corporate Governance and Collective Bargaining in France, Germany, UK and Portugal*, cit., p. 403

permanecía años en la empresa y su pretensión era la de crecer junto con la entidad empresarial. Como una forma de valoración del trabajo prestado, aquel trabajador que se destacase por la antigüedad o merecimiento era promovido a mejor status, además de que todos los asalariados podían tener participación en los beneficios de la empresa. Esta actitud empresarial no dejaba de ser una estrategia, pues era una manera de hacer que los trabajadores presentasen un mayor interés en el trabajo, que se dedicasen exclusivamente e integralmente a su actividad laboral, lo que acarrearía un aumento en la producción y en los beneficios de la empresa, ya que, al tener una pequeña participación en los mismos, esto vendría a demostrar la valoración del trabajo estable y duradero.

En una misma empresa, por sus propias dimensiones, podía haber grandes cantidades de trabajadores, no sólo en cuanto a la producción o la prestación del trabajo en sí mismo inherente al fin propio de la actividad empresarial; sino que también formaban parte del tejido otros tipos de trabajadores como contables, abogados, encargados de recursos humanos, transporte, limpieza, seguridad, alimentación, etc., aparte lógicamente de todos los responsables para la ejecución del producto o servicio principal.

Por lo tanto, era el trabajo físico de los trabajadores lo que completaba todo el ciclo productivo, es decir, todos los servicios, sea en la ejecución de la actividad final o en el desempeño de otras funciones complementarias para lograr su objetivo y maximizar los beneficios, eran desarrollados dentro de los muros de la propia empresa.

Sin embargo, esta situación ha cambiado. Hoy en día ya no hay producción en masa; las tareas repetitivas son llevadas a cabo por maquinaria especializada; el consumidor final es más exigente y busca productos muy concretos y novedosos, lo que hace que el grado de especialización y también el flujo productivo se adapte a las necesidades de los consumidores¹⁸¹. Se ha ido creando una empresa de servicios que “ha sustituido la centralidad de la máquina por la generalización de la desmaterialización de los activos”¹⁸². La organización empresarial es más abierta, dúctil, los productos están cada vez más diferenciados, los consumidores tienen más y más opciones a elegir,

¹⁸¹ CARVALHO, A. N. de, “Ainda sobre a crise do direito do trabalho”, en AA.VV. (MOREIRA, A., Dir.): *II Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, cit., p. 60.

¹⁸² DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 30.

cuentan con más informaciones, la innovación es constante y los plazos de entrega de los productos son más cortos. Éstas y otras situaciones exigieron que las empresas presentasen una nueva estructura jurídica y organizativa para responder a las necesidades crecientes del mercado¹⁸³.

La transición del *fordismo* al modelo *post-fordista* se caracteriza por el paso del modelo vertical de organización empresarial al modelo horizontal¹⁸⁴, y en este hecho inciden tres factores principales:

1) La crisis del petróleo, que generó un aumento de los precios, que a su vez causó grandes oscilaciones económicas, tanto en los beneficios como en los costes fijos, redujo la rentabilidad de las empresas y puso en peligro su progreso. Por lo tanto, las empresas integradas verticalmente se vieron limitadas e incapaces de seguir su estrategia de obtención de beneficios y expansión; 2) las empresas también tuvieron que hacer frente a una disminución de la productividad laboral, evidenciada por el aumento de los salarios de los trabajadores y por la falta de capacitación para utilizar la tecnología existente; 3) las empresas más competitivas en este momento se encontraban en el oeste de Asia, en particular las empresas japonesas, que presentaban en el mercado productos considerados de alta calidad y con bajo precio, frente a los países de Europa del Este que aún seguían los parámetros del *fordismo* y les era imposible competir en las nuevas coordenadas.

En suma, el modelo “*fordista-taylorista*” se ve obligatoriamente superado, “implantándose grupos de trabajo dotados de relativa autorregulación, formas de profesionalidad polivalentes, y puestos de trabajo a los que se encomienda funciones más abiertas, integradoras y responsables”¹⁸⁵, quedando superada la idea de que sobresale el grupo y no el individuo¹⁸⁶.

¹⁸³ MARTINS, J. N. Z., “A descentralização produtiva e os grupos de empresa ante os novos horizontes laborais”, *Questões Laborais*, núm. 18, 2001, pp. 193 a 199.

¹⁸⁴ Consiste en la estructuración del mercado para abrigar los nuevos productos, no para estar presente en la lucha competitiva, si bien lo primero es organizar la competición. Su objetivo es evitar la competencia perjudicial para los intereses de cada empresa, mientras ejerce presión en el mercado para obtener mejores resultados. CARREIRA, H. M., *Concentração de Empresas e Grupos de Sociedades. Aspectos Históricos Económicos e Jurídicos*, cit., 1992, p. 18.

¹⁸⁵ BLAT GIMENO, F., “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, cit., 2000, p. 18 y 19.

¹⁸⁶ CASTELLS, M., *La era de la información: economía, sociedad y cultura, La sociedad red*, vol. I, 2ª Ed., Madrid (Ed. Alianza), 2001, p.209.

Es decir, la gran empresa industrial dedicada a la “producción masiva de bienes que asumía, conforme a un modelo de organización vertical, la ejecución directa de la totalidad del ciclo productivo utilizado para ello grandes y valiosas instalaciones, no es en la actualidad el modelo de empresa típica”¹⁸⁷.

También se verificó una progresiva disminución del grado de integración vertical en los sistemas industriales, existiendo “una creciente expulsión de partes, fases o segmentos del ciclo productivo hacia el exterior de la gran empresa”¹⁸⁸; las grandes empresas, que antes controlaban y gestionaban “directamente la fase final de comercialización del producto y el contacto directo con el mercado de bienes y servicios”¹⁸⁹, han dejado de ser productoras/prestadoras centrales y únicas, empezando a transferir funciones, antes exclusivamente de su ciclo de producción, a pequeñas empresas, que ofrecen entre otras ventajas un servicio más especializado. Esto dejará claro la fuerte tendencia inicial de permanencia en el mercado de empresas de pequeña dimensión, hoy, sin embargo, preocupantemente ensombrecida.

La relación existente entre la pequeña y la gran empresa antes de la descentralización era de subordinación, en gran medida causada por la escasa capacidad de decisión en los campos de producción y finanzas, sumado a la ausencia de un trato directo con el mercado, la diferencia de la naturaleza de los productos fabricados en una y en otra empresa, así como la poca influencia sobre la formación del precio final¹⁹⁰.

Esto provocó un incremento¹⁹¹ y fortalecimiento de las PYMEs, que siempre estuvieron al margen de las grandes compañías del modelo *fordista*. En la siguiente

¹⁸⁷ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 29.

¹⁸⁸ BLAT GIMENO, F., “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, cit., p. 21.

¹⁸⁹ CRUZ VILLALÓN, J., “*Outsourcing* y relaciones laborales”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza (Ed. MTSS), 1999, p. 261.

¹⁹⁰ BLAT GIMENO, F., “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, cit., pp. 21 y ss.

¹⁹¹ Según la Comunicación de la comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Informe sobre la aplicación de la Carta Europea de la Pequeña Empresa, la pequeña empresa desempeña un papel central en la economía europea. Unos 25 millones de pequeñas empresas, que suponen el 99 % de la totalidad de las empresas, dan empleo a casi 95 millones de personas, es decir, el 55 % de los empleos del sector privado. Por tanto, las pequeñas empresas son indispensables para el crecimiento y el empleo en Europa. Relato sobre la implementación de la Carta Europea de las pequeñas empresas, COM/2005/30 final, p.3; Comisión Europea, *The new SME definition – User guide and model declaration*, 2005, p. 5. En la Unión Europea las pequeñas y medianas empresas (PYME) tienen un papel de mucha relevancia, eso porque ya

sección de este estudio, donde se tratará específicamente del fenómeno anteriormente mencionado - descentralización - también será demostrada su diferencia con el sistema centralizado.

De acuerdo con el principio de la maximización de los beneficios, las empresas buscan optimizar el tiempo de trabajo, es decir, que el tiempo de trabajo corresponda de hecho al trabajo realizado, que el pago se realice sólo cuando haya trabajo que hacer, evitando que la mano de obra innecesaria sea un obstáculo a los objetivos de rentabilidad, racionalización y reestructuración¹⁹².

La conclusión a la que se llegó con respecto a las empresas es que, además de adaptarse a los períodos de crisis financiera y a las nuevas exigencias del mercado globalizado, tienen también que amoldarse al nuevo perfil de los trabajadores derivados del nuevo panorama económico mundial.

Para seguir toda la evolución del mercado de trabajo, procede indicar que el trabajador también ha sufrido una importante transformación. Cuando la clase obrera comenzó a exigir más garantías y derechos en el trabajo, el empleado cumplía todos los requisitos establecidos por la ley, en el marco de una relación de trabajo típica. El trabajador subordinado típico era un trabajador de sexo masculino, padre de familia, que tenía un trabajo manual o manipulaba maquinaria pesada, de tecnología poco avanzada y rígida dadas sus tareas repetitivas; vivía por su trabajo y de él dependía económicamente, era contratado indefinidamente y trabajaba a tiempo completo y en exclusiva para una única empresa, donde desarrollaba su carrera profesional, a veces durante toda su vida laboral¹⁹³, además de quedar integrado de forma estable en una comunidad de trabajadores con los que compartía intereses y solidaridades¹⁹⁴.

Sin embargo, el modelo de trabajador que dedicó su vida entera a un puesto de trabajo subordinado y estable, que vivía exclusivamente para trabajar y mantener a su familia, ya no existe. Varios son los factores que contribuyen a la desaparición del

son más de 23 millones de PYME en toda la Unión Europea, lo que representa un total de 99% del número total de empresas y generan cerca de 75 millones de empleos, además de, según parecer del Comité Económico y Social Europeo sobre “El papel de las pequeñas y microempresas en la vida económica y en el tejido productivo europeo”, de 18.06.2003, representan 93% de las empresas en Portugal y España.

¹⁹² CARVALHO, C. N. de O., *Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho*, cit., pp.168 y ss.

¹⁹³ RAMALHO, M. do R. P., “Ainda a crise no direito laboral: a erosão da relação do trabalho típica e o futuro do direito do trabalho”, en AA.VV. (MOREIRA, A., Dir.): *III Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, cit., p. 257.

¹⁹⁴ CARVALHO, A. N. de, “Ainda sobre a crise do direito do trabalho”, en AA.VV. (MOREIRA, A., Dir.): *II Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, cit., pp. 59 e 60.

trabajador típico, y estos están interrelacionados. El trabajador dejó tener el mismo enfoque en relación a su trabajo, pues, en la tentativa de bajar los costes fijos, las empresas redujeron su tamaño, comenzaron a contratar a menos asalariados y a utilizar formas atípicas de contratación, como la prestación autónoma de servicios, que ha ido ganando más fuerza, entre tanto, los citados cambios, en la mayoría de los casos no son favorables a los trabajadores.

Tampoco existe ya la idea de trabajo de por vida, es decir, que un trabajador permanezca toda su vida laboral ligado a la misma empresa. Por un lado, las empresas no quieren tener una relación contractual duradera, dada la rigidez de las normas y el proteccionismo excesivo en relación al despido de trabajadores, lo que implica una disminución de la contratación típica y un aumento y una búsqueda mayor a las formas “atípicas”¹⁹⁵ de contratación laboral, que más adelante serán analizadas. Lo que importa subrayar aquí es el menor interés del trabajador¹⁹⁶ en permanecer en estos empleos, que son conocidos por la doctrina como trabajos precarios. Si se viviera en una época de pleno empleo, tal situación no existiría. Sin embargo, en la vida real la tónica general es el desempleo y, por consiguiente, muchos trabajadores aceptan un trabajo en malas condiciones por pura y simple necesidad económica, siendo consciente de que asumen un trabajo inestable, temporal y sin la posibilidad de hacer carrera profesional.

Al trabajador no le queda otra alternativa que aceptar las condiciones impuestas, pues más le vale trabajar en condiciones desfavorables que estar desempleado. Su visible inferioridad delante del empleador conlleva que el trabajador acepte el trabajo precario, si bien está claro que tan pronto tenga otra expectativa laboral, algo que mejor encaje en sus expectativas, no dudará en dejarlo e incorporarse a la nueva oportunidad. Esta situación señala claramente que también para el trabajador no hay interés en tener una carrera profesional en la empresa – que en la mayoría de estas empresas

¹⁹⁵ Siempre que nos referimos en el texto el término “atípico” estaremos haciendo referencia al sentido impropio de la palabra, ya que todos los contratos se rigen por la legislación laboral y están por lo tanto tipificados. Pero nosotros lo llamamos “atípico” porque es un tipo de contratación laboral que difiere en algún aspecto de los componentes de la forma considerada típica por la legislación, VICENTE, J. N., *Fuga à Relação de Trabalho (típica) em torno da simulação e da fraude à lei*, Coimbra (Coimbra Editora), 2008, p. 21 y en el mismo sentido RAMALHO, M. R. P., *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho*, Coimbra (Ed. Almedina), 2000, p. 555.

¹⁹⁶ Este trabajador, al mismo tiempo, es madre/padre y/o estudiante. RAMALHO, M. do R. P., “Ainda a crise no direito laboral: a erosão da relação do trabalho típica e o futuro do direito do trabalho”, en AA.VV. (MOREIRA, A., Dir.): *III Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, cit., p. 260.

probablemente no existe –, lo que le interesa es únicamente la prestación económica, y la supervivencia personal y de su familia, a la espera de oportunidades mejores.

Además de no ser esta una época de pleno empleo, la competencia¹⁹⁷ para aquel trabajador típico también aumentó. Con el paso de los años se incorporaron al mercado primero las mujeres y luego los jóvenes en busca de su primer empleo. Se ha constatado aún un aumento de la movilidad geográfica que ha hecho que también los emigrantes acudiesen a los mismos trabajos. Y por último también hay que referirse al aumento de los índices del desempleo generado, principalmente, por la crisis mundial y también por la sustitución de algunos puestos de trabajo por máquinas.

No cabe olvidar tampoco que, para hacer frente a sus necesidades económicas y con el objetivo de complementar su sueldo precario, el trabajador tiene que buscar un segundo empleo, lo que se verifica claramente en los casos del pluriempleo. Eso quiere decir que, en la dificultad de encontrar un único trabajo que atienda no sólo su supervivencia económica, sino que le proporcione dignidad y pasión por su labor, por su profesión, el trabajador se encuentra con dos trabajos precarios, que en general no tienen nada que ver con su verdadera aptitud laboral.

De esta forma, el trabajador típico, que vivía para su trabajo, que era contratado a tiempo integral y con carácter indefinido, ha dejado de existir en el actual mercado laboral. Esta realidad fue aceptada, con cierta resistencia, por una gran parte de la doctrina jurídica, pues, el prototipo del trabajador, creado hace casi un siglo de experiencia jurídica y que fue progresando en este tiempo, ha saltado por los aires y hoy ya no encaja en la situación actual y por lo tanto ha dejado de ser válido¹⁹⁸.

Lo que se observa en el Derecho del Trabajo es que, en lo que respeta al modelo clásico y típico de trabajo subordinado, éste ha ido perdiendo su fuerza debido, entre otros motivos, a una triple influencia: una elevación de nivel, tanto en la capacidad profesional como en la cualificación (por ejemplo, con el aumento de la autonomía

¹⁹⁷ En este mismo sentido, SUPIOT, A., *Transformações do Trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa*, cit., p. 18, la llegada avasalladora de mujeres casadas en el mercado laboral y las importantes transformaciones económicas y sociales (envejecimiento de la población, el aumento de los índices de divorcio, la inestabilidad y la heterogeneidad de la estructura familiar) contribuyeron a la erosión del poder de las ventajas conseguidas por el cambio acordado de la subordinación por la estabilidad, algo que también se aprecia en el dominio social.

¹⁹⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F., *Externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid (Ed. Lex Nova), 2002, p. 25 y 26. Ver igualmente: CASAS BAAMONDE, M^a. E., “Estudios sobre flexibilidad laboral y nuevos comportamientos sindicales”, *RFDUCM*, núm.14, 1988, pp. 103 y ss.

profesional de estos trabajadores, independientes de la subordinación contractual existente); los mercados más abiertos y más competitivos que, conjuntamente con la aceleración del progreso técnico, especialmente en lo que se refiere al dominio informático y de la comunicación, han hecho que se desarrollasen otros modelos de organización laboral en el mundo empresarial¹⁹⁹.

A la luz de estas reflexiones, antes de analizar los nuevos modelos de organización laboral, habrá que diferenciarlos del contrato de trabajo típico. Si los sujetos de la relación laboral sufrieron cambios considerables también el propio tipo de relación laboral ha sufrido alteraciones. El modelo de relación laboral típico que aún se mantiene en la norma laboral está identificado con la relación de trabajo empresarial, industrial, duradera o por tiempo indefinido, con una plena integración del trabajador en la empresa que le aseguraba una cierta protección y estabilidad²⁰⁰.

El contrato de trabajo típico se componía de un trabajador subordinado a las órdenes de un único empleador, que en su caso podría ser representado por sólo un socio o por varios, dependiendo del tipo de sociedad, siendo esta sociedad la responsable de todo el proceso productivo hasta la obtención del producto final. La mayoría de los trabajadores contratados, superado el plazo experimental, pasaba a tener un contrato por tiempo indefinido y todos completaban la pirámide jerárquica dentro de la empresa, la cual dejaba claro quiénes eran los superiores y responsables de cada sector, así como el empresario principal era responsable de la contratación de la plantilla.

Sobre las premisas expuestas, el contrato de trabajo típico es originado por la unión de los dos conceptos ya resumidos de los sujetos de la relación laboral. Y, siguiendo el mismo raciocinio, aquél contrato a tiempo completo, indefinido y asegurado, frente a cuyo alto nivel de subordinación había un alto nivel de estabilidad y algunas garantías y prestaciones sociales al empleado – que se extiende a los miembros de su familia nuclear²⁰¹ – mediante una retribución salarial, era llamado, permítase, contrato típico.

¹⁹⁹ SUPIOT, A., *Transformações do Trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa*, cit., p. 18.

²⁰⁰ RAMALHO, M. do R. P., “Ainda a crise no direito laboral: a erosão da relação do trabalho típica e o futuro do direito do trabalho”, en AA.VV. (MOREIRA, A., Dir.): *III Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, cit., p. 256.

²⁰¹ SUPIOT, A., *Transformações do Trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa*, cit., p. 18.

Por otro lado, y por la misma situación económica y financiera ya descrita, empezaron a surgir los llamados contratos atípicos, caracterizados por la ausencia de alguno – o algunos – de los elementos arriba descritos. Es decir, la prestación laboral adopta otra perspectiva, hay una variación en uno o más elementos que caracterizan la relación laboral típica, la que es considerada normativamente y sociológicamente dominante²⁰².

Tales variaciones pueden aparecer en lo que respecta a la duración del vínculo laboral (contrato a término), o en los casos en que exista más de un empleador (grupo de empresas o empresas en red), o aún, con relación a los supuestos en que el local de la prestación laboral no corresponde al espacio físico de la empresa (subcontratación, descentralización productiva, empresas de trabajo temporal, etc.), cuando, por ejemplo, y por simplificar, el trabajador es contratado por la empresa X, pero desarrolla sus actividades en el espacio físico perteneciente a la empresa Y.

Más adelante se podrá comprobar que las formas de contratación laboral más recientes no corresponden a las de los contratos típicos. Las (ya no tan) nuevas formas de contratación fueron dando origen al fenómeno de la descentralización productiva. Hay que aclarar, sin embargo, que, incluso en la época en que reinaban los contratos típicos, ya existían formas distintas de contratación y ejecución de una pequeña parte de la producción. El fenómeno que será discutido en este trabajo está relacionado con las causas y consecuencias de una excesiva contratación atípica, de la descentralización productiva sin medida, que puede ser un reflejo de la economía globalizada pero que también puede ser una alternativa válida para combatir el desempleo.

La culpa de la decadencia del contrato de trabajo típico es defendida por algunos como derivada de la rigidez de las normas laborales, que son demasiado inflexibles y hacen del despido una carga demasiado elevada para los empresarios, haciendo surgir un modelo ineficaz.

Tras lo expuesto, se vislumbra, en suma, que el aumento de la externalización del trabajo a través de las formas atípicas de contratación laboral reduce la seguridad y la estabilidad contractual, así como las garantías desde siempre proporcionadas por las

²⁰² VICENTE, J. N., *Fuga à Relação de Trabalho (típica) em torno da simulação e da fraude à lei*, cit., p. 21.

normas laborales debido a la relación de dependencia presentada por los trabajadores, lo cual hace de este actual contrato un contrato de trabajo precario²⁰³.

Se puede decir, en otras palabras, que la proliferación de las formas atípicas de contratación laboral genera una “huida del Derecho del Trabajo”²⁰⁴, concretándose así en una manifiesta crisis del Derecho Laboral.

La principal acción contra cualquier crisis laboral pasa por desalentar el crecimiento del “empleo precario”²⁰⁵, que se puede traducir como un empleo inestable, inseguro, transitorio, en el que el trabajador es consciente de que en cualquier momento puede volverse innecesario para la empresa, aumentando así el listado de desempleados.

La precariedad del empleo simboliza todo lo contrario de la idea defendida en la legislación laboral tradicional, y al sujetarse a trabajar en malas condiciones, el trabajador está contribuyendo a la supervivencia y el éxito de la empresa que le explota.

Lo que ocurre es que las empresas están constantemente luchando por reducir los costes de producción, personal, etc., lo cual conduce, sin duda, a la precariedad laboral. El aumento de la competitividad en el mercado mundial ejerce una enorme presión a las empresas, y las soluciones encontradas por ellas producen cambios en el modelo clásico de organización empresarial. Es en este contexto en el que el trabajo subordinado empezó a decaer. Desde el punto de vista de muchos autores, después de la evolución sufrida en ambos lados de la relación contractual el proceso de erosión del modelo típico de la relación de trabajo fue, de hecho, inevitable²⁰⁶.

²⁰³ SANGUINETI RAYMOND, W. “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿Términos incompatibles?”, *RDS*, núm. 33, 2006, p. 225.

²⁰⁴ CARVALHO, A. N. de, “A flexibilização do direito do trabalho português,” en AA.VV.: *Flexibilidade e relações de trabalho*, Lisboa (Ed. CES), 1998, p. 85.

²⁰⁵ Para LEITE, J. “Direito do trabalho na crise (relatório geral)”, en AA.VV.: *Temas de direito do trabalho – Direito do trabalho na crise. Poder empresarial. Greves atípicas. IV Jornadas Luso-hispano-brasileiras de direito do trabalho*, Coimbra (Ed. Coimbra), 1990, p. 29, la precariedad del empleo resulta de un conjunto de circunstancias que de forma manifiesta o latente, torna el vínculo laboral frágil, ampliando el margen de maniobra de los empleadores cuando definen las condiciones del trabajo, sobre todo en lo que respeta la estabilidad y la consecuente reducción de posibilidades jurídicas de respuesta de los trabajadores.

²⁰⁶ RAMALHO, M. do R. P., “Ainda a crise no direito laboral: a erosão da relação do trabalho típica e o futuro do direito do trabalho”, en AA.VV. (MOREIRA, A., Dir.): *III Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, cit., p. 260.

El declive tradicional de la legislación laboral deriva de la proliferación de numerosos tipos de contratos de trabajo que no están incluidos en el modelo clásico de contrato de trabajo, los citados contratos “atípicos”²⁰⁷.

Los problemas surgidos de la crisis laboral han dado origen a una considerable diversificación y aumento de las categorías de trabajadores existentes. Hoy existen muchas más categorías profesionales, si bien en cada una de éstas hay ahora muchos menos trabajadores. Éste es un dato importante en lo que respecta a la representación sindical. Por ejemplo, una gran empresa, que poseía en su plantilla 400 trabajadores divididos en cinco categorías profesionales, posibilitaría la representación de los sindicatos en cada una de ellas. Eso era el modelo de representación consagrado por la norma.

Sin embargo, en la nueva perspectiva económica, las empresas poseen un número muy reducido de trabajadores y cada uno de ellos ocupa un puesto de trabajo distinto dentro de la misma empresa. Esta diversificación reafirma el enflaquecimiento de la fuerza sindical, que durante años fue protagonista de una lucha constante para conquista de los derechos de los obreros. Después de constatado tal adelgazamiento se empezó a hablar de crisis en la asociación sindical y, estando ésta en crisis, de acuerdo con la misma, también la negociación colectiva entrará en recesión. Toda esta situación muestra un gran problema para el Derecho Laboral que acaba por reconocer que uno de sus principios consagrados – la autonomía colectiva – está perdiendo su esencia, ya que no hay tantas convenciones colectivas como las que había, y hay casos extremos en que no existe ninguna. En algunas categorías de trabajadores se hace necesaria incluso una intervención inicial del Estado. Estos y otros problemas relacionados con el Derecho Sindical, aquí sólo esbozados, serán tratados en el capítulo siguiente.

²⁰⁷ Con demasiada frecuencia se ha indicado como una de las amenazas más importantes al Derecho Laboral la pulverización de regímenes, resultante de la aparición de normas especialmente adaptadas a las especificidades de cada actividad. Esta gran cantidad de regímenes afectará cada vez más a la susceptibilidad de la existencia de una unidad dogmática en esta rama del derecho, ya tan a menudo comprometida por el crecimiento y la importancia de los contratos “atípicos”. BETTENCOURT, P. O. de, “As novas ameaças ao direito do trabalho,” en AA.VV. (MOREIRA, A., Dir.): *V Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, cit., p. 95.

2. Flexibilización

El primer fenómeno asociado a la crisis en el Derecho del Trabajo derivado de la superación del modelo *fordista* es la flexibilización²⁰⁸, concepto que surgió durante la recesión económica petrolífera existente entre las décadas de los 70 a 80, la cual fue capaz de aumentar la tasa de inflación, de conducir al estancamiento económico y al aumento del desempleo. Junto con la flexibilización se empezó a cuestionar si el Derecho del Trabajo estaba o no en crisis, debido al amplio margen en torno al mayor o menor grado de rigidez de la regulación laboral, cruzando por lo tanto la dinámica del mercado con las normas legales que lo regulan²⁰⁹.

Por su parte, la “crisis” del contrato de trabajo encuentra su origen “en el centro de un debate abierto desde la década de los años 80 en el seno de la doctrina laboralista de los países desarrollados a la luz del paso de una sociedad industrial a una sociedad postindustrial, al cambio en los sistemas productivos y económicos y a los consiguientes cambios en los modos de prestar trabajo y la necesidad de adaptación de un Derecho del Trabajo que se empezaba a encontrar obsoleto e ineficaz en la regulación y protección de determinadas situaciones que la sociedad y la economía iban multiplicando”²¹⁰.

Al calor de estas dos premisas, la flexibilización es defendida como una manera de adaptar el Derecho del Trabajo a los cambios generados por la globalización, así como una alternativa eficaz para que las empresas puedan seguir funcionando en tiempos de crisis. También es vista como un mecanismo que permite un aumento de los despidos, además de establecer formas de trabajo temporal y proponer un “*souplesse*” a la retribución salarial y las horas de trabajo²¹¹. Es más, lo que antes era tan solo una

²⁰⁸ Descrito como un proceso de modificación jurídica que tiene la intención de disminuir los impuestos que dificultan de las actividades económicas, derivados de las reglas jurídico-laborales, imperativas y universales, que aseguran una protección rígida de los trabajadores. CARVALHO, A. N. de, “A flexibilização do direito do trabalho português,” en AA.VV.: *Flexibilidade e relações de trabalho*, cit., p. 70.

²⁰⁹ CARVALHO, A. N. de, “A flexibilização do direito do trabalho português,” en AA.VV.: *Flexibilidade e relações de trabalho*, cit., p. 70.

²¹⁰ CAIRÓS BARRETO, D. M., “Hacia una regulación del trabajo autónomo: comentarios al proyecto de estatuto del trabajador autónomo”, *RDS*, núm. 37, 2007, p. 85.

²¹¹ XAVIER, B. da G. L. “O direito do trabalho na crise (Portugal)”, en AA.VV.: *Temas de direito do trabalho – Direito do trabalho na crise. Poder empresarial. Greves atípicas. IV Jornadas Luso-hispano-brasileiras de direito do trabalho*, Coimbra (Ed. Coimbra), 1990, p. 133.

medida de emergencia pasó a asumir un carácter estructural y a integrar a las opciones claras en la política legislativa²¹².

El Derecho del Trabajo debe adecuar su regulación “a las circunstancias vigentes en cada momento; y las circunstancias que rigen en la actualidad pasan por la adaptación a un nuevo marco productivo, por la fragmentación de lo que desde hace pocas décadas había sido una realidad uniforme, por la búsqueda de un nuevo equilibrio entre la lógica empresarial y la protección social, pero no pasando por la desarticulación de sus principios fundamentales y de su razón de ser”²¹³.

Si por un lado la ley laboral, para adaptarse a las nuevas demandas de la sociedad contemporánea, debe flexibilizar sus normas, que son caracterizadas por su rigidez e inflexibilidad, al estar diseñadas por un modelo de producción distinto del actual, por el otro, no podemos ignorar los peligros que implica la flexibilización, no sólo de la fuerza de trabajo, sino también a su propia ordenación jurídica que, como sistema normativo fue creado para garantizar la protección de estos²¹⁴. De hecho, la ley laboral, además de asignar a los trabajadores derechos mínimos – en los cuales la flexibilidad no puede intervenir – también se encargó de establecer los derechos máximos. En realidad, lo que ocurre en algunas legislaciones, como por ejemplo en la portuguesa, y otras muchas, es que hay un número importante de disposiciones que imponen un máximo de garantías a los trabajadores que están justificadas en tiempos de prosperidad pero, en tiempos de crisis, no pueden y no deben ser aplicadas²¹⁵.

Ésta es la manera por la cual la flexibilización es defendida por los empleadores, que son los mayores beneficiarios de este fenómeno, y que a la vez es inversamente criticada por los sindicatos debido a la inseguridad laboral que el fenómeno provoca en las relaciones laborales²¹⁶.

La inseguridad laboral provocada por la flexibilización responde al hecho de que es una estrategia de precarización, inspirada en razones económicas y políticas, no dejando de ser producto de una voluntad política y no de una fatalidad económica, que

²¹² CARVALHO, C. N. de O., *Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho*, cit., p. 166.

²¹³ CAIRÓS BARRETO, D. M., “Hacia una regulación del trabajo autónomo: comentarios al proyecto de estatuto del trabajador autónomo”, cit., p. 85.

²¹⁴ XAVIER, B. da G. L., “O direito do trabalho na crise (Portugal)”, en AA.VV.: *Temas de direito do trabalho – Direito do trabalho na crise. Poder empresarial. Greves atípicas. IV Jornadas Luso-hispano-brasileiras de direito do trabalho*, Coimbra (Ed. Coimbra), 1990, p. 133.

²¹⁵ XAVIER, B. da G. L., “A crise e alguns institutos de Direito do Trabalho”, cit., p. 562.

²¹⁶ CARVALHO, C. N. de O., *Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho*, cit., p. 18.

sería debido, supuestamente, a la mundialización. La precarización es considerada un régimen político, inscrita en un modo de dominación de un tipo nuevo, fundado en la institución de una situación generalizada y de una inseguridad permanente, que obliga a los trabajadores a ser sumisos y aceptar la explotación²¹⁷.

La doctrina ha dado varios nombres y cualificado en distintos tipos a la flexibilización²¹⁸, pero por razones de correlación con el tema propuesto en este estudio, sólo se va hablar de la flexibilidad interna y externa²¹⁹.

La flexibilidad interna está relacionada con las modificaciones en las condiciones laborales de los trabajadores de una misma empresa, siendo aquellos incorporados al contrato de trabajo y ordenados por la entidad empresarial²²⁰. Por otro lado, la flexibilización externa de la legislación laboral, también llamada descentralización en el sentido estricto²²¹, corresponde a las relaciones que la empresa mantiene con su exterior²²², con la forma de acceder al mercado laboral, es decir, con los nuevos tipos de contrato de trabajo que serán analizados enseguida.

Así, la diferencia entre la descentralización externa e interna puede ser establecida de la siguiente manera; en la primera, las empresas “compiten y colaboran al mismo tiempo, son en definitiva las que hacen del desarrollo de las fuerzas productivas un proceso de impulso y ejecución plural. La transformación del aparato productivo da lugar, así pues, a un fenómeno de carácter centrífugo a través del cual tiene lugar la expulsión de partes o segmentos del proceso productivo hacia el exterior de las empresas (descentralización externa). Pero además las empresas experimentan

²¹⁷ Texto traducido de ANTUNES, R., “Dimensões da precarização estrutural do trabalho”, en AA.VV.: *A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização*, São Paulo (Ed. Boitempo), 2007, p. 33.

²¹⁸ Cuantitativa, expresa la variación global del número de trabajadores, o cualitativa que repercute sobre las cualidades de cada trabajador y la forma con que el se adapta a la organización. CARVALHO, C. N. de O., *Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho*, cit., p. 191.

²¹⁹ FERREIRO APARICIO, J., “Políticas de rentas y reformas laborales en España”, *RMTAS*, núm. 46, 2003, p. 29.

²²⁰ CARVALHO, A. N. de, “A flexibilização do direito do trabalho português,” en AA.VV.: *Flexibilidade e relações de trabalho*, cit., p. 71.

²²¹ PEREIRA, R. G. “Natureza jurídica da transmissão de estabelecimento comercial”, *www.verbojuridico.net | com | org*, 20 de Janeiro de 2005, p. 5. En relación a la llamada flexibilización externa hace una observación interesante: “la “flexibilización externa” de las relaciones laborales, puede ser vista como una clara tendencia a la “huida” del contrato de trabajo por tiempo indefinido y a la implantación de otros tipos de vínculos que no están configurados como laborales, entre los cuales están siendo muy utilizados el trabajo temporal y los que quieren aparentar ser los “trabajos independientes” que contribuyen a la opinión de aquellos que pretenden transformar la Ley del Trabajo en la Ley del Empleo”.

²²² CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización Productiva y sistema de relaciones laborales”, *RTSS (CEF)*, núm. 13, 1994, p. 9.

tendencias hacia una reorganización interna, concediendo mayores grados de autonomía operativa y decisonal a sus divisiones; reaccionando contra ello, el nuevo panorama del sistema industrial ofrece una realidad productiva de composición mucho más plural, con unidades productivas de menores dimensiones”²²³.

En efecto, la legislación laboral fue tomando cuerpo conforme a las nuevas realidades y en tiempos de crisis se comenzó a admitir una mayor maleabilidad de la ley. Esto ocurre generalmente a través de los convenios colectivos “que están autorizados a adaptar y a modificar, dentro de ciertos límites, incluso en épocas menos favorables, los estatutos legales de los trabajadores”²²⁴ a las necesidades del contexto empresarial.

Sin embargo, la ley laboral siempre está buscando, ya sea en tiempos de crisis o no, mantener el equilibrio en las relaciones jurídicas, protegiendo los trabajadores, que son, y seguirán siendo, la parte más débil de la relación jurídica, para así justificar su real existencia que es el incentivo al empleo digno y a la preservación de los derechos de los trabajadores.

Enseguida se podrá constatar que la descentralización productiva no deja de ser “una estrategia de flexibilidad para ajustar el volumen de empleo necesario según las variaciones de la producción, reducir los costes salariales y hacer frente a unos niveles de incertidumbre muy superiores a los de tiempos pasados”²²⁵.

3. Externalización: un fenómeno económico multidireccional

3.1 Origen y causas

Sin pretensión de agotar el tema esbozado en este epígrafe, baste centrar la atención principalmente en los problemas que se derivarán de las nuevas formas de

²²³ BAZ RODRÍGUEZ, J., *Las relaciones de trabajo en las empresas de grupo*, Granada (Ed. Comares), 2002, pp. 7 y 8.

²²⁴ XAVIER, B. da G. L., “A crise e alguns institutos de Direito do Trabalho”, cit., p. 563.

²²⁵ RIVERO LAMAS, J., “Proyecciones de la descentralización productiva, Instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir. y VAL TENA, Á. L. de, Coord.): *Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., p. 27 y 28.

organización de la actividad empresarial. Más tarde, en el siguiente capítulo, se analizará la implementación de estos problemas y las soluciones hasta ahora diseñadas por la actual legislación laboral.

En virtud a todo lo que se dijo hasta ahora, se puede afirmar que cuanto más rígido sea el sistema de normas laborales, más necesidad tendrán las empresas en utilizar como alternativa las formas de descentralización productiva.

Este fenómeno en la Unión Europea no es un tema nuevo, pues desde el final de la década de los 70 las nuevas formas de empleo ya eran discutidas y desde hace mucho tiempo algunas formas de descentralización productiva ocupaban buena parte de las prácticas empresariales.

Como se ha dicho en páginas anteriores, las normas del Derecho del Trabajo, que fueron creadas de acuerdo con un cierto perfil del asalariado, ya no poseen la misma aplicación a los diversos tipos de asalariado hoy existentes. De la misma manera, el modelo de contrato de trabajo clásico²²⁶, caracterizado como trabajo estable y a jornada completa, que era la gran estrella del Derecho Laboral hasta tiempos recientes, ya no tiene aplicación en las nuevas formas de contratación laboral. Eso ocurre porque los conceptos de trabajador y de empresario, como antes se ha dicho, corresponden a un modelo superado del Derecho moderno, y a su vez, tampoco la forma de contratación comúnmente utilizada en décadas anteriores tiene aplicación práctica a día de hoy.

Las empresas actúan ahora de acuerdo a varios principios jurídicos muy distintos de los precedentes. Uno de ellos hace referencia a la eficiencia económica en condiciones de máxima competencia, traducido por la disminución de los costes directos e indirectos relacionados a la producción de bienes y servicios. Las transformaciones económicas y tecnológicas, junto con las inseguridades generadas por los cambios repentinos en el contexto de la económica mundial globalizada, fuerzan a las entidades empresariales a superar desafíos que, a medida que los van solventando, hacen que su estructura organizacional fuese alterada.

Antes de la adaptación, las empresas tenían una estructura centralizada, donde la propia empresa ejecutaba todas las etapas del proceso productivo, con una división

²²⁶ XAVIER, B. da G. L., "O direito do trabalho na crise (Portugal)", en AA.VV.: *Temas de direito do trabalho – Direito do trabalho na crise. Poder empresarial. Greves atípicas. IV Jornadas Luso-hispano-brasileiras de direito do trabalho*, Coimbra (Ed. Coimbra), 1990, p. 103. Antes de la crisis en el derecho del trabajo, era considerado como modelo de trabajador típico aquel contratado por tiempo indeterminado y con un vínculo estable con una fuerte tendencia a tenerlo para toda la vida.

intraempresarial del trabajo en su integridad, porque había una única empresa responsable de la ejecución del resultado final.

De acuerdo con la forma de producción centralizada, todas las fases del proceso productivo tenían relación unas con otras, de una manera integrada e indivisible, dentro de un conjunto de funciones del ciclo productivo de una única empresa. En contrapartida, en el modelo de producción descentralizado, su finalidad principal es desvincular parte del proceso productivo del control directo del empresario, que siempre será, en importancia, el responsable del resultado final²²⁷ de la producción. Ésta corresponde a realidad actual, lo que vuelve inútil la primera y deja a la norma laboral a ella destinada sin aplicación.

Es, precisamente, sobre esta pérdida de la efectividad de la norma de la que va a tratar la parte fundamental de este trabajo. Tanto para enfocar el problema como para constatar algunas soluciones presentadas por la doctrina, siendo utilizadas básicamente las ideas defendidas por la Unión Europea.

El viejo y rígido sistema de la burocracia industrial, jerárquico y autoritario, se ve sustituido ahora por nuevos sistemas “de coordinación y control más capilares y menos centralizados”, con técnicas productivas de gran versatilidad en función a los diversos desafíos empresariales, siendo unidades a las que se podrán asignar “resultados medibles u objetivos verificables”²²⁸.

Las nuevas formas de empleo han producido dos fenómenos de concurrencia simultánea en el tiempo, primero la “destipificación” del contrato laboral y de sus características básicas predominantes y hegemónicas; y segundo, la “descomposición” de los valores normativos generales, inderogables y uniformes de la tutela laboral²²⁹.

Los economistas y sociólogos desde la década de los ochenta²³⁰ ya tenían consciencia de las transformaciones que estaban ocurriendo en la estructura y en el funcionamiento de las organizaciones empresariales y, a pesar de aún no percatarse de las futuras consecuencias, ya manifestaban su preocupación sobre el tema.

²²⁷ HERNÁNDEZ GARCÍA, C., “La descentralización productiva en las empresas”, *Boletín ICE económico del Ministerio de Economía Española*, núm. 2785, 2003, p.3.

²²⁸ El entrecomillado pertenece a BLAT GIMENO, F., “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, cit., p. 18 y 19.

²²⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F., *Externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, cit., p. 26.

²³⁰ VALDÉS DAL-RÉ, F., *Externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, cit., p. 27.

Son muchas las causas que determinan el surgimiento y la reafirmación del sistema de producción descentralizado. Entre ellas, cobran singular importancia la aparición de las nuevas tecnologías y las alteraciones producidas por ellas en el mercado laboral. De hecho, las nuevas tecnologías fueron permitiendo que las pequeñas empresas pudiesen especializarse y formar a su mano de obra, haciendo que pudiesen entrar a competir en un mercado, que hasta aquel momento estaba dominado por las grandes empresas. Por otro lado, las nuevas tecnologías también fueron responsables de una producción y una organización más flexible²³¹.

Como forma de corresponder a las exigencias de la nueva situación económica, figuras antes desconocidas pasaron a ser constantes en el mercado, transformando los procesos de producción. Los cambios derivados del nuevo escenario económico hicieron que los riesgos para las grandes empresas aumentasen.

Con el sistema de producción en serie, las empresas no eran capaces de prever el desplome de la demanda de determinados productos, razón por la cual eran conscientes de que si mantenían su ritmo de producción anterior tendrían, seguramente, grandes pérdidas económicas.

Una vez que el modelo de producción en serie se “sustentaba en los incrementos de productividad obtenidos por las economías de escala en un proceso de producción mecanizado basado en una cadena de montaje de un producto tipificado, en las condiciones de control de un gran mercado por una forma organizativa específica, no puede extrañar que la gran empresa estructurada según los principios de integración vertical y la división del trabajo social y técnicas institucionalizadas. Se plasmará en los métodos de gestión conocidos como «*taylorismo*»²³².

Por tal razón, las grandes empresas dejaron, poco a poco, de producir en grandes cantidades y pasaron a atesorar una mayor especialización en la producción de su producto final. Para concretar una forma de producción más especializada, las grandes empresas fueron estableciendo vínculos de cooperación con otras empresas, para así obtener más ventajas frente a la competencia, concentrando su actividad en la realización de sus cometidos principales y delegando la ejecución de ciertas tareas, secundarias en otras empresas.

²³¹ CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización Productiva y sistema de relaciones laborales”, cit., p.13.

²³² CASTELLS, M., *La era de la información: economía, sociedad y cultura, La sociedad red*, vol. I, 6ª Ed., México D.F. (Ed. Siglo XXI Editores), 2005, p. 182.

Lo que ahora guía a las grandes empresas es la economía de la flexibilidad, que responde mucho mejor a las fluctuaciones de la demanda. Se busca, sobre todo, potenciar la identificación del propio mercado, dado que “la eficiencia se valora, no según la relación entre costes de producción y beneficios, sino en atención al ciclo en su conjunto, es decir, al más bajo coste de todos los elementos que lo integran (investigación y desarrollo, compras, fabricación, almacenaje, distribución, etc.)”²³³.

Como se sabe, una de las formas que vuelve a una empresa más competitiva en el mercado es una reducción de los costes de producción, o bien una transformación de los costes fijos en variables.

Se reconoce que la descentralización no deja de ser una estrategia de flexibilidad para “ajustar el volumen de empleo necesario según las variaciones de la producción, reducir los costes salariales y hacer frente a unos niveles de incertidumbre muy superiores a los de tiempo pasados”²³⁴.

En la actualidad, la tendencia es la proliferación en el mercado del modelo de empresa descentralizado, que proporciona a otras empresas servicios especializados y que mantiene diferentes contratos mercantiles de colaboración con otras varias empresas. En teoría, es como si todas estas actividades fueran ejecutadas en el mismo centro de trabajo, cada una con sus trabajadores, obedeciendo las órdenes de sus empresarios correspondientes. Así, aparte de conseguir una descentralización del trabajo también se logra una descentralización de decisiones²³⁵. Hay casos en que la empresa titular ni siquiera tiene trabajadores subordinados en su plantilla, debido a la existencia de una cantidad considerable de actividades descentralizadas.

Las empresas buscan cada vez más alternativas que les permitan asumir el mínimo de riesgos y responsabilidades posibles inherentes al hecho de ser una entidad patronal. A estas entidades les interesa muy poco contratar trabajadores por tiempo indefinido, y por eso optan por hacer uso de los contratos temporales, de la

²³³ BLAT GIMENO, F., “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata.*, Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, cit., p. 44.

²³⁴ RIVERO LAMAS, J., “Proyecciones de la descentralización productiva. Instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J. Dir. y VAL TENA, Á. L. de, Coord.): *Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., p. 27.

²³⁵ CARVALHO, C. N. de O., *Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho*, cit., pp. 898 y ss. CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización Productiva y sistema de relaciones laborales”, cit., p.14. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “La filialización de la empresa”, *AL*, núm. 29, 1999, p. 535.

subcontratación de parcelas de su actividad, o utilizan la “filialización”²³⁶ o el trabajo a distancia (favorecido por la técnica *on line*) y con eso reducen los costes de la mano de obra, exteriorizan funciones, transforman en capital variable parte de lo que antes integraba parte del capital fijo y, a la postre, desagregan el colectivo de los trabajadores²³⁷.

Para disminuir sus costes, las empresas utilizan medios de contratación distintos a los que eran utilizados en el modelo clásico. Los contratos “atípicos”²³⁸ son ejemplo – en reiteración justificada – de esa realidad. Los índices de contratos atípicos fueron creciendo de manera exorbitante, dejando de ser una excepción para convertirse en la regla general del mercado laboral. Eso generó una alteración en la estructura de las empresas y provocó una escasez del trabajo estable y protegido.

Otra cuestión a considerar es la característica temporal de los nuevos contratos de trabajo. Los contratos atípicos, inicialmente, eran utilizados excepcionalmente, solamente para suplir eventuales necesidades de la empresa, como exceso de trabajo, sustitución del personal, etc., sin embargo, jamás eran utilizados para suprimir un puesto de trabajo indefinido, excepto en los casos previstos por la Ley. El trabajo indefinido, regulado por el ordenamiento jurídico se convirtió, sin embargo, en una pesadilla para las empresas, debido a sus elevados costes en el momento de la extinción del contrato de trabajo. Con la inestabilidad financiera y las variaciones en el mercado, las empresas no quieren y no pueden soportar más riesgos de los que son inherentes a la propia actividad.

²³⁶ El término filialización pertenece a LYON-CAEN, G., “Plasticité du capital et nouvelles formes d’emploi.” *DS*, núms. 9/10, 1980, pp. 12 y 13 y “La crise du droit du travail”, en AA.VV.: *Memoriam Sir. Otto Kahn-Freund*, (C.H.Beck), Munich, 1980, p. 523. Explica el autor que esta expresión corresponde a la atomización de partes de una sociedad preexistente con vistas a la creación de filiales jurídicamente independientes, procediendo así a la exteriorización de tareas que anteriormente estaban integradas en la sociedad-madre. Este mecanismo permite, frecuentemente, que esta última empresa siga beneficiándose de las prestaciones laborales de los trabajadores de la filial, sin asumir la posición formal del empleador.

²³⁷ LEITE, J., “Direito do trabalho na crise (relatório geral)”, en AA.VV.: *Temas de direito do trabalho – Direito do trabalho na crise. Poder empresarial. Greves atípicas. IV Jornadas Luso-hispano-brasileiras de direito do trabalho*, Coimbra (Ed. Coimbra), 1990, pp. 28 y 29.

²³⁸ BETTENCOURT, P. O. de, “As novas ameaças ao direito do trabalho,” en AA.VV. (MOREIRA, A., Dir.): *V Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, cit., p. 95, tiene un posicionamiento distinto sobre los contratos “atípicos”, cuando relata que la proliferación de estos contratos tiene mucho que ver con la personalidad de algunos empresarios menos escrupulosos que frente a este tipo de situaciones intentan sacar provecho a través de adaptar las normas a las necesidades de sus empresas. Para este autor, habría que hacer una reflexión sobre la rigidez de las leyes laborales y su necesidad de adaptarse a nuevos tiempos.

En el mundo empresarial contemporáneo, caracterizado por la proliferación de las nuevas formas de organización o reorganización empresarial, el modelo *fordista* que predominaba a finales de los años 80 ya no tiene aplicación. Es decir, antes de los años 80 las empresas, a pesar de mantener una relación de dependencia con otras, conservaban su jerarquía interna intacta, pero, en las sociedades de hoy, la jerarquía es un campo confuso, por eso aquel modelo²³⁹ no puede ser considerado un patrón adecuado para las relaciones jurídicas laborales actuales.

La ejecución de las numerosas tareas inherentes, al ciclo productivo de una misma empresa es ahora desarrollada por trabajadores de distintas empresas. La empresa principal transfiere la realización de parte de su producción, o prestación de servicios, a otra(s) empresa(s), que a su vez tienen su propia plantilla de empleados. Este hecho desencadena una serie de relaciones civiles, mercantiles y laborales dentro de una misma empresa²⁴⁰, difíciles, muchas veces de aquilatar.

Estas nuevas formas de organización descentralizada son fácilmente encontradas en las empresas medianas y grandes, si bien no existe prohibición alguna de que también las pequeñas empresas las utilicen, si bien su capacidad es muy limitada. Las corporaciones, sea cual sea su dimensión, actúan a día de hoy como gestoras de la producción, como organizadoras de la actividad y/o servicio, que son prestados en el mercado, dejando de tener una de las características típicas de las empresas, que antes mantenían un elevado número de negociaciones, las cuales representaban un patrimonio económico considerable.

Así, se puede decir que a partir del momento en que se empezó a implantar la descentralización productiva, se originaron dos situaciones: la reducción de la dimensión empresarial y consecuentemente el aumento de la creación de nuevas pequeñas empresas, principalmente en los países desarrollados; y una “desintegración vertical”²⁴¹ de las grandes empresas.

²³⁹ A pesar del modelo *fordista* no ser el modelo oficial y único en Europa, debido a la diversidad de modelos que existen en cada país, estos nuevos cuadros de regulación no han hecho desaparecer las numerosas formas que el régimen *fordista* de empleo y de prestación laboral han hecho surgir en toda Europa. SUPIOT, A., *Transformações do Trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa*, cit., p. 19.

²⁴⁰ MARTÍNEZ FONS, D., “Los límites en la descentralización productiva: La frontera con los fenómenos de la cesión ilegal de trabajadores”, en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Valladolid (Ed. Lex Nova), 2001, p. 52.

²⁴¹ CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización Productiva y sistema de relaciones laborales”, cit., p.12.

De la misma manera que la empresa se fragmenta, también deja de ser vista como un patrimonio integral debido a su desmaterialización. Más adelante se podrá observar de qué forma los cambios en la estructura patrimonial de las empresas afectan a los trabajadores y de qué manera la negociación colectiva tiene que adaptarse a las nuevas dimensiones empresariales.

El aumento de las pequeñas empresas en el escenario mundial hace que ellas constituyan una parte sustancial del tejido empresarial, pues son imprescindibles para la ejecución de una parte de la producción y contribuyen a una mayor interdependencia entre las empresas. El acceso a los avances tecnológicos y de información ha permitido a las empresas de reducidas dimensiones un contacto más rápido con otras empresas, así como también unas transacciones más ágiles entre ellas. A causa de todo esto se produce la propagación sin límites de la descentralización, ya que es más ventajoso y rentable para las empresas el recurso a la contratación de otras auxiliares dedicadas a la ejecución de parte o partes de su producción.

En resumen, los cambios²⁴² más profundos sufridos por las empresas en su estructura organizacional derivan de la globalización de los mercados y de la internacionalización de la economía, consecuencia de los cuales se ha producido la extensión del sector servicios en detrimento del sector industrial, y también la falta de control en el desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación. Ésos son algunos de los factores que determinan la base de la transformación mundial en la organización empresarial, cuyo exponente fundamental es la externalización²⁴³.

Tanto las grandes como las pequeñas empresas se sirven de la descentralización, las primeras buscan disminuir la rigidez subdividiéndose en pequeñas unidades de producción capaces de atender a diversos tipos de mercado; las pequeñas empresas, sin

²⁴² En este mismo sentido, “las relaciones entre las empresas, en particular las dedicadas a prestar servicios, se han transformado a la luz de las presiones competitivas que se derivan de una serie de factores como la globalización, el avance de las nuevas tecnologías de información y comunicación (TIC), la liberalización de ciertos mercados y el avance del mercado interior europeo”, RUBALCABA BERMEJO, L., DI MEGLIO, G. y, VAN WELSON, D., “Deslocalización y *offshoring* de servicio a empresas”, *Papeles de Economía Española*, núm. 120, 2009, p. 224.

²⁴³ MOLERO MARAÑÓN, M. L., “Descentralización productiva y relaciones laborales”, *RL*, núm. 9, 2010, pp. 15 e 16. En el mismo sentido ver BLAT GIMENO, F., “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, cit., p. 27 y ss.; RIVERO LAMAS, J., “La descentralización productiva y las nuevas formas de organización del trabajo”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo*, Madrid (Ed. MTAS), 1999, p. 22 y ss.

ninguna intención de ampliar su estructura, siguen siendo reducidas unidades de producción autónomas y muy especializadas, que entre ellas distribuyen la ejecución de las diferentes actividades²⁴⁴.

Así, la descentralización del proceso productivo puede ser considerada positivamente como una estrategia empresarial, si bien, a la vez, afecta negativamente a los trabajadores, tanto a nivel individual como también colectivo. En la secuencia de este trabajo serán estudiadas las diversas formas de descentralización, desde la más antigua y común como es la subcontratación hasta las más actuales, como son las empresas en red, que, si bien no es propiamente la forma de descentralización más reciente, sí que es una de las que más está siendo utilizada en la actualidad. En la primera, hay una empresa dominante que controla las tareas desarrolladas por otras empresas que desarrollan parte del proceso productivo; en las segundas, sin embargo, no hay ninguna empresa dominante, ya que las entidades que participan del proceso productivo colaboran entre ellas pero siguen siendo independientes y están en un mismo nivel de igualdad²⁴⁵.

El objetivo empresarial radica en la maximización de los beneficios. Siendo el lucro la diferencia entre los ingresos y los costes, la empresa puede maximizar el primer referente cuando aumenta sus ganancias, reduce sus costes o ambas cosas. Como ya se ha resaltado anteriormente, las empresas, en la medida de lo posible, buscan transformar sus costes fijos en variables. Uno de los costes fijos es precisamente el pago de los salarios de los trabajadores que son necesarios para la ejecución de la actividad empresarial, ya sea de producción de bienes o servicios. De este modo, las empresas pueden contratar asalariados de forma típica, con un contrato laboral indefinido, mediante formas atípicas, recurriendo a empresas de trabajo temporal, subcontratando con otras empresas, o entrando en relación con trabajadores autónomos. Sin duda, esta segunda alternativa resulta más atractiva en el contexto de contención de costes.

Es más, lo que antes era una práctica excepcional pasó a ser algo habitual en la generalidad de empresas. Los trabajos por cuenta ajena, prestados de forma directa y regular, han ido siendo masivamente sustituidos por formas externas de prestación

²⁴⁴ BLAT GIMENO, F., “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata.*, Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, cit., 2000, p. 41.

²⁴⁵ MOLERO MARAÑÓN, M. L. “Descentralización productiva y relaciones laborales”, cit., p. 15.

laboral a terceros para la realización de una misma actividad productiva²⁴⁶. Los contratos “atípicos” en la actualidad son la mayoría dentro de la empresa, en una invasión exorbitante y desenfrenada que debe ser objeto de atención por el Derecho Laboral.

A pesar de que algunas formas de descentralización no consten debidamente reguladas en los sistemas laborales, éstas no dejan de ser una de las mayores preocupaciones, tanto por parte de los legisladores como también por parte de los aplicadores del Derecho.

La doctrina ha estudiado en profundidad el fenómeno de la descentralización productiva, debido a las circunstancias que de ella son consecuentes, entre las cuales están:

1) El desmembramiento y la interconexión de la gran empresa, que dejó de ser una gran potencia industrial para transformarse y fortalecerse como PYME; 2) la huida de la figura del empresario, debido a la formación de grupos de empresas y redes de empresas; 3) la quiebra de las fronteras nacionales; 4) la pérdida de autonomía de la pequeña empresa, entendida como una de las desventajas de la descentralización productiva; 5) la extensión de las fórmulas etéreas de subordinación jurídica laboral; y 6) la disminución del periodo contractual²⁴⁷.

Pese a estas múltiples consecuencias, algunas ya conocidas y otras objeto de atención en páginas sucesivas, de lo que no cabe duda es de que la descentralización productiva es una forma de organización del proceso de elaboración de bienes o de la prestación de servicios²⁴⁸, que entre la empresa principal y otra(s) empresa(s) o persona individual se establecen diversos tipos de cooperación²⁴⁹, hasta llegar al consumidor

²⁴⁶ SANGUINETI RAYMOND, W. “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿Términos incompatibles?”, cit., p. 223.

²⁴⁷ CRUZ VILLALÓN, J., “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el derecho del trabajo: aspectos individuales”, en AA.VV.: *El empleador en el derecho del trabajo – XVI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales*, Madrid (Ed. Tecnos), 1999, pp. 38 y 39.

²⁴⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F., *Externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, cit., p. 29; CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización Productiva y sistema de relaciones laborales”, cit., pp. 7 y ss.; RIVERO LAMAS, J., “La descentralización productiva y las nuevas formas de organización del trabajo”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo*, cit., pp. 22 y ss.

²⁴⁹ CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización Productiva y sistema de relaciones laborales”, cit., p. 8 y CRUZ VILLALÓN, J., “*Outsourcing* y relaciones laborales”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p.254.

final. En esta forma de organización, la empresa decide no realizarla directamente, por medio de sus trabajadores, y sí delegar funciones a otras entidades o trabajadores autónomos individuales, con quienes establece numerosos tipos de acuerdos de cooperación²⁵⁰, es decir, se utilizan otros medios y se sirven de la prestación laboral de otros trabajadores para la ejecución del producto final a consumir.

Para algunos autores, dicha descentralización englobaría dos finalidades²⁵¹: primeramente, procuraría una rápida adaptación de las empresas a los cambios económicos, sobre todo en aquellas que presentan una mutación constante en lo que respecta a la oferta y la demanda; y en segundo lugar, operaría como un elemento facilitador de la flexibilidad, tanto funcional como numérica de la mano de obra, proporcionando a las empresas la posibilidad de aumentar su rendimiento.

Para lograr beneficios o disminuir los riesgos de pérdidas, las empresas aumentan cada vez más el número de vínculos con empresas auxiliares o colaboradoras, filiales o prestadoras de servicio, o también incrementan el porcentaje de contratos con trabajadores autónomos, lo cual hace que la cuantía de operarios con contratos indefinidos disminuya; gracias a esto, lo que antes suponía un coste fijo para las empresas, hoy supone un coste variable.

Otra de las ventajas para las nuevas organizaciones es que ahora pueden disfrutar de los beneficios fiscales que antes eran destinados sólo a las PYME; además, siendo una empresa pequeña o mediana, hay consecuentemente un mayor control interno. Ahora, las normas proteccionistas previstas para las PYME benefician a diferentes grupos, porque hay un índice elevado de grandes empresas que fueron reduciendo sus dimensiones para aprovechar, entre otras cosas, las ventajas que se ofrecen a este tipo de empresas²⁵², ya sean económicas, fiscales, laborales o administrativas.

Se puede decir, por lo tanto, – y sin peligro de errar – que las normas proteccionistas, destinadas a favorecer y a fortalecer las pequeñas empresas en el

²⁵⁰ CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización Productiva y sistema de relaciones laborales”, cit., pp. 8 y 9.

²⁵¹ UBALDO SERÉ, J., “Ventajas e inconvenientes de la descentralización empresarial”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Montevideo (Ed. Fundación de Cultura Universitaria), 2000, p. 47.

²⁵² CARVALHO, C. N. de O., *Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho*, cit., pp. 905 y ss.

mercado financiero, han contribuido y mucho para el avance de la descentralización productiva²⁵³.

También podría argumentarse que la descentralización ofrece servicios personalizados, vinculadas al tiempo de las prestaciones y su consecuente tratamiento singularizado, pudiéndose utilizar, además, la red preexistente como instrumento para reducir el valor de las inversiones a realizar; aparte de atender mejor a las preferencias de los ciudadanos y de contribuir a la racionalización interna de los sistemas de garantía de rentas²⁵⁴.

Por otro lado, hay quien entiende que el fenómeno de la concentración empresarial, totalmente opuesto a la descentralización, es más ventajoso para las empresas y, por eso, presentan un listado de desventajas generadas por la descentralización productiva. Entre ellas se encuentra la competencia de los poderes paralelos y la duplicación de los recursos con su consiguiente gasto²⁵⁵.

Como se ha visto en las líneas anteriores, el orden económico actual impone un ritmo muy acelerado para las empresas, que cada vez tienen que diversificar más sus procesos de organización, lo cual, por desgracia, trae consecuencias terribles, tanto a nivel individual como colectivo, sobre la posición jurídica que ocupan los trabajadores²⁵⁶.

La disminución de la demanda de trabajo (y su revés, el aumento del desempleo) ha sido argumentada con consideraciones diversas: la coyuntura, cuyo rasgo principal es la disminución de la inversión, exigiría una incorporación más selectiva a la hora de contratar y una explotación más intensa de la mano de obra; del mismo modo, la patronal planta cara a las políticas sindicales y la rigidez de la estructura salarial reclutando a trabajadores que presentan una calificación inferior, viéndose estos abocados a desempeñar funciones marginales y precarias que llevarán a la segmentación del mercado laboral; además – y en gráfica expresión –, “el proceso de acumulación

²⁵³ CARVALHO, C. N. de O., *Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho*, cit., p. 897.

²⁵⁴ LANDA ZAPIRAÍN, J. P. “La política social en España y el “federalismo social”, *RDS*, núm.24, 2003, p. 58.

²⁵⁵ LANDA ZAPIRAÍN, J. P. “La política social en España y el “federalismo social”, cit., p. 57.

²⁵⁶ LANDA ZAPIRÁN, J.P. “La política social en España y el “federalismo social”, cit., p. 64.

capitalista necesita del llamado ejército industrial de reserva, constituido por los solicitantes de empleo”²⁵⁷.

El proceso de reorganización empresarial, además de contribuir al incremento del desempleo y a la disminución del número de trabajadores con contrato indefinido, y lógicamente al crecimiento del número de trabajadores autónomos, también supuso una evolución progresiva en la utilización de las formas de contratación “atípicas”. Toda la “maleabilidad” de las reglas de admisión y despido de trabajadores constituyen para los empleadores una de las condiciones más importantes para mejorar la competencia en relación a otras empresas²⁵⁸.

Todas estas “maniobras” empresariales acaban por perjudicar – permítase la reiteración – a los trabajadores tanto a nivel individual como colectivo. Las garantías individuales anteriormente inmutables son debilitadas seriamente y el trabajo se hace aún más precario; a su vez, la ineludible debilidad del Derecho Colectivo, el número cada vez menor de convenciones colectivas, aliadas con la falta de creencia en el sindicato como herramienta idónea para la defensa de los intereses de los trabajadores, hacen que la clase laboral, anteriormente reconocida por ser revolucionaria, autoritaria e independiente, vaya perdiendo su fuerza a pasos agigantados. Ese enflaquecimiento, entre otras cosas, es debido al hecho de que en las PYMEs muchas veces no hay el número mínimo exigido por la ley para que sea implantado un representante de los trabajadores, acompañado, lógicamente, de la inexistencia de un convenio colectivo.

Se ha podido constatar, además, que es muy complicado diagnosticar un perfil único del trabajador del siglo XXI, distinto del clásico, pudiendo destacar la existencia dos tipos extremos con múltiples estados intermedios: por un lado, el que es económicamente dependiente de su trabajo con poca cualificación, que no es el único capaz de desarrollar la actividad a él designada, que ocupa un puesto normal y que no requiere cualificaciones especiales además de las necesarias para el correcto desempeño de su función. Por otro, el que ocupa puestos de trabajo importantes dentro de la empresa y que por su cualificación, especialización y desempeño de determinadas funciones es imprescindible para la misma. Está claro que las consecuencias

²⁵⁷ BLAT GIMENO, F., “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, cit., p. 20.

²⁵⁸ XAVIER, B. da G. L., “A crise e alguns institutos de Direito do Trabalho”, cit., p. 527.

provenientes de las nuevas formas de reorganización empresarial, no serán afrontadas de la misma manera por ambos tipos de trabajadores.

En lo que concierne a aquellos trabajadores que desempeñan funciones sustanciales dentro de la empresa, lo cierto es que con la disminución de la estructura empresarial pasaron a acumular tareas, subiendo de puesto de trabajo al disminuir la escala jerárquica dentro de la misma. Por su parte, los trabajadores que desempeñan funciones menos cualificadas dejan de mejorar profesionalmente, además de estar sujetos a la supresión del puesto de trabajo, sea por la sustitución de la mano de obra por una máquina, o porque se ha externalizado la actividad desarrollada por estos trabajadores, pasando, por tanto, a engrosar las listas de desempleados.

Siempre existió una gran desigualdad entre esos dos tipos de trabajadores, pero ahora se hace más patente; en otras palabras, se puede decir que hay un “desequilibrio sustancial de posiciones”²⁵⁹ entre ellos, habiendo incluso quien defiende la existencia de un código especial para los trabajadores menos cualificados, pues entienden que ciertas normas laborales no tienen aplicación para este colectivo y que, por otro lado, en ciertos aspectos no encuentran regulación suficiente en las leyes laborales existentes. Lo que está claro es que son los trabajadores sin cargos relevantes los que más sienten las consecuencias de las nuevas formas empresariales.

Entre ambos extremos de trabajadores hay otras muchas variables, siendo aconsejable que existan diversas normas reguladoras que abarquen el amplio abanico de situaciones que hoy se presentan. Y en la medida en que las relaciones de trabajo van haciéndose más específicas, la ley también, de alguna forma, necesita ser más concreta. Es necesario que el ordenamiento normativo dé respuestas a las exigencias de las empresas pero sin dejar de proteger ciertos derechos laborales, debiendo existir un equilibrio, no siendo ni demasiado rígida ni demasiado flexible.

Los trabajadores no siempre tienen que estar necesariamente sujetos al mismo modelo de contrato estable de duración indeterminada, pues “han de afrontar el reto de adaptarse a los cambios y aprovechar las oportunidades que ofrece la mundialización”²⁶⁰, pero no pueden quedar sin garantías.

²⁵⁹ CARVALHO, A. N. de, “Ainda sobre a crise do direito do trabalho”, en AA.VV. (MOREIRA, A., Dir.): *II Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, cit., p. 65.

²⁶⁰ Libro Verde titulado “Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, Bruselas, 22 de Noviembre de 2006, COM (2006) 708, p. 5.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0708:FIN:es:PDF>

Continuando con lo anteriormente expuesto, es posible identificar en las empresas de la actualidad la concurrencia de dos procesos distintos. El primero, ya esbozado y sobre el que no se va a volver a insistir en este estudio, es el relativo a la disminución en la estructura dimensional media de las empresas y una multiplicación del número de empresas por sector de actividad, o sea, las empresas “se desembarazan de activos físicos y materiales: reducen el espacio físico que ocupan”²⁶¹. El segundo, opuestamente, se refiere a la agrupación o concentración de las empresas de menor dimensión resultantes del desmembramiento. Este último fenómeno merece una especial atención y, por lo tanto, será estudiado en un capítulo aparte.

Bajo tales premisas, son dos las preocupaciones doctrinales fundamentales, en aquellos supuestos en los que la empresa descentraliza la producción de bienes o servicios. La primera surge cuando se constituye un vínculo de colaboración y dependencia con otras empresas, en cuyo caso existe una pluralidad de fórmulas jurídicas a través de las cuales se puede articular el proceso descentralizador. Dependiendo del modo que la empresa use para externalizar su producción, el contrato proveniente de este negocio jurídico podrá ser sometido al ordenamiento civil, pero también al Derecho Mercantil, e incluso al Derecho Administrativo²⁶², pero en todo caso será el Derecho del Trabajo el aplicable a la mano de obra afectada. La segunda, totalmente contraria, consiste en la aglomeración, interconexión o filiación de empresas, sobre la que se insistirá posteriormente.

La descentralización productiva introduce una división del trabajo entre empresas, en un primer momento distintas, cuando la principal transfiere ciertas actividades, antes desarrolladas por ella, y dentro de su espacio físico, a otras empresas con organización y personal propios, pero bajo la supervisión de la primera, para que ejecuten dichas actividades²⁶³. Se incluye dentro de este concepto toda aquella actividad de externalización o desplazamiento de funciones o actividades del ciclo productivo,

²⁶¹ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 51.

²⁶² CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización Productiva y sistema de relaciones laborales”, cit., p. 8.

²⁶³ SANGUINETI RAYMOND, W., “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿Términos incompatibles?”, cit., p.224.

que anteriormente eran desarrolladas por una misma empresa, a favor de otras entidades empresariales autónomas o independientes²⁶⁴.

La expresión externalización será aquí usada en su sentido más general, para comprender todos aquellos casos en que se recurre a la mano de obra fuera de la empresa principal. En los supuestos en los que el usuario no asume jurídicamente la posición de empleador, los trabajadores no son incluidos en el cómputo del volumen ocupacional de la empresa. La externalización de bienes o servicios puede resultar de la transferencia a otras entidades jurídicas de ciertos segmentos del proceso productivo, o de determinadas actividades accesorias o complementarias de la principal, que antes tenían lugar en el interior de la misma. De hecho, la empresa se concentra ahora en su respectivo *core business*, mediante el recurso a mecanismos de *outsourcing*, subcontratación²⁶⁵ o de filiación²⁶⁶.

Al tiempo, las empresas terciarizadas – ETT – y los trabajadores autónomos, en algunos casos, son una forma de externalización de la producción de bienes o servicios.

La crisis del Derecho del Trabajo parte del principio de que las normas laborales de hoy no poseen la misma aplicabilidad que tenían cuando fueron creadas, pues su fin consiste en proteger a un trabajador visiblemente dependiente de su trabajo, en una posición totalmente inferior a la de su empleador. Hay, por lo tanto, una diferencia sustancial en relación al modelo de trabajador de este siglo que, por más precario que sea su trabajo, se aferra a él con uñas y dientes, no en vano ese trabajador va a intentar por todos los medios preservar el único trabajo (precario) que tiene, sujetándose a toda y cualquier condición impuesta por las nuevas formas de organización.

El trabajador de hoy continúa necesitando el Derecho del Trabajo que surgió para protegerle. Si bien este Derecho ha eliminado la necesidad de una tutela tan fuerte

²⁶⁴ DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M., *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Valladolid (Ed. Lex Nova), 2001, p. 17.

²⁶⁵ Se ha utilizado aquí, un concepto amplio de subcontratación que comprende todo el acuerdo por el cual una entidad se obliga ante otra a ejecutar una obra o servicio en los tiempos definidos por esta última, teniendo por fin integrar el producto o servicio final que esta empresa va a presentar al consumidor, asumiendo ésta, por lo tanto la responsabilidad final (...) De hecho la categoría jurídica designada por subcontrata se caracteriza, expresamente, por el asesoramiento y la posteridad lógica, o sea, el subcontrato depende jurídicamente de otro negocio (el contrato base), presuponiendo y, como tal, no se identifica con una mera sucesión de negocios, se trata de una situación de negocios sucesivos y no coexistentes, no habiendo cualquier relación de dependencia entre la fabricación de las piezas y la venta del producto final. CARVALHO, C. N. de O., *Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho*, cit., pp. 899 y 900.

²⁶⁶ CARVALHO, C. N. de O., *Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho*, cit., p.899.

o más que antes y ello porque, a pesar de que los conceptos hayan cambiado, aún hoy hay un desnivel acentuadísimo entre ambas partes del contrato. El empleado no posee un poder de negociación al mismo estrato que el empleador y, por lo tanto, no es autosuficiente y continúa necesitando protección externa. De este modo, a pesar de las vueltas que el Derecho del Trabajo ha dado para adaptarse a las nuevas realidades de la sociedad moderna, su objetivo primordial de garantizar derechos mínimos y proteger la integridad del trabajador, la parte más débil de la relación jurídica, se hace aún más imprescindible.

En lo que es un mero botón de muestra, se puede apuntar que el Derecho del Trabajo portugués mantiene una profunda creencia en el contrato de trabajo típico, que es considerado por algunos autores como un derecho duro e inflexible a la hora de aceptar las propuestas de flexibilización y los contratos de trabajo atípicos. El sistema jurídico portugués “no se desprendió aun formalmente del prejuicio tradicional de la marginalidad de las siguientes situaciones: falta de regulación específica de algunas modalidades atípicas de trabajo subordinado (...); carácter restrictivo del régimen jurídico de los contratos de trabajo especiales (...); previsión de las sanciones de conversión legal automática de estos contratos en contratos por tiempo indeterminado en caso de irregularidades graves (...); aproximación de los contratos atípicos a los típicos, como ocurre en el régimen jurídico de algunas situaciones de *parasubordinación*, como el trabajo con dependencia económica en el domicilio, para aproximar, tanto cuanto sea posible, la situación de estos trabajadores a la de los trabajadores subordinados (...); en quinto y último lugar, las sucesivas tentativas de resolución del problema de los falsos independientes por la vía de la cualificación laboral de sus vínculos, basada en una especie de presunción de laboralidad, lo que revela la misma tendencia expansiva del derecho laboral, pero contraria a la tendencia de otros sistemas para que, en situaciones de este tipo, se establezcan presunciones de autonomía del prestador del trabajo”²⁶⁷.

Como ya se ha dicho anteriormente, el Derecho portugués es un Derecho altamente protector – de ahí que se haya tomado como ejemplo – y por eso mantiene fuertemente aseguradas las restricciones para la ruptura del contrato de trabajo, materia

²⁶⁷ RAMALHO, M. do R. P., “Ainda a crise no direito laboral: a erosão da relação do trabalho típica e o futuro do direito do trabalho”, en AA.VV. (MOREIRA, A., Dir.): *III Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, cit., p. 263.

por regla general muy discutida últimamente, y sin lugar a dudas uno de los principales obstáculos para las empresas, en términos de productividad, es la terminación del contrato de trabajo sin trabas, lo que conlleva a la hegemonía del vínculo laboral por tiempo determinado.

Descendiendo al Derecho Español, cabe señalar que, desde hace mucho tiempo, se ha reconocido la descentralización productiva como lícita, siempre que los mecanismos utilizados respeten la legislación vigente y los derechos de los trabajadores, aunque conlleve el incremento de la contratación a término en detrimento del vínculo estable²⁶⁸.

La actual coyuntura económica justificaría la modernización de los contratos y de las reglas jurídicas debido a que el modelo tradicional no se ha adaptado a los “desafíos de los formidables cambios tecnológicos, económicos, demográficos u organizativos de nuestra sociedad. Es esta falta de adecuación la que justifica la necesidad de actualización o ‘modernización’”²⁶⁹, pero, retomando la idea de partida: es necesario respetar las conquistas sociales y los derechos de los trabajadores.

3.2 Concepto

Uno de los preceptos más comentados a lo largo de este trabajo será el artículo 42 ET, toda vez que no se puede hablar de descentralización productiva, sin hacer referencia a dicha disposición, pues “es el precepto más directamente dedicado a la situación ya dada de descentralización productiva como acto de una empresa principal que desarrolla su actividad en cooperación con otras”²⁷⁰.

La descentralización productiva se caracteriza por la consecución de los objetivos productivos de una empresa principal, no por la incorporación de nuevos trabajadores a la plantilla, sino “por la combinación o coordinación de aportaciones parciales llevadas

²⁶⁸ HERNANDEZ GARCÍA, C. “La descentralización productiva en las empresas”. *Boletín ICE económico del Ministerio de Economía Española*, cit., p. 3.

²⁶⁹ VALDÉS DAL-RÉ F., “El debate europeo sobre la «modernización del Derecho del Trabajo» y las relaciones laborales triangulares”, *RL*, núm. 3, 2009, p. 2 y 3.

²⁷⁰ CRUZ VILLALÓN, J., “Outsourcing y relaciones laborales”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 264.

a cabo por empresas auxiliares o por colaboradores externos. La descentralización se expresa en el encargo a terceros de la realización de partes singulares del ciclo productivo empresarial, o de actividades complementarias que, sin embargo, son indispensables en su marcha ordinaria”²⁷¹.

Dicho en otras palabras, la empresa tiene la opción de realizar todas las actividades hasta la consecución del producto final o desplazar algunas de ellas hacia otras empresas menores y con más especialización, posibilidad por la que apuesta. Así, se considera descentralización “el desplazamiento fuera del ámbito nuclear de la empresa de fases o actividades del ciclo productivo, que son asumidas por terceros a través de acuerdos de diversa índole”²⁷², esto es, a través de “empresas auxiliares o colaboradores externos”²⁷³.

En esta misma línea, la descentralización productiva originaría nuevas formas de trabajo en las que el empleado dispone de un amplio margen de libertad a la hora de organizar su prestación, y que vendrían a generar una nueva “zona gris”, situada “a medio camino entre el trabajo subordinado y el empresario”²⁷⁴.

En la mayoría de las veces la descentralización tiene como finalidad última la económica. Y la decisión de descentralización “se hace pasar necesariamente por el elemento «costes laborales»”²⁷⁵ y es cuando esta decisión empresarial pasa a tener intereses en el ámbito jurídico-laboral.

Desde esta perspectiva, las distintas formas de descentralización, que serán estudiadas, no dejan de ser uno de “los problemas de la flexibilidad laboral, referido en

²⁷¹ MARTÍN VALVERDE, A., “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”, en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje a Manuel Alonso Olea*, Madrid (Ed. MTSS), 1990, p. 225.

²⁷² MARTÍNEZ FONS, D., “Los límites en la descentralización productiva: La frontera con los fenómenos de la cesión ilegal de trabajadores”, en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, cit., p. 51; véase entre otros, DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M., “Descentralización productiva y relación laboral: Escisión de empresas”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 23, 1999, pp. 474 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización Productiva y sistema de relaciones laborales”, cit., p.10.

²⁷³ MARTÍN VALVERDE, A., “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”, en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje a Manuel Alonso Olea*, cit., p. 225.

²⁷⁴ RIVERO LAMAS, J., “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza (Ed. MTSS), 1999, p. 69.

²⁷⁵ LUQUE PARRA, M., “La descentralización productiva y la responsabilidad empresarial en materia de seguridad social”, en AA.VV. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza (Ed. MTSS), 1999, p. 570.

este caso a la actuación de la misma mediante la incorporación de innovaciones tecnológicas, la división del proceso productivo y el reparto de riesgos”²⁷⁶.

Además de las nuevas formas de trabajo, también se percibe que la descentralización productiva ha producido una conversión de “parcelas del proceso productivo de bienes en verdaderos servicios. La empresa no se limita hoy a la actividad de fabricación y comercialización de bienes sino que añade a esa actividad productiva la prestación de servicios complementarios: financiación, instalación, entrega, formación, servicio posventa, garantía, etc.”²⁷⁷.

Para el Derecho del Trabajo, tales cambios se proyectan en “frentes distintos, aunque complementarios, que son principalmente: en las dimensiones técnica y jurídica de la subordinación, nota tipificadora del contrato de trabajo; en la diversificación del estatuto de los trabajadores que prestan sus servicios en una misma empresa; y finalmente, en el crecimiento del trabajo independiente y por cuenta propia”²⁷⁸.

También se ha reconocido que las nuevas formas de organización del trabajo que propicia la descentralización productiva pueden tener un efecto positivo en las formas de trabajo que no están estructuradas, los trabajos clandestinos existentes sobre todo en la economía sumergida. En esta línea, “para que emerja el trabajo clandestino, y para que la legislación laboral siga cumpliendo sus finalidades específicas, ésta debe tender a una mayor diversificación en el tratamiento de las nuevas actividades que se desarrollan en dependencia con otras empresas y que están ligadas de ordinario al sector servicios, al desarrollo tecnológico y a la descentralización productiva”²⁷⁹.

No obstante, la descentralización productiva también ha generado “inestabilidad en la posición jurídica del trabajador profesional, al tiempo que ha fragmentado su estatuto horizontal, generando, además, una mayor necesidad de formación a lo largo de toda la vida para adaptarse a los cambios impuestos por las nuevas tecnologías y los

²⁷⁶ RIVERO LAMAS, J., “Proyecciones de la descentralización productiva, Instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J. Dir. y VAL TENA, Á. L. de, Coord.): *Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., p. 28.

²⁷⁷ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., pp. 49 y 50.

²⁷⁸ RIVERO LAMAS, J., “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 66.

²⁷⁹ RIVERO LAMAS, J., “Proyecciones de la descentralización productiva, Instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J. Dir. y VAL TENA, Á. L. de, Coord.): *Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., p. 32.

nuevos empleos”. Por tanto, la producción capitalista representada por la “subordinación en el trabajo a cambio de seguridad” se ha roto²⁸⁰.

El sistema descentralizado es el que prevalece a día de hoy en el mundo empresarial, donde la empresa externaliza parte de la ejecución de su actividad a otras empresas. O sea, algunas de las actividades del ciclo de producción, que antes eran realizadas por trabajadores subordinados son ahora realizadas fuera del ámbito de dicha empresa por otras empresas que mantienen con la última varios tipos de contratos y que son responsables de sus propios trabajadores. Este tipo de división del trabajo se llama “interempresarial”²⁸¹.

La descentralización productiva está constitucionalmente autorizada por el principio de la libertad de empresa (artículo 38 CE)²⁸², que permite a las corporaciones constituirse y organizarse de la manera que mejor permita su supervivencia en el mercado competitivo²⁸³.

Si la Constitución Española (artículo 38) reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, “está claro que esta libertad no se puede limitar sólo al momento de constitución de las empresas, sino que se extiende también a la hora

²⁸⁰ El entrecomillado pertenece a RIVERO LAMAS, J., “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit., p. 67.

²⁸¹ CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización Productiva y sistema de relaciones laborales”, cit., p. 9.

²⁸² Solamente a título ilustrativo, indicaremos que el principio de la libertad de la empresa está descrito en el art. 38 de la Constitución Española: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. En Portugal, está garantizado el principio en el art. 80 (Principios fundamentales): “La organización económico-social se encuentra en los siguientes principios:

c) Libertad de la iniciativa y de la organización empresarial en el ámbito de la economía mixta; y en el art. 61 CRP: “1. La iniciativa económica privada se ejerce libremente en los cuadros definidos por la Constitución y por la Ley, teniendo en cuenta el interés general”. En Brasil, el mismo principio se encuentra en el art. 170, IX y párrafo único: “La ordenación económica, con base en la valoración del trabajo humano y la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos la existencia digna, de acuerdo con la justicia social, siempre que se observen los siguientes principios: IX tratamiento favorable a las pequeñas empresas que fueran constituidas bajo la Ley brasileña y que tengan su sede y administración en el país. Párrafo único: Está garantizado a todos el libre ejercicio de cualquier actividad económica independiente de la autorización de los órganos públicos, excepto en los casos que están previstos en la Ley. En Italia el principio está previsto en el art. 41 de la Constitución Italiana: La iniciativa económica privada es libre. No se podrá desarrollar en contra de la utilidad social o de modo que pueda causar daño a la seguridad, a la libertad, o a la dignidad humana.”

²⁸³ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Descentralización productiva y libertad de empresa” en AA.VV. (PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., Dir.): *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid (Ed. Instituto de Estudios Económicos), 2005, p. 194 e ss.; SEMPERE NAVARRO, A. V., “Descentralización productiva: contratas o subcontratas. ETTs y cesión de trabajadores”, en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V., Dir.): *La reforma laboral de 2006 – Análisis de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre*, Cizur Menor (Ed. Aranzadi), 2007, p. 159.

de decidir sobre sus objetivos y a dotarla de una estructura organizativa para defender su productividad y situarla en condiciones de competir en un mercado libre”²⁸⁴.

Así, el empresario tiene la libertad de decidir cuáles son las tareas que van a desarrollar directamente y cuáles son las que delegará a otras empresas del sector²⁸⁵.

Durante mucho tiempo el fenómeno de la descentralización, entendido como la fragmentación de parte de la producción en pequeñas empresas, fue visto como un episodio “patológico”, ya que las pequeñas empresas estaban localizadas en la periferia del desarrollo económico y además aportaban poco valor al producto final, eran muy dependientes de la empresa principal y su mano de obra era relativamente barata y poco cualificada. En este contexto, la descentralización llegó a ser considerada “un mal menor” ya que las grandes empresas ocupaban el centro de la economía mundial²⁸⁶, y sus decisiones direccionaban la economía, mientras que a las pequeñas empresas no les quedaba otra opción que no aceptar aquellas decisiones con los riesgos económicos que ello conlleva. Sin embargo, la situación empezó a cambiar a partir del momento en que el número de casos de descentralización aumentó. Las empresas empezaron a externalizar cada vez más el porcentaje de tareas a ser desarrolladas por otras empresas del sector, que en general eran de pequeña dimensión.

La proliferación de las pequeñas empresas se debe a la búsqueda de la reducción de los costes de mano de obra; es decir, en las empresas de pequeña dimensión la tasa de afiliación es más baja, al tiempo que los costes laborales y la protección social son reducidos debido a la menor incidencia de negociaciones colectivas²⁸⁷ y a la posibilidad de descuelgues. Además de eso, la influencia de las innovaciones tecnológicas ha

²⁸⁴ RIVERO LAMAS, J., “Proyecciones de la descentralización productiva, Instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J. Dir. y VAL TENA, Á. L. de, Coord.): *Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., p. 26.

²⁸⁵ SOLÀ MONELLS, X., “El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas”, en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir. y LUQUE PARRA, M., Coord.) *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Valladolid (Ed. Lex Nova), 2001, p. 170. En el mismo sentido, MACHADO DRAY, G., “Trabalho Temporário”, en AA.VV.: *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol IV, Coimbra (Ed. Almedina), 2003, p. 111: en nombre del principio constitucional de la iniciativa económica y de la libertad de gestión empresarial es totalmente legítimo a cualquier empresa el adjudicar a otra entidad que disponga de medios adecuados y eficientes, según sus criterios, para desarrollar cualquiera de las tareas correspondientes a una actividad principal o auxiliar, permanente o circunstancial, sin configurar ningún tipo de ilícito fraudulento desde el punto de vista juslaboralista.

²⁸⁶ CRUZ VILLALÓN, J. “Descentralización Productiva y sistema de relaciones laborales”, cit., p.13.

²⁸⁷ CRUZ VILLALÓN, J. “Descentralización Productiva y sistema de relaciones laborales”, cit., p.13.

ayudado a las pequeñas empresas a aumentar su crecimiento y sus índices de productividad con un número reducido de trabajadores.

La descentralización vista como un recurso al trabajo independiente “puede responder a meras estrategias de huida del Derecho del Trabajo y a la búsqueda de una disminución de costes en sectores de actividad tradicionales y de escaso valor añadido. Pero puede también responder a estrategias de innovación en los sectores de elevado nivel de cualificación”²⁸⁸.

Llegados a este punto es pertinente aclarar que no será objeto de estudio en este trabajo la descentralización en el sector público, donde se incluyen las cuestiones de contratos, concesiones administrativas y privatizaciones, lo que confirmaría que este proceso de descentralización no es exclusivo del sector privado²⁸⁹.

3.3 Ventajas y Desventajas

Las empresas que utilizan la externalización de alguna o algunas actividades desarrolladas hasta la ejecución de su producto final, poseen una ventaja en relación a las empresas que son responsables de todo el ciclo productivo, porque al encargar a un tercero la realización de parte de su actividad global, sin la cual sería imposible presentar el producto a los ciudadanos, aumenta su capacidad de reaccionar a las variaciones del mercado disminuyendo con eso los riesgos de su actividad.

Al verificarse la externalización productiva se produce un proceso que dará paso a que las formas de división del trabajo que en el anterior modelo de producción “se

²⁸⁸ SUPIOT, A., *Transformações do Trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa*, cit., p. 19.

²⁸⁹ CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización Productiva y sistema de relaciones laborales”, cit., pp.15 e ss. “En efecto, cada vez resulta más común que la Administración, manteniendo su intervencionismo en esferas variadas de las relaciones sociales e incluso sufragando económicamente, en todo o en parte, los costes de estas actividades de prestación de servicios al ciudadano, opte por sistemas varios de gestión privada del servicio. En términos bien similares a lo que sucede en el terreno económico, en lugar de ejecutar directamente el servicio público con personal propio – sea éste funcionario público o personal en régimen laboral -, tal como venía haciendo con anterioridad, decide ahora transferir su gestión al sector privado, por medio de sistemas variados de contrataciones o concesiones administrativas con empresas privadas, quienes los llevan a cabo con trabajadores propios”. Para saber más del asunto, el mismo autor en la página 16 y ss. explica las causas que originaran la descentralización productiva en la Administración Pública.

llevaban a cabo en el interior de la empresa, en el caso de la descentralización dan lugar a una división del trabajo interempresarial en lugar de intraempresarial”²⁹⁰.

Respecto de la división de trabajo interempresarial e intraempresarial, se puede decir que el primero, también llamado de exteriorización o “desverticalización”, es la manera que el contratante tiene de disminuir los riesgos de su actividad, o sea, participa menos del ciclo productivo y en general las actividades exteriorizadas son ejecutadas fuera del espacio físico del contratante; por otro lado, el desarrollo de la actividad intraempresarial acarrea más riesgos, hace que la empresa contratante sea más vulnerable porque todas las actividades son desarrolladas en su propia instalación²⁹¹.

La descentralización “actúa como un modo de producción caracterizado por una transferencia parcial al exterior de la empresa principal de ciertos riesgos vinculados al ciclo productivo, asumiendo por el contrario los beneficios económicos de esta actividad que traslada hacia fuera, por lo que es razonable que existan responsabilidades impuestas «lege» a la empresa principal para con los trabajadores que intervienen a través de empresas auxiliares en ese concreto ciclo productivo”²⁹².

A través de la descentralización productiva, “en lugar de realizar ciertas actividades con trabajadores por cuenta ajena al servicio de la propia empresa, ésta deriva parcelas de su actividad hacia el exterior, en términos jurídicos vía la celebración de contratos diversos a los de carácter laboral”²⁹³.

Incluso, hay empresas que externalizan todas las actividades desarrolladas, no llevando a cabo ninguna actividad productiva directa. El objetivo de estas empresas es contratar con otras la fabricación de parte del producto o de la prestación del servicio, de modo que juntas darán origen a la producción del bien o la completa prestación del servicio contratado.

Las consecuencias jurídicas laborales derivadas de la descentralización productiva son muchas, pues afectan a las dos partes de la relación laboral, tanto

²⁹⁰ PLÁ RODRIGUEZ, A., “La descentralización empresarial y el derecho del trabajo”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Montevideo (Ed. Fundación de Cultura Universitaria), 2000, p. 23.

²⁹¹ Para mayores informaciones a respecto del término utilizado “desverticalización”, véase RAMOS SOARES DE QUEIROZ, C. A., *Como implantar a terceirização: Manual prático do comportamento e da postura jurídica e operacionalmente segura para obtenção de resultados eficazes*, São Paulo (Ed. STS), 1999, p. 63.

²⁹² Como indicó la STSJ de Murcia, de 29 de octubre de 1996 (AS 1996, 4602).

²⁹³ PLÁ RODRIGUEZ, A., “La descentralización empresarial y el derecho del trabajo”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 23.

positiva como negativamente, dependiendo del punto de vista de quien lo examine. De un modo general, la descentralización es considerada como una alternativa lucrativa y positiva para los empresarios y, por otro lado – y en su envés –, se califica como un retroceso de los derechos laborales que fueron conquistados con gran esfuerzo por los trabajadores, siendo reconocida en la mayoría de los casos como una desventaja para estos. La doctrina se divide en dos posturas: los que defienden la descentralización como una ventaja y los que entienden que no hay ninguna ventaja que enumerar, sino al contrario.

La descentralización puede ser explicada a través de dos situaciones que a la vez producen dos tipos de consecuencias para la empresa y tres para los trabajadores. El primero, describe el fenómeno como una “fragmentación o segmentación del ciclo productivo; el segundo, se fragmenta para externalizarlo, sacarlo fuera de la empresa, exteriorizando ciertas fases, funciones o actividades de dicho ciclo”. De ahí se infieren dos consecuencias, que serían:

“1) Llevar al mundo de la empresa lo que venía funcionando en el mundo del trabajo (la división del trabajo), y 2) las relaciones entre empresas suscitan vínculos de distinta naturaleza; de cooperación, de coordinación o incluso de dependencia”²⁹⁴.

Tal división de la producción se ajusta a necesidades técnicas o económicas, por lo que dicha tercerización del trabajo generaría a su vez otros tres supuestos:

“1) El trabajador deja de pertenecer al núcleo duro de la empresa; 2) los trabajadores no mantienen una relación directa con la empresa, pasando a ser trabajadores de otra empresa, siendo éstos los casos de subcontratación y 3) los trabajadores no son considerados trabajadores (se externaliza el vínculo laboral), o porque no eran dependientes (sino autónomos), o porque se les niega la condición de trabajadores dependientes, por medio de un contrato civil o comercial”²⁹⁵.

En el ámbito colectivo, la pérdida de la fuerza sindical puede ser ilustrada, como ejemplo, en los casos de las instituciones bancarias. Antes, los empleados de este sector estaban en su gran mayoría, si no en su totalidad, afiliados a un sindicato fuerte y

²⁹⁴ El entrecomillado pertenece a CANTARD, A. A., “Descentralización productiva. Impacto sobre las tradicionales forma de contratación y sobre el binomio trabajador autónomo/trabajador dependiente. Escenarios futuros”, cit., p. 131.

²⁹⁵ CANTARD, A. A., “Descentralización productiva. Impacto sobre las tradicionales forma de contratación y sobre el binomio trabajador autónomo/trabajador dependiente. Escenarios futuros”, cit., p. 131.

estabilizado, reconocido por su fuerza sindical, aparte de estar contratados como trabajadores indefinidos, es decir, tenían un trabajo estable y duradero, con planes de carreras, aumentos salariales, etc., y hoy las mismas funciones son desarrolladas por personas que mantienen con la institución un contrato mercantil, de naturaleza civil, ocupando el empleado una categoría y un régimen distinto de los trabajadores indefinidos, pues pasan a formar parte de la clase de trabajadores autónomos, sin garantías estables y con salario flexible, pudiendo en muchos casos ser remitidas las retribuciones a comisiones variables o bien, dependiendo del tipo de contrato mercantil, la institución puede ofrecer al trabajador autónomo un salario fijo, relativamente bajo junto con comisiones variables.

Sin embargo, es de conocimiento público que estas instituciones mantienen el mínimo requerido de contratos de personal por tiempo indefinido como empleados directos, actuando de manera que no levanten ninguna sospecha sobre la maniobra que estas instituciones están acostumbradas hacer.

El Estado, al actuar con la intención de poner freno a la descentralización sin dejar de respetar la situación económica actual, debe imponer reglas que a la vez obliguen a los empresarios a cumplir con ciertos derechos mínimos de los trabajadores, protegiendo sus garantías, pero permitiéndoles buscar su desarrollo empresarial²⁹⁶.

Bajo la perspectiva fiscal, es ventajoso para las empresas disminuir su tamaño, reducir el número de empleados y, en consecuencia, tener una producción reducida, porque cuanto mayor sea la estructura empresarial más alta será su producción y viceversa. Además de eso, la normativa fiscal “es menos exigente con las pequeñas empresas, lo que ofrece una ventaja añadida a las nuevas unidades económicas”²⁹⁷.

Desde la perspectiva del empleador, también sus poderes aumentan a medida que el tamaño de la empresa disminuye, visto que se reducen las exigencias procedimentales y de control, ampliando el poder unilateral del empresario y proyectando un alargamiento de la arbitrariedad empresarial, situación repudiada por la normativa laboral. Pero esta arbitrariedad, que será estudiada en momento oportuno, se

²⁹⁶ GRZETICH, A., “El juego de responsabilidades en la descentralización empresarial”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Montevideo (Ed. Fundación de Cultura Universitaria), 2000, p.100.

²⁹⁷ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., 2005, p. 32.

debe al hecho de que cuanto menor sea la empresa, menos estructura de representación colectiva de trabajadores tendrá²⁹⁸.

No se puede olvidar que las fluctuaciones e inestabilidades del mercado son los grandes generadores de riesgos a las empresas de grandes dimensiones. Es beneficioso para los empleadores tener el menor número posible de empleados contratados en su empresa, porque los riesgos serán menores y los costes también. Además, la empresa puede dejar de cumplir con determinadas normas que las empresas con cierto número de trabajadores se verían obligadas a cumplir, tales como, los derechos reservados para ciertas categorías de trabajadores, que pertenecen a determinada convención colectiva, una vez que, para ser aplicado dicho convenio, hace falta tener un número importante de trabajadores afiliados. Eso hace que la acción colectiva sea “sensiblemente menos incisiva y, por ello, se incrementa la relación directa empresario/trabajador”²⁹⁹, lo que se traduce en una obligación limitada por parte del empresario de la pequeña empresa, que se ceñirá a cumplir las obligaciones básicas establecidas por el ET, en lo que se conoce como el fenómeno de la “individualización” de las relaciones laborales.

Si se analiza la cuestión desde la perspectiva laboral, tal y como aquí se pretende, la descentralización productiva como técnica de gestión ofrece muchas ventajas para las empresas, pudiendo mencionar entre ellas – a modo de recordatorio – la reducción de los costes empresariales; la posibilidad de tener acceso de manera más fácil a las transformaciones tecnológicas; o la flexibilidad a la hora de gestionar la empresa de un modo que permita una mejor adaptación a los cambios del mercado financiero. Ahora bien, no cabe pensar que las empresas descentralizadas están totalmente libres de riesgos. La utilización de forma equivocada de la descentralización puede generar, entre otros problemas, la pérdida del control sobre el producto; la disminución de su calidad o la desmotivación de parte de los trabajadores que siguen en la empresa³⁰⁰, lo cual redundará en mayores índices de absentismo y una menor productividad.

²⁹⁸ CARVALHO, C. N. de O., *Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho*, cit., p. 193.

²⁹⁹ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 32.

³⁰⁰ SOLÀ MONELLS, X., “El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas”, en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir. y LUQUE PARRA, M., Coord.) *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, cit., pp. 165-166.

Dentro de las opiniones contrarias a la descentralización, cabe destacar que los procesos de descentralización de la producción serían una forma de intermediación, en la que “el empresario, beneficiario último del lucro generado por el trabajo, en lugar de contratar trabajadores directamente, asumiendo las responsabilidades legales y contractuales del acto jurídico, lo hace acordando con otra empresa el suministro de trabajadores o la realización de una obra o la prestación de un servicio”³⁰¹, generando un prestamismo de mano de obra a todas luces inadmisibles.

Así, como reiteradamente se ha dicho, uno de los estandartes de la globalización ha sido la introducción de las nuevas tecnologías, lo que, a su vez, “ha desplazado la organización tradicional del trabajo por la utilización de sistemas más sofisticados y efectivos, basados en la combinación del denominado *know how* (programa casi siempre en el terminal informático: *hardware*), de un lado; y, de otro, de las llamadas *soft technologies* (programas de producción: *software*), acentuando el proceso de descentralización productiva, la despersionamiento del trabajo y propiciando la desintegración vertical de las grandes empresas”³⁰².

Como ya consta, las modalidades de descentralización son muy variadas, pudiendo hacerse bien mediante la contratación de trabajadores temporales por medio de empresas dedicadas a ofrecer tal tipo de mano de obra, bien contratando los servicios de empresas independientes que desempeñarán sus funciones en los locales de la empresa contratante, o bien llegando al extremo de la contratación de empresas unipersonales, que son, en realidad, verdaderos trabajadores dependientes dando lugar a un fraude notorio, en algunos casos oculto en situaciones de subcontratación³⁰³.

Cuestión de máxima importancia es, por tanto, el establecimiento de límites razonables a la descentralización. Un modo de prevenirla consistiría en corresponsabilizar a la empresa principal de los incumplimientos de la intermediaria, subcontratada o terciarizada.

³⁰¹ GRZETICH, A., “El juego de responsabilidades en la descentralización empresarial”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 99, nota citando PLÁ RODRIGUEZ, A., *Curso de Derecho Laboral*, vol. I, Montevideo, (T.I.), 1990, p. 155 a 157.

³⁰² PURCALLA BONILLA, M.A., “El fomento del empleo del trabajo autónomo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 137, 2008, p. 85.

³⁰³ GRZETICH, A., “El juego de responsabilidades en la descentralización empresarial”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 100.

En resumen, se puede decir que algunas de las ventajas de la descentralización es mantener la producción por un coste más bajo, transformando los costes fijos en variables, reduciendo los costes con la mano de obra y simplificando la estructura organizacional de la empresa. Y como desventajas, entre otras, se puede decir que con la descentralización, los empresarios intentan manipular las leyes laborales, de forma que, en muchos casos, los trabajadores pierden algunos derechos que antes tenían como trabajadores indefinidos. Pudiendo acudir, eventualmente, a la utilización de algunas de las formas de organización productiva descentralizada “con una finalidad fraudulenta: elusión de responsabilidades empresariales por parte de quien utiliza los servicios de los trabajadores, pero sin aparecer como empleador; medio para que la plantilla de la empresa principal no llegue a sobrepasar un determinado número de trabajadores; aplicación a los empleados de la empresa contratista de normas sectoriales distintas de las aplicables en la empresa principal”³⁰⁴; provocando, a la postre, un enflaquecimiento en la fuerza sindical y una falta de formación y de información sobre seguridad y salud laboral.

El enflaquecimiento de la fuerza sindical se debe a la disminución de trabajadores afiliados en una determinada categoría, ya que los sindicatos se valían de la cantidad de trabajadores existentes en ellas para conseguir mejoras en sus contratos de trabajo, algo impensable a día de hoy debido al bajo número de trabajadores inscritos por categoría.

4. Cesión ilegal como límite de la descentralización

El aumento del número de empresas descentralizadas y de los contratos atípicos se ha convertido en las últimas décadas en la forma más común de organización empresarial. Este crecimiento desenfrenado no tiene límites y las consecuencias, que no

³⁰⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El modesto intento de definir la cesión ilegal de trabajadores”, en AA.VV.: *Aspectos puntuales de la Reforma Laboral de 2006, Análisis del Real Decreto-Ley 5/2006*, (Ed. Laborum), 2006, pp. 148 y 149.

son pocas, son entendidas por la doctrina como una huida del Derecho del Trabajo³⁰⁵. En realidad, lo que buscan las empresas es no asumir la condición de empresario ni tampoco las responsabilidades derivadas de tal cualidad, si bien quieren seguir manteniendo los beneficios esperados realizando un control sobre los resultados³⁰⁶.

Los empleadores se han revelado con el paso de los años como unos excelentes manipuladores del ordenamiento laboral, lo que por muchos es visto como una “fuga del Derecho del Trabajo”³⁰⁷. Esto está ocurriendo porque las empresas están buscando soluciones más rentables al tiempo que huyen de sus obligaciones.

Una forma clara de obtener ventajas económicas en comparación a otras empresas es la reducción de los costes laborales ocasionados por los trabajadores. Son varias las prácticas de gestión empresarial que son utilizadas para conseguir la referida ventaja, entre ellas está la cesión de trabajadores y las contrataciones de obras y servicios.

Se trata de una maniobra muy común entre los empresarios, cuando tienen la necesidad de contar de modo regular con cierto trabajador, que no pertenece a la plantilla de trabajadores indefinidos, pero que es admitido a través de sucesivos contratos de trabajo a término. Es decir, los empresarios obtienen “mano de obra

³⁰⁵ CRUZ VILLALÓN, J. “Descentralización Productiva y sistema de relaciones laborales”, cit., p.13. RODRIGUEZ PIÑERO, M., “La huida del derecho del trabajo”, *RL*, Tomo I, 1992, p. 91; CARVALHO, A. N. de, “A flexibilização do direito do trabalho português,” en AA.VV.: *Flexibilidade e relações de trabalho*, cit., p. 85.

³⁰⁶ A este respecto, y también de cómo los cambios en las nuevas formas de organización empresarial influyen en los derechos de los trabajadores la Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid, de 24 de Marzo de 2003 que explica: “Mediante la descentralización productiva, la empresa principal confía a una empresa contratista la realización de una parte de su actividad, un sector o fase de su producción o de sus servicios suficientemente diferenciado, abonando un precio por la ejecución de lo pactado, no siendo relevante que se trate de actividad permanente o temporal, ni que sea propia de la empresa principal, y siendo indiferente que la actividad sea complementaria aunque imprescindible, o meramente accesorio y contingente, aunque si es característico que la empresa principal prescinda de realizar esa actividad por sí misma y se limite a recibir y controlar el resultado de la ejecución por la contratista, la cual a su vez es quien se responsabiliza de la entrega correcta de los bienes o servicios, para lo cual aporta sus medios de orden personal y material, y organiza a sus operarios dirigiéndolos y controlándolos para que el resultado de su tarea cumpla el objeto del contrato”. En este sentido señala la STS 14 de septiembre de 2001 (RJ 202,582) que “la actuación empresarial en el marco de la contrata es, por tanto, un elemento clave de clasificación”. Ahora bien, en la medida en que esta diferenciación no sea posible o no se lleve a cabo, y la empresa principal organice los trabajos a realizar y efectúe un control inmediato, directo y constante de la ejecución de la labor de los empleados de la contratista, entonces se habrá quedado reducida a la mera provisión de la mano de obra para que sea la empresa principal quien directamente reciba los frutos de su trabajo ejerciendo el poder de dirección que incumbe a la contratista, por lo que habrá de apreciarse que existe una cesión ilícita y no una contrata”.

³⁰⁷ VICENTE, J. N., *Fuga à Relação de Trabalho (típica) em torno da simulação e da fraude à lei*, cit., p. 23 y ss. RODRIGUEZ-PIÑERO, M., “La huida del derecho del trabajo”, *RL*, Tomo I, 1992, pp.85 y ss.; MARTINEZ, P. R., “Os novos horizontes do direito do trabalho”, en AA.VV. (MOREIRA, A., Dir.): *III Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, Coimbra (Ed. Almedina), 2001, pp. 330 y ss.; SUPIOT, A., *Transformações do Trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa*, cit., p. 19.

externa sin necesidad de vincularse laboralmente con los trabajadores pero beneficiándose de su actividad productiva y de la utilización de una mano de obra flexible y de carácter temporal”³⁰⁸.

Valiéndose de esta estrategia, los empleadores mantienen la facultad de poder poner fin en cualquier momento al contrato sin las limitaciones y encargos que el proceso de despido implica, y simultáneamente, mantienen al trabajador bajo presión ante la amenaza de que su contrato no sea renovado³⁰⁹.

Estos mecanismos son, de hecho, una forma que los empleadores buscan para utilizar mano de obra de forma ilegal, ilícita, con la intención de defraudar la ley.

No dejan de ser artimañas utilizadas por las empresas, que se abstienen de cumplir con los muchos derechos laborales de estos trabajadores, incluso en lo que se refiere a Seguridad Social, alegando que ellos no pertenecen a su plantilla, cuando en realidad tienen total dependencia y subordinación directa con dichas empresas.

En lo que se refiere a la cesión de trabajadores, la misma ocurre cuando una empresa contrata trabajadores a través de una empresa intermediaria que actuará formalmente como empleador, pero siendo la primera quien reciba la prestación laboral. El objeto del contrato entre el empresario cliente y la empresa intermediaria radica en la cesión del trabajador. En definitiva, la empresa intermediaria “contrata para ceder sin necesidad de mantener ninguna estructura productiva con organización y medios que la soporten”³¹⁰, sin crear ningún tipo de vínculo con la empresa cliente, más que una mera relación de facto.

La cesión de mano de obra se caracteriza, según la jurisprudencia, por el hecho de que “el objeto mismo del contrato es la cesión del trabajador por parte de quien aparece formalmente como empresario a quien recibe realmente la utilidad del trabajo de aquél, de tal manera que la «actividad empresarial» del cedente consiste únicamente

³⁰⁸ NOGUEIRA GUSTAVINO, M., “Ingeniería jurídica y Empresas de Trabajo Temporal: Las difusas fronteras entre las contrataciones y la cesión de trabajadores”, cit., p. 223.

³⁰⁹ VICENTE, J. N., *Fuga à Relação de Trabalho (típica) em torno da simulação e da fraude à lei*, cit., p. 22.

³¹⁰ NOGUEIRA GUSTAVINO, M., “Ingeniería jurídica y Empresas de Trabajo Temporal: Las difusas fronteras entre las contrataciones y la cesión de trabajadores”, cit., p. 228 en el mismo sentido GODINO REYES M., SAGARDOY DE SIMÓN I., *Contratas y subcontrata de obras y servicios. La cesión de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal*, Valencia (Ed. CISS), 1998, p. 31.

en contratar para ceder o prestar sin necesidad de mantener ninguna estructura productiva con organización y medios que la soporten”³¹¹.

La cesión autorizada por la legislación laboral es aquella que se hace por intermedio de una ETT³¹², respetando siempre el carácter temporal que exige la ley, es decir, “los contratos de puesta a disposición deben ser concertados con vigencia limitada”³¹³.

De hecho, con la promulgación del Real Decreto 18/1993 de 3 de diciembre, se pasó a admitir, en casos especiales, la cesión de trabajadores – anteriormente prohibida –, siempre y cuando la cesionaria fuera una empresa de trabajo temporal debidamente autorizada y cumplidora con todos los requisitos establecidos por la Ley. De esta manera, “se ampliaba la posibilidad de ceder mano de obra a todos aquellos supuestos en los que la cesión se viabilizara a través de empresas con entidad y actividad empresarial real y que fueran autorizadas al efecto”³¹⁴.

Así, existiendo un fenómeno interpositorio, además de la ocupación de la posición contractual por parte de un empresario que no tiene en realidad tal función, una vez que “quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye, no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio”³¹⁵, se produce la cesión.

Los problemas relacionados con la cesión legal de trabajadores, a través de las ETT, eran la vulnerabilidad y la inestabilidad laboral, una vez que los trabajadores cedidos no poseían los mismos derechos que los trabajadores indefinidos y estables de la empresa cliente, siendo el contrato, clasificado muchas veces, como una “relación laboral especial precaria”³¹⁶. Esta situación ha intentado ser matizada con la reforma operada por la Ley 35/2010, que, fruto de la transposición de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo

³¹¹ STSJ Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife 15 de marzo de 2010 (AS 2010, 2737).

³¹² Las ETT son una de las formas de descentralización productiva que merece cierta atención, con lo cual, será tratada en el capítulo siguiente.

³¹³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El modesto intento de definir la cesión ilegal de trabajadores”, en AA.VV.: *Aspectos puntuales de la Reforma Laboral de 2006, Análisis del Real Decreto-Ley 5/2006*, cit., p. 152.

³¹⁴ NOGUEIRA GUSTAVINO, M., “Ingeniería jurídica y Empresas de Trabajo Temporal: Las difusas fronteras entre las contrataciones y la cesión de trabajadores”, cit., p. 225.

³¹⁵ TS Canarias 19 de abril de 2011 (JUR 2011, 184516).

³¹⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El modesto intento de definir la cesión ilegal de trabajadores”, en AA.VV.: *Aspectos puntuales de la Reforma Laboral de 2006, Análisis del Real Decreto-Ley 5/2006*, cit., p. 156.

a través de empresas de trabajo temporal, atribuye a los trabajadores de las ETT los mismos derechos de los trabajadores estables de la empresa principal.

De acuerdo con la referida Ley, la práctica abusiva por parte de los empleadores y que antes hacía que la relación laboral existente entre la ETT y el trabajador fuera una relación precaria³¹⁷, se va a terminar. Por ejemplo, la contratación temporal de un trabajador para desempeñar una tarea permanente – “*call centers*” – o el cese del contrato con determinado empleado, que en un futuro muy próximo continúa prestando el mismo tipo de servicio a la misma empresa, si bien ahora como trabajador autónomo, ya no serán prácticas tan utilizadas, una vez que el trabajador temporal, dependiendo del tiempo que preste servicio a la empresa, tendrá los mismos derechos que un trabajador estable, en lo que se refiere a la antigüedad.

Dentro de la modalidad específica de la interposición, que puede ser directa o indirecta³¹⁸, también está la contrata, que muchas veces se confunde con la cesión de trabajadores, una vez que “la cesión temporal de trabajadores no aparece casi nunca desnuda, como objeto de contratación entre empresarios, sino que su existencia real intenta esconderse tras la apariencia de una contrata y la identificación simulada de una obra o servicio como objeto de la misma”³¹⁹. Tal realidad obliga a parar la atención para señalar que la expresión “contrata” es “un término empresarial y no propiamente técnico-jurídico que el legislador ha hecho suyo para dar cabida en él a todos los supuestos en los que un empresario encarga a otro la realización de una obra o servicio. El artículo 42 ET persigue el objetivo de evitar los fraudes que pueden derivarse de la

³¹⁷ También son ejemplos de la práctica abusiva por parte de los empleadores y que transforma la relación laboral en precaria: la contratación de las ETT's o la subcontratación utilizada como forma de “escape” de las obligaciones laborales provenientes de un contrato de trabajo indefinido; la reducción de la dimensión de la empresa como estrategia para debilitar el poder reivindicativo de los sindicatos; además de los casos de contratación fraudulenta, cuando se descentraliza la producción a través de falsos contratos de *outsourcing*, o cuando existe una sub-contratación, donde el verdadero empleador no aparece, etc. En este sentido ver CARVALHO, C. N. de O., *Da mobilidade dos trabalhadores no âmbito dos grupos de empresa nacionais*, Porto (Ed. Publicações Universidade Católica), 2011, pp. 111 y ss.; GOMES REDINHA, M. R., “A relação laboral fragmentada – Estudo sobre o trabalho temporário”, *STVDI IVRIDICA*, núm. 12, 1995, p. 50, nota 501; LEITE, J., “Direito do trabalho na crise (relatório geral)”, en AA.VV: *Temas de direito do trabalho – Direito do trabalho na crise. Poder empresarial. Greves atípicas. IV Jornadas Luso-hispano-brasileiras de direito do trabalho*, cit., p. 39.

³¹⁸ “Tanto la cesión como la contrata son modalidades específicas de la interposición, una directa (la cesión de trabajadores legal o ilegal) y otra indirecta (la cesión de trabajadores por medio de la subcontratación de obras y servicios) quedando definidas muchas veces estas figuras sobre la base de una mutua exclusión”. Según explica NOGUEIRA GUSTAVINO, M., “Ingeniería jurídica y Empresas de Trabajo Temporal: Las difusas fronteras entre las contratas y la cesión de trabajadores”, cit., p. 223, y también RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *Cesión de trabajadores y Empresa de Trabajo Temporal*, Madrid (Ed. MTSS), 1992, pp. 363 y 364.

³¹⁹ STSJ Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife 15 de marzo de 2010 (AS 2010, 2737).

utilización por un empresario de trabajadores de otro (contratista o subcontratista) para que le asistan en su propio proceso productivo y sin tener que responder de las obligaciones inherentes al empresario³²⁰.

Una de las diferencias principales entre cesión de trabajadores y una contrata³²¹ está relacionada con el objeto del contrato entre las empresas. Como se ha dicho anteriormente, el objeto del contrato de cesión es el prestamismo del trabajador; al contrario, en la contrata el objeto contractual es “la realización de una obra o servicio, de tal manera que el contratista es un empresario que asume el encargo de ejecutarlo a cambio de un precio que satisface el competente, empresario principal que opta por descentralizar parte de su actividad empresarial³²², sea por conseguir un precio mejor, una calidad elevada en la realización de las tareas y una consecuente mejora en la producción. Es decir, en la contrata, “el objeto del contrato es la realización de una obra o servicio por un precio cierto, de suerte que el contratista o arrendatario de la obra es un empresario real que se compromete a un resultado y no a desarrollar una actividad, asumiendo el encargo de ejecutarlo a cambio de un precio a pagar por el comitente. Como ha señalado la doctrina judicial, la obra es una cosa mensurable concreta identificable en el espacio y por servicio ha de entenderse el resultado o efecto útil de una acción entendido como el producto unitario de la actividad³²³”.

Es decir, la distinción entre una cesión y una verdadera contrata de obra o de servicio se basa “en la naturaleza de la prestación que el proveedor cede al empresario. Si el proveedor, con independencia de la calificación que él mismo le otorgue, posee una organización propia de medios y/o personas y asume el relativo riesgo, el contrato celebrado no estará prohibido, pero si por el contrario sólo cede una suma de prestaciones de servicios cuando también a esto se añada la dirección o el control desempeñado por él mismo, la prestación estará prohibida³²⁴”.

³²⁰ TSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife 21 de septiembre de 2010 (AS 2010, 2604).

³²¹ La distinción entre cesión y contrata, en los casos patológicos, será “una cuestión de una «apreciación pragmática del juez» en función de una labor de integración de una serie de indicios cuyos opuestos polos caracterizan a una u otra figura”, según NOGUEIRA GUSTAVINO, M., “Ingeniería jurídica y Empresas de Trabajo Temporal: Las difusas fronteras entre las contratas y la cesión de trabajadores”, cit., p. 230.

³²² STSJ Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife 15 de marzo de 2010 (AS 2010, 2737).

³²³ NOGUEIRA GUSTAVINO, M., “Ingeniería jurídica y Empresas de Trabajo Temporal: Las difusas fronteras entre las contratas y la cesión de trabajadores”, cit., p. 228 en el mismo sentido GODINO REYES M., y SAGARDOY DE SIMÓN I., *Contratas y subcontrata de obras y servicios. La cesión de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal*, cit., p. 31.

³²⁴ LOY, G., “Alquiler y cesión de mano de obra”, *TL* núm. 56, 2000, p.19.

Así, el contratista se compromete, frente al empresario principal, a la ejecución de una obra o un servicio, y aunque las tareas ejecutadas por los trabajadores de la empresa contratista, se produzcan en las instalaciones³²⁵ de la empresa principal, estos están subordinados y coordinados por la empresa contratista, la cual también será la responsable de pagar el salario de cada uno de sus trabajadores.

La empresa contratista o auxiliar debe tener y ejercer todo el control sobre la actividad para la cual fue contratada por la empresa principal³²⁶. Debe tener todos los medios materiales y personales para la ejecución de su actividad. En el caso de que no sea así, puede tratarse de una cesión ilegal de trabajadores³²⁷.

En líneas generales, la doctrina describe la cesión ilegal de mano de obra como un factor que perjudica a los trabajadores y no permite el reconocimiento de sus derechos como tales, haciendo que el contrato sea, como ya dicho, inestable y precario.

En concreto, la “cesión ilícita de trabajadores por mediación de falsas contratas está favorecida por una doctrina judicial que permite que a través de la contratación del personal operativo que desarrolla sus servicios en la contrata, vínculo cuya duración se extiende al de la duración de la obra o servicio contratado, las empresas contratistas puedan contratar temporalmente a trabajadores por tiempo análogo al de la vigencia de la contrata, lo que se asemeja con bastante exactitud a la contratación de trabajadores por el período de puesta a disposición. Esta interpretación, además, favorece la utilización de la subcontratación como instrumento de precarización de las condiciones laborales de los trabajadores en beneficio de la empresa principal, (...) (...) por lo que

³²⁵ Según la Jurisprudencia, “lo relevante es que los trabajadores estén sometidos a la dependencia de la organización y dirección del empresario contratista; matizándose que no se produce cesión ilegal por el solo hecho de que el trabajo se realice en el centro de trabajo del empresario contratante. Incluso se permite, -sin que exista cesión ilegal-, que exista una subordinación a las órdenes del empresario principal en el aspecto técnico, o un poder de verificación o control por parte de la empresa contratante, teniendo en cuenta también que puede ocurrir que el empresario principal dirija el trabajo, por las especiales funciones que exige el trabajo estipulado, o que se trate de trabajos con ciertas peculiaridades, de forma que a veces se trata de una mera supervisión de la actividad. Estos elementos no son suficientes por sí solos para considerar que existe cesión de trabajadores ya que dichas conductas, no sólo vienen recogidas en la contrata, sino que además no son suficientes para otorgarle carácter de verdadero empleador, al no poder ejercer sobre los actores otros muchos poderes y capacidades propias de todo empresario”. TSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, 15 de marzo de 2010 (AS 2010, 2737).

³²⁶ Conforme la jurisprudencia, en primer lugar, la existencia o no de un verdadero empresario contratista depende de su actividad, que “consista en algo que vaya más allá del mero suministro de mano de obra, debiendo por ello existir una organización productiva de la que sea titular. STSJ Extremadura, 13 de enero de 2011 (JUR 2011, 104799).

³²⁷ MARTÍNEZ FONS, D., “Los límites en la descentralización productiva: La frontera con los fenómenos de la cesión ilegal de trabajadores”, en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, cit., pp. 60 y 61.

sería deseable una intervención del legislador en la línea de no admisión del recurso a la contratación temporal para obra o servicio determinado vinculado a la duración de la contratación o subcontratación de actividades celebrada por las empresas principales. Es esta una exigencia necesaria para lograr un equilibrio entre la flexibilidad de la organización productiva que le permite una mejor adaptación a las necesidades del mercado y la seguridad en el empleo de los trabajadores que participan en esta técnica de descentralización productiva³²⁸.

Siguiendo la misma línea de críticas a la forma de actuar de las empresas, cuando estas son contratistas y/o subcontratistas, pero con el obligado respeto al principio de la libertad empresarial, excepto en algunos casos, no hay un límite para la contratación temporal, ni tampoco se exige un número mínimo de trabajadores fijos de carácter indefinido en su plantilla, no siendo éste un criterio diferenciador a la hora de calificar como legal o ilegal determinada actividad empresarial, excepto en algún sector muy concreto como el de la construcción. No obstante, para la política del pleno empleo y del incentivo al empleo estable, y por consiguiente para el Derecho Laboral, tal acción sí debería ser un diferencial importante en las empresas contratistas lícitas. Sobre esta premisa se entiende que una empresa contratista “ha de contar con una adecuada y suficiente base personal. Suficiencia que deberá ser valorada judicialmente en cada caso

³²⁸ LÓPEZ SÁNCHEZ, M^a. C., “Antiguos y nuevos planteamientos sobre subcontratación y cesión ilegal de trabajadores”, *AL*, núm. 7, 2007, p. 826. La misma autora, sigue con la crítica: “En la actualidad, la contratación y subcontratación de obras y servicios regulada en el artículo 42 LET se configura como un recurso habitual para encubrir una cesión de trabajadores. Esta práctica elusiva y fraudulenta se ha visto favorecida por la propia norma laboral y una doctrina judicial que ignora las actuales formas de cooperación interempresarial. En efecto, la solución jurídica frente a los supuestos de tráfico ilícito de trabajadores a través de una conducta aparentemente conforme a una norma que produce un resultado antijurídico, no se agota con el art. 43 LET, sino que también requiere de la reforma del marco regulador - art. 42 LET, excesivamente permisivo-, con el fin de reforzar los mecanismos de protección y defensa de los derechos laborales de los trabajadores que el actual sistema legal no garantiza. En todo caso, no se puede ignorar la necesidad de proporcionar a las empresas los instrumentos de flexibilidad que precisan para reducir las rigideces del tipo organizativo, y garantizar su permanencia en el mercado. Una gran parte del problema del control de los supuestos de ilicitud proviene, principalmente, de una falta de determinación legal del supuesto de hecho constitutivo de la contrata -en concreto, es necesaria la definición de los sujetos que intervienen en el proceso de descentralización, así como de precisar el concepto de contrata y subcontrata de obras y servicios-. Por otra parte, la progresiva reducción del ámbito de aplicación del art. 42 LET, a través de un concepto jurídico indeterminado, como el de la «propia actividad», ha provocado un estrechamiento del campo de protección de esta norma, favoreciendo el funcionamiento y proliferación de las empresas de servicios en el mercado productivo”.

y que variará enormemente según cuál sea la actividad desplegada y su adecuación a la finalidad empresarial”³²⁹.

Los demás aspectos relacionados a las contrata y subcontratas, quizá más específicos, así como también sus peculiaridades, serán objeto de estudio en otro apartado de este trabajo, pero ahora, conviene resaltar, lo cual no resulta nada fácil, el límite entre una contrata y una cesión ilegal de trabajadores, en otras palabras, cuando una contrata, a pesar de que a primera vista parece ser real, en realidad es un supuesto de cesión ilegal de trabajadores.

La llamada cesión ilegal de trabajadores está prohibida por el actual artículo 43 ET, donde se encuentra la única posibilidad de contratación de trabajadores con la intermediación de otra empresa, “la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal autorizadas y en los términos previstos en la regulación de las mismas”³³⁰.

Así, cualquier otra empresa que no sea una ETT, que “contrate trabajadores sin la intención de emplearlos y con el fin de cederlos a otra empresa, estará incurriendo en una actividad ilícita, la de tráfico de mano de obra o de prestamismo de trabajadores, que se encuentra prohibida expresamente por la ley”³³¹.

De la misma manera, también el carácter temporal de la cesión es algo que tiene que quedar claro. Lo que no puede suceder es que una empresa haga valer la contratación temporal de un trabajador a través de una ETT por un tiempo indeterminado. Es decir, si un trabajador cedido por una empresa auxiliar presta servicios continuados en las dependencias de la empresa principal, utilizando los medios materiales ofrecidos por ella, ejerciendo las mismas funciones que cualquier otro trabajador de dicha empresa principal, está claro que esta contratación no obedece a la forma prevista de la contratación de trabajo temporal, tratándose por lo tanto de una cesión ilegal de trabajadores³³².

Por otro lado, el artículo 43.2 ET, siguiendo los criterios jurisprudenciales y con la intención de mejorar y aumentar el empleo, establece la configuración de la cesión

³²⁹ NOGUEIRA GUSTAVINO, M., “Ingeniería jurídica y Empresas de Trabajo Temporal: Las difusas fronteras entre las contrata y la cesión de trabajadores”, cit., p. 232. En este mismo sentido, STSJ Cataluña 17 de enero de 2000 (AS 2000, 76).

³³⁰ STSJ Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife 15 de marzo de 2010 (AS 2010, 2737).

³³¹ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, vol. I, Cizur Menor (Ed. Aranzadi), 2008, p. 365.

³³² TSJ Galicia 13 de febrero de 2008 (RS 1695, 2008).

ilegal de trabajadores cuando estén presentes algunas de las siguientes hipótesis: “que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o que no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o que no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”³³³.

Uno de los motivos por los que se prohíbe la cesión temporal de trabajadores, que no sea a través de una ETT debidamente autorizada, es por la dificultad que se tiene en identificar al empleador real, a quien se exigirán las obligaciones y responsabilidades inherentes en la figura del empresario.

Existe cesión ilegal de trabajadores “cuando la aportación empresarial en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a disposición los elementos personales y materiales que conforman su estructura. Como resuelve la doctrina judicial³³⁴, el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propias no impide la concurrencia de cesión ilícita de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se han puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo de tal servicio”³³⁵.

La figura del empleador se confunde, en los casos de cesión de trabajadores, por el hecho de que, el que actúa como empleador, esto es, el que contrata los trabajadores, el que paga sus sueldos y aporta la cotización de la Seguridad Social no es el mismo que recibe la prestación laboral. Es decir, estos trabajadores prestan sus esfuerzos en un centro de trabajo distinto de su empleador, bajo la organización y dirección de otra empresa, que es, en realidad, el empleador real de estos trabajadores. La confusión radica en el hecho de que el empleador que contrata con el trabajador no es el mismo que recibe la contraprestación laboral, pues, entre el trabajador y empresario que utiliza los servicios de estos trabajadores (empresario cesionario) está una empresa intermediaria (empresario cedente). Lo que no está permitido es que la empresa cedente

³³³ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 364.

³³⁴ STSJ País Vasco de 19 de enero de 1994.

³³⁵ STS 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9315) y (REC 1281,1997).

se limite a proporcionar trabajadores al empresario cesionario, porque eso, como se verá seguidamente, puede ser considerado una pseudo-contrata o una falsa contrata³³⁶.

El contratista es considerado por el Derecho Laboral un empresario real cuando aporta “en la ejecución de la contrata su propia dirección y gestión, con asunción del riesgo correspondiente, manteniendo, en todo caso a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección, conservando con respecto a la misma, los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empleador”³³⁷. Para ser un verdadero contratista, no basta con tener una suficiente y adecuada organización empresarial sino que, además, “la debe poner en juego, esto es, debe actuar como empresario y, desde la perspectiva laboral, ostentar la titularidad y los poderes inherentes a su condición de auténtico empleador”³³⁸.

Por lo tanto, el empresario real en las contratas es aquel que ejercita el control, quien dirige y organiza una “estructura empresarial objetivamente suficiente para hacer frente al negocio jurídico propio de la contrata para eliminar cualquier duda acerca de la realidad de la misma”³³⁹.

Por otra parte, también se hace complicado establecer la diferencia o donde está el límite entre la cesión ilegal y la legal de trabajadores desarrollada por las ETT. Es algo muy complejo y que debe de ser analizado caso por caso, pues en este tema no hay generalización³⁴⁰ posible, sobre todo cuando se refiere a “las responsabilidades

³³⁶ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., *Curso de Derecho del Trabajo*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 2000, p. 262.

³³⁷ SSTs 17 de enero de 1991 (Ar. 1991, 58), STS 19 de enero de 1994 (Ar. 1999, 352) y STS 25 de octubre de 1999 (Ar. 1999, 8152). En el sentido de que “aunque sea un empresario real y no ficticio existe cesión ilegal cuando se limita la aportación a suministrar mano de obra sin poner los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial”. NOGUEIRA GUSTAVINO, M., “Ingeniería jurídica y Empresas de Trabajo Temporal: Las difusas fronteras entre las contratas y la cesión de trabajadores”, cit., p. 234.

³³⁸ NOGUEIRA GUSTAVINO, M., “Ingeniería jurídica y Empresas de Trabajo Temporal: Las difusas fronteras entre las contratas y la cesión de trabajadores”, cit., p. 233.

³³⁹ MARTÍNEZ FONS, D., “Los límites en la descentralización productiva: La frontera con los fenómenos de la cesión ilegal de trabajadores”, en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, cit., p. 59.

³⁴⁰ Como muy bien explica la Jurisprudencia, “Ahora bien, los datos sobre los que se asentaba y las particularidades de cada proceso hacen que no pueda aplicarse una misma solución de forma mecánica sino que deba acudirse a las situaciones concretas analizadas dentro de cada caso con las singularidades correspondientes, alcanzándose así posibles y válidas soluciones jurídicas”, TSJ C. Valenciana 11 de enero de 2011 (JUR 2011, 132569).

aplicadas a un supuesto y en otro y que se incrementan en las relaciones que dejan de ser triangulares para transformarse en cuadrangulares o poliangulares”³⁴¹.

La ausencia de contrata y la consecuente configuración de la cesión como ilegal puede ser verificada por la constatación de los siguientes criterios: “falta de infraestructura empresarial de la supuesta contratista (titularidad de los medios, materiales de producción, facultades de decisión y disposición sobre ellos, etc.); carencia de facultades en orden a la dirección y gestión del negocio; no asunción de un verdadero riesgo empresarial; falta de gestión empresarial respecto de sus propios trabajadores (limitaciones que afectan a su capacidad de organización, dirección o mando sobre el personal empleado). Por el contrario, suelen considerarse indicios de solvencia y legalidad los siguientes: justificación técnica de la contrata, autonomía de su objeto, aportación de medios de producción propios, ejercicio de facultades empresariales, realidad empresarial del contratista (capital, patrimonio, solvencia, estructura, cartera de clientes), actividad empresarial propia, asunción de beneficios o responsabilidades inherentes a la condición de empresario, etc.”³⁴²

Por lo tanto, la cesión ilegal prohibida por el párrafo 2º, del artículo 43 del ET³⁴³ tendrá lugar cuando se compruebe que la empresa principal es la responsable única y exclusiva de la organización de la actividad contratada, bien sea ofreciendo materiales o bien proporcionando adiestramiento para el correcto desarrollo de la actividad. Dicha responsabilidad tendría que estar a cargo de la empresa contratada o auxiliar, y como no es así, tiene lugar una cesión ilegal o una contrata fraudulenta³⁴⁴.

Dicho en otras palabras, la cesión ilegal de trabajadores supone “una verdadera interposición en el contrato de trabajo, en el que un titular aparente (en este supuesto, quien quiere aparecer como contratista) se introduce entre los titulares reales de la

³⁴¹ NOGUEIRA GUSTAVINO, M., “Ingeniería jurídica y Empresas de Trabajo Temporal: Las difusas fronteras entre las contrata y la cesión de trabajadores”, cit., p. 222.

³⁴² SEMPERE NAVARRO, A. V., “Contratación laboral y libertad de empresa”, en AA.VV.: *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid (Ed. Instituto de Estudios Económicos), 2005, pp. 74 y 75.

³⁴³ “En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”.

³⁴⁴ MARTÍNEZ FONS, D., “Los límites en la descentralización productiva: La frontera con los fenómenos de la cesión ilegal de trabajadores”, en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, cit., pp. 60 y 61.

relación (el empresario principal y los trabajadores), usurpando la posición jurídica del perceptor efectivo de la prestación laboral”³⁴⁵.

Por si duda hubiera, procede añadir que la interposición³⁴⁶ es un fenómeno complejo, en virtud del cual aquel que ejerce las funciones de empresario real se beneficia de la fuerza laboral del trabajador, esto es, el que tiene el poder de dirección sobre este último, es sustituido, en el contrato, por un empleador formal. Esto implica, según ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, la formalización de varios negocios jurídicos coordinados que son:

“1) Un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal”³⁴⁷.

Tan sólo a título ilustrativo, se puede establecer la diferenciación entre interposición y simulación negocial. Al existir en la interposición un elemento oculto, reconocido por el “empleador ficticio”, hace que esta figura se aproxime a la simulación negocial. Es claro que en la interposición “se simula un sujeto que no es el verdadero, aunque la coincidencia se detiene aquí, puesto que en la simulación negocial el elemento engañoso afecta a la entera estructura del negocio a través de la ficción de su causa, mientras que en la interposición sólo es afectado el elemento subjetivo, permaneciendo sin alteración la naturaleza del contrato”³⁴⁸.

Según la jurisprudencia española ha de calificarse de cesión ilegal, de acuerdo con el artículo 43 ET, “la conducta de quien, asumiendo nominalmente el nombre de empresario, traslada personal a otro que, en realidad, ostenta la titularidad y

³⁴⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El modesto intento de definir la cesión ilegal de trabajadores”, en AA.VV. *Aspectos puntuales de la Reforma Laboral de 2006, Análisis del Real Decreto-Ley 5/2006*, cit., p. 152.

³⁴⁶ Con relación a la interposición, ha entendido la jurisprudencia gallega, “el elemento esencial que caracteriza el fenómeno interpositorio es la intromisión de un titular ficticio entre los titulares reales de la relación, con la consiguiente usurpación por parte del primero de la posición jurídica correspondiente a uno de los segundos. En concreto, el contrato de trabajo se configura en la interposición con un empresario aparente, que contrata formalmente con los trabajadores, pero éstos prestan sus servicios a otra persona que es el empresario real, la cual no aparece como sujeto de las respectivas relaciones jurídicas”. TSJ Galicia 28 de abril de 2005 (R 1470, 2005).

³⁴⁷ SSTs 17 de enero de 2002 (RJ 3755, 2002).

³⁴⁸ TSJ Galicia 13 de febrero de 2008 (RS 1695, 2008).

organización, en suma, es el auténtico empresario³⁴⁹. También es necesaria la concurrencia de cuatro requisitos establecidos por la doctrina judicial, que hacen más fácil la identificación de una cesión ilegal. Se trata de indicios que, “proyectados sobre el caso particular, permitan descubrir si, tras una supuesta contrata, no se ha producido una cesión ilícita de mano de obra, a saber:

1) El contratista debe disponer, para serlo, de una organización productiva con existencia autónoma e independiente. En consecuencia, ha de contar con los medios materiales – instalaciones, oficinas, maquinaria – y personales – empleados, técnicos, directivos – necesarios para poder desarrollar con suficiencia la actividad empresarial que pretende realizar³⁵⁰; 2) pero no basta con lo anterior. Es necesario que, precisamente en la contrata que sea objeto de análisis en cada caso, el contratista aporte en la ejecución de la misma su propia dirección y gestión, con asunción del riesgo correspondiente y ejercitando, respecto de los trabajadores que ejecutan la obra o servicio, los derechos, obligaciones, riesgos, responsabilidades y poder de dirección que son inherentes a su condición de empleador³⁵¹. Habrá cesión ilícita de trabajadores, aun cuando el contratista cuente con medios productivos propios y actividad económica real y efectiva, si en el caso concreto se ha limitado a poner a disposición de la principal la mano de obra requerida, no implicándose realmente en la prestación del servicio llevado a cabo por los trabajadores formalmente adscritos a su plantilla³⁵²; 3) criterio complementario de los anteriores es el de la habitualidad o permanencia del servicio que es objeto de la contrata. Como ha señalado la doctrina judicial, la “cesión puede tener lugar aun tratándose de dos empresas reales, si el trabajador de una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta y mucho más si trabaja en realidad exclusivamente en ésta³⁵³; 4) en fin, tampoco existe verdadera contrata³⁵⁴ “cuando el contratista carece de poderes sobre los medios patrimoniales, no asume los

³⁴⁹ TSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife 21 de septiembre de 2010 (AS 2010, 2604).

³⁵⁰ Entre otras muchas, SSTSJ del País Vasco 22 de octubre de 1996 , Cataluña de 13 de diciembre de 1996 (AS 1996, 4987) , Granada 02 de mayo de 1996 (AS 1996, 1540) y Málaga 08 de marzo de 1996(AS 1996, 518)

³⁵¹ SSTJ 19 de enero de 1994(RJ 1994, 352) y 17 de enero de 1991(RJ 1991, 58) y SSTSJ Málaga 08 de marzo de 1996 y Aragón de 17 julio 1996(AS 1996, 2548).

³⁵² STSJ Cataluña 05 de octubre 1996 (AS 1996, 3908).

³⁵³ STS 16 febrero de 1989 (RJ 1989, 874).

³⁵⁴ SSTJ 17 de julio de 1993(RJ 1993, 5688) y 18 de marzo de 1994(RJ 1994, 2548).

riesgos del negocio, tiene decisivamente limitada su capacidad de selección y dirección de personal o no puede influir en la fijación del precio de los servicios”³⁵⁵.

Para proceder a la efectiva constatación de la veracidad de la contrata y la inexistencia de maquinaciones de simulación y fraude, la jurisprudencia viene añadiendo, además, una serie de requisitos; en este sentido, “la realidad y licitud de la contrata se condicionan a que obedezca a necesidades auténticas de la empresa ‘principal’, a que el contratista sea efectivo titular de una organización empresarial con un fin productivo determinado, a que tal empresa contratista se halle vinculada a una pluralidad de clientes, a que el contratista asuma la dirección de sus trabajadores, etc.”³⁵⁶.

También resaltan los pronunciamientos judiciales en los que hay una diferencia sustancial entre “cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidad de la legislación laboral y cesiones con una función interpositoria, donde el cedente es un empresario ficticio y la cesión persigue un objetivo fraudulento”³⁵⁷.

Cuando la empresa contratante es una empresa falsa, ficticia o que apenas tiene una mera apariencia de verdadera, no se hace tan ardua la tarea de identificar la cesión ilegal y reconocer la conducta prohibida por el artículo 43 ET. Pero también puede concurrir en cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa cedente es una empresa real, con medios materiales, financieros y de personal propios, que no tienen el interés de perjudicar o de eludir los derechos de los trabajadores, y tampoco las responsabilidades que advienen de la relación contractual. En estos casos, es más difícil detectar la irregularidad.

De esta forma, se puede decir que la cesión ilegal de trabajadores puede ser verificada en dos supuestos distintos:

1) Cuando la contratación de trabajadores es hecha a través de una empresa que no cumpla con los requisitos que autorizan la creación de una ETT, y por lo tanto son clasificadas como empresas falsas o ficticias, creadas con la intención de defraudar la

³⁵⁵ TSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife 21 de septiembre de 2010 (AS 2010, 2604).

³⁵⁶ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Madrid (Ed. Tecnos), 2009, p. 413.

³⁵⁷ STS 21 marzo 1997 (RJ 1997, 2612).

ley³⁵⁸, una vez que la transferencia de personal “se produce no entre verdaderas empresas con entidad y existencia real, sino por medio de la intermediación o interposición de un empresario cuya existencia es una mera ficción. Se trata de empresas aparentes que carecen de instalaciones propias, patrimonio y medios materiales de producción y, claro está, de su propia plantilla”³⁵⁹; y 2), cuando la empresa cedente cumple con todos los requisitos exigidos por la ley, configurando la existencia de dos empresas reales, “que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral (...); el fenómeno interpositorio puede producirse, por tanto, entre empresas reales (...) dotadas de patrimonio y estructura productiva propios”³⁶⁰.

Por ende, no es demasiado resaltar, que la existencia de una empresa real, no es suficiente para admitir la existencia de una contrata lícita. Se exige, además, que dicha empresa “sea adecuada para desarrollar el objeto de la contrata y que se ponga en juego para cumplimentarla. Por ello, aun habiendo empresa real y no ficticia, la jurisprudencia ha señalado que no hay lícita contrata sino cesión ilegal «cuando tal organización empresarial no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra necesaria para el desarrollo del servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la empresa contratante»”³⁶¹.

Por más que estas empresas cuenten cada una con una organización propia, plantilla de trabajadores independientes, ejerzan actividades separadas, cada una de ellas en su propia instalación, asumiendo individualmente los riesgos de su actividad, es decir, tienen totalmente la apariencia de tratarse de una verdadera contrata entre empresas reales, en realidad se trata de una cesión de trabajadores “encubierta”. Y ello porque, a pesar de ser la empresa auxiliar una empresa real y no ficticia, ella “no pone

³⁵⁸ El art. 6.4. del CCE establece, «Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir». En este sentido es válido citar, “fraude de ley es enmascarar la que sería, si trascendiera, antijuridicidad flagrante del supuesto facticio tipificado, cambiando habilidosamente sus rastros empíricos, para que parezca indiferente o permitido por el Derecho”, LOIS ESTÉVEZ, J., “Fraude contra Derecho”, Madrid (Ed. Civitas), 2001, p. 188.

³⁵⁹ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 365.

³⁶⁰ TSJ C. Valenciana 11 de enero de 2011 (JUR 2011, 132569).

³⁶¹ SSTs 16 de junio de 2003 (RJ 2003, 7092) entre otras explicadas por DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 67.

en juego su propia organización, limitándose a suministrar mano de obra al empresario”³⁶², lo que configura el supuesto ilegal de cesión de trabajadores.

En este mismo sentido, “cuando una empresa, supuestamente contratista, presta trabajadores sin poner en juego en modo alguno su organización y medios propios en la ejecución del servicio, existe cesión ilegal de trabajadores y no arrendamiento de servicios al quedar el trabajador bajo el poder organizativo y directivo de la empresa cesionaria, limitándose la empresa cedente a aportar la mano de obra, abonar los salarios y cumplir las obligaciones de Seguridad Social y las derivadas de la extinción del contrato, gastos que realmente soporta de una manera indirecta la empresa que recibe esos trabajadores, al abonar unos honorarios a la cedente”³⁶³.

Tanto las contrataciones por obra como las de prestación de servicios, más concretamente de los servicios que no forman parte de la actividad principal de la empresa, pueden ocultar una cesión ilícita de mano de obra, siendo muy difícil hacer una separación de los dos institutos. En el primero, en sentido amplio, el resultado final es la ejecución de la tarea asumida por el prestador del servicio, mientras en la cesión apenas se garantiza la disponibilidad de los trabajadores. Otras dos diferencias corresponden al poder de dirección del empleador y el lugar de la prestación de la actividad. Cuando se trata del contrato de prestación de servicio, los trabajadores, aunque contratados por la empresa auxiliar, estarán sometidos a las órdenes del empresario principal y la prestación será realizada en las instalaciones del empleador. Todo lo contrario ocurre cuando se trata de cesión ilegal, donde el cesionario es quien tiene el poder de dirección y la realización del trabajo se hace fuera de las instalaciones del empleador y por más que sea este último el beneficiario de la prestación, que puede favorecer, aparentemente a un tercero³⁶⁴.

La dificultad radica justamente en el hecho de que, siendo la prestación de servicio realizada en el marco de la empresa principal, se hace aún más complicado establecer el límite entre el suministro de trabajadores y una descentralización

³⁶² MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 365. En este mismo sentido, STS 20 de septiembre de 2003 (RJ 2004, 260); STS 14 de septiembre de 2001 (RJ 2002, 582) y STS 3 de octubre de 2005 – (RJ 2005, 7333)

³⁶³ TSJ de Cantabria, Sentencia 796/2007 explicada por VILLANUEVA NENTWIG, J., “El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes, Estudios financieros”, *RTSS (CEF)*, núm. 321, 2009, p. 144.

³⁶⁴ CARVALHO, C. N. de O., *Da Mobilidade dos Trabalhadores no Âmbito dos Grupos de Empresas Nacionais*, cit., pp. 134 y 135.

productiva ilícita, toda vez que los empresarios se hacen valer de las contrataciones como medio formal para obtener del cedente la facilitación de mano obra.

Por ello, la doctrina judicial ha recurrido “a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios; el ejercicio de los poderes empresariales; y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva. Por ello, la línea divisoria entre los supuestos de subcontratación lícita y de pseudocontrata o cesión ilegal de trabajadores bajo la falsa apariencia de contrata de obras o servicios ha de ser trazada de acuerdo con la doctrina del empresario efectivo, debiendo ponderarse el desempeño de la posición empresarial no de manera general sino en relación al trabajador concreto que la solicita”³⁶⁵.

De acuerdo con lo expuesto, se puede establecer el límite entre la subcontratación y la cesión ilegal a partir de tres postulados básicos:

“1) Realidad de empresa contratista independiente, es decir, que tenga sus propios medios materiales y personales; 2) organización propia de sus recursos, sin que exista intromisión organizativa con la empresa a la que presta sus servicios; y 3) justificación técnica de la contrata”³⁶⁶.

Sobre las conductas practicadas por los empresarios con la intención de defraudar la ley, cuando se trata de una cesión ilícita de mano de obra, sin perjuicio de ser aplicadas otras responsabilidades³⁶⁷, la legislación laboral prevé un mecanismo de

³⁶⁵ TS 18 de enero de 2011 (RJ 2011, 536) en el mismo sentido STSJ Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife 15 de marzo de 2010 (AS 2010, 2737) y de 6 de octubre de 2006 (AS 2006, 3248).

³⁶⁶ VILLANUEVA NENTWIG, J., “El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes, Estudios financieros”, cit., p.134.

³⁶⁷ Tal conducta puede ser sancionada a nivel penal, como sería el caso de tipificación al art. 311 CPE «Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses: 1. Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. 2. Los que en el supuesto de transmisión de empresas, con conocimiento de los procedimientos descritos en el apartado anterior, mantengan las referidas condiciones impuestas por otro. 3. Si las conductas reseñadas en los apartados anteriores se llevaran a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado», o a nivel administrativo, como es el caso del art. 8.2 LISOS que establece: «Infracciones muy graves. (...) 2. La cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente», que es el caso de ser considerada como una infracción administrativa muy grave.

responsabilidad laboral y de Seguridad Social, donde incluye las modificaciones pertinentes en el contrato individual de trabajo de los trabajadores afectados³⁶⁸.

La responsabilidad por las obligaciones salariales y de seguridad social en los supuestos de cesión ilegal de trabajadores entre la empresa cedente y cesionaria es solidaria, de acuerdo con los artículos 43.3 ET y 127.2 Ley General de la Seguridad Social. (LGSS).

De hecho, la normativa laboral, al ser un conjunto de disposiciones legales que ha surgido y que ha ido sufriendo adaptaciones, siempre con el fin principal de proteger al trabajador, velar por sus intereses y evitar que los empleadores abusen de su poder de control, sin embargo, muchas veces esta función protectora del Derecho laboral es “ocultada, escondida, con la ayuda del propio trabajador que, por la situación de dependencia y necesidad en que se encuentra, y por falta de la información necesaria, contribuye y colabora con las ‘maniobras’ de su empleador”³⁶⁹.

Reconocida la cesión ilegal, se atribuirá al trabajador cedido los mismos derechos de los trabajadores pertenecientes a la plantilla de trabajadores de la empresa cesionaria, a la que el trabajador fuera cedido temporalmente. Es un derecho del trabajador la atribución de “los mismos efectos que tendría una contratación de ese mismo trabajador por parte de la empresa cesionaria, sin intervención del empresario cedente”³⁷⁰.

En los casos en que la actividad que antes era desarrollada por los trabajadores de la empresa en cuestión pase ahora a ser realizada por una empresa externa, a través del *outsourcing*, las consecuencias para los trabajadores afectados pueden ser, por un lado, negativas y por otro, positivas. En general, una de las exigencias en casi todos los contratos de *outsourcing* es la “aceptación por parte de la empresa proveedora de un cierto número de trabajadores de la empresa cliente”³⁷¹. Las consecuencias positivas y negativas del *outsourcing* vienen precisamente de esta aceptación por parte de la empresa cliente. Los trabajadores tienen la opción de elegir entre diversas alternativas:

³⁶⁸ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 366.

³⁶⁹ VICENTE, J. N., *Fuga à Relação de Trabalho (típica) em torno da simulação e da fraude à lei*, cit., p. 14.

³⁷⁰ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 368.

³⁷¹ CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, F.; LUQUE DE LA TORRE, M.^a A.; RODRÍGUEZ POMEDA, J.; SORIA LAMBÁN, P., “El *outsourcing* y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa”, *RL*, núm. 14, 1998, p. 1187.

1) Quedarse en la empresa de origen en otra función o actividad de la misma; 2) seguir trabajando en la misma actividad, pero para la empresa *outsourcer*; 3) o aceptar la propuesta de dimisión ofrecida por la empresa a través de una baja incentivada. En el primer caso, tiene que existir un previo acuerdo por parte de la empresa principal en readaptar el trabajador en otra función dentro de la misma. En caso de que no haya interés por parte del trabajador o a la empresa no le convenga mantener al trabajador, cobrará sentido la segunda o la tercera opción, y de la misma manera si no hay interés alguno de la empresa *outsourcer*, al trabajador sólo le quedará la tercera opción. Cuando se habla de los efectos negativos, se hace referencia a la inestabilidad y la inseguridad concurrente en el proceso de *outsourcing*. Si, por un lado, existieran inseguridad y peores condiciones laborales tanto en el caso de la primera como en la segunda, tampoco la tercera opción traerá al trabajador una consecuencia favorable, una vez que no se consiga una buena negociación sobre el despido; siempre queda, no obstante, la posibilidad de buscar a través del despido improcedente una indemnización mejor en el proceso judicial correspondiente.

De las opciones relatadas, lo que se puede sacar de positivo para el trabajador, según la doctrina, es el hecho de que al ser asumido como trabajador por la empresa *outsourcer*, el trabajador podrá seguir desarrollando la misma actividad que ejercía, pero con la diferencia que dicha actividad será desarrollada para una empresa especializada del sector, efecto que se producirá en los supuestos en que el trabajador esté de acuerdo con su transmisión para la empresa *outsourcer*.

En este caso, el trabajador tendrá mayores oportunidades para ascender dentro de la nueva empresa especializada, pues existirán muchos puestos en los que desempeñar la función para la que está especializado. Esta consecuencia se aplica a los trabajadores más preparados y motivados, a los cuales ser traspasados a otra empresa les puede resultar una oportunidad interesante, ya que serán integrados en una empresa especializada en realizar las tareas con las que están familiarizados, buscándose un hueco en el mercado a través del desarrollo de estrategias de promoción futura, oportunidad que no tenían en su antigua empresa, visto que las posibilidades a largo plazo son menores³⁷².

³⁷² CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, F.; LUQUE DE LA TORRE, M^a. A.; RODRÍGUEZ POMEDA, J.; SORIA LAMBÁN, P., “El *outsourcing* y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa”, cit., p. 1188.

De esta forma, con la intención de proteger al trabajador cedido, de forma que él pueda recuperar el tiempo y el esfuerzo dedicado a la empresa durante la cesión ilícita, el artículo 43.4 ET ofrece al trabajador la opción de elegir si prefiere, superado el período de prueba, pasar a ser considerado trabajador fijo de la empresa cedente o bien de la empresa cesionaria. Pero esta opción sólo es válida cuando las dos empresas, cedente y cesionaria, son empresas reales y cumplen con todos los requisitos materiales, financieros y personales de una empresa real, pues en el caso de que exista sólo la apariencia de empresa, esta opción del trabajador no será válida. Y, en los supuestos particulares de empresas de servicios, “la opción por dicha corporación implicará un nuevo préstamo a otra empresa, entrando el trabajador en un círculo vicioso *ad calendas graecas*”³⁷³.

Así, en los casos en que una de las empresas sea ficticia, donde uno de los sujetos simula ser empresario, no tiene sentido la opción ofrecida por el artículo 43.4 ET al trabajador de optar por adquirir la condición de fijo en una de las empresas. Sólo será posible, en estos casos, que el trabajador se incorpore o permanezca en la plantilla de la única empresa existente, ya que en la empresa ficticia no resulta posible. Por lo tanto, el derecho de opción, “sólo puede tener sentido y virtualidad cuando quien transfiere el personal es un verdadero empresario. Lo contrario implicaría proteger el negocio simulado en lugar de al trabajador”³⁷⁴.

A modo de síntesis, se puede decir que la finalidad del artículo 43 ET es aproximar la relación laboral existente a la relación laboral pretendida por el diseño de la norma; es conseguir que el empresario asuma las responsabilidades que pertenecen a él, como parte de una relación laboral; de esta forma, se puede evitar una degradación aún más elevada de las condiciones del trabajo, cuando el empresario pretende tener todos los beneficios posibles en detrimento de los derechos asegurados de los trabajadores; o cuando haya una disminución de las garantías de los trabajadores derivada de la existencia de empleadores ficticios. Así, en resumen, el artículo 43 ET viene a regular en qué casos la interposición está permitida y en cuáles no, al objeto de proteger los trabajadores del abuso empresarial. Por otro lado, la jurisprudencia viene

³⁷³ ÁLVAREZ CUESTA, H., *La precariedad laboral, análisis y propuestas de solución*, Albacete (Ed. Bomarzo), 2008, p. 239.

³⁷⁴ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 368.

entendiendo que lo anterior “no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores”³⁷⁵.

Por lo tanto, será considerado como descentralización productiva lícita, regulada por el artículo 42 ET, los casos de empresas contratistas que, además de asumir la posición contractual de empleador frente a sus trabajadores, también cumplen con las obligaciones de tal posición y afrontan y llaman para ellos las responsabilidades propias de un empresario. Por el contrario, constituirán cesión ilegal, prohibida y regulada por el artículo 43 ET, los casos de contrataciones ficticias de obras o servicios que encubren una mera provisión de mano de obra. Así, para que sea hecha la calificación que corresponda, será necesario “considerar las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas”³⁷⁶.

Y, por último, y sólo a título ilustrativo, la doctrina reconoce que además de “la utilización fraudulenta del disfraz de la contrata para camuflar una cesión ilegal de trabajadores como alternativa “clásica” en la patología de esta materia, los problemas ahora también se plantean en relación a la “huida de las ETT” recurriendo a la actividad prestada a través de contrataciones por empresas de servicios con objeto social “amalgamado” o de tipo “misceláneo”, y siendo difícil su frontera con la cesión ilegal de trabajadores. Igualmente, se detectan fenómenos en los que la relación triangular de trabajo, una vez legalizada y en cierto modo clarificada, resulta insuficiente (económica o fraudulentamente) y se viabiliza a través de novedosas y peligrosas relaciones cuadrangulares o “cuadriláteras”³⁷⁷. Problemas estos que serán tratados en el siguiente capítulo, en el apartado referente a las ETT.

³⁷⁵ TS Canarias 19 de abril de 2011 (JUR 2011, 184516).

³⁷⁶ STS 18 de enero de 2011 (RJ 2011, 536).

³⁷⁷ NOGUEIRA GUSTAVINO, M., “Ingeniería jurídica y Empresas de Trabajo Temporal: Las difusas fronteras entre las contrataciones y la cesión de trabajadores”, cit., p. 227 y en el mismo sentido STSJ Madrid, 18 de marzo de 1999 (AS 1999, 1072).

5. Nuevas formas de organización empresarial: proyecciones jurídicas de la descentralización productiva en los derechos de los trabajadores

La globalización, como se ha visto en líneas anteriores, fue lo que provocó el cambio radical en el mercado financiero al que la empresa clásica, de estilo *taylorista*, entendido éste como un modelo de “transición entre la producción en serie estandarizada y una organización del trabajo más eficiente, caracterizada por la introducción de las prácticas de adiestramiento, así como por la participación de los trabajadores y proveedores en un modelo industrial basado en la cadena de montaje,”³⁷⁸ ya no podía dar respuesta.

Este modelo ya no era suficiente para satisfacer las exigencias del mercado globalizado, lo cual ha provocado la aparición de “nuevas formas de producción e intercambio de mercancías y servicios y con ello, de la propia organización empresarial, que necesariamente debe adaptarse al mercado”³⁷⁹, predominando nuevas manifestaciones de organización empresarial, que serán analizadas seguidamente sin pretensión de agotar toda la materia, con la intención de mera descripción de estos fenómenos y de algunas peculiaridades y diferenciaciones entre algunas, se abordará inicialmente de los grupos de empresa, después del *outsourcing* y otras figuras cercanas, hasta llegar a la subcontratación.

Frente a la realidad del mundo empresarial tradicional se presentan dos situaciones, por un lado, “un doble proceso de concentración e internacionalización del capital, que responde a los retos planteados por la globalización económica y, por otro lado, unas necesidades de flexibilidad, que son satisfechas a través de complejos procesos de descentralización productiva”³⁸⁰, sobre la cual también incide el fenómeno de la globalización.

Lo que sí está claro, es que si 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. Por el contrario, cuando la utilización de mano de obra exterior

³⁷⁸ CASTELLS, M., *La era de la información: economía, sociedad y cultura, La sociedad red*, cit., p.209.

³⁷⁹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., “Nuevas formas de organización empresarial, Deslocalización, Descentralización y Externalización. Empresa Principal, Contratas y Subcontratas”, cit., pp. 11 y 112.

³⁸⁰ MORENO GENE, J. *Los grupos de empresas públicos. Identificación del empresario responsable*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 2002, p. 13.

viene determinada por necesidades económicas o por puras consideraciones de gestión, la operación tiende a ser lícita”³⁸¹.

En la secuencia de este trabajo se estudiarán algunas de las más relevantes formas de externalización de la actividad productiva, entre ellas, las empresas en red, el *outsourcing*, la subcontratación, los grupos de empresa, las ETTs, la filialización, así como los contratos de colaboración continuada y duradera existentes entre las empresas, como la franquicia, por ejemplo, y otros como la colaboración empresarial entre varias sociedades y entre estas y trabajadores autónomos, entre otras; son ellas, estas infinitas formas de colaboración empresariales que generan una realidad infinitamente más compleja y desestructurada del derecho del trabajo, mostrando así su linealidad y contribuyendo para la proliferación de la pequeña y micro empresa, que por lo demás también favorece el enflaquecimiento del alcance real de las normas laborales³⁸².

5.1 Grupos de empresa

Uno de los efectos de la globalización es la reducción de la dimensión de la empresa y consecuentemente el aumento del número de PYMEs, las cuales comenzaron a cooperar unas con las otras, estableciendo una especie de círculo de colaboración entre ellas.

Los grupos de empresa son un ejemplo de esa colaboración y pueden ser considerados como modelo de descentralización productiva ya que este fenómeno “no sólo produce ‘un efecto centrífugo’, que lleva al adelgazamiento de la empresa”, a través de la externalización de algunas de las actividades antes desarrolladas internamente por la empresa; también produce “un efecto ‘centrípeto’, que puede traducirse (aunque no siempre sea así) en la aparición de ciertas empresas articuladas a partir de una sociedad matriz que se coordina con unidades productivas separadas”³⁸³.

³⁸¹ AUZERO, G., “La externalización del empleo en Francia”, *TL*, núm. 56, 2000, p.51.

³⁸² VIEIRA GOMES, J. M., “Direito do Trabalho, vol. I, Relações Individuais de Trabalho, Coimbra (Ed. Coimbra), 2007, pp. 108 y 109.

³⁸³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La coordinación empresarial como estrategia de descentralización productiva: carencias normativas”, *RDS*, núm. 15, 2001, p. 112.

Estas formas de organización empresarial “rompen radicalmente la dinámica de la consideración únicamente de la empresa como un ente aislado, que funcionaba como único centro de imputación de normas jurídicas básicamente con una comprensión bilateral de las relaciones de trabajo a través del mecanismo del contrato de trabajo que unía al empresario con su trabajador”³⁸⁴.

Siempre que las empresas jurídicas que pertenecen al mismo grupo mantengan unas con las otras una relación de independencia, y que haya un desplazamiento de parte de la producción a una de las empresas filiales, será considerado una forma de descentralización productiva³⁸⁵.

La descentralización productiva se proyecta sobre la estructura constituida por el grupo de empresas fundamentalmente en tres vertientes: “de un lado, mediante la celebración de contratos de ejecución de obra o prestación de servicios entre sociedades pertenecientes al grupo; de otra parte, por la puesta en práctica de estrategias en la organización del trabajo y de la producción entre las empresas del grupo, que permitan conseguir una división del trabajo y proyectarse con mayor eficacia en el mercado bajo una dirección común; por último, a través de una diferenciación entre los estatutos del personal de las empresas, lo que, de ordinario, está en función del concreto modelo que se haya seguido en la formación del grupo (filialización; constitución por vía de agregación; etc.) y de la estrategia del grupo en materia de política de personal, atendiendo a tal fin al ciclo productivo de cada empresa, al grado de especialización y formación de los trabajadores, a la ubicación geográfica de las empresas, a la mayor o menor independencia en su funcionamiento, etcétera”³⁸⁶.

Inicialmente, el fenómeno de los grupos de empresa, fue tratado por la doctrina mercantilista y fue denominado como grupo de sociedades. Este término, desde una perspectiva jurídico-laboral, no corresponde a la realidad de los grupos de empresa, una vez que un grupo puede ser formado por otros tipos de empresas, incluso por empresarios individuales, confirmando el hecho de que no todas las empresas del grupo han adoptado la forma jurídico-mercantil societaria. De esta manera, el término grupos

³⁸⁴ ESTEVE SEGARRA, A., “Grupos de empresas: efectos de las transformaciones empresariales sobre el Derecho del Trabajo”, *QCS*, núm. 10, 2003, p. 7.

³⁸⁵ CRUZ VILLALÓN, J. “Descentralización Productiva y sistema de relaciones laborales”, cit., p. 10.

³⁸⁶ RIVERO LAMAS, J., “Proyecciones de la descentralización productiva, Instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J. Dir. y VAL TENA, Á. L. de, Coord.): *Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., p. 50.

de sociedades fue perdiendo fuerza y a la vez el grupo de empresas se tornó muy utilizado³⁸⁷.

El grupo de empresas se caracteriza, pues, por la existencia de dos o más entidades jurídicamente independientes o autónomas, pero que actúan en sus relaciones de intercambio de manera integrada o simplemente coordinada, adoptando decisiones en común, pudiendo con ello llegar a crear la apariencia de un único ámbito de organización y gestión, una realidad económica unitaria³⁸⁸. Sin embargo, el grupo en sí carece de personalidad jurídica propia y diferenciada de la de las empresas que lo integran. Son éstas, y no el grupo, las que reúnen la cualidad de sujeto de las relaciones jurídicas con terceros, incluidos los trabajadores de sus respectivas plantillas³⁸⁹.

La constitución de grandes grupos empresariales se utiliza en muchos casos como “un mecanismo que permite organizar una estructura descentralizada, de tal modo que el ciclo productivo pueda fragmentarse, asignando a cada una de las sociedades del grupo con personalidad jurídica propia o independiente una parte de la actividad global”³⁹⁰.

A los efectos de lo establecido en el Código del Comercio, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo “las empresas que constituyan una unidad de decisión porque cualquiera de ellas controla directa o indirectamente a las demás. Se entenderá que existe control de una empresa dominada por otra dominante cuando se encuentre en alguno de los casos del apartado 1 del artículo 42 del Código de Comercio”³⁹¹.

Según la mejor doctrina, los grupos de empresa están organizados de dos maneras, por coordinación (grupos de empresas horizontales) o por subordinación (grupos de empresas formado verticalmente)³⁹².

³⁸⁷ MORENO GENE, J. *Los grupos de empresas públicos. Identificación del empresario responsable*, cit., p. 15.

³⁸⁸ QUIRÓS HIDALGO, J.G., “La prevención de riesgos laborales en los grupos de empresa”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, Valladolid (Ed. Junta de Castilla y León), 2007, p. 25.

³⁸⁹ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p.296.

³⁹⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La coordinación empresarial como estrategia de descentralización productiva: carencias normativas”, cit., p. 112.

³⁹¹ Disp. Adicional 4ª, Ley 22/1992.

³⁹² MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p.296. En el mismo sentido, MORENO GENE, J. *Los grupos de empresas públicos. Identificación del empresario responsable*, cit. p. 19.

En los grupos de empresas por subordinación la palabra clave es dependencia, ya que dentro del grupo existe una empresa que, como consecuencias de participaciones en el capital, se destaca como dominante e impone su voluntad a las demás empresas del grupo que son dependientes de la primera.

El grado de dependencia entre las empresas del grupo es lo que identificará cuál de ellas ejerce sobre las demás una influencia determinante o dominante y cuál de las empresas está controlada o es dependiente de otra empresa³⁹³.

Los grupos por subordinación, son también llamados *holdings*³⁹⁴ empresariales y se caracterizan “por la existencia de una sociedad o entidad que ostenta una posición dominante respecto de las demás, y que ejerce un control sobre el resto. Ese dominio o control suele ser fruto de la existencia de vínculos financieros o corporativos entre tales empresas, bien sea por la posesión de la mayor parte del capital social, bien por el control sobre el funcionamiento orgánico y la toma de decisiones en el seno de la sociedad”³⁹⁵.

De forma estricta, para ser clasificado como grupo de empresas organizado de forma vertical, tendría que existir una relación de dependencia entre las empresas pertenecientes al grupo, caso en que sólo serían reconocidos como tales, según el criterio que se ha relatado, los grupos de empresas por subordinación.

Por otro lado, en los grupos de empresas por coordinación, no existe una empresa dominante, sino una coordinación entre todas de forma igualitaria. Es decir, “la unidad económica no se constituye, por tanto, a partir del establecimiento de una relación de dependencia que posibilite una dirección unitaria, sino que tras la identificación del interés común de las diversas empresas integrantes del grupo, se establece una colaboración entre las mismas que se concreta en la identificación de una unidad de dirección que permita satisfacer el referido interés común del grupo”³⁹⁶.

³⁹³ MORENO GENE, J. *Los grupos de empresas públicos. Identificación del empresario responsable*, cit., p. 19.

³⁹⁴ Empresa que, teniendo su activo formado en su totalidad o en su mayor parte por acciones de otras sociedades, realiza actividades financieras de control y gestión del grupo de empresas en el que ejerce su dominio. Son sociedades que no ejercen por sí la industria ni el comercio, sino que su objeto es la posesión de acciones de otras empresas, teniendo así el control de las mismas. Disponible en <http://www.buenastareas.com/ensayos/Holding/330222.html>

³⁹⁵ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 296.

³⁹⁶ MORENO GENE, J. *Los grupos de empresas públicos. Identificación del empresario responsable*, cit., p. 26.

En los grupos horizontales no hay una única empresa que esté al frente de las decisiones, que ejerza el control sobre las demás empresas del grupo, pero hay una integración de las empresas o entidades del grupo, que puede ser fruto de una “coordinación de hecho y estrategia común, o de la existencia de conexiones financieras, orgánicas, personales o funcionales entre las mismas, bien porque unas empresas tengan participación en el capital de otras, bien porque tengan en común algunos de sus directivos o miembros de los órganos de gobierno y administración sociales. En ciertos casos la coordinación del grupo es incluso resultado de la celebración o suscripción de pactos o acuerdos entre empresas. El grupo se haría mucho más visible hacia el exterior”³⁹⁷. Estos grupos de empresas también serán reconocidos como tales por la identificación de la unidad de dirección³⁹⁸.

Así, el grupo económico estará configurado como tal no sólo cuando se constate una relación vertical entre las empresas, en la que una de ellas ejerce el control, la dirección y la administración sobre las demás empresas, sino también cuando entre ellas exista una relación horizontal, de coordinación entre las empresas, sin que una de ellas se destaque en relación a las otras³⁹⁹.

Se entiende por grupo de empresas el “conjunto formado por dos o más sociedades, que mantienen entre ellas vínculos de dependencia y se encuentran sometidas a una dirección única o, resumidamente, un conjunto de empresas aparentemente autónomas, pero sometidas a una dirección económica única. Así, los elementos esenciales en la conceptualización del grupo son la pluralidad de componente, el poder de dirección único y la existencia de una estructura económica común”⁴⁰⁰. Es decir, las sociedades o personas físicas que integran el grupo de empresas, son independientes bajo la perspectiva formal pero ejercen entre ellas una especie de subordinación, lo que caracteriza una cierta unidad económica.

Por lo tanto, las características más comunes en los grupos de empresa son: dependencia; dirección unitaria; colaboración empresarial; transformación de la

³⁹⁷ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 299.

³⁹⁸ MORENO GENE, J. *Los grupos de empresas públicos. Identificación del empresario responsable*, cit., p. 26.

³⁹⁹ Así entiende la jurisprudencia brasileña, de la 6ª Turma do TRT-MG, autos do Processo núm. 00265/92 (TRT 3ª Região, 2ª Turma, RO/1551/86 Rel. Juiz Édson Antônio Fiúza Gouthier- DJMG 12/09/1986).

⁴⁰⁰ HERRERA DUQUE, M. J., *Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español*, Valencia (Ed. CISS-PRAXIS), 2000, p. 13.

pluralidad jurídica en unidad económica; interés común por parte de las empresas del grupo; influencia en la gestión de las empresas integradas⁴⁰¹.

Para la configuración de un grupo económico, en algunos casos, se exigirá la existencia de una empresa madre y en otros sólo interesará que “las distintas unidades estén bajo un control común”⁴⁰². Es más, en muchos casos, incumbirá a la jurisprudencia el deber de precisar, en la práctica, los requisitos que configurarán o no la existencia de un grupo de empresas, además de las consecuencias de tal constatación⁴⁰³.

De esta forma, se puede clasificar el grupo de empresas como una empresa compleja, donde la “titularidad y el ejercicio de dicha actividad corresponde a una pluralidad de empresarios”⁴⁰⁴.

Dentro del ámbito de los grupos de empresa, cabe distinguir “la fusión que implica la absorción o concentración de patrimonios, y la escisión, que implica la separación o disgregación de la entidad empresarial”. Tanto una fórmula como la otra se presentan “como dos instrumentos particularmente útiles para articular los fenómenos de descentralización y concentración empresarial”⁴⁰⁵.

La fusión también puede ser llamada conglomeración y se distingue de la multinacionalización una vez que la primera “crea nuevas empresas o fusiona con otras ya en funcionamiento, a fin de diversificar mercados y riesgos; y la segunda, trata de obtener en los mercados exteriores las economías de escala, inalcanzables en el mercado interno”⁴⁰⁶.

Por lo tanto, la diferencia existente entre grupos de empresas y fusión es que en el primero las sociedades que lo integran mantienen su existencia, personalidad jurídica y titularidad separada, y cada una de las empresas sigue siendo un marco de

⁴⁰¹ MORENO GENE, J. *Los grupos de empresas públicos. Identificación del empresario responsable*, cit., p. 20 y ss.

⁴⁰² PÉREZ DEL CASTILLO, S., “Conjunto económico o grupo de empresas”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Montevideo (Ed. Fundación de Cultura Universitaria), 2000, p. 176.

⁴⁰³ QUIRÓS HIDALGO, J.G., “La prevención de riesgos laborales en los grupos de empresa”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., pp. 25 y 26.

⁴⁰⁴ MORENO GENE, J. *Los grupos de empresas públicos. Identificación del empresario responsable*, cit., p. 22.

⁴⁰⁵ El entrecomillado pertenece a DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 35.

⁴⁰⁶ BLAT GIMENO, F., “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, cit., p. 43.

organización, dirección y gestión diferenciado. Es decir, la vinculación existente entre las diferentes empresas de un grupo económico, “las lleva a actuar unitariamente, con frecuencia con patrimonio y dirección común. Lo fundamental es que exista «unidad subyacente» de las diferentes entidades, una especie de vasos comunicantes en varias de sus dimensiones”⁴⁰⁷.

Por el contrario, en los procesos de fusión y absorción lo que con anterioridad eran varias empresas acaba convirtiéndose y dando lugar a una única entidad con un nuevo titular; hay un cambio de empleador, que adquiere “la organización, patrimonio, medios materiales y personales, de las absorbidas o fusionadas”⁴⁰⁸. Se trata de una sola empresa con empleadores sucesivos “a consecuencia del cual se pueden dar diversas posibilidades de responsabilidad conjunta de ambos”⁴⁰⁹.

No hay que confundir tampoco el grupo de empresa con la figura del “*joint venture*” que es “un acuerdo entre empresas independientes, que se unen para realizar un proyecto común, manteniendo no obstante su independencia. La unión, a diferencia del contrato de sociedad, se mantiene sólo en tanto se obtiene el resultado proyectado, o el proyecto común fracasa. Cada empresa de la *join-venture* asume responsabilidad ilimitada por las deudas de organización”⁴¹⁰.

Los grupos de empresas se caracterizan justamente por ser “organizaciones empresariales dinámicas, donde son frecuentes las operaciones de restructuración del capital, las vicisitudes económicas, la integración de nuevas empresas y la salida de otras que formaban parte del grupo. Todo lo cual propicia que inevitablemente, estas organizaciones empresariales estén sometidas justamente a continuos procesos de restructuración, que se traducen en despidos colectivos, movimientos de personal, etc. En efecto, los procesos de concentración, filialización, descentralización, deslocalización en el grupo suelen ir paralelamente seguidos o precedidos de operaciones de reorganización de personal de las empresas afectadas”⁴¹¹.

⁴⁰⁷ PÉREZ DEL CASTILLO, S., “Conjunto económico o grupo de empresas”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 180.

⁴⁰⁸ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 298.

⁴⁰⁹ PÉREZ DEL CASTILLO, S., “Conjunto económico o grupo de empresas”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 180.

⁴¹⁰ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 299.

⁴¹¹ ESTEVE SEGARRA, A., “Grupos de empresas: efectos de las transformaciones empresariales sobre el Derecho del Trabajo”, cit., p. 29.

Hasta el momento, no se encuentra una regulación clara y precisa sobre los grupos de empresa, “tal vez porque su variedad morfológica y organizativa supone un serio obstáculo a la tipificación legal. En el ámbito del Derecho del Trabajo, se puede hablar también de una concepción laboral de los grupos de empresa, no extraída de los textos legislativos, sino fruto de una jurisprudencia orientada a evitar situaciones de fraude legal para evitar perjuicios a los intereses de los trabajadores, o su tratamiento desigual, a consecuencia de las relaciones interempresariales”⁴¹².

La jurisprudencia laboral tiene tamaña relevancia sobre los grupos de empresas que “ha dado lugar a la creación de un fondo jurisprudencia que no se adecua a lo que es la función propia de la jurisprudencia (en la medida en que ha ido más allá de la tarea de complementar el ordenamiento jurídico aplicando la ley, la costumbre o los principios generales para resolver casos sometidos a su decisión), y ha llegado a poner en circulación un principio autónomo de decisión del que se sigue una pseudoregulación sin apoyo legal alguno, una especie de régimen jurídico pretoriano, que supera con creces lo que se ha dado en llamar jurisprudencia cautelar”⁴¹³.

La identificación del conjunto económico o grupo de empresas ganó relevancia, sobre todo en los tribunales, cuando hubo la necesidad de reconocer “la existencia de un empleador único en situaciones en las que aparece más de una sociedad como empleador”⁴¹⁴ a la hora de establecer la responsabilidad del empresario por el incumplimiento de alguno de los derechos de aquél trabajador, que durante mucho tiempo de su vida laboral, ejerció su actividad para empresas distintas, pero que pertenecían al mismo grupo económico.

El hecho de que un trabajador ejerza su labor simultáneamente para varias de estas empresas o incluso para el grupo como conjunto o que, contratado por una de ellas, pasa a trabajar luego para otra u otras del mismo grupo, genera voluntariamente, a éste y a los demás trabajadores en esta condición, una apariencia de una empresa unitaria, lo que provoca una consiguiente confianza por parte de los trabajadores que se

⁴¹² RIVERO LAMAS, J., “Proyecciones de la descentralización productiva, Instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J. Dir. y VAL TENA, Á. L. de, Coord.): *Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., pp.49 y 50.

⁴¹³ RIVERO LAMAS, J., “Proyecciones de la descentralización productiva, Instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J. Dir. y VAL TENA, Á. L. de, Coord.): *Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., p. 56.

⁴¹⁴ PÉREZ DEL CASTILLO, S., “Conjunto económico o grupo de empresas”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 176.

relacionan con el grupo⁴¹⁵. Esta apariencia de una empresa única, aliada a la ejecución de la actividad laboral para dos o más empresas del grupo, conlleva a situaciones de especial relevancia para el Derecho Laboral, pues entre los problemas derivados de esta situación están “la conservación de los derechos adquiridos (categoría profesional, antigüedad, salario, por ejemplo); la protección de la estabilidad en el empleo de los trabajadores de una de las empresas al desaparecer ésta permaneciendo las restantes; la responsabilidad económica de cada una de las empresas frente al pago de los salarios debidos a los trabajadores de cualquiera de ellas; el ámbito de actuación de las instituciones de representación de los trabajadores en el grupo como unidad”⁴¹⁶.

Se puede decir, por lo tanto, que las consecuencias generadas por la configuración de un grupo económico “van más allá de la protección de los créditos laborales, abarcando el cálculo de la antigüedad del trabajador, las categorías y condiciones contractuales de trabajo, así como aspectos vinculados a la representación en la empresa y cuestiones sindicales que dependen del tamaño de la empresa en función del número de personal empleado”⁴¹⁷.

La prestación laboral de un mismo trabajador para dos o más empresas del grupo, puede ser utilizada, de forma legal o ilegal, pero la existencia de este tipo de prestación también es un elemento caracterizador del grupo de empresa y junto con otros elementos adicionales también contribuirá a configurar la responsabilidad solidaria.

De hecho, es la circulación de trabajadores lo que produce la confusión de plantilla o plantilla única en los grupos de empresas: “el trabajador o los trabajadores desarrollan su actividad en el ámbito de las diferentes sociedades del grupo pero ligados por un solo vínculo laboral con una de ellas. En efecto, se trata del supuesto más típico en materia de imputación de responsabilidades y declaración de responsabilidad solidaria”⁴¹⁸.

⁴¹⁵ CAMPS RUIZ, L. M., “Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos” en AA.VV. (BAYLOS, A. y COLLADO, L.): *Grupos de empresas y Derecho del trabajo*, Madrid (Ed. Trotta), 1994, p. 103.

⁴¹⁶ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.; GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, (Identificación de la posición empresarial en supuestos especiales), Madrid (Ed. Tecnos), 1991, p. 206.

⁴¹⁷ PÉREZ DEL CASTILLO, S., “Conjunto económico o grupo de empresas”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 177.

⁴¹⁸ HERRERA DUQUE, M. J., *Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español*, cit., p. 44.

Cuando un trabajador que tiene celebrado un contrato laboral con determinada empresa del grupo es puesto a disposición de otra empresa, siempre y cuando esta movilidad geográfica y funcional no cause ningún perjuicio al trabajador, será considerada legal y por lo tanto, no se puede confundir con la cesión ilegal prevista en el artículo 43 ET. Esta puesta a disposición también puede ser llamada como cesión de trabajador, una vez que ocurre una “clara disociación entre el empresario formal y el empresario que se beneficia de la prestación de trabajo (...), y es un supuesto muy similar a la denominada comisión de servicios, sólo que este último se produce en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Respecto de la circulación de trabajadores entre empresas del grupo, no se “puede considerar que cualquier fenómeno de movilidad intragrupo constituya un supuesto de plantilla única, del que derive la conceptualización del grupo como empresa unitaria. Habrá que ser muy prudente en la consideración de este indicio, pues una cosa es que, a determinados efectos, pueda establecerse la responsabilidad solidaria de los empresarios implicados por la movilidad intragrupo; y, otra, que ésta genere una responsabilidad solidaria de todo el grupo”⁴¹⁹.

La circulación de trabajadores dentro de las empresas del grupo puede producirse de distintas maneras, entre ellas se puede citar los casos en que un trabajador presta servicios al mismo tiempo o de forma alternada para más de una de las empresas del grupo, pero con contrato laboral con apenas una de ellas; la segunda hipótesis es cuando un mismo trabajador presta servicios a las distintas empresas del grupo de forma sucesiva, en períodos diferentes, manteniendo un contrato con una única empresa o teniendo un contrato sucesivo con las demás empresas; y una tercera hipótesis puede ocurrir cuando un trabajador presta su servicio para una empresa que está subordinada o mantiene otros contratos de prestación de servicios con otras empresas del grupo, produciendo una “prestación indirecta del trabajo en tanto en cuanto no hay relación directa entre el trabajador y las otras empresas”⁴²⁰.

En innumerables ocasiones la circulación de trabajadores es confundida con la figura de la cesión ilegal de trabajadores, explicada en el capítulo anterior. Esta confusión se produce porque en los dos casos hay una utilización del trabajador sin que

⁴¹⁹ ESTEVE SEGARRA, A., “Grupos de empresas: efectos de las transformaciones empresariales sobre el Derecho del Trabajo”, cit., pp. 25 y 26.

⁴²⁰ HERRERA DUQUE, M. J., *Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español*, cit., p. 43.

este pertenezca a la plantilla de trabajadores de la empresa que se beneficia de la prestación; por otro lado, los dos institutos son muy diferentes, ya que la movilidad en el grupo de empresa “no suele perseguir un mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo para ocultar al empresario real, sino que obedece a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo en las empresas del grupo en una práctica que, inicialmente, es lícita siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, aplicando, en su caso, por analogía las que contempla el artículo 43 del ET”⁴²¹.

Así ya se afirmó que “no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales”⁴²².

De esta forma, la jurisprudencia española creó una doctrina del levantamiento del velo, para establecer los requisitos en aras a la configuración del grupo económico a la hora de determinar cuál sería la responsabilidad de las empresas del grupo, por las deudas contraídas por un miembro del grupo con sus propios trabajadores.

Está claro que sólo la constatación de la existencia de un grupo empresarial no es, por sí sólo, requisito determinante de la responsabilidad solidaria del grupo, ya que la solidaridad no es presumible (artículo 1137 CC). Cada una de las empresas del grupo tiene sus propias responsabilidades y por el “principio general de la independencia y no comunicación de las responsabilidades entre sociedades o personas integradas en un grupo, pero a la hora de determinar el empresario real cabe acudir a la teoría del levantamiento del velo”, que viene a acrecentar unos elementos adicionales que serán determinantes para el establecimiento de la responsabilidad de los miembros del grupo, siempre cuando se den algunas de las situaciones jurídicas que no están reguladas por la realidad jurídica del grupo, cuales son “cesión de trabajadores entre las empresas del grupo, descuelgues salariales, reestructuraciones productivas, etc., se presume que existe un uso abusivo de la personalidad jurídica; por consiguiente, procede el ‘levantamiento

⁴²¹ HERRERA DUQUE, M. J., *Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español*, cit., p. 44.

⁴²² SAN 16 de junio de 2010 (AS 2010,1712) haciendo referencia a las Sentencias de 30 de enero (RJ 1990, 233) , 9 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3983) y 30 de junio de 1993 (RJ 1993, 4939)

del velo' de la personalidad jurídica aparente de la empresa a la cual estaba vinculado el trabajador y reconocer como verdadero empresario el grupo"⁴²³.

La teoría del levantamiento del velo es una forma de cohibir la actuación fraudulenta de ciertos empresarios que utilizan de la figura de los grupos como una forma de "maniobra que permite desmontar o escapar de ciertas tutelas básicas y aprovechar determinados privilegios del ordenamiento jurídico"⁴²⁴.

Los elementos adicionales establecidos por la jurisprudencia son "1. Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo"⁴²⁵; 2. Prestación de trabajo común, simultánea o sucesivamente, en favor de varias de las empresas del grupo"⁴²⁶; 3. Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales"⁴²⁷; 4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección"⁴²⁸. Muchas son las sentencias"⁴²⁹ que establecen estos mismos requisitos, que "vienen a insistir en la acreditación de la utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas, en perjuicio de los trabajadores para decretar la responsabilidad solidaria del grupo"⁴³⁰.

De acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia, la doctrina explica que cuando estén presentes los siguientes elementos, "dirección unitaria; que existan empresas formalmente independientes; prestaciones laborales indiferenciadas y/o trasiego de personal (hay una prestación de trabajo simultánea o sucesiva a favor de las diferentes empresas que componen el grupo); en consecuencia se establece solidaridad pasiva entre las distintas personas jurídicas (responsabilidad solidaria de las empresas del grupo); a raíz de todos los elementos anteriores habrá una organización que traduce la actuación conjunta e integrada de las sociedades; existe así una apariencia externa

⁴²³ RIVERO LAMAS, J., "Proyecciones de la descentralización productiva, Instrumentación jurídico-laboral", en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J. Dir. y VAL TENA, Á. L. de, Coord.): *Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., p. 55.

⁴²⁴ ESTEVE SEGARRA, A., "Grupos de empresas: efectos de las transformaciones empresariales sobre el Derecho del Trabajo", cit., p. 10.

⁴²⁵ STS de 6 de mayo de 1981 (RJ 1981, 2103) y 8 de octubre de 1987 (RJ 1987, 6973)

⁴²⁶ STS 4 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1270) y 7 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 8851)

⁴²⁷ STS 11 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6094), 3 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1321) y 8 de junio de 1988 (RJ 1988, 5256), 12 de julio de 1988 (RJ 5802) y 24 de julio de 1989 (RJ 1989, 5908)

⁴²⁸ STS de 19 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8583) y 30 de junio de 1993 (RJ 1993, 4939)

⁴²⁹ STS de 3 (RJ 1990, 3946) y 4 de mayo de 1990, 29 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7684), 26 de enero de 1998 (RJ 1998, 1062) y 18 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4657)

⁴³⁰ El entrecomillado son fragmentos extraídos de la jurisprudencia del TSJ Galicia 14 de mayo de 2010 (JUR 2010, 323393).

unitaria (la responsabilidad solidaria del grupo, en aras de la seguridad jurídica y del principio de que quien crea una apariencia verosímil está obligado frente a los que de buena fe aceptan esa apariencia como una realidad)⁴³¹.

Con relación a la pluralidad de componentes, no hay dudas que para formar un grupo de empresas, como el propio concepto de grupo⁴³² indica, tienen que existir dos o más empresas formadoras del grupo. El segundo elemento caracterizador del grupo de empresas, es el poder de dirección único, que es extraído del concepto encontrado en la jurisprudencia, que calificó como grupo de empresas “el constituido por una empresa matriz y varias filiales por la existencia de una dirección unitaria y la atribución de la titularidad de las acciones de la totalidad del capital social, poniendo de relieve la existencia de una empresa principal y de otras menores que desarrollaban actividades paralelas o complementarias, prestándose servicios unas a otras, entendiéndose con ello que tal situación constituía uno de los más puros supuestos de grupos por subordinación, valorando como datos esenciales la comunicación de bienes, créditos y hasta de personal”⁴³³.

A su vez, el último elemento a considerar se trata de la confusión patrimonial originada por la existencia de una única unidad financiera, es decir, la unión de distintos patrimonios y capitales que forman una caja única que será administrada por los responsables de la dirección del grupo⁴³⁴.

La constatación de la existencia del grupo de empresas es muy importante a la hora de determinar las responsabilidades derivadas del contrato laboral. Comprobada, según los indicios anteriores, la existencia de un grupo de empresas, surge “la responsabilidad solidaria de las empresas que lo integran por las deudas laborales y de seguridad social. La perspectiva de la jurisprudencia se sitúa, pues, en la protección de los derechos de los trabajadores, como parte débil de la relación laboral, y en la represión del fraude y del abuso del derecho, en aquellos casos en que el grupo de empresas tiene un carácter patológico”⁴³⁵.

⁴³¹ PÉREZ DEL CASTILLO, S., “Conjunto económico o grupo de empresas”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 184.

⁴³² La RAE (Real Academia Española) conceptúa grupo como una pluralidad de seres o cosas que forman un conjunto, material o mentalmente considerado.

⁴³³ HERRERA DUQUE, M. J., *Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español*, cit., p. 14.

⁴³⁴ HERRERA DUQUE, M. J., *Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español*, cit., p. 15.

⁴³⁵ GIL Y GIL, J.L., “El concepto laboral de grupo de empresas”, *RL*, núm. 234, 2009, p. 118.

La existencia de una dirección unitaria es uno de los requisitos más importantes para configurar el grupo de empresas, pero no es suficiente para declarar la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo por una obligación de una de ellas, de la misma forma que la existencia de un grupo de empresas no es suficiente para la configuración de la responsabilidad solidaria. Para que la misma sea declarada, han de concurrir los requisitos ya mencionados, fraude de ley o abuso de derecho; confusión patrimonial o de plantilla y “funcionamiento integrado o unitario”⁴³⁶.

En este mismo sentido, se pronunció la jurisprudencia al declarar que “la unidad de dirección del grupo de empresas, así como la coincidencia de accionistas, carece de incidencia para la concurrencia de grupo de empresas a efectos laborales, o de una dirección comercial común⁴³⁷, o de sociedades participadas entre sí⁴³⁸, puesto que se ha demostrado claramente que cada una de las empresas codemandadas tiene su propia dirección y su propia estructura organizativa, disponiendo, además, de los medios materiales y personales precisos para ejecutar eficiente y autónomamente sus funciones empresariales”⁴³⁹.

En fin, “como regla general, los vínculos societarios no determinan ninguna responsabilidad del grupo”⁴⁴⁰, a no ser que el grupo reúna una serie de indicios, consolidados por la jurisprudencia, que caracterizan el levantamiento del velo, capaz de imputar la responsabilidad solidaria entre las empresas del grupo, como son los casos de fraude de ley o abuso de derecho⁴⁴¹; los supuestos en los que el trabajador haya prestado servicio a distintas empresas del grupo (confusión de plantilla); confusión patrimonial; cuando exista una apariencia externa unitaria, para salvaguardar los principios de la buena fe y de la seguridad jurídica; y cuando haya una dirección única, que configura una actuación conjunta de las empresas del grupo⁴⁴².

⁴³⁶ HERRERA DUQUE, M. J., *Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español*, cit., p. 30.

⁴³⁷ STS 30 de abril de 1999 (RJ 1999, 4660).

⁴³⁸ STS 20 de enero de 2003 (RJ 2004, 1825) y 3 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 1244) también la sentencia de 4 de abril de 2002 (RJ 2002, 6469).

⁴³⁹ Por todas, STS 21 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 1870) y STS 26 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 5292).

⁴⁴⁰ ESTEVE SEGARRA, A., “Grupos de empresas: efectos de las transformaciones empresariales sobre el Derecho del Trabajo”, cit., p. 34.

⁴⁴¹ RIVERO LAMAS, J., “Proyecciones de la descentralización productiva, Instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J. Dir. y VAL TENA, Á. L. de, Coord.): *Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., p. 57.

⁴⁴² HERRERA DUQUE, M. J., *Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español*, cit., pp. 26 y 27.

La idea de empleador real o único queda generalmente encubierta por “el velo de la personalidad jurídica atribuida a cada una de las empresas del grupo, resurgiendo toda vez que se levante el mismo velo para satisfacer tal o cual interés, como el de la representación de trabajadores a nivel de grupo; o de la garantía de condiciones uniformes de trabajo; o de la transferencia de trabajadores; o de la suma de períodos de servicios prestados a más de una empresa; o de la garantía de reintegro del trabajadores en la casa matriz cuando su contrato se rescinde en la filial; o de la distribución de lucros, etc.”⁴⁴³.

Al respecto de la responsabilidad, en el ámbito de las obligaciones laborales, imputada a las empresas del grupo por las obligaciones por ellas asumidas, la jurisprudencia española parte de un presupuesto común, según el cual, “a priori, las sociedades integradas en el grupo son independientes y no hay comunicación de responsabilidades entre ellas, es decir, que todas tienen personalidad jurídica propia (cuando la tienen, obviamente) y los vínculos accionariales funcionales o de gestión no alteran su autonomía”⁴⁴⁴. No obstante, cuando concurren determinados elementos, la responsabilidad deja de ser limitada a una de las empresas y pasa a ser imputada a todas las empresas que forman el grupo.

Parte de la doctrina está en contra a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, sea porque se trata de una “solución simplista la de imputar la responsabilidad directa al grupo de carácter solidario por las deudas o la actuación de una de las empresas, partiendo de la existencia de “indicios”, se considera insuficiente”⁴⁴⁵, sea porque existen diferentes tipos de relaciones empresariales.

La doctrina que hace diferenciación de los tipos de relaciones empresariales existentes en el ámbito del grupo de empresas, resalta que para cada una de ellas corresponderá un tipo de responsabilidad:

“1) Relaciones empresariales que responden a esquemas de colaboración usuales en el tráfico mercantil y que no generan efectos significativos en el ámbito laboral; 2) relaciones empresariales en las que determinados elementos de actuación conjunta

⁴⁴³ PÉREZ DEL CASTILLO, S., “Conjunto económico o grupo de empresas”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 178, citando BUENO MAGANO, O., *Direito individual do trabalho*, vol. II, 3ª Ed., São Paulo (Ed. LTr), 1992, p. 78.

⁴⁴⁴ HERRERA DUQUE, M. J., *Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español*, cit., p. 33.

⁴⁴⁵ RIVERO LAMAS, J., “Proyecciones de la descentralización productiva, Instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J. Dir. y VAL TENA, Á. L. de, Coord.): *Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., p. 59.

pueden generar perjuicios para el trabajador; y 3) relaciones patológicas en las que existe un uso abusivo o fraudulento de la personalidad jurídica”. Así, si ocurriera un replanteamiento, a través de la intervención legislativa, “la aplicación de un régimen de responsabilidad solidaria, quedaría reservado a los supuestos de actuación fraudulenta del grupo, y se debería establecer un régimen distinto para los supuestos de responsabilidad derivada de una dirección unitaria perjudicial donde el régimen debería ser el de una responsabilidad subsidiaria limitada a la empresa dominante”⁴⁴⁶.

No se debe condicionar todo el tratamiento jurídico-laboral de los grupos de empresa “al sistema de indicios elaborado para la imputación de responsabilidades (...) que se ha mostrado inadecuado e insuficiente”⁴⁴⁷. Y en los casos de fraude o abuso de derecho, más importante que analizar si las empresas del grupo reúnen los indicios para el levantamiento del velo, que declarará la existencia del grupo, es verificar si la empresa ha actuado con intención de defraudar la ley o en abuso de derecho.

Respecto de las condiciones laborales de los trabajadores que prestan servicio en diferentes empresas del grupo, la jurisprudencia tiene entendido que los trabajadores que presten servicios a diferentes empresas del grupo, que poseen la misma actividad, pueden y tienen derecho a exigir una igualdad de derechos, independientemente de que las empresas pertenezcan a convenios colectivos distintos. En todo caso, siempre será posible aplicar las condiciones laborales más favorables a los trabajadores atendiendo al principio constitucional de la igualdad (artículo 14 CE) entre los trabajadores, ya que no hay un estatuto unitario que establezca condiciones laborales homogéneas para todos aquellos que trabajan en el seno del grupo.

Entre los derechos del trabajador que desarrolla su labor en más de una de las empresas del grupo está la antigüedad, entendiendo que en estos casos será computado todo el período que el trabajador estuvo contratado por una de las empresas como si hubiera existido un único contrato laboral.

⁴⁴⁶ El entrecomillado pertenece a ESTEVE SEGARRA, A., “Grupos de empresas: efectos de las transformaciones empresariales sobre el Derecho del Trabajo”, cit., pp. 34 y 35.

⁴⁴⁷ ESTEVE SEGARRA, A., “Grupos de empresas: efectos de las transformaciones empresariales sobre el Derecho del Trabajo”, cit., p. 19. El autor explica que este sistema es inadecuado “porque la relevancia de los indicios puede ser distinta y no cabe exigir una fuerte integración empresarial o la identificación del grupo como empresario para sancionar determinadas conductas. Insuficiente, porque el sistema de indicios está pensando para la imputación de responsabilidades y no ofrece una respuesta específica para otras cuestiones”.

En definitiva, “la concurrencia de supuestos, en los que un trabajador, aun dependiendo contractualmente de una de las empresas, pasa a desarrollar sus servicios para otras de las que componen el grupo, bien de manera simultánea o bien de forma sucesiva manteniendo la originaria relación laboral significa reconocer la existencia de un único empleador a efectos laborales con la consiguiente atribución de una responsabilidad también única a las empresas para las que ha prestado servicios”⁴⁴⁸.

Por lo tanto, en los supuestos en que hay coincidencia de varios contratos temporales con la misma empresa o con distintas empresas del grupo, sin respetar el plazo máximo establecido por la ley, produciéndose los contratos en fraude de ley, la jurisprudencia tiene reconocido el derecho a la antigüedad desde el primer contrato.

De esta forma, para la obtención del derecho a la antigüedad, se contarán “los períodos consecutivos en las diversas empresas del mismo grupo”, así como las cuestiones referentes a la equiparación salarial y a las condiciones laborales deberían ser analizadas “en el marco del total de operarios del grupo y no sólo en una de las unidades”⁴⁴⁹.

En este mismo sentido, se reconoce la existencia de una relación laboral única, “bien por la existencia de un único empleador o bien porque se determine que hay fraude en la contratación sucesiva, porque en todos los casos los pronunciamientos judiciales son unánimes al considerar que debe tenerse en cuenta toda la antigüedad con independencia de que el trabajador esté adscrito a una o a otra empresa. (...) La interrumpida prestación de servicios, unida a la identidad en la propia prestación eran elementos suficientes para mantener los efectos de la primera relación y conservar por tanto la antigüedad”⁴⁵⁰.

Surge, de inmediato, un interrogante. Tratándose de empresas distintas, donde cada una de ellas tiene una política laboral diferenciada, ¿será obligatoria la aplicación de unas condiciones laborales iguales a trabajadores adscritos a diferentes empresas del grupo?

La jurisprudencia ya se manifestó de diferentes maneras sobre supuestos distintos. Si las empresas del grupo son declaradas como una empresa unitaria, los

⁴⁴⁸ HERRERA DUQUE, M. J., *Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español*, cit., p. 45.

⁴⁴⁹ El entrecomillado pertenece a PÉREZ DEL CASTILLO, S., “Conjunto económico o grupo de empresas”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 178.

⁴⁵⁰ HERRERA DUQUE, M. J., *Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español*, cit., p. 62.

tribunales, a partir de esta característica, afirman que las sociedades integrantes “deben regirse por la normativa correspondiente a la actividad principal de la empresa matriz, para tanto, debe existir un único convenio para toda la actividad desarrollada excluyendo la aplicación del convenio concreto y confirmando la del convenio de la empresa dominante.

Hay, sin embargo, opiniones divergentes en la jurisprudencia a este respecto, una vez que si cada una de las empresas tiene libertad absoluta, cada una aplicaría su convenio y sus condiciones laborales de la manera que les parecería más correcta. Entre dos puntos de vista extremos, donde por un lado se requiere un estatuto unitario para todas las empresas del grupo y por otro una libertad total e individual de cada una de ellas, no parece desacertado indicar que una “negociación de varios convenios separados con condiciones homogéneas o incluso adhesión posterior de las restantes unidades de negociación a un convenio colectivo de una de las sociedades que normalmente es la dominante”⁴⁵¹, sobre todo, en lo que respecta a las condiciones de retribución y antigüedad.

También es cierto, que tratándose de actividades totalmente distintas, donde cada una de las empresas tiene un tratamiento diferenciado respecto de las condiciones laborales, se deberá respetar lo que prescriben sus normas, pues así se estará ofreciendo a los trabajadores iguales un tratamiento igual y un tratamiento desigual a los desiguales.

Son muchas las ventajas que la integración o agregación empresarial pueden proporcionar; entre ellas, está el hecho de que perteneciendo al grupo, la empresa tiene “una posición más ventajosa en los ámbitos financiero, productivo, tecnológico, comercial, fiscal e incluso laboral”⁴⁵².

La agrupación empresarial ha sido sin lugar a duda, “la respuesta más utilizada para afrontar los nuevos retos de la economía internacional debido a diversas causas, entre las que podemos destacar las siguientes: permite acceder de forma rápida y flexible a los distintos mercados, producción y por tanto la oferta de productos, conlleva

⁴⁵¹ HERRERA DUQUE, M. J., *Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español*, cit., p. 58.

⁴⁵² MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p.296.

el ahorro de costes de financiación, elimina ineficiencias, supone ventajas fiscales y diversificación del riesgo, etc.”⁴⁵³.

Pero también ha ocasionado, en la práctica, situaciones de difícil encuadramiento en las normas de Derecho Laboral. La negociación en los grupos es uno de los escenarios de difícil adaptación a los grupos de empresa, una vez que las empresas del grupo, casi siempre, pertenecen a distintos sectores productivos. A ello se ha de sumar el hecho de que “las relaciones grupales no son estables, por la entrada y salida de empresas en el grupo, o ni siquiera están formalizadas”⁴⁵⁴.

A respecto de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores de las empresas del grupo, “la legislación española por reflejo del Derecho derivado comunitario, ha recibido dos importantes supuestos de cambio de titularidad de la empresa (artículo 44.10 ET) y para proceder un despido colectivo (artículo 51.14 ET)”⁴⁵⁵.

Cabe resaltar, que la Ley 31/2006, de 19 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, que transpone la Directiva 2001/86/CE, en su artículo 2, apartado c), define la filial de una sociedad, como una empresa sobre la cual dicha sociedad ejerce una influencia dominante, definida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. La Ley obliga a aquellos grupos que se hayan transformado en sociedad anónima europea “a crear un órgano de representación con sede en el grupo, en toda su extensión”⁴⁵⁶.

Se puede comprobar, que una de las pocas menciones hechas a los grupos de empresa, en el ET, se encuentra en el apartado 8 del artículo 51 ET, en lo que se refiere a los despidos colectivos, de conformidad con el cual “las obligaciones de información y documentación previstas en el presente artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos haya sido tomada por el empresario o por

⁴⁵³ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Filialización. Grupos de la empresa”, en AA.VV. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza (Ed. MTSS), 1999, p. 705.

⁴⁵⁴ ESTEVE SEGARRA, A., “Grupos de empresas: efectos de las transformaciones empresariales sobre el Derecho del Trabajo”, cit., p. 40.

⁴⁵⁵ RIVERO LAMAS, J., “Proyecciones de la descentralización productiva, Instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J. Dir. y VAL TENA, Á. L. de, Coord.): *Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., p. 59.

⁴⁵⁶ GIL Y GIL, J.L., “El concepto laboral de grupo de empresas”, cit., p. 119.

la empresa que ejerza el control sobre él. Cualquier justificación del empresario basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no le ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto”, lo que comprueba que la obligación va más lejos del concepto de empleador del artículo 1.2 ET.

En lo que respecta a la reestructuración de la plantilla de trabajadores en las empresas del grupo, es necesario contrabalancear medidas de “mayor o menor rigidez a los mecanismos de ajuste de plantilla en la coyuntura económica de un mercado globalizado, donde una opción flexible puede significar la desprotección de los trabajadores y, una opción rígida, la huida del capital a otros países”⁴⁵⁷.

5.1.1 Agrupaciones de empresas

La figura jurídica del agrupamiento de empleadores fue creada por la Ley 85/772, de 25 de julio de 1985 en Francia, más tarde modificada por la Ley 93/1313, de 20 de diciembre de 1993. Consisten en un “instrumento que permite a las empresas agruparse en una estructura asociativa de carácter no lucrativo cuyo único objeto social es la puesta a disposición de personal a sus miembros. En efecto, el agrupamiento se constituye con la única finalidad de contratar trabajadores y ponerlos a disposición de las empresas agrupadas, generando una relación triangular en la que el propio agrupamiento será meramente intermediario en cuanto a la prestación efectiva de servicios, pero ostentaría la condición jurídica de empleador respecto de los trabajadores contratados. Es una forma de organización del trabajo que permitiría dotar de flexibilidad la gestión de personal, pudiendo contar con trabajadores especializados, cualificados y conocedores de la empresa sin tener que afrontar las cargas de contratación de este personal”⁴⁵⁸.

En España, la primera regulación sobre agrupación de empleadores tuvo lugar con la promulgación de la Ley 196/1963, de 28 de diciembre, y más recientemente por

⁴⁵⁷ ESTEVE SEGARRA, A., “Grupos de empresas: efectos de las transformaciones empresariales sobre el Derecho del Trabajo”, cit., p. 31.

⁴⁵⁸ FUENTES RODRÍGUEZ, F., y CRUZ VILLALÓN, J., “La posible implantación del agrupamiento de empleadores en España”, *TL*, núm. 56, 2000, p. 260.

la Ley 18/1982, de 26 de mayo. Los artículos cuatro, quinto, sexto y diecinueve fueran derogados por la Ley 12/1991, de 29 de abril, de agrupaciones de interés económico, que ha sustituido la figura de las agrupaciones de empresas por la agrupación de interés económico, objeto de estudio en la secuencia.

A la luz de tal regulación, cabe constatar cómo concurre una agrupación de empleadores cuando dos o más empresas constituyen una asociación con el objetivo de contratar trabajadores y de colocarlos a la disposición de sus miembros, en función de las necesidades de estos. La asociación es quien recluta, remunera y despide el trabajador; pero es la empresa que lo utiliza quien define las tareas a ejecutar, controla el trabajo y recoge los frutos. El salario es pagado por la asociación, pero es la empresa usuaria la responsable por las demasiadas condiciones de trabajo (higiene y seguridad, reposo, etc.). Se aproximan, pues, a la figura de las empresas de trabajo temporal en la medida en que reclutan trabajadores para que los cedan temporalmente a usuarios, sin ruptura del vínculo laboral, pero de ellas se distinguen porque no tienen naturaleza empresarial, carecen de fines lucrativos⁴⁵⁹.

La agrupación “se configura como el instrumento a través del cual diversas sociedades se incorporan al grupo empresarial, sin que ello implique su pérdida de identidad y personalidad jurídica propia. En este proceso, la incorporación al grupo presupone la previa adquisición o toma de control de un número de participaciones sociales de la empresa asociada en grado suficiente para otorgar a la empresa matriz el poder de dirección sobre ella. En consecuencia, si bien formalmente la empresa no cambia de titularidad, desde una perspectiva material sí se produce un cambio similar al que supone la transmisión de empresa. Junto – o frente – a ello, la filialización o escisión supone la figura inversa, presentando por tanto rasgos contrarios a la fusión, pues donde ésta implica aglutinación, aquélla supone la división de una unidad previa”⁴⁶⁰.

Las empresas también pueden “asociarse con otras empresas para crear una sociedad sin ánimo de lucro encargada de asumir actividades económicas auxiliares de

⁴⁵⁹ LEITE, J., “Direito do trabalho na crise (relatório geral)”, en AA.VV.: *Temas de direito do trabalho – Direito do trabalho na crise. Poder empresarial. Greves atípicas. IV Jornadas Luso-hispano-brasileiras de direito do trabalho*, cit., p. 38.

⁴⁶⁰ JUÁREZ PÉREZ, P., *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades*, Granada (Ed. Comares), 2000, pp. 180 y 181.

las que cada una de aquéllas desarrolle”⁴⁶¹. A través de una técnica horizontal, la relación existente entre las pequeñas y medianas empresas que se dedican a la misma actividad, está basada en la colaboración entre ellas, tienen un principio asociativo, pero sin perder la autonomía jurídica o económica de cada uno⁴⁶².

Con la promulgación de la Ley 12/1991 el término “agrupación de empresas” dejó de ser utilizado y se pasó a utilizar el término “Uniones Temporales de Empresas” (UTE). Como el propio nombre indica, la Unión de las empresas es temporal, está limitada al tiempo que dure la obra, servicio o suministro, objeto de la unión, es decir, las empresas se unen con el objetivo de colaboración entre ellas, donde cada una de ellas hace una aportación distinta, sea con medios materiales, personales o financieros, para que juntas puedan competir con empresas mayores. Así, las uniones de empresas son una “vía adicional a la descentralización productiva que bien puede presentarse como alternativa al recurso empresarial a la subcontratación. Se trata de una forma de colaboración entre empresas que facilita la competitividad de las pequeñas y medianas empresas frente a las grandes empresas, con vista a que aquéllas puedan optar a la realización de grandes obras o servicios”⁴⁶³.

La UTE, “una vez formalizada su constitución, actúa, por tanto, como si se tratara de una sola empresa (aun cuando con carácter provisional), quedando representada por un gerente único y respondiendo las empresas singulares, de forma solidaria e ilimitada, por la responsabilidad frente a terceros de los actos y operaciones realizadas por aquél en nombre y beneficio de la UTE (artículo 8 Ley 18/1982)”⁴⁶⁴.

Conviene destacar, además, que la actividad de cada una de las empresas no tiene que ser la misma que será desarrollada por la UTE, pues esta última no supone propiamente un “fenómeno de descentralización productiva sino más bien una fórmula

⁴⁶¹ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 330.

⁴⁶² FUENTES RODRÍGUEZ, F., y CRUZ VILLALÓN, J., “La posible implantación del agrupamiento de empleadores en España”, cit., p. 260.

⁴⁶³ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 330.

⁴⁶⁴ TASCÓN LÓPEZ, R., “La Prevención de los Riesgos Laborales de los Trabajadores Temporales”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La Prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, (Ed. Junta de Castilla y León), p. 197.

de cooperación a la que pueden acudir aquellas empresas que como consecuencia de la descentralización han visto reducido su tamaño”⁴⁶⁵.

Debido a los problemas relativos a la responsabilidad de las empresas que forman parte de la UTE, la Ley 32/2006, al tratar de regular la subcontratación en el sector de la construcción, establece expresamente que “el papel de cada una de las empresas en el supuesto de que la contrata se haga con UTEs que no ejecuten directamente la obra, en tales casos cada una de sus empresas miembro tendrán la consideración de empresa contratista en la parte de obra que ejecute”⁴⁶⁶. Así, por ser la UTE tratada por la Ley 32/2006, será desarrollada, con más detalle, en el capítulo destinado al análisis de la subcontratación en el sector de la construcción civil en España.

5.1.2 Agrupaciones de interés económico

La agrupación de interés económico (AIE) es “una figura asociativa creada con el fin de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros, con personalidad jurídica y carácter mercantil, aunque sin fin de lucro para sí, y su objeto se limitara exclusivamente a una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios”⁴⁶⁷.

Las AIE carecen de ánimo de lucro y deben registrarse en el Registro Mercantil, indicando la identidad de sus socios, objeto de la agrupación, el domicilio social, la duración y fecha de comienzo de las operaciones y otros detalles de su perfil. Sus beneficios se considerarán propios de las empresas integrantes, y repartidos entre ellas en la proporción prevista en la estructura o, en su defecto, por partes iguales. Cada socio

⁴⁶⁵ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 331.

⁴⁶⁶ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 331.

⁴⁶⁷ Exposición de Motivos y arts. 1, 2 y 3 de la Ley 12/1991, de 29 de abril.

debe mantener cuentas perfectamente diferenciadas en sus registros contables para reflejar las relaciones con la AIE⁴⁶⁸.

La Ley 12/1991 de 29 de abril, ha venido a sustituir las agrupaciones de empresas por la agrupación de interés económico, tratándose de una “nueva figura asociativa creada con el fin de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros, por ello se limitará exclusivamente a una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios sin, en ningún caso, sustituirla”⁴⁶⁹.

De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 12/1991, los socios de la agrupación de interés económico responderán personal y solidariamente entre sí por las deudas de aquella, y su responsabilidad será subsidiaria respecto de la de la Agrupación de Interés Económico. Esto significa que “cualquier socio responderá indistintamente de esas deudas, cuando la agrupación no pueda hacer frente a las mismas, siguiendo las pautas de la responsabilidad de los socios de toda sociedad colectiva. Se trata de una responsabilidad ilimitada (esto es, que no se limita al capital aportado por el socio sino a todos sus bienes, presentes y futuros), y solidaria (porque los acreedores pueden dirigirse contra cualquier de los socios por el importe de la deuda). Si, aplicadas estas reglas, uno de los socios satisface una deuda podrá dirigirse contra los demás socios para reclamar la parte que a cada uno corresponda con los intereses del anticipo (artículo 1145 CC). Esta responsabilidad alcanzará también a los socios que hayan perdido tal condición (arts. 15 y 16 de la Ley 12/1991), pero sólo respecto de las deudas nacidas de actos o contratos efectuados con anterioridad a dicho abandono y en todo caso sin otro límite temporal que el de su prescripción⁴⁷⁰. De igual modo el socio que se incorpore a la Agrupación con posterioridad a su constitución va a estar gravado por la obligación de responder por las deudas de aquella incluso de las nacidas de actos y contratos efectuados con anterioridad a dicha incorporación”⁴⁷¹.

En la práctica, las AIE surgen, en buena medida, con el propósito de competir en la adjudicación y posterior gestión de una obra o servicio, por lo que, al menos en la realidad española, aparecen con frecuencia cortejando las concesiones públicas, que

⁴⁶⁸ OJEDA AVILÉS, A., “Aspectos laborales de las redes de empresas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 125, 2005, p. 813.

⁴⁶⁹ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 332.

⁴⁷⁰ STS 4 mayo 2006 (RJ 2006, 2208)

⁴⁷¹ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., pp. 332 y 333.

pueden revestir el carácter de un estudio de viabilidad, de una contrata para la gestión de un determinado servicio público, o de cualquier otra faceta presupuestada por las haciendas públicas. Pese ser la AIE una empresa con personalidad jurídica, de forma que no hay problemas mayores con relación a los sindicatos y tampoco con relación a las negociaciones colectivas, la existencia de convenios colectivos es marginal⁴⁷².

Las Agrupaciones europeas de interés económico (AEIE) están reguladas por el Reglamento 2137/85 del Consejo, de 25 de julio, y son constituidas por “personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que tengan su administración central en Estados miembros diferentes, con el objeto de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros, o mejorar o incrementar los resultados de esta actividad, por lo que no pueden encaminarse a conseguir beneficios para sí mismas, al punto de que los posibles resultados positivos se reparten entre las empresas miembros y tributan en ellas (artículo 3). Tampoco pueden ejercer la dirección o el control sobre las empresas integrantes, ni poseer títulos, participaciones o acciones de las mismas (artículo 4), de donde su diferenciación con los grupos de empresas queda realizada. Extrañamente, el carácter instrumental o secundario se realza también mediante un límite de plantilla, si bien bastante holgado, en virtud a la cual no pueden rebasar los quinientos trabajadores. Responden los miembros de la agrupación solidaria e indefinidamente de las deudas de cualquier clase de la agrupación, generadas durante el tiempo en que formaron parte de ella”⁴⁷³.

5.2 Outsourcing

5.2.1 Concepto

Dentro de una empresa existen numerosas actividades y funciones que desarrolladas en un conjunto conducen a la consecución de su producto final. Hay actividades que generan a la empresa un mayor coste, sea personal o material, incluidos

⁴⁷² OJEDA AVILÉS, A., “Aspectos laborales de las redes de empresas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 125, 2005, p. 814.

⁴⁷³ OJEDA AVILÉS, A., “Aspectos laborales de las redes de empresas”, cit., pp. 819 y 820.

aquellos derivados de la necesidad de hacer frente a un mercado muy competitivo y que avanza tecnológicamente día tras día.

Cuando se hace un estudio contable dentro de la empresa, es posible verificar cuál de las actividades desarrolladas internamente tienen un costo mayor para la empresa, que puede optar entre:

1) Mantener en su interior aquellas actividades que hacen que la empresa sea reconocida por su relación calidad-precio en el mercado y externalizar aquellas actividades más dispendiosas en las que resulta imposible estar actualizado sin demasiados costes; o 2) seguir desarrollando todas las actividades internamente, sin externalizar ninguna, asumiendo el riesgo de no resultar competitiva.

En los casos en que se opta por externalizar las actividades más costosas a una empresa especializada, lo hace por dos motivos:

1) Estando ésta especializada en la consecución de una actividad principal siempre estará actualizada y al día con las nuevas tecnologías y los avances en su área, lo que permitirá a la empresa contratante la obtención de un producto siempre innovador; y 2), además de tener el mejor producto del mercado, lo obtendrá por un coste muy inferior de lo que costaría el mismo producto si fuera desarrollado por ella.

Desde tales premisas, cuando la empresa opta por externalizar alguna de las actividades antes desarrolladas internamente está buscando una disminución de los costes a largo plazo y a la vez una mayor especialización sin superar dicho coste, para conseguir, con eso, destacar en un mercado cada vez más competitivo. Es decir, a través de la externalización de una actividad que no sea la principal de la empresa, ésta dispone de más dinero para invertir en la actividad principal, ya que hay una reducción notable en la inversión en actividades secundarias, máxime cuando hay una pronta respuesta a los clientes, más especializada, con una considerable reducción de los riesgos para la empresa.

Una vez que la empresa elige cuál de sus actividades pretende externalizar, pasa a hacer un análisis de las entidades que mejor podrán desarrollar la actividad y que más ventajas podrán ofrecer a la empresa principal, para que consiga lograr, a medio plazo, más beneficios en relación a los costes de su actividad, así como también un mayor reconocimiento en el mercado. Pero lo contrario también es posible. Si la actividad externalizada por la empresa principal no es desarrollada según lo planificado, esto, en

lugar de ofrecer ventajas, hará que la empresa pierda en calidad y en reconocimiento por el deterioro del producto. El éxito total de la empresa principal está condicionado, pues, a una mayor especialización en la actividad remanente en la empresa, así como también al éxito de la empresa auxiliar en la actividad externalizada.

La mayoría⁴⁷⁴ de la doctrina acepta que el *outsourcing*⁴⁷⁵ vio la luz junto con otras figuras en la era *post-fordista*. El término empezó a ser utilizado en los Estados Unidos, en las décadas de los 70/80 para “identificar nuevas formas de organización de la actividad productiva, particularmente facilitadas o potenciadas por la extensión de nuevas tecnologías”⁴⁷⁶. Las dos palabras que simbolizan la aparición y el crecimiento del *outsourcing* son, sin duda, la informática y el modelo *post-fordista* que posibilitó una flexibilización laboral.

Con fundamento en la informática es cómo surge el primer concepto de *outsourcing*, que “está referido a la exteriorización de los sistemas informáticos mediante empresas auxiliares con las cuales se establece un contrato de igual nombre”⁴⁷⁷.

En lo que respeta el *outsourcing* del sistema informático, se pretende “conseguir disponer de tecnología punta de forma constante en un campo en el que los cambios tecnológicos se producen a una velocidad vertiginosa y no es fácil mantenerse actualizado”⁴⁷⁸, y también disminuir sus costes al producir una reducción en la plantilla de la empresa,

⁴⁷⁴ Para la mayoría de los autores, el *outsourcing* empezó a ser conocido y utilizado en los Estados Unidos, cuando las empresas empezaran a abandonar el modelo vertical y pasaran al modelo horizontal, descentralizando los servicios secundarios hacia empresas más especializadas. Entretanto, hubo otra teoría, de aceptación minoritaria, de cómo surgió el *outsourcing*, una doctrina que sostiene que “*en Italia la economía informal es la creadora de la especialización flexible, antecedente del outsourcing, que surgió a propósito de la informalidad del sector agrario en su paso a la economía agroindustrial, donde la pequeña empresa agraria necesitaba de servicios especializados del sector informal por tener menor costo de servicios*”, ECHAIZ MORENO, D., “El contrato de *Outsourcing*”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLI, núm. 122, 2008, p. 765.

⁴⁷⁵ El *outsourcing* es una palabra muy utilizada en el mundo de los negocios sin embargo posee nombres diferentes en otros países. En España por ejemplo, se utiliza el término externalización; en Italia *esternalizzazione* o *approvvigionamento esterno* y en Brasil el término *outsourcing* es sinónimo de *terciarização*. PIZARRO, S. N., *O contrato de outsourcing*, cit., p. 17.

⁴⁷⁶ CRUZ VILLALÓN, J., “*Outsourcing*, contratas y subcontratas”, en AA.VV. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza (Ed. MTSS), 1999, p. 3.

⁴⁷⁷ RIVERO LAMAS, J. “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo”, en AA.VV.: *X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 81.

⁴⁷⁸ CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, F.; LUQUE DE LA TORRE, M^a. A.; RODRÍGUEZ POMEDA, J.; SORIA LAMBÁN, P., “El *outsourcing* y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa”, cit., p.1199.

Dentro del concepto de *outsourcing*⁴⁷⁹ se encuentran todos aquellos procesos consistentes en la externalización de la actividad que no pueden formar parte de las funciones esenciales de la entidad empresarial, hayan sido desarrolladas o no antes por ella, pudiéndose tratar bien de “funciones poco importantes para la empresa”⁴⁸⁰, o bien de “funciones más importantes a través de una relación de cooperación con el proveedor”⁴⁸¹. O sea, el *outsourcing* no es sino “una forma sofisticada de desmaterialización de la empresa”⁴⁸².

En el mismo sentido, el *outsourcing* “consiste en ceder a un tercero todo o parte de los servicios informáticos propios para que ese tercero se los preste a través de un contrato de servicios”⁴⁸³. Es la transferencia, hacia un proveedor externo, de una tarea o actividad que antes era tradicionalmente desarrollada por la empresa principal⁴⁸⁴.

Para la doctrina española, el término de origen anglosajón puede ser traducido al castellano como “abastecimiento exterior, suministro desde fuera”⁴⁸⁵. El *outsourcing* es una decisión de la organización empresarial (contratante), que, como estrategia, contrata a otra empresa (subcontratada) bajo una perspectiva de beneficios mutuos, a medio o largo plazo, para el desarrollo de una o varias actividades que a la primera no le conviene o no le interesa desarrollar y que son a la vez la especialidad de la segunda⁴⁸⁶.

Dicho de otra manera, la empresa principal se aprovecha de la especialización que ofrece una empresa externa, permitiendo a la misma la posibilidad de concentrar sus recursos en aquello que es lo esencial de la empresa. Constituye *outsourcing*, por tanto, la delegación de actividades no esenciales o propias de una empresa en otras empresas

⁴⁷⁹ La palabra *outsourcing* es una palabra de origen anglo-saxónica que significa fuera (out) de la fuente (sourcing), que puede ser interpretado como el medio que las empresas utilizan para recoger fuera de la empresa sus fuentes.

⁴⁸⁰ *Outsourcing* operativo

⁴⁸¹ CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, F.; LUQUE DE LA TORRE, M.^a A.; RODRÍGUEZ POMEDA, J.; SORIA LAMBÁN, “El *outsourcing* y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa”, cit., p.1182.

⁴⁸² DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 51.

⁴⁸³ CERVANTES, M. C., *Outsourcing y legislación*, Dirección y progreso núm. 148 (1996), p. 38.

⁴⁸⁴ CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, F.; LUQUE DE LA TORRE, M.^a A.; RODRÍGUEZ POMEDA, J.; SORIA LAMBÁN, P., “La problemática del *outsourcing*”, *Económicas*, núm. 72, 1996, p. 88.

⁴⁸⁵ CRUZ VILLALÓN, J., “*Outsourcing* y relaciones laborales”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 252.

⁴⁸⁶ SANTOS, A., *Outsourcing e flexibilidade: Uma ferramenta de gestão para o Séc. XXI*, cit., p. 21 y 22.

independientes que poseen su propia organización y su propio establecimiento especializado en la prestación de un servicio particular⁴⁸⁷.

Pero el término que mejor expresa el proceso de *outsourcing* para la doctrina española es tanto el término “externalización como la expresión descentralización productiva”⁴⁸⁸. En el presente estudio, el *outsourcing* está clasificado como una de las formas de externalización o descentralización productiva, siendo estos últimos el género y el primero la especie. Se puede decir que, dentro de la descentralización existen fenómenos que externalizan parte de su producción para otra(s) empresas, y uno de estos fenómenos se llama precisamente *outsourcing*.

Así, el *outsourcing* consiste en la “gestión externa de determinados servicios o la ejecución de una obra para una empresa, mediante la celebración de un contrato entre la empresa «cliente o usuaria» y una empresa auxiliar”⁴⁸⁹.

Fundamentalmente, se utiliza esta forma de descentralización para ampliar la competencia de la empresa principal en el mercado, una vez que la actividad contratada por la empresa matriz puede estar relacionada con la actividad que la misma desarrolla o no. El *outsourcing* implica la búsqueda de una mejora en la ejecución de una determinada actividad y en el reconocimiento por la empresa principal de que la entidad empresarial de *outsourcing* tiene más capacidad para realizar una determinada actividad debido a su especialización en ello.

Para otros, el llamado *outsourcing* “es más bien un fenómeno económico de organización de la actividad empresarial, que se materializa a través de sistemas de cooperación interempresarial al objeto de prestación de servicios al usuario o consumidor final del producto; de este modo, vía «*outsourcing*» se vienen a establecer relaciones mercantiles entre ambas empresas, que se instrumentan a través de contrataciones de obras y servicios de variado tipo”⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ MANRIQUE NIETO, C. E.; GÓMEZ ESTRADA, C. y MADRIÑÁN DE LA TORRE, R. E., Árbitros en Laudo Arbitral, Santafé de Bogotá, 13 de julio de 1999, Disponible en: <http://vlex.com.co/vid/-355231066>, p. 39.

⁴⁸⁸ CRUZ VILLALÓN, J., “*Outsourcing* y relaciones laborales”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit., p. 253.

⁴⁸⁹ MARTÍN FLORES, L., “*Outsourcing* y Teletrabajo: consideraciones jurídico-laborales sobre nuevos sistemas de organización del trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 71, 1995, p. 404.

⁴⁹⁰ CRUZ VILLALÓN, J., “*Outsourcing* y relaciones laborales”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit., p. 254.

De esta manera, a la vez que el recurso al *outsourcing* trae a la empresa una reducción de los costes, también conlleva la posibilidad de invertir, con los recursos financieros “ahorrados” con las actividades descentralizadas, en la especialización de equipamientos y también de personal, modernizando y mejorando aún más su actividad principal. Así, la especialización y la modernización de la estructura empresarial se manifiestan tanto en las actividades desarrolladas internamente como en las actividades que se desarrollan fuera de la empresa.

El *outsourcing* está encuadrado normativamente “bien dentro de la regulación atinente al cambio de titularidad de organización empresarial; o bien en la regulación propia de las contrataciones y subcontratas de obras y servicios (...) por mucho que formalmente se mantenga una presunción legal de existencia de un único sujeto que actúa como parte empleadora a los efectos de respetar el carácter necesariamente bilateral propio del contrato de trabajo”⁴⁹¹.

En el contrato de *outsourcing* aparecen dos empresas participantes en el proceso descentralizador; por un lado, está la empresa principal, también llamada empresa cliente, que es quien decide cuál será la actividad que antes era desarrollada internamente y que pasará a ser externalizada; y por otro lado, se encuentra otra empresa, especializada en la actividad descentralizada, que a su vez es llamada *outsourcer* o empresa auxiliar.

La contratación de una empresa auxiliar no deja de ser una contratación con un proveedor más y como tal, no cabe duda de que tanto la elección de la empresa accesoria como de los materiales utilizados por ella, deben ser muy bien elegidos, pues todo proveedor tendrá su parte de contribución para la consecución del objeto final.

En estos términos, se puede comparar también el *outsourcing* a la contratación de personal, pues al igual que cualquier trabajador tiene su función y el empleador tiene el deber de fiscalizar su trabajo, la responsabilidad al contratar un *outsourcing* aumenta aún más, porque la contratación es del servicio, y la vigilancia de todos los trabajadores de la empresa contratada no será posible, ya que tiene que haber mucha confianza en la dicha entidad contratada, pues competirá a ésta la ejecución del servicio contratado y su consecuente fiscalización.

⁴⁹¹ CRUZ VILLALÓN, J., “*Outsourcing* y relaciones laborales”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 255 y 256.

En lo que respecta al contrato mercantil entre la empresa cliente y la empresa *outsourcer*, éste tiene que estar muy bien elaborado desde el punto de vista formal, pues será a través de este instrumento por el que se establecerán las necesidades de la empresa principal, los deberes de la empresa *outsourcer*, cómo actuarán en conjunto, cuál será la colaboración y reciprocidad establecida a cada una de ellas, quién será encargado de fiscalizar, gestionar y tomar las decisiones necesarias, así como también las responsabilidades de cada una de las empresas contratantes para que la relación entre ellas sea lo más transparente posible⁴⁹². Con un contrato bien redactado se conseguirá una disminución de los riesgos y un aumento en la consecución de los objetivos propuestos por ambas.

Dichos contratos cuentan con cláusulas específicas. Entre ellas están las de *backsourcing* (por la cual se permite que la empresa cliente obtenga la posibilidad de volver a desarrollar, internamente, la actividad externalizada o de transferir a otra empresa *outsourcer*, de haber habido incumplimiento contractual), o las de *hardship* (a través de la cual se atribuye a ambos contratantes la posibilidad de una nueva negociación contractual cuando haya algún cambio de naturaleza económica o tecnológica relevante, el cual afecte gravemente al normal y equilibrado cumplimiento del contrato), entre otras, serán de extrema relevancia, tanto para la empresa cliente como para la auxiliar⁴⁹³.

La empresa *outsourcer* que asume la actividad, es decir, la ejecución del servicio especializado que le fue conferida por la empresa principal, lo ejerce de forma autónoma e independiente, además de asumir todos los riesgos de la prestación, una vez que debe acreditar ante la empresa principal el cumplimiento de condiciones materiales, financieras y técnicas, y que mantiene a sus trabajadores bajo su entera responsabilidad y subordinación.

Conviene destacar que la empresa auxiliar (*outsourcer*) no está impedida para utilizar otras formas de descentralización productiva, como, por ejemplo, cuando recurre a la subcontratación y subcontrata con empresas menores y con menos capacidad la ejecución del trabajo que le fue, a su vez, conferido por la empresa principal. No obstante, tal práctica depende de la autorización y consentimiento de la

⁴⁹² PIZARRO, S. N., *O contrato de outsourcing*, Coimbra (Ed. Coimbra), 2010, p. 40.

⁴⁹³ El concepto de las cláusulas se analiza con detalle en PIZARRO, S. N., *O contrato de outsourcing*, cit., pp. 40 y 41.

empresa principal, y en el caso de que no lo sea, será considerado un acto de irresponsabilidad por parte de la empresa auxiliar que asumió la finalización de lo contratado con la empresa principal y puede llegar a acarrear un incumplimiento contractual.

La empresa principal intentará obtener el mayor beneficio posible del contrato con la empresa *outsourcer*, queriendo conseguir la máxima calidad del servicio y el precio más bajo, así como la empresa *outsourcer* pretenderá recuperar el dinero invertido para la realización de su actividad principal. Ésta también manifestará preocupación por mantener la relación contractual con la empresa principal, evitando de esta forma cargar con multa alguna por incumplimiento contractual⁴⁹⁴. El empresario principal pasa a ser un cliente de la empresa auxiliar, y en tal condición, “además de buscar precios más convenientes, elimina los proveedores menos eficientes. En el *outsourcing*, el empresario sustituye la producción con la adquisición y contratará lo que le asegure la mayor productividad posible”⁴⁹⁵.

5.2.2 *Outsourcing* versus subcontratación

El *outsourcing* es una forma descentralizadora muy parecida a la subcontratación y, por eso, muchas veces se confunde con ésta. De hecho, tanto el *outsourcing* como la subcontratación externalizan parte o la totalidad de la producción de bienes o de servicios a otras empresas.

Conviene resaltar algunas diferencias importantes al respecto de estas dos formas de descentralización productiva. La primera diferencia radica en el propio contrato. En la subcontratación existen dos relaciones contractuales con el mismo objeto, pues el contrato – contrato accesorio – celebrado entre la empresa principal y la empresa subcontratada tiene por objeto la ejecución de parte o de la totalidad de lo que fue contratado entre el comprador y la empresa principal – contrato principal –. Este

⁴⁹⁴ PIZARRO, S. N., *O contrato de outsourcing*, cit., p. 37.

⁴⁹⁵ RASO DELGUE, J., “*Outsourcing*”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Montevideo (Ed. Fundación de Cultura Universitaria), 2000, p. 40.

último puede ser más amplio que el primero, pero nunca al contrario, existiendo siempre el control y la fiscalización por parte de la empresa principal.

Por otro lado, en el *outsourcing* sólo existe un contrato. Como la empresa *outsourcer* tiene total autonomía en el desarrollo de la actividad contratada, la empresa principal contrata con la empresa *outsourcer* la realización de actividades o servicios que eran desarrollados por la empresa contratante⁴⁹⁶.

La segunda diferencia redunda en el tiempo de duración del contrato. Cuando la empresa principal subcontrata con la empresa accesoria, este vínculo tiene una duración prevista, estando previsto el término de la actividad o servicio contratado, aunque no sea específicamente definida una fecha de finalización. En el caso del *outsourcing* la duración es indeterminada, tiene carácter ilimitado, perpetuo; no en vano, la empresa *outsourcer* pasa a desarrollar una función imprescindible para el desarrollo de la empresa principal. Así, mientras sea conveniente para la empresa *outsourcer* proseguir con el contrato, y si ésta estuviera cumpliendo con eficiencia su función, proporcionando a la empresa más logros a través de la reducción de costes, el contrato de *outsourcing* se mantendrá por plazo indefinido.

Además de estas dos diferencias antes referidas, existen otras distinciones entre subcontratación y *outsourcing*. En la empresa auxiliar, cabe observar que la misma ha de tener “envergadura y recursos de capital suficientes como para hacer frente a fuertes inversiones en tecnología punta, al extremo que puede tratarse de una empresa con un potencial económico y, sobre todo, de estabilidad y proyección de futuro, más fuerte que la propia empresa principal”⁴⁹⁷, característica ésta que no se exige en los casos de subcontratación dependiente. De acuerdo con esta idea, se puede decir que en los casos en los que la empresa auxiliar no cumpla con los requisitos *supra* mencionados, exigidos en los procesos de *outsourcing*, deberá ser investigada la correspondiente responsabilidad⁴⁹⁸.

Así, concurre en *outsourcing* cuando la empresa contratante transfiere la responsabilidad hacia terceros en cuanto a la ejecución/entrega de una determinada

⁴⁹⁶ PIZARRO, S. N., *O contrato de outsourcing*, cit., p. 57.

⁴⁹⁷ CRUZ VILLALÓN, J., “*Outsourcing* y relaciones laborales”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit., p. 265.

⁴⁹⁸ La Responsabilidad establecida por el art. 42 ET, para los casos de descentralización productiva serán analizados en la secuencia de este estudio.

tarea. Hay un contrato duradero entre ellas, toda vez que si la relación fuera únicamente ocasional, sería un supuesto de subcontratación y no de *outsourcing*. De la misma manera que, si tal responsabilidad fuera momentánea, tampoco sería *outsourcing*. Por todo lo dicho, el *outsourcing* es “mucho más que la formalización de unos contratos específicos, pudiendo y debiendo ser considerado más bien como un sistema organizativo o como una estrategia empresarial”⁴⁹⁹.

Otra de las grandes diferencias entre el *outsourcing* y la subcontratación está en el tipo de relación existente entre la empresa auxiliar y la empresa principal. La empresa subcontratada mantiene con la empresa principal una relación estrictamente comercial, cumpliendo el objeto del contrato de la mejor forma posible. La relación entre ellas se extingue cuando el objeto de dicho contrato sea cumplido. No hay participación de la subcontratada en los beneficios de la empresa principal.

Sin embargo, la empresa *outsourcer* (proveedora del servicio) debe mantener un vínculo constante con la empresa principal (cliente/consumidora del servicio), toda vez que es de su interés que la empresa principal tenga logros superiores, pues el éxito de una depende del éxito de la otra, así como también los riesgos serán afrontados por ambas. Por eso es evidente que “construir y mantener una colaboración empresarial entre consumidores y proveedores de servicios, es esencial en esta práctica del negocio”⁵⁰⁰.

La diferencia entre la empresa auxiliar existente en los casos de subcontratación y la empresa auxiliar existente en los casos de *outsourcing* radica, además, en que en el primer fenómeno la empresa auxiliar no tiene contacto con el consumidor final, pues ha venido siendo un “rasgo común de las empresas auxiliares en el modelo de subcontratación *fordista* que las mismas eran ajenas al mercado, pues sólo entraban en conexión con el mercado a través de la empresa principal”⁵⁰¹. En los casos de *outsourcing*, sin embargo, la empresa auxiliar, también llamada accesorio, mantiene un contrato con la empresa principal, pero puede tener relaciones contractuales con otras

⁴⁹⁹ GARCÍA-MORENO GONZALO, J. M., “Contratos entre empresas para la instrumentación de la externalización de actividades laborales: Tipología y régimen jurídico básico”, en AA.VV. (PEDRAJAS MORENO, A. Dir.,) *La Externalización de Actividades Laborales. Una Visión Interdisciplinar*, Valladolid (Ed. Lex Nova), 2002, p.54.

⁵⁰⁰ ECHÁIZ MORENO, D., “El contrato de *Outsourcing*”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLI, núm. 122, mayo-agosto de 2008, p. 766.

⁵⁰¹ CRUZ VILLALÓN, J., “*Outsourcing* y relaciones laborales”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 262.

empresas, al tiempo que no están para nada impedidas de mantener un contacto directo con el consumidor final. Es decir, dicha empresa auxiliar puede ofrecer su producto directamente en el mercado. Hay que resaltar también que aunque la empresa principal no tenga una relación directa con el mercado de consumo, a través del proceso de *outsourcing*, todas las fases de la producción son de dominio público y la empresa auxiliar se torna conocida, aunque de forma indirecta.

5.2.3 Evolución

Con relación a la evolución del *outsourcing*, se puede decir que el primer servicio externalizado a través de este proceso fue la informática que, por ser un servicio en constante evolución y necesario para cualquier empresa, el cual no dejaba de ser una función cara y de gran dificultad técnica para las empresas, pasó a ser externalizado a través del *outsourcing*. Al externalizar este tipo de servicio, las empresas se percataron de los beneficios que esta forma de organización empresarial les podría proporcionar, ya que cada vez resulta más difícil para una empresa estar al día de los avances tecnológicos y ser al mismo tiempo una empresa capaz de competir con otras del mismo sector.

Los bancos, debido a su dependencia del sector informático que conlleva una dependencia de la evolución tecnológica en lo que se refiere a programas de datos, han destacado por el elevado número de contratos de *outsourcing* suscritos. La experiencia positiva obtenida por algunos de ellos al transmitir a una empresa proveedora toda la parte informática del banco, que antes era realizada internamente, si bien esto se hizo después de mucha negociación con los sindicatos de los trabajadores y de un tiempo de establecimiento del *outsourcing*. La evaluación fue efectuada por uno de los bancos más importantes de Portugal, que destacó el hecho de que “efectivamente se ha producido un ahorro de costes y un buen funcionamiento del proveedor. Por lo que respecta al personal traspasado, la dirección de relaciones laborales valora que está satisfecho, que en muchos de los casos se ha producido un mantenimiento de sus condiciones laborales,

y que en otros incluso se han mejorado al ofrecérseles nuevas oportunidades en la nueva empresa”⁵⁰².

De esta forma, el interés por el *outsourcing* fue aumentando y las empresas no sólo lo utilizaron en el sector informático, sino que empezaron a externalizar las actividades consideradas como accesorias: limpieza, vigilancia, restauración, seguridad, contabilidad, etc.

La externalización ha avanzado no sólo en el área de los servicios básicos sino también en las funciones más importantes dentro de la empresa⁵⁰³. Hay que diferenciar aquellas situaciones en las que para la empresa es más ventajoso externalizar un servicio que mantener en plantilla a un empleado (de gran cualificación), siendo el binomio costo/beneficio un factor importante a favor de la externalización.

Recapitulando, el *outsourcing*, que comenzó por la necesidad de mantener actualizados los servicios informáticos, hoy se ha generalizado a gran variedad de actividades que antes se desarrollaban internamente en las empresas por suponer un abaratamiento considerable de los costes.

5.2.4 Clases

La doctrina ha generado numerosas clasificaciones de *outsourcing*. Huelga decir que, por los objetivos del presente estudio, se ha tenido que escoger algunas de dichas sistematizaciones ante la imposibilidad de reflejarlas todas. En modo alguno se pretende que ésta sea la más adecuada o la que más tipos englobe.

Hay varios tipos contractuales de *outsourcing*, que pueden ser clasificados de la siguiente manera:

1) Amplitud; a través de este parámetro se puede clasificar el *outsourcing* como “total” (si la parte de la producción externalizada es mayor que 80% de la producción) o

⁵⁰² CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, F.; LUQUE DE LA TORRE, M^a. A.; RODRÍGUEZ POMEDA, J.; SORIA LAMBÁN, P., “El *outsourcing* y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa”, cit., p. 1196.

⁵⁰³ CRUZ VILLALÓN, J., “*Outsourcing* y relaciones laborales”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 260.

“selectivo” o “parcial” (cuando el contrato de *outsourcing* es inferior a 80% de la producción total de la empresa principal); 2) nivel de cooperación entre la empresa principal y la auxiliar, dentro del cual están incluidos tres tipos de *outsourcing*: a) el “*outsourcing operacional*”⁵⁰⁴ (donde la relación entre las dos empresas es superficial, se desarrolla a corto plazo y está limitada a la mera fiscalización de los servicios prestados, sin que se altere para nada la calidad del servicio prestado por la empresa principal); b) el “*outsourcing táctico*” (el nivel de intensidad de la relación entre la empresa principal y la empresa auxiliar es más elevado; la decisión en optar por esta modalidad, engloba, entre otras cuestiones, la disposición de materiales y de personal que permitan a la empresa principal obtener más ventajas confirmando, con ello, la intensidad de la relación entre ambas, una vez que ya hay una cooperación más intensa entre las dos partes del contrato de *outsourcing*, que será utilizado para disminuir los costes y también los riesgos eventuales); c) y por último el “*outsourcing estratégico*”⁵⁰⁵ (que es el tipo clásico de *outsourcing*, donde la relación entre las empresas es muy intensa, los contratos son de larga duración, y además de conseguir una reducción en los costes de la empresa, en este tipo de *outsourcing*, la empresa principal tiene otros variados objetivos, entre ellos se puede mencionar la mejora en la calidad de los servicios ofrecidos al consumidor final, el acceso a recursos más avanzados y especializados, el *know-how* específico y la ventajas competitivas en el mercado); 3) objetivo, que puede ser “*core outsourcing*” (*outsourcing central*)⁵⁰⁶ o “*peripheral outsourcing*” (*outsourcing periférico*)⁵⁰⁷; 4) carácter, pudiendo hacer referencia a la existencia de “*outsourcing privado*” (los dos intervinientes, empresa principal y empresa auxiliar, son privados), el “*outsourcing público*” (es entre una entidad pública y otra privada), y el

⁵⁰⁴ En el *outsourcing* operativo o de mera subcontratación, el objetivo es “la externalización de actividades poco importantes para la empresa”, ver: CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, F.; LUQUE DE LA TORRE, M^a. A.; RODRÍGUEZ POMEDA, J.; SORIA LAMBÁN, P., “El *outsourcing* y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa”, cit., p.1182.

⁵⁰⁵ A diferencia del *outsourcing* operativo, “consiste en la externalización de actividades muy importante a través de una relación de cooperación con el proveedor que crece conforme aumenta la interdependencia entre la función externalizada y el resto de los procesos de negocio”, ver CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, F.; LUQUE DE LA TORRE, M^a. A.; RODRÍGUEZ POMEDA, J.; SORIA LAMBÁN, P., “El *outsourcing* y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa”, cit., p.1182.

⁵⁰⁶ El *outsourcing central* es cuando una empresa descentraliza una parte esencial de su actividad. Cuando la actividad descentralizada contribuye para la consecución del producto final, siendo imprescindible, de gran importancia para el desarrollo de la actividad empresarial de la empresa principal a largo plazo.

⁵⁰⁷ El *outsourcing periférico* es cuando la empresa descentraliza una actividad accesorio, que no tiene relevancia para el desarrollo de la actividad fin de la empresa principal.

“*outsourcing in house*” (entre dos entidades públicas). Dentro de esta última clasificación, la forma más usual de *outsourcing* es el privado, aun cuando el *outsourcing* público vaya cada vez más adquiriendo su espacio, por ser una práctica a través de la cual las Administraciones contratan entidades del sector privado, para la ejecución de servicios, si bien la crisis económica actual ha reducido drásticamente su volumen⁵⁰⁸.

Como ya se ha indicado, dentro de una misma empresa se encuentra una actividad principal y una o varias actividades accesorias o complementarias. El *outsourcing* puede ser utilizado para la realización de parte de la actividad principal o para materializar unas o varias de las actividades secundarias. En el primer caso, la empresa busca especialización, y al tratarse de una estrategia empresarial, donde la empresa principal comparte con otras empresas, jurídicamente independientes, la responsabilidad por la ejecución de su actividad principal, también se le denomina “*outsourcing estratégico*”⁵⁰⁹. En los casos en que la empresa externaliza actividades secundarias, que no forman parte del núcleo central de la empresa, sean servicios de limpieza, seguridad, hostelería, informática, etc., se trata de “*outsourcing operacional*”⁵¹⁰.

5.2.5 Pros y contras

Analizando el contrato de *outsourcing* bajo la perspectiva del Derecho Civil⁵¹¹, una vez que no está definido en la Ley, se puede llegar a la conclusión de que acumula

⁵⁰⁸ Esta clasificación pertenece a PIZARRO, S. N., *O contrato de outsourcing*, cit., pp. 21 a 28.

⁵⁰⁹ VAL TENA, Á. L. de, “La responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas: del supuesto de hecho a la diversidad de regímenes”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J. Dir.), *Descentralización Productiva y responsabilidades Empresariales. El «Outsourcing»*, Pamplona, (Ed. Aranzadi, S.A.), 2003, p. 84. También sobre la distinción, BARREIRO GONZÁLEZ, G., “Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 94, Madrid (Ed. Civitas), 1999, p. 167; RIVERO LAMAS, J., “La descentralización productiva”, *La descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, 2000, p. 24; y PIZARRO, S. N., *O contrato de outsourcing*, cit., pp. 21-22.

⁵¹⁰ VAL TENA, Á. L. de, “La responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas: del supuesto de hecho a la diversidad de regímenes”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J. Dir.), *Descentralización Productiva y responsabilidades Empresariales. El «Outsourcing»*, cit., p. 84.

⁵¹¹ Sólo a título ilustrativo, sin la pretensión de agotar la materia.

diversos elementos existentes en otros contratos, lo cual hace, desde luego, que este instrumento sea atípico y mixto. Además de estas dos características, hay muchas semejanzas entre el contrato de *outsourcing*, de locación, de prestación de servicios, y el contrato por obra. Por un lado, uno de los contratantes asume una contraprestación única, mientras la otra parte puede tener dos o más prestaciones a cumplir, lo que hace que el contrato sea combinado. También es un contrato oneroso, de expresión libre, de ejecución continuada, e *intuitu personae*. En este tipo de contrato están presentes, a la postre, innumerables principios del derecho, entre ellos la primacía del consentimiento, autonomía de la voluntad privada, la buena fe, el consentimiento contractual y la libertad contractual⁵¹².

Está claro que, tanto para la empresa cliente como para la auxiliar, el recurso al *outsourcing* acarrea muchos más beneficios que desventajas. Esta circunstancia no concurre, sin embargo, en relación con los trabajadores que son contratados por estas empresas, pues sufren una pérdida de derechos, como se tratará de explicar más adelante.

Las ventajas ofrecidas por el *outsourcing* son muchas y muy variadas. Entre ellas, algunas merecen una destacada atención debido a que resultan especialmente interesantes para el análisis del tema que aquí se estudia.

A través del *outsourcing*, la empresa puede tener acceso a una tecnología más avanzada y a profesionales más capacitados de los que carece en su estructura interna; al descentralizar alguna o algunas de las actividades, esenciales o no para la consecución del producto final, es posible una mayor concentración en las tareas desarrolladas dentro de la empresa y que merecen más atención y una inversión más elevada, permitiéndole entrar en otros mercados que exigen una mayor especialización. A través de la reestructuración de la empresa, aumenta la flexibilidad, permitiéndole adaptarse más fácilmente a los cambios exteriores del mercado, conseguir mejor aplicabilidad de los recursos financieros, una disminución del capital de inversión, innovación rápida y de alto valor⁵¹³.

Con el *outsourcing*, la empresa centra sus esfuerzos en las áreas laborales más importantes y para las que está mejor preparada, declinando llevar a cabo las actividades

⁵¹² PIZARRO, S. N., *O contrato de outsourcing*, cit., pp. 43 a 46.

⁵¹³ SANTOS, A., *Outsourcing e flexibilidade: Uma ferramenta de gestão para o Séc. XXI*, cit., pp. 23 y ss.

secundarias. Con ello la empresa principal pretende obtener, más rápidamente, una importante reducción de los costes, mejor calidad, mejor servicio y más eficiencia⁵¹⁴; al tiempo, las empresas *outsourcers* mantienen su equilibrio financiero debido a la cantidad de empresas con las que celebra un contrato.

En España, cada vez aumenta más la tendencia de las empresas a recurrir a la “asistencia de otras entidades auxiliares a la hora de ejecutar parte o, incluso, gran parte de sus actividades con objeto de lograr dotar a su capacidad productiva de la mayor flexibilidad, permitiendo la más rápida adaptación a las circunstancias cambiantes de un mercado económico altamente inestable y con márgenes de beneficio en proceso de continuo debilitamiento”⁵¹⁵.

En este mismo sentido, la doctrina viene entendiendo que las ventajas del *outsourcing* pueden ser sistematizadas de la siguiente manera, si bien antes de hacerlo se debe indicar que se han tomado de diferentes fuentes.

1) *Know-how*: siempre que la empresa necesite de recursos especializados, que no son encontrados *in-house*, el *outsourcer* puede suprimir de forma inmediata y temporal la necesidad presentada por la empresa contratante; 2) el riesgo de la actividad es asumido por la empresa *outsourcer*; 3) la concentración de la empresa en el *core business* de la organización es algo muy positivo para la empresa contratante; una vez que las funciones *non-core* son transferidas a terceros, hay más liberación de recursos que podrán ser aplicados a la actividad principal de la empresa, contribuyendo a mejorar la calidad de la producción o del servicio y; 4) cuando la empresa posee *outsourcers* en diferentes países, puede adoptar diferentes horarios de apertura y de cierre de la empresa, lo que hace que la empresa tenga una producción constante, *non-stop*, una vez que, por la diferencia horaria, cuando una empresa está terminando su labor en un determinado país, en otro está inicializando su producción, haciendo con que eso se traduzca como una ventaja para la empresa contratante⁵¹⁶; 5) la externalización de actividades no críticas, lo que permite la liberación de recursos y la atención se devuelve a las actividades críticas; 6) acceso a tecnologías y personal técnico que no

⁵¹⁴ PORTELA, M. S., Efeitos da estratégia de integração vertical e *outsourcing* no grupo Multitema”, Dissertação de Mestrado – FEP, disponible en:

<http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/46046/2/RelatorioEstagio.pdf>

⁵¹⁵ CERDÁ MICÓ, A., “La ingeniería laboral del *Outsourcing*”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 405 y 406.

⁵¹⁶ PIZARRO, S. N., *O contrato de outsourcing*, cit., p. 33.

existían en la organización empresarial, con el intento de conseguir una mayor eficacia de tiempo y calidad de información a la hora de decidir; 7) oportunidad de entrar en nuevas industrias y en nuevos mercados; 8) solución para el desarrollo de las actividades de difícil gestión y de difícil control; 9) posibilidad de redimensionamiento de la estructura organizacional, permitiéndola una reducción u horizontalización que en consecuencia produce una mayor flexibilidad y rapidez a la hora de acompañar los avances en el medio exterior; 10) acceso a mejores prácticas; aplicación más racional y eficiente de los recursos; 11) reducción de los costes operacionales y, 12) mayor control sobre los costes; innovación rápida y de alto valor y disminución del capital de inversión⁵¹⁷.

El *outsourcing*, empero, no sólo tiene ventajas, ya que también presenta flancos abiertos a la crítica. Entre ellos, cabe mencionar, siguiendo a otro sector de la doctrina:

1) La falta de control de las actividades desarrolladas por la empresa contratada; 2) la pérdida de la confidencialidad; la mala calidad de los servicios prestados, que genera una insatisfacción tanto por parte de la empresa contratante como también del consumidor final; 3) la pérdida del *know-how* y de las competencias internas; 4) demasiada dependencia de la empresa subcontratada; 5) costes más elevados; 6) imposibilidad de retornar a desarrollar la actividad internamente; 7) desmotivación; 8) pérdida de flexibilidad y de capacidad de reaccionar de forma más lenta a los cambios del mercado; 9) ineficiencia e ineficacia de la empresa subcontratada; 10) inexperiencia de sus trabajadores; 11) incertidumbre del progreso del negocio; 12) disminución de la capacidad de aprendizaje organizacional, tanto en lo que se refiere a las capacidades de innovación como en lo que hace a las de creación, ya que serán los trabajadores de la empresa subcontrata los que estarán constantemente evolucionando en lo que respecta la actividad que están desarrollando, tornando la empresa cliente cada vez más inapta para desarrollar la actividad externalizada⁵¹⁸.

⁵¹⁷ SANTOS, A., *Outsourcing e flexibilidade: Uma ferramenta de gestão para o Séc. XXI*, cit., p. 32.

⁵¹⁸ SANTOS, A., *Outsourcing e flexibilidade: Uma ferramenta de gestão para o Séc. XXI*, cit., p. 32.

5.2.6 Algunas consecuencias producidas por el *outsourcing* en las condiciones laborales

En este epígrafe se sintetizarán las consecuencias, tanto positivas como negativas, que han supuesto el *outsourcing* en el mundo laboral, haciendo especial hincapié en cómo ha afectado a los trabajadores.

Como ya se ha reseñado anteriormente, uno de los objetivos principales del *outsourcing* es la reducción de costes empresariales. Entre ellos se encuentra uno de los que más interés ofrecen al empresario: los laborales. Es obvio que el coste laboral interno es más elevado que el coste laboral externo. La economía "laboral" responde a dos fuentes de ahorro:

“1) Determinados contratos permiten reducir aportes a la Seguridad Social y beneficios laborales (como los permisos, el salario vacacional, las pagas extras); y 2) la contratación mediata, realizada a través de intermediarios o subcontratistas, que permite trasladar riesgos laborales (y sus relativos costos) a la empresa tercera”⁵¹⁹.

Los procesos de *outsourcing*, desde un punto de vista teórico “representan un importante elemento para mejorar la competitividad al permitir a la empresas concentrarse en sus competencias básicas dejando que el resto de las actividades sean realizadas por especialistas en cada una de ellas, pero en la práctica van a tener importantes repercusiones en el ámbito laboral que pueden afectar a la estabilidad de la empresa”⁵²⁰.

Para el trabajador, una de las consecuencias más transparentes del *outsourcing* es el cambio en su remuneración, pasando de una remuneración fija a una variable⁵²¹.

Otra desventaja del *outsourcing* para los trabajadores, además de la inseguridad laboral y la reducción de las remuneraciones, es la “flexibilización de las condiciones de trabajo de los afectados, aumentándoles la carga real de trabajo y disponiendo de

⁵¹⁹ RASO DELGUE, J., “*Outsourcing*”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 39.

⁵²⁰ CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, F.; LUQUE DE LA TORRE, M^a. A.; RODRÍGUEZ POMEDA, J.; SORIA LAMBÁN, P., “El *outsourcing* y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa”, cit., p. 1186.

⁵²¹ PIZARRO, S. N., *O contrato de outsourcing*, cit., p 29.

menores garantías⁵²². Y ello porque a medida que aumenta la utilización del *outsourcing* disminuye la jerarquía organizativa dentro de la empresa, así como también acaece una disminución de los empleos con contratos indefinidos, de larga duración.

La “deslaboralización” del contrato de trabajo es “expresión y causa de la descentralización productiva: la cadena fabril de producción se fragmenta en unidades productivas a cargo de empresas formalmente independientes, pero económicamente dependientes de una unidad central. La disciplina jurídica va a ser preparada para responder a los nuevos cambios⁵²³”.

La renovación en las condiciones laborales advierte de otra consecuencia importante, sentida por los trabajadores que son trasladados para la empresa proveedora, y “es que sus relaciones laborales pueden quedar reguladas mediante la aplicación de un convenio colectivo diferente, precisamente el que esté establecido en el sector de la empresa proveedora y no el establecido para la empresa de origen. Conjuntamente se plantea el problema de qué ocurre si, cuando se produce el traslado, existía un convenio en vigor por un cierto período de tiempo; en este caso lo normal es que el trabajador siga rigiéndose por el convenio de origen hasta su vencimiento, para posteriormente integrarse en el convenio del nuevo sector⁵²⁴”.

El *outsourcing* pone en discusión “los paradigmas tradicionales del Derecho del Trabajo y promueve un desequilibrio entre trabajadores integrados en el mismo proceso productivo, excluyendo a una parte de ellos de su protección (v.g. la contratación con trabajadores independientes o pseudoindependientes)⁵²⁵, además de proporcionar un “debilitamiento de la influencia sindical⁵²⁶”.

Se puede considerar, por tanto, el *outsourcing* como un nuevo factor de precariedad e inestabilidad laboral⁵²⁷, debido “a que la continuidad del trabajador en su

⁵²² CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, F.; LUQUE DE LA TORRE, M^a. A.; RODRÍGUEZ POMEDA, J.; SORIA LAMBÁN, P., “El *outsourcing* y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa”, cit., p. 1186.

⁵²³ RASO DELGUE, J., “*Outsourcing*”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 44.

⁵²⁴ CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, F.; LUQUE DE LA TORRE, M^a. A.; RODRÍGUEZ POMEDA, J.; SORIA LAMBÁN, P., “El *outsourcing* y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa”, cit., p. 1188.

⁵²⁵ RASO DELGUE, J., “*Outsourcing*”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 43.

⁵²⁶ RASO DELGUE, J., “*Outsourcing*”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 40.

⁵²⁷ En este sentido, ver RASO DELGUE, J., “*Outsourcing*”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 43. “Con la disgregación de la empresa,

empleo no viene condicionada por su nivel de cumplimiento y profesionalidad, ni por los resultados económicos de la empresa, ni siquiera por la voluntad de su empresario directo, sino por la voluntad de un tercer empresario principal, al que se le prestan los servicios de *outsourcing* de continuar con el contrato”⁵²⁸.

Con la intención de proteger los empleos, y como mero botón de muestra, en los EUA, en 2004, se promulgó una Ley en el Senado que impedía a las empresas americanas contratar *outsoucers* fuera de los Estados Unidos para cualquier servicio o función encuadrada en el contrato inicial celebrado entre el gobierno federal y la empresa americana⁵²⁹.

5.2.7 Primeras líneas respecto de la responsabilidad empresarial en los casos de *outsourcing* y últimas consideraciones sobre el tema

Cuando se trata de responsabilidad o cargas jurídicas, aunque en la figura del *outsourcing* haya una relación bilateral (donde existía un solo empleador), el empresario – el tercero en la relación – tiene que asumir su parte de responsabilidad junto a los trabajadores de la empresa contratada por él, es decir, cuando el empresario contrata con una empresa la ejecución de una actividad, la responsabilidad, en los casos que serán más adelante explicados, será asumida también por el empresario (3º en la relación), en el caso en que el empleador no cumpla con sus obligaciones. Lo cierto es que cuando el empresario opta por recurrir al *outsourcing*, ya tiene conciencia de la responsabilidad que asume junto con el empleador de la empresa auxiliar.

La jurisprudencia ha sufrido una evolución en lo que respecta a la responsabilidad en los casos de *outsourcing*. Así, siguiendo lo que prescribe el artículo 42 ET, “el empresario principal que recurre a la externalización de parte de su actividad mediante un contrato de «*outsourcing*» será responsable solidariamente con el

con la externalización del trabajo, se pierden una serie de garantías y estabilidades que transforman la calidad del trabajo, volviéndolo precario e inseguro”.

⁵²⁸ CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, F.; LUQUE DE LA TORRE, M^a. A.; RODRÍGUEZ POMEDA, J.; SORIA LAMBÁN, P., “El *outsourcing* y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa”, cit., p. 1194.

⁵²⁹ *Omnibus Appropriation Bill*, de 23 de enero de 2004, dato presentado por PIZARRO, S. N., *O contrato de outsourcing*, cit., p 30.

empresario responsable de la prestación de servicios respecto de las obligaciones salariales y de Seguridad Social en aquellos supuestos en los que la contrata forme parte de su «propia actividad»⁵³⁰.

Para que el empresario principal sea solidariamente responsable con la empresa contratada para ejecutar la obra o el servicio, la actividad externalizada debe pertenecer a la actividad principal de la empresa contratante, es decir, la parte productiva descentralizada mediante el *outsourcing* debe pertenecer a la actividad productiva de la empresa, para que así se configure la responsabilidad solidaria.

Para caracterizar e identificar cuál es la actividad propia del empresario principal, “operando entonces el mecanismo de responsabilidad solidaria previsto por la norma”⁵³¹, la doctrina establece algunos criterios que, estando presentes, configuran la responsabilidad solidaria del empresario principal cuando recurre al *outsourcing*. Éstos son los más importantes: la habitualidad o permanencia de la relación contractual; el lugar en el que se prestarán las obras o servicios; la propiedad de la maquinaria o materias primas; los antecedentes de la gestión directa de las mismas obras o servicios, que eran ejecutados directamente por la empresa principal con sus propios empleados con anterioridad a la externalización del servicio; el análisis de lo que constituye el objeto social del empresario principal y el modo de proceder de otras empresas del mismo sector económico⁵³².

Si, realizada la comprobación, concurren los requisitos *supra* mencionados, la responsabilidad del empresario principal será solidaria a la de la empresa contratada, tanto en las deudas salariales como en las deudas en la Seguridad Social.

En lo tocante a las últimas consideraciones, procede analizar cómo se puede reconocer si se está delante de un *outsourcing* verdadero o frente a una tentativa de fraude de ley. Cuando se recurre a los tribunales para reconocer un caso u otro, cabe recordar que, como maniobra del empresario dentro del derecho constitucional de

⁵³⁰ CERDÁ MICÓ, A., “La ingeniería laboral del *Outsourcing*”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 408.

⁵³¹ CERDÁ MICÓ, A., “La ingeniería laboral del *Outsourcing*”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 408.

⁵³² CRUZ VILLALON, J., “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontratas”, *RL*, núm. 2, 1992, pp. 113 a 135; y CERDÁ MICÓ, A., “La ingeniería laboral del *Outsourcing*”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 408 a 411.

libertad de empresa y de las épocas de crisis económicas, se encuentra la de pretender, a través de un supuesto contrato de *outsourcing*, evitar el pago de ciertos derechos a los trabajadores⁵³³, o a veces, una manera menos agresiva financieramente de disminuir el número de trabajadores de su plantilla.

Parece evidente que la empresa moderna busca un adelgazamiento en su estructura dimensional, trasladando hacia una o más empresas «especializadas» “actividades y/o personal que antes operaban dentro de la empresa”⁵³⁴, reservando para sí el quehacer principal del negocio, concentrando “su intervención directa en lo esencial, buscando eficacia y competitividad a través de una estructura más flexible”⁵³⁵.

No obstante, el abuso de la contratación del *outsourcing* como maniobra empresarial de reducción de costes, no puede extenderse a todas las actividades de la empresa, ya que debe ser una decisión tomada en relación a las ventajas ya enumeradas y no simplemente por empeorar las condiciones laborales.

Procede recordar, al respecto, que en España “no hay norma jurídica que delimite las actividades que pueden ser objeto de tercerización. No obstante, la ley establece las consecuencias en materia de responsabilidad del empleador en caso de utilización de intermediarios o subcontratistas”⁵³⁶, siempre cuando sea identificada la intención del empresario en utilizar esta forma de descentralización productiva con otro fin contrario al objetivo pretendido por el Derecho Laboral, que busca proteger los derechos de los trabajadores.

Está claro que los procesos de externalización productiva producen un efecto de “adelgazamiento de la estructura empresarial que marca ya la tendencia hacia la incorporeidad de la empresa”⁵³⁷.

⁵³³ Como ejemplo se puede citar el caso de la SAN 16 de junio de 2010 (AS 2010,1712), donde se ha denunciado que “la operación mercantil de segregación empresarial se había producido en fraude de ley, puesto que su objetivo real era despojar a los trabajadores del convenio colectivo vigente, troceando artificiosamente la actual unidad de negociación con la finalidad expuesta, así como para inaplicar el convenio a los trabajadores contratados con posterioridad a la segregación empresarial”.

⁵³⁴ DIESTE, J. F., “Responsabilidad laboral derivada de las distintas formas de tercerización del trabajo”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Montevideo (Ed. Fundación de Cultura Universitaria), 2000, p. 321.

⁵³⁵ PÉREZ DEL CASTILLO, S., “La subcontratación y otras formas atípicas de aportar trabajo a la empresa”, en AA.VV.: *Fallos de Casación de la Suprema Corte de Justicia 1992-1993*, Tomo I, vol. II, Montevideo (Ed. Del Foro), 1994, p. 301.

⁵³⁶ RACCIATTI, O. C., “Tercerización: exteriorización del empleo y descentralización productiva”, *Derecho Laboral*, T. XL, núm. 185, 1997, pp.161 y 162.

⁵³⁷ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., 2005, p. 51.

Así, una de las más importantes justificaciones de la flexibilidad laboral es la “de aligerar sus aspectos más rígidos. El *outsourcing* conduce a la denominada era de la ‘*postflexibilidad*’, porque la empresa, al realizar el proceso productivo, en definitiva excluye al trabajador externo de la tutela del contrato de trabajo típico reservado para los trabajadores internos”⁵³⁸.

En resumen, y para finalizar lo relativo a este asunto, el contrato de *outsourcing* es un contrato de prestaciones recíprocas; de vinculación; consensual; principal; de resultados; de duración definida (medio, largo plazo); de organización; atípico, ya que no se encuentra reglamentado por la ley; y nominado. El *outsourcing* podría ofrecer aún más ventajas a las empresas, si no fuera visto como una estrategia empresarial en detrimento de los derechos de los trabajadores, tendría mejores resultados si tuviera como objetivo no el mejor negocio, sino obtener el mejor aliado para el negocio⁵³⁹.

Las transformaciones de la sociedad y, en consecuencia, las transformaciones del hombre, no llegan al punto de sustituir su “egoísmo tradicional por una nueva fórmula de altruismo. El motor del cambio es, y seguirá siendo, el interés individual, el deseo de maximizar renta y bienestar, y esto hace que el trabajo-empleo (en su nueva vertiente de flexibilidad, tiempo reducido y creciente autonomía) seguirá siendo durante muchas décadas el eje central de la actividad del trabajo productivo”⁵⁴⁰.

5.3 Empresas de Trabajo Temporal

A partir de la década de 70 las Empresas de Trabajo Temporal (ETTs), empezaron a destacar en el mercado laboral y en los últimos años “se ha convertido en una de las múltiples modalidades de subcontratación, tercerización, externalización,

⁵³⁸ RASO DELGUE, J., “*Outsourcing*”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 44.

⁵³⁹ SANTOS, A., *Outsourcing e flexibilidade: Uma ferramenta de gestão para o Séc. XXI*, cit., p. 33.

⁵⁴⁰ FONTTELA, E., “Perspectivas del mercado de trabajo”, en AA.VV.: *Actas 6º Congreso de Economía de Castilla y León*, Zamora (Ed. Junta de Castilla y León), 1998, pp.163 y 164.

descentralización (en este caso, no se trata de descentralización productiva) y deslaboralización de la relación de trabajo, que se han difundido desmesuradamente”⁵⁴¹.

Las empresas recurren a las ETTs siempre y cuando haya un aumento en la producción y una consecuente necesidad de contratación de mano de obra, pero no siguen la forma usual de contratación de trabajadores, toda vez que prefieren celebrar un contrato civil (mercantil) con una empresa de trabajo temporal que es quién se va a hacer cargo de la contratación laboral directa de los trabajadores. Se denomina “contrato de trabajo temporal al celebrado entre un trabajador y un tipo muy particular de empresa – la empresa de trabajo temporal (ETT) – con el fin de, sin quiebra del vínculo jurídico-laboral y sin pérdida de la calidad de empleador, esta cede temporalmente a otro su utilización (la designada empresa usuaria o de afectación)”⁵⁴².

La actividad desarrollada por las ETT consiste en suministrar, de forma temporal, trabajadores para otras empresas, que puede ser clientes o usuarias, con la finalidad de “satisfacer sus necesidades temporales de mano de obra, en cuanto a cantidad y calidad; a tal fin, seleccionarán, contratarán y formarán a un colectivo de trabajadores que pondrán a disposición de las empresas que contraten sus servicios, garantizando que los trabajadores suministrados se acomodan a lo acordado entre ambas empresas”⁵⁴³. Es decir, además de poner a disposición de la empresa usuaria sus trabajadores, por un cierto tiempo, sólo para atender necesidades puntuales de ésta, las ETT asumen el pago de los créditos laborales generados por dicha contratación y, además, las pertinentes cuotas a la Seguridad Social⁵⁴⁴.

Existe entre ellos una relación triangular integrada por el trabajador, la ETT y la empresa usuaria. En esta relación triangular existen dos contratos distintos, uno celebrado entre la ETT y el trabajador, que será un contrato de naturaleza jurídica laboral, que obedecerá las reglas de contratación social previstas en el ET; y otro celebrado entre la ETT y la empresa usuaria, que será de naturaleza jurídica

⁵⁴¹ ERMIDA URIARTE, O., y CASTELLO, A., “Las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Montevideo (Ed. Fundación de Cultura Universitaria), 2000, p. 413.

⁵⁴² LEITE, J., “Direito do trabalho na crise (relatório geral)”, en AA.VV.: *Temas de direito do trabalho – Direito do trabalho na crise. Poder empresarial. Greves atípicas. IV Jornadas Luso-hispano-brasileiras de direito do trabalho*, cit., p. 32.

⁵⁴³ TSJ Asturias 4 de marzo de 2011 (JUR 2011, 142098).

⁵⁴⁴ ERMIDA URIARTE, O., y CASTELLO, A., “Las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., 2000, p. 414.

civil/comercial. La empresa usuaria pagará a la ETT la cuantía establecida en el contrato, en la que estará incluida la parte correspondiente a los servicios prestados por la ETT y también la parte de cada trabajador, de forma que la ETT, con el dinero que recibe de la empresa usuaria, será la responsable de hacer el pago salarial a cada uno de los trabajadores cedidos a la empresa usuaria, y obtendrá su ganancia de lo que cobra a mayores por cada trabajador.

Debido a la existencia de dos relaciones jurídicas distintas, a veces la subcontratación y la ETT se confunden. En la subcontratación también existen dos contratos: uno entre la empresa principal y la empresa accesoria (subcontratada) y otro contrato entre esta última y el trabajador. Igualmente, la empresa principal contratará a la ETT la mano de obra que pretende utilizar (contrato de utilización empresa principal y ETT) que por su parte contrató anteriormente al trabajador (contrato de trabajo entre trabajador y la ETT, para su concesión onerosa a una empresa principal).

Cuando se está delante de una relación triangular, que supera los linderos de la relación típica bilateral entre un trabajador y un empleador, algunos aspectos cambian totalmente. Es decir, cuando la empresa usuaria contrata con una ETT, será esta última la real empleadora, quien contrata y es responsable frente a los trabajadores, pero no será ella quien dará las órdenes a los trabajadores ni exigirá su correcto cumplimiento. Por lo tanto, los trabajadores están subordinados jurídicamente a la empresa usuaria que es quien ofrece el trabajo y quien tiene el poder de dirección, y no al empleador, quien, pese a carecer del poder de dirección, es quien aplicará las debidas sanciones en caso de incumplimientos por parte de los trabajadores.

Se nota claramente que en los casos de contratación laboral a través de una ETT, los poderes inherentes al empleador son divididos entre las dos empresas – ETT y la empresa usuaria (EU) –. La primera tiene el poder disciplinario y la segunda el poder de dirección, circunstancia que dificulta el reconocimiento del real empleador y trae muchas complicaciones a los trabajadores.

Por este motivo, la Ley regula minuciosamente de qué forma es posible la contratación de mano de obra a través de una ETT y los casos que son considerados una cesión ilícita de mano de obra. Como se ha visto supra, se configura una cesión ilícita de trabajadores cuando la empresa que contrata a los trabajadores no tiene la intención de emplearlos, pero sí de cederlos a otra empresa, sin tratarse de una ETT. Otra

situación que configura la cesión ilegal, es la falta de temporalidad de los contratos, cuando la contratación se hace “con carácter permanente o para cubrir necesidades estables de mano de obra, supuestos en los que el contrato de puesta a disposición se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del artículo 6.4 Código Civil; y ello con independencia de que exista connivencia o no de la ETT con la empresa usuaria”⁵⁴⁵. Así, de acuerdo con el artículo 43.1 sólo está permitida la cesión de trabajadores a través de una ETT, que debe estar debidamente autorizada para funcionar como tal, cumpliendo todos los requisitos que se exigen para su creación, y siendo sometida a inspecciones constantes por parte de la autoridad competente, sin olvidar que la característica principal de estas empresas que es la temporalidad de los contratos.

Los trabajadores contratados por la ETT ejecutan sus labores en el ámbito físico de la EU, junto con los demás trabajadores de esta última. Muchas veces, el trabajador, que no forma parte de la plantilla de empleados de la EU, desarrollará funciones idénticas o muy parecidas a de los trabajadores indefinidos de esta última. También es cierto que, en la práctica, una empresa “funciona con un porcentaje fijo de trabajadores que formalmente son exteriores a ella, pues han sido *suministrados* por otra empresa y figuran como contratados por ésta”⁵⁴⁶. No obstante, la contratación a través de una ETT sólo está justificada por una necesidad productiva que no estaba prevista, de forma que este sistema de contratación “no podrá suponer, respecto del total de la plantilla, un porcentaje superior al 3%, y deberá informar al comité de empresa cada contrato que se celebre y el motivo de utilización en el plazo de diez días”⁵⁴⁷.

Lo que diferencia la ETT de la subcontratación y del “*marchandage*”⁵⁴⁸ es su función especializada que consiste en “cubrir rápida y eficazmente las necesidades de trabajo aleatorias, imprevistas, extraordinarias de la EU; su característica esencial es la transitoriedad, temporalidad o interinidad de la tarea”⁵⁴⁹.

⁵⁴⁵ TSJ Asturias 4 de marzo de 2011 (JUR 2011, 142098).

⁵⁴⁶ OIT, Reunión de expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección (la relación de trabajo: ámbito personal). Documento Técnico de base (MEWNP/2000) Ginebra 2000, pp. 35 y 37.

⁵⁴⁷ TSJ Asturias 4 de marzo de 2011 (JUR 2011, 142098).

⁵⁴⁸ Es el nombre que a la actividad desarrollada por un tercero, que “lucraba por el solo hecho de proporcionar trabajadores a un empleador: en general ese lucro constituía una renta parasitaria, que sólo obedecía a cierto poder que el intermediario había adquirido de hecho, sin desarrollar ninguna función productiva”. RASO DELGUE, J., “*Outsourcing*”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 42.

⁵⁴⁹ ERMIDA URIARTE, O., y CASTELLO, A., “Las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 416.

Las EU al contratar trabajadores a través de las ETT deja de asumir las responsabilidades de empleador, y la ETT asume el papel de empleador ficticio. Lo que se terceriza, exterioriza o descentraliza es “la condición de empleador, sus responsabilidades y su labor administrativa” 550. De hecho, para algunos, la ETT no es considerada una forma de descentralización productiva, sino una descentralización meramente administrativa⁵⁵¹.

El concepto básico y primordial de empleador para el Derecho del Trabajo no está configurado en los supuestos en que la ETT asume el papel ficticio de empleador, sino en cuanto a que la EU asume parcialmente las funciones de empleador, pero sin ser responsable de ello. Es el tipo de situación no deseada y no aceptada por el Derecho del Trabajo, ya que hay una confrontación entre ficción y realidad. Son, pues, los pequeños detalles que separan la operatividad de las ETT del *marchandage* o del fraude. Será en este momento cuando el Derecho del trabajo actúe a través de los principios de la protección y de la realidad a favor de los trabajadores.

Si las ETT son reconocidas por la relación triangular que mantienen, de un lado con la EU y de otro con los trabajadores, no se puede negar que se trata de un caso especial regulado por el ordenamiento jurídico, donde hay dos empleadores, una vez que uno es quién asume el poder de dirección y exige subordinación del trabajador y el otro es el responsable de los encargos laborales. Pero el problema generado por esta dualidad está en la configuración de las responsabilidades generales que corresponden a cada uno de los empleadores. El Derecho del trabajo establecerá los casos en que se la responsabilidad será solidaria o subsidiaria entre los empleadores, cuando la EU dirige y recibe los trabajos ejecutados por los trabajadores contratados por la ETT.

Parece ser una opinión acertada la que defiende que “cuando la ETT suministra trabajadores a la EU asumiendo obligaciones, no se limita a seleccionar y colocar – como una agencia de colocación común o como los servicios públicos de empleo – sino que *se interpone*, se «disfraza de empleador», y es esa interposición, ese *marchandage* el que genera la responsabilidad solidaria o la responsabilidad única (acumulativa y directa) de dos empresas que se han distribuido ficticiamente las responsabilidades del

⁵⁵⁰ RACCIATTI, O. C., “Tercerización: exteriorización del empleo y descentralización productiva”, cit., p. 178.

⁵⁵¹ ERMIDA URIARTE, O., y CASTELLO, A., “Las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 417.

empleador⁵⁵², si bien no hay que olvidar que tras la reforma de 2012, las ETTs también pueden actuar como meras agencias de empleo.

Así como las ETT no se confunden con la subcontratación, tampoco se han de confundir con la externalización de las actividades, toda vez que la empresa usuaria utiliza una mano de obra externa, pero sigue siendo prácticamente la única responsable por el desarrollo de la actividad empresarial. Sigue siendo quien asume los riesgos, acompaña y fiscaliza todas las fases de la producción, y además debe garantizar la igualdad de derechos de los trabajadores cedidos. Por otro lado, y sólo a título ejemplificativo, hay quien entiende que existe una cierta externalización cuando “la empresa evita realizar los contratos de trabajo aunque sí recibe la fuerza del mismo y la controla y dirige bajo la cobertura legal del artículo 15.1 la Ley 14/1994⁵⁵³, no obstante, parece más acertada la primera posición doctrinal que no trata la ETT como una forma de externalización productiva.

En España, el trabajo temporal fue reconocido como legal el 1 de junio, con la Ley 14/1994, y reglamentado con el Real Decreto 4/1995, de 13 de enero. Y hace pocos años fue aprobada la Directiva 2008/104/CE por el Parlamento Europeo y del Consejo, sobre trabajo temporal, en 19 de noviembre de 2008, lo que hace que las contrataciones de trabajadores por empresas de trabajo temporal en Europa reciban el mismo trato, sobre todo por la internacionalización de los mercados y por la deslocalización de las empresas.

La intermediación de la mano de obra por las empresas de trabajo temporal en Portugal⁵⁵⁴ recibe casi el mismo tratamiento jurídico existente en España⁵⁵⁵. Tanto en uno como en otro país, sólo está permitida la intermediación a empresas debidamente acreditadas, o sea, las ETT para poder contratar los trabajadores y poner estos a disposición de la EU, tienen que cumplir con todos los requisitos exigidos por la ley y

⁵⁵² ERMIDA URIARTE, O., y CASTELLO, A., “Las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 421, citando a GRZETICH, A. y FERNÁNDEZ BRIGNONI, H., “La subcontratación laboral y las figuras afines”, en AA.VV.: *Temas prácticos de Derecho Laboral*, Montevideo (Ed. FCU), 1999, pp. 125 y 126.

⁵⁵³ SERRANO ARGÜELLO, N., “Límites a la gestión externa de mano de obra y medidas de protección al empleo. Referencias a la prohibición de la cobertura y sustitución de puestos de trabajo previamente amortizados del artículo 8 c) de la LETT”, en AA.VV. *Descentralización Productiva y Nuevas Formas Organizativas del Trabajo, Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, p. 154.

⁵⁵⁴ Art. 173 del Código del Trabajo Portugués, Ley núm. 99/2003 de 27 de agosto, Diário da República núm. 197, y art. 4 de la Ley núm. 19/2007.

⁵⁵⁵ Art. 2 de la Ley 14/1994.

estar debidamente autorizadas. En España el contrato entre la ETT y la empresa usuaria se llama “contrato de puesta a disposición”⁵⁵⁶ (que está caracterizado principalmente por su temporalidad, “su celebración ha de tener una fundamentación causal consistente en la satisfacción de necesidades temporales de mano de obra por parte de la empresa usuaria, ya que es precisamente la cobertura de estas necesidades temporales lo que caracteriza el ámbito de actuación propio de las ETTs”⁵⁵⁷), y en Portugal el contrato tiene que cumplir con todas las formalidades exigidas por la normativa portuguesa⁵⁵⁸.

Otra semejanza en lo que respeta las ETT en Portugal⁵⁵⁹ y en España⁵⁶⁰ es que la remuneración aplicada será igual a de los demás trabajadores de la EU, de modo que los trabajadores cedidos temporalmente recibirán el mismo tratamiento que los trabajadores contratados por la EU; tienen, pues, los mismos derechos que los demás trabajadores.

En lo que respecta a la duración de los contratos en que una de las partes es una ETT, tanto el artículo 6.2 LETT⁵⁶¹ (“Podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores”) y el artículo 7.1 LETT⁵⁶² (“En materia de duración del contrato de puesta a disposición, se estará a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y en sus disposiciones de desarrollo para la modalidad de contratación correspondiente al supuesto del contrato de puesta a disposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12.3 de esta Ley en cuanto a los eventuales períodos de formación previos a la prestación efectiva de servicios”) remiten a lo establecido en el artículo 15 del ET que establece la forma en virtud de la cual se puede celebrar un contrato de una duración determinada, y por cuánto tiempo está autorizada.

Son tres los supuestos autorizados por el artículo 15 ET para la contratación por tiempo determinado: «1) Cuando se contrate al trabajador para la realización de una

⁵⁵⁶ Art. 14 del Real Decreto 4/1995.

⁵⁵⁷ TSJ Asturias 4 de marzo de 2011 (JUR 2011, 142098).

⁵⁵⁸ Art. 177 del Código del Trabajo Portugués, Ley 99/2003 de 27 de agosto, Diário da República núm. 197.

⁵⁵⁹ Art. 185, núm. 5, del Código del Trabajo portugués, Ley 99/2003 de 27 de agosto, Diário da República núm. 197.

⁵⁶⁰ Art.11 de la Ley 14/1994.

⁵⁶¹ Redacción según Ley 29/1999, de 16 de julio, de Modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal.

⁵⁶² Redacción según Ley 29/1999, de 16 de julio, de Modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal.

obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta⁵⁶³; 2) Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas⁵⁶⁴ o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa y 3) Cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución». La duración del contrato prevista para el primero de los supuestos es de, como máximo, «tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Para el segundo, como máximo de 6 meses, dentro de un período de 12 meses, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas, si bien por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el período dentro del cual se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir; en tal supuesto, el período máximo dentro del cual se podrán realizar será de 18 meses, no siendo posible superar la duración del contrato las tres cuartas partes del período de referencia establecido ni, como máximo, 12 meses. Para el tercer supuesto, como máximo hasta que finalice la causa de reserva del puesto de trabajo.

Como ya se ha reiterado anteriormente, es la temporalidad de los contratos lo que se justifica, de forma destacada, los contratos celebrados entre una ETT y una empresa usuaria. No obstante, los empresarios, están constantemente buscando maneras

⁵⁶³ La jurisprudencia sigue especificando el supuesto del art. 15 y añade dos requisitos más: “que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas”. STS 24 de abril de 2006 (RJ 2006, 3628).

⁵⁶⁴ Conviene aclarar que lo que caracteriza la acumulación de tareas es, precisamente, “la desproporción existente entre el trabajo que se ha de realizar y el personal que se dispone, de forma tal que el volumen de aquél excede manifiestamente de las capacidades y posibilidades de éste; y ello se produce tanto cuando se trata de aumento ocasional de las labores y tareas que se tienen que efectuar aún estando al completo la plantilla correspondiente, como cuando, por contra, se mantiene dentro de los límites de la normalidad el referido trabajo pero, por diversas causas, se reduce de modo acusado el número de empleados que ha de hacer frente al mismo. En estos casos en que el indicado desequilibrio o desproporción se debe a la existencia de vacantes o puestos fijos sin cubrir, y la entidad empleadora no puede llevar a cabo la normal cobertura de las mismas con la rapidez adecuada por impedírsele la existencia de normas legales o reglamentarias que exigen que tal cobertura se lleve a efecto mediante el cumplimiento de una serie de trámites y requisitos, es totalmente lógico entender que se está ante unos supuestos de acumulación de tareas”. SSTS de 30 de abril de 1994 (RJ 1994, 6312), 3 (RJ 1995, 775) y 15 de febrero 1995 (RJ 1995, 1158).

de falsear los requisitos impuestos por la Ley o consagrados por la jurisprudencia. Inevitablemente eso se hace presente, sobre todo en el sector de la construcción civil, donde, para justificar la duración del contrato de obra, dentro de una empresa contratista o subcontratista, condicionan la duración de la relación laboral a la duración de la contrata, lo que constituye “una formidable herramienta de flexibilidad para los empresarios y más para este tipo concreto, y en paralelo tiene un alto coste social por la precariedad que produce en el empleo”⁵⁶⁵.

También conviene resaltar que durante mucho tiempo la contratación a través de ETT fue considerada como una forma de precariedad laboral, sobre todo en los casos en que para cubrir un puesto permanente en la empresa, se utilizaba un contrato laboral determinado, configurando un “mantenimiento casi permanente de trabajadores en idénticos puestos de trabajo, continuamente redefinidos mediante la concatenación sucesiva y fraudulenta de la contratación temporal estructural”⁵⁶⁶.

La principal novedad presentada por la Ley 35/2010, de relevancia en este punto, y que radica en que trata de igualar los derechos entre trabajadores de la empresa usuaria y los trabajadores cedidos, si bien hay un punto negativo que persiste tras esta reforma, y que se encuentra en la contratación de trabajadores a través de una ETT, ya que estos trabajadores, a pesar de que muchas veces desarrollan la misma o muy semejante actividad que los demás trabajadores fijos de la empresa, no han recibido la misma formación que estos últimos, de forma que posiblemente, estarán más desmotivados, debido a elevada supervisión a que estarán sujetos; la falta de perspectivas de lograr un puesto de trabajo fijo; además de la inestabilidad laboral, que son obligados a convivir. Estos y otros motivos hacen que a la larga el trabajo temporal no sea tan lucrativo para las empresas, porque lo que ganan en el menor coste salarial inmediato lo pierden en productividad y calidad futura, máxime si se tiene en cuenta que en la EU repercutirá en el precio de los salarios de los trabajadores.

Y por último, cabe la diferencia existente en una ETT y una cesión ilegal de trabajadores, prevista en el artículo 43 ET, anteriormente explicada. En cuando las ETTs conserven “el ejercicio des poder de dirección, control y sanción sobre sus empleados, cuando las órdenes e instrucciones sean realmente dadas por la empresa de servicios, poco cabe objetar. Pero cuando por el contrario, estas mismas empresas se

⁵⁶⁵ ÁLVAREZ CUESTA, H., *La precariedad laboral, análisis y propuestas de solución*, cit., p. 25.

⁵⁶⁶ ÁLVAREZ CUESTA, H., *La precariedad laboral, análisis y propuestas de solución*, cit., p. 21.

limiten a ser un mero mecanismo interpositorio, cuyo poder de dirección no sea más que formal, ejerciendo la teórica principal la dirección y control de la actividad de estos empleados, no cabrá sino hablar de una clara cesión ilegal, sometida a las sanciones de todo tipo previstas en la legislación laboral”⁵⁶⁷.

5.4 Filialización

La licitud de la filialización, así como las demás estrategias de organización empresarial, está respaldada por el principio constitucional de la libertad de empresa, reconocido en el artículo 38 CE, una vez que, si el empresario tiene autonomía para abrir o cerrar una empresa, también podrá hacerlo de forma parcial, al transferir una de las actividades desarrollada por su empresa a otra, denominada filial.

De acuerdo con dicho artículo, está permitido a las sociedades, “dividirse o escindirse en dos o varias y, al mismo tiempo o en momento posterior, traspasar parte de su personal a la nueva persona jurídica, aunque en los términos y con las garantías que la ley tiene establecidas”⁵⁶⁸.

La filialización está intrínsecamente relacionada con las causas del proceso descentralizador. Por esta razón, también la visión al respecto de las dimensiones empresariales ha cambiado considerablemente en los últimos años.

Teniendo en cuenta la competitividad en el mercado, las empresas buscan estrategias de “coordinación y competitividad entre las distintas unidades empresariales”. En primer término, para adecuarse al mercado tienen que contar con una “información rápida y veraz sobre los cambios que se producen en el mercado y, en segundo término, ser más flexibles en su configuración para adaptarse con presteza a dichos cambios. Ambos requerimientos abogan a favor del adelgazamiento de las

⁵⁶⁷ CALVO GALLEGOS, F. J., “La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios”, *TL*, núm. 56, 2000, p. 91.

⁵⁶⁸ MORENO GENE, J., “Algunas cuestiones sobre la identificación del empresario en los procesos de filialización”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza (Ed. MTSS), 1999, p. 708.

estructuras empresariales y de descomposición de las megaempresas en unidades productivas menores y dinámicas, más fácilmente adaptables”⁵⁶⁹.

Como se ha dicho, la visión que antes se tenía respecto de las pequeñas y medianas empresas, vistas como débiles, ineficaces y sin recursos ha cambiado. Entre otras causas, está el hecho de que ellas han presentado con el paso del tiempo una mejor adaptabilidad a las turbulencias y oscilaciones del mercado, sobretodo en épocas de crisis económica, tornándose en corporaciones con un elevando potencial en un mercado de alto nivel.

Fue por la respuesta ofrecida por las pequeñas y medias empresas frente a la crisis económica y a la gran competencia en el mercado, que las grandes empresas dejaron de ostentar sus gigantes dimensiones y empezaran a estudiar de qué manera podrían hacer frente a dichas situaciones con mayor solvencia. Una de las alternativas encontradas como forma de reorganización empresarial es la filialización, que cada vez tiene más peso en el ambiente empresarial, fruto de las economías globalizadas.

Lo que lleva a que las “megaempresas parecen haberse convertido en fósiles muy poco atractivos y por ello desarrollan rápidas estrategias de autodivisión y delegación de cometidos y funciones entre una series de sociedades (pre-existentes o creadas *ad hoc*) que mantienen vínculos (“*outsourcing*”) más o menos estrechos con la matriz que les diera origen”⁵⁷⁰.

Las estrategias del mercado se dirigen a buscar “la desintegración de los procesos productivos, distribuyendo cada una de sus fases entre unidades empresariales menores y sustituyendo en la medida de lo posible el trabajo subordinado por «redes» contractuales de naturaleza mercantil”⁵⁷¹.

Al principio, la filialización era tratada como una especie de subcontratación⁵⁷², no en vano se trata de una restructuración empresarial, donde la misma empresa crea

⁵⁶⁹ El entrecomillado pertenece a PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Filialización. Grupos de la empresa”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit., pp. 632 a 634.

⁵⁷⁰ GARMENDIA ARIGÓN, M., “Filialización”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Montevideo (Ed. Fundación de Cultura Universitaria), 2000, p. 202.

⁵⁷¹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Filialización. Grupos de la empresa”, en AA.VV. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit., p. 632.

⁵⁷² En Francia a este fenómeno se le llamó filialización. LEITE, J., “Direito do trabalho na crise (relatório geral)”, en AA.VV.: *Temas de direito do trabalho – Direito do trabalho na crise. Poder empresarial. Greves atípicas. IV Jornadas Luso-hispano-brasileiras de direito do trabalho*, cit., pp. 40 y 41.

una o más empresas filiales jurídicamente autónomas, pero que en realidad son dependientes de la primera y a ellas se les confía la ejecución de tareas que antes eran realizadas por la empresa contratante.

Por lo tanto, la filialización no deja de ser otra fórmula más para “articular la descentralización productiva, aunque quizás su interés reside en su novedad y su alta difusión. Esta operación societaria supone la descomposición de una empresa en una pluralidad de empresas menores, cada una de las cuales actúa en el mercado como una sociedad provista de personalidad jurídica diferenciada pero mantiene con las demás empresas producto de la fragmentación estrechas relaciones económicas y de todo tipo como consecuencia de su pertenencia a un mismo grupo empresarial”⁵⁷³.

Con el paso del tiempo, por filialización se entiende el proceso de “descomposición de una empresa, normalmente de grandes dimensiones – aunque no siempre – y de configuración societaria, en toda una miríada de empresas menores, cada una de las cuales comparece en el mercado como una sociedad provista de personalidad jurídica diferenciada, pero manteniendo entre ellas estrechas relaciones, económicas y de todo tipo, como consecuencia de su pertenencia a un mismo grupo empresarial”⁵⁷⁴. Es decir, la estructura empresarial se divide en dos, la “gran empresa” se limita a permanecer con la parte de la actividad productiva en que puede aportar más valor a la misma, repartiendo las demás funciones entre otras empresas, pequeñas, en general surgidas “*ad hoc*”, las cuales mantienen una estricta relación económica de colaboración y, en algunos casos, incluso de subordinación a la empresa matriz.

La filialización consiste, a la poste, en el “fraccionamiento de una sociedad que da lugar a varias sociedades”⁵⁷⁵, es un supuesto de “sucesión parcial de empresa”⁵⁷⁶.

No es, pues, demasiado esclarecedor que la característica típica y esencial en todos los procesos de filialización, que hace posible la distinción entre la empresa

⁵⁷³ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 37.

⁵⁷⁴ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Filialización. Grupos de la empresa”, en AA.VV. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 629 y 630.

⁵⁷⁵ JUÁREZ PÉREZ, P., *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades*, cit., p. 180.

⁵⁷⁶ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Filialización. Grupos de la empresa”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 638.

matriz y la empresa filial, es justamente, “la existencia de algún grado controlador jurídicamente relevante”⁵⁷⁷.

Cuatro son las razones que hacen de la filialización una forma de descentralización productiva muy utilizada por las empresas⁵⁷⁸: razones económicas, tecnológicas, fiscales o laborales.

Por lo que hace a la primera, cabe mencionar las denominadas economías de escala, que están presentes en cada fase del ciclo productivo. Con el aumento de empresas filiales también la producción aumenta considerablemente, pues la producción de bienes y servicios se duplica, triplica y así sucesivamente. La economía de escala está relacionada con la filialización por este factor, pues una vez aumentada la producción, el coste de cada producto/servicio disminuye debido a la cantidad que se produce. La estrategia de multiplicación de filiales hace que haya un aumento de la producción. El hecho de que acaezca una distribución funcional entre las empresas hace que sin aumentar su dimensión, crezca el grado de colaboración entre la empresa matriz y las filiales, así como de estas con sus proveedoras.

También la tecnología ha favorecido el aumento de la creación de las empresas filiales, ya que éstas tienen que adaptarse a la realidad del mercado, dejando de producir en exceso para estar al día de la oferta y la demanda y abandonando los elevados números de stocks. Eso sólo es posible a través de las tecnologías de información que reducen las economías de escala técnica de las unidades productivas, además de favorecer a la descentralización de los ciclos productivos y a la externalización de las funciones antes desarrolladas internamente para que estas también pudiesen ser desarrolladas por las empresas filiales

Los incentivos fiscales destinados a las PYMEs desde los distintos gobiernos también son una razón de peso para el fortalecimiento de las empresas filiales. En general, una vez creada la filial, la empresa, ya sea pequeña o mediana, no aumenta su tamaño, expande su producción pero sigue siendo beneficiaria de las ventajas fiscales existentes. La carga tributaria es mucho menos elevada para las PYMEs, por eso las

⁵⁷⁷ GARMENDIA ARIGÓN, M., “Filialización”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 207.

⁵⁷⁸ La explicación de las razones que ayudan a aumentar el número de la creación de empresas filiales está basada en el texto de PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Filialización. Grupos de la empresa”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 632 a 635.

corporaciones buscan, cada vez más, reducir su dimensión para conseguir la forma menos gravosa, en términos fiscales, de permanecer en el mercado. De este modo, la creación de filiales se torna mucho más atractiva a la hora de expandir la producción empresarial.

Las razones laborales también han influido al aumento del número de empresas filiales porque la pequeña empresa ya ha demostrado no ser débil. Todo lo contrario, se muestra una firme y capaz de competir en un mercado cada vez más competitivo y arriesgado. Pero aun así, le es asignada una protección laboral especial, que, “en la medida en que simplifica y facilita la gestión empresarial de los recursos humanos de la empresa, incentiva las estrategias descentralizadoras. La singularidad de las relaciones laborales en las PYMEs viene dada por la menor presencia sindical, menor incidencia de la negociación colectiva, menor conflictividad laboral y gran protagonismo de la relación directa trabajador-empresario”⁵⁷⁹.

Cuando una empresa decide separar de su proceso productivo una o varias funciones, quedándose solo con alguna(s) de ella(s) y distribuyendo las otras entre una o varias pequeñas empresas independientes y autónomas, ésta puede elegir entre mantener sólo un vínculo económico con las mismas o establecer una relación más estricta. Es decir, la función es descentralizada a otra empresa y aunque ésta tenga una cierta autonomía, queda subordinada y controlada a la voluntad y jerarquía de la empresa matriz, no en vano la nueva empresa fue creada únicamente para satisfacer una necesidad de la empresa matriz.

En otras palabras, “en la primera la descomposición organizacional también va acompañada de un desmembramiento real de las fases del proceso productivo, que son asumidas por entidades verdaderamente autónomas e independientes. En la segunda, en cambio, la atomización de la empresa constituye exclusivamente una estrategia decidida, planificada y dirigida por ella misma y, en consecuencia, el desprendimiento y delegación de fases del proceso productivo se mueve en un plano más formal que real. Finalizado el proceso, la empresa matriz tendrá una apariencia notoriamente más pequeña, pero conservará incólume su poderío económico”⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Filialización. Grupos de la empresa”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit., pp. 635 y 636.

⁵⁸⁰ GARMENDIA ARIGÓN, M., “Filialización”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 204.

El éxito empresarial “depende cada vez más de la calidad de la red de relaciones con otras empresas que haya sabido trabar”. Una gran empresa no es sino “una fachada detrás de la cual se mueven una multitud de unidades descentralizadas”⁵⁸¹.

La filialización consiste en una estrategia empresarial, donde la empresa matriz crea “una sociedad filial que atiende una concreta rama o sector de la actividad de la sociedad matriz, con la independencia y autonomía derivada de la personalidad jurídica diferenciada”⁵⁸².

La filialización puede ser entendida como una transmisión parcial de la empresa que, por consiguiente, va a estar amparada por el artículo 44 ET, ya que la misma no deja de ser una “segregación de un centro o unidad productiva autónoma para su transmisión a una empresa filial o para su constitución como filial del grupo”⁵⁸³.

Por otro lado, el proceso de filialización es muy semejante al proceso del *outsourcing*. Se diferencia únicamente de éste por lo siguiente: 1) en el proceso de *outsourcing* no existe un vínculo jerárquico entre las empresas; existe colaboración económica empresarial, pero no fiscalización y vigilancia por parte de la empresa principal; 2) la empresa *outsoucer* ya existía y ha demostrado ser la más capacitada para ejecutar la función descentralizadora; fue por eso la elegida por la empresa principal; el poder de la empresa principal disminuye una vez que no mantiene el control de la actividad externalizada; además de conservar una dependencia recíproca con la empresa *outsoucer*, esta última desarrollará la actividad de la mejor manera posible porque quiere seguir manteniendo con la empresa principal el contrato de *outsourcing*, y la empresa principal se queda en la expectativa de que así sea, para que pueda competir en el mercado con productos más innovadores, con más calidad y a un precio más bajo; 3) en la filialización, ocurre un fenómeno parecido, pero diferente; la empresa matriz o principal, a pesar de externalizar una de sus actividades hacia la empresa filial, sigue manteniendo el mismo control y la jerarquía sobre ésta.

⁵⁸¹ El entrecomillado pertenece a PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Filialización. Grupos de la empresa”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit., p. 637.

⁵⁸² BELTRÁN MIRALLES, S., “Notas sobre la sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa: la filialización de unidades productivas autónomas”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza (Ed. MTSS), 1999, p. 690.

⁵⁸³ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Filialización. Grupos de la empresa”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit., p. 641.

La empresa matriz no pierde su poder. Antes, al contrario, en muchos casos, aumenta, pues a pesar de aparentemente tener una empresa con dimensiones menores, también ejercerá su poder sobre la empresa filial. No obstante, en los supuestos en que la empresa matriz ejerce un poder controlador diminuto sobre la empresa filial, los institutos del *outsourcing* y de la filialización pueden ser confundidos, quedando la diferencia en el contrato existente entre las empresas. Por lo tanto, lo que une empresas de entidades distintas y con cierta autonomía es, bien la participación en el capital social, bien la vinculación personal, a través de miembros directivos o bien por vínculos jurídicos, mediante contratos.

Uno de los supuestos más claros de filialización como estrategia descentralizadora es el que tiene lugar cuando “se transfiere parcialmente parte de una empresa a otra, creada como filial, para contratar con ella la realización de obras o servicios de la primera, al tiempo que se le transmite todo o parte del personal ocupado en aquellas actividades”⁵⁸⁴.

La doctrina, acertadamente, considera la filialización como un supuesto de “sucesión de empresas”, regulado por el artículo 44 ET. Si esta delante de un caso de transmisión parcial y no total. Para que esta “sucesión parcial” sea considerada válida, la fracción transmitida debe constituir una “unidad productiva autónoma” y en el proceso no debe encontrar ningún indicio de fraude. Si en la filialización se reconoce estas dos características, no hace falta agregar ninguna otra explicación jurídica. Se configurará simplemente un supuesto de sucesión parcial de la empresa⁵⁸⁵.

No hay que olvidar tampoco que la sucesión empresarial o la transmisión empresarial es un fenómeno que se encuentra dentro del grupo de empresas. Tanto es así que al mismo tiempo que la doctrina española considera la filialización como una forma de transmisión empresarial, también esta considera la existencia de un grupo de empresas, formado por la empresa matriz, y por la filial/filiales, ya que cada una de ellas mantiene su autonomía e independencia, además de tener cada una de ellas una personalidad jurídica propia.

⁵⁸⁴ RIVERO LAMAS, J., “Proyecciones de la descentralización productiva, Instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV.: (RIVERO LAMAS, J. Dir. y VAL TENA, Á. L. de, Coord.): *Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., p. 46.

⁵⁸⁵ GARMENDIA ARIGÓN, M., “Filialización”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 212.

La matriz puede ejercer un poder sobre la filial, bien sea cuando crea la empresa filial y se hace propietaria de la mayoría del capital social de la filial, o bien sea cuando intervenga de forma considerable en el capital social de una empresa ya existente en el mercado y se convierta en su filial, no olvidando, empero, que la empresa matriz, puede dejar que la empresa filial tenga una cierta autonomía. Por lo tanto, la empresa matriz se hace valer de otros instrumentos jurídicos capaces de establecer un cierto vínculo entre ellas. En este último caso, la filialización no se confunde con el *outsourcing*; más bien, se utiliza como un mecanismo jurídico y accesorio, destinado a impedir que la filial pueda negociar al mismo nivel de igualdad que la empresa matriz⁵⁸⁶.

Para que haya filialización, hace falta la existencia de: 1) una unidad productiva autónoma, bastando con que lo transmitido sea susceptible de funcionamiento independiente aunque requiera aportaciones suplementarias; 2) que en ella no concurren elementos que permitan afirmar la existencia de un fraude de ley, en los términos del artículo 6.4 del CC⁵⁸⁷.

Lo que caracteriza la filialización son, pues, las siguientes notas típicas: 1) “es una manifestación de los procesos que genéricamente pueden identificarse como de “atomización” o “descomposición” empresarial; 2) supone la existencia de una pluralidad de entidades que, al menos en el plano jurídico-formal, se presentan como autónomas; 3) es una estrategia de organización decidida y ejecutada por y para la empresa matriz (o su sustento económico real), la que siempre mantiene algún grado de control o supervigilancia de la actividad de las empresas que pasan a conformar el grupo que se genera una vez realizado el cambio; 4) dicho control o supervigilancia no es meramente el resultado natural de un fenómeno de mercado, sino que forma parte de una estrategia organizacional que se asegura mediante instrumentos jurídicos de diversa índole (participaciones societarias, contratos de “*outsourcing*” condicionados, etc.); 5) es un proceso continuo, dinámico y que usualmente resulta objeto de sucesivas profundizaciones; 6) como consecuencia de lo antedicho es, al mismo tiempo,

⁵⁸⁶ En este sentido ver GARMENDIA ARIGÓN, M., “Filialización”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., pp. 208 y 209. El autor hace la una clasificación de la filialización en “a) Filialización desconcentrada propia; b) Filialización descentralizada tutelar; c) Filialización desconcentrada impropia y d) Filialización descentralizada autónoma.

⁵⁸⁷ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Filialización. Grupos de la empresa”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 642 a 648.

instrumento de descomposición delegación (organizacional, funcional, jurídica, etc.) y mecanismo de concentración de capitales; 7) puede presentarse bajo distintas variedades y graduaciones, tanto en lo referente a la forma en que se origina, como en lo que tiene relación con el nivel de dependencia o autonomía con que se manejan las filiales”⁵⁸⁸.

Para que una filial sea reconocida como tal, tiene que demostrar tener condiciones económicas, materiales y de personal suficiente, para desarrollar la actividad empresarial cedida. Si la organización entre la empresa matriz y filial se confunde, no siendo posible distinguir si la organización es de la cedente o de la cesionaria, puede dar lugar a la existencia “de fraude, en tanto que existen trabajadores que atienden a ambas empresas, dándose el supuesto de plantilla común, o la existencia de caja única en cuanto al pago de salarios, que podrían ser indiciarios de fraude en cuanto que determinan confusión patrimonial”⁵⁸⁹, de la misma forma que habrá fraude en los supuestos de apariencia externa unitaria.

Por eso, a pesar de estar autorizada por el artículo 38 de la CE, no se descarta la posibilidad de que, en algunos casos, los supuestos de filialización encubran “situaciones fraudulentas en que de manera artificial pretenda diluirse la figura del empresario y así huir de las responsabilidades jurídicas previstas por el ordenamiento laboral”⁵⁹⁰.

Las filiales creadas o ya existentes mantienen relación con la matriz. La filial desarrollará una actividad que la empresa matriz ya no hará, pero siempre controlando la actividad de la filial. En los casos en que la filial sea “una mini copia” de la matriz, podrá ser confundida con una empresa del grupo. Lo que diferencia a una de la otra es el poder controlador o la autonomía real de cada una de ellas. La unión de las empresas del grupo, a pesar de existir una empresa matriz, la existencia de un poder jerárquico entre ellas no es un requisito obligatorio para que se den. En general, hay poder jerárquico, pero no es un requisito indispensable. Esto no pasa en las empresas filiales que desde su

⁵⁸⁸ GARMENDIA ARIGÓN, M., “Filialización”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 206.

⁵⁸⁹ BELTRÁN MIRALLES, S., “Notas sobre la sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa: la filialización de unidades productivas autónomas”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 696 y 697.

⁵⁹⁰ MORENO GENE, J., “Algunas cuestiones sobre la identificación del empresario en los procesos de filialización”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 709.

inicio están subordinadas/controladas por la empresa matriz y, esa distinción tiene más sentido cuando se habla de las responsabilidades inherentes a cada una de las empresas.

Para que la filialización sea caracterizada como una transmisión parcial de la empresa, será necesario que “la unidad productiva que se transmite a la filial constituya un conjunto de elementos productivos o patrimoniales, dotados de la suficiente autonomía funcional, quedando excluidos supuestos de transmisión de elementos materiales o instrumentales aislados, sin sustantividad propia. En consecuencia, y como prolongación de la autonomía, la transmisión ha de permitir la continuidad de la actividad empresarial, esto es, la permanencia de ésta como unidad organizativa de producción que configura la identidad del objeto transmitido”⁵⁹¹.

Así, “la escisión o constitución de filiales como modalidad de transmisión parcial de empresa es una opción perfectamente legítima, siempre que la misma se ajuste a los requisitos exigidos por el ordenamiento y a los criterios que los tribunales han venido exigiendo para que pueda entrar en juego el mecanismo subrogatorio previsto en el artículo 44 ET, a saber: que el objeto de la transmisión sea efectivamente una unidad productiva organizada, con capacidad para ser explotada de forma autónoma e independiente, y que la sucesión no persiga eludir la aplicación de las garantías de los trabajadores o hacer ineficaces los derechos reconocidos a éstos”⁵⁹².

En los casos en que la nueva empresa, creada por la matriz, desarrolle una actividad distinta y nunca hubiera sido desarrollada por alguna de las empresas del grupo, la responsabilidad solidaria sólo será aplicada cuando aparezcan situaciones patológicas en el seno del grupo. Situación distinta ocurre cuando la empresa filial empieza a desarrollar una actividad antes realizada por la empresa matriz o por otra empresa filial, ya que hay una transmisión del objeto a ser desarrollado por la filial y, por lo tanto, estará contemplado por el artículo 44 ET. La jurisprudencia, desde luego, admite la sucesión empresarial en el seno del grupo de empresas, pero también advierte que dichos supuestos deben ser contemplados con cautela y que todas las medidas

⁵⁹¹ BELTRÁN MIRALLES, S., “Notas sobre la sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa: la filialización de unidades productivas autónomas”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 694.

⁵⁹² MORENO GENE, J., “Algunas cuestiones sobre la identificación del empresario en los procesos de filialización”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 712.

deben ser aplicadas adecuadamente para que sean evitadas las situaciones producidas de modo fraudulento⁵⁹³.

Para que la filialización esté encuadrada en un supuesto de transmisión parcial, prevista en el artículo 44 ET, es necesario que se cumplan aquellos requisitos que exige este precepto para que haya transmisión empresarial. En primer lugar, debe concurrir “un elemento subjetivo representado por la transferencia directa o tracto sucesivo del antiguo empresario al nuevo adquiriente y, en segundo lugar, se requiere un elemento objetivo consistente en la entrega efectiva de todo el conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, que permitan la continuidad de la actividad empresarial, es decir, la permanencia de esta unidad socioeconómica de producción que configura la identidad del objeto transmitido”⁵⁹⁴.

La decisión de la empresa dominante en trasladar sus trabajadores a la empresa filial. Será lícita siempre que se tenga en cuenta el artículo 44 ET y sean respetados todos los derechos adquiridos por los trabajadores en la empresa matriz⁵⁹⁵.

Esta decisión tiene que ser comunicada a los representantes de los trabajadores a través de un informe, que debe ser emitido con suficiente antelación a la fecha del traspaso. El artículo 64.1.5 ET atribuye al comité de empresa la facultad de emitir un informe, en un plazo de quince días, cuando ocurra alguno de los supuestos de “fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa” o cuando suponga “cualquier incidencia que afecte al volumen de empleo”.

La obligación de notificar el cambio de empresario a los representantes legales de los trabajadores recae sobre el cedente y, en su defecto, sobre el cesionario, pero por tratarse de una obligación sucesoria, el incumplimiento de la misma no condiciona la validez de la transmisión empresarial operada⁵⁹⁶.

⁵⁹³ BELTRÁN MIRALLES, S., “Notas sobre la sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa: la filialización de unidades productivas autónomas”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 692 y 693.

⁵⁹⁴ MORENO GENE, J., “Algunas cuestiones sobre la identificación del empresario en los procesos de filialización”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 710 y 711.

⁵⁹⁵ BELTRÁN MIRALLES, S., “Notas sobre la sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa: la filialización de unidades productivas autónomas”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 693.

⁵⁹⁶ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Filialización. Grupos de la empresa”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 648.

Salvo los casos en que la filialización sea considerada fraudulenta o declarada delito, “de las obligaciones nacidas con posterioridad a la misma – señaladamente las derivadas del despido – responderá exclusivamente el empresario cesionario”. No obstante, existen casos en que la empresa filial creada no tiene patrimonios o estructura financiera para asumir dichas responsabilidades. En estos casos, la buena aplicación de “la institución del «fraude de ley», servirá para impedir de una parte, torticeras operaciones de elusión de responsabilidad y, de otra, que iniciativas empresariales que han resultado sin más inviables graven sobre el conjunto del grupo”⁵⁹⁷.

Al encuadrar la filialización en el ámbito de aplicación del artículo 44 ET, o en los casos que la creación de una empresa filial configura la aparición de un grupo de empresas, la intención del Derecho Laboral no es frenar estas operaciones, sino que se limita a “encauzarlas dentro del principio de buena fe”⁵⁹⁸.

Con relación a la carga de la prueba de la responsabilidad en los casos de sucesión empresarial por sociedades filiales, por una parte, cuando la filial surge por una sucesión empresarial, “puede ser indiciario de una interdependencia de las actividades empresariales entre la sociedad matriz y la filial; y, por otra parte, los elementos externos de prueba, a cargo del trabajador, son más fácilmente aprehensibles por el propio hecho de la sucesión”⁵⁹⁹.

Ahí, está prohibido el reconocimiento de la filialización como transmisión empresarial, siempre y cuando estén presentes elementos fraudulentos, abuso de derecho o ejercicio antisocial del artículo 44 ET, es decir, siempre que la práctica se traduzca en la intención de negar los derechos de los trabajadores o defraudar algún acreedor al ocultar la real identidad del empresario responsable. Es decir, “estos supuestos fraudulentos normalmente consistirán en actuaciones empresariales destinadas a provocar la insolvencia de las diversas empresas resultantes del proceso de filialización y, por tanto, a menoscabar los derechos de los trabajadores de las mismas”

⁵⁹⁷ El entrecomillado pertenece a PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Filialización. Grupos de la empresa”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 654 y 655 respectivamente.

⁵⁹⁸ MORENO GENE, J., “Algunas cuestiones sobre la identificación del empresario en los procesos de filialización”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 709.

⁵⁹⁹ BELTRÁN MIRALLES, S., “Notas sobre la sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa: la filialización de unidades productivas autónomas”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 699.

razón por la cual, “no tiene lugar el efecto subrogatorio establecido en el artículo 44 ET, constituyendo las diversas empresas una única realidad empresarial con independencia de su distinta identidad jurídica formal”⁶⁰⁰.

Las responsabilidades del artículo 44 ET se limitan a las nacidas con anterioridad a la transmisión – salvo que ésta sea declarada delito –. “Se trata de conseguir que de las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos que resulte del cierre de la empresa filial responda exclusivamente ésta, una empresa a la que se ha transferido la sección o actividad improductiva y que está descapitalizada. Las operaciones descentralizadoras, por tanto, que tengan por finalidad manifiesta la elusión de las responsabilidades laborales que corresponderían a la empresa matriz de no haberse producido la sucesión empresarial, deben sancionarse aplicando el artículo 6.4 CC y declarando la responsabilidad solidaria de ambas empresas, matriz y filial”⁶⁰¹.

En este sentido y también en los casos de sucesión empresarial en el seno del grupo de empresas, mediante la filialización, fuera de los supuestos patológicos, el artículo 44 ET “impone la conservación de las relaciones de trabajo en todos sus términos, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior, así como la responsabilidad solidaria durante tres años respecto a las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas, así como de las obligaciones posteriores a la transmisión cuando la misma fuese declarada delito”⁶⁰².

Uno de los principales problemas generados en los supuestos de transmisión empresarial, más precisamente en los casos estratégicos de filialización, es el relacionado con los derechos de los trabajadores, una vez que los afectados por la transmisión parcial de la empresa ya no ostentan ninguna relación con su antiguo

⁶⁰⁰ El entrecomillado pertenece a MORENO GENE, J., “Algunas cuestiones sobre la identificación del empresario en los procesos de filialización”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit., pp. 713 y 714.

⁶⁰¹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Filialización. Grupos de la empresa”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit., p. 647.

⁶⁰² MORENO GENE, J., “Algunas cuestiones sobre la identificación del empresario en los procesos de filialización”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 1999, p. 710, en este mismo sentido también BELTRÁN MIRALLES, S., “Notas sobre la sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa: la filialización de unidades productivas autónomas”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit., pp. 694 y 700.

empresario, pero tienen derecho a mantener sus condiciones laborales del antiguo convenio. De forma que “el nuevo empresario – normalmente la persona jurídica constituida «ad hoc» – se subroga en la posición contractual del anterior y el convenio colectivo que venía siendo aplicado lo sigue siendo en sus mismos términos, sin que el hecho de la pertenencia de la nueva empresa a un sector o subsector de actividad bien específica se desprendan, por ahora, mayores consecuencias”⁶⁰³.

Los procesos de filialización “constituyen, junto a los procesos de adquisición de participaciones societarias, la forma más habitual de creación de un grupo de empresas”, no en vano la dinámica de surgimiento de un grupo de empresa empieza con el “establecimiento de diversas vinculaciones (económicas, financieras, comerciales, personales, de dirección, de plantilla, etc.) que dan lugar a una dependencia que conduce al ejercicio de una dirección económica unitaria”⁶⁰⁴.

Por lo tanto, para que el proceso de filialización constituya una forma de creación de un grupo de empresas, tiene que existir una dirección unitaria, que en general es desempeñada por la empresa matriz, sin olvidar que cada una de las empresas, ya sea matriz y/o filiales, tienen que tener su personalidad jurídica independiente.

Al igual que otras formas de descentralización, también la filialización, generador del grupo de empresas, puede implicar una forma de perjudicar a los acreedores y/o trabajadores, cuando, por ejemplo, una de las empresas traslada su producción a otra, dando a entender que la primera no posee condiciones financieras en aras a soportar las obligaciones que haya asumido. Es, por eso, que la jurisprudencia viene entendiendo cómo, ante una de las figuras del fraude de ley, abuso de derecho o ejercicio antisocial de derechos, la responsabilidad empresarial debe extenderse “a las sociedades del grupo, distintas a la que desde un punto de vista formal aparece como empresario”⁶⁰⁵.

⁶⁰³ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Filialización. Grupos de la empresa”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit., p. 650.

⁶⁰⁴ El entrecomillado pertenece a MORENO GENE, J., “Algunas cuestiones sobre la identificación del empresario en los procesos de filialización”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit., pp. 714 y 715.

⁶⁰⁵ MORENO GENE, J., “Algunas cuestiones sobre la identificación del empresario en los procesos de filialización”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit., p. 718.

Por tanto, aunque las empresas del grupo presenten una autonomía y una personalidad jurídica propia e independiente, reiteradas veces la jurisprudencia ha entendido que para evitar el abuso de Derecho o el fraude de Ley (artículo 1.2 y 6.2 CC) a través de la ya explicada teoría del levantamiento del velo y del principio de la primacía de la realidad por encima de las formas jurídicas, hay que reconocer que el grupo de empresas se trata de una sola empresa, con una personalidad única en el ámbito laboral, aplicándose así, la responsabilidad solidaria de todos sus miembros⁶⁰⁶.

Cuando se efectúa la transmisión de los trabajadores de la empresa matriz a la empresa filial, y ambas empresas pertenecen a un mismo sector y están regidas por un mismo convenio colectivo, los efectivos afectados no serán perjudicados, toda vez que siga en vigor la aplicación del mismo convenio colectivo.

No obstante, la cuestión se complica cuando en la empresa de destino se encuentra en vigor otro convenio colectivo distinto. No hay en la Ley ningún instrumento capaz de conseguir una homogeneización de las condiciones de trabajo existentes en el convenio colectivo de los trabajadores cedidos con las existentes en el convenio colectivo de la empresa cesionaria. Los que defienden la cohabitación de los dos convenios se apoyan en la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, cuyo artículo 3.3 establece que las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo se conservarán después del traspaso, «en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de la aplicación de otro convenio colectivo». De la aplicación de la norma comunitaria se extrae que lo que prevalece es el convenio al cual pertenecía el trabajador en su antigua empresa, no necesariamente tratándose del convenio colectivo más favorable, manteniéndose en vigor dicho convenio hasta que el mismo pierda su vigencia y entre en vigor uno nuevo de aplicación a todos los trabajadores⁶⁰⁷.

En búsqueda de una solución a este problema, con la intención de conseguir una homogeneización de los estatutos jurídicos de ambos colectivos que, debido al proceso de transmisión han de convivir en una misma empresa, son dos las posibilidades

⁶⁰⁶ MORENO GENE, J., “Algunas cuestiones sobre la identificación del empresario en los procesos de filialización”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit., p. 718.

⁶⁰⁷ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Filialización. Grupos de la empresa”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit., pp. 651 a 654.

existentes. En primer lugar, “alcanzar un pacto de modificación sustancial de condiciones de trabajo con los representantes legales de los trabajadores en los términos del artículo 41 ET, pacto que podrá afectar a cualesquiera condiciones contractuales. Las referidas a cuantía salarial, horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistema de trabajo y rendimiento, incorporarlas al convenio estatutario. En segundo lugar, negociar un pacto colectivo homogeneizador de naturaleza extraestatutaria, absolutamente respetuoso de las condiciones mínimas previstas en convenio estatutario y, eventualmente, dotarlo de eficacia general mediante adhesiones individuales”⁶⁰⁸.

En conclusión, los procesos de filialización están entre las nuevas formas de empresa más buscadas en la actualidad, porque concilian “la concentración y la descentralización o flexibilización. En este sentido, la filialización comporta en primer lugar la fragmentación del proceso productivo en varias fases para asignar posteriormente cada una de éstas a una empresa filial distinta, lo que supone una descentralización empresarial de la actividad productiva de la empresa que ya no realizará por sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades de la misma, pero al mismo tiempo permite la subsistencia de diversos mecanismos (acuerdos o convenios comerciales, vinculaciones financieras, vinculaciones personales, etc....) que permiten la subsistencia de una dirección económica unitaria respecto de todas las empresas filiales, propia de todo proceso de concentración empresarial. La filialización hace posible por tanto alcanzar un grado de integración entre las empresas que les permita hacer frente a las referidas necesidades impuestas por el mercado, pero al mismo tiempo les permite conservar un cierto grado de flexibilidad y descentralización, haciendo fácilmente posible la modificación de la estructura empresarial cuando así nuevamente lo imponga el mercado”⁶⁰⁹.

⁶⁰⁸ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Filialización. Grupos de la empresa”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 656.

⁶⁰⁹ MORENO GENE, J., “Algunas cuestiones sobre la identificación del empresario en los procesos de filialización”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 708.

5.5 Franquicias

El primer caso de franquicia surgió en Norteamérica, en el año de 1892, como consecuencia de la imposibilidad de expansión de sus industrias para el oeste y este del país a través de una actuación directa y de capitales propios⁶¹⁰.

Pero no fue hasta los años 50 del siglo XX cuando esta nueva forma de distribución de bienes o servicios, denominada franquicia o *franchising*⁶¹¹, empezó a tener importancia cuantitativa.

La introducción de la franquicia en el territorio europeo se ha producido por la inserción de empresas Norteamericanas, como McDonald's, en Europa. El franquiciador era una empresa estadounidense y el franquiciado una empresa europea. Y sólo en los años 80 la franquicia se expandió verdaderamente en Europa⁶¹².

Al contrario de lo que sucedía en los casos de la subcontratación, donde la empresa auxiliar sólo tenía conexión con el mercado de consumo a través de la empresa principal, en el caso de las franquicias se han invertido los términos por completo, pues es la empresa auxiliar que está al frente, siendo ella la que mantiene conexión con el consumidor final, de modo que “las empresas dominantes renuncian a gestionar directamente la actividad comercial, que se la encargan a pequeñas empresas, si bien con la especialidad de que continúan controlando el desarrollo de esa fase de la actividad económica y, con ello, se puede afirmar que siguen integradas dentro del mismo ciclo productivo si bien sea en régimen de descentralización productiva”⁶¹³.

La franquicia está regulada en España por el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y más concretamente en el artículo 2.1 del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, que considera actividad comercial en régimen de franquicia, “aquella que se realiza en virtud del contrato por el cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, en un mercado determinado, a

⁶¹⁰ RIBEIRO, M^a. de F., *O Contrato de Franquia*, Coimbra (Ed. Almedina), 2001, p. 12.

⁶¹¹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., “Nuevas formas de organización empresarial, Deslocalización, Descentralización y Externalización. Empresa Principal, Contratas y Subcontratas”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 15, 2005, p. 111.

⁶¹² RIBEIRO, M^a. de F., *O Contrato de Franquia*, cit., p. 13.

⁶¹³ CRUZ VILLALÓN, J., “Outsourcing y relaciones laborales”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 262.

cambio de una contraprestación financiera directa, indirecta o ambas, el derecho a la explotación de una franquicia, sobre un negocio o actividad mercantil que el primero venga desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito, para comercializar determinados tipos de productos o servicios y que comprende, por lo menos: 1) el uso de una denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato; 2) la comunicación por el franquiciador al franquiciado de unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular; y, 3) la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo; todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente.”

Así, se reconoce la franquicia por ser “un sistema o modelo de organización empresarial que se basa en la colaboración y cooperación ente empresarios. Es una vía más de descentralización productiva en la que, no obstante, se mantiene un elemento de control empresarial de la empresa que descentraliza (franquiciadora) respecto de la empresa que asume la actividad (franquiciada)”⁶¹⁴.

Por lo dicho, la franquicia opera “siguiendo los mismos criterios que otros fenómenos de descentralización: la empresa matriz se reserva aquello que tiene mayor valor y que mejor puede controlar (la marca, el *know-how*, la propiedad intelectual) y cede su uso temporal a otros empresarios para que éstos lo exploten”⁶¹⁵.

Los sujetos del contrato de franquicia son: por un lado, el franquiciante, que es quien “controla la transferencia del *know-how* y el consiguiente entrenamiento de un sistema prestablecido y de relevante prestigio”; y, por otro lado, el franquiciado, que es “aquel comerciante autónomo e independiente, que debe financiar por sí mismo con capital propio, la iniciación de un negocio, pagando al franquiciante una suma como derecho de ingreso a la franquicia y posteriormente un porcentaje sobre las ventas que realice en el negocio”⁶¹⁶. El segundo actúa bajo la dependencia del primero, que “conserva determinadas condiciones de control que pueden alcanzar a aspectos tales

⁶¹⁴ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 324.

⁶¹⁵ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., 2005, p. 129.

⁶¹⁶ El entrecomillado pertenece a GOLDFLUS, S., y GADEA, E., “El contrato de *Franchising*”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Montevideo (Ed. Fundación de Cultura Universitaria), 2000, pp. 216 y 217.

como el tipo de trabajadores que deben emplearse, número de éstos, tipos de contratos o de formación que han de recibir aquéllos (que puede ser asumida por el propio franquiciador)”⁶¹⁷.

En otras palabras, a través de la franquicia, el franquiciador “autoriza al franquiciado a utilizar el nombre (marca), la tecnológica y el método de trabajo, a cambio del pago de un precio, pero sujeto a condiciones impuestas por el franquiciador. De esta forma, se produce, a través de terceros, la expansión de la empresa franquiciadora, que mantiene su estructura de empresa “delgada” y conserva una relación de colaboración con la empresa franquiciada”⁶¹⁸.

En definitiva, el recurso a la franquicia produce “un efecto similar de adelgazamiento y dispersión de la entidad empresarial: la gran empresa organizada a través de sucursales repartidas geográficamente es sustituida por un sistema de colaboración entre empresarios independientes que se distribuyen distintas fases del proceso productivo y que se reparten la geografía del mercado”⁶¹⁹.

La franquicia se presenta, así, como “una operación a través del cual se produce la cesión entre dos o más empresarios de un conjunto de elementos inmateriales. Y su interés reside también en que ésta se ha convertido en una modalidad contractual ampliamente extendida en empresas dedicadas al sector servicios en las que, como antes se señalaba, los activos intangibles adquieren una especial relevancia”⁶²⁰.

No existe entre el franquiciante y el franquiciado un contrato laboral, pues ambas empresas “conservan su autonomía e independencia jurídica”. Se trata de “dos empresarios autónomos, que trabajan de manera integrada, bajo las reglas comunes de actuación que impone la franquicia: el franquiciado, en contraprestación a la asunción del riesgo, al pago de un canon inicial y de un porcentaje sobre las ventas, recibe del franquiciante un producto, tangible o intangible, original o previamente experimentado

⁶¹⁷ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 325.

⁶¹⁸ FERNÁNDEZ BRIGNONI, H., “Las actuales formas de la descentralización productiva”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Montevideo (Ed. Fundación de Cultura Universitaria), 2000, p. 74.

⁶¹⁹ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 131.

⁶²⁰ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 128.

y el *know-how* y la asistencia técnica necesarios para la instalación, puesta en marcha y desarrollo del negocio”⁶²¹.

Por lo expuesto, se puede decir que en el contrato de franquicia o *franchising*, “una empresa concede a unas empresas independientes, en contrapartida de un canon, el derecho de presentarse bajo su razón social y su marca para vender unos productos o servicios”⁶²². En este mismo sentido, la jurisprudencia viene definiendo el contrato de franquicia “como el celebrado entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas (franquiciador) otorga a la otra (franquiciado) el derecho a utilizar bajo determinadas condiciones de control, y por un tiempo y zona delimitados, una técnica en la actividad industrial y comercial o de prestación de servicios del franquiciado, a cambio de la entrega por éste de una contraprestación económica”⁶²³.

En esta contraprestación económica está incluido el precio inicial, cuando de la apertura del negocio se trata, así como también el de seguimiento del contrato de franquicia, pues el franquiciado tiene que hacer el pago mensual o anual, dependiendo de lo que establezca el contrato, un porcentaje de su facturación, mensual o anual, también llamado «*royalty*». Bajo esta perspectiva, el franquiciado “no es un mero agente de un tercero, sino un empresario autónomo que, en lugar de fundar su negocio en conocimiento y tecnología propios, lo hace tomándolos de otro empresario y pagando un precio por ellos con la finalidad última de conseguir un lucro propio”⁶²⁴.

Cabe diferenciar, no obstante, dos clases de franquicia: de distribución o comercialización y la franquicia de servicios o empresa. Las primeras constituyen en realidad “acuerdos de distribución o comercialización de un producto conforme a los cuales el franquiciador se compromete a proporcionar al franquiciado determinados productos, fabricados por él o por un tercero, que éste se limita a distribuir o

⁶²¹ El entrecomillado pertenece a ESCANCIANO RODRÍGUEZ, S. y BARREIRO GONZÁLEZ, G. J. M^a., “La expansión de las formas atípicas de trabajo y su necesaria protección social especial referencia a la franquicia y al contrato de agencia”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, p. 1833.

⁶²² GOLDFLUS, S., y GADEA, E., “El contrato de *Franchising*”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 216.

⁶²³ STS de 27 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6646), TSJ Cataluña 10 de noviembre de 2001 (AS 2001, 211), TSJ Andalucía, Sevilla 22 de julio de 2009 (AS 2009, 967), TSJ Cataluña 14 de enero de 2005 (AS 2005, 389).

⁶²⁴ ESCANCIANO RODRÍGUEZ, S. y BARREIRO GONZÁLEZ, G. J. M^a., “La expansión de las formas atípicas de trabajo y su necesaria protección social especial referencia a la franquicia y al contrato de agencia”, cit., p. 1833.

comercializar. Por ello, se considera más adecuado calificar jurídicamente este tipo de franquicias, denominadas de primera generación o franquicias de productos, como contratos de concesión y reservar la denominación de franquicia *stricto iure* para las de servicios o empresa. En éstas, la función del franquiciado no se limita a distribuir un determinado producto o a prestar conocimientos desarrollados por la empresa franquiciadora (*know-how*) de forma que al sistema distributivo que debe desarrollar el franquiciado se añade un *marketing plan* que aporta el franquiciador. La franquicia de empresa o de servicio puede ofrecer, a su vez, diversas modalidades según si el franquiciado asume directamente la producción de bienes (*Yoplait*), se encarga de la distribución de los productos fabricados por el franquiciador (*Benetton*) o se encarga de la prestación de servicios (*McDonalds*), pero en todas ellas concurre un elemento común: el franquiciador aporta los conocimientos o técnicas, esto es, el método operativo que el franquiciado debe reproducir en la producción de bienes, en su distribución o en la prestación de servicios”⁶²⁵.

A diferencia de otras formas de empresa, donde el valor radica sobre todo en sus elementos materiales, en la franquicia los elementos verdaderamente esenciales para la explotación del negocio “no son el mobiliario o el local, aunque puedan tener un indudable valor económico, sino que el elemento fundamental de la explotación es el fondo de comercio, la clientela obtenida, o que se pueda obtener, por la explotación de la marca, la buena imagen y el sistema de técnicas comerciales, ya experimentado con éxito, del franquiciador”⁶²⁶.

Al realizarse un contrato de franquicia, ambas partes contratantes asumen el riesgo del negocio, de manera que el franquiciador aporta “su nombre, prestigio y saber hacer, arriesga su posición en el mercado y su proyección en el mismo, así como las ganancias derivadas del concreto establecimiento del franquiciado, quien, aportando el local y el capital, arriesga estas inversiones e igualmente las ganancias a obtener utilizando la implantación del franquiciador en el mercado, de manera que ambos comparten riesgos y ganancias formando en su conjunto una empresa común aun cuando se reserven espacios propios, obteniendo los beneficios y mejoras en el tráfico

⁶²⁵ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 130.

⁶²⁶ GIL Y GIL, J.L., “Aspectos laborales del contrato de franquicia”, *RTSS (CEF)*, núm. 12, 2000, p. 64, citado por DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 140.

comercial”. Está claro que se trata de dos personas jurídicas distintas, independientes, con capitales diferenciados y con socios y administradores propios en cada empresa. Por lo tanto, la asociación entre las dos empresas, matriz y filial, no supone una confusión patrimonial, así como también está claro que el franquiciado está sujeto a las condiciones impuestas por el franquiciador, pues juntamente con la franquicia asume dichas condiciones, para poder ejercer la actividad empresarial. Ambos tienen un interés común: que el negocio tenga éxito y pueda beneficiar tanto franquiciador como franquiciado. Con la expansión comercial por medio de una franquicia, sendos sujetos estarán “identificados por el nombre comercial, rótulo y marca del franquiciador, todos ellos uniformados por tales bienes industriales, así como por la expedición de los mismos productos o la prestación de idénticos servicios, suministrados o propiciados por el titular del nombre y de acuerdo con sus instrucciones y su supervisión, cuya buena marcha y prestigio se obtiene del buen hacer tanto del franquiciador como de cada uno de los franquiciados, ya que de la estandarización de todos los establecimientos y de la oferta por parte de los mismos de idénticos bienes y servicios, de manera que lleguen al cliente con el mismo nivel de calidad, depende, al final, el mantenimiento del prestigio de la marca y, por consiguiente, su lugar en el mercado, así como su potencialidad de competir con otras marcas⁶²⁷.

En la franquicia tiene lugar una transmisión de los bienes inmateriales fundamentales para que el franquiciado pueda desarrollar la misma actividad empresarial del franquiciador, a la par que en algunos casos, también la cesión de algunos bienes materiales. Estos bienes son calificados como “una entidad económica en cuanto está integrada por el conjunto de medios necesarios para desarrollar una actividad económica con identidad propia. Por ello, la creación de una franquicia o la sustitución de un franquiciado por otro podrían constituir verdaderos supuestos de transmisión de empresa”⁶²⁸.

Tanto es así que en muchas sentencias se argumenta la configuración del supuesto de transmisión empresarial cuando hay una sustitución del franquiciado. En este sentido, cuando hay transmisión de elementos patrimoniales con los cuales el nuevo

⁶²⁷ El entrecomillado son fragmentos extraídos de la decisión del TSJ Madrid 21 de mayo de 2002 (JUR 2002, 286089).

⁶²⁸ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., pp. 139 y 140.

titular o cesionario sigue ejecutando la actividad desarrollada por el anterior franquiciado, ello implica, a estos efectos, la configuración de la transmisión de una entidad económica autónoma. La diferencia entre la transmisión y la franquicia, es que en esta última ha de concurrir obligatoriamente una transferencia de los elementos materiales, inmateriales, y el *know how* que identifican la empresa como franquiciada y permiten a ésta desarrollar la misma actividad ejercida por el franquiciador. En la transmisión ocurre algo parecido, lo único que, en ésta se exige solo que la actividad ejercida por el primero siga siendo desarrollada por el segundo, pero no tiene que observar ningún patrón, es decir, en la transmisión no hay ningún tipo de vínculo entre el nuevo y el antiguo empresario y en la franquicia el nuevo empresario tiene que observar lo establecido por el franquiciador.

Cuando hay, un cambio de franquiciante, la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de reconocer la existencia de transmisión empresarial, prevista en el artículo 44 ET. Así, a título ejemplificativo, un pronunciamiento judicial ha considerado que, estando probada “la transmisión de unos elementos patrimoniales con los cuales el nuevo titular o cesionario sustituyó en la actividad formativa de informática al anterior, ello implica, a estos efectos, que lo transmitido, por sí sólo, constituía una entidad económica autónoma y diferente de la franquicia como tal y dispuesta para operar o generar una actividad económica igual o muy similar a la anterior sin la existencia de ésta. En otras palabras, la franquicia de la que era franquiciado el cedente de bienes materiales, no puede subsistir sin estos elementos u otros similares, pero la actividad formativa de informática sí podía continuar (y de hecho continuó desde mediados de enero) sin la transmisión (al menos formal) de la franquicia”⁶²⁹.

Por lo tanto, en la celebración de la franquicia cuando se produzca la sustitución de un franquiciado por otro, cuando, finalizada la vigencia del contrato, el franquiciador decide contratar con un nuevo empresario, se puede afirmar que “existe transmisión de empresa en la medida en que dicha operación de sustitución implica necesariamente la cesión o transmisión a éste del paquete de franquicia en el que se incluyen todos los elementos necesarios que permiten identificar la empresa. Además, dado que la franquicia lleva conexas un pacto de distribución geográfica que supone, directa o indirectamente, la exclusividad en determinada zona, la existencia de

⁶²⁹ TSJ Asturias 3 de febrero de 2006 (AS 2006, 3284).

transmisión requiere que al nuevo franquiciado se le encomiende la misma zona geográfica que estaba a cargo del anterior empresario”⁶³⁰. No obstante, en aquellos casos, que por aplicación del artículo 44 ET, la celebración de la franquicia no supone siempre una transmisión de una empresa, porque por más que sea la misma actividad y bajo los mismos conceptos (marca, *know-how*, etc.) de la empresa franquiciadora, se trata de una empresa nueva, sin cambio de titularidad.

Se observa, por ende, que, la transmisión del local y de los elementos materiales configura la transmisión, pero sólo estos elementos, sin la marca, *know how*, entre otras cosas que identifican la empresa como una empresa franquiciada, no son suficientes para que se pueda configurar la existencia de una verdadera franquicia. Para dar lugar a la transmisión “lo esencial es la sucesión o sustitución de un empleador por otro que continúe la actividad del primero, siendo irrelevante la forma o título en virtud del cual se produce ese cambio en la titularidad, pues lo decisivo a los fines de este precepto (artículo 44 ET) es la sustitución en la posición jurídica del empresario, siendo indiferente que la sustitución sea temporal o definitiva... Téngase en cuenta que para ser empresario no es necesario ser propietario de los bienes materiales fundamentales que constituyen la empresa, pues lo importante, a este respecto, es la capacidad de dirección y gestión, es decir, la titularidad de la explotación del negocio”⁶³¹.

En la práctica, lo más frecuente es que el nuevo franquiciado continúe desarrollando la actividad del antiguo franquiciado en los mismos parámetros que éste hacía, en el mismo local, con las mismas instalaciones, utilizando la marca y las informaciones y técnicas proporcionadas por el franquiciador, pero sin que haya existido una transmisión de derecho y disfrute por parte del franquiciador para el nuevo franquiciado. Desde la perspectiva jurídica, en este caso, “no hay transmisión de dichos bienes materiales entre anterior y nuevo franquiciado, ni tampoco entre franquiciador y franquiciado. La transmisión se produce desde un tercero ajeno a la franquicia. En estos casos, tiene lugar una disociación o separación de la transmisión de los bienes materiales y de los inmateriales y ello, sin embargo, no obstaculiza la existencia de un cambio de titularidad de una entidad económica”⁶³².

⁶³⁰ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 144.

⁶³¹ TSJ Asturias 3 de febrero de 2006 (AS 2006, 3284).

⁶³² DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p.141.

En resumen, se puede concluir que el franquiciador tiene la facultad de ceder o poner a disposición del empresario franquiciado todos los bienes materiales para que este último pueda desarrollar la actividad, no obstante, esta opción no es lo que caracteriza el contrato de franquicia. Lo que resulta imprescindible es la transmisión de los bienes inmateriales, como el *know-how*, las marcas o el nombre comercial, es decir, lo que se transmite al franquiciado son aquellos elementos que caracterizan a la empresa como una franquicia de la empresa matriz, para que pueda desarrollar la misma actividad empresarial, en los mismos moldes que esta última. En lo que se refiere a los bienes materiales, la adquisición del mobiliario, instrumental y locales necesarios para el desarrollo de la actividad, puede ser una obligación que recaiga directamente sobre el franquiciado que tendrá que amoldar los bienes materiales a las características fijadas por el franquiciador⁶³³.

Por lo expuesto, la finalidad de la franquicia es “permitir al franquiciado, a cambio de una contraprestación, desarrollar una actividad empresarial conforme a un modelo, a una organización de empresa que ya ha sido experimentada con éxito por el franquiciador”. De esta forma, el franquiciador debe aportar al franquiciado, por una parte, el *know-how*, es decir, los conocimientos prácticos derivados de la experiencia referidos a la presentación o promoción de los productos para su venta (marketing de publicidad), a la gestión administrativa y financiera (sistemas financieros y contables), así como al aspecto industrial (*know-how* de fabricación). Por otra parte, debe poner a disposición del franquiciado la asistencia técnica y comercial, incluida la formación de los trabajadores dependientes del franquiciado, necesaria para conseguir que la actividad se desarrolle de forma homogénea en el seno de la franquicia. Finalmente, el franquiciador debe ceder al franquiciado el uso de los signos distintivos, la marca, el nombre comercial, que identifican a la empresa frente a otras del mismo sector”. En resumen, “su finalidad es transmitir el derecho a usar el modelo de empresa diseñado por el franquiciado, operando como una réplica de la empresa original”⁶³⁴.

La actividad comercial desarrollada por medio de los contratos de franquicia “mejora normalmente la distribución de productos y la prestación de servicios, puesto

⁶³³ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., pp. 136 a 139.

⁶³⁴ El entrecomillado pertenece a DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 138.

que da a los franquiciadores la posibilidad de crear una red de distribución uniforme mediante inversiones limitadas, lo que facilita la entrada de nuevos empresarios en el mercado, particularmente en el caso de las pequeñas y medianas empresas, con el consiguiente aumento de la competencia entre marcas. A la vez, permite que los comerciantes independientes puedan establecer negocios más rápidamente y, en principio, con más posibilidades de éxito que si tuvieran que hacerlo sin la experiencia y la ayuda del franquiciador, abriéndoles así la posibilidad de competir de forma más eficaz con otras empresas de distribución”⁶³⁵.

Desde el punto de vista empresarial, el contrato de franquicia presenta innumerables ventajas tanto para el franquiciador como para el franquiciado. El primero expande su negocio, sin aumentar sus costes, en lo que se refiere a costes fiscales o laborales, una vez que todo el coste que supone un trabajador será soportado por el franquiciado. De la misma manera, el franquiciado consigue muchos beneficios, el mayor de ellos radica en la disminución de los riesgos, pues ya tiene conciencia del éxito comercial que tiene el franquiciador, siendo mucho más seguro empezar un negocio por medio de una franquicia de cero que empezar de forma independiente.

No obstante, no todo son ventajas. Como en otras formas de descentralización, también es el trabajador es el que más sufre las consecuencias, sea en el ámbito individual o sea en el colectivo. Una de las características de las franquicias es el condicionamiento del franquiciante a las imposiciones hechas por el franquiciador. Y, como una cadena, estas condiciones (formación profesional, reglas de comportamiento hacia los clientes, horario de trabajo de acuerdo con la franja establecida por la empresa matriz, vestimentas iguales en todas las empresas de las franquicias, para que el consumidor, al mirar el trabajador pueda identificar la marca, etc.) se transmiten a los trabajadores. Además, en los casos en que la franquicia se expande hacia el exterior, fruto del fenómeno de la deslocalización, que como ya se ha explicado anteriormente, en general ocurre en países donde la legislación laboral es escasa o casi nula, da lugar a situaciones de falta de protección social, semejantes a las que existían en los tiempos de la revolución industrial, “produciéndose una importante paradoja: las nuevas estrategias

⁶³⁵ Exposición de motivos del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores.

organizativas empresariales se lucran de viejas condiciones laborales, lo cual desde todos los puntos de vista no supone sino un claro retroceso⁶³⁶.

Por la propia peculiaridad existente en el contrato de franquicia, el franquiciador tiene derecho de intervenir en la organización de las franquicias, fiscalizando la ejecución de la producción o del servicio, bien interviniendo en la manera con que el franquiciado gestiona la franquicia, bien incluso en la toma de decisiones empresariales, caso de que conste en alguna cláusula del contrato, esta posibilidad, delimitando de esta manera la autonomía del empresario franquiciado⁶³⁷.

El control por parte del franquiciado de la ejecución de la actividad por parte de franquicia es aún más riguroso cuando la actividad que identifica la empresa matriz es una prestación de servicio. Teniendo en cuenta que es imprescindible para ambas empresas, en aras al éxito del negocio, que en todas las empresas de la franquicia los servicios prestados obedezcan a un mismo patrón de calidad, aunque la prestación venga acompañada de la oferta de bienes de la misma marca, el control sobre los trabajadores tiene que ser más efectivo, ya que, son estos trabajadores “los llamados a realizar la actividad de que se trate, poniendo finalmente en el mercado el servicio identificado por la marca, y por ello habrán de ser formados para llevar a efecto la prestación en la forma predeterminada por el franquiciador, reunir las características requeridas por éste, y tener la aptitud necesaria, que solo puede ser apreciada por el mismo, que es el que fija la forma en que tal servicio se ha de prestar y la calidad que ha de obtenerse, y ello, habrá de ser, lógicamente supervisado de forma continua para evitar que cada concreto establecimiento desarrolle o desvirtúe las iniciales directrices⁶³⁸”.

Por lo tanto, en estos casos se justifica que el franquiciador tenga influencia, incluso, sobre la contratación del personal, o para exigir del franquiciado que mantenga un cierto criterio a la hora de reclutar mano de obra, además de proporcionar la debida formación a estos trabajadores. Y ello porque, si el trabajo desarrollado por los trabajadores asalariados no responde la manera que el franquiciador exija o no lo

⁶³⁶ ESCANCIANO RODRÍGUEZ, S. y BARREIRO GONZÁLEZ, G. J. M^a., “La expansión de las formas atípicas de trabajo y su necesaria protección social especial referencia a la franquicia y al contrato de agencia”, cit., p. 1833.

⁶³⁷ ESCANCIANO RODRÍGUEZ, S. y BARREIRO GONZÁLEZ, G. J. M^a., “La expansión de las formas atípicas de trabajo y su necesaria protección social especial referencia a la franquicia y al contrato de agencia”, cit., p.1834.

⁶³⁸ TSJ Madrid 21 de mayo de 2002 (JUR 2002, 286089).

ejecuten de forma correcta, este “«mal trabajo» repercutirá necesariamente sobre el franquiciante, quien puede adoptar decisiones que, una vez acatadas por el franquiciado, conlleven a la adopción de alguna de las medidas –ya conocidas– previstas en los arts. 40, 41, 51 o 52 ET”⁶³⁹.

Este control tiene que ser hecho sobre todas las empresas de la franquicia, y también en los casos de cambio del franquiciado, pues se trata de salvaguardar la “fama” que posee el franquiciador, por la cual éste tiene que velar, y por eso controla y fiscaliza a la empresa franquiciada, porque está en juego la reputación, el prestigio, el nombre y la marca de la empresa en el mercado.

De esta forma, se hace necesario tener “una misma línea de trabajo y con una calidad y nivel semejantes, que lleve a todas las empresas a obtener una determinada fama en el sector, no solo en cuanto al trabajo de los profesionales, sino también en cuanto al trato al público que es esencial para el mantenimiento y grado de satisfacción de la clientela, de manera que tanto el franquiciador como el franquiciado han de tener una intervención constante y directa en el trabajo, y las directrices de aquél han de ser necesariamente continuas, para garantizar la uniformidad que tanto el propietario de la marca como los establecimientos franquiciados persiguen”⁶⁴⁰.

De acuerdo con lo expuesto, la franquicia aparece en el tráfico jurídico como una forma de colaboración especial, donde el franquiciado se compromete a seguir las órdenes y las condiciones impuestas por el franquiciador para dar inicio y continuidad a la actividad. No obstante, esta posibilidad que tiene el franquiciador, en la práctica, de fiscalizar y/o inspeccionar la calidad del servicio o del producto desarrollada por el franquiciado, ha conducido a una intervención exacerbada del franquiciador en la dirección y organización de la franquicia, circunstancia que lleva muchas veces hacer dudar a terceros si se trata de una empresa única, con una única dirección común para las empresas de la red de franquicia o si, en realidad, se trata de una verdadera franquicia, pues, desde luego, es el franquiciador quien asume el poder de dirección y control empresarial en el lugar del franquiciante.

⁶³⁹ ESCANCIANO RODRÍGUEZ, S. y BARREIRO GONZÁLEZ, G. J. M^a., “La expansión de las formas atípicas de trabajo y su necesaria protección social especial referencia a la franquicia y al contrato de agencia”, cit., p. 1835.

⁶⁴⁰ TSJ Madrid 21 de mayo de 2002 (JUR 2002, 286089).

Del hecho de que el empresario de la franquicia se limite a contratar a los trabajadores que irán a desarrollar la actividad, siempre bajo la “dependencia, organización y dirección de la empresa matriz”⁶⁴¹, derivan tres interrogantes importantes. 1) si el poder de dirección de la empresa matriz puede ser confundido con la empresa dominante en el grupo de empresas; 2) si el franquiciado podría ser considerado un trabajador autónomo, dependiente económicamente del franquiciador; y, 3) si el franquiciado es un empleador aparente o un simple suministrador del personal que presta servicios para la empresa, que de hecho se beneficia de la prestación laboral de los trabajadores contratados por el franquiciado

Con el fin de dar respuesta a estas incógnitas, procede tener en cuenta cómo la franquicia no se puede confundir con el grupo de empresa, porque el franquiciado es un empresario diferente e independiente del franquiciador, y el hecho de que este último haga inspecciones y controles en los locales del franquiciado, no configura la existencia de un grupo de empresas o de una unidad empresarial, puesto que el franquiciador sólo está protegiendo la propiedad intelectual cedida temporalmente al franquiciado. Por lo tanto, la inexistencia de una unidad empresarial no permite “extender a la empresa franquiciadora la responsabilidad por las deudas que el franquiciado tenga frente a sus trabajadores”⁶⁴².

El franquiciado ha llegado a ser considerado como un trabajador autónomo económicamente dependiente, por la jurisprudencia francesa, “siempre y cuando colabore de forma exclusiva con el franquiciador, ejerciendo la actividad en un local ofrecido o concertado por éste último y bajo las condiciones y precios que éste le imponga”⁶⁴³, de acuerdo con lo que prescribe el artículo L. 781-1 del Code du Travail.

La doctrina más autorizada llega a constatar la existencia de dos relaciones jurídicas distintas en el seno de un contrato de franquicia. “Una, que deriva del contrato de trabajo y que une al trabajador con el empresario formal (el franquiciado), y otra, material o real, que vincula al operario con el empresario franquiciante para el que

⁶⁴¹ ESCANCIANO RODRÍGUEZ, S. y BARREIRO GONZÁLEZ, G. J. M^a., “La expansión de las formas atípicas de trabajo y su necesaria protección social especial referencia a la franquicia y al contrato de agencia”, cit., p. 1834.

⁶⁴² DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 133.

⁶⁴³ ESCANCIANO RODRÍGUEZ, S. y BARREIRO GONZÁLEZ, G. J. M^a., “La expansión de las formas atípicas de trabajo y su necesaria protección social especial referencia a la franquicia y al contrato de agencia”, cit., p. 1835.

realmente presta servicios, relación esta última que no se articula mediante un contrato de trabajo ni mediante ninguna otra fórmula contractual, pero se trata de una relación jurídico-laboral de hecho”⁶⁴⁴.

Al respecto del deber de información, cabe aclarar, por un lado, que el franquiciador debe prestar al franquiciado todas las noticias necesarias, importantes y obligatorias sobre el contrato y demás elementos existentes en el acuerdo de franquicia, y por otro lado, que el franquiciado debe transmitir todos los extremos pertinentes a sus trabajadores sobre sus contratos laborales, de acuerdo con los arts. 8 y 64 del ET.

Cierto es que el franquiciado, al asumir la franquicia, también asume las obligaciones y directrices impuestas por el franquiciador, pues al final, de eso se trata, someter y limitar su poder de decisión a lo que establece el franquiciador, a cambio de dar seguimiento a una actividad ya reconocida en el mercado y que ya superó los riesgos del periodo de lanzamiento y por tanto, ya tiene la aceptación consolidada del mercado.

Otra consideración importante que debe ser hecha en los supuestos de franquicia, es cuando se produce un incumplimiento salarial con los trabajadores de una de las franquicias. En muchas ocasiones, se llegó a considerar la franquicia como grupo de empresas “con la finalidad de obtener una declaración de responsabilidad solidaria del franquiciador y del franquiciado por las deudas laborales frente a los trabajadores de este último”⁶⁴⁵, pero, en realidad, el incumplimiento por parte del franquiciado de la obligación de pagar los haberes de sus trabajadores, así como cuando no cumple con la obligación de cotizar y pagar las cuotas correspondientes a la Seguridad Social, son causas suficientes para que el franquiciante proceda a la resolución contractual, originando, consecuentemente el despido inmediato de todos los trabajadores que prestaban servicio a la franquicia⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ ESCANCIANO RODRÍGUEZ, S. y BARREIRO GONZÁLEZ, G. J. M^a., “La expansión de las formas atípicas de trabajo y su necesaria protección social especial referencia a la franquicia y al contrato de agencia”, cit., p. 1835.

⁶⁴⁵ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 132.

⁶⁴⁶ ESCANCIANO RODRÍGUEZ, S. y BARREIRO GONZÁLEZ, G. J. M^a., “La expansión de las formas atípicas de trabajo y su necesaria protección social especial referencia a la franquicia y al contrato de agencia”, cit., p. 1835.

5.6 Transmisión de empresa

5.6.1 Concepto

Se trata de un supuesto típico de descentralización productiva, pues consiste en “producir a través de otros empresarios y con los trabajadores de estos, desplazando hacia unidades productivas independientes o autónomas funciones o actividades que la empresa necesita para completar su ciclo productivo”⁶⁴⁷.

Al igual que las otras formas de descentralización, también ésta es un producto de las nuevas tecnologías y de los constantes cambios de la sociedad globalizada, a partir de los cuales, las empresas requieren, rápidamente, un crecimiento y una innovación para poder competir en el mercado cada vez más competitivo y devastador.

Para atender las necesidades de este mercado globalizado y sobrevivir en él, las empresas vienen presentando una cierta evolución, que en algunos momentos se descompone y en otros se recompone, lo que requiere, como se ha visto anteriormente para otros supuestos, un nuevo concepto de empresa en el ámbito del Derecho Laboral.

Este fenómeno empresarial está autorizado por el principio de la libertad empresarial (artículo 38 CE), y los empresarios se hacen valer, muchas veces, de este principio como una opción para reestructurar o salvar una empresa que está en dificultad. En estos casos, está claro que hay implicaciones para los trabajadores, pues ellos tendrán su contrato laboral afectado por el cambio de empleador. No se puede olvidar, que al mismo tiempo que el empleador tiene la libertad para cambiar la titularidad de su empresa, el trabajador también tiene el derecho individual en mantener su contrato.

El régimen jurídico de la transmisión empresarial está regulado por la ahora vigente Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001, que modifica la Directiva Comunitaria 98/50/CEE, de 29 de junio de 1998, que a su vez, modificó la Directiva 77/178/CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o partes de centros de actividad.

⁶⁴⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en AA.VV. (KURCZYN VILLALOBOS, P. Y PUIG HERNÁNDEZ, C. A., Coord.): *Estudios Jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, México (Ed. Instituto de Investigaciones jurídicas), 2003, p.741.

La letra b) de la actual Directiva impone que su normativa interna considere traspaso cuando una empresa, centro de actividades o parte de ellos sea transmitida a un nuevo titular, siempre que la entidad económica (entendida como la totalidad de los medios organizados) siga manteniendo su identidad a fin de dar cumplimiento a la actividad económica, «fuera esencial o accesorio».

En el ámbito nacional, este fenómeno fue autorizado por la Ley 12/2001, de 9 de julio, que ha dado nueva regulación al artículo 44 ET, que bajo el título de la sucesión de empresa, “aborda la regulación del fenómeno del cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma”. La función del precepto es básicamente “la de establecer una serie de garantías, individuales y colectivas, a favor de los trabajadores ante los fenómenos de cambio de titularidad empresarial y, a la vez, delimitar los efectos que dicho fenómeno puede producir sobre las relaciones laborales existentes en la empresa afectada por el cambio de titularidad”⁶⁴⁸.

Se refiere este artículo a los supuestos de cambios de titularidad, generadas por causas «inter vivos» o «mortis causa». Y de este mismo precepto se puede sustraer la idea de que el cambio puede ser producido de forma voluntaria o no.

En el caso de que la transmisión tenga lugar por actos «mortis causa», de conformidad con el artículo 49.1 g) ET, “será necesario que los sucesores acepten la herencia y continúen efectivamente la explotación de la empresa, pues, de lo contrario, se extinguirán los contratos de trabajo de los trabajadores que venían prestando servicios, bastando con la mera comunicación a éstos de la decisión de no continuidad, así como el abono de una cantidad equivalente a un mes de salario”⁶⁴⁹.

Esto significa que, a la hora de analizar si se trata o no de una transmisión empresarial, muchas cosas han de ser tenidas en consideración. No se puede hacer una generalización y aplicar las mismas condiciones en todos los casos. Habrá casos en los que la transmisión se consolide con la transmisión de los elementos materiales relevantes, en otros sólo eso no será suficiente, surgiendo la necesidad de traspasar los elementos inmateriales, y a su vez, también existirán casos en que la transmisión se producirá por la transferencia de personal afectado.

⁶⁴⁸ El entrecomillado pertenece a DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 71.

⁶⁴⁹ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, vol. II, Cizur Menor (Ed. Aranzadi), 2008, p. 2245.

La doctrina judicial viene entendiendo que para que, en realidad, exista la transmisión y se pueda aplicar lo establecido en la Directiva “han de tenerse en cuenta y valorarse en su conjunto las circunstancias del caso, entre ellas el tipo de empleo o establecimiento, la transmisión o no de elementos corporales, el valor de los elementos incorporeales, la asunción o no de lo esencial de los efectivos del nuevo empresario, la transferencia o no de la clientela, el grado de similitud de las actividades ejercidas antes y después y la duración de una eventual suspensión de actividades”⁶⁵⁰.

Como empresa se entiende la “organización económica en su conjunto”⁶⁵¹, pero la Directiva ha preferido utilizar el concepto de centro de trabajo e incluso una noción más amplia del concepto unidad productiva autónoma para la configuración de la transmisión⁶⁵².

Según el artículo 2, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001⁶⁵³, el cedente es el antiguo empresario y el cesionario el nuevo empresario que asume la empresa transmitida.

A su vez, el centro de trabajo “se caracteriza esencialmente por presentar una autonomía organizativa – entendiendo por tal la existencia de un poder de dirección del personal específico para la unidad considerada – y una dimensión locativa o material”⁶⁵⁴. Centro de trabajo o unidad productiva autónoma se refiere a que “la actividad empresarial precisará de un soporte patrimonial mínimo que sirva de sustento a su quehacer independiente, por lo que el cambio de titularidad requiere, conforme a lo expuesto, que se realice una transmisión de un conjunto de elementos esenciales”⁶⁵⁵.

⁶⁵⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en AA.VV. (KURCZYN VILLALOBOS, P. Y PUIG HERNÁNDEZ, C. A., Coord.): *Estudios Jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, cit., p.756.

⁶⁵¹ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 2240.

⁶⁵² RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en AA.VV. (KURCZYN VILLALOBOS, P. Y PUIG HERNÁNDEZ, C. A., Coord.): *Estudios Jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, cit., p. 751.

⁶⁵³ Artículo 2: 1. A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

a) «cedente»: cualquier persona física o jurídica que, a causa de un traspaso en el sentido del apartado 1 del artículo 1, pierda la calidad de empresario con respecto a la empresa, el centro de actividad o la parte de éstos;

b) «cesionario»: cualquier persona física o jurídica que, a causa de un traspaso en el sentido del apartado 1 del artículo 1, adquiera la calidad de empresario con respecto a la empresa, el centro de actividad o la parte de éstos.

⁶⁵⁴ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 2240.

⁶⁵⁵ TSJ Madrid 3 de marzo de 2011 (JUR 2011, 142395).

El artículo 1.5 ET delimita legalmente el concepto de centro del trabajo como “la unidad productiva autónoma con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral”. No ocurre lo mismo con la unidad productiva autónoma, que no está definida en la ley, siendo labor de la doctrina y la jurisprudencia la función de delimitar este concepto, al entender como unidad productiva autónoma “una parte de la empresa dotada de autonomía productiva, ya sea efectiva o meramente potencial”⁶⁵⁶.

En los supuestos de descentralización productiva, “cada vez más se hace difícil identificar la noción de unidad económica que se transmite, en especial para determinar los elementos que han de operar de forma decisiva en aras a reconocer su existencia, sobre todo porque el proceso, muy vinculado al fenómeno de externalización, de desmaterialización de las actividades económicas y la economía de los elementos materiales y locativos hayan perdido peso”⁶⁵⁷.

La unidad productiva autónoma “es una empresa que tiene, al menos, autonomía productiva, no presenta una base de carácter predominantemente espacial o geográfica, sino de carácter funcional”⁶⁵⁸. Este requisito, exigido para la configuración de la transmisión empresarial, se refiere a que “los elementos patrimoniales cedidos, constituyan una unidad de producción susceptibles de explotación o gestión separada; así pues no basta la simple transmisión de bienes, sino que éstos han de constituir un soporte económico suficiente para que continúe activa la acción empresarial precedente”⁶⁵⁹.

Por lo tanto, la unidad económica como entidad propia y autónoma, se traduce en “un conjunto organizado de bienes susceptibles de ser explotados de forma autónoma que permita la identidad de la organización productiva y la continuidad de la actividad por el nuevo empresario”⁶⁶⁰. Al tiempo que la entidad económica consiste en “un conjunto organizado de elementos (materiales, inmateriales y/o personales) que presenta

⁶⁵⁶ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 90.

⁶⁵⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en AA.VV. (KURCZYN VILLALOBOS, P. Y PUIG HERNÁNDEZ, C. A., Coord.): *Estudios Jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, cit., p. 752.

⁶⁵⁸ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 2240.

⁶⁵⁹ TSJ Madrid 10 de febrero de 2011 (JUR 2011, 161086).

⁶⁶⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en AA.VV. (KURCZYN VILLALOBOS, P. Y PUIG HERNÁNDEZ, C. A., Coord.): *Estudios Jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, cit., p.745.

una mínima autonomía funcional o aptitud productiva, con independencia de que se trate de una actividad accesoria o principal de la empresa”⁶⁶¹.

La referencia legal a la transmisión de una unidad productiva autónoma como supuesto de transmisión de empresa implica “la existencia de un soporte patrimonial mínimo”⁶⁶² transmisible para que resulte aplicable el régimen garantista del artículo 44 ET. En definitiva, “la transmisión de la unidad productiva autónoma aparece como un fenómeno de reproducción de empresas en la medida en que la transmisión de la unidad productiva autónoma supone la aparición de una empresa independiente, capaz de actuar con autonomía y de ofrecer bienes y servicios al mercado”⁶⁶³, no en vano la transmisión del activo tiene que ser suficiente para que el adquirente siga ejerciendo las actividades del cedente.

5.6.2 Requisitos

Son dos los presupuestos que ayudan a caracterizar la existencia de una auténtica transmisión de empresa. “El primero de ellos, de carácter netamente subjetivo, remite a un cambio de titularidad, esto es, a una alteración en el sujeto con poder de disposición sobre la explotación económica. El segundo presupuesto, de carácter objetivo, exige que el cambio de titularidad afecte a una empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma, esto es, a un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica”⁶⁶⁴. Dicha transmisión no será, necesariamente, siempre representada “sólo por los elementos patrimoniales”⁶⁶⁵, ella estará condicionada a “la

⁶⁶¹ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 2241. En este sentido STJCE Botzen 7 de febrero de 1985.

⁶⁶² RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en AA.VV. (KURCZYN VILLALOBOS, P. Y PUIG HERNÁNDEZ, C. A., Coord.): *Estudios Jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, cit., p.753.

⁶⁶³ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 91.

⁶⁶⁴ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 28.

⁶⁶⁵ LOY, G., “Alquiler y cesión de mano de obra”, cit., p. 32.

entrega al adjudicatario nuevo de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación del servicio”⁶⁶⁶.

La sustitución de la persona del empleador es lo que “genera el traspaso de la empresa, manteniendo la misma relación jurídica nacida del contrato de trabajo, así como los derechos y obligaciones inherentes a él. Dicha alteración de una de las partes de la relación laboral, que no es sino uno de los múltiples efectos de la transmisión empresarial, constituye el eje de la orientación legal de las Directivas comunitaria en la materia y del artículo 44 ET”⁶⁶⁷.

Sin embargo, según la jurisprudencia, “no es suficiente el cambio de titularidad (lo que en el presente caso es evidente) sino que es preciso que la transmisión de bienes o elementos patrimoniales constituyan un soporte económico bastante para mantener en vida la actividad empresarial precedente”⁶⁶⁸.

Así, de acuerdo con la aplicación de la Directiva Comunitaria de 2001 sobre transmisión de empresas se requiere como condiciones básicas: “1) que haya «identidad» en la «entidad económica» objeto de explotación, con independencia del cambio de propietario, y 2) que la transmisión se refiera a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada”. Para determinar si hay o no transmisión el juez nacional puede atender a una larga serie de factores («tipo de empresa o de centro de actividad», transmisión o no de elementos materiales», «valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión», «que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores», que se haya transmitido o no la clientela», «grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión» y «duración de una eventual suspensión de dichas actividades»), aunque siempre deberá hacer una evaluación de conjunto de los mismos, no una valoración aislada de alguno de ellos. En particular, «el desarrollo de una gestión económica propia con los elementos de explotación asumidos por un adjudicatario no se revela como un criterio determinante a la hora de comprobar la existencia de una transmisión de los elementos de explotación»⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶ TSJ Asturias 3 de febrero de 2006 (AS 2006, 3284).

⁶⁶⁷ JUÁREZ PÉREZ, P., *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades*, cit., p. 184.

⁶⁶⁸ STSJ Asturias 3 de febrero de 2006 (AS 2006,3284).

⁶⁶⁹ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 2242. Ver STJCE de 15 de diciembre de 2005, asunto Güney-Gorres.

Por no existir una legislación laboral específica sobre transmisión de empresa, la definición de los requisitos para que se reconozca la transmisión prevista en el artículo 44 ET supuesto una ardua labor doctrinal y jurisprudencial. Así, los elementos constitutivos del objeto de la transmisión, según la jurisprudencia son: “1) la transmisión tiene que afectar a un establecimiento empresarial en su conjunto o a una parte de él que constituya, una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada y 2) la transformación responde normalmente al principio de unidad de título y diversidad de modos en atención a las peculiaridades de los distintos bienes que integran el conjunto organizado objeto de transmisión”. En este sentido la doctrina de la Sala de lo Social del TS ha precisado que la sucesión de empresa requiere “la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales (...) que permite la continuidad de la actividad empresarial”⁶⁷⁰ y considera que, por ello, no puede apreciarse la sucesión cuando lo que se transmite “no es la empresa en su totalidad ni un conjunto organizativo, sino unos elementos patrimoniales aislados”⁶⁷¹.

El alcance de la transmisión puede ser “total (la empresa en su conjunto) o parcial (un centro de trabajo o una unidad productiva). Lo importante es distinguir entre la transmisión de elementos aislados, que no está en el artículo 44 ET, y la transmisión de un conjunto susceptible de explotación, sea total parcial, que sí está incluida en el precepto. La clave no es el criterio ontológico de la identidad, como dice el artículo 44. 2 ET copiando la Directiva, sino el criterio funcional: la idoneidad de lo transmitido para cumplir una función económica empresarial”⁶⁷².

En el artículo 44 ET también está incluido en el supuesto de hecho de la transmisión parcial de la empresa, considerada como tal, siempre y cuando lo transmitido “es susceptible tanto de calificarse como centro de trabajo cuando si constituye una unidad productiva autónoma”⁶⁷³.

De esta forma, queda claro que la transmisión puede ser total o parcial, en los casos de transmisión del centro de trabajo o de la unidad productiva autónoma, desde que lo transmitido esté dotado de “aptitud productiva de forma que la transmisión de

⁶⁷⁰ Sentencia de 27 de octubre de 1986 (RJ 1986, 5902)

⁶⁷¹ TSJ Asturias 3 de febrero de 2006 (AS 2006, 3284) y Sentencia de 4 de junio de 1987 (RJ 1987, 4127).

⁶⁷² DESDENTADO DAROCA, E., “Descentralización productiva, transmisión de empresa y grupos de sociedad en el concurso”, *TL*, núm. 108, 2011, p. 65.

⁶⁷³ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 90.

elementos aislados carente de conexión organizativa entre ellos que los capaciten para sustentar una actividad económica no determina el juego del régimen sucesorio previsto en el artículo 44 ET⁶⁷⁴.

Como se ha visto, la transmisión (parcial o total) puede ser de los bienes materiales o inmateriales. Cuando la transmisión empresarial se hace a través de la transmisión de los bienes materiales, ella está relacionada con toda la parte física de la empresa, con todos aquellos aparatos, maquinaria, local, etc., que son imprescindibles para el seguimiento del negocio.

También puede proceder la transmisión de bienes inmateriales, como *know-how*, marcas, propiedad intelectual, licencias, informaciones y cartera de clientes. Puede ser considerada, así, una efectiva transmisión de empresa, siempre y cuando estos elementos sean suficientes para el desarrollo de la actividad⁶⁷⁵. Son los casos en que la empresa no está caracterizada por sus bienes materiales, sino que lo imprescindible para la continuidad de la actividad en los mismos patrones del antiguo empresario, son los bienes inmateriales.

La transmisión de activos intangibles (como es el caso de la franquicia) es posible. En estos casos, lo que tiene que ser analizado es el valor atribuido a este tipo bien, que en la mayoría de las ocasiones presenta un valor superior al valor de los bienes materiales. De esta forma, “cuando el valor competitivo de la empresa reside en el *know-how*, en la aplicación de técnicas concretas que constituyen activos específicos de la empresa no generalizados ni empleados comúnmente por las empresas que actúan en el mismo sector de actividad, será la transferencia del conjunto organizado de dichos elementos lo que determinará la transmisión de una entidad económica. Lo contrario posibilitaría operaciones empresariales en las que a través de la transmisión separada de activos tangibles e intangibles se conseguiría eludir la aplicación de la normativa laboral de la transmisión de empresa⁶⁷⁶”.

Llevando en consideración que la parte que tiene más valor dentro de una empresa, no es su estructura física, sino sus ideas, la transmisión de la empresa puede englobar no sólo la estructura física sino también y principalmente otros valores. Hoy

⁶⁷⁴ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 91.

⁶⁷⁵ TSJ Asturias 3 de febrero de 2006 (AS 2006, 3284).

⁶⁷⁶ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 147.

en día, el valor de la empresa del tercer milenio no se mide sólo por sus elementos materiales activos, sino también y principalmente por sus elementos inmateriales y activos intangibles, que consisten básicamente en conocimientos y/o información sobre la actividad de la empresa a ser transmitida.

Entre estos elementos inmateriales están el capital humano, en lo cual la empresa puede presentar una plantilla muy bien capacitada y con elevada formación profesional general o específica; el capital tecnológico que “incluye los conocimientos relacionados con el acceso, la utilización y la mejora de las técnicas de producción; asimismo, el capital organizativo que incluye acuerdos de cooperación que la empresa tiene con proveedores, distribuidores y socios tecnológicos, además de su entramado de rutinas organizativas y su cultura empresarial; y finalmente, la reputación que es la imagen que de ella se tiene en función de su comportamiento en el pasado. La reputación es determinante para las relaciones de la empresa con los clientes”⁶⁷⁷.

En los casos de la franquicia, la transmisión de los bienes inmateriales e intangibles puede, como se ha visto anteriormente, caracterizar una transmisión empresarial, pero en otros supuestos de sustitución de empresarios colaboradores, ni siempre es fácil verificar si los bienes intangibles transmitidos son suficientes para que el nuevo empresario otorgue seguimiento a la misma actividad ejercida por el empresario cedente.

Ahora bien, aunque en los casos de franquicia sea más fácil identificar como transmisión empresarial los bienes intangibles transmitidos, esta solución no puede ser generalizada y tampoco ser aplicada indiscriminadamente. Así, para que “la transmisión de bienes intangibles pueda calificarse como transmisión de empresa y determinar la subrogación del nuevo titular de tales bienes en los contratos de trabajo del anterior es preciso que los activos transmitidos estén debidamente organizados para posibilitar el desarrollo de la actividad económica en las mismas condiciones que el anterior empresario”⁶⁷⁸.

Por lo tanto, “la regla que impone la continuidad de los contratos de trabajo, presupone así que se transmitan los elementos materiales e inmateriales necesarios para

⁶⁷⁷ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., pp. 52 y 53.

⁶⁷⁸ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 148.

asegurar la continuidad de la explotación, un complejo de bienes organizados y coordinados en funcionamiento que permitan continuar el proceso productivo”⁶⁷⁹.

5.6.3 Traspaso de mano de obra

Existe transmisión de empresa, en los supuestos de la transmisión de bienes materiales, y/o inmateriales, y aún, se puede perfectamente aceptar la existencia de una transmisión de empresa, cuando no se haya transmitido ni bienes materiales y tampoco inmateriales, pero el nuevo empresario se ha hecho cargo de la mayoría de los trabajadores, siempre y cuando la actividad se base en la mano de obra, ya que, “un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica”⁶⁸⁰.

Bajo tales premisas, la transmisión no plantea dudas, cuando lo que se transmite son elementos materiales o inmateriales para el seguimiento de la actividad, lo que sí genera algunas dudas, es cuando no hay transmisión de elementos patrimoniales relevantes, que son los casos de transmisión de "la actividad o servicio que se externaliza, o cuando, ya externalizada, en la llamada sucesión de contrata, se extinga la contrata anterior y se celebre una nueva contrata con un tercero, sobre todo cuando el servicio o actividad se preste en los locales de la empresa principal”⁶⁸¹.

En este mismo sentido, viene estableciendo la jurisprudencia que "sucesión en la contrata" o "sucesión en la plantilla" tiene lugar cuando una empresa sucede a otra en una determinada actividad y contrata a los trabajadores que empleaba en ella la anterior adjudicataria del servicio o concesión. Porque, si cuando un tercero sustituye a otro en la explotación de un servicio o concesión y asume parte de la plantilla del anterior adjudicatario de la actividad, se le obliga a asumir a todas las personas que estaban

⁶⁷⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en AA.VV. (KURCZYN VILLALOBOS, P. Y PUIG HERNÁNDEZ, C. A., Coord.): *Estudios Jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, cit., p.753.

⁶⁸⁰ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 2251.

⁶⁸¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en AA.VV. (KURCZYN VILLALOBOS, P. Y PUIG HERNÁNDEZ, C. A., Coord.): *Estudios Jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, cit., p.753.

empleadas en ella, más razones existen a favor de la pervivencia de los contratos laborales, suscritos con el fin de atender las necesidades de una determinada contrata, cuando no existe cambio en la titularidad de la actividad económica, sino continuidad de la misma, al haberse adjudicado de nuevo la explotación de esa actividad al mismo contratista⁶⁸².

La empresa, vista desde una perspectiva más funcional y organizativa, es un referente a la hora de establecer si hay o no transmisión en los casos de sucesión de contrata. Eso significa que, en los supuestos en que el nuevo contratista sigue ejerciendo la misma actividad del primero, no se tratará, necesariamente, de una transmisión empresarial, “pues una entidad no podría ser reducida a la actividad que realiza, sino que su identidad resulta de otros elementos como el personal que la compone, su encuadramiento, la organización de su trabajo, sus métodos o, en su caso, los medios de explotación a su disposición”⁶⁸³.

“No hay, por tanto, continuidad de una empresa sino sustitución de una por otra nueva y distinta. Desde la perspectiva del contratista, la finalización de una contrata significa únicamente la pérdida de un cliente, de una cuota de mercado, pero no la desaparición de la empresa, ni de un centro de trabajo, ni siquiera de una unidad productiva autónoma, de modo que los bienes y el personal que habían sido empleados para cumplir dicha contrata podrán ser destinados al cumplimiento de otra distinta. Por ello, en estos supuestos no se produce un cambio de titular de una unidad productiva, sino que en realidad se trata de un cambio de empresa, y no de su titularidad”⁶⁸⁴.

En 1993, el Tribunal Supremo⁶⁸⁵ diseñó un marco de pacificación jurisprudencial de las controversias que aún sobrevivían a finales de la década de los ochenta, a respecto de que si la sucesión de contratas frente a una misma empresa principal, o la retomada de la actividad antes desarrollada por ésta, constituían o no la transmisión de empresas, prevista en el artículo 44 ET. El alto tribunal, estableció que la “mera sucesión de contratas, que no conllevase una transmisión de elementos patrimoniales

⁶⁸² STSJ Galicia 18 de febrero de 2011 (AS 2011/1038), STS 17 de junio de 2008 (RJ 2008, 4229) y en otra más reciente, STS 28 de abril de 2009 (RJ 2009, 3844).

⁶⁸³ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en AA.VV. (KURCZYN VILLALOBOS, P. Y PUIG HERNÁNDEZ, C. A., Coord.): *Estudios Jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, cit., p.755.

⁶⁸⁴ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 95.

⁶⁸⁵ STS de 5 de abril de 1993 (RJ 1993, 2906).

que configurasen una entidad empresarial, no podría considerarse a estos efectos una transmisión de empresa. Además de eso, la mera continuación en el servicio prestado anteriormente por otra, no da lugar sin más a una transmisión de empresas”⁶⁸⁶.

Es decir, en la sucesión de contrata hay una clara sustitución de contratistas y la nueva interpretación jurisprudencial condiciona la aplicación del artículo 44 LET a la existencia, ya mencionada, de un soporte material mínimo que permita la subsistencia de la actividad de forma independiente. Y ello porque “la transmisión de unos meros servicios no constituye por sí misma ni un centro de trabajo, ni una unidad productiva autónoma si la sucesión en una contrata o concesión no lleva aparejada la entrega de una infraestructura u organización”⁶⁸⁷.

Lo mismo ocurre en los casos de la contrata o de la concesión administrativa, para que se pueda comprobar la existencia de la transmisión de empresa regulada por el artículo 44 ET y por la Directiva 2001/23/CE, se hace necesario que ambas vengán acompañadas de la “transmisión de un conjunto de elementos organizados dotados de autonomía productiva”⁶⁸⁸.

Teniendo en consideración que el contratista, según el Derecho Mercantil es considerado un empresario y por lo tanto debe aparecer como titular de una organización productiva que cumplirá con el objeto de la contrata y asumirá los riesgos de la actividad, o sea, cada contratista aporte su propia organización productiva, no cabe duda de que la sustitución de un contratista por otro “implicará necesariamente la sustitución de la empresa, y no su transmisión, porque la organización productiva aportada por el nuevo contratista será la propia y no la del anterior”⁶⁸⁹.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, “en los supuestos de sucesión de contrata la pretendida transmisión no es tal, sino la finalización de una contrata y el comienzo de otra, formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando; de ahí que, para que la subrogación del nuevo contratista en

⁶⁸⁶ CALVO GALLEGOS, F. J., “La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios”, cit., p. 85.

⁶⁸⁷ RIVERO LAMAS, J., “Proyecciones de la descentralización productiva, Instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J. Dir. y VAL TENA, Á. L. de, Coord.): *Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., p. 48.

⁶⁸⁸ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 2250.

⁶⁸⁹ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., 2005, p. 95.

los contratos de los trabajadores de la antigua se produzca, tenga que venir impuesto por norma sectorial eficaz que así lo determine o por el pliego de condiciones que pueda establecerla; ante la ausencia de aquéllas, sólo podrá producirse la subrogación, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del ET cuando se produzca la transmisión al nuevo concesionario de los elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, pero sin que exista aquélla cuando lo que hay es una mera sucesión temporal de actividad sin entrega del mínimo soporte patrimonial necesario para la realización de ésta, pues «la actividad empresarial precisa un mínimo soporte patrimonial que como unidad organizada sirva de sustrato a una actividad independiente»⁶⁹⁰.

Hay una excepción a esta regla “cuando entre anterior y nuevo contratista, de forma directa o indirecta, existe una transferencia de los elementos esenciales que integran y definen esa organización de forma que el sucesor no se limita a desarrollar la misma actividad sino que lo hace con los medios que el anterior le ha transferido”⁶⁹¹.

Por otro lado, en lo que se refiere a la transmisión en determinados sectores, como en los casos en que la actividad consiste fundamentalmente en la mano de obra, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, viene exigiendo, por una parte, que “la continuidad de los trabajadores es un elemento relevante de cara a la existencia de transmisión en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, por otra, el que el nuevo empresario se haga cargo de una parte esencial «en términos de número y competencias» de los trabajadores del anterior contratista. La matización es importante, porque la existencia de transmisión no viene determinada por la transmisión de cualquiera trabajadores sino únicamente de aquellos que, por su cantidad y sus conocimientos, permitan el desarrollo de la actividad que anteriormente desarrollaba el anterior empresario”⁶⁹².

Ha admitido el Tribunal Comunitario que “un conjunto de trabajadores pueden constituir una entidad económica que, si se transmite, determina la transmisión de

⁶⁹⁰ STSJ Galicia 18 de febrero de 2011 (AS 2011, 1038). En el mismo sentido, SSTS 9 de julio de 1991 (RJ 1991, 5879), 30 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 10018), 5 de abril de 1993 (RJ 1993, 2906), 23 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1227), 25 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7793), 29 de enero de 2002 (RJ 2002, 4271).

⁶⁹¹ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 151.

⁶⁹² DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., 2005, p. 154.

empresa”, eso implica “aplicar todas las consecuencias y efectos jurídicos que se anuden a dicho fenómeno: reconocimiento de antigüedad, mantenimiento de todas las condiciones laborales disfrutadas por el trabajador, responsabilidad del nuevo empresario respecto de las deudas laborales nacidas con anterioridad a la transmisión – incluso las referidas a trabajadores que ya no forman parte de la plantilla – y, por supuesto, obligación del nuevo empresario de mantener las relaciones contractuales con todos los trabajadores que estuvieran destinados al cumplimiento de la actividad que éste asume”⁶⁹³.

5.6.4 Posibles actuaciones en fraude de Ley

Para configurar una verdadera transmisión empresarial, la parte transferida al nuevo empresario, futuro empleador, sea la empresa propiamente dicha, o sea el centro de trabajo, o sea una unidad productiva autónoma, debe de ser suficiente para que el nuevo empresario pueda seguir con la actividad antes desarrollada; en caso contrario, será considerada fraude de ley. Así, los fenómenos de descentralización y desmembración empresarial pueden calificarse como “fraudulentos en atención a la circunstancia de que en la operación social se haya producido una despatrimonialización o descapitalización de la nueva sociedad titular de la empresa porque lo transmitido no sea suficiente para permitir la subsistencia de la empresa o porque los medios cedidos a ésta son elementos patrimoniales que no permiten la continuidad de la actividad empresarial”⁶⁹⁴.

“Las transmisiones que no sean realizadas a título lucrativo son indiciarias de confusión patrimonial, puesto que difícilmente puede transmitirse de forma gratuita una unidad productiva en marcha con un valor económico, si no están confundidos los

⁶⁹³ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 158.

⁶⁹⁴ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 48.

patrimonios sociales”. Así como también las transmisiones a título oneroso temporales, “pueden ser indiciarias de fraude”⁶⁹⁵.

5.6.5 La utilización de la transmisión por los Grupos de Empresas y por las Empresas filiales.

La disciplina laboral sobre la transmisión de empresas “ha sido un instrumento para la creación de los grupos de empresas”, además de ser aprovechada, en “la contratación externa del suministro de obras o servicios y de sucesión de contratista como a la escisión⁶⁹⁶ y la filialización”⁶⁹⁷⁶⁹⁸.

La escisión actúa como “instrumento de descentralización o externalización productiva en sociedades uniempresariales, de forma que permite descomponer la empresa separando las diversas fases del proceso productivo y trasladando la titularidad de cada una de esas fases a una sociedad distinta”⁶⁹⁹.

Al igual que la escisión, la fusión también puede ser hecha a través de la transmisión de empresa. La “fusión implica la transmisión en bloque de los patrimonios de las sociedades extinguidas a la sociedad nueva o a la absorbente, – al tiempo que – la

⁶⁹⁵ El entrecomillado pertenece a BELTRÁN MIRALLES, S., “Notas sobre la sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa: la filialización de unidades productivas autónomas”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 695 y 696.

⁶⁹⁶ “La transmisión parcial de la empresa ha sido analizada por la doctrina mercantil especialmente en el marco de la escisión de sociedades. Esta fórmula de modificación de la organización societaria supone, tanto si la escisión es total como si es parcial, el traspaso en bloque de una parte del patrimonio societario a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes. La escisión implica pues la división del patrimonio de la sociedad y el traspaso de la parcela segregada a otro titular”. DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 85.

⁶⁹⁷ El entrecomillado pertenece a RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en AA.VV. (KURCZYN VILLALOBOS, P. Y PUIG HERNÁNDEZ, C. A., Coord.): *Estudios Jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, cit., pp.743 y 751.

⁶⁹⁸ También considera la filialización un supuesto de la transmisión empresarial, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Filialización. Grupos de la empresa”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 650.

⁶⁹⁹ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., 2005, p. 87.

escisión supone la transmisión a las sociedades beneficiarias de las partes que se divida el patrimonio de la sociedad escindida”⁷⁰⁰.

Así como la transmisión de empresa puede tener aplicación en el seno o en la constitución de los grupos de empresa, también lo tendrá en las redes de empresas. De hecho, cuando una empresa, sea ella contractual (redes de empresa) o societaria (grupos de empresas), se puede materializar, en muchas ocasiones, a través de la “fragmentación de una empresa originaria que transfiere parte de su organización a una entidad empresarial de nueva creación operándose así una efectiva transmisión de empresa que reclama la aplicación de la disciplina sucesoria prevista en el artículo 44 ET”⁷⁰¹.

Por lo tanto, cuando la fragmentación del proceso productivo se hace a través de la constitución de filiales, ella aparece, después de hecha la transferencia de los medios productivos organizativos a ella, “como cesionaria y sucesora de la empresa madre y continuadora de los contratos de trabajo, siempre que tenga lugar la transmisión de una unidad productiva susceptible de explotación autónoma independiente, que se escinde o transmite y que la transmisión no revele un propósito defraudador o un abuso de derecho”⁷⁰², se está delante de una efectiva transmisión empresarial.

La incorporación de una empresa más en el grupo de empresa es algo común y no debe de ser un obstáculo para la aplicación de la figura del traspaso, “dado que éstas son tan susceptibles de cesión contractual o de fusión como todas las demás sociedades”⁷⁰³.

De hecho, hay que reconocer que el legislador ha demostrado un total desinterés en el trato de la transmisión de empresa en el ámbito de los grupos de empresa, pero a la vez, se percibe que “el legislador evidencia recelo, por entender perjudicial para los intereses de los trabajadores la ignorancia sistemática y absoluta de la realidad de los grupos de empresas”. Por este motivo, el cambio de empleador en los grupos de empresa es muy importante a la hora de determinar y delimitar la responsabilidad

⁷⁰⁰ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 36.

⁷⁰¹ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 34.

⁷⁰² RODRÍGUEZ-PINERO, M., “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en AA.VV. (KURCZYN VILLALOBOS, P. Y PUIG HERNÁNDEZ, C. A., Coord.): *Estudios Jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, cit., p.743.

⁷⁰³ JUÁREZ PÉREZ, P., *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades*, cit., p. 189.

empresarial, o bien a la hora de prestar información a los trabajadores del traspaso en el seno del grupo y de la consulta que ellos pueden hacer sobre el tema⁷⁰⁴.

Es por eso que, independiente de que si se trata de creación de filial o de grupo de empresa, de red de empresa o de una escisión empresarial, la empresa sucesora puede y debe subrogarse en los derechos reconocidos a los trabajadores por su antiguo empresario⁷⁰⁵.

De todas formas, la normativa comunitaria consagra, como “objetivo principal, la protección de los trabajadores en los supuestos de cambio de empresario, haciendo especial hincapié en la garantía del mantenimiento de sus derechos ante tal eventualidad”⁷⁰⁶. Lo importante, para la norma comunitaria, es, pues, determinar si la empresa mantiene, después del traspaso, «su entidad económica», si conserva su identidad, independiente de que el propietario, en este momento sea otro.

En los casos en que el nuevo empleador resulte menos solvente, "algunos ordenamientos han establecido cautelas a la liberación de responsabilidad del cedente, que la Directiva no impone pero tampoco impide, haciendo solidariamente responsable de las obligaciones laborales existentes en el momento de la transmisión”⁷⁰⁷.

5.6.6 La perspectiva del trabajador en los supuestos de transmisión empresarial

La regulación del artículo 44 ET responde a la “necesidad de establecer garantías para los trabajadores en los supuestos de sucesión de empresas; garantías que se proyectan sobre la conservación del contrato, el mantenimiento del estatuto profesional del trabajador y la responsabilidad”⁷⁰⁸.

⁷⁰⁴ También el entrecomillado pertenece a JUÁREZ PÉREZ, P., *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades*, cit., pp. 183 y 184.

⁷⁰⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., “Escisión de empresas y externalización de los servicios”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza (Ed. MTSS), 1999, p. 365 y ss.

⁷⁰⁶ JUÁREZ PÉREZ, P., *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades*, cit., p. 185.

⁷⁰⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en AA.VV. (KURCZYN VILLALOBOS, P. Y PUIG HERNÁNDEZ, C. A., Coord.): *Estudios Jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, cit., p.750.

⁷⁰⁸ DESDENTADO DAROCA, E., “Descentralización productiva, transmisión de empresa y grupos de sociedad en el concurso”, cit., p.65.

En efecto, en el diseño del artículo 44 ET, la continuidad de los contratos de trabajo con el nuevo titular de la empresa opera como “fórmula de garantía de la estabilidad en el empleo y de conservación de las unidades productivas. La finalidad de garantizar esa continuidad de las relaciones laborales en los supuestos de transmisión de empresa se articula imponiendo sobre el nuevo titular de la entidad económica la obligación de subrogarse en la posición contractual de empleador respecto de los trabajadores que prestaban servicios laborales en dicha empresa. Debe advertirse que esta subrogación impuesta legalmente tiene un sentido bidireccional de modo que se impone tanto al nuevo empresario, que se subroga en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social derivados de las relaciones laborales, como a los propios trabajadores, que quedan obligados a aceptar un nuevo empleador”⁷⁰⁹.

Cuando se ha dicho que los trabajadores están obligados a aceptar al nuevo empleador, significa que el trabajador, de acuerdo con el derecho español, no tiene la posibilidad de manifestarse contrario a la transmisión.

De hecho, tanto la doctrina como la jurisprudencia están de acuerdo en que tratándose de transmisión empresarial, el trabajador no tiene derecho a ponerse en contra, ya que tampoco se hace necesario el consentimiento del trabajador para que la transmisión sea considerada válida y eficaz, una vez que el empresario está ejerciendo su derecho de libertad de empresa⁷¹⁰, previsto en el artículo 38 CE.

No obstante, nada impide que existan pactos entre el trabajador y el empresario, ya que también el trabajador tiene la libertad de optar por seguir con su contrato laboral o extinguirlo.

Está claro que son muchas las consecuencias, para el trabajador, derivadas del traspaso empresarial. La primera de ellas es la conservación del vínculo, ya que los contratos no se extinguen como consecuencia de la transmisión. Pero como se ha visto, esto no significa, sin embargo, “que los trabajadores estén obligados a incorporarse a la nueva empresa; simplemente ésta tiene la obligación de incluirlos en su plantilla, pero los trabajadores pueden negarse a aceptar esa incorporación, aunque en este caso (si hay verdaderamente sucesión) no podrán permanecer en la empresa cedente en contra de la

⁷⁰⁹ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., pp. 159 y 160.

⁷¹⁰ Para una mayor explicación del tema ver PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Descentralización productiva y libertad de empresa” en AA.VV. (PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., Dir.): *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, cit., pp. 213 a 215.

voluntad de su titular. La segunda consecuencia es el mantenimiento del contenido contractual como garantía del *status* laboral⁷¹¹”

En caso de que el trabajador se niegue a ponerse a disposición del cesionario, su actitud será interpretada como un abandono del trabajo o como una baja voluntaria, de forma que no tendrá derecho a indemnización. No obstante, tendrá derecho a pleitear por la extinción contractual y por la indemnización debida en el caso de despido disciplinario, que ocurrirá cuando el trabajador tenga su contrato de trabajo modificado sustancialmente por el nuevo empresario o cuando el cesionario practique un incumplimiento grave⁷¹².

Es decir, tratándose de subrogación legal, derivada de la transmisión, el consentimiento del trabajador no es necesario, pero no se puede imponer al trabajador una subrogación que no reúna los elementos necesarios para caracterizar una sucesión empresarial; es necesario la aceptación del trabajador para ser autorizada la sustitución, en los términos que pacten el antiguo y el nuevo empresario.

Así, si el trabajador se opone a dicha subrogación, “la decisión de su empleador de ceder su contrato sólo puede constituir un despido que, por carecer de causa, deberá ser calificado como improcedente y permitirá al trabajador obtener la correspondiente indemnización”, es más, “el empresario no puede imponer a los trabajadores la obligación de aceptar una novación subjetiva en la figura del empleador, no puede, en otras palabras, decir unilateralmente la cesión de los contratos de trabajo a favor de otro empresario”⁷¹³.

La jurisprudencia comunitaria ha declarado que “la Directiva no impone al trabajador continuar el contrato con un nuevo empresario y que no puede ser obligado a trabajar con un empleador que no ha elegido libremente, pero ello a efectos de reconocer al trabajador la facultad de negarse a seguir trabajando con el cesionario, con las consecuencias que disponga la legislación de cada Estado miembro”⁷¹⁴.

⁷¹¹ DESDENTADO DAROCA, E., “Descentralización productiva, transmisión de empresa y grupos de sociedad en el concurso”, cit., p. 66.

⁷¹² GIL Y GIL, J.L., “La protección de los derechos de los trabajadores en la Directiva 77/187/CEE y en el artículo 44 ET”, *TL*, núm. 56, 2000, p. 306.

⁷¹³ Los entrecomillados pertenecen a DE LA PUEBLA PINILLA, A., La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: *Aspectos Laborales*, cit., p. 161 a 163.

⁷¹⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en AA.VV. (KURCZYN VILLALOBOS, P. Y PUIG HERNÁNDEZ, C. A., Coord.): *Estudios Jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, cit., p.748.

La transferencia del contrato laboral del trabajador hacia otro empleador, no deja de ser una alternativa favorable para el primero, estando delante de un eventual despido por el cese o supresión de la actividad que desarrollaba para su antiguo empleador.

La transmisión de empresa en el ámbito de la normativa laboral, pretende sobre todo “la continuidad de las relaciones laborales de modo que, en la mayoría de los casos, el objeto de debate en el ámbito laboral es justamente si dicha continuidad debe o no producirse como consecuencia de la transmisión. En la práctica, en el ámbito laboral este precepto se invoca por los trabajadores, bien para oponerse a la existencia de transmisión y mantener la vinculación laboral con su empresa, bien para reclamar la continuidad de su empleo con la nueva empresa titular del negocio o de parte del negocio”⁷¹⁵.

Además de intentar mantener el contrato de trabajo del trabajador, la Directiva también se posiciona en el sentido de garantizar los mismos derechos que el trabajador tenía en el contrato laboral vigente a la hora de la transmisión.

5.6.7 Despido lícito e ilícito

Al analizar los supuestos de transmisión de empresa, además de la verificación de las responsabilidades de los empresarios involucrados, la importancia dada sobre todo por las Directivas Europeas y también por el ordenamiento español hace referencia a la continuidad de las relaciones laborales. Por este motivo, en aras a la protección de los trabajadores, en muchos casos es preferible aceptar la existencia de transmisión empresarial, dando oportunidad al trabajador de continuar en su puesto de trabajo, bajo las órdenes y obligaciones impuestas por un nuevo empresario.

El régimen garantista del artículo 44 ET pretende proteger los trabajadores, pues con la descentralización, externalización de la actividad, que provoca una división de la empresa, tienden a tener una posición contractual más debilitada, “no sólo porque quedan desgajados de un ámbito de representación y negociación determinado, sino

⁷¹⁵ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 107.

también porque, en muchos casos, la nueva empresa ofrece menores garantías de calidad y de solvencia que aquélla desde la que han sido transferidos”⁷¹⁶.

También por hacer valer la continuidad de las relaciones de trabajo, el principio de la estabilidad en el empleo prevalece sobre el principio del orden civil que dice que para que haya cambio de deudor (en este caso, empresario), debe existir un consentimiento de la contraparte. Y ello porque si “la empresa o parte de actividad continúa explotándose, pese el cambio de empresario, se mantienen las mismas posibilidades de empleo para los trabajadores adscritos a aquélla. Así pues, las relaciones laborales que existen con el cedente en la fecha de la transmisión se traspasan de pleno derecho al cesionario”⁷¹⁷. Prevalece la relación laboral existente por encima de la voluntad del trabajador, sin que tenga éste que manifestar su consentimiento.

“El mantenimiento de los derechos de los trabajadores, que asegura la disciplina sucesoria, no supone así un *plus* de inmodificabilidad o de estabilidad y tanto el cedente como el cesionario conservan plenas facultades como empresarios para modificar o, en su caso, extinguir el contrato de trabajo con el límite de que ello no puede basarse o justificarse tan sólo en la transmisión en sí misma”⁷¹⁸.

El cesionario tendrá los mismos poderes que el cedente en cuanto parte de una relación contractual. Así, ocurriendo alguna causa técnica, económica, organizativa o de producción, “el cesionario podrá llevar a cabo un despido colectivo (artículo 51 ET) o un despido objetivo (artículo 52 c) ET)”⁷¹⁹.

Por otra parte, los trabajadores despedidos ilegalmente por el cedente poco antes de la transmisión de empresa así como aquellos trabajadores de los que el cesionario no ha hecho cargo, pueden reclamar del cesionario que asuma las consecuencias de la ilegalidad del despido⁷²⁰.

De acuerdo con la Directiva, “no sólo es ilegítimo el despido vinculado con la transmisión sino que el mismo no exime al nuevo empresario de su obligación de

⁷¹⁶ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 46.

⁷¹⁷ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 2256.

⁷¹⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en AA.VV. (KURCZYN VILLALOBOS, P. Y PUIG HERNÁNDEZ, C. A., Coord.): *Estudios Jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, cit., p. 763.

⁷¹⁹ GIL Y GIL, J.L., “La protección de los derechos de los trabajadores en la Directiva 77/187/CEE y en el artículo 44 ET”, cit., p. 305.

⁷²⁰ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 2259.

asumir al trabajador indebidamente despedido”⁷²¹, pero para eso, el contrato del trabajador tiene que estar vigente a la hora que se produzca la transmisión.

Por lo tanto, “los trabajadores empleados en la entidad cedente, cuyo contrato de trabajo o relación laboral haya sido extinguido por el mero hecho de la transmisión con efectos a una fecha anterior a la transmisión continúan siendo empleados de la empresa en la fecha de la transmisión, de suerte que las obligaciones en tanto que empresario respecto de ellos se transfieren de pleno derecho del cedente al cesionario”⁷²².

Y si en estos casos, en los que el trabajador sea perjudicado por la transmisión de la empresa, y sea comprobado que la transmisión se ha producido en fraude de ley, los propios trabajadores se pueden manifestar en contra de la transmisión, visto que esta no deja de ser “una mera ficción que puede perjudicar los derechos de los trabajadores”⁷²³.

Para saber si el despido del trabajador ha sido provocado por la transmisión empresarial, han de ser analizadas todas las circunstancias objetivas que han ocasionado el despido. Habrá que verificar, por ejemplo, si los trabajadores despedidos por el antiguo empresario han sido contratados por el nuevo y si la fecha en que se produjo el despido es cercana a la fecha en que se haya concretado la transmisión. Hay que analizar si la actitud del anterior titular de la empresa en proferir el despido ha sido motivada por su decisión de traspasar la titularidad de la empresa a otro empresario⁷²⁴.

La única opción dada por el ordenamiento español al trabajador que no esté de acuerdo en dar seguimiento a su contrato de trabajo con el nuevo empresario, siendo, por lo tanto, contrario a la transmisión empresarial, es la extinción del contrato de trabajo por medio de la dimisión, sin derecho a obtener la indemnización⁷²⁵.

La transmisión no debe ser causa de despido, pero nada impide que ocurra un despido por justa causa antes o después de que ocurra la transmisión empresarial. Es decir, si la extinción de la relación contractual se produce válidamente y ocurre antes de

⁷²¹ RODRÍGUEZ-PINERO, M., “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en AA.VV. (KURCZYN VILLALOBOS, P. Y PUIG HERNÁNDEZ, C. A., Coord.): *Estudios Jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, cit., p.747

⁷²² MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 2258.

⁷²³ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 47.

⁷²⁴ GIL Y GIL, J.L., “La protección de los derechos de los trabajadores en la Directiva 77/187/CEE y en el artículo 44 ET”, cit., p. 302.

⁷²⁵ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 160.

la sucesión, las causas que dieran origen al despido del trabajador están contempladas en el artículo 49 ET. Por lo tanto, el nuevo empresario estará exento de cualquier responsabilidad que sea producida por la extinción contractual⁷²⁶ y el artículo 44 ET no será aplicado en estos casos.

Por otro lado, si se concluye que el despido, que ha originado la extinción del contrato de trabajo ha sido provocado como consecuencia del traspaso, ocasionando un perjuicio al trabajador, que tiene modificada de manera substancial sus condiciones de trabajo, será considerado el empresario responsable y le serán imputadas las consecuencias producidas por el despido improcedente⁷²⁷.

La posibilidad de que “una decisión empresarial de despido colectivo traiga causa en una previa transmisión de empresa”⁷²⁸, no está totalmente excluido por la normativa comunitaria y estatal, pero para que él sea autorizado por la normativa laboral, la justificativa para hacerlo tiene que ser plausible, es decir, habrá que estar presentes causas económicas, organizativa, técnicas o de producción que autoricen el despido colectivo.

Lo que busca garantizar la Directiva es “el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiendo que queden al servicio del nuevo empresario en condiciones idénticas a las convenidas con el cedente”⁷²⁹.

5.6.8 Convenio Colectivo aplicable

Otro problema analizado por la doctrina y solucionado por la jurisprudencia, va referido a dilucidar qué Convenio Colectivo debe de ser aplicado en los supuestos de transmisión empresarial cuando la empresa cedente tenía un Convenio Colectivo en

⁷²⁶ GIL Y GIL, J.L., “La protección de los derechos de los trabajadores en la Directiva 77/187/CEE y en el artículo 44 ET”, cit., p. 300.

⁷²⁷ En este sentido está el Art. 4, inciso 2º de la Directiva 2001/23/CE del Consejo que prevé: “Si el contrato de trabajo o la relación laboral se rescinde como consecuencia de que el traspaso, ocasiona una modificación substancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador, la rescisión del contrato de trabajo o de la relación laboral se considerará imputable al empresario”.

⁷²⁸ JUÁREZ PÉREZ, P., *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades*, cit., p. 190.

⁷²⁹ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 2259.

vigor aplicable a sus trabajadores y la empresa cesionaria también tenía en vigor otro Convenio Colectivo.

De acuerdo con el apartado 3 del artículo 3 de Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, “después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo”.

También la jurisprudencia concluyó que hay una “perfecta armonía entre la interpretación que del artículo 44 ET es efectuada, y la Directiva 98/50 /CE, siendo de aplicación por consiguiente, el convenio precedente, hasta alcanzarse pacto o acuerdo posterior o entre en vigor uno nuevo”⁷³⁰.

Esto significa que “el cedente se subroga en los derechos y obligaciones que surjan del contrato de trabajo o de alguna de las fuentes de integración del mismo: la ley, el convenio colectivo o la costumbre o uso de empresa. Así, por ejemplo, el nuevo empresario se subroga en la obligación de cotizar a la Seguridad Social por los trabajadores de la empresa cedente, y es responsable de las irregularidades en la contratación temporal realizadas por el anterior empresario”⁷³¹.

Es por ello que, en la duda de qué convenio deberá ser aplicado después de efectuada la sucesión empresarial, de acuerdo con lo expuesto, hay que entender que es “el convenio de la empresa actual – y no el más favorable, cualquiera que éste sea –, y que deberán respetarse las situaciones adquiridas que no sean compensables”⁷³².

5.7 *Redes de Empresas*

Durante las últimas décadas, las empresas han sufrido un proceso progresivo y desenfrenado de fragmentación o división. Como se ha visto anteriormente, los ciclos productivos que antes eran desarrollados íntegramente por una única empresa, hoy, cada

⁷³⁰ TSJ Castilla y León, Burgos 19 de mayo de 2011 (JUR 2011, 195247).

⁷³¹ GIL Y GIL, J.L., “La protección de los derechos de los trabajadores en la Directiva 77/187/CEE y en el artículo 44 ET”, cit., p. 307.

⁷³² GIL Y GIL, J.L., “La protección de los derechos de los trabajadores en la Directiva 77/187/CEE y en el artículo 44 ET”, cit., p. 311.

vez más, “se segmentan y distribuyen entre entidades económicas independientes y autónomas. La gran empresa industrial se descompone en una pluralidad de unidades empresariales de tamaño mucho más reducido”⁷³³, con la finalidad última de atender a las exigencias económicas, laborales, fiscales y tecnológicas, en busca de la mejor calidad y del rendimiento máximo.

La globalización del mercado y la inestabilidad que ha provocado lleva, como consecuencia inmediata, a un abandono de la gran producción y de los grandes *stocks*. Esta situación conllevó a las empresas a desarrollar una forma de seguir siendo competitivas en el mercado disminuyendo los riesgos de pérdida de la producción derivados de los altibajos del mercado, lo cual significa tener “una mayor capacidad de respuesta ante posibles variaciones del mercado y, a su vez, constituir una importante ventaja para superar situaciones económicas negativas y mejorar su capacidad competitiva”⁷³⁴.

Así, desde una perspectiva económica, “la externalización tiene indudables ventajas: otorga a la empresa una mayor flexibilidad en la gestión de su capacidad productiva y le ofrece la posibilidad de concentrar sus recursos en las actividades que considera esenciales o nucleares externalizando aquellas que considera subsidiarias. Permite, además, que la empresa se beneficie de capacidades que su propia estructura no posee, que se reduzca el coste en formación o inversión y que se diversifique el riesgo económico”⁷³⁵.

Una de las respuestas a este mercado competitivo es la creación de redes de cooperación empresarial, a través de contratos entre las empresas que presenten mejores ventajas en la producción o en la prestación de servicio y, de esta forma, puedan atender las necesidades de la actividad empresarial, unas a las otras, formando una especie de “alianza temporal o permanente para sus distintos proyectos”. En algunos casos, entre las empresas en red “no existe ni siquiera un compromiso formal, un contrato, sino una mera actuación conjunta por tácito acuerdo”⁷³⁶.

⁷³³ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 31.

⁷³⁴ LÓPEZ SÁNCHEZ, M^a. C., *El empleador en las organizaciones empresariales complejas*, Madrid (Ed. Consejo Económico y Social), 2007, p. 36.

⁷³⁵ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 31 y 32.

⁷³⁶ El entrecomillado pertenece a OJEDA AVILÉS, A., “Aspectos laborales de las redes de empresas”, cit., p. 797.

El sistema de redes empresariales, a través de la elevada cooperación entre las empresas, provoca una cierta pérdida de autonomía y una dependencia financiera de producción, tecnológica, etc., entre ellas⁷³⁷, pues la definición más acabada de redes de empresas es aquella que entiende que “consisten en una coordinación empresarial estable de medios instrumentales con repercusión laboral para impulsar los objetivos propios de cada empresa miembro”⁷³⁸.

Con mayor detalle la empresa red es concebida como “aquella forma específica de empresa cuyo sistema de medios está constituido por la intersección de segmentos autónomos de sistemas de fines. Por lo tanto, los componentes de la red son tanto autónomos cuanto dependientes frente a ella y pueden ser partes de otras redes y, por ello, de otros sistemas de recursos dirigidos a otros objetivos”⁷³⁹.

Se puede identificar una red de empresa, en primer lugar, por su aspecto geográfico (lugar de trabajo compartido entre las empresas), que es el más común de todos, o, en segundo término, a través de su elemento organizativo, que a pesar de ser el menos citado en las pocas leyes que hacen referencia a este tema es el más importante, toda vez que, dicho elemento organizativo consiste en la “cooperación estable entre las firmas que componen la red sin, por ello, trabarse con los vínculos económicos o jurídicos propios de los grupos de empresa. En la red existe plena autonomía de objeto mercantil para cada empresa, y la ayuda mutua sirve para crear o gestionar una obra o servicio que sólo compromete a una parte de los efectivos de cada una de ellas”⁷⁴⁰.

La cooperación empresarial puede derivar, por un lado, de la “sustitución de grandes compañías por un modelo organizativo en el que las unidades son más pequeñas y mantienen entre sí vínculos jurídicos que permiten el control y la dirección unitaria del grupo de empresa. Por otro lado, se produce una ruptura de los límites externos de la empresa mediante acuerdos con otras empresas creando un entramado de relaciones de cooperación: las empresas se centran en aquellas actividades en las cuales

⁷³⁷ CRUZ VILLALÓN, J. “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el derecho del trabajo: aspectos individuales”, en AA.VV.: *El empleador en el derecho del trabajo – XVI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales*, cit., pp. 46 y 47.

⁷³⁸ OJEDA AVILÉS, A., “Aspectos laborales de las redes de empresas”, cit., p. 797.

⁷³⁹ CASTELLS, M., *La era de la información: economía, sociedad y cultura, La sociedad red*, cit., p.199.

⁷⁴⁰ OJEDA AVILÉS, A., “Aspectos laborales de las redes de empresas”, cit., p. 798.

tienen una destreza y segregan o subcontratan aquellas otras que no consideran imprescindibles dentro de su actividad”⁷⁴¹.

La estrategia empresarial en fragmentar su actividad productiva, así como “la constitución de redes empresariales, responde no sólo a la reestructuración en empresas societarias sino también a la generalización de fenómenos de externalización productiva denominados por los expertos en organización de empresas *outsourcing* estratégico y operativo”⁷⁴².

El renovado dinamismo de la pequeña empresa, denominado *downzincing*, hace que obtenga un “tamaño adecuado para poder progresar y ordenar su producción de forma más racionalizada”⁷⁴³. También esta reducción es crucial para el desarrollo de las grandes empresas porque la “mayor ductilidad de las unidades empresariales de pequeño y mediano tamaño les dota de mayor resistencia ante las crisis económicas y les permite actuar con ventaja y mayor rapidez en el nuevo orden económico al tener una mayor capacidad de innovación y de adaptación a los cambios del mercado”⁷⁴⁴.

Una de las formas de mejor adaptación a la nueva realidad económica social es la colaboración empresarial que se puede materializar de distintas maneras. Una de ellas es la red de empresas. Estas son “el elemento fundamental del que están y estarán hechas las nuevas organizaciones. Y son capaces de formarse y expandirse por todas las calles principales y callejones traseros de la economía global porque se basan en el poder de la información, proporcionando un nuevo paradigma tecnológico”⁷⁴⁵. Es por ello que “la red aparece hoy como un auténtico conglomerado de firmas o entidades económicas de pequeño tamaño”⁷⁴⁶.

Una red de empresas puede estar formada por dos o más empresas o por estas y trabajadores autónomos. Las empresas en red actúan juntas, aprovechando la(s) especialidad(es) que cada una de ellas tiene, reduciendo esfuerzos, disminuyendo los riesgos y logrando, al final, un resultado beneficioso para todas.

⁷⁴¹ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 33.

⁷⁴² DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 41.

⁷⁴³ LÓPEZ SÁNCHEZ, M^a. C., *El empleador en las organizaciones empresariales complejas*, cit., p. 36.

⁷⁴⁴ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit, p. 44.

⁷⁴⁵ CASTELLS, M., *La era de la información: economía, sociedad y cultura, La sociedad red*, cit., p.196.

⁷⁴⁶ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit, p. 44.

Así ocurre en las redes de empresas locales que se caracterizan por la inexistencia de empresas “epicentro”, que son sustituidas por una pluralidad de empresas de potencial y dimensiones similares que, actuando en un ámbito territorial relativamente bien predefinido, establecen una relación de cooperación entre sí. Estas empresas están consideradas en un mismo nivel de igualdad, donde cada una es especialista en la producción de un bien específico o en la prestación de un servicio, que, en principio, no son proyectados para el mercado final de consumo⁷⁴⁷.

Las redes de empresas pueden ser verticales u horizontales⁷⁴⁸. Las verticales son las que se parecen, por su dinámica, a un auténtico grupo de empresas, donde una de las corporativas, en general una gran empresa, ejerce un poder de control sobre las demás de la red, las decisiones de las empresas que componen la red dependen de la aprobación de la que está en el mando, existiendo, por lo tanto, una jerarquía entre ellas. Este tipo de organización se sirve del *franchising* para comercializar sus productos en distintas regiones, tal y como sucede en paradigmático ejemplo con las conocidas las empresas del grupo Inditex. En la cadena de producción existen distintas entidades, que pueden o no formar parte de forma legal la red de empresas, es decir, no todas las empresas que participan de la distribución, fabricación, o que ofrecen materia prima son necesariamente empresas del mismo grupo.

En el polo opuesto, están las redes de empresas horizontales, que destacan por la colaboración en pie de igualdad que mantienen entre ellas. Estas empresas unen sus esfuerzos para conseguir juntar más beneficios para todas. Consiguen aunar lo que no conseguirían siendo una empresa única, tanto en lo que se refiere a la compra de materias primas, que por la cantidad, obtienen un mejor precio; como también en los casos en que se unen para distribuir sus productos. Cada una de las empresas de la red mantiene su autonomía jurídica y económica, además de hacerse competencia unas a otras, pero, en realidad, se unen, como si una fuera, para lograr un mejor resultado.

De esta manera, se puede decir que las empresas en red son una “forma de concierto intermedio entre la desintegración vertical de los acuerdos de subcontratación de una gran compañía y las redes horizontales de las pequeñas empresas. Es una red

⁷⁴⁷ CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización Productiva y sistema de relaciones laborales”, cit., p. 12.

⁷⁴⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F., “La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa”, *RL*, vol. II, núm. 18, 2001, p. 63.

horizontal, pero se basa en un conjunto de relaciones periféricas, tanto en el aspecto del suministro como en el de la demanda dentro del proceso”⁷⁴⁹.

Por otro lado, no siempre la cooperación empresarial será estrictamente horizontal o vertical. También existirán casos en los que la red de empresa sea, al mismo tiempo, tanto horizontal como vertical. Esto pasa cuando, simultáneamente, las empresas actúen de forma multidireccional, lo que quiere decir que, aunque estén bajo el dominio tecnológico o financiero de empresas mayores, o teniendo con ellas contratos de subcontratación o de *franchising* – para conseguir unir y realizar de forma coordinada, la diversidad de proyectos en que están implicadas –, estas empresas, de distintas dimensiones, también pueden establecer otros acuerdos de cooperación con otras empresas diversas de la red.

Otra característica de las redes de empresas es que la actividad de todas las empresas es supervisada por una de las empresas que pertenecen al grupo, llamada “entidad central”⁷⁵⁰. Se trata de sustituir “un centro de poder único por una pluralidad de polos decisionales, en los que cada uno tiene su esfera de competencia y de responsabilidad”⁷⁵¹, pero un norte común.

Claro está que es de suma importancia que las empresas integrantes de una red, que cooperan unas con las otras, “estén bien conectadas (...), pero es aún más fundamental que se reparta equitativamente el beneficio del trabajo en red”⁷⁵².

De esta forma, además de gozar de un beneficio mayor, la empresa consigue “un mayor dinamismo, porque la diversificación y externalización de una parte de su proceso productivo le permite una adaptación más ágil, al obviar todas las restricciones y condiciones sobre entrada y salida de trabajadores en el mercado de empleo, ya que formalmente se evita la contratación por la empresa principal”⁷⁵³.

La doctrina más prestigiosa enumera cinco tipos de red de empresas:

“1) distritos industriales: que integran un “bloque intensivo de pequeñas y medianas empresas nacidas en un entorno muy próximo geográficamente y de nivel tecnológico y cultural desarrollado, que se unen a voluntad poniendo en común a veces un servicio de

⁷⁴⁹ CASTELLS, M., *La era de la información: economía, sociedad y cultura, La sociedad red*, cit., p. 190.

⁷⁵⁰ CARVALHO, C. N. de O., *Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho*, cit., p. 817.

⁷⁵¹ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 34.

⁷⁵² CORNELLA, A., *Hacia la empresa en red*, Barcelona (Ed. Gestión 2000), 2002, p. 82.

⁷⁵³ LÓPEZ SÁNCHEZ, M^a. C., *El empleador en las organizaciones empresariales complejas*, cit., p. 36.

mercadotecnia, o de prospección, o de informática, o de laboreo intensivo. (...), de modo que la concentración geográfica y la monoproducción industrial son las características estructurales de tales distritos. Los especialistas indican que las relaciones entre las distintas empresas suelen ser asimétricas y que una de ellas asume el papel de guía o toma la iniciativa en la senda de la coordinación estable. La red de empresa se completa desde el punto de vista laboral por la existencia de trabajadores intersticiales, autónomos, semiautónomos, a tiempo parcial, familiares, etc.;

2) “pequeños establecimientos”, que ocupan un espacio dentro de una instalación económica perteneciente a otra empresa, para fines que no integran los de ésta. Tanto la empresa titular como las arrendatarias se hallan en pie de igualdad y autonomía y pueden entablar lazos de cooperación en diversos aspectos;

3) “grandes alianzas”, pues no siempre la red surge en un ambiente de pequeños establecimientos y PYMEs. La globalización de la economía fuerza a unirse a empresas que en el respectivo país pueden considerarse grandes, con vistas a competir por las contrataciones internacionales o nacionales. Otras veces impulsa a la conexión la especialización de una de ellas a nivel geográfico o productivo, lo que le erige en interlocutora privilegiada del organismo (público) ofertante, pero necesita de otra empresa de mayores dimensiones para hacer frente a la obra o servicio en cuestión. En ocasiones, el motivo consiste, simple y llanamente, en crecer para ser escuchados por las autoridades públicas. La perentoriedad de crecer en tamaño manteniendo la flexibilidad de la independencia lleva, también, a uniones coyunturales como antesala o período de prueba antes de llegar a una fusión;

4) “redes públicas” donde se agrupan las empresas por imperativo legal o donde los entes coordinados son entes públicos. El nexo entre las empresas tiene carácter instrumental o auxiliar respecto a la finalidad de sus miembros, los cuales mantienen su autonomía y preponderancia sobre la estructura creada. El hecho de aflorar un elemento jurídico-público no impide su consideración de redes de empresas a efectos laborales;

5) “puertos comerciales”, donde el tráfico diario de mercancías ha originado un volumen permanente de estibadores y de empresas dedicadas a las labores de carga y descarga, así como unas estructuras comunes, con toda la apariencia de una compacta agrupación mercantil, donde hay sin duda una interacción impulsada por las mismas

instalaciones, los mismos trabajadores y la misma razón última del funcionamiento del puerto, circunstancias más que suficientes para considerarlo una red de empresas”⁷⁵⁴.

A los efectos que a este estudio importa, deviene importante identificar, aunque como mera aproximación, la diferencia, casi que imperceptible, entre las redes de empresa y los grupos de empresa.

Las redes de empresa se diferencian de los grupos de empresas por la diferente forma en que son constituidas. Mientras que una red de empresas es constituida por la existencia de varios contratos entre distintas empresas, el grupo de empresa se caracteriza por la asociación de varias empresas. Lo que le caracteriza son, pues, los vínculos societarios, y lo cual resulta distinto de las redes que mantienen un vínculo contractual entre las empresas. Algunos autores afirman que tanto un fenómeno como otro son redes de empresas, sólo que estas últimas son “redes interempresariales” y las que son vinculadas societariamente son “redes intraempresariales”⁷⁵⁵.

Las redes de empresas han sido, por ende, consideradas grupos de empresas, tanto horizontales como verticales, de la misma forma que también se ha admitido una cierta coordinación dentro de la red de empresas entre empresas que no forman parte del mismo grupo⁷⁵⁶. Sin embargo, hay quien considera las redes de empresas como fenómeno totalmente incompatible con los grupos de empresa, una vez que “el ente auxiliar, tenga o no personalidad jurídica, la unidad de apoyo cuya existencia da sentido a una red, es la antítesis de la empresa dominante, de la misma manera que no cabe hablar de las redes de empresas como un grupo horizontal, pues las empresas de una red no coordinan sus objetivos económicos, sino que comparten algún aspecto puntual de sus diversas actividades”⁷⁵⁷.

Por lo tanto, las redes de empresas se distinguen de los grupos de empresa porque estos últimos poseen participación en el capital, mientras que las empresas en red a pesar de mantener relaciones jurídicas con distinguidas entidades, no participan en el capital de las otras.

⁷⁵⁴ OJEDA AVILÉS, A., “Aspectos laborales de las redes de empresas”, cit., pp. 800 y ss.

⁷⁵⁵ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 34.

⁷⁵⁶ SOLANS LATRE, M. Á., *El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos*, Madrid (Ed. Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales), 2004, pp. 215 y ss.

⁷⁵⁷ OJEDA AVILÉS, A., “Aspectos laborales de las redes de empresas”, cit., p. 805.

Al igual que otras nuevas formas de empresa, “las redes encarnan uno de los abismos de la deconstrucción del Derecho del Trabajo. Toda la inseguridad, la desinformación, la falta de instrumentos jurídicos para la defensa del trabajador, aparecen en tales estructuras en todo su esplendor. Pero sobre todo muestran los males del empresario difuso, en esta ocasión, además, desvaído y de trazos desenfocados, a despecho del importante papel económico y de los indudables beneficios dinamizadores que globalmente muestran”⁷⁵⁸.

Esto ocurre porque en la práctica, el empleador sigue siendo aquel que formaliza el contrato con el trabajador, pero se hace confundir con el empleador de la empresa con quien mantiene la colaboración y del cual obtiene cierta dependencia a la hora de tomar las decisiones. Es decir, las órdenes al trabajador, serán dadas, de forma indirecta, por el gran empresario, que a su vez lo hará con el empresario que contrata al trabajador, de forma que la figura del empleador pasa de ser una categoría singular a una figura compleja⁷⁵⁹.

Tanto en las redes de empresa como en los grupos empresariales, la prestación ofrecida por el trabajador de una de las empresas será beneficiosa para todas las demás. Esto implica la existencia de un empresario formal pero también de un empresario material que será el destinatario final de la utilidad de la prestación de trabajo de los empleados del grupo o de la red⁷⁶⁰.

Esta inseguridad se agrava a la hora de determinar quién será el empleador responsable, tanto en materia salarial y de Seguridad Social como en prevención de los riesgos laborales, ya que existe un elevado índice de siniestralidad laboral ocurridos en los espacios utilizados por la red de empresas, que no deja de ser motivo de preocupación.

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), ha establecido normas relevantes a este respecto, pues a tenor de su artículo 24,

⁷⁵⁸ OJEDA AVILÉS, A., “Aspectos laborales de las redes de empresas”, cit., p. 806.

⁷⁵⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., “El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar” en AA.VV.: (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F. Coord.), *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Madrid (Ed. Trotta), 2004, p. 88.

⁷⁶⁰ LÓPEZ SÁNCHEZ, M^a. C., *El empleador en las organizaciones empresariales complejas*, cit., pp. 184 y 185.

cuando en un mismo “centro de trabajo”⁷⁶¹ desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa preventiva. A tal fin, establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección, prevención e información de sus respectivos trabajadores y el empresario titular del centro de trabajo informará y dará instrucciones al respecto a los demás empresarios, así como las de medidas de emergencia a aplicar, para su traslado, a los trabajadores”⁷⁶².

De la misma forma que “el incumplimiento de las obligaciones de coordinación por los empresarios en red constituye falta grave susceptible de sanción administrativa, también podría significar la responsabilidad solidaria entre todos los empresarios que hayan incumplido los deberes de cooperación”⁷⁶³.

La prestación laboral de un trabajador cuando es desarrollada en otro local que no es el de la empresa contratada pero sí de una de las empresas de la red, hace que la figura del empleador sea difícil de ser identificada, además de existir una dificultad muy grande a la hora de negociar los convenios colectivos⁷⁶⁴ de estos trabajadores.

A mayores, también la sindicalización en el ámbito de una red de empresas se hace demasiado precaria⁷⁶⁵, ya que el trabajo llevado a cabo en un local que pertenece a un tercero, ajeno de la relación laboral, dificulta la movilización sindical de estos trabajadores en este ámbito⁷⁶⁶.

A este respecto se ha manifestado el Tribunal Supremo⁷⁶⁷, en el sentido de configurar la unión de varias Universidades con el intuito único de negociar un convenio colectivo, que sería aplicado a todas las Universidades participantes, como grupos de empresas y no como red de empresas, una vez que en esta unión por “motivos esporádicos, y condicionados por su dependencia del gobierno autonómico, las Universidades hayan decidido actuar conjuntamente, lo mal no implica su consideración

⁷⁶¹ El art. 2, a) del Real Decreto 171/2004 define centro de trabajo compartido como “cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón del trabajo”.

⁷⁶² OJEDA AVILÉS, A., “Aspectos laborales de las redes de empresas”, cit., p. 820.

⁷⁶³ OJEDA AVILÉS, A., “Aspectos laborales de las redes de empresas”, cit., p. 821.

⁷⁶⁴ En este sentido ver, VALDÉS DAL-RÉ, F., *Externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, cit., p. 43.

⁷⁶⁵ OJEDA AVILÉS, A., “Aspectos laborales de las redes de empresas”, cit., p. 809.

⁷⁶⁶ MENÉNDEZ CALVO, R., “Descentralización productiva y subcontratación” en AA.VV. (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): *La negociación colectiva en España: Una visión cualitativa*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 2004, p.116.

⁷⁶⁷ STS 20 de octubre de 1997 (RJ 1997, 8083).

como red de empresas, pues les falta la estabilidad en la coordinación, necesaria para ello. Las redes pueden formar alianzas permanentes o temporales, pero nunca puntuales. Son multitud las entidades y empresas con intereses coincidentes o incluso comunes, pero ello no les conduce necesariamente a organizarse en red”⁷⁶⁸.

5.8 Empresas Multiservicios

La tendencia descentralizadora, común en todos los fenómenos hasta ahora estudiados pretende fundamentalmente adelgazar la estructura empresarial al máximo posible, conservando sólo el desarrollo de la actividad de mayor especialización, lo cual va a provocar inevitablemente la reducción de la plantilla.

Frecuentemente se aduce para justificar el recurso a la externalización de las actividades empresariales “la necesidad de introducir y contar con una mayor especialización en las empresas con las cuales se subcontrata una parte de la producción o determinados servicios. A esta finalidad se yuxtaponen también otros objetivos: conseguir una mayor flexibilidad y capacidad de adaptación de las empresas, reduciendo el tamaño del aparato productivo; adaptarse con mayor facilidad a los cambios de coyuntura; reducir el volumen de la plantilla para hacer posible su ocupación óptima, y no facilitar situaciones de conflicto laboral”⁷⁶⁹.

Las nuevas vías de organización empresarial, traídas por el fenómeno de la descentralización, han provocado una huida hacia la estructura jerárquica, “la desaglomeración empresarial a través del crecimiento a base de reducir el tamaño, mediante el proceso de satelización de actividades que permiten obtener ventajas competitivas (acceso a innovaciones autónomas, reducción de costes fijos, reducción de riesgos...) y ventajas operativas (sistema *just in time*) y, en suma, el incremento del rendimiento basado en la gestión especializada, afectando, como no podía ser de otro modo, al empleo”⁷⁷⁰.

⁷⁶⁸ OJEDA AVILÉS, A., “Aspectos laborales de las redes de empresas”, cit., pp. 804 y 805.

⁷⁶⁹ RIVERO LAMAS, J., (Dir.), VAL TENA, A. L. de, y VAL ARNAL, J.J., *La negociación colectiva en el sector de empresas multiservicios*, Colección Informes y Estudios, núm. 73, 2006, p. 16.

⁷⁷⁰ ÁLVAREZ CUESTA, H., *La precariedad laboral, análisis y propuestas de solución*, cit., p. 224,

El adelgazamiento de la estructura empresarial influye principalmente “en la competitividad y en la aportación de calidad e innovación a las empresas; es además, aunque no en todos los casos, una respuesta al cambio económico que impulsan la globalización, las nuevas tecnologías, la transformación de los modos de producción y la demanda de productos cada vez más sofisticados”⁷⁷¹.

No obstante, al mismo tiempo, genera relaciones laborales complejas cuando las actividades son desarrolladas por distintas empresas con diversos trabajadores. Hay una reducción del tamaño de la empresa y un aumento de las relaciones triangulares de trabajo, en las cuales “el trabajador tiene más de un interlocutor en la parte empresarial de la relación laboral”⁷⁷².

El fenómeno que mejor expresa el fenómeno de las llamadas relaciones triangulares de trabajo son las ETT, que se han hecho conocer debido a su especialización, sobre todo, en las áreas de limpieza y seguridad. Con características muy parecidas a las ETT se encuentran las empresas multiservicios, que como el propio nombre indica, son especialistas en muchos servicios⁷⁷³.

“Agrupan un nutrido número de empresas con un objeto plurifuncional y dedicadas a prestar todo tipo de servicios a otras empresas, respecto de las cuales está resultando muy problemática su inclusión en sectores tradicionales de su actividad en los que convencionalmente se ha parcelado y organizado la economía a efectos laborales”⁷⁷⁴.

Las empresas multiservicios ofrecen una vasta gama de servicios, “que abarca desde la limpieza o la vigilancia hasta la eliminación de residuos sólidos, la jardinería, el mantenimiento de instalaciones de calefacción y aire acondicionado, las reparaciones y en general cualquier tipo de servicio que precise la empresa cliente y que ha irrumpido

⁷⁷¹ RIVERO LAMAS, J., (Dir.), VAL TENA, A. L. de, y VAL ARNAL, J.J., *La negociación colectiva en el sector de empresas multiservicios*, cit., p. 14.

⁷⁷² A respecto de la complejidad de las relaciones triangulares de trabajo véase CRUZ VILLALÓN, J., “La permanente complejidad de las relaciones triangulares de trabajo”, *TL*, núm. 56, 2000, p. 1.

⁷⁷³ Dicho en otras palabras, las empresas multiservicios se constituye por una sociedad “con un objeto social amplio, referido a la prestación integral de servicios para otras empresas”. GOERLICH PESET, J. M., “Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores”, *AL*, núm.3, 2001, p. 41.

⁷⁷⁴ TSJ Cataluña 5 de marzo de 2010 (AS 2010, 2004).

de una forma que aparece como imparablemente creciente tanto en el ámbito de las empresas privadas como cada vez con mayor incidencia en el ámbito público⁷⁷⁵.

Al mismo tiempo que celebran distintos contratos para la prestación de algunos de sus servicios con determinadas empresas, también contrata para cada uno de los servicios ofertados trabajadores temporales para ejecutarlos⁷⁷⁶.

De hecho, es muy difícil conceptualizar este tipo de empresas y, a la vez, se hace estrictamente necesario averiguar si poseen soporte material, financiero, técnico y organizativo para ejecutar las distintas actividades que ofrecen, o si “apenas se dotan de una burda cobertura”⁷⁷⁷.

La jurisprudencia viene entendiendo que “existe una cesión ilícita cuando la cedente no tenga una infraestructura propia e independiente, y le falte organización empresarial, siendo su objeto verdadero el de proporcionar mano de obra al auténtico empresario, quien, de esta manera, no la incorpora a su plantilla, o cuando no existen cuadros intermedios ni organigramas adecuados, a pesar de que sean necesarios para el trabajo a realizar; o, por el contrario, se comparten los mismos mandos y tareas; se dan órdenes por la empresa principal a los trabajadores afectados; o se controla, por la empresa principal, la prestación del trabajo”⁷⁷⁸.

Lo que se ha notado en los últimos años es que este tipo de empresa pretende adelgazar tanto su estructura organizativa que, no pocas veces, se limita en mantener en la plantilla a “un encargado organizador de los turnos de trabajo, a un mínimo servicio administrativo de personal para la tramitación de la documentación laboral y de seguridad social y a un equipo de comerciales para la captación de clientes limitándose su patrimonio habitualmente a una oficina, frecuentemente arrendada, y al material propio de la misma”⁷⁷⁹.

Estas empresas actúan “a través de la contratación con otras empresas que externalizan parte de sus actividades. Aparecen en el mercado como empresas

⁷⁷⁵ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dir.), AGUILERA IZQUIERDO, R. (Coord.) y THIBAUT ARANDA, J., “Contratación temporal, empresas de trabajo temporal y subcontratación en la negociación colectiva”, Colección Informes y Estudios, núm. 94, 2010, p. 227.

⁷⁷⁶ GOERLICH PESET, J. M., “Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores”, cit., p. 41.

⁷⁷⁷ NOGUEIRA GUSTANTINO, M., “Ingeniería jurídica y Empresas de Trabajo Temporal: Las difusas fronteras entre las contrataciones y la cesión de trabajadores”, *TL*, núm. 56, 2000, p. 257.

⁷⁷⁸ TSJ Cataluña 5 de marzo de 2010 (AS 2010, 2004).

⁷⁷⁹ NOGUEIRA GUSTANTINO, M., “Ingeniería jurídica y Empresas de Trabajo Temporal: Las difusas fronteras entre las contrataciones y la cesión de trabajadores”, cit., p. 255.

contratistas o concesionarias (en el sector público) para atender la actividad descentralizada de las empresas clientes o por las Administraciones Públicas”⁷⁸⁰.

La norma que ampara las empresas multiservicios es la misma que autoriza la realización de una contratación o subcontratación de obras y servicios (artículo 42 ET y normas concordantes)⁷⁸¹. A pesar de que el mismo servicio⁷⁸² pueda ser prestado tanto por una ETT o por una multiservicios; y que sean muy parecidas en su fin productivo, lo es cierto es que la empresa multiservicios se distingue de la primera porque su “objeto social es la prestación de una amplia gama de servicios para sus potenciales clientes”, mientras que una empresa contratista “es especializada en la prestación de una única tarea”⁷⁸³.

Se trata, en definitiva, de “dos formas de externalización de mano de obra próximas, a la vez que distintas, porque aunque en ambas dos interviene un solo trabajador y una pluralidad de empresarios, la dinámica y la forma de actuar es diversa; lo que explica el distinto régimen legal al que se ven sometidas: las fuertes exigencias para la constitución y funcionamiento de las ETTs frente a la relativa desregulación de las «empresas de multiservicios». Mientras que las ETTs actúan en un mercado intervenido y fuertemente controlado, sus servicios se limitan a unos supuestos predeterminados por el legislador laboral y están sometidas, a partir de la reforma operada por la Ley 29/1999, por exigencias de equiparación salarial, las «empresas de multiservicios» pueden entrar en competencia con aquellas a través de la contrata sin estar sometidas a autorización ni control previo y sin que haya un mandato legal expreso que imponga una paridad de tratamientos análoga a la establecida en el artículo 11 de la Ley 14/1994”⁷⁸⁴.

⁷⁸⁰ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dir.), AGUILERA IZQUIERDO, R. (Coord.) y THIBAUT ARANDA, J., “Contratación temporal, empresas de trabajo temporal y subcontratación en la negociación colectiva”, *Colección Informes y Estudios*, núm. 94, 2010, p. 228.

⁷⁸¹ GOERLICH PESET, J. M., “Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores”, cit., p. 40.

⁷⁸² “De hecho, idénticos servicios pueden contratarse a través de unas o de otras”. GOERLICH PESET, J. M., “Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores”, cit., p. 42.

⁷⁸³ El entrecomillado pertenece a PÉREZ GUERRERO, M. L. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., “El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: Empresas de Trabajo Temporal y cesión de trabajadores”, *RMTAS*, núm. 58, 2005, pp. 28 y 30 Consultado en la página web http://www.uhu.es/43122/lecciones/Leccion1/cesion_ilegal.pdf

⁷⁸⁴ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dir.), AGUILERA IZQUIERDO, R. (Coord.) y THIBAUT ARANDA, J., “Contratación temporal, empresas de trabajo temporal y subcontratación en la negociación colectiva”, cit., p. 200.

Como es sabido, el recurso por parte de las empresas en externalizar su producción a través de contrata o subcontratas acaba por ser muchas veces una posibilidad que las empresas tienen para “encubrir la cesión de trabajadores, esto es, aparentando la celebración de un contrato civil o mercantil en virtud del cual una empresa presta sus servicios a otra”⁷⁸⁵.

Produciéndose tal circunstancia, es muy difícil de calificar jurídicamente cuando las nuevas prácticas empresariales, como es el caso de las empresas multiservicios, suponen efectivamente, una contrata o una cesión ilegal de trabajadores⁷⁸⁶. Toda vez que, al igual que la contrata, las empresas multiservicios, en muchos casos, actúan como mera interposición entre el trabajador y la empresa beneficiaria, se “limitan únicamente a poner en contacto a los trabajadores con los clientes”⁷⁸⁷, y en estos casos, la empresa multiservicios será calificada como una práctica prohibida por el artículo 43 ET y no como contrata.

El artículo 43 ET pretende dejar claro que “el empresario ficticio se limita a suministrar la mano de obra a otro sin ejercer su propia dirección y gestión ni, respecto de quienes ejecutan la actividad, los derechos, obligaciones, riesgos, responsabilidades y poder de dirección inherentes a su condición”⁷⁸⁸.

La cesión aquí referida, como ya se ha estudiado anteriormente, no se produce sólo cuando se trata de empresas aparentes que se clasifican como “empresas que no poseen bienes materiales o de estructura productiva suficientes para ser considerada una empresa real, sino también cuando se trata de dos empresas reales, y el trabajador de una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta”⁷⁸⁹.

En la vida cotidiana es posible comprobar la existencia de “grandes empresas con sobrada organización, infraestructura y solvencia en el mercado que, sin embargo, están realizando auténticas cesiones de personal bajo la cobertura de una oferta “multiservicios” o servicios integrales”⁷⁹⁰.

⁷⁸⁵ GOERLICH PESET, J. M., “Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores”, cit., p. 41.

⁷⁸⁶ ÁLVAREZ CUESTA, H., *La precariedad laboral, análisis y propuestas de solución*, cit., p. 225.

⁷⁸⁷ NOGUEIRA GUSTANTINO, M., “Ingeniería jurídica y Empresas de Trabajo Temporal: Las difusas fronteras entre las contrata y la cesión de trabajadores”, cit., p. 255.

⁷⁸⁸ ÁLVAREZ CUESTA, H., *La precariedad laboral, análisis y propuestas de solución*, cit., p. 238.

⁷⁸⁹ SSTs 16 de febrero de 1989 (RJ 1989, 874), 3 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7333) y 14 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5230).

⁷⁹⁰ ÁLVAREZ CUESTA, H., *La precariedad laboral, análisis y propuestas de solución*, cit., p. 230.

Por lo tanto, se incurrirá en cesión ilegal cuando aun tratándose de dos empresas reales, se demuestre que el empresario no ha aportado en la ejecución de la contrata “su propia dirección y gestión, con asunción del riesgo correspondiente, manteniendo, en todo caso, a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección, conservando, con respecto a la misma, los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empleador”⁷⁹¹.

En resumen, la cesión de trabajadores sólo es reconocida como lícita en los casos de las ETT. No se aplica a las empresas multiservicios.

Las empresas multiservicios funcionan “a través de los mecanismos de descentralización, contratando trabajadores que ponen a disposición de terceras empresas, que, mediante arrendamiento de servicios o negocios jurídicos similares-contratan con ellas. En éste orden de cosas la Ley de 14/1994, tras exponer la posición tradicional de nuestro país, en orden a la contratación de trabajadores con la finalidad de cederlos con carácter temporal a otras empresas para hacer frente a necesidades coyunturales que ha sido tradicionalmente prohibida por los ordenamientos laborales y considerada como tráfico ilegal de mano de obra, por estimar que podía atentar contra derechos fundamentales de los trabajadores, recoge ésta posibilidad acomodándose a los Convenios de la OIT y de la UE por imponerle la lógica de funcionamiento del mercado único europeo, como espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, queda garantizada”⁷⁹².

En efecto, el recurso a las empresas de servicios puede suponer un menor coste para la empresa cliente porque “no ha de reconocer a sus trabajadores los salarios que se paguen en la empresa cliente, ni ha de constituir depósitos de garantía financiera, ni soportar costes fijos de formación exigidos a la ETT. Además, son menores las responsabilidades de la empresa en materia de seguridad y salud, por aplicación de la regla de la solidaridad frente a la de la responsabilidad directa (arts. 24.3 LPRL, 16.3 LETT y 28 LPRL), y no tiene la contratista los límites en cuanto a utilización de las modalidades de contratación temporal que pesan sobre las ETTs. Como contrapartida, las empresas clientes corren el riesgo de tener que hacer frente a las responsabilidades previstas en el artículo 43 LET si la contrata fuera calificada de cesión ilegal, con el

⁷⁹¹ SSTSJ País Vasco 21 de marzo de 2006 (AS 2006, 1679) y Madrid 24 de marzo y 23 mayo 2006 (AS 2006, 1237 y 2067).

⁷⁹² STSJ Andalucía/Granada 7 abril de 2011 (JUR 2011, 98207).

reconocimiento al trabajador cedido del derecho a incorporarse con carácter indefinido a su plantilla”⁷⁹³.

De hecho – y pese a este último inconveniente –, las ventajas de una empresa multiservicio se encuentran en distintos terrenos. Entre estas, se puede destacar que ellas “escapan a los controles administrativos y formales que se establecen para las empresas de trabajo temporal. Por otro lado, las empresas de servicios quedan al margen de las específicas obligaciones establecidas por la legislación especial a favor de los trabajadores puestos a disposición lo que se concreta en una reducción de los costes de personal. Se incluye en este terreno las obligaciones formativas (artículo 12 Ley 14/1994) o la indemnización por finalización de contrato (artículo 11.2 Ley 14/1994). Por último, las empresas de servicios tienen posibilidades de gestión más flexibles que las ETT pues, al quedar fuera de su legislación especial, desaparecen ciertos límites legales para la actuación de las ETT: por ejemplo, no cabe la cesión por una ETT a otra – artículo 8 d) LETT –, pero no existe impedimento formal alguno para que una empresa de servicios utilice trabajadores cedidos por otra empresa de servicios so pretexto de subcontratación o, a su vez, por una ETT”⁷⁹⁴.

Debido al carácter genérico de los servicios prestados por la empresa multiservicio y a la falta de aplicación de “las normas sectoriales que regulan determinados sectores particularmente descentralizados”, los trabajadores quedan excluidos de estos específicos mecanismos subrogatorios”⁷⁹⁵.

Además de los problemas de la falta de cobertura normativa en todos los sectores de la empresa multiservicio, sin contar la complejidad de las relaciones triangulares que acaban hoy en día transformándose en relaciones “cuadrangulares o poliangulares”⁷⁹⁶, hay otro problema aun más grave: la sustitución de puestos de trabajo indefinidos por la cesión permanente de trabajadores para la realización de funciones que pertenecen a la actividad fundamental de la empresa. Funciones estas que se “cubren mediante un encadenamiento de contratos de servicios que producen una

⁷⁹³ RIVERO LAMAS, J., (Dir.), VAL TENA, A. L. de, y VAL ARNAL, J.J., *La negociación colectiva en el sector de empresas multiservicios*, cit., p.35.

⁷⁹⁴ GOERLICH PESET, J. M., “Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores”, cit., pp. 42 y 43.

⁷⁹⁵ El entrecomillado pertenece a GOERLICH PESET, J. M., “Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores”, cit., p. 43.

⁷⁹⁶ ÁLVAREZ CUESTA, H., *La precariedad laboral, análisis y propuestas de solución*, cit., p. 225.

sucesión de contrataciones laborales temporales, de tal modo que estas empresas están teniendo también un efecto precarizador en el mercado de trabajo”⁷⁹⁷.

Con la intención de que la contratación por vía de empresas multiservicios sólo sea utilizada cuando no sea posible la contratación directa de mano de obra, en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva del año 2005, se establecía la necesidad “del fomento del uso adecuado de las modalidades contractuales de forma tal que las necesidades permanentes de la empresa se atiendan con contratos indefinidos y las necesidades coyunturales, cuando existan, puedan atenderse con contratos temporales causales, directamente o a través de ETT”⁷⁹⁸.

Hace falta, pues, encontrar indicios suficientes que “a la vez de ser lo suficientemente flexibles para legitimar el funcionamiento razonable de las contrata de servicios, permitan eliminar los abusos en los que cabe incurrir en caso de que las empresas de servicios suplanten a las empresas de trabajo temporal”⁷⁹⁹.

Respeto de los convenios colectivos, lo que sí es cierto es que las prácticas descentralizadoras, a partir de la opción normativa vigente, han provocado un empeoramiento de las condiciones de trabajo en la mayoría de los trabajadores contratados por la empresas auxiliares.

Esto ha ocurrido debido a la aplicación de normas colectivas diferentes, lo que se llama “diáspora convencional”, que se caracteriza cuando no hay una convergencia entre las regulaciones de la empresa cliente y de la empresa multiservicio. Se nota un visible enflaquecimiento de la negociación colectiva de los trabajadores que participan en la ejecución del ciclo productivo de las empresas clientes respecto de aquellos otros que pertenecen a las unidades productivas de las empresas de servicios. “Las unidades de negociación colectiva tradicionales experimentan una reducción de su tamaño a medida que las empresas afectadas se redimensionan y desplazan a las empresas de multiservicios parte de sus actividades, hasta el límite de lo que consideran sus competencias básicas. Mientras que las nuevas unidades de negociación se configuran casi siempre con un menor nivel de tutela, en parte porque son negociadas en sectores

⁷⁹⁷ PÉREZ GUERRERO, M. L. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., “El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: Empresas de Trabajo Temporal y cesión de trabajadores”, cit., p. 33.

⁷⁹⁸ PÉREZ GUERRERO, M. L. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., “El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: Empresas de Trabajo Temporal y cesión de trabajadores”, cit., p. 33.

⁷⁹⁹ GOERLICH PESET, J. M., “Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores”, cit., p. 48.

en los que no hay una gran tradición sindical, pero también sin duda por las propias debilidades de las empresas periféricas en la cadena de producción”⁸⁰⁰.

En suma, la facilitación en ofrecer distintos servicios ha provocado que un gran número de empresas recurran a las empresas multiservicios, pero junto con ello, también ha aumentado la precariedad de las condiciones laborales de los trabajadores, ya que, al no tener un convenio colectivo aplicable a los trabajadores de las empresas multiservicios, en general, a estos trabajadores sólo se aplican las condiciones básicas del ET⁸⁰¹.

Ante esta situación, lo ideal sería conseguir que a estos trabajadores, puestos a disposición de la empresa principal, les sean garantizados, “los mismos derechos laborales y retributivos”⁸⁰² que corresponden a los trabajadores de la empresa principal.

Por lo tanto, una solución a corto plazo sería “la aplicación imperativa a los trabajadores de la empresa multiservicios del convenio o del régimen salarial que se aplique en la empresa donde se ejecuta la contrata, salvo que sean más favorables los salarios de la comitente”⁸⁰³. Esta solución ha sido propuesta por la doctrina en atención al hecho de que las empresas multiservicios “no generan una nueva actividad, sino una nueva forma de prestar la actividad, por lo que prácticamente todos los servicios que aquéllas prestan a otras ya están regulados en el convenio colectivo de la empresa cliente. De otra parte, se argumenta que si se ha roto el sistema bipolar de las relaciones de trabajo “por qué no romperlo igualmente en la aplicación del convenio colectivo”⁸⁰⁴.

Las empresas de servicios están llamadas a cumplir “un relevante papel en el futuro en la medida en que han de ser, – lo son ya – una fuente de crecimiento económico y de creación de empleo. Por ello, los poderes públicos deben proporcionar un marco jurídico laboral adecuado para estas empresas”⁸⁰⁵.

⁸⁰⁰ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dir.), AGUILERA IZQUIERDO, R. (Coord.) y THIBAUT ARANDA, J., “Contratación temporal, empresas de trabajo temporal y subcontratación en la negociación colectiva”, cit., pp. 228 y 229.

⁸⁰¹ ÁLVAREZ CUESTA, H., *La precariedad laboral, análisis y propuestas de solución*, cit., p. 228.

⁸⁰² PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dir.), AGUILERA IZQUIERDO, R. (Coord.) y THIBAUT ARANDA, J., “Contratación temporal, empresas de trabajo temporal y subcontratación en la negociación colectiva”, cit., p. 230.

⁸⁰³ ÁLVAREZ CUESTA, H., *La precariedad laboral, análisis y propuestas de solución*, cit., p. 241.

⁸⁰⁴ RIVERO LAMAS, J., (Dir.), VAL TENA, A. L. de, y VAL ARNAL, J.J., *La negociación colectiva en el sector de empresas multiservicios*, cit, p. 148.

⁸⁰⁵ ÁLVAREZ CUESTA, H., *La precariedad laboral, análisis y propuestas de solución*, cit., p. 240.

5.9 Empresas Multinacionales

El avance tecnológico ha producido una expansión de nuevos productos para otros países a través de la liberalización del comercio y de técnicas directivas más modernas. La transferencia de estos productos hacia el exterior ha sido posible debido a los acuerdos efectuados entre diversos países que han permitido a éstas llevar sus productos más allá de las fronteras.

En este sentido, la expansión empresarial puede ser hecha por dos vías. Ya sea por exportación o por el establecimiento de las empresas en otros países. En el primer caso, “la empresa disfrutaría de sus ventajas específicas, derivadas del uso interno de los activos intangibles, mediante el dominio de otros mercados nacionales, a través de operaciones de exportación”⁸⁰⁶. En el segundo caso, las empresas “controlan y dirigen la producción en establecimientos localizados en al menos dos países”⁸⁰⁷. Pero en ambos casos, se trata de empresas multinacionales.

Las empresas multinacionales han tenido la capacidad, – facilitada por la interrelación creciente de los mercados, el desarrollo de las nuevas tecnologías que permite el control global de los procesos de producción a despecho de la distinta ubicación espacial de sus diversas fases o componentes y el desarrollo de los medios de transporte – de localizar y relocalizar la totalidad o parte de sus actividades en un Estado u otro en función de sus menores costes de producción, incluyendo dentro de ellos los laborales, naturalmente⁸⁰⁸.

En este sentido, una empresa multinacional es aquella que “posee (coordina y controla) filiales en uno o más países extranjeros. De hecho, la empresa se hace multinacional mediante la realización de inversiones directas en el exterior”⁸⁰⁹.

Lo que ha contribuido al crecimiento del número de empresas multinacionales ha sido el hecho de que ellas utilizaron los “progresos de los medios de información,

⁸⁰⁶ GIRÁLDEZ PIDAL, E., *La internacionalización de las empresas españolas en América Latina*, Madrid (Ed. CES), 2002, p. 34.

⁸⁰⁷ MARTÍNEZ BOBILLO, A., *Empresas multinacionales. Estructura organizativa y función financiera*, Valladolid (Ed. Universidad de Valladolid), 1995, p. 20.

⁸⁰⁸ SANGUINETI RAYMOND, W., “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en AA.VV. (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*, Madrid (Ed. Cinca), 2008, p. 447.

⁸⁰⁹ DURÁN, J.J., *Estrategia y economía de la empresa multinacional*, Madrid (Ed. Pirámide), 2001, p. 95.

comunicación y transporte para inaugurar una nueva división internacional del trabajo e innovar en la forma de desarrollar su producción”⁸¹⁰.

Son muchos los factores que llevan a una empresa expandir su negocio hacia el exterior, entre ellos, están la “homogeneidad de los factores en los distintos países, idénticas funciones de producción a nivel internacional, sensibilidad de todas las empresas a las variaciones de los precios, condiciones de competencia perfecta, inexistencia de barreras al comercio, inexistencia de costes de transacción, similitud de los gustos internacionales, inmovilidad de los factores(...)”⁸¹¹, circunstancias que han favorecido la inversión del capital empresarial en el exterior.

Es decir, entre los factores que han contribuido a que las empresas multinacionales obtuviesen más beneficios con costes más reducidos y una productividad más amplia, se encuentre “el aprovechamiento de las ventajas geográficas, como el acceso a las materias primas y los mercados, la disponibilidad de energía, agua y mano de obra barata, así como la libre circulación de mercaderías gracias a los acuerdos de integración económica”⁸¹².

De la misma manera, el factor trabajo de las empresas y también las políticas gubernamentales han tenido que adaptarse a una competitividad internacional provocada por una integración regional cada vez mayor “y un crecimiento de la interdependencia económica y de la movilidad del capital”⁸¹³.

La fuerza de las multinacionales proviene de un “vertiginoso proceso de fusiones, alianzas y absorciones, que está teniendo lugar en todos los sectores a escala mundial (bancos, seguros, comunicaciones, informática, automoción, industria química, energía, aeronáutica, etc.)”⁸¹⁴.

Las multinacionales no dejan de ser un fenómeno provocado por la globalización, pues se trata de una expansión empresarial a nivel internacional. En general pertenecen a un grupo de empresas que decide expandir su producción en el

⁸¹⁰ JAKOBSEN, K., “¿Cómo puede enfrentar el sindicalismo a las empresas multinacionales?”, *Revista Nueva Sociedad*, núm. 211, 2007, p. 145.

⁸¹¹ GIRÁLDEZ PIDAL, E., *La internacionalización de las empresas españolas en América Latina*, cit., p. 29.

⁸¹² JAKOBSEN, K., “¿Cómo puede enfrentar el sindicalismo a las empresas multinacionales?”, cit., p. 145.

⁸¹³ DURÁN, J.J., *Estrategia y economía de la empresa multinacional*, cit., p. 225.

⁸¹⁴ BARREIRO GONZÁLEZ, G., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Reflexiones sobre el presente y futuro del Derecho Español del Trabajo*, cit., p. 136.

exterior, como forma de acortar distancias entre los países y hacerse conocer en otros territorios, sobre todo utilizando los beneficios que el país destino puede ofrecer.

Los recursos y capacidades de este tipo de empresas se encuentran diseminados en el grupo, formado por empresas nacionales y empresas con filiales en otros países. De esta forma, “cada filial desarrolla autónomamente su actividad para así adaptarse más eficaz y eficientemente a los mercados (entornos) locales y regionales”⁸¹⁵.

La estrategia de externalización a través de la creación de filiales en el exterior, “permite el crecimiento internacional de la empresa y la concentración del capital en la diversidad formal, cuyas numerosas ventajas explican su extendido empleo en la práctica”⁸¹⁶.

Por lo tanto, la estructura de organización puede ser comparada con la relación existente entre filiales y matriz. De esta manera, “el grado de diversidad en las relaciones matriz-filial puede ser visto en base a las distintas ponderaciones que pueden adoptar los siguientes elementos determinantes del proceso de organización. Es decir, grado de centralización/descentralización; mecanismos formales o burocráticos establecidos; nivel de integración normativa”⁸¹⁷.

No está de más aclarar que dependiendo de la estrategia adoptada por la empresa multinacional, puede ser comparada con un grupo de empresa, cuando ejerce un control rígido por la producción que ejecutará la empresa filial en el extranjero, o también podrá actuar como una empresa integrante de una red de empresas. En este último caso, el vínculo entre las empresas será de naturaleza contractual, donde cada una de las empresas (en diversos países) actúan de forma independiente las unas de las otras, pero ejerciendo una cierta cooperación entre ellas.

Independientemente de la técnica elegida por la empresa multinacional, sea como grupo de empresa (incluyendo la filialización) o como red empresarial, además de hacer uso de otras formas de contratación (subcontratación, *outsourcing*, ETT, etc.), no se debe olvidar que, aunque estas empresas tengan distintas funciones y diversas localizaciones geográficas, “todas las entidades que se congregan en torno a las cadenas de producción de estas empresas atienden necesidades integrantes de un único proceso

⁸¹⁵ DURÁN, J.J., *Estrategia y economía de la empresas multinacional*, cit., p. 375.

⁸¹⁶ PALAO MORENO, G., *Grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 2000, p. 19.

⁸¹⁷ DURÁN, J.J., *Estrategia y economía de la empresa multinacional*, cit., p. 374.

global, en cuyo vértice se sitúa la sociedad matriz, que es la que ejerce la dirección y el control sobre todas ellas. Pues bien, ese control, que la empresa transnacional está en condiciones de desplegar sobre su red de filiales, proveedores y contratistas debido a su poderío económico y a los vínculos de naturaleza societaria y/o contractual que mantiene con ellos, es susceptible de ser utilizado, no sólo para favorecer una degradación cada vez mayor de las condiciones de trabajo, como ocurre en muchas ocasiones, sino también como una herramienta al servicio de una política de respeto de un conjunto de estándares laborales justos a lo largo de toda la cadena de producción”⁸¹⁸.

La justificación de la creación de una filial en un país con diferentes condiciones geográficas, laborales o fiscales, radica en que “una empresa establecida en un país desarrollado, al ser instalada en un país menos desarrollado, tendrá muchas ventajas competitivas sobre las empresas locales, ya que las primeras presentarán un sistema de recursos humanos y de tecnología relativamente más avanzados que las últimas”⁸¹⁹.

La inversión directa en el extranjero se hace mediante tres condiciones, “1) que la empresa posea una ventaja específica inaccesible (generalmente asociada con recursos intangibles, como la tecnología), al menos durante un tiempo, para las empresas locales competidoras; 2) supuesta la condición anterior, debe ser más beneficioso para la empresa internalizar esas ventajas – utilizarlas ella misma – que externalizarlas a través de una cesión de patentes o licencias a empresas foráneas; 3) dadas las dos condiciones anteriores, debe ser más beneficioso para la empresa internalizar esas ventajas en asociación con algún factor de localización, propio del mercado de destino de la inversión, pues, en caso contrario, se optaría por la exportación en lugar de la inversión”⁸²⁰.

Lo que se puede percibir es, por ende, que la decisión empresarial de invertir en el exterior se materializa cuando la empresa tiene seguro que va a “gozar de ciertas ventajas específicas de las cuales no disfrutaban las demás empresas, sobre todo las de los

⁸¹⁸ SANGUINETI RAYMOND, W., “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en AA.VV. (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*, cit., p.450.

⁸¹⁹ DURÁN, J.J., *Estrategia y economía de la empresas multinacional*, cit., p. 380.

⁸²⁰ GIRÁLDEZ PIDAL, E., *La internacionalización de las empresas españolas en América Latina*, cit., p. 35.

países receptores. Se produce así una situación de competencia imperfecta, o de fallos de mercado, al no cumplirse los supuestos de la competencia perfecta”⁸²¹.

Igual que ocurre en los fenómenos de deslocalización empresarial, también las empresas multinacionales, que en general tienen su empresa matriz en un país desarrollado, buscan entre otras ventajas, “patrones laborales y ambientales débiles”⁸²². De esta forma se benefician de la debilidad económica y de la desprotección social de los trabajadores de los países subdesarrollados o en vía de desarrollo.

Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando la “decisión de fragmentar el proceso productivo entre las empresas que integran el Grupo multinacional (para aprovechar las ventajas que cada mercado estatal proporciona), la exigencia a los Estados receptores de determinadas condiciones más beneficiosas para las empresas del Grupo que allí se implanten (al estar necesitados de inversión extranjera), así como los procesos de deslocalización realizados mediante el traslado de centros productivos y de mano de obra de un Estado a otro (movilidad del capital y de la mano de obra), tiene como objeto encontrar condiciones más ventajosas para las empresas que integran el Grupo”⁸²³.

Las ventajas no tienen por qué ser únicamente en el ámbito laboral. Las mismas ventajas que se aplican a las empresas filiales se aplican a las empresas multinacionales, pudiendo ser de carácter laboral, fiscal o de otra naturaleza⁸²⁴.

De la misma manera, también las ventajas enumeradas respecto de las PYMEs se aplican a las empresas multinacionales. La internacionalización de las PYMEs se hace mucho más favorable debido a la existencia de “una mayor facilidad de acceso a mayores mercados (integrados) y resulta más fácil la evaluación de las alternativas de localización y de expansión (formas de internacionalizarse)”⁸²⁵.

En efecto, frente a la tradicional integración vertical de los procesos productivos de las grandes empresas, como su gestión jerarquizada, está la división del trabajo interempresarial, que cada vez más ha adquirido una posición destacada en el mercado. Este tipo de división prevalece sobre la división de trabajo intraempresarial, antes

⁸²¹ GIRÁLDEZ PIDAL, E., *La internacionalización de las empresas españolas en América Latina*, cit., p. 33.

⁸²² JAKOBSEN, K., “¿Cómo puede enfrentar el sindicalismo a las empresas multinacionales?”, cit., p. 147.

⁸²³ PALAO MORENO, G., *Grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, cit., p. 23.

⁸²⁴ A respecto de las ventajas de las empresas filiales verse PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “La filialización de la empresa”, cit., pp. 533 y ss.

⁸²⁵ DURÁN, J.J., *Estrategia y economía de la empresa multinacional*, cit., p. 222.

predominante entre las empresas. Y ello porque las grandes empresas prefieren “reducir de manera significativa su volumen operativo directo mediante la creación de lazos de cooperación con colaboradores externos en vez de personal sujeto a dependencia”⁸²⁶.

Por esta razón, las multinacionales también forman parte de las nuevas formas de empresa, ya que el mismo fenómeno ocurrido en empresas nacionales, que se han utilizado del “progreso técnico, que permite una producción más favorable, un menor tamaño mínimo eficiente, una mayor eficiencia (*just-in time*, etc.) y mayores posibilidades de coordinación de actividades dispersas (tecnologías de la información)”⁸²⁷, también ha concurrido en las empresas con sede en dos o más países. Siempre utilizando este nuevo concepto de organización empresarial como forma de mantenerse en el mercado y, cómo no, para expandir su negocio hacia el exterior.

Esta estrategia permite a las grandes estructuras “reducir de manera significativa su volumen operativo directo mediante la creación de lazos de cooperación con colaboradores externos en vez de personal sujeto a dependencia”⁸²⁸.

La estrategia empresarial en mantener una estructura mínima o mediana se debe, entre otros extremos a la existencia de “más y mejores posibilidades para reducir los puntos débiles de las PYMEs y acrecentar sus puntos fuertes. Así, sus estructuras flexibles y simplificadas y su potencial de aprendizaje resaltarán en su ventaja competitiva en costes y calidad, centrándose en lo que «saben hacer» (sus núcleos o nichos distintivos)”⁸²⁹.

Las empresas utilizan su capacidad de “localizar y relocalizar las distintas fases de sus procesos de producción en aquellos espacios que les ofrecen mayores ventajas en términos de costes sociales”⁸³⁰, y acaban por corroborar la corrosión del sistema protector laboral.

Lo que quiere decir que “la creciente interrelación de las finanzas, el comercio y los mercados, a la par que abre nuevas oportunidades para el crecimiento y la

⁸²⁶ SANGUINETI RAYMOND, W., “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en AA.VV. (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*, cit., p. 448.

⁸²⁷ DURÁN, J.J., *Estrategia y economía de la empresa multinacional*, cit., p. 222.

⁸²⁸ SANGUINETI RAYMOND, W., “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en AA.VV. (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*, cit., p. 448.

⁸²⁹ DURÁN, J.J., *Estrategia y economía de la empresa multinacional*, cit., p. 222.

⁸³⁰ SANGUINETI RAYMOND, W., “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en AA.VV. (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*, cit., p.445.

prosperidad, está dando lugar a nuevas formas de exclusión y desigualdad desconocidas en el pasado, las cuales afectan de manera particular a todas aquellas naciones, sectores e individuos que carecen de las aptitudes requeridas para integrarse de manera efectiva en tales procesos”⁸³¹.

Por lo tanto, no dejan de ser una forma de descentralizar la producción. Su fortalecimiento también ha provocado una desprotección a los trabajadores que son, casi siempre, los más perjudicados.

A través de la externalización/tercerización de la actividad, la empresa puede mantener un “número mínimo de trabajadores necesario para proyectar y administrar la producción. Pero para que el propietario de la empresa tercerizada pueda obtener ganancias, es necesario que pague salarios más bajos y ofrezca menos beneficios a sus trabajadores de los que podrían recibir si fuesen contratados directamente por la empresa principal. De esta forma, la empresa principal transfiere los costos a las compañías terciarizadas, que deben producir de acuerdo con sus patrones de calidad, y a los trabajadores”⁸³².

Las ventajas laborales ofrecidas por el país receptor generan a los trabajadores, tanto a nivel individual como a nivel colectivo consecuencias muy negativas. A nivel individual, “la casi libre movilidad del capital y de la mano de obra con que juegan los Grupos de empresas multinacionales, influirá decisivamente en el contrato individual de trabajo de los asalariados que forman parte de las plantillas de las empresas integradas en el Grupo multinacional. Y ello, gracias a que la independencia y autonomía formal con la que cuentan dichas empresas hace posible un continuo cambio en el estatuto de dicha relación laboral. Junto a ello, por lo que respecta a las relaciones colectivas, es precisamente dicha limitación territorial lo que dificulta la representación y negociación colectiva de los trabajadores que componen las plantillas de cada una de las empresas que participan en el Grupo multinacional”⁸³³.

La localización empresarial en otro país supone la existencia de ordenamientos jurídicos distintos. La diferencia existente en cada una de las legislaciones puede ser

⁸³¹ SANGUINETI RAYMOND, W., “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en AA.VV. (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*, cit., p. 443.

⁸³² JAKOBSEN, K., “¿Cómo puede enfrentar el sindicalismo a las empresas multinacionales?”, cit., p. 145.

⁸³³ PALAO MORENO, G., *Grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, cit., pp. 24 y 25.

utilizada en contra a los trabajadores, favoreciendo el empleo precario y el *dumping* social, tanto en los países que poseen un sistema de protección mas desarrollado como en aquellos donde la legislación laboral es insuficiente.

Las condiciones laborales son elaboradas a nivel estatal pero el trabajo está siendo prestado a nivel internacional. Eso no significa, empero, que las empresas multinacionales puedan beneficiarse de esta situación. Muchas veces utilizan el poder que poseían e intentan neutralizar la acción de los trabajadores que son tratados como una materia prima más; lo que no “significa que el papel de los sindicatos como defensores de los derechos e intereses de éstos deba cambiar. Lo que debe cambiar es la estrategia: si ésta funcionaba y lograba conquistas en el pasado, ahora resulta insuficiente”⁸³⁴.

También las diferencias ideológicas entre gobiernos dificultan la unión sindical internacional, ya que existirán “frenos o barreras institucionales locales al establecimiento o desarrollo de un movimiento de este tipo. Desde el punto de vista del logro de un cierto contrapoder sindical en el ámbito internacional, habría que conseguir conjugar una cierta regulación y cooperación a escala internacional”⁸³⁵.

La idea de un sindicato internacional está totalmente apoyada por las empresas europeas que demuestran un mayor interés en cooperar con los sindicatos de otros países, como Brasil por ejemplo, que no deja de ser una forma de dirigir el comportamiento de las empresas que tienen su capital pero que están en otros países⁸³⁶.

La ineficiencia de la acción sindical intentó ser suprimida primeramente por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL), que fue la mayor central sindical a nivel mundial hasta el 31 de octubre de 2006, cuando se produjo su disolución y pasó a formar parte de la Confederación Sindical Internacional (CSI).

La CSI surgió de la fusión entre la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL) y de la Confederación Mundial del Trabajo (CMT). Fue creada el 1 de noviembre de 2006 en Viena, siendo la central sindical más grande del mundo. Su sede está en Bruselas.

⁸³⁴ JAKOBSEN, K., “¿Cómo puede enfrentar el sindicalismo a las empresas multinacionales?”, cit., pp. 150 y 151.

⁸³⁵ DURÁN, J.J., *Estrategia y economía de la empresa multinacional*, cit., p. 226.

⁸³⁶ JAKOBSEN, K., “¿Cómo puede enfrentar el sindicalismo a las empresas multinacionales?”, cit., p. 152.

También las iniciativas de la OCDE y de la OIT se fueron multiplicando y ganando cada vez más fuerza a medida que las empresas multinacionales se extendían por todas las partes del globo.

Y como forma de combatir el trabajo precario, y de ampliar la actuación de los sindicatos a nivel internacional, se ha notado un aumento cuantitativo y cualitativo en los acuerdos internacionales, llamados *international framework agreements*⁸³⁷, así como una mayor observancia de los códigos de conducta.

Los nuevos códigos de conducta, surgidos en los últimos años, no se han conformado, únicamente, en aceptar el compromiso formal de la empresa matriz en aceptar y respetar un rol de derechos básicos impuesto por la OIT, sino que han incluido además, “sistemas de verificación de su cumplimiento y sanciones para los infractores”⁸³⁸.

El nombre *International Framework Agreements*, es utilizado, precisamente, cuando se está haciendo referencia a distintos acuerdos internacionales. A través de estos acuerdos, los sindicatos actúan en la defensa de los derechos laborales, sobre todo de los trabajadores que pertenecen a una red o grupo de empresas internacionales. Es por eso que los *International Framework Agreements* no dejan de ser un instrumento de combate del *dumping* social. Estos acuerdos son celebrados entre la asociación sindical y los empresarios que tienen más de una empresa en otro país, establecen derechos y deberes a las partes otorgantes, entendiendo como tales los trabajadores (representados por su sindicato) y por la empresa multinacional (representando todas las empresas que pertenece a la red o grupo de empresas).

Son estos acuerdos los encargados de determinar de qué manera se procederá a la implantación de las normas laborales fundamentales en las empresas multinacionales. Hay innumerables acuerdos internacionales en distintos sectores. No obstante, todos los sectores no cuentan con un acuerdo internacional. En general, aquellos sindicatos que poseen más fuerza son los primeros que firman estos acuerdos. Entre los más destacados están los acuerdos firmados por el sindicato metalúrgico, el de la

⁸³⁷ También llamados acuerdos Macro o Acuerdos Globales.

⁸³⁸ SANGUINETI RAYMOND, W., “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en AA.VV. (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*, cit., p.455.

construcción civil y de la madera, o el de la industria química, energía y/o el de servicios.

Además de tener un carácter bilateral – entre trabajadores y empresarios – los *International Framework Agreements* se distinguen de los códigos de conducta, por su profundo contenido. En efecto, además de cumplir su función esencial de garantizar una protección mínima a los trabajadores, “los acuerdos marco en general, y especialmente los más recientes, suelen ir más allá del catálogo de derechos laborales fundamentales contenido en la Declaración de la OIT de 1998, para extenderse al tratamiento de cuestiones vinculadas con el salario, la jornada, la salud laboral, el empleo y la formación profesional e incluso la protección social, adoptando además en relación con varias de estas materias decisiones que rebasan el mero compromiso de respeto de lo dispuesto por los convenios internacionales y las normas nacionales de referencia. Estos instrumentos destacan igualmente por la especial atención y relieve que conceden a la libertad sindical”⁸³⁹.

Hay que resaltar que la mayoría de estos acuerdos son firmados por las empresas multinacionales que pertenecen a la Unión Europea. Estos acuerdos son instrumentos utilizados para hacer cumplir las normas de la OIT en el ámbito de las relaciones laborales entre las empresas multinacionales y sus empleados.

Cuando una empresa multinacional firma un *International Framework Agreements* está asumiendo ser una empresa socialmente responsable, lo que favorece la buena imagen de su empresa, de la marca.

El objetivo principal de estos acuerdos, además de ser cumplidos por todas las empresas que pertenecen a la red/grupo de la multinacional, incluyendo también las filiales nacionales, es el de establecer una aproximación de una legislación laboral única entre los países, proporcionando con eso una igualdad entre todos los trabajadores que pertenecen a la cadena de producción, sean los trabajadores de la empresa multinacional o de una empresa auxiliar que ha sido contratada para la ejecución de una fase de la producción. Por lo tanto, todos los acuerdos celebrados son de extrema importancia y relevancia.

⁸³⁹ SANGUINETI RAYMOND, W., “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en AA.VV. (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*, cit., p. 460.

El contenido principal de los acuerdos internacionales es implantar, en los países en que aún no están asegurados, los derechos fundamentales para la obtención del trabajo digno de acuerdo con las recomendaciones de la OIT.

Además de promocionar la mejora de las condiciones de los trabajadores que pertenecen a la red/grupo de empresa, intentando de alguna forma promover la igualdad entre todos los trabajadores, también facilitan el diálogo entre trabajadores y empleadores. Pero los acuerdos no sólo buscan mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores, sino que el contenido puede estar relacionado con el medio ambiente, con la salud e higiene, mejora en el empleo, mejora en las condiciones de vida de la comunidad, cuestiones de competencia, etc. En general, son acuerdos determinantes de una responsabilidad social de las empresas.

La responsabilidad social adquirió una nueva perspectiva, desde la década pasada, cuando se empezaron a celebrar acuerdos marco internacionales “de garantía de los derechos laborales fundamentales entre las direcciones centrales de los grupos multinacionales y las federaciones internacionales de rama de determinados sectores productivos, así como de los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores de la casa matriz o del grupo en su conjunto”⁸⁴⁰.

De forma que, la precarización del empleo en escala mundial sólo será posible a través de la aplicación de una responsabilidad social de las empresas exigida tanto por códigos de conducta como por los *International Framework Agreements*.

Los acuerdos marcos tendrían, teóricamente, una aplicación absoluta en el ámbito interno de la empresa multinacional, siempre y cuando “a través de su firma la empresa principal que dirige la actuación del grupo quedará obligada a imponer a cada una de sus filiales el respeto de su contenido, poniendo los medios necesarios para ello. Mientras que, a su vez, estas últimas se encuentran sujetas, en virtud del vínculo que mantienen con la casa matriz, al deber de respetarlo. El acuerdo resulta de tal manera vinculante también en el plano de las relaciones entre la matriz y sus filiales”⁸⁴¹.

⁸⁴⁰ SANGUINETI RAYMOND, W., “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en AA.VV. (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*, cit., p. 459.

⁸⁴¹ SANGUINETI RAYMOND, W., “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en AA.VV. (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*, cit., p. 463.

No obstante, a pesar de que los *International Framework Agreements* presentaran ventajas sobre los códigos de conducta⁸⁴², la aplicación por parte de los implicados no está garantizada. Es necesario que las empresas multinacionales implanten un mecanismo de aplicación de las directrices del acuerdo además de ejecutar un control rígido, para saber si todas las empresas que participan del proceso productivo están cumpliendo con lo establecido en el acuerdo internacional.

La reputación de una empresa está relacionada con el nombre de su marca. Por eso, no se debe perder de vista que “el liderazgo que ejerce la sociedad matriz sobre toda la cadena de producción, compuesta por una diversidad de proveedores, fabricantes, contratistas, subcontratistas y demás empresas asociadas a éstos, la hace especialmente visible ante los consumidores y la sociedad en general, especialmente a través de la marca, que a fin de cuentas identifica a todos los productos fabricados por encargo de ella aunque no haya intervenido directamente en su elaboración”⁸⁴³. Por esta razón, cada vez más las empresas multinacionales se preocupan en proporcionar los derechos laborales básicos a todos aquellos que participan en la cadena de producción, a fin de ser reconocida como una empresa socialmente responsable.

Las Convenciones proporcionadas por la OIT, así como la responsabilidad social transcrita por el Libro Verde y las directrices de los Acuerdos Marco, son recomendaciones que las empresas pueden seguir. Cuando una de las empresas de la red o del grupo asume voluntariamente estas recomendaciones, tiene que vigilar, a su vez, todas aquellas que forman parte de la cadena de producción, porque una mala actitud de cualquiera de ellas puede perjudicar la marca de la empresa multinacional. Las empresas que se decidan a asumir una responsabilidad social, sea por conciencia o por interés económico – para preservar la imagen de su marca, por ejemplo –, deben imponer y controlar que sean cumplidos ciertos estándares laborales – códigos de conducta – por todas las empresas colaboradoras en el proceso productivo⁸⁴⁴.

⁸⁴² ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., “La eficacia de los acuerdos marco internacionales: implementación y control”, en AA.VV.: *Observatorio de la Negociación Colectiva: Empleo Público, Igualdad, Nuevas tecnologías y Globalización*, Madrid (Ed. Cinca), 2010, p. 548.

⁸⁴³ SANGUINETI RAYMOND, W., “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en AA.VV. (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*, cit., p.451.

⁸⁴⁴ SANGUINETI RAYMOND, W., “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en AA.VV. (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*, cit., p. 453.

No obstante, la responsabilidad social adquirida a través de la adhesión a los *International Framework Agreements* todavía está muy relacionada con la situación económica de la empresa, toda vez que la empresa multinacional quiera mantener el status de empresa socialmente responsable cuando ya esté en un nivel económico superior. En contrapartida, si aun no ha conseguido su estabilidad, la empresa multinacional seguirá buscando el mejor costo-beneficio.

Es muy difícil conseguir una aplicación de un derecho igualitario a todos los trabajadores en distintos países, sobre todo cuando se nota la existencia de legislaciones más exigentes y que, por lo tanto, además de garantizar los derechos básicos, también proporcionan una mejora en la calidad de vida de los trabajadores, mientras que en otros países el empleo es precario. La unificación de todos los derechos en tal desproporción no es posible, por lo menos de momento, pero sí es posible, a través de los acuerdos internacionales una unificación de los derechos sociales mínimos para todos.

No se pretende, en absoluto, sustituir las tradicionales convenciones colectivas del trabajo por los *International Framework Agreements*. Los acuerdos internacionales son instrumentos que actúan en la defensa de los derechos de los trabajadores en los países en que las normas laborales son escasas y, en su caso, sus directrices pueden ser utilizadas como base para futuras convenciones colectivas de trabajo, hasta entonces inexistente o ineficiente en el país receptor.

Es más, una de las principales obligaciones de una empresa multinacional es respetar las leyes del país receptor y por lo tanto, las directrices establecidas en los *International Framework Agreements* “no pueden sustituir ninguna legislación o reglamento nacional ni prevaler sobre ellas. Si bien las Directrices a menudo van más allá de la ley, no deberían – y no es ese su objetivo – colocar a las empresas en una situación en la que tuvieran que enfrentarse a obligaciones contradictorias. No obstante, en los países en los que la legislación o la reglamentación interior entre en conflicto con los principios y normas enunciados en las Directrices, las empresas deberán intentar hallar la manera de respetar dichas directrices y normas sin infringir sus leyes nacionales”⁸⁴⁵.

⁸⁴⁵ Capítulo I, 2 de Las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales. Recomendaciones para una conducta responsable por parte de las empresas en el contexto internacional.

También se puede percibir que los acuerdos tienen más eficacia cuando se aplica una sanción pecuniaria a las empresas que no cumplen las normas establecidas en el *International Framework Agreements*.

Especialmente relevante es la manera con que la información respecto del acuerdo llega a todas las empresas de la red y a todos los trabajadores de las mismas. Es por esta razón por la que muchos acuerdos internacionales ya prevén cláusulas de información y/o formación de los representantes de los trabajadores, para que el contenido del acuerdo se haga llegar a todos. La información del contenido del acuerdo es algo muy importante, ya que la eficacia del mismo depende de una buena información dispensada a todos los implicados en la producción.

Las multinacionales, además de asumir un nuevo posicionamiento a favor de los derechos de los trabajadores, también adquieren el compromiso “con un mundo de valores éticos que coloca, en el vértice, la defensa de los derechos humanos del trabajo”⁸⁴⁶. Es decir, se comprometen a garantizar una “base mínima de derechos a todos los trabajadores que de una forma u otra se vinculan con el desarrollo de sus actividades.

Los instrumentos, diseñados para ello, pueden ser diversos (declaraciones unilaterales, códigos éticos, acuerdos marco, etc.), pero el efecto final es siempre el mismo: la transformación de la empresa multinacional, por decisión propia, en un sujeto ético además de económico, que reclama para sí la autoridad de una actuación conforme a los cánones de comportamiento universalmente admitidos”⁸⁴⁷.

Esto no significa que las multinacionales hayan dejado de ser las principales causantes de la desprotección laboral, ni que ellas hayan dejado de operar automáticamente como “sujetos depredadores de las ventajas comparativas ofrecidas por las distintas localizaciones del trabajo por el mero hecho de haber asumido algún tipo de compromiso de esta naturaleza”. Más bien ocurre lo contrario: han contribuido considerablemente al *dumping* social⁸⁴⁸.

⁸⁴⁶ VALDÉS DAL-RÉ, F., “*Soft law*, Derecho del Trabajo y orden económico globalizado”, *RL*, núm. 1, 2005, p. 49.

⁸⁴⁷ SANGUINETI RAYMOND, W., “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en AA.VV. (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*, cit., p. 445.

⁸⁴⁸ PALAO MORENO, G., *Grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, cit., p. 23.

Por poner un ejemplo, en Brasil, la verificación de la existencia o no del *dumping* social se hace a través de la “IOS, un organismo técnico y científico ligado al movimiento sindical que se ocupa de dirigir el comportamiento de las empresas. La base para estas actuaciones son las Normas Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), las Directrices para Empresas Multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la legislación nacional de salud, seguridad de los trabajadores y medio ambiente, y los acuerdos marco, códigos de conducta y responsabilidad social empresarial (RSE)”⁸⁴⁹.

Por lo expuesto, se puede decir que las empresas multinacionales tienen un poder de influencia muy grande, no en vano ejercen un estricto control sobre todos aquéllos que participan del proceso productivo, amenazando romper con las empresas que no lleven a cabo la adhesión al marco y no respeten los derechos fundamentales de los trabajadores implicados.

No cabe duda de que “esta clase de mecanismos podría estar en condiciones de representar una herramienta especialmente valiosa para avanzar en la recuperación de la conexión perdida entre economía y valores sociales en la era de la globalización”⁸⁵⁰.

Éste es, por lo demás, un camino que han empezado ya a recorrer algunos importantes acuerdos marco, a partir de los cuales se “atribuye al cumplimiento de sus previsiones en materia de derechos laborales fundamentales la condición de «criterio de selección» de sus proveedores, añadiendo además que su incumplimiento dará lugar, no sólo a la realización de «acciones correctivas», sino a la imposición a los mismos de «sanciones», las cuales pueden llegar hasta la interrupción de relaciones comerciales o la resolución de los contratos cuando se trate de violaciones graves o exista una “actitud sostenida” de no acatamiento de tales principios”⁸⁵¹.

También se puede concluir que “el conocimiento sobre la actuación de las empresas en diferentes países es importante para establecer comparaciones y realizar un trabajo conjunto con organizaciones sindicales de otros países a partir de los contactos

⁸⁴⁹ JAKOBSEN, K., “¿Cómo puede enfrentar el sindicalismo a las empresas multinacionales?”, cit., pp. 151 y 152.

⁸⁵⁰ SANGUINETI RAYMOND, W., “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en AA.VV. (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*, cit., p. 466.

⁸⁵¹ SANGUINETI RAYMOND, W., “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en AA.VV. (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*, cit., pp. 464 y 465.

internacionales de los sindicatos. Esto permite que las redes nacionales actúen con socios de otros países para entablar negociaciones de carácter supranacional.”⁸⁵²

Las empresas multinacionales y las organizaciones sindicales son los instrumentos capaces de “garantizar unos estándares mínimos de protección a nivel internacional, que aseguren a todos los trabajadores del mundo unas condiciones dignas y, a la vez, protejan a las primeras de la competencia desleal y del desprestigio procedente de los abusos que pueden tener lugar a la hora de producir los bienes que comercializan a través de sus marcas, lo cual está dando lugar a instrumentos nuevos, hasta hace poco desconocidos o poco utilizados”⁸⁵³.

5.10 Trabajador Autónomo

5.10.1 El auge del trabajo en régimen de auto-organización

El aumento o la disminución del número de trabajadores autónomos esta influenciada por la evolución histórica de la sociedad. En los primeros tiempos, había un elevado número de personas que trabajaban en su propio negocio, en general de pequeñas dimensiones y a través de contratos civiles o comerciales ofrecían trabajo a cambio de una prestación económica. Con el pasar de los años, el crecimiento de trabajador asalariado fue tomando proporciones impresionantes, y el pequeño artesano, comerciante o campesino se tornaron más infrecuentes y el trabajador por cuenta ajena fue obteniendo su reconocimiento y sus derechos laborales, consolidando una forma de contratación laboral, como se ha visto anteriormente, denominada relación laboral típica. No obstante, "si hasta hace unos años las modificaciones en la estructura productiva tenían como efecto la laboralización de las zonas anexas al Derecho del Trabajo, en los últimos decenios, y sin

⁸⁵² JAKOBSEN, K., “¿Cómo puede enfrentar el sindicalismo a las empresas multinacionales?”, cit., pp. 156 y 157.

⁸⁵³ SANGUINETI RAYMOND, W., “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en AA.VV. (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*, cit., p. 465.

perjuicio de posibles reflujos y contradicciones, lo que se aprecia es precisamente la contracción o reducción de la relación laboral típica⁸⁵⁴.

El aumento del trabajo autónomo y del trabajo por cuenta ajena prestado dentro de las pequeñas empresas, respondió al crecimiento del sector terciario, que también ha impulsando una sociedad post-industrial⁸⁵⁵.

No hay dudas de que una de las primeras manifestaciones generadas por la repercusión de las nuevas tecnologías, de una economía mucho mas globalizada y de un mercado más exigente es, sin lugar a duda, el aumento del trabajo autónomo. La consulta al número de afiliados es la prueba de este crecimiento. Se puede decir que este porcentaje aumentó en los últimos años como “consecuencia del proceso de redistribución de la ocupación en beneficio del sector servicios y que ha llevado a la estabilidad, cuantitativa y cualitativa, del trabajo autónomo con respecto al volumen de empleo total”⁸⁵⁶.

Las empresas que descentralizan su producción suelen encargar a terceros “la realización de un bien o de actividades inherentes al ciclo productivo, así como las actividades accesorias pero esenciales para el desarrollo de dicho ciclo, y requieren el trabajo personal de trabajadores autónomos, no ocasional sino duradero, con el fin de satisfacer intereses durables, pero sin tener que absorber los riesgos económicos ni jurídicos del trabajo ni los costos de la seguridad social”⁸⁵⁷.

Una mayor especialización y, cómo no, la posibilidad de abaratar el coste a la hora de contratar, también son los dos grandes motivos que han impulsado el crecimiento desenfrenado de este sector.

En este sentido, sobre todo en épocas de recesión económica, además de buscar el menor coste y una mejor especialización, a través de contratos de trabajo más flexibles, es posible detectar una tendencia de la empresa en desplazar “el riesgo y la

⁸⁵⁴ DUEÑAS HERRERO, L. J., “¿Transgresión o transformación del Derecho del Trabajo?”, *RL*, núm. 2, 1998, p. 25.

⁸⁵⁵ BLAT GIMENO, F., “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, cit., p. 42.

⁸⁵⁶ PURCALLA BONILLA, M.A., “El fomento del empleo del trabajo autónomo”, cit., p. 86.

⁸⁵⁷ RIVAS, D., “El trabajo autónomo”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Montevideo (Ed. Fundación de Cultura Universitaria), 2000, p.236

responsabilidad sobre quien presta el servicio”⁸⁵⁸. Este es el caso de los trabajadores autónomos, que además de desarrollar la actividad que antes incumbía a la empresa principal, también pasan a asumir los riesgos de esta actividad, de forma que, al desarrollar su prestación de forma libre y onerosa, son ellos quienes “soportan el riesgo de la utilidad del trabajo y el riesgo de la imposibilidad del trabajo”⁸⁵⁹.

Esta y otras situaciones han despertado una gran preocupación para el Derecho laboral, ya que hay una gran diferencia de protección entre el trabajador asalariado, tutelado por el Derecho Laboral y el trabajador autónomo, que carece de la misma. Lo que se vislumbra es una diferencia entre los niveles de protección, el primero es muy protegido y el segundo sufre con una inseguridad protectora.

No se puede olvidar que los trabajadores autónomos pertenecen a un amplio colectivo que “realiza un trabajo profesional arriesgando sus propios recursos económicos y aportando su trabajo personal, y que en su mayor parte lo hace sin la ayuda de ningún asalariado. Se trata, en definitiva, de un colectivo que demanda un nivel de protección social semejante al que tienen los trabajadores por cuenta ajena”⁸⁶⁰.

En el trabajo asalariado, a través del contrato, el trabajador “queda integrado en un sistema donde nada le pertenece, todo le es ajeno y al que nada puede aportar excepto su fuerza de trabajo que ni siquiera puede dirigir él, en último término. Contratado para los medios de otro, bajo las órdenes de otro, ni el resultado de su trabajo le pertenece nunca ni puede seguirle más allá del proceso productivo”⁸⁶¹.

Así, en los casos en que el trabajador autónomo asume la “titularidad de un centro de trabajo” o es identificado como el “empresario principal en una subcontratación que dirige y gestiona”, teniendo o no trabajadores a su cargo, perderá su condición de trabajador autónomo y asumirá la posición que le pertenezca, sea de empresario o de contratista o subcontratista⁸⁶².

⁸⁵⁸ BLAT GIMENO, F., “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, cit., p.19.

⁸⁵⁹ RIVAS, D., “El trabajo autónomo”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 240.

⁸⁶⁰ Preámbulo de la Ley 20/2007 de 11 de julio.

⁸⁶¹ ROMÁN DE LA TORRE, M. D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid (Ed. Grapheus), 1992, p. 54.

⁸⁶² El entrecomillado pertenece a MARTÍNEZ BARROSO, M^a. de los R., “Seguridad y salud de los trabajadores autónomos en actividades productivas descentralizadas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos*

Por estar el trabajador autónomo entre el empresario y el trabajador por cuenta ajena, la protección y la exigencia de las obligaciones en materia de seguridad, salud e higiene en el trabajo es escasa o casi nula. Y aun tratándose formalmente de un trabajador autónomo, debido a su posición, considerablemente débil, cabría “plantearse la necesidad u oportunidad de introducirles en el ámbito de protección que proporciona las normas laborales”⁸⁶³.

Es en este contexto que se ha hecho necesaria la promulgación del nuevo Estatuto del Trabajador Autónomo, que ha venido, también, para garantizar una protección mínima a este colectivo de trabajadores.

En 11 de julio de 2007 se promulgó la Ley 20/2007, por la que se regula el Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA)⁸⁶⁴, proporcionando un gran avance en el mundo jurídico. Es así denominado porque está dirigido a atender a las necesidades de un colectivo de trabajadores que presentan características muy semejantes y para que ellos puedan ejercer su labor de forma libre y protegida⁸⁶⁵. Esta Ley trata de algo que carece de antecedentes en el ordenamiento español ya que “por primera vez se procede a fijar un marco que aúna una regulación dirigida desde el punto de vista subjetivo al conjunto de quienes trabajan por cuenta propia, al tiempo que desde el punto de vista objetivo pretende establecer el régimen jurídico con carácter general de estos profesionales en sus muy diversas facetas de intervención”⁸⁶⁶.

La definición genérica del artículo 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, define a los trabajadores autónomos como “las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”⁸⁶⁷.

Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo, Valladolid (Ed. Junta de Castilla y León), 2007, pp. 280, 281 y 295.

⁸⁶³ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 246.

⁸⁶⁴ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo”, cit., pp. 26 y ss.

⁸⁶⁵ GARCÍA MURCIA, J., “El Estatuto del Trabajo Autónomo: algunos puntos críticos”, *AL*, núm.18, 2007, pp. 2156 y ss.

⁸⁶⁶ GARCÍA JIMÉNEZ, M. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El estatuto profesional del trabajo autónomo: diferenciando lo verdadero de lo falso*, Madrid (Ed. Tecnos), 2008, pp. 23 y ss.

⁸⁶⁷ Para más explicaciones ver MARTÍN VALVERDE, A., “El Estatuto del Trabajo Autónomo: balance sumario y perspectivas”, *TL*, núm. 100, vol. 1, 2009, p. 121 y ss.

Lo que caracteriza al trabajador autónomo son, pues, cuatro notas importantes, su carácter personal y directo; habitual y a título lucrativo; además de ser un trabajo realizado por cuenta propia y con total autonomía⁸⁶⁸.

La descripción de la Ley conduce a una doble consideración del trabajador autónomo, una vez que puede ser él quien desarrolle de forma directa y personal la actividad profesional o puede llevar a cabo la actividad como empresario.

Inicialmente hay que establecer una diferencia entre dos de los conceptos que caracterizan al trabajador autónomo y que tanto la ley que regula la Seguridad Social, como la LETA, hacen una equiparación formal. A pesar de ser aplicados, casi siempre juntos, el trabajador autónomo y el trabajo por cuenta propia no tienen el mismo contenido y tampoco poseen significados iguales, una vez que “la autonomía se refiere a la manera de realizar el trabajo, mientras que la expresión «por cuenta propia» hace referencia a la titularidad de los frutos del trabajo y a la asignación de los riesgos que entraña la actividad o explotación económica correspondiente”⁸⁶⁹.

Con la promulgación del Estatuto del Trabajador Autónomo, en 2007, los derechos y obligaciones de estos trabajadores serán establecidos, por las siguientes fuentes, en este ordenen: “en primer lugar, las disposiciones del propio estatuto, en lo que no se opongan a las legislaciones específicas aplicables a su actividad, así como al resto de las normas legales y reglamentarias complementarias que sean de aplicación; en segundo lugar, la normativa común relativa a la contratación civil, mercantil o administrativa reguladora de la correspondiente relación jurídica del trabajador autónomo; los pactos establecidos individualmente mediante contrato entre el trabajador autónomo y el cliente para el que desarrolla su actividad profesional, declarando que se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas establecidas en el contrato individual contrarias a las disposiciones legales de derecho necesario y, finalmente, los usos y costumbres locales y profesionales”⁸⁷⁰.

Uno de los principales objetivos propuestos por el Estatuto del Trabajador Autónomo es ofrecer “cierta seguridad jurídica en el confuso régimen de

⁸⁶⁸ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, vol. III, Cizur Menor (Ed. Aranzadi), 2008, p. 2968.

⁸⁶⁹ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 2968.

⁸⁷⁰ CAIRÓS BARRETO, D. M., “Hacia una regulación del trabajo autónomo: comentarios al proyecto de estatuto del trabajador autónomo”, cit., p. 90.

compatibilidades e incompatibilidades de la acumulación de las diversas responsabilidades y sanciones legalmente previstas, declarando expresamente la compatibilidad entre las responsabilidades indemnizatorias (pues en el caso de que las empresas incumplan sus obligaciones de cooperación, coordinación, información, vigilancia y control deberán asumir las obligaciones indemnizatorias correspondientes a los daños y perjuicios ocasionados) y de Seguridad Social”⁸⁷¹.

Hay diversas modalidades de trabajador autónomo, recogidas como supuestos en el artículo 1.2 LETA⁸⁷², diferenciándose cada una de las modalidades por la forma en que el trabajo autónomo se desarrolla, “dependiendo de que se realice de forma individual o en grupo, de que se pertenezca o no a un negocio familiar o, en fin, del tipo de actividad en que se desarrolle. También puede distinguirse entre trabajador autónomo que al mismo tiempo es empresario laboral y el que no lo es, por no tener trabajadores a su servicio. La LETA, por su parte, traza una separación importante entre el autónomo «régimen común» y el autónomo «económicamente dependiente», que en parte tiene un «régimen especial»⁸⁷³.

No le hace falta al trabajador autónomo un contrato escrito y formal para que él pueda desarrollar su actividad, prevaleciendo la libertad de forma, pero en nada obsta, por otro lado, que las partes contratantes exijan o hagan un contrato entre ellos para dar inicio o continuidad en la actividad⁸⁷⁴.

⁸⁷¹ MARTÍNEZ BARROSO, M^a. de los R., “Seguridad y salud de los trabajadores autónomos en actividades productivas descentralizadas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., p. 313.

⁸⁷² Art. 1.2. LETA: “Se declaran expresamente comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, siempre que cumplan los requisitos a los que se refiere el apartado anterior: a) Los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias; b) Los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común; c) Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquella, en los términos previstos en la disposición adicional vigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio; d) Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el Capítulo III del Título II de la presente Ley; e) Cualquier otra persona que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 1.1 de la presente Ley”.

⁸⁷³ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 2969.

⁸⁷⁴ Art. 7.1 y 7.2 LETA, “Artículo 7. *Forma y duración del contrato*. 1. Los contratos que concierten los trabajadores autónomos de ejecución de su actividad profesional podrán celebrarse por escrito o de palabra. Cada una de las partes podrá exigir de la otra, en cualquier momento, la formalización del contrato por escrito. 2. El contrato podrá celebrarse para la ejecución de una obra o serie de ellas, o para la prestación de uno o más servicios y tendrá la duración que las partes acuerden”.

La figura del trabajador autónomo está regulada principalmente por la LETA, pero también puede ser encontrada en distintas leyes específicas, dependiendo de la actividad desarrollada por el trabajador. Por ejemplo, cuando el trabajo autónomo se realiza en “grupo o de manera conjunta o compartida por varias personas puede quedar inmerso en la legislación de sociedades, ya sea la de orden general (del Código Civil o Mercantil), ya sea la específica de algunos tipos de sociedades (Ley de sociedades profesionales, leyes de cooperativas, leyes de sociedades de capital, etc.)”⁸⁷⁵. Lo que no se debe hacer es limitar el contrato y la protección de los trabajadores a un único tipo de trabajo, caracterizado por la integración de este trabajador a la plantilla de la empresa a la cual depende.

Debido a la existencia de un número elevado de trabajadores autónomos en las obras de construcción, la Ley 32/2006, en su artículo 3, letra g), define el trabajador autónomo como la “persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o el subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra. Cuando el trabajador autónomo emplee en la obra a trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los efectos de la presente Ley”.

Por otro lado, también la Ley 32/2006, trata con especial atención los trabajadores autónomos, como forma de “dar respuesta completa a las importantes preocupaciones derivadas de la siniestralidad laboral en ciertos sectores, «como el de la construcción civil», donde está presente la coordinación de actividades”⁸⁷⁶.

5.10.2 Falsos Autónomos

La figura del trabajador autónomo siempre estuvo asociada a aquellos trabajadores que ejercían su actividad de forma liberal, que debido a su formación tenían una profesión

⁸⁷⁵ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 2971.

⁸⁷⁶ MARTÍNEZ BARROSO, M^a. de los R., “Seguridad y salud de los trabajadores autónomos en actividades productivas descentralizadas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., pp. 289 y 290.

independiente, entre ellos estaban los médicos, abogados, arquitectos, ingenieros, artesanos, artistas, etc. Hoy, cualquier actividad puede ser ejecutada de forma independiente, por un trabajador autónomo, transformando las profesiones liberales en profesiones comunes, lo que ha generado una confusión recurrente entre trabajador subordinado y trabajador autónomo.

Aliados la consecuente reducción de la dimensión de la empresa y el constante recurso a proveedores de servicios externos para la satisfacción de necesidades que no se prenden directamente con el núcleo de la actividad empresarial, se encuentra el aumento del número de trabajadores autónomos. Este proceso de externalización ocurre, con frecuencia, debido al despido de los trabajadores antes afectados a la satisfacción de esas necesidades, quienes, muchas veces, reaparecen como prestadores de servicios a las mismas empresas⁸⁷⁷.

Una de las mayores preocupaciones del Derecho Laboral es dilucidar cuándo se celebra un contrato entre el empresario y el trabajador autónomo de forma fraudulenta. Esto ocurre en los casos donde la intención empresarial es, claramente, la de escaparse de las normas imperativas del Derecho del Trabajo.

Lo que ocurre en la práctica es que muchas empresas exigen que sus trabajadores renuncien a su contrato laboral y que sigan desarrollando la misma actividad como autónomos a través de un contrato civil o mercantil. De esta manera, el empresario deja de ser responsable por los encargos derivados de la relación laboral, cual sean, las obligaciones contractuales y las de Seguridad Social, que protegen el trabajador, estando compelidos, únicamente, a cumplir las cláusulas del contrato celebrado, sea de naturaleza civil o mercantil. Se trata en definitiva, de un negocio que sirve para “encubrir en realidad una pura prestación de trabajo por cuenta ajena y bajo la dependencia del empresario principal”⁸⁷⁸.

En resumen, estos contratos de naturaleza civil o mercantil vienen a sustituir un contrato laboral, ya existente entre las partes. La actividad antes ejecutada por el trabajador por cuenta ajena, sigue siendo desarrollada por este mismo trabajador, sólo que ahora, ya no tiene un vínculo laboral, porque ahora se trata de un trabajador autónomo. Así, la

⁸⁷⁷ CARVALHO, A. N. de, “Ainda sobre a crise do direito do trabalho”, en AA.VV. (MOREIRA, A., Dir.): *II Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, cit., p. 62.

⁸⁷⁸ CERDÁ MICÓ, A., “La ingeniería laboral del *Outsourcing*”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 421.

contratación de un trabajador autónomo que ejecute una actividad que podría ser llevada a cabo por un trabajador por cuenta ajena, conlleva para el trabajador “un mínimo de protección jurídica, mientras que para el empleador significa una reducción de costos”⁸⁷⁹.

Sin tener otra alternativa, los trabajadores se ven obligados a aceptar dicha condición, una vez que tienen conciencia que es más beneficioso mantener “su trabajo” en estas precarias condiciones que tener que ser un trabajador más en el paro. Este fenómeno suele omitir sobre todo en los sectores en que no hay un sindicato solidificado y actuante, como es el caso del trabajo en el ámbito rural.

Esto sin olvidar que el sector de la contratación civil también es uno de los sectores punteros en la contratación de trabajadores autónomos, e infelizmente también es el sector donde ocurrió una “proliferación del trabajo de los llamados «falsos autónomos»”⁸⁸⁰.

De esa forma, los trabajadores autónomos tanto pueden, ser contratados por la empresa principal, como pueden ser contratados por una empresa auxiliar que, por su parte, puede haber sido subcontratada, a su vez, por la empresa principal. Ese encadenamiento de contrataciones hace que la empresa principal, a través de la subcontratación, consiga la misma prestación de trabajo que antes era desarrollada por el trabajador subordinado, sin embargo, ahora es dispensada por trabajadores autónomos.

La naturaleza autónoma de estos trabajadores no permite que sean asegurados en el régimen general de la Seguridad Social ni que disfruten los derechos laborales básicos, que corresponden a los trabajadores dependientes (subordinados), a pesar de que estén ejecutando funciones semejantes – o iguales – las de un trabajador de la misma empresa.

De esta forma, los trabajadores autónomos tienen condiciones de trabajo bastante inferiores las de los trabajadores que pertenecen a plantilla de empleados de la empresa, limitándose únicamente a las cláusulas establecidas en su contrato con el

⁸⁷⁹ RIVAS, D., “El trabajo autónomo”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 237.

⁸⁸⁰ CERDÁ MICÓ, A., “La ingeniería laboral del *Outsourcing*”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 421.

añadido de que la empresa subcontratista atenderá los intereses de la empresa principal, dada la dependencia que de ella posee.

Sobre todo en los casos de la contratación de autónomos en la construcción civil, no será una tarea fácil la de identificar si se trata de un reclutamiento auténtico o de un fraude de ley. Para solventar algunas dudas e intentar descubrir si se trata de un trabajador autónomo verdadero o falso, se pueden aplicar algunos indicios ofrecidos por la doctrina:

“1) En ocasiones se carecerá de un contrato escrito celebrado entre el falso autónomo y el verdadero empresario, o bien el contrato no determina adecuadamente el objeto de lo contratado al referirse a ello en términos indeterminados e imprecisos; 2) el presunto «autónomo» realiza sus tareas mezclado con los otros trabajadores del empresario principal efectuando las mismas tareas; 3) las tareas se desarrollan bajo la dirección, organización, vigilancia y órdenes del empresario o sus encargados, sujetándose en la prestación de servicios a la jornada y horario de trabajo normal y bajo la supervisión de la empresa; 4) el precio percibido por el trabajador «autónomo» no se establece con carácter global por la totalidad del servicio o por sus unidades o piezas, sino que se cobra por unidad de tiempo (horas, días, semanas o mes) o unidad de obra realizada (cuando la retribución se calcula a destajo); 5) el supuesto contratista o subcontratista se limita a aportar su esfuerzo físico, siendo propiedad del verdadero empresario los materiales, maquinarias y herramientas de trabajo utilizados por el trabajador (salvo, en ocasiones, los útiles más sencillos y habituales de la profesión); 6) el supuesto autónomo carece de la más mínima organización e independencia empresarial (nombre o marca comercial, establecimiento propio u oficinas, maquinaria, vehículo, contabilidad propia, etc.) y normalmente trabaja siempre para el mismo empresario sin concertar sus servicios con otras empresas”⁸⁸¹.

Claro está que para el empresario, la contratación de un trabajador autónomo, que a veces están encuadrados en grandes cooperativas de servicios⁸⁸², es una prodigiosa estrategia empresarial, ya que a través de este tipo de contratación utilizan un medio idóneo para la reducción de los costes y riesgos.

⁸⁸¹ CERDÁ MICÓ, A., “La ingeniería laboral del *Outsourcing*”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 421 y 422.

⁸⁸² SANGUINETI RAYMOND, W. “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿Términos incompatibles?”, cit., pp. 6. y 7.

Pero no todas las contrataciones de un trabajador autónomo seguirán este mismo prototipo, una vez que será siempre lícita dicha contratación cuando esté relacionada con la forma de desarrollo de la actividad, sea porque el trabajador autónomo presente una capacidad técnica inestimable, o por motivos derivados de la adaptabilidad de la empresa a nuevas técnicas de trabajo o para responder a las nuevas exigencia del mercado competitivo⁸⁸³.

Este tipo de fraude, a pesar de ser frecuente, está presente en la lucha constante de los servicios de Inspección de Trabajo, lo que hace que esta práctica tenga menos éxito. Actualmente, “será más común que varios trabajadores, que ya habían sido trabajadores por cuenta ajena del empresario contratante o que no tenían vínculos previos con el mismo, se constituyan en sociedad cooperativa laboral o comunidad de bienes dándose de alta en el Régimen Especial de Autónomos y traten de reunir elementos de prueba que acrediten su independencia empresarial (con facturas de compra de materiales o alguna maquinaria, así como el trabajo para empresarios distintos) para tratar de encubrir, si es el caso, ordinarias relaciones de trabajo. El empresario que contrata los servicios con estos «falsos autónomos» logra considerables ventajas de costes al establecerse normalmente la base de cotización del falso autónomo de acuerdo con las bases mínimas vigentes y no en atención al salario real percibido, que será mucho mayor, pues en estos casos se suelen realizar amplísimas jornadas de trabajo. Además no se reconocerán al trabajador «autónomo» los derechos laborales que le corresponden como vacaciones, límite de jornada, indemnización por extinción del contrato, etcétera”⁸⁸⁴.

5.10.3 La crisis de la subordinación jurídica

Una de las garantías constitucionales más debatidas últimamente es la estabilidad del empleo. Esa garantía fue creada en beneficio del trabajador subordinado,

⁸⁸³ MARTINEZ, P. R., “*Trabalho Subordinado e Trabalho Autónomo*”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. I, Coimbra (Ed. Almedina), 2001, pp. 273 y 274.

⁸⁸⁴ CERDÁ MICÓ, A., “La ingeniería laboral del *Outsourcing*”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 422 y 423.

sujeto de un contrato de trabajo típico, para que tuviera una mayor seguridad en su empleo, de forma que el empleador no podría proceder fácilmente al cese del vínculo laboral, sino solamente cuando hubiera una justa causa para ello, obedeciendo a requisitos formales y substanciales que forman parte del proceso de despido, además de la aplicación del aviso previo, reconocido y utilizado por muchos países⁸⁸⁵.

Los trabajadores autónomos celebran un contrato, sin tener una dependencia jurídica de la otra parte contractual, para que el trabajador desarrolle la actividad designada por el empleador. El trabajador no está subordinado al empleador, teniendo una obligación de medio y no de resultado, aunque el contrato celebrado sea de prestación de servicio⁸⁸⁶.

En realidad, "los cambios en la organización del trabajo hacen que ya no se den, en muchas formas de trabajo subordinado, algunos de los elementos externos utilizados hasta hace relativamente poco para describirlo, y que partían de un poder de dirección extenso y de un control diario del cumplimiento de la prestación de trabajo, realizada normalmente en el seno de la empresa y en momentos determinados y precisos, con salarios predominantemente a tiempo"⁸⁸⁷.

Por lo tanto, la clave para diferenciar un trabajador autónomo de un trabajador típico es únicamente la subordinación jurídica. Así, si la actividad es ejercida de forma subordinada, si el trabajador acepta las órdenes e instrucciones de su empleador no será este trabajador un trabajador autónomo, sino por cuenta ajena⁸⁸⁸.

Esa subordinación tiende, no obstante, a desvanecerse a causa de la realidad actual, por la voluntad del legislador o por el alargamiento formal de la subordinación en las zonas donde es dudosa su existencia⁸⁸⁹.

La descentralización no excluye el trabajo subordinado, "aunque provoque la aparición de formas de trabajo independiente y por cuenta propia, que se rigen por el

⁸⁸⁵ RAMALHO, M. do R. P., "Ainda a crise no direito laboral: a erosão da relação do trabalho típica e o futuro do direito do trabalho", en AA.VV. (MOREIRA, A., Dir.): *III Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, cit., p. 258.

⁸⁸⁶ MARTINEZ, P. R., "Trabalho Subordinado e Trabalho Autônomo", cit., p. 281.

⁸⁸⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "El Derecho del Trabajo a fin de siglo", *RL*, núm. 24, 1999, p. 6.

⁸⁸⁸ VIEIRA GOMES, J. M. "Direito do Trabalho", cit., p. 122.

⁸⁸⁹ CARVALHO, A. N. de, "Ainda sobre a crise do direito do trabalho", en AA.VV. (MOREIRA, A. Coord.): *II Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, cit., p. 73.

Derecho Civil y Mercantil”⁸⁹⁰. Pero si es cierto que a partir de la descentralización productiva hubo una proliferación del trabajador autónomo. Esta situación no deja de ser una prueba de que el “trabajo subordinado ha perdido su lugar”⁸⁹¹, ya que el “trabajo subordinado /trabajo independiente entra en crisis frente a las nuevas modalidades contractuales que promueve la externalización. Frente a la dicotomía subordinación/independencia, aparecen zonas grises, cada vez más grises y cada vez más vastas”⁸⁹².

El fenómeno del trabajo subordinado libre comenzó por ser encuadrado en contratos de derecho privado – el contrato de prestación de servicio o el contrato de locación, en sintonía con las tradiciones de los varios sistemas jurídicos en la reconstrucción dogmática moderna de la categoría romana de la *locatio conductio*. A partir de los primeros años del siglo XX, este contrato ganó una dimensión organizacional al igual que su dimensión obligacional, en el sentido en que parte significativa de su régimen atiende al contexto en que se desarrolla el vínculo laboral⁸⁹³.

Las nuevas formas de contratación laboral proponen un modelo *jus* laboral que deja de orientarse, a partir de la subordinación, para buscar un apoyo más conforme – en el contexto de las nuevas realidades organizativas y empresariales – con su racionalidad específica. Pero, finalmente, acaban por proponer una reconducción del Derecho del Trabajo a su intención original, aliviando por el camino una carga de reconstrucción dogmática que hoy puede comprometer tal intención⁸⁹⁴.

A todo esto se añade que la naturaleza del trabajo que prolifera en las sociedades modernas difícilmente se ajusta a la matriz paradigmática del trabajo subordinado en su concepto original y, por esa razón, se pierde esta cobertura patriarcal de la clásica figura

⁸⁹⁰ RIVERO LAMAS, J. “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo”, en AA.VV.: *X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 67 y 68.

⁸⁹¹ GARCÍA PIQUERAS, M., *En las fronteras del Derecho del Trabajo (Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agencias mercantiles, socios, contratos administrativos)*, Granada (Ed. Comares), 1999, p. 9.

⁸⁹² RASO DELGUE, J., “Outsourcing”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 42.

⁸⁹³ RAMALHO, M. do R. P., *Grupos empresariais e societários: incidências laborais*, Coimbra (Ed. Almedina), 2008, p. 18.

⁸⁹⁴ CARVALHO, A. N. de, “Ainda sobre a crise do direito do trabalho”, en AA.VV. (MOREIRA, A., Coord.): *II Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, cit., p. 78.

del contrato de trabajo, convirtiéndose en formas atípicas que han empezado siendo excepción pero están amenazando rápidamente por constituir nuevas reglas⁸⁹⁵.

En España, tanto es así que durante mucho tiempo los conceptos subordinación y autonomía fueron, y aún lo son, motivos de discusión. Y, lo que sí se nota, es que cada vez más los tribunales asumen la función de establecer criterios capaces de diferenciarlos, adoptando un concepto paralelo a lo que concibe la doctrina y la legislación⁸⁹⁶.

Así entienden los pronunciamientos judiciales que “la prestación de este sujeto (el autónomo) se caracterizaría, de un lado, por la falta de dependencia, ya que el autónomo no recibe órdenes e instrucciones empresariales y, de otra, por la ausencia de ajenidad, ya que se aprovechan directamente los frutos del trabajo para consumirlos o venderlos, asumiendo personalmente los riesgos comerciales y económicos de la actividad profesional y accediendo directamente al mercado de bienes y servicios tanto para la adquisición de medios o materias primas como para la comercialización de los productos o servicios”⁸⁹⁷.

Por lo tanto, una de las diferencias más visibles es la de asumir o no los riesgos de la actividad. El trabajador subordinado no asume el riesgo de la producción o del resultado pretendido por el acreedor de la prestación laboral, al tiempo que este riesgo es asumido por el trabajador autónomo⁸⁹⁸. En esta misma línea, cabe recordar que si “el trabajo asalariado presupone el trasvase automático a otra persona de los frutos, utilidades o rendimientos del mismo, el trabajo autónomo, en la medida en que es realizado por cuenta propia, rinde beneficios directos a la persona del trabajador, que a cambio también deber soportar, como contrapartida insoslayable, los riesgos propios de la actividad de que se trate”⁸⁹⁹.

No se puede olvidar que existen, por un lado, aquellos casos en que se verifican las características de la subordinación jurídica pero en que no se impone la aplicación de

⁸⁹⁵ XAVIER, B. “Crise do Direito do Trabalho,” en AA.VV. (MOREIRA, A. Coord.): *III Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, Coimbra (Ed. Almedina), 2001, p. 250.

⁸⁹⁶ MARQUEZ GARMENDIA, M. y BEÑARAN BURASTERO, P., “Trabajadores Parasubordinados”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Montevideo (Ed. Fundación de Cultura Universitaria), 2000, p. 258.

⁸⁹⁷ MARTÍNEZ BARROSO, M^a. de los R., “El trabajo autónomo económicamente dependiente. Reflexiones a raíz del proyecto de Ley del estatuto del trabajo autónomo”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, núm. 11, 2007, p. 454.

⁸⁹⁸ VIEIRA GOMES, J. M., “Direito do Trabalho”, cit., p. 126.

⁸⁹⁹ MARTÍNEZ BARROSO, M^a. de los R., “El trabajo autónomo económicamente dependiente. Reflexiones a raíz del proyecto de Ley del estatuto del trabajo autónomo”, cit., p. 454.

toda la protección en que consiste el Derecho del Trabajo actual. Y, por otro lado, aparecen las formas de prestación de actividad en que no están presentes los elementos identificadores de la subordinación, pero donde funcionalmente se justifica la aplicación de muchas de las reglas de protección contenidas en el Derecho del Trabajo⁹⁰⁰.

Es posible darse cuenta de que, junto con la degradación de las condiciones de trabajo, la descentralización productiva también hace que las empresas reduzcan su número de personal, disminuyendo el número de trabajadores asalariados y proliferando la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente, cuya actividad se vincula frecuentemente con una única empresa, con la que mantiene un vínculo mercantil, sin garantías de ingresos fijos, con menor protección social y en condiciones de trabajo notoriamente más gravosos⁹⁰¹.

También existe la hipótesis de que determinados trabajadores autónomos (profesionales liberales, como es el caso de médicos, abogados o ingenieros, por ejemplo) sean trabajadores subordinados. En estos casos, la subordinación será funcional o jerárquica⁹⁰², pues aunque estos trabajadores tienen autonomía funcional para ejecutar su trabajo, el empresario tendrá que fijar algunas condiciones, espaciales o temporales, para que el trabajo sea desarrollado⁹⁰³.

Lo importante es que, en caso de duda sobre si se trata de un trabajador subordinado o de un trabajador independiente, el primero prevalecerá sobre el segundo atendiendo al principio *in dubio pro iure labore*. Una vez que sea considerando al trabajador como un trabajador subordinado, la aplicación retroactiva de las garantías irá encaminada a beneficiar al trabajador. De otro lado, si se considera como un trabajador autónomo, y en realidad no lo era, no se le reconocerá casi ninguna garantía, más allá de las previstas en la LETA⁹⁰⁴. Por eso, es mejor pecar de exceso que no por falta de protección.

⁹⁰⁰ CARVALHO, A. N. de, “Ainda sobre a crise do direito do trabalho”, en AA.VV. (MOREIRA, A. Coord.): *II Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, cit., p. 76.

⁹⁰¹ SANGUINETI RAYMOND, W. “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿Términos incompatibles?”, cit., p. 6.

⁹⁰² SYLVESTER, H. L., *Diccionario Jurídico del Trabajo*, Buenos Aires (Ed. Claridad), 1960, p. 175

⁹⁰³ VIEIRA GOMES, J. M. “Direito do Trabalho”, cit., p. 124.

⁹⁰⁴ PEDRAZZOLI, M., “Trabajo subordinado y nuevas formas de empleo en Italia”, *RL*, núms. 7/8, 1989, p. 26.

También es importante la determinación de la efectiva subordinación jurídica, ya que es por medio de su identificación cómo se podrá saber si existe una auténtica subcontratación o una concesión ilícita de mano-de-obra.

En el Derecho Laboral, la subordinación jurídica es entendida como “ una especie de poder de quien da trabajo sobre quien lo presta, y que sin quebrantar la libertad de este último, otorga una cierta potestad de mando al primero”, equivalente "a la creación de una actitud o situación de obediencia en el trabajador dependiente respecto del empresario del cual éste depende"⁹⁰⁵.

Por otro lado, el concepto de subordinación jurídica y el desarrollo del ordenamiento *ius* laboral se sitúan, pues, en planos distintos. El primero, en el plano estrictamente dogmático, autonomizando el cuadro contractual que envuelve la prestación de trabajo subordinado relativamente a otras figuras donde está también en destaque la prestación de una actividad; el segundo, en el de la intervención normativa, estableciendo parámetros normativos adecuados a un conjunto de relaciones sociales típicas⁹⁰⁶.

La doctrina española clasifica la subordinación en técnica y jurídica. “La subordinación definida en el Estatuto de los Trabajadores implica que sobre el trabajador recae una subordinación «técnica», lo que supone una actividad dirigida o vigilada de forma constante o inmediata por el empleador y su cadena jerárquica de mandos; pero también una subordinación «jurídica», que inscribe al trabajador en el ámbito de organización del trabajo del empleador, en el cual se ejercitan los poderes de dirección y disciplinario y se hace posible la especificación de la prestación laboral en el marco de la organización empresarial”⁹⁰⁷.

En otras palabras, se puede decir que la subordinación jurídica existe entre la empresa contratista y sus trabajadores⁹⁰⁸, una vez que al ejercer sobre los mismos un poder de dirección directo, es ella quien se encarga de la contratación, quien abona la remuneración, así como también será ella quién irá a aplicar el procedimiento de

⁹⁰⁵ ALARCÓN CARACUEL, M. R., "La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo", *REDT*, núm. 28, 1986, p. 524.

⁹⁰⁶ CARVALHO, A. N. de, “Ainda sobre a crise do direito do trabalho”, en AA.VV. (MOREIRA, A. Coord.): *II Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, cit., p. 75.

⁹⁰⁷ RIVERO LAMAS, J. “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo”, en AA.VV.: *X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 77.

⁹⁰⁸ En este mismo sentido ver CARVALHO, C. N. de. O. “Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho”, cit., p. 833.

despido cuando sea menester, la vinculación jurídica es entre el trabajador y su empleador, y basta con que exista la posibilidad de dar órdenes para que en la empresa se concrete la subordinación jurídica⁹⁰⁹. No obstante, la subordinación técnica vincula la empresa principal a la auxiliar. Se dará cuando la primera establezca la forma que el trabajado deberá ser ejecutado por la segunda⁹¹⁰.

Son exclusivamente afectados por la subordinación “los trabajadores contratados por el empresario que tienen su empleo en el organigrama funcional de la empresa. Por tal razón, este arquetipo normativo de subordinación se adapta mal a las nuevas empresas del sector terciario; y menos aún sirve si pretendemos aplicarlo a los trabajadores autónomos situados en la periferia de las empresas descentralizadas”⁹¹¹.

Para sutilmente dejar de cumplir con las obligaciones derivadas de una relación laboral subordinada, optan por nombrar y encuadrar la relación dentro del trabajo autónomo, lo cual en realidad oculta una relación de trabajo subordinado, que constituye una evasión fraudulenta⁹¹².

En resumen, "la subordinación es uno de los elementos constitutivos del contrato de trabajo, conocido también con las denominaciones de "relación de dependencia" o "vínculo de dependencia". Es uno de los elementos de mayor importancia, dado que si existe o no subordinación, está el trabajador protegido o no por la legislación del trabajo. En la doctrina italiana se usa subordinazione; en la francesa y belga, se la llama "dirección "; los alemanes la conocen por "dependencia", al igual que los españoles. En realidad, la subordinación no basta por sí misma para proporcionamos la nota exclusiva de la existencia de un contrato de trabajo, pero es indudable que constituye un elemento relevante e inseparable, juntamente con la continuidad y la profesionalidad, del contrato de trabajo. Algunos autores se han resistido al uso de esta palabra dado que podría sugerir la idea de sometimiento dos trabajador libre al empleador. Sin embargo, dada la moderna concepción de las leyes que rigen la sociedad capitalista, puede usarse la

⁹⁰⁹ MARTINEZ, P. R., “*Trabalho Subordinado e Trabalho Autônomo*”, cit., p. 287.

⁹¹⁰ FERREIRA PRUNES, J.L., *Contratos triangulares de trabalho*, Curitiba (Ed. Juruá), 1993, pp. 19 y 20.

⁹¹¹ RIVERO LAMAS, J. “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo”, en AA.VV.: *X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 78.

⁹¹² VICENTE, J. N., *Fuga à Relação de Trabalho (típica) em torno da simulação e da fraude à lei*, cit., p. 15.

expresión subordinación sin que la misma, para nada, recuerde la situación de esclavitud o vasallaje de otras etapas del desarrollo social”⁹¹³.

La falta de aplicación del concepto de subordinación jurídica en la realidad actual, a pesar de ya haber sido perfeccionado con la intención de encontrar aplicación en las nuevas formas de trabajo organizado, sólo hace que contribuir para “la erosión de la matriz tradicional del Derecho del Trabajo”⁹¹⁴.

Se habla de la crisis de la subordinación debido a la crisis de los principios *tayloristas* y del sistema *fordista* de producción que marcó el declive de la manera cómo ha venido siendo concebida hasta el momento la dependencia, “estrechamente enlazada con las ideas de continuidad y uniformidad en los modos y en los tiempos de empleo de la fuerza de trabajo y de autocracia y de jerarquía en la configuración de los poderes empresariales”⁹¹⁵. Este elemento, así considerado, no sería apto para expresar la diversidad y complejidad del trabajo post-industrial, marcado por la proliferación de una amplia gama de trabajadores “estrechamente vigilados” o, en su opuesto, por lo que ahora interesa, “flexibles,” cuyas características escapan a los modelos del pasado⁹¹⁶.”

La desnaturalización de la nota de la dependencia “no ha sido fruto del azar o arbitrariedad, sino que, por el contrario, ha constituido un proceso deliberado que ha perseguido y permitido, no obstante, la permanencia del concepto como requisito definidor del Derecho del Trabajo”⁹¹⁷.

La subordinación está proyectada en el concepto de trabajador típico, pero con el declive del concepto de trabajador subordinado, “no solo se desfigura el concepto de trabajador sino que se pierde la base sustantiva que justifica la aplicación de la normativa laboral”⁹¹⁸.

Es por eso que se hace necesario superar una noción de “dependencia racional”, ceñida a la observancia de las concretas circunstancias de la prestación de trabajo en cada específica relación individual y, adoptar una noción de “dependencia contextual”,

⁹¹³ SYLVESTER, H. L., “Diccionario Jurídico del Trabajo, cit., p. 175.

⁹¹⁴ CARVALHO, A. N. de, “Ainda sobre a crise do direito do trabalho”, en AA.VV. (MOREIRA, A. Coord.): *II Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, cit., p. 74.

⁹¹⁵ D'ANTONA, M., “Los cambios en el Derecho del Trabajo y el problema de la subordinación en el Derecho Italiano”, *Debate Laboral*, núm. 4, 1989, p. 68.

⁹¹⁶ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia (Ed. Tirant Lo Blanch), 1990, pp. 37 y 40.

⁹¹⁷ MONTOYA MELGAR, A., “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo”, *REDT*, núm. 91, 1998, p. 714.

⁹¹⁸ RIVERO LAMAS, J. “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo”, en AA.VV.: *X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., 1999, p. 68.

“organizativa”, vinculada a la idea de una organización de personas, en la que el trabajador se encuadra y en la que presta sus servicios, cualesquiera que sean éstos, siempre que quede nítidamente percibida la relación entre el empleado y la mencionada organización”⁹¹⁹.

Por otro lado, la Comisión Europea, en la política de empleo comunitaria, ha fijado algunas propuestas para utilizar el fomento del trabajo autónomo (no subordinado) como forma de disminuir el desempleo. La valoración del trabajo autónomo está basada en cuatro pilares, “1) espíritu empresarial (facilitar la creación y gestión de empresas, que a su vez debe llevar a la creación de empleo y al desarrollo económico); 2) capacidad de empleo (inserción profesional); 3) adaptabilidad (en especial a los cambios económicos y tecnológicos del mercado global) y 4) igualdad de oportunidades”⁹²⁰.

Las reflexiones anteriores llevan a la conclusión de que se habla de crisis en la subordinación jurídica debido a la gran proliferación de trabajos atípicos, visto que la subordinación estuvo pensada, desde el principio, para las relaciones laborales típicas, para el trabajador asalariado.

Pero analizando la trayectoria de la subordinación jurídica, se puede decir, con una visión positiva sobre el tema, que las nuevas formas de organización de una empresa pueden, a partir del proceso de descentralización productiva, haber sufrido cambios significativos. Pero, sin embargo, la prestación del trabajo en su forma original, o sea, la subordinación jurídica, la relación de autoridad y de dirección inmediatas entre un empleador y un trabajador, sigue siendo la misma que del siglo pasado. Aún en los casos en que exista una pluralidad de empleadores, y la identificación sea un tanto nebulosa, la subordinación jurídica aún está muy presente en las relaciones laborales⁹²¹.

Por lo dicho, “respetando este núcleo rígido del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo, constituido por las relaciones laborales típicas, prestadas en régimen de subordinación y ajenidad, puede el legislador extender ese marco de aplicación a otras relaciones de empleo y debe hacerlo además para la satisfacción de otros valores

⁹¹⁹ BARREIRO GONZÁLEZ, G., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Reflexiones sobre el presente y futuro del Derecho Español del Trabajo*, cit., p. 34.

⁹²⁰ PURCALLA BONILLA, M.A., “El fomento del empleo del trabajo autónomo”, *REDT*, cit., pp. 77 y 78.

⁹²¹ MONTEIRO FERNÁNDEZ, A. “Os novos horizontes do direito do trabalho ou a mobilidade das suas fronteiras. Algumas reflexões introdutórias”, en AA.VV. (MOREIRA, A., Coord.): *VIII Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, Lisboa (Ed. Almedina), 2004, pp. 27 a 29.

constitucionales que demandan la igualdad real y efectiva de los individuos y de los grupos en los cuales se integran”⁹²².

5.10.4 Trabajadores Autónomos Económicamente Dependientes (TRADE)

La descentralización proporcionó el surgimiento de una nueva categoría de trabajadores, “dotados de amplio margen para organizar su trabajo y hacerse responsable de su formación” siendo un tanto difícil encuadrar este tipo de trabajador a la categoría de trabajadores por cuenta propia, “ya que en la mayoría de las ocasiones los trabajadores están conectados de forma permanente con uno o varios empleadores que controlan el trabajo y/o sus resultados, de los cuales dependen económicamente, aunque dispongan de una amplia libertad para organizar su tiempo de trabajo”⁹²³

La proliferación de contratos atípicos, unida al aumento del trabajo independiente, ha incrementado la preocupación del ordenamiento laboral en proteger a los trabajadores afectados. Por lo tanto se ha hecho necesario ampliar la aplicación del Derecho del Trabajo “más allá de su contenido clásico (trabajo personal, voluntario, remunerado, dependiente y por cuenta ajena)”⁹²⁴, una vez que algunos de estos trabajadores autónomos tienen demostrado una cierta dependencia económica hacia su cliente.

Antes del reconocimiento del trabajador autónomo económicamente dependiente, la figura del trabajador que prestaba su trabajo de manera personal, de forma continuada y bajo una cierta coordinación empresarial ya era motivo de estudios en otros países europeos, como Italia y Alemania. Estos trabajadores no son asalariados ni subordinados pero sí mantienen un cierto grado de dependencia con su cliente. La

⁹²² MARTÍNEZ BARROSO, M^a. de los R., “El trabajo autónomo económicamente dependiente. Reflexiones a raíz del proyecto de Ley del estatuto del trabajo autónomo”, cit., p. 458.

⁹²³ El entrecomillado pertenece a RIVERO LAMAS, J. “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo”, en AA.VV.: *X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 69.

⁹²⁴ BARREIRO GONZÁLEZ, G., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Reflexiones sobre el presente y futuro del Derecho Español del Trabajo*, cit., pp. 28 y 29.

doctrina española primeramente trató este fenómeno como relaciones de carácter especial, mientras la doctrina italiana lo caracterizó como trabajo parasubordinado⁹²⁵.

El trabajo parasubordinado tuvo su tipificación legal en la doctrina italiana hace ya varias décadas “cuando el artículo 409 C.P.C. incluyó en 1973 entre las relaciones cuya tutela jurisdiccional se solventaría ante los tribunales de trabajo bajo otras relaciones de colaboración entre empresarios, como las de agencia y representación comercial que se mencionaban expresamente, y se concretan en una prestación de obra continuada, coordinada y predominantemente personal, aunque no tenga carácter subordinado”⁹²⁶. Se traduce a través de cuatro criterios: “trabajo cumplido personalmente, sin ayuda de colaboradores (salvo los miembros de la familia); para un único empleador; trabajo propio de un empleo asalariado, y efectuado sin aparecer como empresario”⁹²⁷.

De las características del trabajo parasubordinado existente en la doctrina italiana destacan la prestación personal, la continuidad y la coordinación. A la hora de establecer los criterios calificadores del trabajador económicamente dependiente, el legislador español ha considerado un concepto amplio de los dos últimos, dando al primero, la prestación personal, un especial relieve, con la intención de excluir “aquellas relaciones en las que la actividad de colaboración asume un auténtico carácter empresarial y aquellas en las que el deudor de trabajo no está personalmente implicado”⁹²⁸, además de disponer de otras condiciones que el trabajador autónomo tiene que cumplir, simultáneamente, para ser considerado económicamente dependiente.

A medida que el trabajador autónomo empieza a crear una cierta dependencia económica con un único cliente (empresa), él también se volverá más débil, desigualando así, la relación contractual, dado que no están en el mismo nivel de igualdad, ya que “el desequilibrio de poder contractual proviene de la dependencia económica”⁹²⁹.

⁹²⁵ RIVERO LAMAS, J. “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo”, en AA.VV.: *X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 79.

⁹²⁶ CAIRÓS BARRETO, D. M., “Hacia una regulación del trabajo autónomo: comentarios al proyecto de estatuto del trabajador autónomo”, cit., p. 95.

⁹²⁷ MARQUEZ GARMENDIA, M. y BEÑARAN BURASTERO, P., “Trabajadores Parasubordinados”, cit., p. 257.

⁹²⁸ CAIRÓS BARRETO, D. M., “Hacia una regulación del trabajo autónomo: comentarios al proyecto de estatuto del trabajador autónomo”, cit., p. 95.

⁹²⁹ MARTÍNEZ BARROSO, M^a. de los R., “El trabajo autónomo económicamente dependiente. Reflexiones a raíz del proyecto de Ley del estatuto del trabajo autónomo”, cit., p. 454.

Pero claro está que este tipo de trabajador no podría ser acogido tampoco de forma integral por el Derecho Laboral, como ha propuesto el marco europeo, máxime cuando la relación jurídica existente entre las partes puede ser de otra naturaleza, civil, mercantil o administrativa, no siendo siempre una relación laboral⁹³⁰.

Ahora bien, estaba claro que el Derecho del Trabajo tendría que desprender una protección mínima a los trabajadores que no son encuadrados en el concepto estricto y altamente protegido del trabajador subordinado, como el trabajador autónomo, parasubordinado, trabajador autónomo pero dependiente económicamente, el trabajo asociativo, atípico, etc.⁹³¹.

La regulación viene a cubrir la necesidad existente de “un colectivo de trabajadores autónomos que, no obstante su autonomía funcional, desarrollan su actividad con una fuerte y casi exclusiva dependencia económica del empresario o cliente que los contrata”⁹³².

Por eso, el ordenamiento laboral empezó a reconocer la realidad de algunos trabajadores autónomos que prestaban su trabajo y no tenían ninguna especie de protección, aunque esta prestación laboral sea muy semejante al de un trabajador asalariado y dependiente, de modo que, “dentro del ‘multiverso’ del trabajo autónomo se puedan concretar situaciones que no se pueden dejar por completo a la regulación civil o comercial y a las que deben aplicarse de algún grado alguna de las técnicas de tutela propias del Derecho del Trabajo”⁹³³.

Por esta razón, se ha reconocido la figura de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, en el artículo 11 LETA, desarrollado por el Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, como "aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales". Este tipo de trabajador tiene su regulación

⁹³⁰ RIVERO LAMAS, J. “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo”, en AA.VV.: *X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 70 y 71.

⁹³¹ MARQUEZ GARMENDIA, M. y BEÑARAN BURASTERO, P., “Trabajadores Parasubordinados”, cit., p. 259.

⁹³² Preámbulo de la Ley 20/2007 de 11 de julio.

⁹³³ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Contrato de trabajo y autonomía del trabajo”, en AA.VV.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Madrid (Ed. Tecnos), 1999, p. 38.

en el capítulo III del título II LETA, que además de establecer su régimen jurídico determina la relación entre el TRADE y su principal o único cliente⁹³⁴.

La referida Ley ha venido, pues, a dar cobertura legal a esta realidad social, “reconociendo la figura del denominado «trabajador autónomo económicamente dependiente», al que se le otorga un nivel de protección social parecido al que tiene el trabajador por cuenta ajena”⁹³⁵.

En el mismo artículo 11, están enumerados algunos requisitos adicionales de carácter fáctico, como son:

“1) no tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes; 2) no ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente; 3) disponer de infraestructura productiva y materiales propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente; 4) desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente; y, 5) percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla”.

Entiende la jurisprudencia que la falta de los requisitos exigidos “determinan una falta de aplicación del régimen jurídico de los TRADE y por ello una falta de jurisdicción⁹³⁶”.

La regulación de los trabajadores autónomos económicamente dependientes se hace importante por dos razones:

1) una de elemental justicia y adecuada ordenación laboral, dado que tales trabajadores, debido a su dependencia económica, se encuentran en una posición de inferioridad contractual que les lleva en muchos casos a tener que aceptar las

⁹³⁴ BARRIOS BAUDOR, G. L. y SEMPERE NAVARRO, A. V., “Régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente”, en AA.VV. (BARRIOS BAUDOR, G.L., Dir.): *Tratado del trabajo autónomo*, 2ª Ed., Pamplona (Ed. Thompson Aranzadi), 2010, pp. 235 y ss.

⁹³⁵ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 246.

⁹³⁶ STSJ Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife 25 junio de 2010 (AS 2010, 2502), en el mismo sentido, País Vasco 24 de marzo de 2009 (AS 2009, 1851).

condiciones impuestas por la empresa o empresas para las que trabajan (de ahí las voces pidiendo la aprobación de un Estatuto que les reconociera unos derechos y estándares de protección mínimos, susceptibles de ser mejorados en vía convencional colectiva o en el propio contrato); 2) y otra, porque el reconocimiento a los TRADE de unos derechos mínimos contribuirá a reducir las situaciones de fraude y simulación de trabajo autónomo, al no resultar tan atractivo para los receptores de sus servicios el recurso a fórmulas contractuales que facilitan la huida del Derecho del Trabajo”⁹³⁷.

Se puede precisar que los TRADE, además de tener los derechos establecidos por el Estatuto del Trabajador Autónomo, tienen otras peculiaridades. Una de ellas, es que el contrato del TRADE tiene que ser formal y por escrito, no olvidando la condición que impone la Ley, de registrarlo⁹³⁸.

Así, se vislumbra que el trabajador económicamente dependiente tiene, a parte de la LETA, su regulación propia en el Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos.

El TRADE presta el servicio de manera personal, lo que le impide tener trabajadores a su encargo así como de “contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende, como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes”⁹³⁹.

La doctrina, guiada por la jurisprudencia, vertida sobre la materia enumera las notas características del trabajador económicamente dependiente (TRADE): 1) Las que son comunes a todo trabajador autónomo, esto es, que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa (artículo 11.1 y 2 Estatuto del Trabajador Autónomo); 2) realizar tal actividad de forma predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que depende económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos del trabajo y de actividades económicas o profesionales, entendiendo que se trata de

⁹³⁷ MARTÍNEZ BARROSO, M^a. de los R., “El trabajo autónomo económicamente dependiente. Reflexiones a raíz del proyecto de Ley del estatuto del trabajo autónomo”, cit., p. 457.

⁹³⁸ OJEDA AVILÉS, A., “Los trabajos periféricos y el esfuerzo por unificar su regulación”, *RDS*, núm. 47, 2009, p. 55.

⁹³⁹ FOLGUERA CRESPO, J., “Vicisitudes contractuales de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADES)”, *RL*, núm. 9, 2009, p. 25.

ingresos netos; 3) carecer de trabajadores a su cargo por cuenta ajena ,ni posibilidad de contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, «tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes; 4) disponer de infraestructura productiva y del material que sea necesario para el ejercicio de la actividad, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente, con independencia de la infraestructura y de los medios con los que cuente su cliente; y, 5) no ejecutar su actividad de manera conjunta e indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier forma contractual por cuenta del cliente”⁹⁴⁰.

El artículo 11 LETA se refiere “al autónomo que presta servicios para una empresa: colabora con la empresa en el desarrollo de su actividad pero no pertenece a su plantilla, precisamente por realizar su trabajo fuera del ámbito empresarial de organización y dirección. Es autónomo en el plano jurídico pero económicamente dependiente; posee autonomía en lo relativo a la organización y ejecución del trabajo pero siempre dentro del encargo concretado con el cliente. Sus dos notas características (frente al trabajador asalariado y frente al resto de autónomos) son, pues, la autonomía funcional y la dependencia económica”⁹⁴¹.

Respecto del contrato existente entre el TRADE y el cliente, procede tener en cuenta que tiene que “incluir expresamente una referencia a la condición de TRADE, que, por otra parte, sólo se puede poseer respecto de un cliente. La condición de TRADE puede pactarse desde el inicio o puede ser sobrevenida, en cuyo caso se respetará integralmente el contrato firmado entre ambas partes hasta su extinción, salvo que éstas decidan modificarlo para actualizarlo a las nuevas condiciones que corresponden a un TRADE (artículo 12.3 LETA)”⁹⁴².

Para finalizar, se puede concluir que las empresas presentan cada vez más un abandono al modelo de organización tradicional y piramidal, lo que obliga a los trabajadores a proporcionar una obligación de resultado y no de medio, lo que permite la inclusión de todo y cualquier tipo de trabajador en la clase de los trabajadores autónomos.

⁹⁴⁰ FOLGUERA CRESPO, J., “Vicisitudes contractuales de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADES)”, cit., p. 15.

⁹⁴¹ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 2876.

⁹⁴² MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 2977.

Estos trabajadores actúan con un cierto grado de autonomía muy superior al grado de subordinación. Se trata de un trabajador “organizado, determinado, orientado, controlado y utilizado por el empresario, y por ello dependiente, pero goza de un amplio margen de autonomía y asume un cierto grado de responsabilidad”⁹⁴³.

⁹⁴³ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Contrato de trabajo y autonomía del trabajador”, en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Ed.): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, cit., pp. 35 a 37.

CAPÍTULO III – Análisis de un supuesto con repercusión especial: la subcontratación en el sector de la construcción civil en España

1. Algunas características de la subcontratación en este ámbito específico: de lo general a lo particular

No está de más recordar que la subcontratación es una de las formas más antiguas de la descentralización productiva, no obstante, en el período del Derecho Romano, bajo otra forma de contrato, ya que era considerada como un negocio jurídico regulado por el Derecho Civil⁹⁴⁴. Así, tanto la subcontratación como otras prácticas de negociación entre las empresas, autorizadas por el principio constitucional de la libertad de empresa (artículo 38 CE; artículo 1588 y concordantes CC) era una forma al alcance de las empresas para organizar libremente su estructura de la forma que les fuera más rentable, es decir, se entiende por subcontratación “la práctica mercantil de organización productiva en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que a él se le ha encargado”⁹⁴⁵. Es decir, una empresa contrata los servicios de otra, para que esta última efectúe el trabajo que le estaba destinado inicialmente a la primera.

La contrata o subcontrata constituye “una buena muestra de ala descentralización productiva como modo de organización del trabajo por coordinación de actividades realizadas por distintas unidades. Además de una mayor productividad de las unidades, se suele considerar como razones de este método las de especialización técnica. Por lo tanto, la contrata o subcontrata de obras y servicios, como manifestación de la descentralización productiva, se justifica hoy no sólo por razones de especialización sino que también de simplificación y racionalización de la actividad productiva con el fin de conseguir una mayor competitividad de las empresas”⁹⁴⁶.

⁹⁴⁴ PIZARRO, S. N., *O contrato de outsourcing*, cit., p. 55.

⁹⁴⁵ Art. 3, h) de la Ley 32/2006.

⁹⁴⁶ MARTÍN JIMÉNEZ, R., y MATEOS BEATO, A., *La responsabilidad de empresas y administradores con la Seguridad Social*, Cizur Menor (Ed. Aranzadi), 2009, p. 32.

Tradicionalmente, se conoce como subcontratista a aquellas personas que “se comprometen frente a un empresario a entregar por determinado precio cierta tarea que hacen realizar por obreros a quienes pagan por tiempo o unidad de obra, obteniendo su ganancia justamente de la diferencia entre el precio que reciben del empresario y el salario que pagan a sus obreros”⁹⁴⁷.

Para que exista una subcontratación, es necesario, pues, que exista un cliente – dueño de la obra o interesado en la ejecución del servicio, que también puede ser llamado empresario principal –; una empresa contratada/adjudicataria, que a su vez subcontrata con otra/otras empresas la ejecución de la obra o un servicio contratado. Se puede decir, en suma, que la subcontratación define la relación entre una empresa adjudicataria de una determinada obra o servicio y la empresa/empresas que, de acuerdo con lo que determina el contrato (subcontrato) entre la empresa contratada y las demás empresas subcontratadas, estas últimas se obligan a realizar parte o la totalidad de la obra o del servicio, que la empresa adjudicataria se comprometió con el dueño de la obra⁹⁴⁸.

Atendiendo a su origen económico y sectorial, están incluidos dentro de los términos contrata y subcontrata, “al menos todos aquellos supuestos en los que se contrata una obra o servicio que deba ser realizado mediante la actividad desarrollada por la organización productiva propia del comitente”⁹⁴⁹.

Dado que la subcontratación es también una fuente de competencia, permite a las empresas obtener menores costes de producción subcontratando a empresas que ofrezcan mejor calidad a un menor precio. En particular, la subcontratación bajo licitación permite exhibir y exponer las mejoras de calidad de los productos cuya cadena de producción ha sido descentralizada.

A través de la subcontratación, la empresa dominante que actúa como “epicentro”, externaliza parcelas muy delimitadas de la producción a pequeñas empresas auxiliares. La subcontratación se celebra a través de dos contratos, por tres sujetos distintos: el comprador – cliente –, el contratante principal y la empresa

⁹⁴⁷ PLÁ RODRIGUEZ, A., *Curso de Derecho Laboral*, Tomo I, vol 1, Montevideo (Ed. Idea), 2000, p. 155.

⁹⁴⁸ LEITE, J., “Direito do trabalho na crise (relatório geral)”, en AA.VV.: *Temas de direito do trabalho – Direito do trabalho na crise. Poder empresarial. Greves atípicas. IV Jornadas Luso-hispano-brasileiras de direito do trabalho*, cit., pp. 40 y 41.

⁹⁴⁹ CALVO GALLEGOS, F. J., “La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios”, cit., p. 62.

subcontratada. La empresa denominada “contratante principal” celebra con la empresa llamada “subcontratante” un contrato, en el cual se acuerda que, en la ejecución de otro contrato celebrado entre el contratante principal y una empresa tercera denominada “comprador”, el subcontratante debe entregar bienes o prestar servicios que el contratante principal debe incorporar o utilizar en los suministros globales que fueron encomendados por el comprador”⁹⁵⁰.

Bajo tales premisas, cuando se habla de subcontratación automáticamente se verifica una conexión de ésta con la construcción civil. Esto ocurre porque fue en el ramo de la construcción civil donde la subcontratación ganó peso y se convirtió en el medio más utilizado entre los empresarios del sector. También es en este sector donde se encuentra el modelo de empresa contratista, debido al hecho de que estas empresas se dedican a la ejecución de obras.

La empresa contratista o principal es la que asume ante al comprador – dueño de la obra – la ejecución de una parte o la totalidad de la obra contratada. Estas empresas no están sujetas a un ciclo productivo de forma continuada, por eso, utilizan la subcontratación como una herramienta fundamental, llegando a casos extremos en que la empresa o empresas subcontratadas se ocupan casi de forma exclusiva de todo el desarrollo del proceso productivo⁹⁵¹.

Además de que se ocupen de gran parte de la obra, en algunos casos las empresas subcontratadas desarrollan su actividad económica exclusivamente para la empresa principal. Por eso no suelen tener acceso directo al consumidor final, teniendo sólo conexión con el mercado de bienes y servicios a través de la empresa principal⁹⁵². Esto hace aún más evidente la dependencia que estas empresas subcontratadas mantienen con la empresa principal.

Por ser la forma de descentralización productiva más antigua, conocida y utilizada, tanto un contratista especializado, como un trabajador autónomo, así como un grupo de empresas, el *outsourcing* o la red de empresas, pueden subcontratar otras empresas, o en algunos casos ser confundida con la empresa subcontratada.

⁹⁵⁰ Decisão do Conselho núm. 82/854/CEE, publicado no J.O. núm. L 357 de 18-12-1982.

⁹⁵¹ SANGUINETI RAYMOND, W. “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿Términos incompatibles?”, cit., p. 220.

⁹⁵² CRUZ VILLALÓN, J. “Descentralización Productiva y sistema de relaciones laborales”, cit., pp. 11 y 12.

En la subcontratación, la empresa subcontratada con sus trabajadores contratados desarrolla actividades que le fueron designadas por la empresa principal. O sea, la empresa exterioriza funciones, haciendo ejecutar, fuera de su ámbito geográfico, por otra empresa, toda o parte de la producción⁹⁵³.

Como se ha visto anteriormente, a pesar de presentar muchas semejanzas, visto que las dos formas externalizan parte de su producción, la subcontratación se diferencia del contrato de *outsourcing*, sobretodo por la forma contractual, ya que en la primera están presentes dos contratos. Uno entre el empresario principal y el contratista y otro entre este último y la empresa subcontratada. En el *outsourcing*, sólo se precisa la existencia de un único contrato, entre la empresa principal y la empresa *outsource*.

Así, una de las principales diferencias entre ellas es la cuestión referente al verdadero empleador⁹⁵⁴. Por un lado, el trabajador subcontratado por la empresa subcontratista está subordinado a las órdenes y decisiones de ésta, y no a la empresa principal, que es quién recibe los frutos allí producidos.

La crisis ha modificado el concepto y el alcance de la subcontratación. Muchos fueron los factores que han influido en este cambio. Entre ellos está la complejidad de los bienes finales, que requieren una mayor especialización; las nuevas tecnologías que han permitido a las pequeñas o medianas empresas tener competencia suficiente para participar de las fases de producción que antes eran desarrolladas apenas por las grandes empresas o multinacionales; el reconocimiento positivo de ciertas actividades en determinados territorios, que se han destacados y consolidados en un sector específico; y sobretodo el discernimiento en saber valorar cuales son las actividades o fases de la producción que serán más rentables si son desarrolladas por una empresa descentralizadora y cuáles son las que merecen una cierta atención y valoración dentro del ciclo productivo empresarial, reservando y concentrando todo su potencial en las actividades que serán desarrolladas internamente, produciendo un producto final más rentable⁹⁵⁵.

⁹⁵³ LEITE, J., “Direito do trabalho na crise (relatório geral)”, en AA.VV.: *Temas de direito do trabalho – Direito do trabalho na crise. Poder empresarial. Greves atípicas. IV Jornadas Luso-hispano-brasileiras de direito do trabalho*, cit., p. 41.

⁹⁵⁴ Aquí no se está haciendo referencia a quién será el verdadero responsable por los créditos laborales, pero sí quienes está dirigiendo y dando órdenes directas al trabajador.

⁹⁵⁵ BLAT GIMENO, F., “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, cit., p. 48.

Esta opción estratégica que la empresa tiene, basada en la mayor rentabilidad, decidiendo optimizar las tareas desarrolladas internamente, y descentralizar funciones que no hacen parte de la especialización de la empresa, transforma la subcontratación en “un modo de organizar establemente la división de trabajo entre las empresas, basado en relaciones, no tanto dependientes, cuanto de colaboración e intercambio donde cada una aporta sus respectivos conocimientos especializados y fluyen las informaciones, experiencias e innovaciones”⁹⁵⁶.

La subcontratación de hoy alcanza no sólo el sector productivo si no también el sector terciario, es decir, las funciones que antes eran desarrolladas dentro de la empresa, hoy la mayoría de ellas son descentralizadas, subcontratadas con otras empresas de mayor especialización.

Cuando una empresa asume contractualmente la responsabilidad de ejecutar una obra o un servicio, ella asume también la responsabilidad de realizar todas las actividades necesarias para la finalización de la obra o servicio. No obstante, ella puede contratar con otra empresa la ejecución de parte de las tareas que serían desarrolladas por quien asumió la ejecución. En estos casos hay dos contratos. El segundo contrato depende del primero porque está subordinado a las exigencias hechas por el contratante principal (o por el dueño de la obra). Y dependiendo del objeto del segundo contrato se podrá estar delante de un tipo de subcontratación o de otro.

Hay casos en que la empresa contratada, sea por el exceso de trabajo o por la falta de tiempo de realizar todo el objeto contratado, contrata con otra empresa la ejecución de parte de la obligación que asumió con el empresario principal; por ejemplo, el objeto del contrato son 5000 mesas y la empresa contratada subcontrata la ejecución de 1000 mesas. En estos casos el objeto del segundo contrato será igual que el objeto del primero, existiendo sólo la diferencia de cantidad.

Y en otros casos, la empresa contratada subcontrata con otra empresa la ejecución de una de las fases del proceso productivo, por ejemplo, el contratista principal contrata la ejecución de las patas de las mesas con la empresa subcontratada. En estos casos, el objeto del contrato entre la empresa principal y la contratista es la

⁹⁵⁶ BLAT GIMENO, F., “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, cit., p. 49.

entrega de 5000 mesas, que es distinto al objeto contractual entre la empresa contratista y la empresa subcontratista, que es la entrega de las patas para las mesas.

Ya en los casos en que la empresa contrata un servicio que nada tiene que ver con el objeto del contrato principal, las llamadas actividades accesorias, secundarias, complementarias que no forman parte del proceso productivo, pero que son realizados, muchas veces, en el mismo espacio físico de la empresa principal, como los servicios de transporte, vigilancia, limpieza, informática, contadores, *marketing*, etc. La actividad de la empresa es otra, no tiene como objeto las actividades mencionadas pero si que hacen falta dentro de la empresa. Este tipo de contratación, prestación de servicios, muchas veces se confunde con la subcontratación, pero, se trata en realidad de una actividad externa a la producción, *outsourcing*, hay una descentralización productiva que no entra dentro de los límites de la subcontratación. La diferencia está en el alto nivel de independencia de las empresas accesorias con las cuales la empresa externaliza los más variados tipos de servicios, que en nada dependen de la empresa principal, y cada una de ellas tiene un elevado grado de especialización, lo que no corresponde al modelo tradicional de subcontratación dependiente⁹⁵⁷. Así, para que exista subcontratación, además de la actividad que se pretende subcontratar con un tercero, tiene que ser parte del contrato principal – parte o totalidad – y que esta actividad podría ser realizada por la empresa contratista, que por un motivo u otro, prefiere subcontratar con otra empresa dicha ejecución⁹⁵⁸.

Sin adentrarnos en las situaciones prohibidas, se puede decir en líneas generales que hay subcontratación en dos casos, por conveniencia, cuando sea interesante para la empresa subcontratar con otra empresa un servicio más cualificado, de mayor especialización en determinadas fases del proceso productivo, o en los casos en que tenga exceso de producción; y la segunda forma de subcontratación es cuando el empresario utiliza esta forma de descentralización como una estrategia económica de disminuir los costes de producción o de hacer de ellos un coste variable.

Se considera como verdadera la subcontratación cuando la empresa auxiliar posee patrimonio y medios propios de organización y gestión, asume el riesgo que

⁹⁵⁷ CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización Productiva y sistema de relaciones laborales”, cit., p.15.

⁹⁵⁸ CARVALHO, C. N. de O., *Da Mobilidade dos Trabalhadores no Âmbito dos Grupos de Empresas Nacionais*, cit., p. 137.

proviene de su verdadera condición de empresario, sin que se trate de una empresa ficticia o de un empresario aparente⁹⁵⁹.

Aquel que asume la obligación de ejecutar una obra o un servicio, contratado con el dueño de la obra o el promotor, puede delegar alguna tarea que le correspondía ejecutar. Esta forma de externalizar las tareas es una forma de organización productiva, denominada subcontratación.

La doctrina portuguesa entiende que para que exista una subcontratación tiene que haber primero un contrato previo – *subcontrato* – entre una empresa (o dueño de la obra) que contrata con otra la ejecución de determinada fase del proceso productivo, bien o servicio. Este *subcontrato* tendrá el mismo contenido del contrato principal (contrato base), o los mismos elementos normativos y voluntarios necesarios, hay una clara subordinación del subcontrato al contrato principal⁹⁶⁰.

Aún en la doctrina portuguesa, se puede caracterizar la subcontratación, de una manera amplia, a partir de tres elementos considerados fundamentales. Para empezar la empresa subcontratada es quien sustituye la empresa contratada en el desarrollo del trabajo (bien o servicio) contratado, soportando aquella empresa una parte de los riesgos industriales provenientes de la actividad; la actividad de la empresa subcontratada está subordinada a las directivas, más o menos exactas, elaboradas, y controladas por la empresa contratante; y finalmente, en lo que se refiere a la actividad que es desarrollada por la empresa subcontratada, la misma no produce, no trabaja directamente para el mercado abierto⁹⁶¹.

Para finalizar con el concepto portugués, la subcontratación ocurre en los casos que alguien contrata con un tercero la ejecución de una tarea, antes desarrollada por la empresa contratista, para suplir una necesidad o como una estrategia mercantil. La primera ocurre cuando hay un aumento en la productividad, una acumulación de trabajo, de forma que la subcontratación sólo tendrá sitio, mientras dure tal necesidad generada

⁹⁵⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V., “Descentralización productiva: contratas o subcontratas. ETTs y cesión de trabajadores”, en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir.): *La reforma laboral de 2006 – Análisis de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre*, cit., p. 156.

⁹⁶⁰ MARTINEZ, P. R., *O subcontrato*, Coimbra (Ed. Almedina), 2006, p. 98.

⁹⁶¹ LEITÃO MARQUES, M. M., *Subcontratação e autonomia empresarial: o caso português*, Coimbra (Ed. Afrontamento), 1989, p. 66.

por los acontecimientos imprevistos de trabajo, pudiendo ser llamada subcontratación marginal⁹⁶².

La búsqueda de la subcontratación como estrategia mercantil está relacionada con la especialidad, en dos casos distintos. El primero, en busca de una mayor especialidad, la empresa contratista subcontrata con una tercera más capacidad para el desarrollo de la actividad pretendida; y en el segundo caso, para cumplir con una determinada tarea, es necesario una mayor capacitación por parte de los trabajadores o en los casos de inversión en materiales, tanto uno como otro no ofrecen ventaja económica para la empresa, lo contrario, hace que la empresa tenga un gasto no necesario, por eso que la subcontratación (especialidad o económica) en estos casos son más rentables para la empresa contratista que ejecutar la obra o el servicio con sus propios medios técnicos o de personal.

La empresa subcontratada se especializa cada vez más en la actividad que realiza y la empresa contratista puede invertir en maquinarias más especializadas para desenvolver su actividad principal, central, no siendo necesario invertir en aquellas actividades que no son la prioridad de la empresa; con ello su objetivo es disminuir los costes por un lado y por otro aumentar la especialización en ciertas actividades necesarias para el desarrollo final del objeto contratado.

Centrándose y especializándose en su actividad principal, y a la vez ofrecer en la ejecución de actividades accesorias una gran especialización, hace que la empresa sea fuerte y sólida, con precios más bajos y aptos para competir en el mercado. Para ejemplificarlo mejor, si una empresa, para la elaboración de su producto final o la oferta de un servicio, tiene varias fases de producción, tiene que estar constantemente invirtiendo en infraestructura, en equipos más avanzados, máquinas, formación profesional, etc. El modelo de empresa flexible y altamente competitiva en el mercado no es capaz de mantener y perfeccionar todas las fases de su producción; por eso, apuestan en la subcontratación de algunas de estas fases, mejorando su capacidad productiva, porque evolucionan y mejoran las fases que desarrollan en la empresa y ahorran los costes que tendrían con la producción de la parte productiva que se ha subcontratado, lo que resulta, también un avance financiero.

⁹⁶² APOLINÁRIO MARQUES, J. M., *Subcontratação: Uma Oportunidade para as PME*, Lisboa (Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas Industriais), 1986, pp.5 a 7.

Las empresas grandes, que son las que contratan con las empresas menores, son las que en general, establecen las reglas de contratación, pero eso no quiere decir que para las pequeñas empresas, no sea ventajoso, una vez que estarán suministrando sus servicios a diversas empresas, ampliando así su cartera de clientes, tienen acceso a nuevos mercados además de tener seguro que la producción realizada será enteramente aprovechada.

La subcontratación sería la mejor de las salidas, en épocas de crisis o no, si no fuera una amenaza real de ser uno de los mecanismos de huida del Derecho Laboral y consecuente precarización de los derechos laborales.

“Los subcontratistas e intermediarios no son siempre pequeñas y modestas empresas que dependen de la empresa cliente; en algunos casos se transforman en importantes proveedores – muy organizados y eficientes – y es la empresa cliente la que comienza a depender de ellos”⁹⁶³.

Con relación a la expresión “propia actividad” a que el artículo 42.1 ET hace referencia, tiene una importancia significativa a la hora de establecer la responsabilidad del empresario principal, una vez que el tribunal entiende que la tarea contratada por la empresa principal hace parte de su ciclo productivo principal, la responsabilidad se extenderá hasta el empresario principal. Por lo tanto, se puede decir que constituye propia actividad las “tareas u operaciones esenciales, nucleares o indispensables para el correcto desenvolvimiento de la actividad productiva de la empresa que las encarga y para la consecución de sus fines. Por esa razón, de no encomendarse su realización a otra empresa, el propio empresario comitente tendría que desarrollarlas con el personal perteneciente a su plantilla. El hecho de dejar de concertar la realización de esos trabajos ocasionaría sensibles perjuicios para la empresa comitente”⁹⁶⁴.

De la misma manera, están fuera del alcance del artículo 42 ET las actividades que no hagan parte de la esencia de la empresa principal, actividades que por más importantes que sean para la empresa, no hacen parte del ciclo productivo principal de la misma. Son las llamadas actividades accesorias, complementares o instrumentales. Entre ellas están las tareas de “infraestructura, construcción, reparación y

⁹⁶³ RASO DELGUE, J., “*Outsourcing*”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., p. 42.

⁹⁶⁴ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 337.

mantenimiento de las instalaciones de la empresa; promoción, comercialización, distribución, transporte; vigilancia y seguridad, limpieza, servicios de comedor y cafetería”⁹⁶⁵.

En España la subcontratación está relacionada con las contrata y subcontratas, según lo dispuesto en el artículo 42 ET, también se puede encontrar como sinónimos de subcontratación, la exteriorización, la tercerización, focalización, desverticalización o horizontalización, siempre sugiriendo que la estructura empresarial sea horizontal⁹⁶⁶.

La utilización de la subcontratación como forma de descentralización productiva para flexibilizar la estructura organizativa de la empresa, la exteriorización de algunas tareas que eran ejecutadas dentro de la empresa ahora son transferidas a otras empresas⁹⁶⁷. En Brasil, hasta hace muy poco tiempo la utilización de la subcontratación estaba limitada a tan sólo algunas actividades, como limpieza, vigilancia, alimentación, etc., actividades accesorias que no formaban parte del ciclo productivo de la empresa. A partir de los años ochenta, siendo un ejemplo a considerar, Brasil, como un país en vías de desarrollo, y con una industria consolidada, empezó a expandir y profundizar el uso de la subcontratación, con el ejemplo de otros países más desarrollados, como en España.

La palabra tercerización, para muchos autores brasileños, tiene el mismo significado de subcontratación, siempre y cuando el proceso de la tercerización sea una consecuencia de la reestructuración empleada en el mundo empresarial, que a finales del siglo XX, intenta sobretodo implantar una administración estratégica flexible. Las empresas, cada vez más, están dedicadas a su foco principal y buscan una mayor especialización en las actividades estratégicas, es decir, en las actividades que al final del proceso productivo marcan la diferencia frente a las demás. Y para concluir, para ellos, la tercerización es un fenómeno debido a la evolución del sistema empresarial, que intenta desplazar a otras empresas las actividades que no representan la misión principal de la empresa⁹⁶⁸.

⁹⁶⁵ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 338.

⁹⁶⁶ PINTO MARTINS, S., *A terceirização e o Direito do Trabalho*, São Paulo (Atlas, S.A.), 2001, p.20.

⁹⁶⁷ RAMOS SOARES DE QUEIROZ, C. A., *Como implantar a terceirização. Manual prático do comportamento e da postura jurídica e operacionalmente seguro para obtenção de resultados eficazes*, cit., pp. 63 y ss.

⁹⁶⁸ GIOSA, L. A., *Terceirização: uma abordagem estratégica*, São Paulo (Ed. Pionera), 1994, p. 106.

La tercerización en Brasil es cada vez más común, y ocurre cuando un tercero empieza a hacer parte de la relación laboral existente entre el trabajador y la empresa principal, formando una triangulación. Esta relación triangular a pesar de ser muy utilizada es entendida por algunos autores brasileños como un retroceso del derecho laboral, que producirá efectos perjudiciales a los trabajadores⁹⁶⁹.

También en España el término triangulación es utilizado, una vez que “en una relación de trabajo en contratas la participación de al menos dos empresarios del esfuerzo productivo de un mismo trabajador origina una relación de carácter triangular⁹⁷⁰ integrada por tres relaciones jurídicas diferenciables pero interrelacionadas e interdependientes: la relación del empresario comitente con el empresario contratista, la relación de este último con el trabajador y, finalmente, la relación del empresario comitente con el trabajador”⁹⁷¹.

Por otra parte, la jurisprudencia portuguesa trata la subcontratación como un sinónimo de la externalización. Este fenómeno se concretiza cuando una empresa recurre a otra empresa externa, a través de un contrato de prestación de servicio, para satisfacer una necesidad interna, pero que no está directamente relacionada con su objeto principal. Los trabajadores que irán desarrollando la actividad están vinculados a la empresa subcontratada y son dirigidos por esta.⁹⁷²

Además de disminuir los costes y obtener una producción más especializada, la tercerización también puede ser vista como una estrategia, utilizada por las grandes empresas, para enfrentar la pérdida de previsibilidad, que el sistema anterior garantizaba, y para responder, de forma rápida a las mutaciones del consumo⁹⁷³.

Con todo, en España la CE autoriza en su artículo 38, una amplia libertad a las empresas. Hay autores que piensan que el Derecho Laboral, a este respecto debe manifestarse y no tolerar todo lo que prescribe dicho artículo, “el ordenamiento jurídico laboral no ha de conformarse con esa tolerancia y ha de intervenir sobre estas figuras

⁹⁶⁹ MARINHO FALCÃO, I., *Terceirização no Direito do Trabalho*, São Paulo (Ed. EDIPRO), 1996, p. 30 y ss.

⁹⁷⁰ Para más esclarecimientos ver AUVERGNE, P., “Una síntesis sobre las relaciones triangulares”, *TL*, núm. 56, 2000, pp. 11 y ss.

⁹⁷¹ MONTOYA MEDINA, D., *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 2004, p. 102.

⁹⁷² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31/10/2007. Disponible en: www.dgsi.pt

⁹⁷³ VIANA, M. T., “Terceirização e sindicato”, en AA.VV. (JUNQUEIRA HENRIQUE, C. A., y NEVES DELGADO, G., Coord.): *Terceirização no direito do trabalho*, Belo Horizonte (Ed. Mandamentos), 2004, pp. 336 y ss.

con el fin de proteger esos intereses confluyentes que no se desconocen y que, en este caso, bien pueden ser de los trabajadores, los de la Seguridad Social o incluso los de los propios empresarios que participen en la dinámica de esas nuevas relaciones de producción”⁹⁷⁴.

Las relaciones triangulares, dificultan las negociaciones colectivas, porque estas dejan de ser una relación bilateral entre sindicato y empleador. Cuantos más sean los sujetos que protagonicen la negociación, más difícil es obtener una respuesta válida. Además, en el caso de las relaciones triangulares “se rompe toda la lógica bilateral consustancial al contrato de trabajo, para forzar la aparición de un tercer sujeto en posiciones próximas que no inidentificadas a la del empleador unitario. No se trata de una mera cuestión técnica de reparto de responsabilidades o de participación en una pluralidad de sujetos de la personal inicialmente unitaria del empleador. En las más de las ocasiones, la triangularidad produce situaciones de colusión y desconcierto en el papel o función desempeñado por cada uno de los sujetos, al punto de que el legislador desea reconducir la situación al plano de la bilateralidad más sencilla y comprensible al mundo del contrato”⁹⁷⁵.

Una de las razones principales para establecer relaciones a través de la subcontratación “es el deseo de mantener o incrementar la tasa de beneficio. Para la empresa principal, la subcontratación es un medio de expansión de la capacidad productiva para ajustarse a las variaciones de la demanda”⁹⁷⁶.

Dentro de la subcontratación, se han encontrado algunos tipos de subcontratación que se diferencian entre sí, debido a algunas peculiaridades.

“1) subcontratación de capacidad, cuando una empresa encarga trabajo a otra para aumentar el volumen de su producto final o para cumplir los plazos de un encargo. Los subcontratistas de capacidad tienden a estar en una posición de subordinación porque pueden ser contratados o no según las fluctuaciones del mercado o la evolución interna de la empresa principal (huelgas, problemas técnicos, etc.); 2) subcontratación de especialización, que se desarrolla cuando la empresa principal precisa de una tecnología

⁹⁷⁴ MONTOYA MEDINA, D., *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, cit., pp. 101 y 102.

⁹⁷⁵ FUENTES RODRÍGUEZ, F., y CRUZ VILLALÓN, J., “Presentación – La permanente complejidad de las relaciones triangulares del trabajo, cit., pp. 01 y 02.

⁹⁷⁶ BELIL, M., “La organización de sistemas de producción: el caso de las redes de Subcontratación”, *Documents d’anàlisi geogràfica*, núm. 13, 1988, p.27. Disponible en: ddd.uab.cat/pub/dag/02121573n13p19.pdf.

particular o de una cualificación especial, es decir, equipo especializado, mano de obra cualificada, o patentes específicas. La subcontratación de especialización representa una parte necesaria de la producción de la empresa principal, que conlleva una cualificación o *know how* valioso; 3) subcontratación industrial, en la que las partes producidas por el subcontratado se incorporan a otro proceso de producción; 4) subcontratación comercial, en la que un subcontratado produce un producto final que es comercializado por la empresa principal; 5) subcontratación económica, que responde al establecimiento de una relación entre empresas para reducir costes; 6) subcontratación internacional, que existe entre empresas emplazadas en distintos países. Existen muchos estudios que distinguen distintas formas de subcontratación internacional según el origen de las empresas, su estatus legal (multinacionales, subsidiarias, empresas locales...) y el nivel de desarrollo de 10 países en que se encuentran; 7) subcontratación de contratos, que se aplica a la subcontratación de contratos gubernamentales entre empresas de distintas nacionalidades; 8) subcontratación de compensación, impuesta por el gobierno para compensar la exportación de productos manufacturados por parte de una filial extranjera o para compensar la importación de determinados productos⁹⁷⁷.

Después de concretar el concepto de subcontratación y nombrar algunos tipos de la misma, se enumeran algunos de los motivos que llevan a la empresa contratada a subcontratar con terceras empresas, parte o la totalidad de la obligación asumida con la empresa contratante.

“La normativa laboral sobre el trabajo en contratas persigue una doble finalidad: – proteger los intereses del trabajador ante situaciones de posible confusión u ocultación de la identidad del empleador; – introducir transparencia en el mercado, erradicando el fraude y las prácticas de competencia desleal entre empresas”⁹⁷⁸.

A pesar de su importancia en el mundo jurídico y económico, la figura de la subcontratación no se encontraba regulada de forma específica dentro de la legislación española. Sólo con la entrada en vigor de la Ley 32/2006, de 18 de Octubre publicada en el BOE de 19 de Octubre de 2006, desarrollada por el Real Decreto núm. 1109/2007, de 24 de Agosto de 2007, publicado en el BOE en 25 de Agosto de 2007, se reconoció la

⁹⁷⁷ BELIL, M., “La organización de sistemas de producción: el caso de las redes de Subcontratación”, cit., p. 22.

⁹⁷⁸ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., pp. 334 y 335.

importancia de este fenómeno, sobre todo en el sector de la construcción civil, y se establecieron una serie de garantías intentando organizar ese proceso descentralizador de la actividad, limitando, dentro de lo posible, su aplicación. Uno de los principales motivos de la Ley 32/2006 es proteger la salud y la seguridad de los trabajadores del sector de la construcción civil.

El nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción introduce dos importantes novedades, siempre con la intención de lograr la mejora de las condiciones de trabajo de los empleados del sector: “1) la exigencia de una solvencia – material y personal – a aquellas empresas que pretendan actuar como contratista y subcontratistas, que será controlada por la autoridad laboral a través de la necesaria inscripción de aquéllas en un registro público; 2) la limitación de los niveles de subcontratación”⁹⁷⁹.

Dado la importancia y las novedades impuestas por la Ley 32/2006, se hace necesario hacer un repaso, aunque no exhaustivo, de los motivos y de la parte inicial de dicha Ley.

2. Ley 32/2006

2.1 Objeto

Como visto en el capítulo anterior, todas las formas de descentralización productiva están autorizadas por el artículo 38 CE. El empresario tiene la libertad de organizar su empresa de la manera que le es más conveniente, siempre no sea una decisión contraria al ordenamiento jurídico.

La subcontratación de obras y servicios, sobre todo en el sector de la construcción civil merece total atención por su gran desarrollo e importancia económica

⁹⁷⁹ TOSCANI JIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M., “Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto,” *AL*, núm.5, 2007, p. 3.

hasta hace un par de años, pues ha aglutinado a un ingente número de trabajadores y ha sido responsable del mayor índice de accidentes laborales.

Por este motivo se ha hecho necesario la promulgación de una Ley que regulase la Subcontratación en el Sector de la Construcción civil. En el día 18 de octubre se promulgó la Ley 32/2006, y tanto ella como su posterior desarrollo reglamentario normativo, han supuesto un antes y un después en la contratación civil en España.

En el momento de su promulgación se trataba de una Ley muy necesaria, dotada de un importante calado social, pues pretende poner fin a la alta siniestralidad laboral, provocada en gran medida por las interminables sucesiones de contratas y subcontratas intervinientes en las tareas constructivas, al igual que por el alto nivel de temporalidad en los contratos laborales, sin olvidar los riesgos provenientes de la propia profesión.

Por otra parte, también busca la Ley 32/2006 evitar que el recurso a la subcontratación de obras y servicios en el sector de la contratación civil sea una “alternativa de actuación empresarial que encumbra un fraude de ley”⁹⁸⁰.

Además de regular la contratación y las cadenas de subcontratación en el sector de la construcción civil, la referida Ley también define su ámbito de aplicación, establece de qué manera las empresas de este sector tienen que registrarse y exige que éstas demuestren tener una organización propia y una estructura material, económica y de personal para participar del proceso de descentralización productiva. Requiere también que las empresas tengan un número mínimo de trabajadores con contratos indefinidos dentro de su plantilla, y que los trabajadores cuenten con una formación en materia de seguridad, salud y en materia profesional, intentando favorecer, al tiempo, una mayor intervención por parte de los trabajadores.

La entrada en vigor de una Ley exclusiva de carácter sectorial, que viene a regular el fenómeno de la subcontratación en el sector de la construcción supone una verdadera transformación del marco jurídico que esta especial forma de organización productiva ha venido presentando en el sector, al entender el legislador que la situación anterior constituía una utilización excesiva de las cadenas de subcontratación, con perniciosas consecuencias para la calidad del empleo, y muy especialmente para las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores.

⁹⁸⁰ CRITÓBAL RONCERO, R., “Subcontratación de obras y servicios”, *CIE*, núm. 94, 2010, p. 235.

Bajo tales premisas, en este apartado se pretende poner de manifiesto, por un lado las causas históricas que han hecho necesaria la promulgación de la Ley 32/2006, de 18 de octubre y del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto que la desarrolla, y por otro las consecuencias prácticas que se esperan obtener de su implantación, no en vano el objetivo principal de la Ley es mejorar las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores del sector.

Para saber cómo funcionan las diferentes cadenas de la subcontratación hace necesario, poner claro, aunque de forma resumida, el concepto de cada uno de los sujetos intervinientes, en las cadenas permitidas por la nueva Ley. Destacase los diferentes niveles de interacción, el papel del trabajador autónomo, del fijo de obra y del promotor, además de hacer un panorama de algunas de sus características intrínsecas.

Después del análisis de los sujetos implicados en el proceso constructivo, se efectuará un estudio sobre las innovaciones que la nueva Ley introduce en el ordenamiento jurídico español, como el Libro de Subcontratación y la Acreditación de las empresas que pretenden o que ya participan de dicho proceso. Y, por último, se tratará de averiguar las peculiaridades derivadas de la limitación de las cadenas de subcontratación sin dejar de tener en cuenta el derecho a la libre contratación de las empresas establecido por la Constitución Española, descendiendo al examen de los derechos y deberes de los trabajadores y de cuáles son las funciones atribuidas a los representantes del personal, finalizando con las infracciones y sanciones derivadas de los incumplimientos de la Ley 32/2006, y sin dejar de apuntar algunas cosas referentes al régimen de responsabilidades.

El objetivo del presente capítulo es, pues, indagar en el germen que en su momento inició la profunda reforma que ha sufrido en materia laboral la subcontratación de la construcción en España, descendiendo a las consecuencias prácticas derivadas de la misma, tanto las visibles como las esperadas por el legislador a través de un análisis pormenorizado de la Ley 32/2006 que ha supuesto la culminación de todo un proceso normativo en aras de una mayor seguridad laboral de miles de trabajadores que desarrollan su actividad en este sector.

No se pretende, de ninguna manera, agotar toda la materia regulada por la Ley 32/2006, ni tampoco se hará una reflexión sobre los cambios que ha supuesto la revolución normativa derivada de la misma. Lo que sí es de relevancia para el presente

estudio, también de una manera general, radica en determinar cuales son los aspectos en que la Ley ha favorecido a los trabajadores, que son los que más sufren ante la inseguridad provocada por las innumerables cadenas de subcontratación existentes.

Se tratará de analizar la alta tasa de temporalidad en los contratos provocados por la descentralización productiva, lo que conlleva a una falta de formación de los trabajadores. El problema reside en el hecho de que los riesgos del sector, que por si solos ya son elevados, unidos a la escasa formación especializada de los trabajadores y a un contrato por tiempo determinado, hacen que los accidente laborales sean frecuentes. Es también por eso, que no caben dudas, cómo la finalidad de esta Ley no es otra que mejorar las condiciones de salud y seguridad de los trabajadores del sector, lo cual redundará en su propio beneficio.

A través de la definición de los agentes intervinientes, se tratará de encuadrar los derechos y obligaciones de cada uno de los empresarios, así como su grado de responsabilidad, tanto por los trabajadores a su cargo como frente a terceros.

Finalmente, se detendrá la atención en la necesaria exégesis realizada por los tribunales de los preceptos englobados dentro de la Ley objeto de estudio, sentir judicial que irá marcando el sentido y aplicación de la Ley en aquellos puntos o artículos cuya redacción literal puede dar lugar a diferentes interpretaciones.

En resumen, la Ley 32/2006 viene a mejorar las condiciones de trabajo, sobre todo en lo que respecta la seguridad y la salud de los trabajadores subcontratados en el sector de la construcción civil. La Ley puede ser sintetizada en cuatro apartados: “requisitos para la intervención como contratista o subcontratista en obras de construcción; límites al proceso de subcontratación de actividades en ese sector, obligación de documentación y formación de trabajadores y responsabilidades”⁹⁸¹.

2.2 Fundamentos

Antes de la crisis económica, que acompaña a España y otros países de Europa, el sector de la construcción era uno de los más importantes en cualquier Estado

⁹⁸¹ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 356.

desarrollado, y en los últimos treinta años, España ha sufrido un “boom” inmobiliario que ha provocado un crecimiento exponencial del número de empresas promotoras, constructoras, de venta y alquiler de equipos, consultoras, inmobiliarias y decenas de actividades relacionadas con la edificación que harían interminable su enumeración.

El sector de la construcción repercutió en una proporción mayor en España que en otros países, debido al crecimiento del sector a nivel interno, en los últimos años, que permitió que muchas empresas españolas dieran el salto al exterior, adquiriendo una merecida reputación, especialmente en el desarrollo de infraestructuras y obra civil.

Este alto grado de desarrollo, tanto técnico como organizativo, que ha propiciado una expansión del sector muy por encima de otras actividades productivas, muchas de ellas con mayor tradición histórica, unido a la cultura española en la que prima la propiedad de una vivienda, más el desarrollo del sector inmobiliario en las costas españolas, y las importantes inversiones en todo tipo de infraestructuras, ha llevado al sector de la construcción a suponer, en 2006, más del 10% del PIB de España, dando empleo de forma directa a más del 13% de la población activa⁹⁸².

Sin embargo, todo el desarrollo y bonanza económica generada alrededor del sector está viviendo hoy en día una situación de ajuste, la cual, favorecida por la crisis en los mercados financieros internacionales, está provocando el derrumbe de multitud de sociedades, con consecuencias nefastas para la mano de obra afectada.

Una vez puesta de manifiesto la importancia económica que representa el sector de la construcción en España, procede analizar su repercusión en el ámbito social y su repercusión sobre los trabajadores que desarrollan en él su actividad.

El sector de la construcción era el sector que más empleos ofrecía, empleaba en torno de más de dos millones y medio de asalariados sin contar el número de trabajos indirectos que producía en los restantes sectores productivos complementarios. Es evidente que este sector, durante mucho tiempo ocupó el puesto número uno de los mayores contribuyentes para la expansión económica del país y uno de los sectores que más beneficios producía. A pesar de los datos estadísticos favorables hubo muchas consecuencias negativas producidas por este mismo sector, en el ámbito laboral adscrito a la construcción, entre ellas se puede citar:

⁹⁸² <http://www.seopan.es/ficheros/50d6f9063fc767f62346e1c4932df507.pdf>

- 1) una tasa de temporalidad (54,8% en 2007) que era casi el doble que la del conjunto del empleo asalariado, la cual se situaba en torno al 31,9%;
- 2) una importante atomización de las unidades productivas por lo que es habitual que en un mismo proceso productivo intervengan diversas empresas y/o trabajadores autónomos, al carecer las empresas de la estructura necesaria para acometer las obras de forma individual. Esta circunstancia provoca el nacimiento de la subcontratación;
- 3) una utilización masiva de la subcontratación, que tiene como fin el abaratamiento de costes, a costa de una mayor precariedad y aumento de los índices de siniestralidad laboral; y,
- 4) una disminución de la mano de obra especializada, los altos ritmos de ejecución de las obras y el encadenamiento de contratas y subcontratas contribuyen a aumentar la siniestralidad⁹⁸³.

Tales consecuencias generadas por la gran expansión del sector provocaron un aumento considerable en las tasas de siniestralidad laboral. Según los datos estadísticos sobre el avance de siniestralidad laboral en el período de julio de 2006 a junio de 2007 se ha producido respecto al período anterior una bajada del 0,1 por cien el número de accidentes de trabajo totales, y también un descenso del número de accidentes leves de un 0,1 por cien pero, los accidentes de trabajo considerados como graves suben un 3,3 por cien, un total de 3.046 accidentes graves y sube también el índice de accidentes de trabajo mortales que asciende a la cantidad de 301 víctimas mortales, siendo un 3,8 por cien más que el año anterior⁹⁸⁴.

Es evidente que a partir de 2008 los índices de siniestralidad laboral en el sector han bajado considerablemente, pero no se puede olvidar, como ya explicado anteriormente, que fue en este año en el que la crisis económica empezó drásticamente a afectar este sector.

El sector de la construcción civil, a pesar de los fuertes índices de siniestralidad y de la gran preocupación e importancia que este sector tiene para la sociedad, en el mundo jurídico laboral, no había un cuerpo normativo autónomo perteneciente en

⁹⁸³ MERCADER UGUINA, J. R. y NIETO ROJAS, P., “Objeto, Ámbito de aplicación y Definiciones en la Ley de Subcontratación en el Sector de la Construcción, Subcontratación y Riesgos Laborales”, en: AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, Valladolid (Ed. Lex Nova S.A.), 2008, pp.15 y ss.

⁹⁸⁴ Datos obtenidos en INSHT (MTAS): MADRID, 2007. www.mtas.es/insht.

exclusiva a este sector, si bien existen multitud de normas de carácter general que a este sector tienen aplicación. Entre ellas cabe citar el artículo 42 del ET, con todas sus cautelas y las características de la subcontratación de obras y de servicio; el artículo 15.1 a) que regula el contrato para obra o servicio determinado, bien como, la reforma en el artículo 43 del mismo Estatuto introducida por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo; el Real Decreto 2177/2004, de 12 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción; Ley 38/1999, de 5 de noviembre que regula la Ordenación de la Edificación; y por fin las peculiaridades que se incluyen en la negociación colectiva del sector que viene constituida por el Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción (CGSC) y los convenios colectivos provinciales o autónomos que actúan de normas complementarias del mismo del vigente CGSC⁹⁸⁵, en los cuales se crean líneas normativas propias y peculiares del sector de la construcción civil⁹⁸⁶.

Como se puede comprobar, la Ley 32/2006 ha tenido notables influencias de otros cuerpos normativos y por ello sigue respetando esas innumerables normas preexistentes en ámbito de la construcción civil, de manera que no sólo las admite sino que también se añade a las mismas. Se está delante de una norma que tiene como objetivo la prevención de riesgos laborales, que “transita, con razones y matices, desde las condiciones en que ha de prestarse la actividad laboral hacia el modo en que ha de organizar la actividad empresarial. La ley surge para intentar poner coto a las muy elevadas cifras de siniestralidad laboral en ese ámbito productivo”⁹⁸⁷.

Hasta que fue promulgada la Ley 32/2006 hubo un proceso muy lento de evolución que se fue dilatando durante muchos años. La regulación de la subcontratación en el sector de la construcción civil es, pues, el resultado de una lucha fraguada que se mantuvo durante un largo período de tiempo.

⁹⁸⁵ Resolución de 28 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo del sector de la construcción. Su entrada en vigor se ha producido en el 1 de enero de 2012 y su vigencia es hasta el 31 de diciembre de 2012. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2012/03/15/pdfs/BOE-A-2012-3725.pdf>

⁹⁸⁶ AGUILÓ CRESPI, P., *Subcontratación en el sector de la Construcción, Análisis del marco normativo laboral*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 2008, pp. 12 a 15.

⁹⁸⁷ SEMPERE NAVARRO, A. V., “Limitaciones a la subcontratación en obras de construcción”, en AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J.G., Dir., y VAL TENA, A. L., Coord.): *La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, Pamplona (Ed. Thomson Aranzadi), 2007, pp. 39 y 40.

El trayecto recorrido hasta la publicación de esta Ley comenzó el 30 de julio 1998 cuando la Federación Estatal de Construcción, Madera y Afines (FECOMA) de Comisiones Obreras presentó una Proposición de Ley con el intento de mejorar las condiciones de trabajo de empleados que prestaban servicios en el sector de la construcción, una vez que la subcontratación en dicho sector, ya en 1998, era un problema de alta gravedad, pues suponía un abuso dentro de la organización del trabajo y producía “un ambiente laboral de mayor riesgo, ya que la suma desordenada de eslabones en la cadena de subcontratación, incrementa la siniestralidad laboral y conduce a una progresiva degradación de las condiciones de trabajo”⁹⁸⁸. No obstante, a pesar de la buena iniciativa y el apoyo de más de 600.000 personas que firmaran a favor de la propuesta de Ley, ésta fue rechazada por el Congreso de los Diputados el 21 de noviembre de 2000. Antes de ser promulgada la Ley 32/2006 hubo otras dos proposiciones de Ley, una de 18 de diciembre de 2000, presentada por el Grupo Mixto y otra de 6 de marzo de 2001, propuesta por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, siendo ambas rechazadas por el Congreso de los Diputados el 15 de junio de 2001⁹⁸⁹. Sólo fue en abril de 2004 cuando finalmente la iniciativa popular promovida en 1998 logró ser presentada como Proposición de ley por IU-ICV⁹⁹⁰.

Después de una constante reivindicación sindical se promulgó la Ley 32/2006, de 18 de octubre, que supuso un gran avance en la sociedad española por ser un producto de una Iniciativa Legislativa Popular.

La entrada en vigor de una Ley exclusiva, de carácter sectorial, que viene a regular el fenómeno de la subcontratación en el sector de la construcción, supone una verdadera transformación en el sistema jurídico. Para los legisladores, la situación anterior a la promulgación de esta Ley, o sea, el abuso descontrolado y sin límites de las cadenas de subcontratación, generaba perniciosas consecuencias para la calidad del empleo, y muy especialmente para las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores. En otras palabras, se puede decir que la Ley busca evitar que la realidad de la descentralización productiva existente siga causando un deterioro en lo que hace a la

⁹⁸⁸ AGUILÓ CRESPI, P., *Subcontratación en el sector de la Construcción, Análisis del marco normativo laboral*, cit., p. 17.

⁹⁸⁹ En la secuencia: BOCG. Congreso de los Diputados núm. B-337-1 de 23/12/1999, p.1.; B-4-2 de 29/11/2000, p.9.; B-96-1 de 22/12/2000.; B-119-1 de 16/03/2001, p.1.; B-96-2 de 15/06/2001, p.9.; B-119-2 de 15/06/2001, P.9.

⁹⁹⁰ BOCG de 23 de diciembre de 1999.

seguridad y la salud de los trabajadores en el sector de las construcciones. Para eso, se implantaron nuevas obligaciones documentales y de registro para las empresas interesadas en utilizar varias cadenas de subcontratación, con la intención de que la subcontratación en el sector sea lo más transparente posible.

Uno de los puntos más controvertidos y que fue objeto de debate, fue el artículo 4.4 de la Ley, el cual establece unos porcentajes de plantilla estables para las empresas intervinientes en la actividad constructiva. A este aspecto se opuso el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos a través de la enmienda número 16, por entender que establecer porcentajes de plantilla estables “supone un intervencionismo inadmisible y contrario a toda lógica mercantil”⁹⁹¹. Adicionalmente, en relación con este punto, el Grupo Parlamentario Popular en el Senado se opuso al considerar que la libertad de contratación, de esta forma está amenazada. Ante tales enmiendas, el texto aprobado en el Senado suprimió el citado artículo 4.4., sin embargo el Congreso rechazó tal redacción, manteniéndose la original que se conserva hasta hoy.

Una vez finalizados los trámites parlamentarios, se puede señalar que la nueva Ley presenta una naturaleza sectorial y carácter preventivo que impone límites y obligaciones a las empresas que pretendan intervenir en el proceso de contratación y subcontratación en el sector de la construcción.

El fenómeno de la subcontratación en este sector es cada vez más habitual en el mercado español, salvo en estos últimos años de crisis financiera. Consiste fundamentalmente, al igual que la subcontratación con carácter general, en el hecho de que una empresa de gran capacidad económica asume la ejecución de una obra y para su ejecución contrata con otras empresas menores o con trabajadores autónomos si fuera el caso, a fin de que estos desarrollen de manera más especializada ciertas partes de la obra, si bien la empresa principal sigue asumiendo la responsabilidad y la coordinación total de la infraestructura.

De esta manera, “a través de la cadena de subcontratación se trata de dar respuesta a las exigencias de flexibilidad de las obras, desarrollándose actividades altamente especializadas en las distintas fases que requiere y a las que se acomoda desde hace tiempo la propia actividad de la construcción”⁹⁹².

⁹⁹¹ http://www.senado.es/legis8/publicaciones/html/maestro/index_IIB014C.html p. 17

⁹⁹² GARCÍA BLASCO, J.G., “El nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas”, en

2.3 Protección de la seguridad y salud de los trabajadores

El derecho laboral ha evolucionado de forma importante en los últimos tiempos, de manera que algunos de sus conceptos e instituciones básicas han sufrido cambios destacables. Como ya dicho anteriormente, el proceso de descentralización productiva que, por una parte ha tenido puntos positivos, como, entre otros, la contribución, en su día, al aumento del empleo y el incentivo y fortalecimiento de las pequeñas empresas, entre otros, por otra también ha ocasionado consecuencias negativas, incluido el sector de la construcción civil, donde tal proceso generó un desorden en la situación socio-laboral de los trabajadores del sector. Lo que intenta la Ley 32/2006 es regular esta situación con el propósito de solucionar y mejorar las condiciones laborales de los trabajadores de la construcción civil⁹⁹³, experiencia que puede servir de modelo para alguna de las figuras empresariales anteriormente analizadas.

De acuerdo con la Exposición de motivos de la Ley, se trata de establecer “una mejor ordenación del régimen de subcontratación que garantice que la descentralización aporta una mayor eficiencia y especialización a la producción, eliminando aquellas subcontrataciones que son improductivas desde el punto de vista económico y, sobre todo, perjudiciales para la seguridad y salud de los trabajadores, obligando a las empresas a tener una organización productiva con medios propios, así como fomentar la estabilidad de las plantillas de trabajadores, su adecuada formación y especialización”⁹⁹⁴.

AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J.G., Dir., y VAL TENA, A. L., Coord.): *La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, Pamplona (Ed. Thomson Aranzadi), 2007, p.18.

⁹⁹³ CALVO GALLEGU, F. J., “La nueva Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción”, *TL*, núm. 87, 2006, p. 29.

⁹⁹⁴ TOSCANI JIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M., “Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto,” *AL*, núm.5, 2007, p. 2.

2.4 Disminución del alto nivel de siniestralidad laboral

Una de las causas principales que motivaron la promulgación de la Ley 32/2006 fue el alto nivel de siniestralidad laboral en el sector de la construcción civil, presentado en España, debido principalmente a los siguientes aspectos:

1) el sector de la construcción es el que más expone a sus trabajadores a sufrir daños corporales ya que el grado de riesgo asumido es superior al de otras profesiones o sectores productivos; 2) las sucesivas cadenas de subcontratación también aumentan los índices de siniestralidad laboral, ya que en muchos casos las empresas subcontratadas no pasan de meros autónomos económicamente dependientes, esto es, se trata de pequeñas o casi mínimas organizaciones empresariales, con muchas dificultades de organización, carentes tanto de poder directivo como de medios materiales y/o de formación preventiva; 3) la altísima tasa de temporalidad presente en el sector de la construcción, a lo que habría que añadir la poca experiencia o antigüedad de los trabajadores contratados, lo que provoca el aumento de la cantidad de accidentes, ya que estos contratos son de poca duración, por lo que una permanencia por más tiempo del mismo trabajador en la empresa puede influir en la reducción de los índices de siniestralidad, incluso aunque fuesen contratos por tiempo determinado; y, 4) la alta tasa de economía y empleo sumergido, pudiendo citar a modo de ejemplo, la contratación de un autónomo que no realiza directamente el trabajo para el cual fue contratado sino que a su vez contrata a otros trabajadores sin que exista entre ellos una relación laboral⁹⁹⁵.

Por otro lado, la subcontratación no debería ser una de las causas que aumente los índices de siniestralidad laboral en la construcción, todo lo contrario, la subcontratación debería ser “una opción que favoreciese la especialización y una mejor cualificación de los trabajadores. Sin embargo, estos beneficios no se están manifestando debido a la proliferación de pequeñas empresas que, con el auge que ha experimentado el sector en los últimos años, no cumplen con las normas sobre seguridad y salud laboral, careciendo de los medios materiales necesarios. Además los

⁹⁹⁵ CALVO GALLEGU, F. J., “La nueva Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción”, cit., p. 19 a 25.

trabajadores de estas pequeñas empresas no reciben la formación necesaria para la actividad que desarrollan ni la específica sobre los riesgos a los que están expuestos⁹⁹⁶.

Ante la situación descrita, la nueva Ley viene a regular el régimen jurídico de la subcontratación y busca establecer “una serie de garantías dirigidas a evitar que la falta de control en esta forma de organización productiva, ocasione situaciones objetivas de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores⁹⁹⁷ .

Las garantías o cautelas articuladas a tal fin están recogidas en la exposición de motivos de la Ley, y aparecen ordenadas en una triple dirección: “1) estableciendo el cumplimiento de determinadas condiciones para que las subcontrataciones que se efectúen a partir del tercer nivel de subcontratación respondan a causas objetivas, con el fin de prevenir prácticas que pudieran derivar en riesgos para la seguridad y salud en el trabajo; 2) exigiendo una serie de requisitos de calidad o solvencia a las empresas que vayan a actuar en este sector, y reforzando estas garantías en relación con la acreditación de la formación en prevención de riesgos laborales de sus recursos humanos, con la acreditación de la organización preventiva de la propia empresa y con la calidad del empleo precisando unas mínimas condiciones de estabilidad en el conjunto de la empresa; y, 3) introduciendo los adecuados mecanismos de transparencia en las obras de construcción, mediante determinados sistemas documentales y de reforzamiento de los mecanismos de participación de los trabajadores de las distintas empresas que intervienen en la obra⁹⁹⁸”.

⁹⁹⁶ TOSCANI JIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M., “Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto,” *AL*, núm.5, 2007, p. 3.

⁹⁹⁷ MERCADER UGUINA J. R. y NIETO ROJAS, P., “La Ley reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción,” *RL*, Tomo I, 2007, p. 815. En este mismo sentido GARCÍA BLASCO, J.G., “El nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas”, en AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J.G., Dir., y VAL TENA, A. L., Coord.): *La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, cit., p. 21.

⁹⁹⁸ Enumeradas a su vez por GARCÍA BLASCO, J.G., “El nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas”, en AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J.G., Dir., y VAL TENA, A. L., Coord.): *La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, cit., p. 21.

2.5 Aspectos positivos y negativos de la subcontratación

Según la Exposición de Motivos de la Ley, los puntos positivos se pueden resumir en los siguientes requisitos fundamentales: “permite en muchos casos «un mayor grado de «especialización », de «cualificación» de los trabajadores y una más frecuente utilización de «los medios técnicos que se emplean», lo que influye positivamente en «la inversión en una nueva tecnología»; igualmente se subraya que la misma facilita «la participación de las pequeñas y medianas empresas» en la actividad de la construcción, lo que contribuye a la creación de empleo, factores que redundan en una mayor eficiencia empresarial”⁹⁹⁹.

Los problemas que intenta solucionar la Ley 32/2006, de 18 de octubre, podrían reflejarse brevemente en los siguientes puntos: disminuir la alta tasa de siniestralidad laboral y con ello mejorar las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores; disminuir la tasa de temporalidad obligando a las empresas a que de manera gradual tengan un número mínimo de empleados fijos; conseguir que las empresas que participan de la cadena de la subcontratación sean entidades empresariales que puedan responder por sus actitudes, que posean un mínimo de organización directiva con suficiencia financiera y que garanticen a sus trabajadores las condiciones de seguridad y salud en el trabajo; abolir del sector empresas vacías que son meros caparzones sin contenido y que no tienen trabajadores legalmente contratados con la intención de que desaparezca, o disminuya, la economía sumergida y la contratación ilegal de extranjeros.

Bien es cierto que las soluciones no resultan nada fáciles, pues la organización dentro de una obra es un aspecto complejo, existe un gran número de personas trabajando, y por eso hace necesario la implantación de mecanismos de control para que sean aplicadas las reglas de seguridad y salud en el trabajo. Imaginemos que para cada sector de la obra existe una empresa responsable por su cumplimiento, ella también será responsable por la total organización y fiscalización de los trabajadores por supuesto, es por eso y por otros motivos que cada empresa subcontratada debe poseer un mínimo de requisitos para poder participar en la obra y poder responder por sus actos así como por

⁹⁹⁹ MERCADER UGUINA, J. R. y NIETO ROJAS, P., “La Ley reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción,” cit., p. 818.

los actos de sus empleados. De la misma manera se exige que cada empresa subcontratada tenga su representante por parte de los trabajadores. Una cosa está ligada a la otra.

En suma, las ventajas de la subcontratación son muchas pero los problemas ocasionados por ella superan las primeras, pues la inexistencia de un control y regulación adecuadas en el sector afectó “en el ámbito de lo social, a la estabilidad en el empleo, a la calificación profesional, a la prevención de riesgos laborales, a las demás condiciones laborales y a los derechos de la Seguridad Social”¹⁰⁰⁰, mejorando tales aspectos.

De otro lado, está el exceso de las cadenas de subcontratación, produciéndose en numerosas ocasiones la participación de empresas que no poseen una estructura organizativa mínima, lo que provoca el fortalecimiento del trabajo sumergido y la no observancia y cumplimiento de las normas de seguridad y salud de los trabajadores¹⁰⁰¹.

La subcontratación produce un abaratamiento de la mano de obra, incurriendo en una reducción de los costes fijos, de equipos, de personal y de gestión, lo que redonda en un aumento de la precariedad en el sector de la construcción civil, incidiendo de forma notable en el incremento de los altos índices de siniestralidad laboral, sobre todo en el de mortalidad, siendo éste uno de los puntos más negativos de la subcontratación.

Además del incremento del trabajo sumergido hay otro gran escollo del cual se hace eco la doctrina y la jurisprudencia, cual es la utilización de la subcontratación como “huida fraudulenta de las obligaciones laborales y de Seguridad Social”¹⁰⁰².

El fenómeno de la subcontratación es una figura contractual y organizativa de la producción consagrado como un derecho constitucional al que pueden recurrir las mercantiles españolas. Sin embargo, en numerosas ocasiones el sentido de la norma ha sido desvirtuado, siendo objeto de una utilización abusiva y en muchos casos fraudulenta, por lo que es necesario, en aras de mitigar sus efectos negativos, restringir mediante regulación legal su utilización en unos casos tasados y cumpliendo determinadas circunstancias, con el objeto de que en un futuro próximo la

¹⁰⁰⁰ TERÁN HERNÁNDEZ, J. M. S., “La derivación de responsabilidad por deudas a la seguridad social en la subcontratación del sector de la construcción.” *Revista del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 295, 2007, p. 5.

¹⁰⁰¹ MERCADER UGUINA J. R. y NIETO ROJAS, P., “La Ley reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción,” cit., p. 819.

¹⁰⁰² TERÁN HERNÁNDEZ, J. M. S., “La derivación de responsabilidad por deudas a la seguridad social en la subcontratación del sector de la construcción”, cit., p. 6.

subcontratación pueda ser utilizada de manera que tan sólo afloren sus numerosos beneficios socio-económicos, y se reduzcan en gran medida las consecuencias que su uso inapropiado ha provocado en los últimos años.

Como se ha repetido hasta la saciedad, la construcción es el sector que más empleo ha producido hace unos años, tanto directo como indirecto, pero también es el que ha ostentado los índices más altos de siniestralidad laboral.

Cuando se promulgó la ley aquí analizada, la mayoría de los trabajadores que prestan sus servicios en el sector de la construcción son trabajadores temporales, prácticamente duplicando el número de trabajadores fijos, lo que influye en los accidentes de trabajo, que “son causados en gran parte por la excesiva subcontratación y su secuela de la temporalidad en los contratos de trabajo”¹⁰⁰³.

Todo lo comentado anteriormente, en especial todo lo referente al uso abusivo de la subcontratación, constituye los pilares que justifican la intervención normativa en esta materia, que debe ser tratada con la mayor seriedad, ya que el bien protegido no es otro que la vida de un gran número de trabajadores que desarrollan su actividad en el ramo de la construcción civil, y que a su vez ocasiona, con cada siniestro producido, un importante coste económico añadido al sector empresarial.

2.6 Ámbito de aplicación

Tanto la Ley 32/2006, como el reglamento que la desarrolla, van dirigidos a formalizar diversos contratos de subcontratación en el sector de la construcción civil, cuyas actividades son desarrolladas directamente en las obras de construcción. Entre estas actividades, se destacan los “trabajos de excavación; movimiento de tierras; construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajador de pintura y limpieza; o saneamiento”¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰³ TERÁN HERNÁNDEZ, J. M. S., “La derivación de responsabilidad por deudas a la seguridad social en la subcontratación del sector de la construcción”, cit., p. 5.

¹⁰⁰⁴ Art. 2 Ley 32/2006 y art. 2 Real Decreto 1109/2007.

2.6.1 Obras de construcción

El uso más habitual del término construcción se refiere al arte o técnica de fabricar edificios e infraestructuras, como casas, rascacielos, puentes, presas, caminos e incluso barcos. En un sentido más amplio se denomina construcción a todo aquello que exige, antes de hacerse, tener o disponer de un proyecto o plan predeterminado, o que se hace uniendo diversos componentes según un orden determinado.

Adicionalmente, la Ley 32/2006 define en su artículo 3º la “obra de construcción” u “obra” como “cualquier obra, pública o privada, en la que se efectúen trabajos de construcción o de ingeniería civil”¹⁰⁰⁵, mientras que para la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, y a los efectos del Real Decreto 1627/1997, se trata del “lugar donde se desarrolla con carácter temporal cualquiera de las actividades señaladas en su anexo 1 o de las relacionadas en la sección F (apartados 51 a 43) de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas CNAE/2009 (Real Decreto 475/2007, de 13 de abril) siempre que las mismas estén referidas a trabajos intrínsecamente asociados a actividades de construcción (edificación e ingeniería civil) y se ejecuten con tecnologías propias de este tipo de industrias”¹⁰⁰⁶.

Así, se considerará obra de construcción las actividades descritas en el artículo 2º, ya anteriormente tratadas, que son ejecutadas en el medio rural o urbano siempre que se utilicen técnicas y maquinaria del sector para ejecutarlas. Es decir, para explicar en qué consisten las obras de construcción se debe tener en cuenta lo ya indicado referente a los trabajos de construcción.

En suma, una definición válida de construcción sería “cualquier obra pública o privada, en la que se efectúen trabajos de construcción o ingeniería civil, lo que contribuye a identificar el propio ámbito de aplicación del artículo 2º”¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁵ Art. 3, a) de la Ley 32/2006.

¹⁰⁰⁶ Guía técnico para la evaluación de prevención de los riesgos relativos a las obras de construcción http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Normativa/GuiasTecnicas/Ficheros/g_obras.pdf y en este mismo sentido ver MERCADER UGUINA, J. R., “Objeto, Ámbito de Aplicación y Definiciones en la Ley de Subcontratación en el Sector de la Construcción”, en: AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *La Nueva Ley Reguladora de la Subcontratación en la Construcción*, cit., p. 27.

¹⁰⁰⁷ GARCÍA BLASCO, J.G., “El nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas”, en: AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J.G., Dir., y VAL TENA, A. L., Coord.): *La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, cit., p. 27.

A su vez, por construcción civil se entiende las obras en viviendas, las referentes a proyectos de ingeniería civil, obras con finalidad comercial, no residencial y subsectores, pero este tema será tratado con más detenimiento en el capítulo III, en la definición de obra de construcción. El concepto de obra civil también puede ser definido como el conjunto de actividades en las cuales se modifica parcialmente o totalmente la parte interna o externa de una edificación.

Sin embargo, no son consideradas obras de construcción las actividades de construcción naval y aeronáutica, por las diferencias existentes entre las técnicas utilizadas en ellas, a pesar de que su objeto sea muy similar a la definición dada para las obras de construcción. Este tipo de obras no se encuentran incluidas en el ámbito de aplicación de la LSSC¹⁰⁰⁸.

2.6.2 Obras privadas

La Ley 32/2006 se aplica al sector de la construcción civil, en los casos específicos de la subcontratación. Este nuevo cuerpo normativo afecta a las obras que se iniciaran después de su entrada en vigor, es decir, esta Ley se aplica a las obras de construcción que se hayan comenzado a partir del 19 de abril de 2007.

Dentro de una obra hay una gran variedad de actividades distintas; es algo más complejo que poner paredes en un piso, ya que la conclusión de la misma consiste en ejecutarla y concluirla según las instrucciones del cliente o las características y calidades comprometidas. Por lo tanto, cuanto mayor sea el grado de especialización de la mano de obra empleada, el resultado final será más satisfactorio.

El ámbito objetivo de la LSSC no se refiere a los actos constructivos en sí, sino a las relaciones jurídicas que se producen entre cada una de las sociedades o profesionales intervinientes en las diferentes cadenas de subcontratación que pueden llegar a componerla. Quedan por tanto excluidos de su ámbito de aplicación, cualquier otro tipo de contratos mercantiles o laborales necesarios para el buen fin de la actividad constructiva. Así que, existiendo subcontratación en una obra de construcción civil las

¹⁰⁰⁸ SÁNCHEZ ARENA, M.A., *Seguridad y salud en las obras de construcción*, Madrid (Ed. La Ley), 2001. p. 75.

normas dispuestas en la LSSC tendrán que ser exigidas y cumplidas por las diferentes personas físicas y jurídicas intervinientes en el proceso de subcontratación.

La LSSC en su artículo 2º establece una delimitación de actividades a las que será de aplicación la presente Ley, o sea, expresamente relaciona las actividades que pueden ser objeto de un contrato de subcontratación en los distintos niveles. Esas actividades son parte de un listado muy amplio, pero exhaustivo, y son parte del sector productivo de la construcción, estando sistematizadas en la CNAE dentro del título F., a saber: “Excavación, movimiento de tierras; construcción, montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamiento o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; saneamiento”¹⁰⁰⁹.

Hay que destacar que estas actividades deben ser ejecutadas en una obra de construcción o ingeniería civil, es decir, la LSSC sólo se aplica a contratos de subcontratación que tengan por objeto la ejecución de algunos de los trabajos mencionados anteriormente, los cuales deben ser ejecutados en una obra de construcción o ingeniería civil.

Otras actividades como las de gestión administrativa, control y vigilancia de instalaciones o los servicios de mantenimiento quedan excluidas expresamente del ámbito objetivo de aplicación de la LSSC, así como las actividades realizadas fuera del escenario de la obra de construcción¹⁰¹⁰.

Concierne aclarar también que queda al margen del cumplimiento de esta Ley, al menos en principio, el mero promotor, salvo que “desarrolle directamente, esto es, con medios humanos y materiales propios, la totalidad o parte de una obra que parcialmente es contratada o subcontrata, en cuyo caso pasará, sin perder su condición de promotor, a asumir las cargas y obligaciones del contratista”¹⁰¹¹.

El artículo 3 apartado 2 del V Convenio Colectivo de la Construcción, de 1 de enero de 2012 (BOE núm. 64 de 15 de marzo de 2012), se remite al anexo I donde se hace una amplia enumeración de actividades: “a) las dedicadas a la Construcción y

¹⁰⁰⁹ Art. 2 de la LSSC 32/2006, de 18 de octubre.

¹⁰¹⁰ GARCÍA BLASCO, J.G., “El nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas”, en AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J.G., Dir., y VAL TENA, A. L., Coord.): *La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, cit., p. 24.

¹⁰¹¹ CALVO GALLEGU, F. J., “La nueva Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción”, cit., p. 32.

Obras Públicas, comprendiendo: - albañilería; hormigón; pintura para decoración y empapelado; carpintería de armar; embaldosado y solado; empedrado y adoquinado; escultura, decoración y escayola; estucado y revocado; piedra y mármol, incluyéndose las fábricas y talleres de sierra y labra, tanto mecánica como manual; portlandistas de obra; pocería; canteras, graveras, areneras y la explotación y manufactura de tierras industriales, bien explotadas a cielo abierto, galerías o minas y vetas explotadas para uso propio por las empresas dedicadas principalmente a la construcción y obras públicas en general, aunque la producción no se absorba totalmente por las mismas; canteras, graveras y areneras, cuya materia se destine a construcción y obras públicas y no sean explotadas directamente por empresas constructoras; los trabajos que se realicen en los puertos, en tierra firme, muelles y espigones; fabricación de elementos auxiliares y materiales de la construcción para su exclusiva o preferente utilización y consumo, absorbiéndose en las propias obras toda o la mayor parte de dicha producción; Regeneración de playas; movimiento de tierras; carpintería utilizada por las empresas de la construcción, bien sea en las obras o en sus talleres; sin embargo, no será de aplicación este Convenio a aquellos talleres de carpintería que aun trabajando con elementos para la construcción no pertenezcan a empresas de este ramo; colocación de artículos de piedra artificial, pulimentada o sin pulimentar, así como su fabricación a pie de obra para la utilización exclusiva de la misma; colocación de aislantes en obras, como actividad principal; abastecimiento y saneamiento de aguas, colocación de tuberías y elementos accesorios de las mismas; apertura y cierre de zanjas y sus reparaciones, incluyendo las que se realizan para cualquier clase de instalaciones de suministros, tales como gas, teléfono, electricidad, etc., cuando sea empleado, principalmente, personal de construcción y obras públicas; la confección de cañizos y cielos rasos; las empresas inmobiliarias, incluidas las cooperativas de viviendas; las empresas dedicadas al estudio, planeamiento y construcción de obras públicas y particulares (carreteras, viaductos, túneles, autopistas, pasos elevados) o simplemente a la realización de las obras indicadas; la promoción o ejecución de urbanizaciones; la promoción de la edificación de inmuebles de cualquier género; empresas dedicadas a cimentaciones y las que realicen sondeos para la construcción principalmente; empresas cuya actividad principal consista en el alquiler de maquinaria y equipo para la construcción, con el personal para su manejo; empresas de rehabilitación,

mantenimiento y demolición y derribos de obras; talleres de fabricación de ferralla, cuyo destino principal sea para la Construcción; los trabajos verticales de construcción, rehabilitación, reparación y pintura; gestión de residuos en obra; las de control de calidad para la construcción y obras públicas; b) la conservación y mantenimiento de autopistas, autovías, carreteras y vías férreas; c) canteras, areneras, graveras y la explotación de tierras industriales. Son aplicables a las relaciones de trabajo en las empresas dedicadas a la explotación de canteras, graveras y areneras, para la obtención de piedra para la construcción y tierras silíceas refractarias y demás industriales, bien explotadas a cielo abierto, galerías o minas que no se exploten como industria auxiliar de otra principal que se halle reglamentada. Se exceptúan los trabajos de las empresas explotadoras de tierras industriales que vengan regulándose por la Reglamentación Nacional de Trabajo en las Minas de Fosfatos, Azufre, Potasa, Talco y demás explotaciones mineras no comprendidas en otra Reglamentación; d) embarcaciones, artefactos flotantes y ferrocarriles auxiliares de obras y puertos. Se aplican al personal de embarcaciones, artefactos flotantes y explotaciones de ferrocarriles auxiliares de las obras de puertos y, en general, a todos aquellos trabajadores empleados en la construcción o reparación de los mismos, así como las ampliaciones, modificaciones y excepciones que se establezcan para este grupo siempre y cuando el trabajo del mismo se efectúe de manera exclusiva para la construcción y reparación de los puertos; e) el Comercio de construcción mayoritario y exclusivista”¹⁰¹².

El ámbito de aplicación de la LSSC se limita al primer grupo de actividades descritas en el ámbito funcional del Convenio General de la Construcción, más precisamente a las actividades denominadas de construcción y obras públicas, es decir, “se circunscribe solo a las obras de construcción y, concretamente, a los trabajos específicos que se realizan en ellas en régimen de subcontratación”¹⁰¹³.

Tras una primera aproximación en el ámbito objetivo de esta ley, procede añadir que son tres los requisitos para la aplicación del conjunto de normas que componen el cuerpo normativo de la misma: “1º la presencia de un contrato que se celebre en régimen de subcontratación; 2º que este contrato se celebre para la realización de una

¹⁰¹² <http://www.boe.es/boe/dias/2012/03/15/pdfs/BOE-A-2012-3725.pdf>

¹⁰¹³ LANZADERA ARENCIBIA, E., “La limitación de la subcontratación en el sector de la construcción (Comentario sobre la Ley 32/2006)”, *Revista Trabajo y Seguridad Social*, núm. 288, 2007, p.50.

serie de trabajos especificados en el artículo 2 LSSC; y 3º que dichas tareas sean realizadas en obras de construcción”¹⁰¹⁴.

La enumeración de las actividades a las que se circunscribe la LSSC, recogido en el artículo 2º de la Ley, coincide con la relación de actividades del anexo II del Real Decreto 1627/1997, el cual establece disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, sin embargo, la enumeración existente en dicho Real Decreto no es exhaustiva mientras que en el artículo 2, como ya hemos dicho anteriormente, se efectúa una descripción tasada, que establece “de forma precisa y cerrada la relación de actividades que realizadas en las obras de construcción, conforman el ámbito funcional de esta Ley”¹⁰¹⁵.

Antes de finalizar el análisis del ámbito de aplicación de la presente Ley, resta por reseñar que las disposiciones normativas de la misma deben ser aplicadas a todas las empresas participantes en el proceso de subcontratación en las obras de construcción o ingeniería civil que pertenezcan o no a dicho sector, y que estén o no, bajo el régimen convencional del Convenio General del Sector de la Construcción. La razón de tal precisión resulta obvia: hay una correspondencia entre la Ley 32/2006 y el Convenio General del Sector de la Construcción de manera que la relación de actividades establecidas por el anexo I de dicho convenio contiene las mismas actividades enumeradas en el artículo 2º de la Ley siendo todavía más amplia que esta última, como se ha visto anteriormente.

Es decir, aunque la empresa, por la naturaleza de su actividad empresarial, esté encuadrada en otro sector productivo y no le sea de aplicación el convenio colectivo de construcción, si realiza alguna de las actividades de construcción o de ingeniería civil previstas en el artículo 2, será aplicada la LSSC¹⁰¹⁶.

¹⁰¹⁴ CALVO GALLEGO, F. J., “La nueva Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción”, cit., p. 30.

¹⁰¹⁵ MERCADER UGUINA, J. R., “Objeto, Ámbito de Aplicación y Definiciones en la Ley de Subcontratación en el Sector de la Construcción”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *La Nueva Ley Reguladora de la Subcontratación en la Construcción*, cit., p. 28.

¹⁰¹⁶ MERCADER UGUINA, J. R., “Objeto, Ámbito de Aplicación y Definiciones en la Ley de Subcontratación en el Sector de la Construcción”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *La Nueva Ley Reguladora de la Subcontratación en la Construcción*, cit., p. 30. En esta dirección, SÁNCHEZ ARENA, M.A., “Análisis de la Ley reguladora de la subcontratación en la construcción”, *Justicia Laboral*, núm. 29, 2007; también MERINO SEGOVIA, A., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Subcontratación en la Construcción*, Albacete (Ed. Bomarzo), 2006, que califica este aspecto como “de especial trascendencia para las empresas multiservicios”.

Por lo tanto, la conclusión que se obtiene sobre en qué situaciones procederá aplicar las normas establecidas por la Ley 32/2006 es que estarán incluidas en el régimen de esta Ley, tanto las empresas sometidas al Convenio General del Sector de la Construcción como las que no estén, y en estos casos será aplicado el convenio que pertenezca al objeto social de la misma o ninguno en los casos de trabajadores autónomos. Lo que es relevante realmente es la actividad desarrollada, o sea, tendrá la empresa que realizar una de las actividades que están enumeradas en el artículo 2 de la Ley en una obra de construcción y no en otro sector siempre que contrate o subcontrate con otra(s) empresas. Esta idea se puede resumir de una manera más sencilla: “quien contrata (como contratista respecto de la empresa principal) o subcontrata (como subcontratista de la contrata o de otra subcontratista) con una empresa del sector de la construcción alguna de las actividades del artículo 2 de la Ley, se inserta, como empresa que también se dedica a la construcción en virtud del contrato (aunque normalmente pertenecerá al sector por sí misma), en el ámbito material de la Ley 32/2006”¹⁰¹⁷.

2.6.3 Obras públicas

La contratación pública es un ámbito que históricamente se ha caracterizado por la existencia de un alto grado de subcontratación, que no solo se ha permitido sino que incluso ha sido alentado por las propias Administraciones Públicas, y por las sucesivas legislaciones de Contratos del Sector Público, ya que “la complejidad misma de los contratos administrativos suscritos por las Administraciones Públicas justifica admitir que el adjudicatario de dichos contratos pueda subcontratar parte de las prestaciones a las que se haya obligado con la Administración, e incluso se ha llegado a afirmar que, en ocasiones, puede ser la propia Administración quien prefiera que el contratista acuda

¹⁰¹⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para procesos de externalización productiva en el sector de la construcción”, en: AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, Valladolid (Ed. Lex Nova S.A.), 2008, p.58.

a utilizar esta institución”¹⁰¹⁸. La Administración Pública incentiva y en muchos casos prefiere subcontratar a terceros, que con su alto grado de especialización colaboran en la ejecución de grandes obras públicas, sin marginar la posibilidad que ofrece a las pequeñas empresas de participar del proceso.

Ahora bien, las exigencias de solvencia económica y técnica a la hora de las licitaciones, hacen que las pequeñas y medianas empresas tengan una participación mínima. Por otro lado, las grandes empresas contratistas de la Administración Pública, a partir de los años ochenta, después del gran avance de la subcontratación, redujeron su plantilla de personal, y pasaron a contratar con terceras la ejecución de la obra pública, actuando simplemente de intermediarios entre la Administración Pública y los subcontratados. Al fin y al cabo, son las medianas y pequeñas empresas quienes actúan y ejecutan las obras públicas, contribuyendo a la financiación de las grandes empresas que son normalmente las adjudicatarias iniciales de los contratos administrativos¹⁰¹⁹

El 14 de noviembre de 2011 entró en vigor el Real Decreto 3/2011, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP). Este Real Decreto ha sustituido la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP). La nueva normativa responde a la necesidad de incorporar al ordenamiento español la Directiva 2004/18/CE e introduce numerosas mejoras y novedades como la nueva figura del contrato de colaboración entre el sector público y privado.

Por lo que aquí interesa, las novedades más destacadas introducidas por el TRLCSPP en materia de subcontratación son los requisitos exigidos para poder subcontratar:

“1) Si así se prevé en los pliegos o en el anuncio de licitación, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de

¹⁰¹⁸ TOLOSA TRIBIÑO, C., “La subcontratación en la Ley de contratos de las Administraciones Públicas”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, Valladolid (Ed. Lex Nova S. A.), 2008, p. 110.

¹⁰¹⁹ TOLOSA TRIBIÑO, C., “La subcontratación en la Ley de contratos de las Administraciones Públicas”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, cit., pp. 110 y 111.

solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización;

2) en todo caso, el adjudicatario deberá comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia. En el caso que el subcontratista tuviera la clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación, la comunicación de esta circunstancia eximirá al contratista de la necesidad de justificar la aptitud de aquél. La acreditación de la aptitud del subcontratista podrá realizarse inmediatamente después de la celebración del subcontrato si ésta es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente;

3) si los pliegos o el anuncio de licitación hubiesen impuesto a los licitadores la obligación de comunicar las circunstancias señaladas en la letra a), los subcontratos que no se ajusten a lo indicado en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la misma o por referirse a partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta que transcurran veinte días desde que se hubiese cursado la notificación y aportado las justificaciones a que se refiere la letra b), salvo que con anterioridad hubiesen sido autorizados expresamente, siempre que la Administración no hubiese notificado dentro de este plazo su oposición a los mismos. Este régimen será igualmente aplicable si los subcontratistas hubiesen sido identificados en la oferta mediante la descripción de su perfil profesional. Bajo la responsabilidad del contratista, los subcontratos podrán concluirse sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de veinte días si su celebración es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente;

4) en los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación; y,

5) las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 % del importe de adjudicación”¹⁰²⁰.

Según el artículo 6 de la nueva Ley, “son contratos de obras aquéllos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante. Además de estas prestaciones, el contrato podrá comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto”. Y por obra, de acuerdo con el mismo precepto se entenderá “el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble”.

El objeto de las construcciones públicas, según la sección F del Anexo I de la TRLCSP, son: 1) las construcciones de obras nuevas, obras de restauración y reparación corrientes; 2) la preparación de obras que puede ser la demolición y derribo de edificios y otras estructuras, la limpieza de escombros, los trabajos de movimiento de tierras: excavación, rellenado y nivelación de emplazamientos de obras, excavación de zanjas, despeje de rocas, voladuras, etc., la preparación de explotaciones mineras: obras subterráneas, despeje de montera y otras actividades de preparación de minas. Esta clase comprende también: el drenaje de emplazamientos de obras, el drenaje de terrenos agrícolas y forestales; 3) perforaciones y sondeos, que comprende las perforaciones, sondeos y muestreos con fines de construcción, geofísicos, geológicos u otros. Esta clase no comprende: la perforación de pozos de producción de petróleo y gas natural, la perforación de pozos hidráulicos, la excavación de pozos de minas, la prospección de yacimientos de petróleo y gas natural y los estudios geofísicos, geológicos o sísmicos; 4) construcción general de inmuebles y obras de ingeniería civil; 5) construcción general de edificios y obras singulares de ingeniería civil que pueden ser la construcción de todo tipo de edificios, la construcción de obras de ingeniería civil: puentes (incluidos los de carreteras elevadas), viaductos, túneles y pasos subterráneos, redes de energía,

¹⁰²⁰ Art. 227 de Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

comunicación y conducción de larga distancia, instalaciones urbanas de tuberías, redes de energía y de comunicaciones, obras urbanas anejas al montaje in situ de construcciones prefabricadas. Esta clase no comprende: los servicios relacionados con la extracción de gas y de petróleo, el montaje de construcciones prefabricadas completas a partir de piezas de producción propia que no sean de hormigón, la construcción de equipamientos de estadios, piscinas, gimnasios, pistas de tenis, campos de golf y otras instalaciones deportivas, excluidos sus edificios, las instalaciones de edificios y obras, las actividades de arquitectura e ingeniería, la dirección de obras de construcción; 6) construcción de cubiertas y estructuras de cerramiento; 7) construcción de autopistas, carreteras, campos de aterrizaje, vías férreas y centros deportivos; 8) obras hidráulicas; 9) obras construcciones especializadas; 10) instalación de edificios y obras; 11) instalación eléctrica; 12) aislamiento térmico, acústico y antivibratorio; 13) fontanería; 14) obras instalaciones de edificios y obras; 15) acabado de edificios y obras; 16) instalaciones de carpintería; 17) revocamiento; 18) instalaciones de carpintería; 19) revestimiento de suelos y paredes; 20) pintura y acristalamiento; 21) otros acabados de edificios y obras; 22) alquiler de equipo de construcción o demolición dotado de operario y 23) alquiler de equipo de construcción o demolición dotado de operario¹⁰²¹.

La regla general adoptada en materia de subcontratación por el TRLCSP es de total libertad en el uso de dicha figura contractual, ya que no hay obstáculos legales que impidan al contratista concertar con terceros la realización parcial de la prestación, desde que respete el límite impuesto.

El artículo 227.1 del TRLCSP señala que “el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario”.

Sin embargo, como toda regla general, presenta excepciones en aquellos casos en que el pliego o el contrato excluyan la subcontratación; y en los contratos que, por su naturaleza o condiciones, tengan carácter personalísimo, es decir “*intuitu personae*”, y deban ser ejecutados directamente por el adjudicatario.

A pesar de ello “el adjudicatario o contratista principal sigue siendo el único responsable ante la Administración de la ejecución de la totalidad de las prestaciones

¹⁰²¹ Para más detalle consultar el Anexo I del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

contractuales. Los subcontratistas no asumen obligaciones frente a la Administración, y sólo quedan obligados frente al contratista principal. Aunque la Administración tenga pleno conocimiento de la celebración de subcontratos, no se altera la responsabilidad exclusiva del contratista principal o adjudicatario”¹⁰²². Así, en el mismo sentido, “partiendo de la base de que en la subcontratación no se produce la sustitución jurídica del contratista, sino que se trata únicamente de una sustitución material parcial, los subcontratistas sólo quedarán obligados frente al contratista principal, y éste asumirá la responsabilidad de la total ejecución de la frente a la Administración”¹⁰²³. De esta manera, se puede decir que la doctrina judicial reconoce expresamente, tras analizar la normativa aplicable, cómo “de los preceptos transcritos se deduce por un lado, la exigencia de ciertos requisitos formales y de otro, una desvinculación de las Administraciones Públicas de los efectos de la subcontratación, dado que expresamente se contempla la obligación del subcontratista frente al contratista principal, con exclusión de la Administración Pública”¹⁰²⁴.

En cuanto a los trabajos que pueden ser objeto de subcontratación, será el pliego de cláusulas administrativas particulares de cada contrato el que deba fijar el porcentaje máximo de prestaciones que se puede subcontratar. Si el pliego no establece ese porcentaje, se aplica supletoriamente el límite establecido por el propio TRLCSP; es decir, el adjudicatario puede subcontratar un porcentaje que no exceda del 60 por ciento del importe de adjudicación. Hay que destacar que para calcular ese porcentaje no se tienen en cuenta los subcontratos celebrados con empresas vinculadas al adjudicatario¹⁰²⁵.

Se puede dar la circunstancia de que el órgano de contratación pueda imponer al adjudicatario la obligación de subcontratar algunas prestaciones con terceros que no estén vinculados con él. Ahora bien, para ello “es necesario que se trate de prestaciones que tengan sustantividad propia dentro del conjunto de las que son objeto del contrato principal, de forma tal que sean susceptibles de ejecución separada, al tener que ser

¹⁰²² BLANQUER CRIADO, D., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 2007, p. 2.

¹⁰²³ TOLOSA TRIBIÑO, C., “La subcontratación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, cit., p. 124.

¹⁰²⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de junio de 2005.

¹⁰²⁵ Entendiendo por empresas vinculadas aquellas que se encuentran dentro de la definición dada por el art. 42 del Código de Comercio.

realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional, o por poder atribuirse su ejecución a empresas con una clasificación adecuada para su realización”¹⁰²⁶. En todo caso, esas prestaciones de subcontratación obligatoria no pueden exceder en su conjunto del 30 por ciento del importe del presupuesto del contrato.

Es importante destacar que en caso de imponerse la subcontratación como condición esencial de la contratación pública, su incumplimiento por parte del adjudicatario es causa suficiente para la resolución del contrato, o fundamento adecuado para la imposición de penalidades¹⁰²⁷.

En cuanto a los requisitos formales que deben cumplirse para subcontratar, en el marco del anterior cuerpo normativo¹⁰²⁸, bastaba con que la Administración tuviera conocimiento de la existencia de la subcontratación; mientras que el TRLCSP exige además que el contratista principal justifique convenientemente la aptitud del subcontratista para realizar adecuadamente la concreta prestación que se le proyecta encomendar. Es decir, “ahora ya no basta con acreditar la solvencia técnica o profesional del contratista principal, sino que también hay que aportar esa acreditación respecto al subcontratista”¹⁰²⁹.

La Administración debe estar informada de la subcontratación. A tal efecto se establecen dos fórmulas, por un lado el anticipo de tal información por del licitador en el momento de la presentación de la oferta; y el suministro de esa información después de la adjudicación y antes de subcontratar una parte de las labores constructivas que sean objeto del contrato.

El propio pliego o el anuncio de licitación pueden obligar a que los licitadores indiquen en su oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar. En ese supuesto, los licitadores que en caso de resultar adjudicatarios pretendan subcontratar una parte de las prestaciones, deben señalar el importe de la subcontrata, así como el nombre o el perfil del empresario subcontratista, por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica. Si finalmente el adjudicatario tuviera intención de subcontratar sin ajustarse a lo indicado en su oferta, deberá comunicarlo a la

¹⁰²⁶ BLANQUER CRIADO, D., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 2.

¹⁰²⁷ Art. 227 TRLCSP

¹⁰²⁸ TRLCAP/2000

¹⁰²⁹ BLANQUER CRIADO, D., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 3.

Administración, y si ésta no se opone en el plazo de 20 días, podrá celebrar los subcontratos.

Sin embargo, se puede dar otro supuesto en el que la fórmula de suministrar información es más elástica, en contraposición a lo indicado en el párrafo anterior, pues la obligación de suministrar información es exigible después de la adjudicación del contrato pero en todo caso antes de subcontratar. En la fase de cumplimiento de sus obligaciones, el adjudicatario debe comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración su intención de subcontratar. En el escrito de comunicación debe identificar la parte de prestación que va a subcontratar, y la identidad del subcontratista, así como la justificación de su aptitud para ejecutarla; bien acreditando que tiene la clasificación adecuada, bien por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y su experiencia.

Además de la obligación de informar a la Administración, hay que tener en cuenta que el contratista principal o adjudicatario también debe informar de la subcontratación a los representantes de sus trabajadores¹⁰³⁰.

La consecuencia o efecto jurídico de la infracción de los requisitos cuantitativos del porcentaje máximo de subcontratación, de los requisitos formales de información, o los de acreditación de la aptitud del subcontratista, es la imposición al adjudicatario de una penalidad de hasta el 50 por ciento del subcontrato.

La relación entre el TRLCSP y la LSSC supone que esta última engloba dentro de su ámbito de aplicación la subcontratación en las obras de construcción pública, ya que, no constando expresamente en la relación contractual una cláusula restrictiva que prohíba cualquier tipo a la subcontratación, ésta es admitida por la LSSC, pero teniendo en cuenta que esta subcontratación sólo podrá alcanzar el 50% del importe de la adjudicación como ya hemos comentado anteriormente¹⁰³¹.

En definitiva, se deben aplicar de forma imperativa los preceptos dispuestos en la LSSC, cuando la Administración Pública contrata la ejecución de una obra pública y el contratista principal cede parte de la realización de la obra a otras empresas intervinientes, es decir, siempre que el contratista principal subcontrate a otras empresas

¹⁰³⁰ Art. 210.6 de la LCSP.

¹⁰³¹ GARCÍA BLASCO, J.G., “El nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas”, en AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J.G. y VAL TENA, A. L., Dir. y Coord.): *La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, cit., p. 25.

para la realización de los trabajos enumerados en el artículo 2 de la mencionada Ley, nada impide que puedan aplicarse de forma simultánea a dicha Ley las normas previstas en el texto refundido LCSP.

2.7 Definición de los agentes que intervienen en el proceso constructivo

El artículo 3 de la LSSC establece las definiciones de los agentes que intervienen en el proceso de subcontratación en una obra de construcción, con el fin de determinar sobre qué sujetos recaen ciertos efectos y consecuencias jurídicas.

Los agentes son personas físicas o jurídicas que están directamente ligadas a las obras de construcción realizadas en régimen de subcontratación. Son aquellos que ejecutan el proyecto y que a su vez soportan las responsabilidades administrativa, jurídica, comercial, personal, etc., derivadas del mismo. Cada uno mantiene su puesto y sus respectivas responsabilidades dentro de la obra.

Mediante el establecimiento de una definición clara y concreta de los sujetos que participan del proceso productivo del sector, el legislador pretendió evitar cualquier tipo de ambigüedades en la interpretación que pudieran suscitarse en el futuro, clarificando, ampliando o restringiendo el sentido literal de sus palabras.

La mayoría de los conceptos tratados en este capítulo son los mismos ya definidos anteriormente en el Real Decreto 1627/1997 de 24 de octubre, tales como: promotor, director facultativo, coordinador en materia de seguridad y salud del trabajador, contratista o empresario principal, y trabajador autónomo, siendo incorporado por la nueva Ley el concepto expreso de subcontratación y nivel de subcontratación como consecuencia de una ampliación de lo que se entiende por subcontratista. Por otra parte, es necesario saber en qué consisten otros conceptos como las UTE (Unión Temporal de Empresas) y el contrato fijo de obra que están directamente conectados con los primeros y que serán también tratados en este capítulo.

2.7.1 Promotor

El promotor es uno de los agentes de la edificación y pudiendo ser considerado como tal “cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título”¹⁰³².

Se trata, en suma, de la persona física o jurídica, “por cuenta de la cual se realice la obra”¹⁰³³, “que toma la iniciativa de promover viviendas para su venta. Por tanto, decide, programa y financia las obras de edificación. Los recursos financieros pueden ser propios o ajenos”¹⁰³⁴.

Así, promotor, dueño de la obra o propietario de la obra, es quien “encarga la realización de la misma, quien proyecta o concibe la construcción de un edificio o la realización de cualquier otra obra. Este primer sujeto es quien recibe al final la totalidad de la obra ya terminada. Y no tiene por qué tratarse necesariamente de un empresario en sentido propio, es decir, alguien que realiza una actividad productiva con sus propios medios y organización”¹⁰³⁵.

Entre las obligaciones establecidas en el artículo 9 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, están las de encargar el proyecto de edificación y suministrar a quien proyecta toda la información que prevea que sea necesaria. Cualquier modificación en el proyecto tiene que ser autorizado por el promotor, el cual debe ser titular del solar sobre el que se va a edificar, o tener derechos sobre él. El promotor también debe gestionar y obtener las licencias y autorizaciones necesarias para edificar y contratar la ejecución del proyecto, así como suscribir el acta de recepción de la obra.

¹⁰³² Art. 9º de la Ley de Ordenación de la Edificación de España núm. 38/1999 de 05 de noviembre.

¹⁰³³ Art. 3º, b de la Ley 32/2006.

¹⁰³⁴ MERCADER UGUINA, J. R., “Objeto, Ámbito de Aplicación y Definiciones en la Ley de Subcontratación en el Sector de la Construcción”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *La Nueva Ley Reguladora de la Subcontratación en la Construcción*, cit., p. 33.

¹⁰³⁵ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 336.

Colaborará en la ejecución de dicho proyecto el constructor, que debe firmar junto con el promotor el contrato de ejecución de la obra, el director de obra y el director de ejecución de obra, ambos como árbitros.

De tales consideraciones, se deduce con claridad que una de las obligaciones del promotor es “suscribir los seguros previstos en el artículo 19 y entregar al adquirente, en su caso, la documentación de obra ejecutada, o cualquier otro documento exigible por las Administraciones competentes”¹⁰³⁶.

Como ejemplos de la figura del promotor se pueden citar, entre otros, los siguientes: “las Administraciones Públicas que promuevan obra civil o edificación (Administración General del Estado, Administraciones autonómicas, Administración local e institucional). En este caso el promotor es la propia Administración que promueve la obra representada por el titular del órgano que tenga esas competencias; las empresas y particulares que promueven obras para su venta a terceros; las empresas que promueven obras para la construcción, ampliación o reforma de sus propias instalaciones, con independencia de que tales obras se realicen en sus oficinas o en sus centros fabriles; las fundaciones o instituciones de orden civil o religioso que promueven construcciones para sus propios fines; las comunidades de propietarios que promueven obras para la reparación, mantenimiento o mejora de sus inmuebles. En este caso el promotor es la propia comunidad de propietarios representada por su presidente; los particulares que promueven construcciones para uso propio. En este epígrafe está incluido el llamado régimen de "autoconstrucción", entendido como tal aquel en el que la construcción se lleva a cabo de forma directa y personal”¹⁰³⁷.

El promotor no está sometido a las limitaciones en la cadena descentralizadora, o sea, es el único de los sujetos que no tiene límites para contratar, por eso es lícito para el promotor contratar con cuantos contratistas, persona física o jurídica, le parezcan necesarios para la realización de su obra. Sin embargo, esta posibilidad produce ciertos efectos, como por ejemplo respecto al Libro de Subcontratación, el promotor tendrá las mismas obligaciones y responsabilidades establecidas para contratista cuando él “con medios humanos y materiales propios realice la totalidad o determinadas parte de la

¹⁰³⁶ Art. 9 de la Ley de Ordenación de la Edificación de España núm. 38/1999 de 05 de noviembre.

¹⁰³⁷ Art. 2.1.c) del desarrollo y comentarios al Real Decreto 1627/1997, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción. Real Decreto 1560/1992, de 18 de diciembre, BOE núm. 306, de 22 de diciembre. Disponible en: http://www.mtas.es/insht/practice/G_obras.htm

obra”, es decir, cuando él ejecute directamente con trabajadores de su propia plantilla o contrate con trabajadores autónomos, la realización de la obra o de determinados trabajos de la misma será entonces considerado contratista a los efectos del Real Decreto 1627/1999¹⁰³⁸.

Como con acierto se ha dicho, “en el fundamento de esta previsión se halla la necesidad de implicar al promotor (mediante su asimilación al contratista, auténtico responsable) en los casos en que posea una estructura organizativa que permita la ejecución de los trabajos de construcción”¹⁰³⁹. Dicho en otras palabras, cuando el promotor realice directamente, “con medios humanos y materiales propios, la totalidad o determinadas partes de la obra, tendrán también la consideración de «contratista»”¹⁰⁴⁰.

2.7.2 Director Facultativo

Director o dirección facultativa en los términos del Real Decreto 1627/1997 y de la Ley 32/2006 es “el técnico o técnicos competentes designados por el promotor, encargados de la dirección y del control de la ejecución de la obra”¹⁰⁴¹.

El Real Decreto 129/1985, de 23 de diciembre, en su artículo 3.1 explica con más detalles lo que es una dirección técnica de obras, esto es, la actividad que controla y ordena la ejecución de la edificación en sus aspectos técnicos, económicos y estéticos, coordinando, a tal efecto, las intervenciones de otros profesionales técnicos cuando concurren en la misma. Y sus funciones están descritas en el 3.2 del mismo Real Decreto: los técnicos directores de la obra tienen como función esencial velar por la adecuación de la edificación en construcción al proyecto y, a tal efecto, harán las comprobaciones oportunas del mismo, e impartirán al constructor las instrucciones precisas, suministrando gráficos, planos y cuantos datos sean necesarios para interpretar

¹⁰³⁸ Disposición adicional segunda del Reglamento 1109/2007 de 24 de agosto.

¹⁰³⁹ MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Régimen de Contratación y Subcontratación a la luz del art. 5 de la Ley 32/2006”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, Valladolid (Ed. Lex Nova S.A.), 2008, p. 93.

¹⁰⁴⁰ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 357.

¹⁰⁴¹ Art. 3, c) de la Ley 32/2006.

y llevar a la práctica las especificaciones de aquél. En consecuencia, tendrán obligación de asistir a la obra cuantas veces fuese necesario, de acuerdo con la naturaleza y complejidad de la misma.

Por su parte la Ley de Ordenación de la Edificación no establece un concepto de director facultativo, pero hace definiciones de lo que es un director de obra y un director de ejecución, los cuales forman parte de la dirección junto con el coordinador de seguridad y salud; así todos juntos garantizan la ejecución de la obra y su correcta realización atendiendo el objetivo pretendido.

El director de obra, o también llamado arquitecto, “se ocupa de los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, sirve para que el proyecto sea debidamente interpretado y las modificaciones que sean necesarias no traicionen su espíritu, al tiempo que armonizan siempre con los intereses del promotor y las exigencias reglamentarias”¹⁰⁴², y el director de la ejecución de la obra, el cualificado como arquitecto técnico, “se ocupa de que los productos tengan las características especificadas y de que los procedimientos de ejecución garanticen que las unidades de obra y trabajos realizados y documentar las operaciones de control que sean necesarias”¹⁰⁴³.

Se puede decir, pues, que la dirección facultativa o dirección de obra es el grupo de profesionales en quienes recae la responsabilidad de dirigir las obras de una construcción. Entre sus atribuciones, está la de supervisar la correcta ejecución de las obras según el proyecto arquitectónico y las buenas prácticas, así como controlar la calidad de los materiales y su correcta puesta en obra.

Durante la ejecución de la obra, la dirección facultativa o técnica tiene ante el constructor la máxima autoridad, y “estando obligados al seguimiento y control en la obra en su totalidad, debiendo advertir al contratista los incumplimientos preventivos

¹⁰⁴² MERCADER UGUINA, J. R., “Construcción, Subcontratación y Riesgos Laborales”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, cit., p. 40.

¹⁰⁴³ MERCADER UGUINA, J. R., “Construcción, Subcontratación y Riesgos Laborales”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, cit., p. 40.

que observen mediante diligencia en el libro de incidencias, y proceder a la paralización de los trabajos cuando se dan circunstancias para ello”¹⁰⁴⁴.

Es posible, no obstante, que uno de los integrantes de la dirección facultativa asuma también el papel del coordinador de seguridad durante la ejecución de la obra porque este último según el artículo 2.1 f) del Real Decreto 1627/1997 estará integrado en la dirección facultativa para llevar a cabo las tareas que se mencionan en el artículo 9 del mismo texto.

2.7.3 Coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra

El concepto de coordinador en materia de seguridad y salud fue creado por el Real Decreto 1627/1997, en virtud del cual se le otorgaron dos funciones independientes: por un lado, coordinador responsable durante la elaboración del proyecto y, por otro, coordinador durante la ejecución de la obra. Pero, dicho Real Decreto no determinó de manera específica quiénes son las personas competentes para ejercer determinadas funciones, por eso, la disposición adicional 4ª de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, ha establecido que “las titulaciones académicas y profesionales habilitados para desempeñar la función de coordinador de seguridad y salud en obras de edificación, durante la elaboración del proyecto y la ejecución de la obra, serán los de arquitectos, arquitectos técnicos, ingenieros o ingenieros técnicos, de acuerdo con sus competencias y especialidades”¹⁰⁴⁵.

La elección de un profesional competente e idóneo será potestad del promotor, quien asume las responsabilidades derivadas de una mala designación. No obstante, como el propio concepto extraído de la disposición adicional 4ª, establece que sólo podrán ejercer determinado cargo las personas que de hecho están capacitadas para ello, hay que interpretar que, cuando la Ley habla de titulaciones académicas ya está de forma intrínseca indicando que son profesionales que han tenido una formación de nivel superior conforme a su grado curricular y/o planes académicos, de tal manera que no se

¹⁰⁴⁴ SÁNCHEZ ARENA, M.A., *Seguridad y salud en las obras de construcción*, cit., p. 107.

¹⁰⁴⁵ Disposición adicional 4ª de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre.

exige de los profesionales que ejerzan la función de coordinador que tengan, a parte de la formación que tuvieran en su carrera, otra formación específica en materia preventiva.

Se trata, en suma, del “técnico competente integrado en la dirección facultativa, designado por el promotor para llevar a cabo las tareas establecidas para este coordinador en la reglamentación de seguridad y salud en las obras de construcción”¹⁰⁴⁶.

Cuando participen en alguna fase de la obra dos o más empresas conjuntamente con uno varios trabajadores autónomos, serán designado por el promotor un coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra que puede ser arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, de acuerdo con sus competencias y especialidades, los cuales formarán parte de la dirección facultativa y tendrán como funciones coordinar la aplicación de los principios generales de prevención y los específicos del artículo 10 del Real Decreto 1627/1997; coordinar la aplicación correcta de los métodos de trabajo; organizar la coordinación de actividades entre las empresas; aprobar el plan de seguridad su salud de cada contratista; adoptar medidas para el control del acceso de personas en la obra; advertir al contratista incumplimientos de medidas de seguridad y salud y también coordinar la paralización de trabajos en situaciones de riesgo grave o inminente¹⁰⁴⁷.

2.7.4 Contratista o Empresario principal

Contratista o empresario principal es “la persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato”¹⁰⁴⁸.

También llamado de comitente, el empresario principal es quien “interviene en la ejecución de la totalidad de la obra o la prestación del servicio con sus propios

¹⁰⁴⁶ Art. 3º, d de la Ley 32/2006.

¹⁰⁴⁷ SÁNCHEZ ARENA, M.A., *Seguridad y salud en las obras de construcción*, cit., p. 103.

¹⁰⁴⁸ Art. 3, e de la Ley 32/2006.

medios, instalaciones y personal; y que, en un momento dado, decide encargar ciertas funciones labores o tareas a otros empresarios para que la obra se complete”¹⁰⁴⁹.

Los contratistas pueden contratar con otras empresas o con trabajadores autónomos la ejecución de la obra objeto del contrato entre promotor y contratista principal. Son ellos quienes “se encargan del diseño y ejecución de las obras, así como de la elaboración del plan de seguridad laboral, siendo responsables de las deficiencias o irregularidades que se detecten”¹⁰⁵⁰. En los casos que el promotor contrata trabajadores autónomos para la ejecución de la obra, él mismo será considerado contratista o empresario principal.

A su vez, cuando la contrata se haga con una UTE y siempre que no asuma la Unión la ejecución directa de la obra, “cada una de sus empresas miembro tendrán la consideración de empresas contratistas en la parte de obra que ejecute”¹⁰⁵¹.

De tal definición se pueden extraer las siguientes conclusiones: “1) al contratista le corresponde la asunción del compromiso de ejecución de las obras; 2) El objeto de dicho compromiso puede ser la ejecución directa de la totalidad o sólo parte de las obras objeto del encargo (la noción de ‘encargo’ constituye el elemento matriz de todo negocio jurídico calificable como ‘contrata’); 3) en virtud de la relación de contrata puede optar por realizar la totalidad o parte de las obras con medios humanos y materiales propios o ajenos; 4) si optara por recurrir a medios humanos y materiales ajenos, esa sola determinación permite deducir que el contratista entrará a formar parte de una cadena de subcontratación; 5) la ejecución de la obra se llevará a cabo en términos de sujeción o sometimiento al proyecto y al contrato suscrito frente al promotor, lo que impide cualquier modalidad de ejecución extraña a los mismos; 6) La noción legal de la figura del contratista (como ya consta) resulta trasladable a otros sujetos [artículo 3,e) *in fine*] atendiendo a una dualidad de criterios: bien, puede revertir hacia el propio promotor «cuando realice directamente con medios humanos y materiales propios la totalidad o determinadas partes de la obra,» o bien resultará

¹⁰⁴⁹ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 336.

¹⁰⁵⁰ MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Régimen de Contratación y Subcontratación a la luz del art. 5 de la Ley 32/2006”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, cit., p. 93.

¹⁰⁵¹ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 357.

extensible a toda Unión Temporal de Empresas (UTE), cuando ésta no ejecute directamente la obra, en cuyo caso, «cada una de sus empresas miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de la obra que ejecute»¹⁰⁵².

Después de este análisis del concepto de contratista o empresario principal se puede apreciar un efecto negativo de la Ley: “la cualidad de empresario principal no implica menores responsabilidades en materia de subcontratación pese a que estemos, por definición, en un nivel primario de la misma; las conductas que exceden del marco legal son reprimidas con el mismo rigor”¹⁰⁵³.

La nueva norma, al igual que ya hacía el Real Decreto 1627/1997, establece en su artículo 3 las definiciones de contratista, subcontratista y trabajador autónomo intentando limitar la responsabilidad de cada uno de los participantes del proceso constructivo. De la misma manera clarifica la responsabilidad de las empresas integrantes en la UTE, “al señalar que cada miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de obra que ejecute y, en consecuencia, serán responsables solidarios sólo en los supuestos de obligaciones asumidas por el gerente único en nombre de la UTE y realizadas en beneficio del común”¹⁰⁵⁴.

2.7.5 Subcontratista

Puede definirse como “la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista

¹⁰⁵² RAMOS QUINTANA, M. I., “Subcontratación de obras y servicios y transmisión empresarial,” Albacete (Ed. Bomarzo), 2007, pp. 99 y 100.

¹⁰⁵³ SEMPERE NAVARRO, A. V., “Posibilidades descentralizadoras de promotor, contratistas y subcontratistas de construcción tras la Ley 32/2006,” *AL*, núm. 1, 2007, p. 6.

¹⁰⁵⁴ MERCADER UGUINA, J. R., “Construcción, Subcontratación y Riesgos Laborales”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, cit., p. 45.

(subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista) y así sucesivamente”¹⁰⁵⁵.

El artículo 11.2 de la Ley 38/1999 conjuntamente con el artículo 4 de la LSSC, establecen las obligaciones exigibles tanto al subcontratista como también al contratista, que son en concreto: “ejecutar la obra con sujeción al proyecto, tener la titulación o capacitación profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor, designar al jefe de obra, asignar a la obra los medios humanos y materiales que su importancia requiera, formalizar las subcontrataciones de determinadas partes o instalaciones de la obra dentro de los límites establecidos en el contrato, firmar el acta de replanteo o de comienzo y el acta de recepción de la obra, facilitar al director de obra los datos necesarios para la elaboración de la documentación de la obra ejecutada y suscribir las garantías previstas en el artículo 10 de la Ley 38/1999”¹⁰⁵⁶.

La LSSC en su artículo 5.2 c), autoriza que el primer y segundo subcontratistas subcontraten la ejecución de los servicios que contrataran, y el mismo precepto en su letra d) limita los niveles de subcontratación. Así queda limitado hasta el tercer nivel, es decir, la última cadena de subcontratación se encuentra en el segundo subcontratista, quien puede subcontratar los trabajos que hubiera contratado con otro subcontratista o trabajador autónomo, no permitiendo que el tercer subcontratista haga lo mismo.

En el artículo 22 del vigente convenio colectivo del sector de la construcción el tema de la subcontratación es tratado con una demasiada parquedad, pues en este artículo sólo se observa una pequeña referencia a la subcontratación y una remisión al artículo 42 del ET para tratar de las responsabilidades de las empresas envueltas en dicho proceso. Conviene recordar que, no obstante, considerando que la subcontratación es un tema que genera polémica y dudas, y que sin lugar a equívocos merece una especial atención, fue firmado, por las organizaciones sociales más representativas, en el día 28 de octubre de 1988, el Acuerdo Marco Interprofesional del Sector de la Construcción que destaca “la subcontratación como uno de los aspectos nucleares a abordar en la negociación del Convenio General”¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁵ Art. 3, f) de la Ley 32/2006.

¹⁰⁵⁶ SEMPERE NAVARRO, A. V., “Posibilidades descentralizadoras de promotor, contratistas y subcontratistas de construcción tras la Ley 32/2006,” *AL*, núm.1, 2007, p. 6.

¹⁰⁵⁷ BOE de 21 de diciembre de 1988.

2.7.6 Trabajador autónomo

La Ley define el trabajador autónomo, a los efectos que aquí interesan, como “la persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o el subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra. Cuando el trabajador autónomo emplee en la obra a trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista” a los efectos de la presente Ley¹⁰⁵⁸.

A los efectos previstos en la Ley 32/2006, “salvo que el promotor sea un trabajador autónomo – en cuyo caso tendrá la condición de contratista – en todos los demás casos y siempre que se respeten los límites legales, esto es, siempre que no se exceda el tercer nivel en la cadena de subcontratas, el trabajador autónomo tendrá la consideración de subcontratista. Así se desprende tres combinaciones posibles: 1) si el promotor contrata directamente con un trabajador autónomo, aquél tendrá la consideración de contratista a los efectos de lo dispuesto en el Real Decreto 1627/1997, por lo que el trabajador autónomo habrá de considerarse subcontratista; 2) si el contratista contrata con un autónomo, necesariamente será éste subcontratista (primer subcontratista); y, 3) si es un subcontratista (primero) quien contrata con un autónomo será éste igualmente subcontratista (segundo), del mismo modo que si un subcontratista (segundo) contrata con un autónomo, no dejará éste de ser subcontratista (tercero y último posible)”¹⁰⁵⁹.

La definición de trabajador autónomo que establece la Ley 32/2006 es muy semejante a la redacción proporcionada por el Estatuto del Trabajador Autónomo, que se encuentra recogida en la Ley 20/2007, de 11 de julio, en su artículo 1, según el cual trabajador autónomo “es el trabajador por cuenta propia que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica, sin sujeción a contrato de trabajo, y a título

¹⁰⁵⁸ Art. 3, g) de la Ley 32/2006.

¹⁰⁵⁹ MARTÍNS JIMÉNEZ, R., “Régimen de Contratación y Subcontratación a la Luz del artículo 5 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre”, en: AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, Valladolid (Ed. Lex Nova S. A.), 2008, pp. 94 y 95.

lucrativo”¹⁰⁶⁰. Esta categoría de trabajadores pertenecen al régimen especial de Seguridad Social, y su afiliación es obligatoria, perteneciendo al último eslabón de la cadena de subcontratación.

Además de pertenecer al régimen especial, los trabajadores autónomos actúan en las obras con total independencia, tienen libertad para elegir la mejor forma de ejecutar los servicios, no mantienen con los demás trabajadores ninguna dependencia económica o jurídica.

La diferencia más notable entre los trabajadores autónomos y el resto de los trabajadores integrados en la plantilla es que “junto con una cierta liberalidad horaria que se traduce generalmente en un mayor tiempo de actividad, la forma retributiva sobre la que se circunscribe toda la relación, pactándose salarios exclusivamente por unidad de obra mediante destajos puros, o unidad de tiempo por valor de hora de trabajo, sin relación con la estructura salarial marcada por el convenio colectivo para los trabajadores de la empresa en cuyo ámbito de actividad presta servicios. De igual modo, se trasladan obligaciones propias del empresario hacia el trabajador, como son las de tiempo de trabajo, descansos, seguridad social, o las correspondientes a seguridad y salud en el trabajo que en muchos de los casos le resulta imposible cumplir, desprendiéndose así de las responsabilidades que derivan de la condición de empleador”¹⁰⁶¹.

2.7.7 Subcontratación

A pesar de su importancia en el mundo jurídico y económico, la figura de la subcontratación no se encontraba regulada de forma específica dentro de la legislación española, de modo que sólo con la entrada en vigor de la Ley 32/2006 se reconoció la importancia de este fenómeno, sobre todo en el sector de la construcción civil, y se establecieron una serie de garantías intentando organizar ese proceso descentralizador de la actividad, limitando, dentro de lo posible, su aplicación en aras de una mayor seguridad de los trabajadores implicados.

¹⁰⁶⁰ GARCÍA MARTÍN, A. *Diccionario Jurídico – Laboral*, Madrid (Ed. GPS Madrid), 1995, p. 28.

¹⁰⁶¹ SÁNCHEZ ARENA, M.A., *Seguridad y salud en las obras de construcción*, cit., p. 62.

El nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción introduce dos importantes novedades, siempre con la intención de lograr la mejora de las condiciones de trabajo de los empleados del sector: “1) la exigencia de una solvencia – material y personal – a aquellas empresas que pretendan actuar como contratista y subcontratistas, que será controlada por la autoridad laboral a través de la necesaria inscripción de aquéllas en un registro público; 2) la limitación de los niveles de subcontratación”¹⁰⁶².

2.7.8 Nivel de Subcontratación

La Ley explica cómo se identifica el nivel de subcontratación: “cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor”¹⁰⁶³.

Es decir, hay una organización productiva en varios niveles y cada uno de estos diferentes escalones es responsable de la ejecución de la parte de la obra que a él le corresponda. En otras palabras, “la complejidad del proceso de edificación y la división del trabajo ha desembocado en la existencia de una forma de organización productiva desagregada en diferentes niveles, cada uno de los cuales se responsabiliza de la ejecución de una parte de la obra”¹⁰⁶⁴.

El artículo 5 de la Ley 32/2006 limita los niveles de subcontratación. Quedando prohibida la subcontratación de “los trabajos contratados con otro subcontratista o trabajador autónomo”. Las cadenas de subcontratación se quedan limitadas a un número de tres niveles. Una vez que, el contratista, lo es de modo originario, por lo que constituye el nivel cero de contratación, para él se mantiene también la libertad de

¹⁰⁶² TOSCANI JIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M., “Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto,” *AL*, núm.5, 2007, p. 3.

¹⁰⁶³ Art. 3, i) de la Ley 32/2006.

¹⁰⁶⁴ MERCADER UGUINA, J. R., “Construcción, Subcontratación y Riesgos Laborales”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, cit., pp. 49 y 50.

subcontratación preexistente a la Ley 32/2006, tanto vertical como horizontal, pudiendo el contratista ceder parte de los trabajos que hubiera contratado con la promotora a uno, dos o más subcontratistas o trabajadores autónomos. El primer subcontratista, constituye el primer nivel de contratación, y podrá contratar con hasta dos subcontratistas más y por fin, el segundo subcontratista podrá subcontratar la ejecución de los trabajos que tenga contratados a un tercer subcontratista o trabajador autónomo. Ahora bien, para dificultar las prácticas ilícitas que utilizaban la cesión ilegal de trabajadores y la mano de obra intensiva, la Ley establece que el primer y segundo subcontratistas, no podrán subcontratar aquellos trabajos cuya puesta en uso en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra.

2.7.9 La Unión Temporal de Empresas a los efectos de la Ley 32/2006

La UTE se forma con el objetivo de realizar una obra, o prestar un servicio, de grandes proporciones, el cual no podría ser afrontado de forma individual por una sola de las sociedades que componen la Unión Temporal de Empresas sin apoyo de terceras entidades, estableciéndose una limitación temporal para la ejecución de la obra o servicio de diez (10) años, esta limitación será establecida en la escritura.

En este sentido “es frecuente en el sector que en la ejecución de las obras colaboren entre sí unidades empresariales de diferente dimensión bien a través de fórmulas asociativas, como la unión temporal de empresas, bien mediante otros mecanismos”¹⁰⁶⁵.

La práctica se ha convertido en común por cuanto se trata de una manera de ejecutar la obra con un alto grado de eficacia y con un menor coste, ya que, mediante la unión de varias entidades, éstas pueden beneficiarse de la utilización de infraestructuras, experiencias y mano de obras comunes, además del grado de especialización que cada una de ellas pueda aportar en la ejecución de las tareas para las cuales la UTE haya sido constituida. Además la unión de varias empresas puede proporcionar un mayor número

¹⁰⁶⁵ MERCADER UGUINA, J. R., “Objeto, Ámbito de Aplicación y Definiciones en la Ley de Subcontratación en el Sector de la Construcción”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *La Nueva Ley Reguladora de la Subcontratación en la Construcción*, cit., p. 16.

de recursos de todo tipo que el que podría reunir una sociedad de forma individual y con ello poder ofertar de forma conjunta unos servicios de calidad y un menor precio para ejecutar el mismo servicio. Una empresa individual tiene que invertir una cantidad importante de sus recursos en maquinaria, infraestructura, I+D, etc. para competir con una UTE, pues, entre las empresas que forman parte de la misma, cada una de ellas está especializada y tiene experiencia en ciertos tipos de trabajo a los que una empresa por sí sola no tendría acceso, lo que significa que poniendo en conjunto sus esfuerzos pueden ejecutar toda la obra sin la necesidad de contar con todos los elementos material y humanamente necesarios para desempeñar todos los trabajos en una obra, haciéndolos con una mayor eficiencia y un abaratamiento de costes considerable.

También existen importantes ventajas organizativas derivadas de la Unión, que se puede traducir en una mejora de los sistemas de control de costes, información, pedidos, marketing, publicidad, recursos humanos y en general, cualquier aspecto que resulte de encauzar la experiencia de los distintos miembros de la Unión.

Las empresas asociadas a la UTE responden de forma solidaria e ilimitadamente por todos los actos, deudas y obligaciones de la UTE, pues la misma no posee una personalidad jurídica propia. Así, en cualquier reclamación derivada de la labor realizada por la UTE podrá ser exigida contra cualquiera de las sociedades que la integran por la totalidad del daño causado, sin perjuicio de la posibilidad de repetición que tendrá la sociedad ejecutada en su caso contra las restantes en función de su porcentaje de participación en la UTE.

La UTE será considerada contratista a los efectos del artículo 3 apartado “e”, párrafo 2º de la Ley cuando no ejecute directamente la obra, y subcontrate los mismos con otra empresa, es decir, “cada una de sus empresas miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de obra que ejecute, lo que tiene trascendencia para delimitar el campo de responsabilidades”¹⁰⁶⁶. En su condición de contratista también tiene el deber de contratar un coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, así como ejercer las funciones que incumbe la ley a los contratistas.

¹⁰⁶⁶ GARCÍA BLASCO, J.G., “El nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas”, en AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J.G. Dir. y VAL TENA, A. L., Coord.): *La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, cit., p. 28.

En los casos en que la UTE no ejecute directamente la obra, corresponderá a cada una de las empresas que la constituyen individualmente como contratistas, las obligaciones de inscripción en el Registro y disposición de Libro de Subcontratación para cada parte de obra que ejecuten, sin que quepa en tal caso atribuir ninguna de estas obligaciones a la UTE. Y en los casos en que la UTE ejecute directamente la obra, recaerá sobre ella misma, en su condición de contratista, la inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas y la disposición de Libro de Subcontratación, cuando como tal contratista ejecute directa de la obra.

Como consecuencia de esta figura jurídica, surge una nueva empresa que “actúa bajo una unidad de dirección y bajo denominación distinta de la de las empresas que la integran, pero esta nueva empresa, en realidad, no constituye una persona jurídica nueva, correspondiendo su titularidad a la de las empresas integradas”¹⁰⁶⁷.

De esta manera, tomando en consideración que la UTE es constituida mediante “estructura pública, sin necesidad de asiento en el Registro Mercantil ni en el especial del Ministerio de Hacienda”¹⁰⁶⁸y, por tanto, están desprovistas de personalidad jurídica, las empresas que forman parte de la Unión tendrán que elegir un único gerente que poseerá poderes suficientes para representar todos los miembros de las empresas asociadas, contraer obligaciones y ejercitar los derechos correspondientes. El gerente debe prestar informaciones a los asociados de todos los actos y contratos que asume en nombre de la UTE porque responderá ante ella por todas sus operaciones.

Por otra parte, en lo que respecta a la responsabilidad de la UTE, el legislador “ha reconocido que la responsabilidad de los miembros frente a terceros, entre ellos los trabajadores es ilimitada y solidaria respecto de los actos y operaciones realizadas en beneficio común, de manera que al demandarse a la Unión temporal se está demandando a las personas jurídicas, que la integran como titulares de la empresa que constituye, «sin ser correcto demandarlas además separadamente como supuestos titulares de relación laboral»”¹⁰⁶⁹.

Pese a la carencia de estructuras formales, las UTEs, en el sector de la construcción, “funcionan con aplomo, y parecen hallarse más asentadas en la cultura

¹⁰⁶⁷ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 331.

¹⁰⁶⁸ OJEDA AVILÉS, A., “Aspectos laborales de las redes de empresas”, cit., p. 814.

¹⁰⁶⁹ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 331.

económica del país que las AIE. De ahí que adopten ante el público, las muestras de una empresa autónoma, con una plantilla determinada, a pesar de su efímera vida, de como máximo 10 años¹⁰⁷⁰.

2.7.10 Contrato fijo de obra

El contrato fijo de obra surgió a partir del contrato de obra y servicio determinado, y por lo tanto es una especificación de este último, está regulado en el Estatuto de los Trabajadores, en concreto en el artículo 15. Para la celebración de este tipo de contrato hay que observar y cumplir algunas peculiaridades, ya que tiene que ser realizado de acuerdo con las modalidades de contratos previstas en el artículo 15 ET.

Una de las más importantes características del contrato de obra o servicio determinado es que él tiene que estar identificado en el tiempo y en el espacio. No tiene una duración cierta pero tiene que estar limitada en el tiempo y, el objeto de la contratación tiene que estar muy bien especificado, es decir, en el contrato debe constar la identificación de la tarea que corresponderá al trabajador ejecutarla¹⁰⁷¹.

Así, vista la regulación general del contrato de obra o servicio determinado, pasemos a la evolución de cómo ha surgido el contrato fijo de obra, que no es más que la “concreción del contrato por obra o servicio determinado”¹⁰⁷². Se trata de una modalidad contractual adaptada para el sector de la construcción, mediante la negociación colectiva, para que en éste se pueda mejorar la calidad y dar una mayor estabilidad en el empleo a sus trabajadores.

¹⁰⁷⁰ OJEDA AVILÉS, A., “Aspectos laborales de las redes de empresas”, cit., pp. 815 y 816.

¹⁰⁷¹ LAFUENTE PASTOR, V. P., “El contrato de obra o servicio en la construcción en el nuevo escenario de la Ley 32/2006”, en: AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J.G. y VAL TENA, A. L., Dir. y Coord.): *La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, Pamplona (Ed. Thomson Aranzadi), 2007, pp. 131 ss.

¹⁰⁷² ARAGÓN GÓMEZ, C., “La calidad en el empleo en el Sector de la Construcción: El contrato fijo de obra”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, Valladolid (Ed. Lex Nova S. A.), 2008, p. 234.

El contrato fijo de obra es “una antigua y pacífica práctica contractual”¹⁰⁷³, la modalidad contractual típica del sector de la construcción que “constituye la pieza clave del sistema de contratación de las empresas del sector”¹⁰⁷⁴. Tanto es verdad que según los datos publicados en la Estadística del Servicio Público de Empleo Estatal en 2006 cerca de 75% de los contratos realizados en el sector de la construcción utilizan esta modalidad contractual¹⁰⁷⁵.

Actualmente esta modalidad de contrato está regulado en el artículo 24 del V Convenio General de la Construcción para el año 2012, publicado el 15 de marzo de 2012, pero desde los años setenta ya era considerado como una modalidad de contrato exclusivo de la Construcción, y que tenía por objeto la realización de una obra o servicio determinado, previsto en la Ordenanza de Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica de 28 de agosto de 1970 en su artículo 42.

El contrato fijo de obra no es, pues, algo nuevo, sino que es una modalidad adaptada para el sector a través del convenio colectivo. “Nunca podría calificarse válidamente como un nuevo contrato, porque las disposiciones del artículo 15 ET, la institución contractual, es seguramente una norma de derecho necesario que no puede regularse «ex novo» mediante la negociación colectiva”¹⁰⁷⁶, la cual no puede prever una regulación que sobrepase los límites establecidos por el legislador, es decir, la modalidad de contrato fijo de obra puede ser una forma de adaptación del contrato de obra o servicio determinado acordado mediante negociación colectiva, pero el Convenio del Sector no puede crear una modalidad nueva de contrato, sino amoldar, el contrato creado por el legislador, para que las necesidades propias de la actividad sean suprimidas.

La definición de contrato fijo de obra en la antigua Ordenanza se encontraba en el artículo 43 d) la cual establecía que “el contrato para el personal fijo en obra determinada, que se definía como aquel que tenía por objeto la realización de una obra o

¹⁰⁷³ STS 30 de junio de 2005 (REC. 2426,2004).

¹⁰⁷⁴ ARAGÓN GÓMEZ, C., “La calidad en el empleo en el Sector de la Construcción: El contrato fijo de obra”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, cit., p. 233.

¹⁰⁷⁵ Disponible en Internet: www.inem.es

¹⁰⁷⁶ LAFUENTE PASTOR, V. P., “El contrato de obra o servicio en la construcción en el nuevo escenario de la Ley 32/2006”, en AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J.G. y VAL TENA, A. L., Dir. y Coord.): *La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, Pamplona (Ed. Thomson Aranzadi), 2007, p. 138.

servicio determinado y que se había prolongado por un lapso de tiempo superior a 120 días”.

A partir de esta definición surgen dos supuestos explicados por la citada Ordenanza, los cuales tendrán, cada uno de ellos, su propio régimen jurídico específico, a saber: a) el personal fijo en obra que prestaba servicios en distintos centros de trabajo de la empresa y b) el personal fijo en obra que trabajaba en una única obra de larga duración. Por medio de estos supuestos, es posible saber cuándo y de qué manera el contrato fijo de obra puede ser convertido en contrato indefinido.

Para el primer supuesto, el artículo 43 e) de la Ordenanza establece que el contrato fijo de obra pueda ser transformado en contrato indefinido cuando el trabajador hubiese prestado servicios para la empresa durante más dos años consecutivos, mientras que en el segundo supuesto, cuando el trabajador únicamente haya trabajado en un solo centro de trabajo. “Finalizada la obra de larga duración, los trabajadores con más de dos años al servicio de la empresa en dicho centro tenían la posibilidad de optar entre incorporarse definitivamente a la plantilla (adquiriendo por tanto, la condición de fijo) o cesar en la misma, en cuyo caso tenían derecho a la indemnización expresamente prevista en el artículo 44 c) Ordenanza”¹⁰⁷⁷.

Tal concepto fue objeto de determinados ajustes desde su originaria concepción en 1970 hasta nuestros días. En el I Convenio General de la Construcción publicado en 1992, el concepto de contrato fijo de obra se parece mucho al concepto actual, así como también es similar al recogido en el Convenio que tuvo vigencia de 1998-2001, publicado el 4 de junio de 1998, el cual estableció en su artículo 28 que «el personal fijo de obra podrá prestar servicios a una misma empresa, y en distinto centro de trabajo de una misma provincia, siempre que exista acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos, durante un período máximo de tres años consecutivos, sin perder dicha condición y devengando los conceptos compensatorios que correspondan por sus desplazamientos».

No obstante, el siguiente Convenio Colectivo aplicable para los años 2002-2006 adopta la misma definición del anterior, añadiendo en su parte final un supuesto en que un trabajador puede prolongar su contrato por más de tres años, siempre que «los trabajos de su especialidad en la última obra se prolonguen más allá de dicho término,

¹⁰⁷⁷ ARAGÓN GÓMEZ, C., *El contrato fijo de obra en el convenio de la construcción, ¿un mecanismo de estabilidad en el empleo?* RL, núm. 2, Madrid (Ed. La Ley), enero de 2008, p. 24.

sin perder dicha condición y devengando los conceptos compensatorios que correspondan por sus desplazamientos.»

El Convenio actual, regula el concepto objeto de estudio a través de ocho apartados que establecen la solución para algunos supuestos que pueden producirse en relación el contrato fijo de obra. Antes de ser firmado el antiguo Convenio Colectivo del Sector de la Construcción Civil para los años 2001 a 2007, hubo dos actos normativos importantes que también mantienen relación con el artículo 24 del Convenio Vigente, como son la redacción del artículo 15.5 ET a partir de la vigencia de la Ley 43/2006 y la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006¹⁰⁷⁸. Así dispone el artículo 24:

«1) la Disposición Adicional Primera, apartado 2 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo y la Disposición Adicional Tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Ley de la Subcontratación en el Sector de la Construcción, otorgan a la negociación colectiva de ámbito estatal la facultad de adaptar al sector de la construcción el contrato de obra o servicio determinado regulado con carácter general en el artículo 15 del E.T. De acuerdo con ello la indicada adaptación se realiza mediante el presente contrato que, además de los restantes caracteres que contiene, regula de forma específica el artículo 15.1.a) y 5 y el artículo 49.c) del E.T. para el sector de la construcción;

2) este contrato se concierta con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, y terminará cuando finalicen los trabajos del oficio y categoría del trabajador en dicha obra. Su formalización se hará siempre por escrito. Por ello y con independencia de su duración, no será de aplicación lo establecido en el párrafo primero del artículo 15. 1 a) del E.T., continuando manteniendo los trabajadores la condición de «fijos de obra», tanto en estos casos como en los supuestos de sucesión empresarial del 44 del E.T. o de subrogación regulado en el artículo 27 del presente Convenio General;

3) Sin embargo, manteniéndose el carácter de único contrato, el personal fijo de obra, sin perder dicha condición de fijo de obra, podrá prestar servicios a una misma empresa en distintos centros de trabajo de una misma provincia siempre que exista acuerdo

¹⁰⁷⁸DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA. Negociación colectiva y calidad en el empleo. “Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación”.

expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos, durante un periodo máximo de tres años consecutivos, salvo que los trabajos de su especialidad en la última obra se prolonguen más allá de dicho término, suscribiendo a tal efecto el correspondiente documento según el modelo que figura en el Anexo II y devengando los conceptos compensatorios que correspondan por sus desplazamientos. En este supuesto y con independencia de la duración total de la prestación, tampoco será de aplicación lo establecido tanto en el apartado 1.a) párrafo primero del artículo 15 del E.T. como en el apartado 5, continuando manteniendo los trabajadores, como se ha indicado, la condición de «fijos de obra»;

4) teniendo en cuenta la especial configuración del sector de la construcción y sus necesidades, sobre todo en cuanto a la flexibilidad en la contratación y la estabilidad en el empleo del sector mejorando la seguridad y salud en el trabajo así como la formación de los trabajadores, y conforme a lo establecido en el apartado 2 de la Disposición Adicional Primera de la Ley de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, no se producirá sucesión de contratos por la concertación de diversos contratos fijos de obra para diferentes puestos de trabajo en el sector, teniendo en cuenta la definición de puesto de trabajo dada en el artículo 22 del presente Convenio, y por tanto no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo 5.º del artículo 15 del E.T;

5) por lo tanto la contratación, con o sin solución de continuidad, para diferente puesto de trabajo mediante dos o más contratos fijos de obra con la misma empresa o grupo de empresas en el periodo y durante el plazo establecido en el artículo 15.5 del E.T., no comportará la adquisición de la condición establecida en dicho precepto. A tal efecto nos encontramos ante puestos de trabajo diferentes cuando se produce la modificación en alguno de los factores determinados en el artículo 22 del presente Convenio. La indicada adquisición de condición tampoco operará en el supuesto de producirse bien la sucesión empresarial establecida en el artículo 44 del E.T. o la subrogación recogida en el artículo 27 del presente Convenio;

6) el cese de los trabajadores deberá producirse cuando la realización paulatina de las correspondientes unidades de obra hagan innecesario el número de los contratados para su ejecución, debiendo reducirse éste de acuerdo con la disminución real del volumen de obra realizada. Este cese deberá comunicarse por escrito al trabajador con una antelación de 15 días naturales. No obstante el empresario podrá sustituir este preaviso

por una indemnización equivalente a la cantidad correspondiente a los días de preaviso omitidos calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del Convenio aplicable, todo ello sin perjuicio de la notificación escrita del cese. La citada indemnización deberá incluirse en el recibo de salario con la liquidación correspondiente al cese;

7) si se produjera la paralización temporal de una obra por causa imprevisible para el empresario y ajena a su voluntad, tras darse cuenta por la empresa a la representación de los trabajadores del centro o, en su defecto, a la Comisión Paritaria Provincial, operarán la terminación de obra y cese previsto en el apartado precedente, a excepción del preaviso. La representación de los trabajadores del centro o, en su defecto, la Comisión Paritaria Provincial, dispondrá, en su caso, de un plazo máximo improrrogable de una semana para su constatación a contar desde la notificación. El empresario contrae también la obligación de ofrecer de nuevo un empleo al trabajador cuando las causas de paralización de la obra hubieran desaparecido. Dicha obligación se entenderá extinguida cuando la paralización se convierta en definitiva. Previo acuerdo entre las partes, el personal afectado por esta terminación de obra podrá acogerse a lo regulado en el apartado 3 de este artículo. Este supuesto no será de aplicación en el caso de paralización por conflicto laboral; y,

8) en todos los supuestos regulados en los apartados anteriores, y según lo previsto en la Disposición Adicional Primera, apartado 2, de la Ley de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral y en el artículo 49.1.c) del E.T., se establece una indemnización por cese del 7 por ciento calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del Convenio aplicables devengados durante la vigencia del contrato».

Con relación al apartado 3 del precepto mencionado hay que destacar los tres límites impuestos al contrato fijo de obra, que son en primer lugar, que habiendo sido contratado el mismo trabajador para más de una obra, además de la que fue contratado inicialmente, debe existir un acuerdo expreso entre el empresario y el trabajador identificando de manera exhaustiva la nueva obra objeto del contrato.

El primer requisito se establece para limitar el poder de despido del empresario, es decir, como la extinción del contrato se produce cuando concluya la obra para la que fue contratado el trabajador, éste deberá ser informado de si continuará trabajando en otra obra o si la relación laboral se extingue. Hay que tener en cuenta dos cosas, la primera es que por más que el trabajador acepte las condiciones de otro contrato, pues

cada obra es un contrato, él siempre tendrá con la empresa un único contrato fijo de trabajo, respetando la limitación temporal de la ley que es de 3 años.

La segunda limitación es una limitación geográfica, es decir, el trabajador contratado para cierta obra que no sea la que está establecida en su contrato, además de obedecer al primer requisito, acordar por escrito trabajar en obra distinta a la que inicialmente fue contratado, no podrá ser trasladado a otro centro de trabajo que esté fuera de la provincia. Encontrándose la obra en otra provincia pueden ocurrir dos cosas, que el trabajador comience a trabajar en una obra en otra provincia, en cuyo caso él perderá la condición de fijo de obra y pasará a ser fijo de plantilla. En caso de que no sea ésta la voluntad de la empresa, la misma debe suscribir un nuevo contrato de trabajo, pues la posibilidad de que el mismo trabajador fijo de obra pueda desempeñar su labor en varias obras es una excepción a la regla general y merece ser tratada de forma restrictiva.

Por fin, el tercer límite tiene carácter temporal. El artículo 24.3 del V Convenio Colectivo establece que «el personal fijo de obra podrá prestar servicios en distintos centros de trabajo durante un período máximo de tres años consecutivos, salvo que los trabajos de su especialidad en la última obra se prolonguen más allá de dicho término. Transcurrido este período de tiempo, el trabajador adquiriría la condición de fijo de plantilla.»

Una de las características más claras del contrato fijo de obra es que su término acontece cuando el trabajador finalice la obra o servicio para el cual fue contratado sin que exista un plazo fijo para finalizarlo, porque eso desnaturalizaría el contrato fijo de obra. En palabras del Tribunal Supremo “siendo esta la configuración legal del contrato de obra, la fijación por el Convenio Colectivo de un plazo de duración del contrato, no vinculado a la duración de la obra o las obras mismas, supone la vulneración de los preceptos citados, lo que obliga a considerar ilegal el límite de tres años, por ser contrario a lo establecido en el ET, no vinculando al juzgador dicho plazo que vulnera el principio de jerarquía normativa y pretender convertir el contrato de fijo de obra en un contrato nuevo de tres años de duración carente de cobertura legal”¹⁰⁷⁹.

Así, en los casos en que el trabajador haya prestado sus servicios en una única obra, aunque esa obra se prolongue por más de tres años, el trabajador no adquirirá la

¹⁰⁷⁹ SSTSJ Canarias 30 de junio de 2004 (REC. 2003, 461) y 9 de junio de 2006 (REC. 2005, 1751).

condición de fijo de plantilla por una cuestión muy sencilla, el contrato de un fijo de obra se finaliza con la conclusión de los trabajos, o sea, con la conclusión de la obra para la cual el trabajador fue contratado.

Sin embargo, lo mismo no ocurre cuando un mismo trabajador – fijo de obra– haya trabajado en varias obras de la misma empresa, pues en estos casos “mientras no hayan transcurrido los tres años, la conclusión de la última de las obras a la que haya sido adscrito el trabajador puede determinar la extinción del contrato”¹⁰⁸⁰. Es decir, por más que el trabajador preste sus servicios en distintos centros de trabajo para la misma empresa, su contrato sigue siendo temporal, de manera que dentro del límite de tres años él puede ser designado para otra obra, siempre que esté de acuerdo y que la obra sea en la misma provincia, pero en el momento en que se termine la ejecución de la obra, antes de los tres años, cabe al empresario el libre arbitrio de designar este mismo trabajador para prestar servicios en otra obra o cesar su contrato por ya haber terminado la obra.

Así, se puede concluir en relación a la limitación temporal, que la misma es impuesta para que la situación excepcional de que un mismo trabajador con contrato fijo de obra pueda realizar sus actividades en varias obras no tenga carácter indefinido, lo cual irá dependiendo del tiempo que dure la última obra para la cuál fue contratado, en el momento en que se cumplan los tres años, es decir, después de terminar las tareas en la última obra a que fue contratado, y ya transcurrido el plazo de tres años, el traslado del trabajador para una nueva obra caracteriza la conversión de trabajo temporal en fijo.

En resumen, se pueden extraer tres conclusiones cuando el trabajador presta servicios en diferentes centros: “a) antes de que transcurra el período de tres años, el trabajador puede ser cesado en cualquier momento (siempre y cuando, obviamente, se hayan concluido los trabajos de la especialidad en la última obra en la que el trabajador haya prestado servicios); b) transcurrido el plazo de tres años, el trabajador igualmente puede ser cesado en el momento en el que se finalice la obra que se estaba ejecutando cuando se superó el umbral temporal mencionado. Sólo si la empresa le destinara a una obra diferente, adquiriría el trabajador la condición de fijo, c) transcurrido el plazo de tres años, finalizada la obra y reubicado el trabajador en una nueva, el contrato se

¹⁰⁸⁰ ARAGÓN GÓMEZ, C., “La calidad en el empleo en el Sector de la Construcción: El contrato fijo de obra”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, cit., p. 241.

convertiría en indefinido. A partir de entonces, el cese del trabajador no podrá fundarse en la finalización de la obra, en los términos previstos en el artículo 49.1 c) ET¹⁰⁸¹.

La jurisprudencia defiende que es posible que el trabajador preste sus servicios en distintas obras además de en la que fue contrato inicialmente para “ajustarse mejor a las necesidades productivas de la empresa, a la vez que facilitar una mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores”¹⁰⁸².

Para que se den la circunstancias desencadenantes del supuesto arriba mencionado, en las que el trabajador presta sus servicios en más de una obra, él debe dar su consentimiento y la empresa tiene que hacer constar por escrito en el contrato cuáles son las obras que se inician o se iniciarán durante la vigencia del contrato así como donde será ejecutada la prestación de servicios.

Se reconoce que tal situación es una excepción a la regla general, en la que el trabajador será contratado para la ejecución de una sola obra. Como ya he dicho, para que sea válido el contrato celebrado con un mismo trabajador para que preste servicios en varios centros de trabajo, tienen que ser observadas todas las cuestiones ya debatidas, porque tal contrato debe ser interpretado de manera restrictiva, y el incumplimiento de la totalidad de los requisitos fijados por la Ley o de cualquier de las limitaciones impuestas por el convenio colectivo descaracterizaría el contrato temporal, el cual se transformaría en indefinido y una supuesta extinción por la finalización de la obra se transformaría en un despido improcedente.

De esta manera, para que no se produzca un despido improcedente, el convenio establece dos causas de extinción del contrato fijo de obra. La primera, anteriormente explicada, se trata de la extinción del contrato por finalización de la obra, donde acontece el cese por la finalización de la única obra en que haya prestado sus servicios el trabajador, independientemente del tiempo transcurrido, y se extinguirá el contrato cuando el trabajador termine sus tareas en la última obra para la cual fue contratado, cuando haya transcurrido el umbral temporal de tres años.

Por otro lado, hay situaciones en que se hace necesario una extinción del contrato antes de terminada la obra. Tal situación, prevista en el artículo 20.4 del CGSC, es permitida al empresario cuando ya no necesite de la prestación de servicios

¹⁰⁸¹ ARAGÓN GÓMEZ, C., “El contrato fijo de obra en el nuevo convenio de la construcción, ¿un mecanismo de estabilidad en el empleo?” *RL*, núm. 2, 2008, p.28.

¹⁰⁸² STS de 30 junio de 2005 (RJ 2005,7791).

de cierto trabajador, es decir, la obra todavía no está terminada pero un determinado sector de la obra ya finalizó sus tareas, o cuando el volumen de trabajo ya no es el mismo que cuando se inició la obra, debido al hecho de que algunos sectores de la obra ya estén acabados. En estos dos casos se “permite al empresario hacer una extinción gradual de los distintos contratos en función del ritmo de la obra”¹⁰⁸³.

La segunda causa de extinción del contrato es la paralización de la obra, regulada también en el artículo 20.5 del mismo convenio, cuando concurren los siguientes requisitos, “a) que la paralización de la obra obedezca a una causa imprevisible para el empresario y ajena a su voluntad; b) que ésta revista carácter definitivo y c) que se dé cuenta de dicho extremo a la representación de los trabajadores del centro, o en su defecto, a la comisión paritaria provincial, en aras de que puedan constatar la realidad de la causa alegada por la empresa”¹⁰⁸⁴.

En otras palabras, la paralización “es la incidencia del caso fortuito y fuerza mayor en la extinción del contrato fijo de obra: Se refiere a la paralización temporal de la obra por causa inevitable o imprevisible, es decir, ajena a la voluntad del empresario, como puede ser una avería determinante, una inundación, o una huelga de suministros. Es la incidencia del «*casus y vis mayor*» sobre la relación laboral”¹⁰⁸⁵.

Tal extinción se debe a fuerza mayor, la cual debe ser constatada por la autoridad laboral, y tal situación debe ser informada al representante de los trabajadores y de no existir éste a la Comisión Paritaria. Para la mayoría de la doctrina no se trata de una extinción del contrato sino de una suspensión temporal del contrato ya que el empresario, según el Convenio, tiene la «obligación de ofrecer un nuevo empleo al trabajador cuando las causas de paralización de la obra hubieran desaparecido», no contrayendo ninguna obligación el empresario si la paralización de la obra deviene en definitiva.

¹⁰⁸³ LAFUENTE PASTOR, V. P., “El contrato de obra o servicio en la construcción en el nuevo escenario de la Ley 32/2006”, en AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J.G. y VAL TENA, A. L., Dir. y Coord.): *La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, Pamplona (Ed. Thomson Aranzadi), 2007, p.140.

¹⁰⁸⁴ Así explicado ARAGÓN GÓMEZ, C., “La calidad en el empleo en el Sector de la Construcción: El contrato fijo de obra”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, cit., p. 244.

¹⁰⁸⁵ ARAGÓN GÓMEZ, C., “El contrato fijo de obra en el nuevo convenio de la construcción, ¿un mecanismo de estabilidad en el empleo?” cit., p. 36.

El convenio también establece una norma innovadora y que produce un beneficio más a los trabajadores. Según el artículo 20.4 todos los trabajadores independientemente de si el contrato tiene duración de un año, deben ser informados con una antelación de quince días naturales de su cese. De no producirse el preaviso en el plazo previsto el empresario deberá indemnizar al trabajador con una cantidad equivalente a la correspondiente a los días de preaviso omitidos.

También con relación a indemnización por cese, el nuevo CGSC para los años 2007-2011 establece una modificación en el porcentaje que antes era de 4,5% sobre los conceptos salariales devengados durante la vigencia del contrato y pasa a ser del 7%, añadiendo que en todos los supuestos se estará a lo previsto en el artículo 49.1 ET. En los casos de cese por paralización de la obra, se seguirá lo establecido en el artículo 51 ET, sin embargo el convenio prevé una indemnización inferior, pues la indemnización prevista en el artículo 51.8 es de veinte días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la establecida en el artículo 49.1 ET es de ocho días de salario por cada año de servicio, que según el CGSC es la que debe ser aplicada. Con todo ello, se observa que el convenio colectivo en lugar de mejorar las condiciones de dicha indemnización, en realidad, lo empeora¹⁰⁸⁶.

Dependiendo de cómo interpreten los tribunales la citada regulación y de que sean admitidos o no los efectos del artículo 15.5 ET, se producirán dos efectos: “a) Si se admitiera el efecto del artículo 15.5 ET, el trabajador se habría convertido en indefinido «iuris et de iure», pero no operaría el fraude de ley, pues tanto el contrato fijo de obra como las secuencias contractuales albergadas por éste serían válidas. Es decir, la duración temporal del contrato fijo de obra rebasaría los límites de temporalidad del artículo 15.5 ET, convirtiéndose la relación contractual en indefinida durante la vigencia del contrato fijo de obra y su cese sería un despido; y b) Si no se admitiera el efecto del artículo 15.5, el cese del trabajador, con independencia del número de veces que hubiera

¹⁰⁸⁶ ARAGÓN GÓMEZ, C., “La calidad en el empleo en el Sector de la Construcción: El contrato fijo de obra”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, cit., p. 247.

novado el objeto contractual durante los tres años, equivaldría a la finalización del contrato con las únicas consecuencias económicas del artículo 20.6 del Convenio¹⁰⁸⁷.

La Ley objeto de estudio en sentido general, así como concretamente su Disposición Adicional tercera pretenden mejorar las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores de la construcción civil, pero admite el contrato fijo de obra, que es un contrato temporal, y como ya se ha dicho anteriormente, la temporalidad está unida a siniestralidad. Además pretende también garantizar a los trabajadores una mayor estabilidad en el puesto de trabajo, circunstancia que nunca se va a producir, pues, el obrero, aun prestando servicios tres años consecutivos para una misma empresa, trabajando en una o varias obras y teniendo uno o varios contratos con la misma, sólo tendrá un único contrato fijo de obra, y no será reconocido como un trabajador estable de carácter indefinido porque su relación laboral con la empresa será temporal, la cual está válidamente camuflada por dicho contrato, o sea, “considerar el empleo como temporal tras tres años de prestación en distintas obras de la empresa contribuye a su desestabilización”¹⁰⁸⁸. En resumen, en la regulación existente en relación con el contrato fijo de obra, la Ley 32/2006, además de no estar cumpliendo con su objetivo principal, va en contra los razones que dieron origen a su creación.

Si realmente lo que se pretende es mejorar la estabilidad en el empleo de los trabajadores del sector, los límites temporales impuestos por la ley (artículo 15.5 del ET) deberían ser respetados por la regulación del contrato fijo de obra, lo que no ocurrió en el convenio colectivo publicado después de la entrada en vigor de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre. La nueva redacción del artículo mencionado condiciona la ocurrencia de tres requisitos para que el trabajador gane la calidad de trabajador estable: que preste servicio por más de 24 meses en un período de 30 meses; que sea en la misma empresa y que ocupe el mismo puesto de trabajo. No obstante, con la entrada en vigor de la Ley 3/2012 este supuesto está suspenso hasta 31.12.2012¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁷ NICOLÁS BERNAD, J. A., “Consideraciones sobre el contrato fijo de obra en el nuevo Convenio General del Sector de la Construcción para los años 2007-2011”, *AL*, núm. 748/2008, Pamplona, 2008, p. 14.

¹⁰⁸⁸ NICOLÁS BERNAD, J.A.: “Consideraciones sobre el contrato fijo de obra en el nuevo Convenio General del Sector de la Construcción para los años 2007-2011”, *AS*, núm. 748, 2008, p. 13.

¹⁰⁸⁹ Así prescribe el Art. 17.de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: “Suspensión temporal de la aplicación del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores. El art. 5 del Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, queda redactado del

La exigencia de que el trabajador ocupe el mismo puesto de trabajo es un requisito de difícil cumplimiento por el trabajador y una maniobra muy fácil para el empresario que provoca que el trabajador no tenga estabilidad en el empleo, pues si la interpretación que el convenio colectivo lleva a cabo del puesto de trabajo ocurra de forma restrictiva, se impediría la aplicación del artículo 15.5 del ET de forma sistemática.

2.8 Requisitos exigibles

2.8.1 Las formalidades de la subcontratación

La Ley 32/2006 en su Capítulo II establece las condiciones necesarias e imprescindibles que debe cumplir toda empresa contratista o subcontratista que pretenda incorporarse en el proceso de subcontratación en obras de construcción. Estas exigencias buscan conocer la realidad en la que encuentra tales empresas, tanto en su aspecto material como de personal.

La tercera exigencia del artículo 4.1 es que el empleador ejerza su poder de dirección, o sea, que sea él quien controle y dirija la actividad directamente teniendo control total sobre sus empleados, velando por el cumplimiento de la prestación laboral, con el objetivo de “frenar que por vía de la subcontratación se oculten falsos autónomos”¹⁰⁹⁰, que son los que también ejercen su trabajo con autonomía y

siguiente modo: 1). Se suspende, hasta el 31 de diciembre de 2012, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15.5 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo; 2) A los efectos de lo establecido en el apartado anterior, quedará excluido del cómputo del plazo de veinticuatro meses y del periodo de treinta a que se refiere el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, el tiempo transcurrido entre el 31 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, haya existido o no prestación de servicios por el trabajador entre dichas fechas, computándose en todo caso a los efectos de lo indicado en dicho artículo los periodos de servicios transcurridos, respectivamente, con anterioridad o posterioridad a las mismas”.

¹⁰⁹⁰ GARCÍA BLASCO, J.G., “El nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas”, en AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J.G. Dir. y VAL TENA, A. L., Coord.): *La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, cit., p.31.

responsabilidad propia pero que no pertenecen a la dirección y organización de la empresa que lo ha contratado.

En resumen las exigencias establecidas por la Ley en su Capítulo II son:

- 1) poseer una organización productiva propia, contando con los medios materiales y personales necesarios, y utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada; Esa exigencia constituye un presupuesto esencial para intervenir en el proceso de subcontratación, sea como contratista o como subcontratista, pues tanto uno como otro tienen que demostrar que tienen una infraestructura material suficiente para participar de la actividad productiva, es decir, poder llevar a cabo con sus propios medios, tanto materiales como de personal, la actividad que se ha propuesto ejecutar. “Se trata de subrayar el principio de realidad, es decir, como ha expresado la jurisprudencia, que no se trata de una «mera apariencia» de empresa sino que la misma posee una existencia real contando con medios materiales y personales para la prestación de los servicios. Por el contrario, cuando dichas exigencias se encuentren significativamente debilitadas o, al límite, no resulten apreciables, se producirá la cesión ilegal prohibida”¹⁰⁹¹;
- 2) asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial; esta segunda exigencia está conectada con la primera, con el principio de la realidad empresarial, pues una empresa que tiene capacidad material y de personal también tiene capacidad de asumir los riesgos, las obligaciones y las responsabilidades derivadas de la propia actividad a la que se dedica;
- 3) ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores en la obra y, en el caso de los trabajadores autónomos, ejecutando el trabajo con autonomía y responsabilidad propia y fuera del ámbito de organización y dirección de la empresa que le haya contratado”¹⁰⁹². La tercera exigencia hecha por la Ley está relacionada a los poderes que tiene el empresario efectivo, las órdenes, instrucciones y control de las actividades designadas a cada trabajador, organización de trabajo, distribuciones de horarios, etc.

En cuanto a los trabajadores autónomos, la Ley exige que ejecuten su trabajo con autonomía y responsabilidad, “por su propia esencia, la autonomía de este tipo de

¹⁰⁹¹ MERCADER UGUINA J. R. y NIETO ROJAS, P., “La Ley reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción,” cit., p. 820.

¹⁰⁹² MERCADER UGUINA J. R. y NIETO ROJAS, P., “La Ley reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción,” cit., p. 828.

trabajadores expresa una capacidad de auto organización del trabajo que puede entenderse materializada a través de hechos como el de disponer de infraestructura productiva y material propio necesario para el ejercicio de la actividad, o en el de desarrollar su actividad bajo criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas de carácter general que pueda recibir de aquellas empresas para las que desarrolle su actividad”¹⁰⁹³.

2.8.2 Libro de la subcontratación. Acreditación y Registro

Todas las empresas que pretenden participar del proceso descentralizador productivo tienen la obligación de inscribirse en un Registro de Empresas Acreditadas de la Comunidad Autónoma donde tiene su domicilio social, pero que tendrá validez en todo el territorio nacional. Los datos e informaciones serán públicos, salvo los que sean relativos a la intimidad de las personas. Las autoridades laborales de cada Comunidad Autónoma deberán actuar bajo “el principio de cooperación y de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”¹⁰⁹⁴.

Los datos facilitados a las autoridades competentes de cada Comunidad Autónoma deben corresponder exactamente con la realidad de la empresa, de manera que al sufrir cualquier alteración en sus datos, la empresa deberá comunicar este hecho en el plazo establecido en el artículo 3.2 del Real Decreto 1109/2007: «dentro del mes siguiente al hecho que las motiva». Así, el Ministerio de Empleo podrá gestionar una base de datos que contiene las informaciones “agregadas y actualizadas de los Registros de cada una de las autoridades laborales territoriales”¹⁰⁹⁵.

La LSSC establece como requisito indispensable que los contratistas y subcontratistas acrediten “que disponen de recursos humanos en su nivel directivo y

¹⁰⁹³ MERCADER UGUINA J. R. y NIETO ROJAS, P., “La Ley reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción,” cit., p. 831.

¹⁰⁹⁴ Art. 10.2 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto.

¹⁰⁹⁵ MERCADER UGUINA, J. R. y NIETO ROJAS, P., “El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción (Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto)”, *RL*, Tomo II, 2007, p. 1181.

productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales; que disponen de una organización preventiva adecuada a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL); y que están inscritas en el Registro de Empresas Acreditadas previsto en la Ley”¹⁰⁹⁶.

Sin embargo, los trabajadores autónomos no están obligados a inscribirse en el Registro cuando participen de la cadena de subcontratación, salvo cuando estos contrataren trabajadores por cuenta ajena para la realización de algunos servicios que se realicen en la obra de construcción.

Esa exigencia de registrarse impuesta por la Ley, que se configura como un deber previo y necesario para poder intervenir en el proceso de la contratación o subcontratación en el sector de la construcción, tiene por objeto que las empresas envueltas en tal procedimiento puedan tener una garantía y seguridad de que los datos facilitados por otras empresas también involucradas en la actividad constructiva son fiables, y con eso se impediría que empresas no capacitadas participasen del proceso descentralizador productivo. Lo que configura, entre otras cosas, el Registro de Empresas Acreditadas como un “instrumento vital a los efectos de la Ley”¹⁰⁹⁷.

Las empresas acreditarán mediante una «declaración suscrita por su representante legal formulada ante el Registro de Empresas Acreditadas» que cumplen con las exigencias del artículo 4 anteriormente expuestas. Se podrá comprobar que disponen de una organización preventiva adecuada y poseen recursos humanos y materiales en su nivel directivo y productivo, al igual que sus trabajadores cuenten con la formación exigida en materia de prevención de riesgos laborales aportando los siguiente documentos: “contrato suscrito con el servicio de prevención ajeno, acta de constitución del servicio de prevención propio, acta de designación de trabajadores, o acta de adhesión al servicio de prevención mancomunado”¹⁰⁹⁸.

No obstante, se puede observar de inmediato dos fallos en la redacción de la Ley, el primero es que la misma no explica de qué manera se corroborará que tal

¹⁰⁹⁶ Art. 4, 2 a) y b) de la Ley 32/2006.

¹⁰⁹⁷ LANTARÓN BARQUÍN, D., “Responsabilidad, Registros y Libros en la Nueva Ley Reguladora de la Subcontratación en la Construcción”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, Valladolid (Ed. Lex Nova S. A.), 2008, p.163.

¹⁰⁹⁸ TOSCANI JIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M., “Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto,” cit., p. 10.

declaración corresponda con la realidad de la empresa, lo que hace que esta exigencia sea de “escaso voltaje jurídico, porque no lleva aparejada garantía de control alguno por parte de la entidad pública que se ocupe de citado registro lo que, sin duda, no contribuye a dotar de la necesaria seguridad jurídica a las empresas que concierten contratos civiles o mercantiles con otras en este sector”¹⁰⁹⁹. Y, el segundo en relación con la acreditación de la formación en materia de prevención, pues “la norma se refiere de manera muy genérica a la «formación necesaria», lo que, sin duda, generará problemas, pues la inscripción en el Registro público se realizará una única vez y, en cambio, la formación necesaria para el personal productivo puede variar para cada actividad contratada y debe actualizarse, extremo este no contemplado por la norma recién promulgada”¹¹⁰⁰.

Con el desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción se puede entender como tal exigencia funcionaría en la práctica, y de cómo sería su aplicación real. “La función de dichos Registros será acreditar que las empresas contratistas y subcontratistas han aportado los datos y documentos exigibles sobre su solvencia, que disponen de una organización preventiva adecuada y de unos recursos humanos con la formación necesaria en materia de prevención de riesgos laborales. Para ello, tendrán entre otras, las siguientes competencias: 1) tramitar los procedimientos relativos a la solicitud, renovación, modificación y cancelación de datos; 2) expedir las certificaciones sobre las inscripciones registrales existentes; 3) dar acceso público a los datos obrantes en cualquiera de los Registros de las Empresas Acreditadas, con la salvedad de lo referente a la intimidad de las personas, 4) custodia y conservación de los documentos aportados por la empresa”¹¹⁰¹.

El órgano competente del correspondiente registro expedirá en el plazo máximo de diez días la certificación de la empresa contratista o subcontratista, la cual podrá ser solicitada por las mismas o «por cualquier otra persona física o jurídica, entidad u

¹⁰⁹⁹ MERCADER UGUINA, J. R. y NIETO ROJAS, P., “La Ley reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción,” cit., p. 830.

¹¹⁰⁰ TOSCANI JIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M., “Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto,” cit., p.10.

¹¹⁰¹ MERCADER UGUINA, J. R. y NIETO ROJAS, P., “El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción (Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto),” *RL*, Tomo II, 2007, p. 1180.

organismo, público o privado»¹¹⁰² siempre que lo necesite, «dentro del mes anterior al inicio de la ejecución del contrato»¹¹⁰³.

Según el artículo 4.1 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, la solicitud de inscripción deberá contener los siguientes datos: «Nombre de la empresa y, en su caso, de la persona que lo represente, así como la identificación del medio preferente o del lugar que se señale a efectos de notificaciones; Domicilio; Número de identificación fiscal; Código de cuenta de cotización principal de la Seguridad Social; Actividad de la empresa, identificada según la Clasificación Nacional de Actividades Económicas; Firma del solicitante; lugar y fecha. Y más, la solicitud de inscripción se acompañará declaración suscrita por el empresario o su representante legal relativa al cumplimiento de los requisitos».

Por otro lado, la inscripción será denegada cuando los datos presentados en la solicitud no son suficientes o cuando la empresa no junta con la solicitud la documentación exigida por el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto¹¹⁰⁴.

A parte de las formalidades de inscripción y registro los contratistas deberán habilitar un libro de Subcontratación antes de subcontratar con un subcontratista o trabajador autónomo, es su responsabilidad la conservación del libro durante toda la ejecución de la obra. En él deberá constar, según el artículo 14 RLSC, los requisitos que serán más tarde comprobados por la Autoridad Laboral competente de la Comunidad Autónoma, a saber: “reflejar por orden cronológica desde el comienzo de los trabajos, y con anterioridad al inicio de éstos, todas y cada una de las subcontrataciones realizadas; el objeto del contrato, la identificación de la persona que ejerce las facultades de organización y control”¹¹⁰⁵.

En todo momento el registro debe contener los datos actualizados de la empresa, por lo que el Libro de Subcontratación debe estar actualizado y disponible a los sujetos habilitados por la LSSC.

Las personas habilitadas para acceder el Libro de Subcontratación son el promotor; la dirección facultativa; el coordinador de seguridad y salud en fase de

¹¹⁰² Art. 10.1b) del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto.

¹¹⁰³ Art. 6.4 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto.

¹¹⁰⁴ Art. 5.4 Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto.

¹¹⁰⁵ MERCADER UGUINA, J. R. y NIETO ROJAS, P., “El desarrollo reglamentario de la Ley Reguladora de la Subcontratación en el sector de la construcción (el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto). *RL*, Tomo II, 2007, p. 1198.

ejecución de la obra; las empresas y trabajadores autónomos intervinientes en la obra; los técnicos de prevención; los delegados de prevención; la Autoridad Laboral y los representantes de los trabajadores de las diferentes empresas que intervengan en la ejecución de la obra.

En caso de que ocurra algún suceso sobre el libro, el contratista tiene la obligación de presentarlo a la Autoridad Laboral y solicitar la habilitación de un segundo libro, y en los casos de pérdida o grave deterioro del Libro también se habilitará un segundo libro pero que reproducirá las anotaciones efectuadas en el anterior.¹¹⁰⁶ Además de la obligación de mantener intacto el Libro, éste debe estar actualizado en la obra, y el contratista después de terminada la misma deberá entregar al director de obra una copia del Libro de Subcontratación con todos los cambios y actualizaciones añadidas.

En cada contratación o subcontratación para la ejecución de una determinada obra, el contratista debe informar al coordinador de seguridad y salud, así como al representante de los trabajadores. Y en los casos de la subcontratación establecida en el artículo 5.3 LSSC además de los sujetos ya nombrados el contratista deberá comunicar también a la Autoridad Laboral. “Junto con la notificación se adjuntará un informe emitido por la Dirección Facultativa de la obra en la que se señalan las circunstancias que motivaran la contratación adicional, junto a una copia de la anotación efectuada en el Libro de Subcontratación”¹¹⁰⁷.

Además de los deberes del contratista en relación con el Libro de Subcontratación “se añade el de cada una de las empresas participantes en el proceso de subcontratación, que deberán disponer de la documentación o título acreditativo de la posesión de la maquinaria que utilizan, así como de la exigida por la legislación vigente (artículo 8.2), referida, en particular, a lo concerniente a medidas de prevención de riesgos laborales”¹¹⁰⁸.

En resumen, el Libro de Subcontratación debe respetar los artículo 8.1 de la LSSC y 15 del RSSC, además de las obligaciones ya dichas del contratistas están, el

¹¹⁰⁶ Art. 14.2 RLSSC.

¹¹⁰⁷ MERCADER UGUINA, J. R. y NIETO ROJAS, P., “El desarrollo reglamentario de la Ley Reguladora de la Subcontratación en el sector de la construcción (el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto). *RL*, Tomo II, 2007, p. 1199.

¹¹⁰⁸ RAMOS QUINTANA, M. I., “Subcontratación de obras y servicios y transmisión empresarial,” cit., p.114.

deber reflejar “por orden cronológico y desde el comienzo de los trabajos y, precisa el precepto reglamentario, «con anterioridad al inicio de éstos», los datos precisados en el artículo 8.1 párrafo segundo de la LSSC: todas y cada una de las subcontrataciones realizadas en una determinada obra con empresas subcontratista o trabajadores autónomos «incluidos en el ámbito de ejecución de su contrato», entrecomillado añadido por la norma reglamentaria que además sustituye la expresión «una determinada obra» por «la obra»; su nivel de subcontratación y empresa comitente; el objeto de su contrato; la identificación de la persona que ejerce las facultades de organización y dirección de cada subcontratista y, en su caso, de los representantes legales de los trabajadores; las respectivas fechas de entrega de la parte del plan de seguridad y salud que afecte a cada empresa subcontratista y trabajador autónomo, así como las instrucciones elaboradas por el coordinador de seguridad y salud para marcar la dinámica y desarrollo del procedimiento de coordinación establecido, y las anotaciones efectuadas por la dirección facultativa sobre su aprobación de cada subcontratación excepcional de las previstas en el artículo 5.3 de esta Ley”¹¹⁰⁹.

En otras palabras, “el libro de Subcontratación se convierte, pues, en el principal instrumento de seguimiento y control de las operaciones de descentralización efectuadas, dejando constancia de los niveles de subcontratación alcanzados, así como de las empresas o trabajadores autónomos que intervienen en la misma”¹¹¹⁰.

No obstante, en aquellas obras iniciadas después del 28 de noviembre de 2007 será exigida la utilización obligatoria del libro de Subcontratación, pues es a partir de esa fecha cuando se cumplió el plazo establecido por la ley de tres meses desde su entrada en vigor.

Hay que resaltar que la subcontratación con empresas que no hayan cumplido los requisitos de acreditación y registro, y la subcontratación que no obedece los límites impuestos por el artículo 5 de la Ley 32/2006 provocarán “la responsabilidad solidaria del subcontratista que hubiera contratado incurriendo en dichos incumplimientos y del correspondiente contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social

¹¹⁰⁹ LANTARÓN BARQUÍN, D., “Responsabilidad, Registros y Libros en la Nueva Ley Reguladora de la Subcontratación en la Construcción”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, cit., pp. 170 y 171.

¹¹¹⁰ RAMOS QUINTANA, M. I., “Subcontratación de obras y servicios y transmisión empresarial,” cit., p.114.

derivadas de la ejecución del contrato. Esta responsabilidad amplía la que se desprende del 42.2 ET, por las siguientes razones: 1) entra en juego cualquiera que fuera la actividad de las empresas contratistas, no sólo cuando la subcontratación esté referida a la propia actividad; 2) no se incluyen restricciones temporales referidas al momento en que pueda reclamarse esa responsabilidad que obligue a hacerlo en el año siguiente a la terminación de la contrata; 3) se refiere a responsabilidades laborales, no estrictamente salariales, y puede alcanzar a otras prestaciones o conceptos económicos, como indemnizaciones o mejoras voluntarias”¹¹¹¹.

2.9 Limitación de la subcontratación y libertad de la empresa como garantía constitucional

No cabe duda que la Norma Fundamental reconoce la libertad de empresa en el “marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”¹¹¹².

La CE permite con total libertad que las empresas organicen el ejercicio de su actividad, contratando o subcontratando con quien crean conveniente en cada momento, con la finalidad de maximizar su eficacia económico-financiera, ofreciendo a sus clientes un servicio diferenciado con alta especialización técnica y profesional. Sin embargo, esa total libertad de contratación empresarial, obtenida por una “permisión tácita que no supone una libertad absoluta del empresarial para descentralizar parte de la entidad empresarial de la que es titular sino que, como todo poder, se encuentra limitado jurídicamente y más porque, como se ha indicado anteriormente, una de las funciones económicas que mejor caracteriza a este fenómeno empresarial es la de favorecer la reducción de los costes laborales”¹¹¹³, y potencializar diferentes problemas.

¹¹¹¹ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 364.

¹¹¹² Art. 38 de la Constitución Española.

¹¹¹³ LUQUE PARRA, M., “La descentralización productiva y la responsabilidad empresarial en materia de seguridad social”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 570.

Por esa razón la LSSC se muestra limitadora de esa libertad empresarial, imponiendo exigencias a las empresas contratistas y subcontratistas y para ello establece en sus artículos una limitación legal a la organización productiva de las empresas, con la finalidad de controlar el fenómeno de la subcontratación. O sea, la LSSC es una intervención legal que limita el derecho constitucional reconocido en el artículo 38 CE, que “afecta, por tanto, a la libertad de contratación empresarial y, en particular, a los contratos civiles y mercantiles a través de los cuales se procede a establecer una relación jurídica entre las empresas intervinientes”¹¹¹⁴.

En el mismo sentido, “la enjundia y dificultad jurídica no está en el reconocimiento de la posibilidad de mantener lo que ya venía siendo lícito, sino en la introducción del nuevo límite, sobre cuya legitimidad ya hubo ocasión de reflexionar al hilo del derecho de libertad de empresa”¹¹¹⁵.

La libertad de empresa consagrada en la Constitución incluye la posibilidad de contratar o subcontratar obras o servicios sin ninguna limitación, siempre y cuando no contraríe el ordenamiento jurídico. En contra de este derecho constitucionalmente garantizado, una norma sólo podrá limitarlo si existir otro derecho, bien, valor o interés constitucionalmente protegido, cuya trascendencia cuente con una justificación suficiente como para proceder a tal limitación. La intervención legal de la LSSC está justificada porque busca esencialmente proteger la salud y la seguridad de los trabajadores del sector de la construcción, o sea, por un lado limita la libertad de las empresas, que ya no pueden contratar o subcontratar con cualquiera otra empresa, a menos que estas tengan una estructura organizativa mínima, y por el otro mejora las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores.

A día de hoy no se puede todavía prever las consecuencias que se producirán tras la implantación de la nueva Ley, lo que sí se puede vislumbrar y lo que de hecho se espera, es que las empresas que se limitaban a contratar trabajadores para la realización

¹¹¹⁴ GARCÍA BLASCO, J.G., “El nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas”, en AA.VV.: (GARCÍA BLASCO, J.G. y VAL TENA, A. L., Dir. y Coord.): *La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, cit., p. 23.

¹¹¹⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V., “Posibilidades descentralizadoras de promotor, contratistas y subcontratistas de construcción tras la Ley 32/2006,” *AL*, núm.1, 2007, p. 9.

de labores en el sector de la construcción sin tener con ellos una relación laboral, o sea, los llamados “*pistoleros*”¹¹¹⁶ desaparezcan del sector.

Otros dos propósitos que se buscan con la nueva Ley son, por una lado, una mayor organización por parte de las empresas contratistas y subcontratistas, las cuales se dedicarán exclusivamente a la actividad de la construcción, pues estas deberán estar acreditadas para participar en el proceso de subcontratación, y por otro lado, tendrán que presentar un “rigor técnico y profesional en el diseño y planificación de la obra de construcción”¹¹¹⁷.

La limitación impuesta por la Ley, permitiendo la cadena de contratación sólo hasta el tercer nivel, es para “dificultar la práctica ilegal consistente en que un empresario, dotado de una mínima infraestructura, se limite a reclutar y suministrar personal a empresas del sector. La Ley dificulta con ello la prestación de mano de obra intensiva, de modo tal, que la necesidad de incrementar el número de trabajadores en obra deberá realizarse mediante nuevas contrataciones, o mediante prácticas legales de cesión de trabajadores por empresas de trabajo temporal, o instrumentos similares”¹¹¹⁸.

2.10 Estabilidad en el empleo

La alta tasa de temporalidad del empleo en la construcción junto con la excesiva cadena de contratas y subcontratas son los factores que más influencia tienen en el índice alarmante de siniestralidad laboral en el sector. La contratación temporal es objeto de preocupación pues está más que corroborada y verificada su influencia en el importante aumento de los niveles de accidentes en el trabajo.

¹¹¹⁶ Pistoleros, en este contexto tiene como sinónimo impostor. Para más aclaraciones ver GARCÍA BLASCO, J.G., “El nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas”, en AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J.G. Dir. y VAL TENA, A. L., Coord.): *La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, cit., p. 22.

¹¹¹⁷ GARCÍA BLASCO, J.G., “El nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas”, en AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J.G. Dir. y VAL TENA, A. L., Coord.): *La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, cit., p. 22.

¹¹¹⁸ <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/200904-75321054687451.html>

La inestabilidad en el empleo no es un elemento nuevo, y es motivo generador de polémica en los últimos años, puesto que en las reformas laborales acometidas en el periodo comprendido entre 1992-1994 ya se trata con relevancia este asunto, siendo en la actualidad un elemento clave de la labor legislativa en materia laboral.

El 8 de julio de 2004 se realizó la Declaración para el Diálogo Social *Competitividad, Empleo estable y Cohesión social* suscrita por el Presidente del Gobierno, los Presidentes de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y de la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME) y los Secretarios Generales de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO) y de la Unión General de Trabajadores (UGT) con el objetivo de analizar el diagnóstico alcanzado sobre el doble problema del mercado laboral español: insuficiente volumen de empleo y alto nivel de temporalidad. Además, se comprometieron a analizar los elementos que inciden en la creación de empleo, en su estabilidad y la utilización no justificada de la contratación temporal. Para ello, habían de tenerse en cuenta las nuevas formas de organización empresarial del trabajo. El impulso de las políticas activas de empleo y de los Servicios Públicos de Empleo, así como la adecuada protección de los trabajadores ante la falta de empleo, fueron considerados también objetivos imprescindibles e inaplazables¹¹¹⁹.

Las organizaciones empresariales y sindicales junto con el Gobierno suscribieron el 9 de mayo de 2006 un acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo que el 9 de junio de 2006 fue incorporado al ordenamiento jurídico como Ley 43/2006. Después del acuerdo firmado y con la promulgación del Real Decreto el Gobierno esperaba que con la adecuada aplicación de las medidas acordadas se obtuviese una reducción progresiva de la tasa de temporalidad en el empleo preservando la flexibilidad necesaria para el funcionamiento de las empresas, así como la seguridad y los derechos de los trabajadores sin dejar reducir la tasa de desempleo.

El artículo 4 de la Ley objeto de estudio, en su último apartado, con la finalidad de erradicar o minimizar en lo posible el problema de la contratación temporal, establece una innovación de gran importancia en el sistema sectorial de contratación de trabajadores. Se busca sobretodo aumentar los índices de trabajadores contratados con carácter indefinido, de manera imperativa, por mandato legal, con el objeto de que de

¹¹¹⁹ Ley 43/2006 de 09 de junio. Exposición de motivos II.

forma gradual un mayor porcentaje mayor de trabajadores de este sector tengan el carácter de indefinidos en sus respectivas empresas, reduciendo de esta forma en número de trabajadores temporales existentes, bien por disminución de su contratación, al contar con una plantilla fija estable o bien por su incorporación como trabajadores indefinidos de la misma. La norma impone a las empresas que pretendan participar o que participen habitualmente del proceso de descentralización productiva en el sector, que mantengan en su plantilla un número mínimo de trabajadores con contrato indefinido, y con ello contribuirán a que los trabajadores cuenten con una mejor formación para trabajar en el sector, o sea, se asegura automáticamente mejores condiciones de seguridad y salud en las obras. En otras palabras, el sentido de la obligación impuesta por la Ley no debe ser otra que “conseguir el mantenimiento de una estructura personal estable que resulte imprescindible para el éxito de la integración preventiva en todos los niveles como obligación empresarial”¹¹²⁰.

El propio artículo se encargó de establecer el modo en que debe llevarse a cabo el cumplimiento del referido precepto legal, para que no haya dudas de interpretación u omisiones al respecto. Así, el número mínimo de trabajadores con contrato indefinido no podrá ser inferior al 10 por 100 de la plantilla, durante los dieciocho primeros meses de vigencia de la Ley (esto es, hasta el 19 de octubre de 2008, a tenor de la deposición final tercera, que fija la entrada en vigor de la Ley en el 19 de abril de 2007); ni inferior al 20 por 100 de la plantilla durante los siguientes dieciocho meses (hasta el 19 de abril de 2010); ni, por fin, inferior al 30 por 100, a partir de esa fecha en adelante, o sea, a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive.

Siendo así, la empresa perteneciente al sector de la construcción como contratista o subcontratista tendrá en su plantilla de empleados un número creciente de trabajadores con contrato indefinido. La norma, pues, “vincula la estabilidad porcentual creciente de la plantilla a la permanencia en el tiempo de la actividad de la empresa como contratista o subcontratista del sector de la construcción”¹¹²¹.

¹¹²⁰ SÁNCHEZ ARENA, M.A., “Análisis de la Ley reguladora de la subcontratación en la construcción”, *Justicia Laboral*, núm. 29, 2007, p. 74.

¹¹²¹ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para procesos de externalización productiva en el sector de la construcción”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, cit., p.81.

La Ley objeto de estudio trae consigo importantes innovaciones para el sector, que de forma progresiva se espera que contribuyan a la mejora de las condiciones de trabajo tan específicas y peculiares de un sector como el de la construcción, que se ha erigido como motor de la economía española en los últimos años, a pesar de que en estos momentos se encuentre sumido en un período de desaceleración y reajuste económico. El fin primordial que persigue esta Ley es proporcionar a los trabajadores del referido sector una mejora sustancial en sus condiciones de salud y seguridad en el trabajo, y con ello disminuir los altos índices de siniestralidad laboral, es decir, las distorsiones laborales que motivaron la promulgación de la Ley son adecuados y son sobretodo oportunos, teniendo en cuenta la necesidad imperiosa existente en torno a la regulación de las cadenas de subcontratación en el sector de la construcción.

A pesar de ello y del tiempo transcurrido desde el origen del problema, la LSSC presenta algunos fallos o lagunas, a pesar de la brevedad de su clausulado, ya que se trata de un número reducido de preceptos con una esfera de aplicación e interpretación considerable, a cuyo efecto será de gran ayuda su desarrollo reglamentario y la labor interpretativa y moduladora de los tribunales.

Está claro que muchas de las respuestas a las dudas despertadas con la LSSC son totalmente subsanadas en el Reglamento y para ello fue promulgado el mismo, pero, en muchos casos “no despeja todas las incógnitas que la LSSC planteó en una primera lectura, ni ofrece respuestas, en todos los casos, que parezcan coherentes al objetivo general de la LSSC: mejorar las condiciones de trabajo del sector de la construcción”¹¹²². Y otras veces por encontrar obstáculos de tipo constitucional, legal o de jerarquía normativa, lo que impide al Real Decreto abordar y/o resolver tales dudas.

En este apartado vamos tratar tres problemas que serán aquí discutidos. El primero se extrae de la simple lectura del artículo y se trata de la habitualidad que es “el grado de dedicación o intensidad de la actividad y el tiempo de la misma, si continuado o intermitente”. El segundo está derivado del primero, la continuidad es “la forma de computar los diversos tiempos cuyo transcurso, desarrollando actividades de

¹¹²² AGUILÓ CRESPI, P., *Subcontratación en el sector de la Construcción, Análisis del marco normativo laboral*, cit., p. 44.

contratación y subcontratación, determina exigencias diferentes de estabilidad en la plantilla”¹¹²³.

Y por fin, el tercer problema que, en nuestra opinión es el más grave de todos, está relacionado con la omisión que establece la LSSC en cuanto a la aplicación del artículo 4.4, es decir, la Ley dispone que tal exigencia de contratos indefinidos recaiga sobre la plantilla de empleados de la empresa y no específicamente a los que están trabajando en la obra y están expuestos a los riesgos de seguridad y salud más acentuados, los cuales supuestamente son los que ella intenta proteger.

1) La Ley dice “las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción (...)”¹¹²⁴ Al utilizar la expresión habitualmente la Ley deja algo en el aire, es decir, ¿cómo será constatado que una empresa que contrata o subcontrata para ejecutar servicios en obras de construcción lo hace de forma habitual o no? Pues será esa la cuestión fundamental para la aplicación de dicho precepto, una vez que no pudiendo identificar de qué manera se interpretaría el requisito habitualidad la norma sería inaplicable al caso concreto.

El hecho de que una empresa no se dedicare exclusivamente y de manera integral a la actividad de contrata y subcontrata en el sector de la construcción no quiere decir que esa empresa esté excluida del concepto de habitualidad. La habitualidad podrá ser verificada de dos maneras, primero atendiendo al grado de dedicación o intensidad de la actividad, el tiempo dedicado a esta actividad, si es realizada de forma continuada o intermitente; y también podrá ser identificada como habitual o no por el volumen de contrata o subcontratas en la actividad dentro de la empresa, es decir, calificándola por medio de indicadores económicos¹¹²⁵.

La proporción mínima de trabajadores contratados por tiempo indefinido que exige la Ley, o sea el porcentaje del 10 por 100 según la misma será exigido a partir del

¹¹²³ El entrecomillado pertenece a GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para procesos de externalización productiva en el sector de la construcción”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, cit., p.70.

¹¹²⁴ Apartado 4 del art. 4 de la Ley 32/2006 de 18 de Octubre.

¹¹²⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para procesos de externalización productiva en el sector de la construcción”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, cit., p. 82.

19 de abril de 2007, pero, ni la Ley ni el Reglamento dejan claro de qué manera se va a computar la habitualidad, es decir, este criterio debe corresponder al periodo anterior a la entrada en vigor de la Ley, pues para saber si tal porcentaje será exigido a determinada empresa hay que verificar si es una empresa que habitualmente contrata o subcontrata en el sector de la construcción y para realizar esta comprobación se debe analizar la trayectoria de la empresa, es decir, se tendrá en cuenta el tiempo que una empresa se encuentra contratando o subcontratando en el sector de la construcción, siendo en todo caso tal período de análisis antes de la entrada en vigor de la norma, lo que no está permitido, por ser contrario al principio de la retroactividad de la Ley. Así, sólo se podrá exigir el porcentaje cuando ya haya transcurrido un cierto período de tiempo, estando la Ley en vigor, para que se pueda identificar si una empresa ejerce con habitualidad la contratación o la subcontratación en el sector de la construcción¹¹²⁶.

El Real Decreto 1109/2007 en su artículo 11 explica los casos donde se reconocerá que una empresa que contrata o subcontrata en el Sector de la Construcción lo hace de manera habitual. En primer lugar la empresa debe dedicarse a la actividad del Sector de la Construcción, y tratándose de empresas de nueva creación tal circunstancia será comprobada transcurridos seis meses completos ejerciendo la actividad. Y en segundo lugar que tenga ejecutado uno o más contratos incluidos en el ámbito de la Ley, cuya duración acumulada no sea inferior a seis meses.

En este segundo caso, ni el Real Decreto ni tampoco la Ley esclarece de que manera serán tratadas las empresas que se dediquen de forma irregular a la actividad de la construcción, y que en todos los casos puedan cumplir o no la exigencia de dedicación en los seis meses que exige la Ley, sean ellos continuados o intermitentes.

2) Con relación a la continuidad de la empresa en el sector de la construcción civil sea como contratista o subcontratista es otro punto también a ser destacado, pues es después de computar los diversos tiempos en que determinada empresa desarrolló la actividad de contratación y subcontratación en el Sector de la Construcción cuando se van a determinar las diferentes exigencias de estabilidad en la plantilla, es decir, manteniendo la condición de contratista y subcontratista de forma continuada la

¹¹²⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para procesos de externalización productiva en el sector de la construcción”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, cit., p.82.

empresa tendrá la obligación de pasar del 10 hasta el 30 por 100 el porcentaje de trabajadores con contratos indefinidos en la empresa en el tiempo previsto en la Ley.

Lo preocupante es que algunas empresas utilicen esta exigencia para hacer maniobras que puedan interrumpir el cómputo del tiempo en que la empresa actúa como contratista o subcontratista en el Sector de manera habitual y continua para eludir el paso de un nivel de exigencia a otro, es decir, hacen maniobras para interrumpir el tiempo de continuidad en la actividad y por tanto no tienen que cumplir con la exigencia de aumentar el porcentaje de trabajadores con contrato indefinido. Así como también deben, en fin, “establecerse mecanismos de evitación de las maniobras fraudulentas (liquidación de empresas para evitar la continuidad en la condición de contratista o subcontratista), o de regulación de esa continuidad, estimándola, en los casos de sucesión de empresas (o grupo de empresa), en los términos del artículo 44 del ET”¹¹²⁷. Delante de la falta de motivación, la aplicación de normas más flexibles viene a ser una solución positiva.

3) Estando ya establecido cuando una empresa contrata o subcontrata habitualmente en el Sector de la Construcción y también reconocida su continuidad, se plantea otra cuestión a respecto de la aplicación del apartado 4 del artículo 4 de la Ley: ¿de qué forma se va a computar el porcentaje correspondiente de trabajadores que deberán tener un contrato indefinido?

También el Real Decreto 1109/2007 en su artículo 11.2 aclara que:

1) se tomarán como período de referencia los doce meses naturales completos anteriores al momento del cálculo, y para las empresas de nueva creación serán computados los meses naturales completos desde el inicio de la actividad hasta el momento del cálculo, aplicando las mismas reglas del artículo sólo que en función de los días que comprenda el periodo de referencia; 2) la plantilla de la empresa se calculará por el cociente que resulte de dividir por 365 (trescientos sesenta y cinco) el número de días trabajados por todos los trabajadores por cuenta ajena de la empresa; 3) el número de trabajadores contratados con carácter indefinido se calculará por el cociente que resulte de dividir por 365 (trescientos sesenta y cinco) el número de días

¹¹²⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para procesos de externalización productiva en el sector de la construcción”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, cit., p.82.

trabajados por trabajadores contratados con tal carácter, incluidos los fijos discontinuos; 4) los trabajadores a tiempo parcial se computarán en la misma proporción que represente la duración de su jornada de trabajo respecto de la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable; y, 5) a efectos del cómputo de los días trabajados previsto en las letras anteriores, se contabilizarán tanto los días efectivamente trabajados como los de descanso semanal, los permisos retribuidos y días festivos, las vacaciones anuales y, en general, los períodos en que se mantenga la obligación de cotizar.

Aplicándose lo que se establece en el reglamento es posible saber cuántos son los trabajadores que deberán ser contratados por tiempo indefinido dentro de la empresa y también los que en el futuro tendrán que ser considerados fijos para el fiel y correcto cumplimiento de la Ley.

Está claro que la Ley busca proteger a los trabajadores y por ello ha creado la exigencia de la contratación indefinida de trabajadores en el Sector de la Construcción, con el fin de que de forma progresiva se vaya reduciendo la temporalidad en el Sector, que como consta está relacionada con la siniestralidad laboral. Pero, la Ley no especifica, y tampoco el reglamento, si el porcentaje que se exige es sobre toda la plantilla de empleados de la empresa, es decir, incluyendo los empleados que trabajan en servicios centrales de proyección o de gestión o si la exigencia de contratación sería únicamente para la contratación indefinida de trabajadores que prestan servicios en las propias obras. Lo razonable sería que tal exigencia fuera hecha sobre la segunda alternativa, porque siendo sobre la plantilla total de empleados significaría que la mayoría o la totalidad del porcentaje exigido de trabajadores con contratos indefinidos podrían ser de otros sectores de la empresa y no los que están trabajando constantemente en las obras de construcción que son los trabajadores a los que la Ley pretende proteger, pues es en este colectivo que donde se encuentra la ligazón entre temporalidad y siniestralidad, perdiendo en caso contrario su eficacia y finalidad.

Supongamos que la exigencia no sea únicamente sobre la plantilla de trabajadores que trabajan directamente en la obra de construcción, ello provocaría que las pequeñas y medianas empresas serían tratadas de manera desigual, pues al no contar con un número elevado de trabajadores ejerciendo otros servicios que no los ejecutados en las obras, no podrán competir y permanecer en el sector por mucho tiempo.

A parte de esta omisión hay muchas otras cuestiones suscitadas como por ejemplo: “cómo se articulan estos porcentajes en plantillas muy cortas, de menos de diez trabajadores; si dicho porcentaje debe ser permanente o debe ser la media en un cierto lapso temporal; como son computados a estos efectos los trabajadores temporales para calcular el volumen total de la plantilla sobre el que, a su vez, se calcule este porcentaje; o, por poner un último ejemplo, cómo deben computarse los trabajadores en tiempo parcial, con jornada ordinaria muy reducida”¹¹²⁸.

Para tales cuestiones sólo el paso del tiempo nos dará las pautas interpretativas de las mismas. De hecho, de acuerdo con los problemas que vayan surgiendo, a través de los futuros incumplimiento de la norma y la resistencia en cumplir la correspondiente sanción, serán los tribunales quienes en sus sentencias irán estableciendo las respuestas correctas para cada uno de los planteamientos aquí fijados, datos que en el momento presente no se podemos obtener.

El artículo 43 ET fue recientemente modificado por el Real Decreto 5/2006 y “utiliza como elemento caracterizador de la nueva definición de cesión ilegal el relativo a la inexistencia de actividad o de organización propia y estable de la empresa cedente. La ausencia de consistencia empresarial constituye un indicio fuerte de una actuación empresarial irregular”¹¹²⁹.

Trata de dejar fuera de la subcontratación a las empresas que no sean estables y que no tengan condiciones financieras y que se limitan a contratar trabajadores para ejecutar la obra. El interés de la Ley es que las empresas subcontratadas puedan responder por sus trabajadores y que sea una empresa especializada en el ramo de la construcción y no en contratar cualquier trabajador para la ejecución de la obra. Si una empresa subcontrata con otra, esta última tiene que poseer una organización mínima y estable y contar con los medios necesarios para desarrollar la actividad contratada, cumpliendo con los requisitos exigidos en la Ley e incluso asegurar al contratante la conclusión segura y pacífica de la obra ya que la empresa subcontratada asume los riesgos propios de la actividad empresarial.

¹¹²⁸ CALVO GALLEGU, F. J., “La nueva Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción”, cit., p. 68.

¹¹²⁹ MERCADER UGUINA, J. R. y NIETO ROJAS, P., “La Ley reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción,” cit., p. 829.

Con esto, la aplicación de todas las exigencias previstas en el ET y adoptadas por la jurisprudencia, pretenden impedir que bajo una contrata aparente se produzcan manifestaciones de cesión ilícita de trabajadores¹¹³⁰.

¹¹³⁰ GARCÍA BLASCO, J.G., “El nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas”, en AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J.G. Dir. y VAL TENA, A. L., Coord.): *La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, cit., p.32.

CAPITULO IV – La descentralización como fenómeno para la huida del Derecho del Trabajo: principales consecuencias a la luz de las últimas reformas

1. El problema de la identificación del sujeto empleador

Cierto es que tanto la doctrina como el legislador nunca han dedicado mucha atención a la figura del empleador. De hecho era un tema que tenía poca relevancia en la doctrina *ius* laboralista, tanto es así que no existía un concepto autónomo del empresario, ya que este concepto ha sido sacado de la noción de trabajador, de forma que siempre se ha identificado al empresario a la empresa y a la persona a quien el trabajador debe prestar su trabajo.

El hecho de que dentro de una relación laboral, cualquiera pueda ser la contraparte de la relación laboral (tanto de Derecho Privado, bajo la forma contractual civil o mercantil, como de Derecho Público, cuando la Administración Pública es el empleador), siendo el empresario aquel que no es trabajador, conlleva a la conclusión de que desde siempre el empresario ha sido “un personaje relativamente olvidado en el ámbito del Derecho del Trabajo”¹¹³¹, ya que su interés “se centra casi exclusivamente en un elemento, el trabajo asalariado”¹¹³².

No obstante, en los últimos años, el concepto del empleador ha adquirido mucha importancia y ha planteado controversias., una vez que, la empresa “tiende a convertirse en una ‘empresa virtual’ que no posee nada tangible y cuya única virtud consiste en su capacidad de movilizar agentes económicos”¹¹³³.

Las nuevas formas de contratación, como la creación de filiales y grupos de empresa, las redes de empresas, la fusión, la escisión, la subcontratación, el

¹¹³¹ CRUZ VILLALÓN, J., “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el derecho del trabajo: aspectos individuales”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROJO, M., Coord.): *El empleador en el derecho del trabajo – XVI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales*, cit., p. 29. En el mismo sentido VIEIRA GOMES, J. M., “Direito do Trabalho”, cit., p. 215.

¹¹³² LÓPEZ SÁNCHEZ, M^a. C., *El empleador en las organizaciones empresariales complejas*, cit., p. 26.

¹¹³³ GARMENDIA ARIGÓN, M., “La empresa y sus mutaciones desde la perspectiva del Derecho del trabajo”, *Derecho Laboral, Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, núm. 229, 2008, p. 49.

outsourcing, entre otras manifestaciones, han dificultado la identificación del real empleador¹¹³⁴.

Se hace necesario adoptar nuevos criterios para poder dilucidar al verdadero empresario ante la pluralidad de contratos atípicos existentes.

Durante mucho tiempo la figura del empresario, sujeto de la relación laboral, estuvo asociada a la empresa. Y ello porque para ser configurado como contraparte del contrato laboral, no se exigía, ni siquiera que el empresario poseyera una personalidad jurídica; al contrario del trabajador, la prestación por parte del empleador no tiene carácter personalísimo¹¹³⁵.

Por eso, inicialmente es imprescindible aclarar que el concepto de empresa es mucho más amplio que el concepto de empresario. La empresa puede ser conceptuada bajo dos perspectivas distintas: 1) bajo una perspectiva económica, como un espacio económico dentro del cual se realiza una combinación de factores de producción, o sea, una unidad económica en que se desarrolla el proceso productivo¹¹³⁶; 2) o bien bajo una perspectiva jurídica, vista como un aglomerado de factores humanos y materiales debidamente organizados, que persigue un objetivo productivo a largo plazo y que es relevante para el derecho¹¹³⁷.

Para el Derecho del Trabajo la empresa es el emplazamiento donde se producen bienes y servicios que serán ofrecidos al mercado de consumo y es, en este ambiente, donde se desarrollan las relaciones laborales entre el empresario y sus trabajadores. Por lo tanto, “hablar de empresa para designar al empresario u órgano directivo de la misma conlleva un estrechamiento del concepto en la medida en que se equipara la parte con el todo: empresario y empresa no son términos equivalentes, el empresario no es la empresa, sino es el titular de ésta”¹¹³⁸.

Pero no es ésta la distinción que aquí se hace relevante. La cuestión es saber de qué forma se puede identificar el empleador en las variadas manifestaciones de empresa provenientes de la globalización. Pero, además de hacer esta identificación, se hace

¹¹³⁴ LEITE, J., “Direito do trabalho na crise (relatório geral)”, en AA.VV.: *Temas de direito do trabalho – Direito do trabalho na crise. Poder empresarial. Greves atípicas. IV Jornadas Luso-hispano-brasileiras de direito do trabalho*, cit., p. 40.

¹¹³⁵ LÓPEZ SÁNCHEZ, M^a. C., *El empleador en las organizaciones empresariales complejas*, cit., p. 22.

¹¹³⁶ MARTINS, J. N. Z., “A descentralização produtiva e os grupos de empresa ante os novos horizontes laborais”, cit., p. 201.

¹¹³⁷ PALMA RAMALHO, M. do R., *Grupos empresariais e societários: incidências laborais*, cit., p. 21.

¹¹³⁸ LÓPEZ SÁNCHEZ, M^a. C., *El empleador en las organizaciones empresariales complejas*, cit., p. 26.

necesario averiguar si este empresario es el verdadero empleador, esto es, si es él quien recibe la prestación laboral del trabajador y si es él quien tiene el poder de dirección sobre este último o se trata de un falso empleador.

1.1. La desmembración jurídica del empleador típico.

Como se ha visto anteriormente, el Derecho Laboral está en constante modificación debido a los cambios ocurridos en la sociedad. Pero no se puede dejar de resaltar la dificultad que encuentra esta disciplina jurídica en acompañar dichos avances. Más difícil aún es encontrar la solución más adecuada para cada caso específico, pues la realidad siempre avanza más rápido que su regulación.

La existencia de apenas dos partes integrantes de la relación laboral, tanto en lo que se refiere a los dos polos, así como también a las obligaciones que a cada uno de ellos están condicionados, se “traduce la forma socialmente típica de prestar un trabajo por cuenta ajena y dependiente”¹¹³⁹.

Para el Derecho Laboral concurrirá la figura del empresario “siempre que emplee trabajo por cuenta ajena, aunque no sea titular de una organización económica”¹¹⁴⁰.

De lo que se expresa en los puntos 1 y 2 del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, se desprende que, en el área del Derecho Laboral, “es empresario toda persona, física o jurídica, o comunidad de bienes, titular de una explotación u organización dentro de cuyo ámbito prestan servicios retribuidos unos trabajadores, bajo la dirección de aquélla y por cuenta y cargo de la misma. Cuando en una determinada explotación o negocio existen unos elementos primordiales, unos medios materiales de producción, es el empresario quien ostenta sobre ellos poderes de mando, dirección, decisión y gestión (...) Por ello difícilmente puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales

¹¹³⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F., *Externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinaria*, cit., p. 35.

¹¹⁴⁰ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, cit., p. 63.

propios de la misma”. También es difícil atribuir tal cualidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial.

Es decir, a la luz de la definición legal, el empleador es quien ocupaba la posición de “titular de un conjunto organizado de medios materiales y humanos con los cuales llevaba a cabo de manera independiente y autosuficiente una determinada actividad productiva, consistente en la elaboración de un bien o la prestación de un servicio”¹¹⁴¹. Por lo tanto, parece ser el único responsable por el ciclo productivo y el único a ejercer el poder de dirección sobre el trabajador.

Así, el concepto clásico de empleador dentro del Derecho del Trabajo considera como empresario una persona física, titular de una organización empresarial que posee bienes muebles e inmuebles; una persona financieramente autosuficiente, capaz de asumir las responsabilidades de la actividad que se dedica, que controla todo el ciclo productivo, objeto de su actividad empresarial (elaboración de bienes o prestación de servicios), lo que quiere decir que es él el responsable desde el control de la adquisición de materia prima hasta la colocación de su producto en el mercado; posee autonomía suficiente para contratar y negociar con otras empresas así como para establecer relaciones directas con sus trabajadores y asumir las obligaciones con cada uno de ellos, “al tiempo que no cabe imaginar imputar a este empresario responsabilidades laborales respecto de trabajadores que prestan servicios a través de vínculos contractuales con otros empresarios”¹¹⁴².

Por lo tanto, se puede decir que la condición de empresario siempre ha sido “indivisible” y que era quien recurría a la prestación del trabajo por parte del trabajador (cuenta ajena y dependiente) y ejercía “de forma no compartida los poderes de dirección, tanto los poderes fuertes como los débiles, así como los poderes instrumentales anexos: el poder disciplinario y el poder de control”¹¹⁴³.

Este concepto de empleador, del que todavía se hace eco el Estatuto de los Trabajadores, basado en una relación laboral típica, no dejaba dudas a la hora de

¹¹⁴¹ SANGUINETI RAYMOND, W., “Las transformaciones del empleador y el futuro del Derecho del Trabajo”, *RL*, núm. 7, 2009, p. 392.

¹¹⁴² CRUZ VILLALÓN, J., “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el derecho del trabajo: aspectos individuales”, en AA.VV., *El empleador en el derecho del trabajo – XVI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales*, cit., pp. 35 e 36.

¹¹⁴³ VALDÉS DAL-RE, F., *Externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinaria*, cit., p. 35.

identificar cuales eran las obligaciones del empleador en dicha relación laboral. No obstante, la proliferación de los contratos atípicos y de las nuevas formas de organización productiva¹¹⁴⁴ ha dificultado considerablemente la búsqueda del real empleador.

Lo que de hecho ha cambiado en el perfil del empresario es que ya no es el único a desarrollar todas las funciones propias del empleador, porque en muchos casos comparte con otro empleador algunas de estas atribuciones, tal y como sucede con el poder de dirección.

La existencia de un empleador formal, considerado como tal, esto es, aquel que configura como contraparte del contrato y quien contrata directamente al trabajador, no siempre coincide con quien recibe la prestación laboral. Esta situación genera muchas controversias a la hora de imputar la responsabilidad correspondiente es el caso de incumplimiento de alguna de sus obligaciones con el trabajador¹¹⁴⁵.

Está claro que para el trabajador no siempre es fácil llegar a la identificación del empresario, pues, como con acierto se ha dicho, “fijar con precisión quién adopta frente a él la calidad de sujeto empresarial y, por consiguiente, exigirle el cumplimiento de las obligaciones que como tal le afectan, identificar al empresario no es otra cosa que determinar a quién corresponde la responsabilidad empresarial plasmada en un sistema jurídico sobre condiciones de trabajo y Seguridad Social o en el propio contrato de trabajo. La apariencia de empresario siempre encierra el contrapunto de descubrir el que de verdad recibió el trabajo y debe el salario (quien organiza y recibe el trabajo es el empresario, aunque intervengan otros sujetos). La expresión jurisprudencial de empresario aparente encierra figuras de interposición entre el asalariado y el auténtico responsable empresarial para que, identificado, responda sus obligaciones”¹¹⁴⁶.

Tal aseveración genera una inseguridad jurídica, ya que la figura del empleador tiende a ser cada vez más confusa y por lo tanto, ha perdido la transparencia que siempre ha sido pretendida por el sistema de protector laboral¹¹⁴⁷. En medio de una diversidad de contratos atípicos existentes, se hace cada vez más difícil identificar,

¹¹⁴⁴ MOLERO MARAÑÓN, M. L., “Descentralización productiva y relaciones laborales”, cit., p.19.

¹¹⁴⁵ STS 31 de mayo de 2000 (RJ 2000, 4647)

¹¹⁴⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del trabajo*, cit., p. 534.

¹¹⁴⁷ VALDÉS DAL-RE, F., *Externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, cit., p. 38.

quien es el verdadero empleador, lo que potencializa aún más la precarización del empleo¹¹⁴⁸.

La identificación del empleador real se hace necesario por dos motivos: 1) para saber a quién será imputada la responsabilidad por los prejuicios ocasionados al trabajador, sea en el pago de salarios, indemnizaciones, despidos, etc.; y 2) para identificar aquellos casos en los que, bajo el manto de la libertad de empresa se enmascara un acto no querido por el ordenamiento laboral.

La respuesta al primer motivo es dada todos los días por los tribunales al resolver cada caso concreto. De hecho, algunas consideraciones al respecto de la responsabilidad por las deudas de carácter salarial y por las deudas de la Seguridad Social serán hechas en las páginas siguientes.

En relación al segundo motivo antes enumerado, a título ilustrativo puede valer de ejemplo una circunstancia de frecuente concurrencia. Cuando una empresa (llamada empresa principal) contrata con otra empresa (llamada empresa accesorio) la ejecución de un servicio antes desarrollado internamente por la primera, la segunda, que puede ser “creada” por la primera, a pesar de no tener soporte financiero suficiente, contrata con innumerables trabajadores para cumplir el contrato con la primera empresa. La empresa auxiliar deja de pagar los salarios de sus empleados y demuestra no tener capacidad de terminar el servicio contratado y tampoco solvencia para cumplir con sus obligaciones contractuales ante sus trabajadores, así como tampoco para saldar las deudas generadas en la Seguridad Social por cada trabajador contratado.

En resumen, la empresa utiliza un “montaje de estructuras ficticias, en las que es relativamente fácil advertir un móvil fraudulento de perjudicar intereses legítimos de los terceros con los que se relaciona”¹¹⁴⁹. ¿Quién será, entonces, el responsable, en estos casos, por las referidas deudas para con el trabajador y para con la Seguridad Social? La respuesta a estos interrogantes no es fácil, pero de momento, procede anticipar que desde que se empezó a utilizar nuevas formas de organización empresarial hasta hoy, el número de este tipo de casos se ha reducido considerablemente. Y ello porque las

¹¹⁴⁸ LEITE, J., “Direito do trabalho na crise (relatório geral)”, en AA.VV.: *Temas de direito do trabalho – Direito do trabalho na crise. Poder empresarial. Greves atípicas. IV Jornadas Luso-hispano-brasileiras de direito do trabalho*, cit., 1990, p. 41.

¹¹⁴⁹ CRUZ VILLALÓN, J., “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el derecho del trabajo: aspectos individuales”, en AA.VV., *El empleador en el derecho del trabajo – XVI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales*, cit., p. 40.

frecuentes decisiones judiciales han actuado en estos años como buenos fiscalizadores y han desenmascarado las intenciones fraudulentas de ciertas empresas, lo que hace que sea cada vez más difícil, pero no imposible, que esta práctica fraudulenta ocurra.

Las nuevas formas de empresa impiden, empero, que esta constatación de posible fraude se haga fácilmente. De hecho, la cooperación interempresarial, presente en las distintas formas de empresa, “como consecuencia ineludible de la libertad organizativa del empresario”¹¹⁵⁰, no deja claro quién es el real empleador, lo que genera un problema aún más grave y digno de preocupación: la precarización de los derechos laborales de aquellos trabajadores que prestan sus servicios para este tipo de empresas.

La progresiva desaparición de la figura clásica del empresario conlleva a una dificultad creciente a la hora de identificar quién es la contraparte de la relación laboral. Al mismo tiempo, esta evanescencia corrobora a otra dificultad aun mayor, cuál sea el reparto de las obligaciones entre los empleadores identificados. Ante una pluralidad de sujetos, de qué manera cada uno de ellos será responsable por las obligaciones, deudas o cargas que garantizarán que los derechos de los trabajadores sean efectivamente satisfechos¹¹⁵¹.

El nuevo sistema organizativo adoptado por las empresas, a través de la descentralización productiva, se ha traducido en “una segmentación del bloque de facultades que corresponden al empresario en cuanto sujeto acreedor de las relaciones de trabajo. Las notas que acompañan a una concepción clásica del empresario acusan una importante disociación a consecuencia de la descentralización productiva, lo que hace surgir una importante dificultad para su configuración como contraparte de la relación laboral, fruto de un proceso de escisión de facultades y poderes entre la variada gama de sujetos empleadores, lo que comporta un conjunto de problemas adicionales en cuanto al ejercicio de los poderes de organización, dirección y disciplinario, y también en lo relativo a la imputación de responsabilidad por incumplimiento de las normas laborales y de Seguridad Social”¹¹⁵².

¹¹⁵⁰ BARREIRO GONZÁLEZ, G., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Reflexiones sobre el presente y futuro del Derecho Español del Trabajo*, cit., p. 103.

¹¹⁵¹ CRUZ VILLALÓN, J., “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el derecho del trabajo: aspectos individuales”, en AA.VV., *El empleador en el derecho del trabajo – XVI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales*, cit., p. 38.

¹¹⁵² RIVERO LAMAS, J., “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J. Dir., VAL TENA, A. L de, Coord.): *Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., p.31.

Tampoco se compagina con la condición actual del empresario el hecho de “tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal”¹¹⁵³.

Es por eso que habitualmente concurren dudas cuando hay más de un empleador, en lo que respecta al poder de dirección. La empresa dominante interfiere en la gestión del personal de las empresas que contrata y que participan del proceso de producción, de forma que estas empresas están sometidas al poder de decisión de la empresa que formalizó el contrato. Es decir, el trabajador encargado de la empresa dominante, con base en el poder de dirección atribuido por la empresa, controlará y dará órdenes no sólo a los trabajadores de la empresa matriz, sino también a aquellos asalariados que desarrollan su actividad en el mismo espacio pero que en realidad pertenecen a la plantilla de la empresa auxiliar. El control del horario de los trabajador; el periodo de concesión de vacaciones; el régimen de descanso y de formación profesional; así como la supervisión del trabajo desarrollado por todos los empleados se llevará a cabo por algún representante de la empresa principal, que será también la responsable de la entrega de todo el material necesario para el desarrollo de la actividad por todos los trabajadores (de la empresa principal y de la empresa auxiliar)¹¹⁵⁴.

Junto con la pluralidad de sujetos, que a su vez se repartirán las obligaciones que a cada uno le compete, no se puede olvidar tampoco que con el avance de la disciplina jurídica la obligación patrimonial se ha extendido, toda vez que ya no se trata sólo de retribuir la prestación laboral sino que hay que cumplir con una serie de obligaciones que exige el ciudadano trabajador en su medio laboral, tales como: “estabilidad en el empleo, seguridad y salud en el trabajo, ocupación efectiva, promoción profesional, formación y reciclaje profesional, prestigio y reconocimiento en el seno de la empresa, desarrollo de actividades de representación sindicales, etc. Todo ello lleva a una pluralidad de deberes jurídicos y, a la postre, a la posibilidad de un desgajamiento de los sujetos a los que se les puede imputar su cumplimiento”¹¹⁵⁵.

Los diferentes tipos de vínculos de colaboración entre las empresas “dificulta sobremanera la posibilidad de reconducir todos ellos a unas categorías estancas”, ya que los vínculos entre estas empresas pueden variar “desde la absoluta subordinación hasta

¹¹⁵³ STS 17 de julio de 1993 (RJ 1993, 5688).

¹¹⁵⁴ MOLERO MARAÑÓN, M. L., “Descentralización productiva y relaciones laborales”, cit., p.19.

¹¹⁵⁵ CRUZ VILLALÓN, J., “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el derecho del trabajo: aspectos individuales”, en AA.VV., *El empleador en el derecho del trabajo – XVI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales*, cit., p. 38.

el reconocimiento de una independencia no meramente formal, pasando por fórmulas de mayor coordinación”¹¹⁵⁶.

Entre los supuestos más complejos que se han encontrado en la práctica, muchos de ellos solucionados por los tribunales, se encuentran los casos de identificación del empresario en los grupos de empresa, y en los supuestos de la filialización, franquicia y en la transmisión empresarial.

1.2 Empresario real versus empresario ficticio

Muchos serían los casos que se podrían citar sobre la existencia de un empresario real y un empresario ficticio (aparente). Esta situación ocurre cuando, en la práctica, el sujeto empleador que contrató al trabajador no es el mismo que tiene el poder de dirección y que recibe la prestación laboral.

Dos conocidas categorías ejemplifican muy bien esta situación: la franquicia y el las ETTs.

1) En el primer caso, como ya se ha estudiado anteriormente, dentro de las características propias del contrato de franquicia, para asegurar el progreso del negocio, se encuentra el derecho que el franquiciante tiene de fiscalizar y en cierta forma controlar sobre la ejecución de la actividad desarrollada por el franquiciado. En todo caso, cuando el franquiciante asume el poder de dirección y control empresarial de manera exagerada, dejando únicamente al franquiciado la contratación del personal, siempre bajo la dependencia, organización y dirección del franquiciante, el franquiciado se torna, en un mero empleador ficticio, que se limita “a suministrar la mano de obra al franquiciador sin ejercer su propia dirección y gestión, ni respecto de los trabajadores que ejecutan la actividad en que consiste la franquicia, los derechos, obligaciones, riesgos, responsabilidades y poder de dirección, inherentes a su condición de empleador”¹¹⁵⁷.

¹¹⁵⁶ El entrecomillado pertenece a BARREIRO GONZÁLEZ, G., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Reflexiones sobre el presente y futuro del Derecho Español del Trabajo*, cit., p. 104.

¹¹⁵⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y BARREIRO GONZÁLEZ, G. J. M^a, “La expansión de las formas atípicas de trabajo y su necesaria protección social especial referencia a la franquicia y al contrato de agencia”, cit., p. 1836.

Hay situaciones verdaderamente complicadas a la hora de identificar si el franquiciado es un empresario ficticio o no. Y ello se debe al grado de interferencia que el franquiciante ejerce sobre la empresa franquiciada, que puede llegar incluso a alcanzar, el valor del sueldo pactado entre el franquiciado y sus trabajadores, tornando la situación aún más confusa.

Está claro que no se puede compartir la idea de que existan dos empleadores, uno formal y otro real. En la práctica hay que reconocer (a través de la aplicación de algunas teorías para la identificación del empresario) cuál de los dos será considerado el empleador y por lo tanto será el responsable por todas las obligaciones de la relación laboral.

En los casos en que se queda comprobada, a pesar de la dificultad de hacerlo, la existencia de un empresario ficticio, que apenas suministra la mano de obra (franquiciado), tanto este como el franquiciador responderán solidariamente por el acto fraudulento practicado en contra de la ley, no en vano está prohibido el tráfico de mano de obra por el artículo 43 ET.

La aplicación de la referida norma tiene el objetivo de prohibir, literalmente, “un comportamiento objetivo, una determinada conducta descrita en términos fácticos, es decir, toda situación ficticia, por medio de la cual aparezca como empleador formal quien no es el efectivo empleador que organiza y recibe el servicio ejecutado por el trabajador. Tal hipótesis da lugar a responsabilidades diversas para los empresarios infractores, franquiciado y franquiciante, al tiempo que, para los trabajadores, genera derechos adicionales que minimizan los efectos perjudiciales del tráfico ilícito”¹¹⁵⁸.

2) Como ya es de sobra conocido, la única posibilidad permitida por Ley y que no configura la cesión de mano de obra prohibida por el artículo 43 ET, es la puesta a disposición de un trabajador por parte de la ETT a una empresa cliente, concurriendo dos figuras empresariales.

Por un lado, la empresa cliente, que no es “formalmente el empleador, mantiene con el trabajador lo que se puede denominar una relación jurídica inmediata de

¹¹⁵⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y BARREIRO GONZÁLEZ, G. J. M^a., “La expansión de las formas atípicas de trabajo y su necesaria protección social especial referencia a la franquicia y al contrato de agencia”, cit., p. 1836.

prestación de servicios de origen legal, ordenada al modo laboral”¹¹⁵⁹, y por otro, “la empresa de trabajo temporal, que es a la que corresponde la condición formal de empresario, ni ejerce la integridad de los poderes derivados de esta titularidad ni soporta en régimen de monopolio las responsabilidades laborales”¹¹⁶⁰.

Los trabajadores puestos a disposición deben obedecer las órdenes o las instrucciones de la empresa cliente, pero si alguna de estas órdenes no es cumplida por parte del trabajador, no será la empresa cliente quien está autorizada a aplicar la sanción correspondiente, sino que esta debe limitarse a comunicar a la ETT y es esta última la que debe aplicar las medidas derivadas del incumplimiento (artículo 20.2 ET).

Dando un paso más, procede aclarar que tanto en las ETTs como en las contratas y subcontratas, la persona que recibe la prestación efectiva del trabajador no es quien se configura como empleador (contraparte de la relación laboral). Lo normal sería reconocer al primero como el verdadero empleador. No obstante, para el Derecho del Trabajo el empresario real es quien configura formalmente el contrato laboral. Así, en los casos de las ETTs el verdadero empleador no será la empresa cliente y si la propia ETT; y en los casos de contratas y subcontratas será el dueño de la obra y no el contratista o subcontratista¹¹⁶¹, o sea, quién efectúa el pago salarial, no es la misma persona que recibe la prestación laboral.

1.3 Supuestos especialmente problemáticos

1.3.1 La doctrina del “levantamiento del velo” ante una pluralidad de empleadores

La legislación laboral española no reconoce como empresario a los grupos de empresas y eso ocasiona una serie de dudas respecto de la identificación del empresario,

¹¹⁵⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar, en AA.VV. (FERNANDEZ LOPEZ, M. F., Coord.): *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, cit., p. 48.

¹¹⁶⁰ BARREIRO GONZÁLEZ, G., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Reflexiones sobre el presente y futuro del Derecho Español del Trabajo*, cit., pp. 124 y 125.

¹¹⁶¹ MOLERO MANGLANO, C., “Una configuración actualizada de la noción de empleador y sus problemas básicos”, *AL*, núm. 2, 1996, pp. 506 y 507.

sobre todo cuando las empresas que pertenecen al grupo de empresas (que pueden ser consecuencia de un proceso de filialización) mantienen vínculos tan profundos que se confunden entre ellas, pudiendo generar perjuicios para los trabajadores.

Esta misma situación concurre en los casos de redes de empresa, donde es difícil encontrar las características clásicas del empleador. Cada vez más una empresa depende de otra empresa dentro del ciclo de colaboración empresarial y eso puede acarrear peligros a la hora de aplicar las garantías de los trabajadores.

Para solventar este problema, y ante la falta de regulación expresa, es necesario acudir a la jurisprudencia, que va a entender cómo identificar quién es en cada caso el titular efectivo de las obligaciones propias del empresario en los casos de grupos de empresa (aunque no sean considerados como empresarios laborales a todos los efectos), analizando los hechos más allá de las apariencias formales externas¹¹⁶².

Ante tal problemática, la doctrina judicial española viene aplicando la teoría del «levantamiento del velo» para identificar el verdadero empleador e imputar las consecuentes responsabilidades.

Aun cuando son muchos los ordenamientos en los que se admite el reconocimiento de más de un empleador como contraparte de una relación jurídica laboral, lo cierto es que es la ley portuguesa la más clara en este sentido. La pluralidad de empleadores¹¹⁶³ como sujeto de la relación laboral fue reconocida formalmente por el Código do Trabalho portugués en el año 2003 y, aunque fue alterado en la reforma del código en 2009, las reformas provocadas por el nuevo Código do Trabalho en agosto de 2012 en nada afectaran el artículo 101¹¹⁶⁴, referente a esta materia.

¹¹⁶² MORENO GENE, J., “Algunas cuestiones sobre la identificación del empresario en los procesos de filialización”, en AA.VV. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit., p. 725.

¹¹⁶³ Al que todo indica, parece ter sido inspirada en el Derecho Francés, allí designado *groupement d’employeurs*. Esta última a sido tomada como base para el reconocimiento de la pluralidad de empleadores, pero no pude ser confundida con la misma. Información obtenida de CARVALHO, C. N. de O., *Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho*, cit., p. 231.

¹¹⁶⁴ De acuerdo con la reforma laboral de agosto de 2012.

“Art. 101.- Pluralidade de empregadores

1) O trabalhador pode obrigar-se a prestar trabalho a vários empregadores entre os quais exista uma relação societária de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, ou que tenham estruturas organizativas comuns;

2) O contrato de trabalho com pluralidade de empregadores está sujeito a forma escrita e deve conter:

a) Identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes;

b) Indicação da actividade do trabalhador, do local e do período normal de trabalho;

c) Indicação do empregador que representa os demais no cumprimento dos deveres e no exercício dos direitos emergentes do contrato de trabalho.

La norma portuguesa y también la jurisprudencia del país vecino¹¹⁶⁵ reconocen que un mismo trabajador puede prestar su labor para más de un empleador que pertenezca a una sociedad conjunta. El contrato de trabajo tiene que ser escrito y en él deben de constar todos los empleadores que se beneficiarán con la prestación laboral del trabajador. El precepto citado establece en su apartado 3 que todos los empleadores son responsables por las obligaciones provenientes del contrato laboral, con el trabajador y también con terceros (en los casos de Seguridad Social, por ejemplo).

Para la doctrina portuguesa¹¹⁶⁶, el reconocimiento de la pluralidad de empleadores como siendo contraparte de la relación laboral, es una opción más flexible para los empleadores, que pueden contar con una mano de obra cualificada (ejecución de trabajos específicos de corto plazo o de naturaleza eventual) sin tener que soportar los costes (que muchas veces es impensable e inviable) de un trabajador permanente y a tiempo completo en su empresa; y al mismo tiempo proporciona más seguridad para los trabajadores a la hora de trabajar para más de una empresa del grupo empresarial, dando la oportunidad al trabajador de disfrutar de un trabajo a tiempo completo, sin tener que optar por una entidad u otra.

Con relación a qué Convenio Colectivo aplicar cuando hay diferentes convenios entre las empresas, la legislación portuguesa no se ha manifestado expresamente al respecto. Por este motivo, en aplicación analógica del artículo 497 del Código do Trabalho Portugués, en los casos en que el trabajador no esté afiliado a ningún sindicato puede elegir qué convenio quiere que sea cumplido en esta relación laboral. Pero el problema sigue en los casos que no exista convenio aplicable a este trabajador o que él no esté afiliado a ningún sindicato.

3) Os empregadores são solidariamente responsáveis pelo cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho, cujo credor seja o trabalhador ou terceiro.

4) Cessando a situação referida no núm. 1, considera-se que o trabalhador fica apenas vinculado ao empregador a que se refere a alínea c) do núm. 2, salvo acordo em contrário.

5) A violação de requisitos indicados nos núms. 1 ou 2 confere ao trabalhador o direito de optar pelo empregador ao qual fica vinculado.

6) Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto nos núms. 1 ou 2, sendo responsáveis pela mesma todos os empregadores, os quais são representados para este efeito por aquele a que se refere a alínea c) do núm. 2.

¹¹⁶⁵ Acórdão núm. 163/09.0TTMTS.P1.S1 de Supremo Tribunal de Justiça, 29 de febrero de 2012, Acórdão nº 709/05.2TTSNT.L1-4 de Tribunal da Relação de Lisboa, 18 de febrero de 2009, Acórdão nº 3275/2005-4 de Tribunal da Relação de Lisboa, 21 de septiembre de 2005, entre otras decisiones.

¹¹⁶⁶ CARVALHO, C. N. de O., *Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho*, cit., pp. 231 y 232.

1.3.2 El régimen de responsabilidad solidaria: diferencias entre el ordenamiento español y portugués

Como se ha resaltado anteriormente, en España la configuración del grupo de empresa no está regulada, siendo una labor totalmente jurisprudencial la identificación de la existencia o no de un grupo de empresa. De la misma forma que no hay una normativa que regule los grupos de empresa, tampoco hay una normativa respecto de la responsabilidad en estos casos.

La verificación de la responsabilidad empresarial se hace difícil en los casos en que el trabajador presta sus servicios a más de una de las empresas integrantes del grupo al mismo tiempo. Si el trabajador prestara de forma parcial, en un período a una empresa y en otro período a otra, no habría problema en identificar la responsabilidad entre las dos empresas en que las que el trabajador desarrollaba su función, pues cada una de ellas sería responsable por el tiempo en que el trabajador prestara su labor en su centro de trabajo. Pero, no son estos casos, más sencillos, en los que reside la dificultad de establecer la responsabilidad empresarial en los supuestos de grupos de empresas.

La mayor dificultad se encuentra cuando no resulta posible identificar cuál es el tiempo que el trabajador se dedica a una o a otra empresa, esto es, tiene lugar la prestación del servicio simultáneo para las componentes del grupo sin que el empleado pueda darse cuenta para cuál de ellas está trabajando, de modo que torna prácticamente imposible la fragmentación de los empleadores. “Hay una indiferencia respecto del sujeto acreedor en buena medida porque quien recibe los servicios es un único sujeto que es el todo resultante del conjunto empresarial. Esto mismo, adviértase de paso, justifica que sean correctos los fallos en donde se rechaza la pretensión de créditos laborales como si fueran dos empleadores, que de tanto en tanto aparece en los repertorios de jurisprudencia de diversos países. El tiempo de trabajo disponible es uno sólo y se presta de manera indiferenciada para una y otra persona jurídica; al ser uno sólo no corresponde cobrar dos veces porque o está en un lado o está en otro pero no en dos a la vez”¹¹⁶⁷.

¹¹⁶⁷ PÉREZ DEL CASTILLO, S., “Conjunto económico o grupo de empresas”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, cit., pp. 196 y 197.

La verificación de la responsabilidad de las empresas del grupo se hace estrictamente necesaria en materia de sucesión empresarial, despidos colectivos, entre otras materias, cuando haya una reclamación directa de los trabajadores contra el grupo por algún derecho laboral no cumplido por el empleador de una de las empresas del grupo, o “bien por una interpretación extensiva realizada de oficio por los tribunales respecto a la figura del grupo de empresas. Así, surgido el litigio económico, el trabajador pretende traspasar el ámbito de la primera sociedad y accionar contra la empresa matriz, alegando que su empleador real es el grupo como tal, no la empresa filial. Y ello porque la limitación de la responsabilidad empresarial a una única sociedad o empresa del grupo podría vulnerar los derechos de los trabajadores, puesto que el grupo actúa como una unidad de empresa”¹¹⁶⁸.

La regla general es que el mero hecho de que dos o más empresas juntas formen un grupo de empresa, no significa que haya una responsabilidad solidaria entre ellas, en lo referente a las obligaciones contraídas por cada una con sus propios trabajadores. No obstante, esta regla “puede quebrar cuando se demuestre que la constitución de personalidades jurídicas independientes constituye un mero mecanismo de cobertura formal de una situación de total interdependencia y actuación conjunta real y efectiva, que permita declarar la presencia de un único empleador”¹¹⁶⁹.

De esta manera, como ya fue indicado anteriormente, la responsabilidad solidaria de las empresas no debería ser aplicada en todos los casos, pero sin lugar a dudas, esta responsabilidad deberá ser materializada en los casos patológicos de abuso o fraude de Ley.

La doctrina viene haciendo una serie de sugerencias a la actuación del legislador:

“1) Una aclaración de las referencias legales al término empresa, estableciendo criterios que rellenen las lagunas normativas que han caracterizado la regulación de los grupos y que son puntos especialmente conflictivos desde la perspectiva de la aplicación de la normativa laboral. Muchos de ellos ya se han ido poniendo de manifiesto a lo largo del trabajo, como por ejemplo, el período de prueba o la prohibición de

¹¹⁶⁸ JUÁREZ PÉREZ, P., *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades*, cit., pp. 195 y 196.

¹¹⁶⁹ JUÁREZ PÉREZ, P., *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades*, cit., p. 197.

competencia desleal, por citar sólo algunos supuestos. En este sentido, no puede obviarse la falta de clarificación sobre cómo debe interpretarse el término empresa en relación con el grupo, lo cual está en el origen de gran parte de la conflictividad jurídica suscitada por los grupos en el ámbito laboral. La falta de regulación que se traduce en inseguridad jurídica para grupos y trabajadores; 2) un segundo punto, donde la intervención legislativa se hace especialmente necesaria es en materia de responsabilidad de los grupos. Aquí, el Derecho legal debería concretar los supuestos específicos de responsabilidad del grupo. No es éste el momento de abordar los complejos intereses en juego en el tratamiento de la responsabilidad de los grupos, ni tampoco de recordar la problemática suscitada por la aplicación judicial de la técnica del levantamiento del velo, solamente adecuada para los supuestos abusivos, cuya constatación suscita grandes dificultades de prueba en el ámbito de los grupos; 3) en tercer lugar, el legislador debería establecer medidas de información para obtener una mayor transparencia y publicidad de la actuación de los grupos. En este sentido, no puede olvidarse que la información actúa como presupuesto imprescindible para una adecuada tutela de los intereses de los trabajadores. Aunque en este ámbito existen tratamientos específicos en áreas del Derecho Fiscal (consolidación de balances) y del mercado de valores, han de buscarse mecanismos particulares desde la perspectiva laboral que refuercen la transparencia del grupo, y ello no sólo como un instrumento preventivo frente a eventuales actuaciones abusivas en el marco de los grupos, sino también y lo que es más importante, para dotar de legitimidad a esta forma de organización empresarial¹¹⁷⁰.

Por lo tanto, para que sea configurada la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo, o para que sea el grupo considerado como un único empleador, hace falta más que la simple constatación o apariencia de grupo económico, sino que es necesario que estén presentes las siguientes características especiales¹¹⁷¹ o diseñadas por una consolidada doctrina judicial¹¹⁷²:

¹¹⁷⁰ ESTEVE SEGARRA, A., “Grupos de empresas: efectos de las transformaciones empresariales sobre el Derecho del Trabajo”, cit., pp. 37 y 38.

¹¹⁷¹ Las mismas características, de forma un poco más abreviada, también son expuestas por MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 305.

¹¹⁷² Entre muchísimas, SSTS 6 de mayo de 1981 (RJ 1981, 2103) y 8 de octubre y 10 noviembre 1987 (RJ 1987, 6973 y 7835).

“1) Funcionamiento unitario de las empresas del grupo, a partir de datos como la propia apariencia externa, unidad física de las distintas sociedades, participación de unas en el capital de otras, cargos directivos comunes a ambas, coincidencia de domicilio y/u objeto sociales, realización de una misma o similar actividad mercantil, distribución indistinta de los productos elaborados, existencia de convenio colectivo de grupo, etc. No obstante, no cabe olvidar cómo las simples relaciones comerciales no pueden amparar idéntica conclusión siempre y en todo caso, máxime cuando escasa o nula trascendencia presenten para las relaciones laborales”¹¹⁷³; 2) “confusión de plantillas, lo cual supone la prestación de trabajo común (simultánea, alternativa o sucesivamente) a favor de varias de las mercantiles”¹¹⁷⁴, sin que ello sea óbice para la posible existencia de supuestos de “prestación del trabajo por cuenta ajena que se produce para las diferentes empresas que componen el grupo”¹¹⁷⁵; 3) confusión patrimonial o “caja única”¹¹⁷⁶, mediante comunicación de activos y pasivos, resultado de cuentas de explotación, balances consolidados, condonación de deudas, etc.; 4) “fraude de ley”¹¹⁷⁷, apreciable cuando “la existencia de las múltiples empresas (algunas de las cuales pueden llegar a ser aparentes, sin sustento real) tiene como objetivo la diversificación o exclusión de responsabilidades laborales”¹¹⁷⁸.

Una vez configurada la solidaridad de las empresas del grupo, el trabajador “podrá dirigirse a cualquier de las sociedades o personas integrantes del grupo, o a todas ellas, para exigir el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de su contrato de trabajo (arts. 1137 y ss. CC)”¹¹⁷⁹.

Por lo tanto, se puede decir que la responsabilidad empresarial en los casos de grupo de empresas, en España, primeramente se debe aplicar la teoría del levantamiento del velo, para comprobar así la existencia del grupo, pero por sí sola “no basta para

¹¹⁷³ STSJ Madrid 28 de noviembre de 1996 (AS 1996, 3753) y STS 29 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7684).

¹¹⁷⁴ SSTS 4 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1270), 6 de mayo de 1981 (RJ 1981, 2102) y 7 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 8851).

¹¹⁷⁵ HERRERA DUQUE, M. J., *Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español*, cit., p. 43.

¹¹⁷⁶ SSTS 19 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8583) y 30 de junio de 1993 (RJ 1993, 4939).

¹¹⁷⁷ SSTS 11 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6094), 3 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1321) y 8 de junio y 12 de julio de 1988 (RJ 1988, 5256 y 5802).

¹¹⁷⁸ QUIRÓS HIDALGO, J.G., “La prevención de riesgos laborales en los grupos de empresa”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., pp. 26 y 27.

¹¹⁷⁹ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 305.

hacer nacer respecto a él otras responsabilidades distintas de las existentes para con sus propios trabajadores. En este primer momento, el grupo únicamente adquiere la posibilidad de ser calificado como empleador a efectos del artículo 1.2. ET (...); por otro lado, la responsabilidad solidaria será aplicada más concretamente en los casos en que sea comprobada la existencia de fraude de Ley o de abuso de derecho, “donde se trata de utilizar la figura del grupo como cobertura de una realidad fáctica de empresario único. Con ello, se llega a la segunda fase del proceso de imputación de responsabilidad empresarial al grupo: la verificación de una interposición ilícita en el contrato, efectuada a través de la figura del grupo, para ocultar al empresario real”. De esta forma, se puede comprobar la finalidad fraudulenta pretendida por el grupo de empresa que constituye “la base atributiva de la responsabilidad del grupo, que encuentra su fundamento legal en los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil”¹¹⁸⁰.

Dejando el caso español y pasando a analizar el trato de los grupos de empresas en el ordenamiento portugués, a pesar de no existir todavía un concepto *iuslaboral* unitario de grupo de empresas¹¹⁸¹, como ya se ha dicho anteriormente, sí está reconocido en la legislación portuguesa la pluralidad de empleadores (artículo 101 do Código do Trabalho portugués), como contraparte de la relación laboral.

El apartado 3 del artículo 101 CT establece, para los casos en que el trabajador sea contratado por varios empresarios, una responsabilidad solidaria por todas las obligaciones derivadas de la relación laboral entre ellos.

Pero para considerar la existencia de una pluralidad de empresarios es necesaria la existencia de un contrato por escrito con el trabajador y los distintos empleadores. Pero la cuestión se complica en los casos donde no hay una pluralidad de empleadores formalmente constituidos como si fuera uno solo, sino que el trabajador presta su labor para más de una de las empresas que forman parte de un mismo grupo económico.

En estos casos hay una clara disociación del empleador formal y del empleador real. El trabajador es contratado por un empleador pero durante la vigencia de su contrato empieza a trabajar para otro empleador que mantiene una relación con el primero, ya que forman parte del mismo grupo empresarial.

¹¹⁸⁰ El entrecomillado pertenece a JUÁREZ PÉREZ, P., *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades*, cit., pp. 197 y 198.

¹¹⁸¹ ENGRÁCIA ANTUNES, J. “Os grupos de sociedades no direito do trabalho”, *Questões Laborais*, núm. 2, 2012, p. 53.

La identificación del verdadero responsable dentro del grupo de empresa respecto de las obligaciones con el trabajador será un arduo trabajo para la jurisprudencia y para la doctrina portuguesa y es de extrema necesidad porque la existencia del grupo empresarial afectará directamente a los derechos individuales y colectivos del trabajador que se mueve entre las empresas del grupo, lo que va a repercutir en diferencias salariales entre los trabajadores de las diferentes sociedades, en antigüedad del trabajador, condiciones laborales y categoría profesional¹¹⁸².

El legislador portugués, preocupado con la transparencia en las relaciones laborales del trabajador con el grupo empresarial, ha establecido un derecho de información (artículo 106.3, a) do CT) en virtud del cual el empleador tiene el deber de informar a sus trabajadores de todas las coligaciones societarias que venga a realizar con otras empresas y que estén relacionadas con el trabajador.

Además, el legislador portugués establece una regulación tendente a que los derechos del trabajador fuesen garantizados, estableciendo en el artículo 334 do CT¹¹⁸³ una responsabilidad solidaria de la sociedad empresarial (independientemente si es una sociedad por participación recíproca, de dominio o de grupo, de acuerdo con el artículo 481 y siguientes del Código de Sociedades Comerciales), por todos los créditos laborales debidos al trabajador contratado por una de las empresas del grupo y vencidos durante más de 3 meses¹¹⁸⁴.

Se trata de una norma de alcance significativo en la protección de los trabajadores, que pueden exigir el cumplimiento de cualquiera de los créditos laborales vencidos e insatisfechos (incluyendo la prestación salarial y todos los créditos de él derivados, ayudas de coste, gratificaciones, indemnizaciones contractuales, subsidios, etc., en fin, cualquier deuda por créditos pecuniarios provenientes de la relación laboral) de cualquiera de las sociedades con la que su empleador poseyera relación de colaboración¹¹⁸⁵.

¹¹⁸² CARVALHO, C. N. de O., *Da Mobilidade dos Trabalhadores no Âmbito dos Grupos de Empresas Nacionais*, cit., 2001, pp. 29 y ss.

¹¹⁸³ “Art. 334.º - Responsabilidade solidária de sociedade em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo.

Por crédito emergente de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação, vencido há mais de três meses, respondem solidariamente o empregador e sociedade que com este se encontre em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, nos termos previstos nos artigos 481.º e seguintes do Código das Sociedades Comerciais.

¹¹⁸⁴ RAMALHO, M. do R. P., *Grupos empresariais e societários: incidências laborais*, cit., pp. 638 y ss.

¹¹⁸⁵ ENGRÁCIA ANTUNES, J. “Os grupos de sociedades no direito do trabalho”, cit., pp. 62 y 63.

De esta forma, la legislación portuguesa reconoce la existencia del empleador real y su consecuente responsabilidad apoyada en la configuración del grupo de empresa¹¹⁸⁶. Es decir, comprobada la existencia del grupo empresarial, sea cual sea el tipo de relación de colaboración que mantengan entre las empresas, autoriza al trabajador a exigir el cumplimiento de la obligación salarial de cualquiera de los empresarios del grupo de empresas.

La legislación portuguesa va, pues, un paso más allá de la responsabilidad solidaria entre las empresas del grupo. El artículo 335 do CT¹¹⁸⁷ reconoce la responsabilidad del socio gerente, administrador o director de la empresa en el pago de las deudas salariales de los trabajadores de su empresa, desde que estén configuradas las causas previstas en los artículo 78¹¹⁸⁸, 79¹¹⁸⁹ y 83¹¹⁹⁰ del Código das Sociedades Comerciais.

¹¹⁸⁶ CARVALHO, C. N. de O., *Da Mobilidade dos Trabalhadores no Âmbito dos Grupos de Empresas Nacionais*, cit., p. 97 y ss.

¹¹⁸⁷ “Art. 335.º - Responsabilidade de sócio, gerente, administrador ou director

1 — O sócio que, só por si ou juntamente com outros a quem esteja ligado por acordos parassociais, se encontre numa das situações previstas no artigo 83.º do Código das Sociedades Comerciais, responde nos termos do artigo anterior, desde que se verifiquem os pressupostos dos artigos 78.º, 79.º e 83.º daquele diploma e pelo modo neles estabelecido.

2 — O gerente, administrador ou director responde nos termos previstos no artigo anterior, desde que se verifiquem os pressupostos dos artigos 78.º e 79.º do Código das Sociedades Comerciais e pelo modo neles estabelecido”.

¹¹⁸⁸ “Art. 78: Responsabilidade para com os credores sociais. 1) Os gerentes ou administradores respondem para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à protecção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos; 2) Sempre que a sociedade ou os sócios o não façam, os credores sociais podem exercer, nos termos dos arts. 606 a 609 do Código Civil, o direito de indemnização de que a sociedade seja titular; 3) A obrigação de indemnização referida no núm 1 não é, relativamente aos credores, excluída pela renúncia ou pela transacção da sociedade nem pelo facto de o acto ou omissão assentar em deliberação da assembleia geral; 4) No caso de falência da sociedade, os direitos dos credores podem ser exercidos, durante o processo de falência, pela administração da massa falida; y 5) Ao direito de indemnização previsto neste artigo é aplicável o disposto nos núms. 2 a 6 do art. 72, no art. 73 e no núm. 1 do art. 74”.

¹¹⁸⁹ “Art. 79: Responsabilidade para com os sócios e terceiros. 1) Os gerentes ou administradores respondem também, nos termos gerais, para com os sócios e terceiros pelos danos que directamente lhes causarem no exercício das suas funções; 2) Aos direitos de indemnização previstos neste artigo é aplicável o disposto nos núms. 2 a 6 do art. 72, no art. 73 e no núm. 1 do art. 74”.

¹¹⁹⁰ “Art. 83: Responsabilidade solidária do sócio. 1) O sócio que, só por si ou juntamente com outros a quem esteja ligado por acordos parassociais, tenha, por força de disposições do contrato de sociedade, o direito de designar gerente sem que todos os sócios deliberem sobre essa designação responde solidariamente com a pessoa por ele designada, sempre que esta for responsável, nos termos desta lei, para com a sociedade ou os sócios e se verifique culpa na escolha da pessoa designada; 2) O disposto no número anterior é aplicável também às pessoas colectivas eleitas para cargos sociais, relativamente às pessoas por elas designadas ou que as representem; 3) O sócio que, pelo número de votos de que dispõe, só por si ou por outros a quem esteja ligado por acordos parassociais, tenha a possibilidade de fazer eleger gerente, administrador ou membro do órgão de fiscalização responde solidariamente com a pessoa eleita, havendo culpa na escolha desta, sempre que ela for responsável, nos termos desta lei, para com a

Por lo tanto, al hablar de grupos de empresa y de la responsabilidad por los créditos laborales de los trabajadores no se podía dejar de hablar del caso portugués, sumamente ilustrativo por la original solución que ofrece. En España todo el reconocimiento de derechos a favor de los trabajadores es hecho a través de la jurisprudencia tanto de la existencia del grupo de empresa como de una posible imputación de la responsabilidad, en caso de ser comprobada una actitud fraudulenta por parte de las empresas del grupo.

En el país vecino, sin embargo, se nota un admirable avance en este aspecto, pues aunque el concepto de grupo de empresa no esté definido en el ámbito del derecho laboral, la ley reconoce su existencia y exige a los empresarios la responsabilidad solidaria frente a los trabajadores comunes del grupo económico. Es decir, basta que se configure la existencia de relaciones societarias entre las empresas del grupo para que se pueda exigir la responsabilidad solidaria de todas las empresas integrantes del grupo, aunque no exista ninguna intención de defraudar los derechos de los trabajadores.

La única exigencia de la normativa portuguesa para que el trabajador pueda demandar contra cualquiera de las empresas del grupo, es que tenga sus créditos salariales atrasados durante más de 3 meses. Hasta que se cumplan los 3 meses, el trabajador podrá exigir el pago de la obligación sólo a su empleador, pero superado este período y no siendo satisfecho su derecho, puede demandar contra cualquier de las empresas del grupo económico.

Y eso no es todo, como forma de proteger aún más el derecho de los trabajadores en recibir las prestaciones salariales atrasadas e insatisfechas, la legislación portuguesa prevé la posibilidad de que el trabajador puede demandar directamente a los socios, gerentes o administradores de las empresas, recurriendo a los bienes patrimoniales y personales de los responsables por la unidad empresarial, en caso de que las empresas del grupo ya no tengan recursos financieros con los que cumplir con la deuda por los salarios atrasados con más de 3 meses de sus trabajadores (artículo 335 do CT).

sociedade ou os sócios, contanto que a deliberação tenha sido tomada pelos votos desse sócio e dos acima referidos e de menos de metade dos votos dos outros sócios presentes ou representados na assembleia; 4) O sócio que tenha possibilidade, ou por força de disposições contratuais ou pelo número de votos de que dispõe, só por si ou juntamente com pessoas a quem esteja ligado por acordos parassociais de destituir ou fazer destituir gerente, administrador ou membro do órgão de fiscalização e pelo uso da sua influência determine essa pessoa a praticar ou omitir um acto responde solidariamente com ela, caso esta, por tal acto ou omissão, incorra em responsabilidade para com a sociedade ou sócios, nos termos desta lei,

1.3.3 Otras alternativas: la “desconsideración” de la personalidad jurídica

Para alcanzar la efectividad del pago de los créditos a favor de los trabajadores reconocidos en sentencia, la jurisprudencia brasileña viene aplicando la teoría prevista en el código del consumidor¹¹⁹¹ de este país de la “desconsideración de la personalidad jurídica”, utilizada en los casos de fraude de ley (o fraude a acreedores) o abuso de derecho. Al aplicar esta teoría en el ámbito laboral, es posible exigir de la persona física, socio y responsable legal de la empresa que contrató con el trabajador, el cumplimiento de la sentencia de ejecución laboral, en la que figura deudora la persona jurídica.

Cabe mencionar, a efectos ilustrativos, que el trabajo que viene siendo ejecutado por la magistratura brasileña, cuando se comprobó la imposibilidad financiera de la empresa de cumplir con las obligaciones derivadas de la relación laboral, consiste en solicitar datos a la Hacienda sobre los bienes de los socios de la empresa (empleador formal) responsable por las deudas existentes con sus trabajadores y ante la existencia de bienes personales de los socios, puede aplicar la teoría de la desconsideración de la personalidad jurídica¹¹⁹², que consiste en dar prioridad a la realidad material en detrimento de la verdad formal, buscando los bienes de los socios para garantizar la ejecución del crédito del trabajador.

Al aplicar la teoría de la “desconsideración” de la persona jurídica, el juez da inicio al proceso de ejecución laboral, de acuerdo con el artículo 878 de la CLT¹¹⁹³.

Así como la teoría del levantamiento del velo, también la teoría brasileña sirve para responsabilizar a aquel que consigue los beneficios empresariales, escondiéndose tras el manto corporativo para realizar actos prohibitivos o contrarios al ordenamiento jurídico.

La magistratura brasileña está amparado por el artículo 50 del Código Civil brasileño de 2002¹¹⁹⁴, que establece que en los casos de abuso de la personalidad

¹¹⁹¹ § 5º, do artigo 28, do Código de Defesa do Consumidor - CDC (autorizada pelos artigos 8º e 769 da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT)”.
¹¹⁹² AC núm. 19990432158, Turma: 8ª. TRT/SP, Data julg. 05 agosto de 1999, Data de la Pub.:14 de setiembre de 1999, Processo: 02980577850, Rel.: Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva.

¹¹⁹³ “Art. 878 CLT: A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou ex officio pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior”.

¹¹⁹⁴ “Art. 50 CC : Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando

jurídica que sean caracterizados por la confusión patrimonial o por una finalidad dudosa, el juez puede, a pedido del Fiscal, de la parte interesada o por libre arbitrio, extender, en ciertos casos, la responsabilidad a los socios o administradores de la persona jurídica, a través de sus bienes particulares¹¹⁹⁵.

La jurisprudencia brasileña ha establecido unos requisitos esenciales que tienen que estar comprobados por el juez para que la “desconsideración” de la persona jurídica pueda ser aplicada. Estos requisitos son: objetivo, cuando se compruebe la insuficiencia patrimonial de la empresa deudora, y el subjetivo consiste en analizar si la finalidad de la empresa ha sido desviada o si hay confusión patrimonial¹¹⁹⁶.

La desconsideración de la personalidad jurídica es aplicada en beneficio del trabajador que tiene derecho a recibir su crédito salarial que tiene naturaleza alimentar y también no deberá ser el trabajador quién sufra las consecuencias del riesgo empresarial.

1.3.4 Un supuesto a considerar: el caso francés

En los últimos años, la globalización y las formas descentralizadas de producción han contribuido a un increíble aumento en el número de grupo de empresas en España, no obstante, como se ha dicho anteriormente, en este ordenamiento la figura del grupo de empresas no está reconocida legalmente, quedando a cargo de la jurisprudencia solventar algunas dudas que surgen en este contexto empresarial.

En el ordenamiento francés se reconoce que “dos empresas pueden ser consideradas conjuntamente el empleador del asalariado, responsable del vínculo laboral”. El reconocimiento de una agrupación de empleadores¹¹⁹⁷, permite hacer

lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

¹¹⁹⁵ Según el art. 592 y 596 del Código Procesal brasileño, una vez sean agotados o insuficientes los bienes patrimoniales de la empresa, sus socios responderán por las deudas de la sociedad. En este sentido, establece la jurisprudencia en el Acórdão 2003,1332, TRT 15º região, agravo de petição, 6ª turma, 12ª câmara, Juíza Relatora Olga Aida Joaquim Gomieri, sessão de 01 de março de 2005).

¹¹⁹⁶ 3ª Turma do STJ, REsp 1.141.447-SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 8 de fevereiro de 2011.

¹¹⁹⁷ Artículo L. 127-1 del Código de Trabajo.

“recaer solidariamente la responsabilidad del vínculo laboral en el conjunto de las empresas que participan en la agrupación”¹¹⁹⁸.

Despertada la curiosidad de saber si “el grupo puede ser un ámbito posible e idóneo de actuación de los mecanismos de representación unitaria y sindical de los trabajadores de las diversas plantillas de las empresas agrupadas”¹¹⁹⁹, y como en España el grupo de empresa no tiene personalidad jurídica y, por lo tanto, no está reconocida como un sujeto jurídico capaz de negociar junto al representante de los trabajadores, se tomará, a título de ejemplo, el caso francés¹²⁰⁰, a pesar de tener, según la doctrina francesa, innumerables deficiencias¹²⁰¹. El Código de Trabajo francés además de reconocer como ente patronal el grupo de empresa, también tiene solventadas las dudas respecto de la negociación colectiva a nivel del grupo.

En el Derecho Francés si la unidad económica y la social coinciden en el grupo, este será reconocido como entidad patronal, pero eso no será siempre así, pues “en un grupo puede haber varias empresas en el sentido económico de la palabra. En este país la figura del comité de un grupo de empresas y las funciones que se le reconocen tratan de aprehender este tipo de relaciones; en ellas se basan también las obligaciones de recolocación dentro del grupo en caso de despido por causas económicas o, más recientemente, el reconocimiento de la negociación de grupo”¹²⁰².

De hecho, las diferencias existentes entre España y Francia sobre los grupos de empresas, no están solamente relacionadas con el hecho de que en España el concepto es resultado de una rigurosa labor jurisprudencial, mientras que en Francia este instituto

¹¹⁹⁸ El entrecomillado pertenece a MORIN, M-L., “El derecho del trabajo ante los nuevos modos de organización de la empresa”, *RIT*, núm. 1, 2005, p. 23.

¹¹⁹⁹ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 309.

¹²⁰⁰ Todas las referencias al caso francés fueran tomadas de la autora YSÁS MOLINERO, H., “Derecho de negociación colectiva ante una economía globalizada”, en AA.VV.: *Derecho de negociación colectiva y grupos de empresa comparación de sus rasgos principales en España y en Francia*, X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sevilla, 2011. Disponible en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/congreso europeo/02%20Segunda%20ponencia/203%20Y SAS.pdf>

¹²⁰¹ A este respecto la autora, recomienda consultar *Vid.* LAGESSE, P., “Sur les conventions et accords de groupe” en AA.VV.: *Le nouveau droit de la négociation collective*, París (Éditions Pantheon Assas), 2004.

¹²⁰² MORIN, M-L., “El derecho del trabajo ante los nuevos modos de organización de la empresa”, *RIT*, núm. 1, 2005, p. 10.

está reconocido legalmente¹²⁰³. Las diferencias van más allá. En Francia el concepto de grupo de empresas está regido por un criterio esencialmente económico, situación opuesta a la apreciada en España que intenta, mediante los pronunciamientos judiciales, aproximar el concepto de grupo de empresa de acuerdo con los dictámenes laborales y no tanto con los aspectos mercantiles¹²⁰⁴.

Fue el 4 de mayo de 2004 cuando se introdujo en Francia la Ley núm. 2004-391, que reguló las primeras líneas sobre los convenios y acuerdos en los grupos de empresa¹²⁰⁵. Actualmente, la regulación sobre los grupos está recogida en los artículos L. 2232-30 a L. 2232-35 del Código de Trabajo¹²⁰⁶.

En la parte que aquí interesa, cabe destacar que en Francia se admite la celebración de convenios colectivos de grupo y también acuerdos marco de grupo, como acuerdos celebrados entre las empresas del grupo y los representantes de los trabajadores. En el supuesto de que exista más de un sindicato, las organizaciones de representación de los trabajadores más importantes son las que tienen que llegar a un acuerdo en las propuestas que serán presentadas por el representante del grupo, que en general será el representante de la empresa dominante.

Cabe resaltar, que el acuerdo será válido cuando la mayoría de los miembros de la representación legal de los trabajadores, en un mínimo de 30% se manifiesten favorables al referido acuerdo.

Y para finalizar las diferencias entre los ordenamientos de estos dos países vecinos, cabe establecer una última observación. En Francia, es posible que “en un mismo grupo de empresas pueda convivir la aplicación de distintos convenios sectoriales en razón de las distintas actividades llevadas a cabo por las distintas empresas del grupo”¹²⁰⁷.

¹²⁰³ ALBURQUERQUE R., “Los grupos de empresa en el Derecho Laboral”, en AA.VV.: *Los grupos de empresa s nacionales y multinacionales y el Derecho del Trabajo*, p. 76, Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/861/5.pdf>

¹²⁰⁴ YSÁS MOLINERO, H., “Derecho de negociación colectiva ante una economía globalizada”, en AA.VV.: *Derecho de negociación colectiva y grupos de empresa comparación de sus rasgos principales en España y en Francia, X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 7.

¹²⁰⁵ MORIN, M-L., “El derecho del trabajo ante los nuevos modos de organización de la empresa”, *RIT*, núm. 1, 2005, p. 18.

¹²⁰⁶ YSÁS MOLINERO, H., “Derecho de negociación colectiva ante una economía globalizada”, en AA.VV.: *Derecho de negociación colectiva y grupos de empresa comparación de sus rasgos principales en España y en Francia, X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 8.

¹²⁰⁷ YSÁS MOLINERO, H., “Derecho de negociación colectiva ante una economía globalizada”, en AA.VV.: *Derecho de negociación colectiva y grupos de empresa comparación de sus rasgos principales*

En lo que respecta al ordenamiento español, cabe resaltar que los convenios colectivos se rigen por el principio de la libertad sindical, y en aplicación de este principio, juntamente con el artículo 83.1 ET que prescribe que “los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden”, se vislumbra la posibilidad de que por más que en este país no exista un Convenio Colectivo que sea aplicado al grupo empresarial, igual que el del caso francés, nada impide que el Convenio Colectivo de una de las empresas del grupo pueda ser aplicado a otras empresas del grupo, siempre que sea por las partes así acordado. Esta conclusión se hace posible porque no existe, a este respecto, ningún impedimento jurídico expreso.

2. Precarización de las condiciones de trabajo.

Como se ha visto a lo largo de este estudio, el sistema de relaciones laborales, al ser influenciado por los cambios de la sociedad, viene presentando innumerables cambios, bien en el perfil de sus protagonistas, bien en la manera en que ellos se relacionan, o bien en el propio ordenamiento que viene amoldando sus estructuras para acompañar a una sociedad internacional y en constante evolución.

Al principio, el Derecho del Trabajo impuso cierta resistencia e intentó mantener sin perspectiva de alteración sus normas protectoras, rígidas y obsoletas. No obstante, dicha intransigencia empezó a ser dominada por nuevos vocablos que poco a poco tomaron el protagonismo dentro de este área del Derecho.

Las nuevas terminologías que han invadido el ámbito de las relaciones laborales, como “flexibilización”, “externalización”, o “descentralización” (y que fueron exhaustivamente explicadas en los capítulos anteriores), han servido para alertar al Derecho Laboral de que hacía falta, inevitablemente, un cambio en las normas de carácter excesivamente protector hacia un ordenamiento más acorde con la actual (ya no tanto) realidad socio-económica.

en España y en Francia, X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit., p. 14.

La primera vez que se escuchó hablar de flexibilización fue a finales de los años 70, por lo que no se puede hablar ahora de un fenómeno nuevo. Desde que surgió este término muchos cambios han sucedido en el ordenamiento, pero, no han sido suficientes, pudiendo confirmar la existencia de tres fases: “la etapa inicial del mismo (flexibilidad de entrada), la que coincide con la primera fase vital de la relación laboral - el nacimiento o constitución de la misma- está condicionada por la práctica flexibilizadora consistente en el aumento de la contratación por tiempo determinado; la segunda etapa del circuito (flexibilidad de paso), la que corresponde a la segunda fase de la vida del contrato (es decir, la de su duración) está asimismo impregnada de flexibilidad laboral, que en este caso se materializa mediante la movilidad funcional, la geográfica y la ordenación de los tiempos de trabajo; y la última etapa (flexibilidad de salida), que tiene su correspondencia con el posterior período del ciclo vital del contrato (es decir con su terminación)”¹²⁰⁸.

En el ámbito laboral, al mismo tiempo que se empezaron a aplicar las primeras medidas flexibilizadoras surgió otro fenómeno que hoy, sin lugar a dudas, es el nuevo eje dentro del Derecho Laboral: el trabajo precario.

Se ha denominado empleo precario “a la prestación personal que no disfruta de la plena protección del Derecho del Trabajo por razones que pueden ser diversas. Es un trabajo jurídicamente lícito, pero sometido a una normativa no protectora o no tanto como la laboral”¹²⁰⁹.

La concepción del trabajo precario retorna, y no con exageración, a la idea de “mercancía”, ya que para que se pueda llegar a su último destinatario (el empresario efectivo) hace falta en el intermedio la contratación de “contratistas, empresas de trabajo temporal y empresas de servicios, que, aunque facilitan el suministro flexible y el incremento del empleo de la mano de obra, generan desigualdades y fomentan la temporalidad. La segmentación del mercado de trabajo y la crisis del principio de estabilidad en el empleo ha desembocado, a la postre, en un estatuto del trabajador fragmentado en perjuicio de la profesionalidad, de la igualdad sustancial en el sistema social y de unas condiciones de trabajo y de vida menos seguras y estables”¹²¹⁰.

¹²⁰⁸ PÉREZ AMORÓS, F., “Retos del Derecho del Trabajo del futuro”, cit., p. 56.

¹²⁰⁹ ÁLVAREZ CUESTA, H., *La precariedad laboral, análisis y propuestas de solución*, cit., p.12.

¹²¹⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “Hacia un nuevo Derecho del Trabajo”, *La ley*, núm. 5122, 1999, p. 1.

La precariedad laboral está relacionada con los cambios en las garantías del trabajador dentro del contrato laboral, así como también se considera precario el trabajo informal, donde se encuentran los llamados trabajadores excluidos o marginales, que no poseen ninguna norma protectora en el desempeño de su labor.

El trabajo negro o sumergido, también llamado de empleo informal ha sido consecuencia, en períodos de expansión económica (sobre todo en los países en desarrollo), “del excedente de mano de obra proveniente de las zonas agrícolas en las regiones urbanas, que la industria no conseguía absorber”¹²¹¹, pero se ha mantenido y ampliado en su alcance.

Dentro de aquellos trabajadores desprovistos de los estándares básicos de protección jurídica laboral¹²¹², encontrándose “marginados del bienestar institucionalmente garantizado por el sistema legal y de negociación colectiva y sus respectivas redes de cobertura protectora y desmercantilizadora”¹²¹³, se encuentran los trabajadores eventuales, parados, trabajadores a tiempo parcial, jóvenes, mujeres, o sumergidos, emigrantes, etc.”¹²¹⁴.

La exclusión social es el “proceso a través del cual los individuos o grupos quedan total o parcialmente excluidos de una participación plena en la sociedad en la que viven”¹²¹⁵, y puede ser ocasionado por diversos factores, entre ellos, uno de los más importantes, es la precariedad en el empleo.

“La perspectiva o dimensión principal de la exclusión social es la que gira en torno al empleo y la protección social, tal vez porque éstos son los más importantes factores de la integración o inserción social al representar uno de los recursos fundamentales de los ciudadanos y reflejar con exactitud los valores dominantes en un Estado Social”¹²¹⁶.

¹²¹¹ JAKOBSEN, K., “¿Cómo puede enfrentar el sindicalismo a las empresas multinacionales?”, cit., pp. 149 y 150.

¹²¹² MONEREO PÉREZ, J.L., *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid (Ed. Civitas), 1996, p. 74.

¹²¹³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La crisis en la identidad del modelo clásico de contrato de trabajo: la incidencia del paro y la precariedad”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2002, p. 1859 y, MORENO PÉREZ, J.L., “El Derecho del Trabajo en el umbral del siglo XXI: la nueva fase del Derecho del Trabajo”, *Lan Harremanak*, núm. 2, 2000, p. 252.

¹²¹⁴ MORENO PÉREZ, J.L., “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social”, *RL*, núms. 15 y 16, 2001, p. 32.

¹²¹⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V., CANO GALÁN, Y., CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Políticas sociolaborales*, Madrid (Ed. Tecnos), 2005, p. 266.

¹²¹⁶ ÁLVAREZ CUESTA, H., *La precariedad laboral, análisis y propuestas de solución*, cit., p. 15.

Con relación al trabajo precario, se entiende que son trabajos con condiciones poco atractivas y que el trabajador sólo las acepta por no tener otra opción, pues siendo el trabajo un bien escaso (sobre todo en épocas de crisis) es preferible tener un empleo precario que no tener trabajo alguno¹²¹⁷.

Por lo tanto, cuando no hay empleo o cuando lo hay en condiciones precarias, la exclusión social de este trabajador impedirá no sólo que él no obtenga “los recursos económicos necesarios para afrontar las necesidades básicas (vivienda, educación...), sino que también cuando el ciudadano padece esas deficiencias está quedando al margen de uno de los derechos propios de un Estado Social (el derecho al trabajo y el derecho a la protección social) y de los valores que los inspiran, dignidad humana, igualdad y solidaridad personal”¹²¹⁸.

Está claro que “si el siglo XIX se cerró con la herida de la cuestión obrera y sus secuelas de pauperismo, miseria, explotación y muerte prematura, el siglo XX termina y el XXI se ha abierto con otra herida: la cuestión de la exclusión, con sus satélites de marginalidad, inadaptación y desagregación”¹²¹⁹.

El Derecho del Trabajo está para proteger y asegurar los derechos de los trabajadores, tanto los “protegidos” como también los “no protegidos”¹²²⁰. Por lo tanto, dentro de su ámbito de aplicación y tutela se pueden encontrar una pluralidad de trabajadores: trabajador formal o informal, estable o temporal, trabajador autónomo económicamente dependiente o por cuenta ajena; trabajador industrial o trabajador tercerizado; con poca cualificación o altamente cualificado; trabajador de un gran centro productivo o trabajador de una microempresa; etc. Y todos ellos deberían estar cubiertos bajo el manto protector del Derecho Laboral, dirigido a conseguir una integración de estas distintas formas de prestación laboral (realidades éstas cada vez más complejas), dentro del ordenamiento jurídico¹²²¹.

No obstante, la crítica actual al Derecho del Trabajo radica fundamentalmente en el hecho de “proteger sólo a los trabajadores instalados (los llamados *insiders*) frente a la

¹²¹⁷ IGLESIAS CABERO, M. y MARÍN CORREA, J. M., *Comentario de urgencia al marco normativo de contrato a tiempo parcial*, Madrid (Ed. Colex), 1999, p. 153.

¹²¹⁸ ÁLVAREZ CUESTA, H., *La precariedad laboral, análisis y propuestas de solución*, cit., p. 15.

¹²¹⁹ GARCÍA ROCA J., ROJO TORRECILLA, E., “Las políticas de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos”, *RL*, núm. 1, 1998, p. 425.

¹²²⁰ DUEÑAS HERRERO, L. J., “¿Transgresión o transformación del Derecho del Trabajo?”, cit., p. 39.

¹²²¹ CRUZ VILLALÓN, J., “El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado”, en AA.VV.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Madrid (Ed. Tecnos), 1999, p. 188.

competencia de los desempleados y los trabajadores en situación irregular o precaria (los *outsiders* o relegados)”¹²²², lo que afirma la paradoja existente de que “los trabajadores más necesitados de protección son, precisamente, aquéllos a los que menos se les presta”¹²²³.

Por lo tanto, no hay otra alternativa que cambiar la visión del sistema jurídico-laboral, que se encuentra obligado “hoy a mirar con ojos nuevos reglas viejas, a las que están dando un nuevo papel y alcance ante las profundas transformaciones económicas y productivas actuales”¹²²⁴.

2.1 Temporalidad

Uno de los mayores problemas detectados en este estudio ha sido el aumento de los contratos temporales, considerados como un factor que incrementa la precariedad laboral, por no gozar el trabajador de los derechos y garantías tutelados a los trabajadores indefinidos que poseen un contrato de trabajo estable. La temporalidad de los contratos era algo excepcional y hoy se está tornando en regla a la hora de contratar, pues existe un claro abuso de la utilización de los contratos temporales.

El trabajador tiene que acostumbrarse a vivir en condiciones de estrés elevadas, debido a la inseguridad derivada de la certeza del término de su contrato y a la dificultad para acceder de nuevo al mercado de trabajo.

Así, en España, la temporalidad “ha sido vista tradicionalmente como una de las lacras a combatir por el legislador y por los sindicatos, y no sólo por la identificación

¹²²² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El Derecho del Trabajo a fin de siglo”, cit., p. 8.

¹²²³ ÁLVAREZ CUESTA, H., “Los intentos legislativos por cambiar la descorazonadora realidad preventiva en contratas y subcontratas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, Valladolid (Ed. Junta de Castilla y León), 2007, p. 17.

¹²²⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en AA.VV. (KURCZYN VILLALOBOS, P. Y PUIG HERNÁNDEZ, C. A., Coord.): *Estudios Jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, cit., pp.764 Y 765.

entre empleo inestable con bajos salarios, sino que también otros muchos factores se suman a la situación de estos empleados”¹²²⁵.

La temporalidad impide que los trabajadores tengan la formación necesaria para desarrollar ciertas actividades, y este hecho debería desanimar a los empresario de hacer uso de esta forma de contratación laboral, ya que una deficiente formación profesional se traduce en perjuicios para la empresa, pues la productividad no tendrá la misma calidad que tendría si la actividad fuera desarrollada por personal especializado. Por lo tanto, “la utilización del empleo inestable puede suponer, a la postre, un coste en términos de productividad laboral no compensado en muchas ocasiones por unos salarios directos más bajos”¹²²⁶, máxime cuando estos trabajadores están más expuestos a sufrir accidentes laborales. Pero esta circunstancia no es tenida en cuenta por las empresas que, con gran cortedad de miras, buscan el beneficio rápido.

La contratación por tiempo determinado impide que estos trabajadores reciban la debida formación en materia de prevención de riesgos laborales, por lo tanto, no es una tarea difícil la de relacionar el elevado número de siniestralidad laboral a las altas tasas de trabajo temporal. La falta de preparación de los trabajadores temporales conlleva la puesta en peligro la salud y la seguridad de estos trabajadores, resultando ser, claramente, una forma de trabajo precario.

Hasta la reforma laboral de 2012, los costes de un trabajador temporal y de un trabajador indefinido estaban en dos polos distintos. Ya que la posibilidad de contratar un trabajador de forma temporal suponía para el empleador una reducción considerable en sus costes de personal.

Otra cuestión a recordar es el adelgazamiento del poder sindical. Las empresas “pierden” un gran número de trabajador indefinidos, que son, en muchos casos, sustituidos por trabajadores temporales, lo que conlleva a la disminución del número de personal y una consecuente disminución de la tasa de afiliación, basándose en el hecho de que la reducción en la plantilla interfiere directa y proporcionalmente al número de trabajador sindicalizados.

¹²²⁵ ÁLVAREZ CUESTA, H., “Los intentos legislativos por cambiar la descorazonadora realidad preventiva en contratas y subcontratas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., p. 13.

¹²²⁶ ÁLVAREZ CUESTA, H., *La precariedad laboral, análisis y propuestas de solución*, cit., p. 51.

2.2 *Minoración de la retribución*

La obligación del empresario en retribuir pecuniariamente el trabajo realizado por el trabajador está prevista en el artículo 8.1 ET y el concepto de salario y sus garantías están reguladas en los artículo 26 al 33 ET.

La retribución salarial es uno de los elementos más importantes dentro de la relación laboral. Es la valoración de la fuerza trabajo y es de donde el trabajador saca su sustento y el de su familia. El sueldo tiene características esencialmente socio-contributivas, porque es el que permite al trabajador tener una vida digna y al mismo tiempo conseguir un reconocimiento para su labor a través de la prestación económica.

Para el empresario el salario de sus trabajadores se traduce en un coste mensual, en un factor variable esencial para la competitividad, ya que, como se ha dicho reiteradas veces, la reducción de costes hará a la empresa más competitiva en el mercado.

Pero además de eso, la retribución salarial también es un factor que mueve la inflación, las inversiones, el consumo y el empleo. Por lo tanto, es de suma importancia la intervención del Estado y de los agentes sociales, sobre todo en lo que respecta a los acuerdos colectivos salariales¹²²⁷.

En este sentido, los salarios según la OIT “son un componente fundamental de las condiciones de trabajo y empleo en las empresas. Dado que se trata de un costo para los empleadores y es la principal fuente de ingresos de los trabajadores, los salarios pueden ser objeto de conflictos y se han convertido en uno de los principales temas de las negociaciones colectivas en todo el mundo. Al mismo tiempo, los salarios pueden causar situaciones de discriminación y privación si no se les garantiza a los trabajadores un nivel mínimo que sea digno. Desde el punto de vista de la economía, los salarios son parte muy importante de los costos laborales y son una variable esencial para la competitividad de las empresas que requiere ser analizada, también en su relación con otros factores como el empleo, la productividad y la inversión. Por estos motivos los Estados, junto con representantes de empleadores y trabajadores, han reconsiderado sus

¹²²⁷ POSE VIDAL. S.: “La cláusula de descuelgue salarial en tiempos de crisis económica”, AS, núm. 784, 2009, pp. 1 a 5.

políticas salariales y han realizado importantes reformas o han evaluado nuevas estrategias, para lo cual se ha pedido apoyo a la OIT¹²²⁸.

Por lo tanto, las negociaciones salariales son instrumentos válidos para regular los criterios salariales de los trabajadores (fijos y variables), y buscan sobre todo en épocas de crisis económica, establecer niveles que ayuden a reactivar la economía manteniendo los empleos existentes e intentando combatir el elevado número de desempleados existentes, tomando en consideración la realidad de cada sector.

En el nuevo escenario empresarial, con la proliferación de trabajadores autónomos y de contratos laborales atípicos, donde los vínculos mercantiles prevalecen sobre los contratos laborales, se podría decir que la función esencial de la negociación colectiva ha perdido en gran medida su valor, ya que la retribución salarial es, en muchos casos, acordada de forma individual, de acuerdo con lo pactado por las partes.

Desafortunadamente, se está priorizando el carácter económico de los salarios en deterioro del social. Es decir, la búsqueda cada vez más decidida en la reducción de los costes empresariales (y aquí se habla de deslocalización empresarial) hace que el significado social de los salarios pierda, casi en su totalidad, el protagonismo.

Las diferencias del concepto de salario mínimo en las distintas zonas del globo terrestre favorecen la deslocalización, no en vano la posibilidad de tener costos más reducidos en otro país es algo muy atractivo para cualquier empresa, pero al mismo tiempo favorece la precarización laboral, porque en algunos países la mano de obra es tan barata, los sueldos son tan efímeros, que los trabajadores quedan obligados a vivir en condiciones tan precarias, que sólo trabajan para poder comer.

Y cuando se habla de que la retribución salarial es la que garantizará el sustento del trabajador y de su familia, se está entendiendo que la palabra sustento también comprende el derecho a tener una vida digna. No se puede obviar que la dignidad de la persona es un derecho constitucional fundamental e inviolable, reconocido en España en el artículo 10 CE.

El trabajador tendrá una vida digna si tiene un empleo digno, que, a su vez, es un derecho asegurado en el artículo 35 CE: derecho y deber de todo ciudadano de ejercer un trabajo.

¹²²⁸ <http://www.ilo.org/global/topics/working-conditions/wages/lang--es/index.htm>

También la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra en su artículo 25 que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)”, pero, tal como se ha dicho, si la retribución salarial pasa a tener sólo carácter económico, quedando fijado en la más baja posible, sea para que las empresas puedan sobrevivir en momentos de crisis o sea para combatir el desempleo, se observa claramente que el artículo 25 de la Declaración no va a ser cumplido.

A este respecto, lo que habría que buscar es un equilibrio entre las dos esferas, económica y social, esto es, que la retribución salarial, acordada de forma colectiva o individual en los contratos mercantiles, tenga en consideración la visión empresarial (económica) y también la del trabajador (social, capaz de permitir una vida digna).

Lo que no se puede admitir son, empero, los dos extremos. Que, de un lado, el empresario tenga costes que no sea capaz de soportar, sobre todo en épocas de crisis económica como la que se está viviendo. Que, por otro, los trabajadores no tengan garantizado un sueldo capaz de permitir llevar una vida digna. En un justo equilibrio deben colocarse los platillos de la balanza. Sin embargo, en los últimos años se ha inclinado bruscamente la balanza del lado del plano económico.

Otro factor que también está presente en las nuevas formas de empresas, en lo que se refiere a la retribución salarial, afecta a las desigualdades salariales existentes.

El artículo 9.2 CE establece a los poderes públicos “el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”.

La desigualdad salarial, en tanto no incida en algunas de las causas discriminatorias previstas en la Ley (como, por ejemplo, enumera el artículo 14 CE, artículo 4.2 c) ET y artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), no estará en contra del principio constitucional de la igualdad.

El empresario está autorizado, por el artículo 38 CE (libertad empresarial) y también por el principio de la autonomía de la voluntad, a establecer para sus empleados salarios diferenciados, lo que conlleva a la conclusión de que no se trata de una igualdad absoluta, por tener el empleador la facultad de arbitrar libremente el sueldo de sus

trabajadores, siempre que sea respetado el mínimo legal y no se verifique la existencia de alguna de las causas consideradas discriminatorias.

Ahora bien, una vez que sea verificada, de forma directa o indirecta, que la desigualdad salarial proviene de una de las causas consideradas discriminatorias por la Ley, aunque los salarios sean pactados por reglamento o mediante acuerdos colectivos, pactos entre las partes o por decisión del empleador, sea cual sea el instrumento acordado, no tendrá validez, y será considerado nulo o sin efecto¹²²⁹, de acuerdo con el artículo 17 ET.

Tal y como ha sentado la jurisprudencia, “el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos”¹²³⁰.

Así, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en virtud del cual “toda persona tiene derecho a salario igual por trabajo igual”, si el empleador, por más que esté autorizado a arbitrar el sueldo de sus trabajadores de forma libre, pretende establecer diferencias salariales entre trabajadores que ejercen la misma labor, tendrá que hacerlo fundado “en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados”, para

¹²²⁹ STSJ Cataluña 18 de junio de 2001 (AS 2001, 3218); SSTC 58/1995, de 10 de marzo (RTC 1995, 58), 105/1992, de 1 de julio (RTC 1992, 105), 208/1993, de 28 de junio (RTC 1993, 208) y 82/1997, de 22 de abril de 1997 (RTC 1997, 82).

¹²³⁰ SSTC 200/2001, de 4 de octubre (RTC 2001,200); y 88/2005, de 18 de abril (RTC 2005,88), por todas.

así prohibir que “las desigualdades resulten artificiosas o injustificadas”, de acuerdo con el principio de igualdad¹²³¹.

Uno de los mayores problemas existentes entre las formas atípicas de contratación laboral reposa, como ya consta, en la diferencia de garantías existentes entre trabajadores que desarrollan la misma actividad en el mismo centro de trabajo, pero que son contratados por empresas distintas. Este problema se manifiesta con claridad respecto de los trabajadores de una ETT cedidos para prestar servicios en la empresa usuaria, pero como se ha explicado anteriormente, tal diferencia retributiva ha intentado ser solucionada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, que ha establecido igualdad de trato entre los trabajadores en misión y los de la empresa cliente.

No obstante, pese a esta solución parcial a un problema particular, lo cierto es que el impacto de la crisis económica en las distintas formas de descentralización productiva ha venido a acrecentar diferencias y desigualdades entre los trabajadores¹²³². Por un lado, están los trabajadores altamente protegidos por el Derecho del Trabajo, los que tienen un contrato de trabajo estable, con sueldos elevados y con grandes oportunidades de carrera (cada vez menos); por otra, están aquellos trabajadores que llegan a alcanzar, en el mejor de los casos, algunos pocos derechos dentro del estatuto, con trabajos temporales, sin perspectiva de futuro laboral, que se ven obligados a adoptar un sistema de rotación en el trabajo, hoy en una empresa, mañana en otra¹²³³.

Todas las cuestiones relacionadas con la precariedad laboral, son visiblemente agravadas por la crisis. El desempleo y la marginalización aumentan la exclusión social y por consiguiente también se nota un aumento incontrolable del trabajo desprotegido y, cómo no, los niveles salariales sufren un importante retroceso.

2.3 Reformas flexibilizadoras de las condiciones laborales

Uno de los factores que ha aumentado el elevado número de contratos temporales ha sido el valor de la indemnización a que el trabajador estable tiene derecho al ser despedido.

¹²³¹ El entrecomillado ha sido retirado de la SSTC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; y 88/2005, de 18 de abril.

¹²³² RIVERO LAMAS, J., “El empleo y las relaciones laborales en el umbral del siglo XXI: una perspectiva comparada”, *TL*, núm. 44, 1997, p. 17.

¹²³³ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “Hacia un nuevo Derecho del Trabajo”, cit., p. 1.

Las medidas que ha introducido el Real Decreto 3/2012, de 10 de febrero, y la Ley 3/2012, de 6 de Julio, se refieren al despido, incluyendo las indemnizaciones y los costes que están a él asociados, con el objetivo de “mejorar la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral, acercando los costes del despido a la media de los países europeos. La tradicional indemnización por despido improcedente, de 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, constituye un elemento que acentuaba demasiado la brecha existente entre el coste de la extinción del contrato temporal y el indefinido, además de ser un elemento distorsionador para la competitividad de las empresas, especialmente para la más pequeñas en un momento como el actual de dificultad de acceso a fuentes de financiación”¹²³⁴.

Es cierto que el esfuerzo de un trabajador, que ha dedicado la mayor parte de sus días, durante muchos años de su vida a la empresa, debería ser recompensado a la hora de que el empresario resolviera prescindir de su labor. También es cierto que el trabajo indefinido fue perdiendo su fuerza también debido al exceso de esta valoración, ya que para el empresario el coste de un trabajador indefinido en muchos casos se hace inviable.

Ésta no ha sido la única razón para el aumento de los contratos temporales, pero sin lugar a dudas, ha sido un factor determinante a la hora de contratar un trabajador.

La reforma de 2012 ha producido un cambio muy considerado en lo que se refiere la indemnización por despido, que sirve sobre todo, para “mitigar las rigideces que han venido caracterizando al régimen jurídico del despido”¹²³⁵, quedando de la siguiente manera:

“1) Contratos nuevos (concertados a partir del 12.02.2012): se generalizan 33 días por año con un máximo de 24 meses.

2) Resto de contratos: doble módulo indemnizatorio.

– Hasta el 11 de febrero de 2012: 45 días por año con un máximo de 42 meses.

– Desde el 12 de febrero de 2012: 33 días por año con un máximo de 24 meses.

A esta regla se añade que la indemnización no podrá superar, como tope, los 720 días salvo que la indemnización por el período anterior resultase un número de días

¹²³⁴ Preámbulo del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, parte Introdutoria V

¹²³⁵ Preámbulo del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, parte Introdutoria V.

superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso”¹²³⁶.

Es pertinente aquí indicar también los cambios introducidos en la reforma laboral de 2010, con el Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio:

1) Ocho días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren hasta el 31 de diciembre de 2011.

2) Nueve días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2012.

3) Diez días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2013.

4) Once días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2014.

5) Doce días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2015.

Los dos cambios provocados por las reformas laborales de 2010 y de 2012 a lo que aquí interesa destacar, han presentado un objetivo común bajo perspectivas diferentes el fomento al empleo, disminuyendo las ventajas de la contratación temporal y al mismo tiempo incentivando la contratación indefinida, pero con una rebaja sustancial de los costes extintivos.

La indemnización siempre ha sido muy importante para el trabajador que tenía la garantía de que, al ser despedido, podría disfrutar de un importante montante como forma de restitución de los años dedicados a la empresa. No obstante, por más importante que sea el concepto de indemnización no se puede comparar con el derecho a tener un empleo. Por esta razón, se puede entender que bajar el quantum indemnizatorio no deja de ser una forma de incentivar a la contratación laboral indefinida y también de evitar que el número de desempleo aumente.

¹²³⁶ SEMPERE NAVARRO, A. V., *Claves de la Reforma Laboral de 2012, (Estudio del RD 3/2012, de 10 de febrero)*, Cizur Menor (Ed. Thomson Aranzadi), 2012, p. 238.

2.4 Indemnizaciones por despido y salarios de tramitación: incidencia de las últimas modificaciones normativas

Debido a la necesidad de limitar el tema propuesto no será posible profundizar, como se debería, en la cuantía de las indemnizaciones por despido, viendo necesario alertar, no obstante, que la reforma laboral de 2012 ha reducido el montante para los supuestos de despido improcedente de 45 días de salario por año de servicio a 33 días de salario por año de servicio con el máximo de 24 mensualidades (antes 42). Lo que está claro es que la responsabilidad solidaria en los supuestos de descentralización alcanzaría a tales partidas.

Particular atención merecen los denominados salarios de tramitación, cuya naturaleza confusa aumenta la dificultad de estimar la responsabilidad empresarial. Dependiendo de cuál sea su naturaleza, indemnizatoria o salarial, se podrá exigir del empresario principal una responsabilidad solidaria o no. Desde la promulgación del Estatuto de los Trabajadores, muchos han sido los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales, muchas veces contradictorios. Algunas sentencias consideran que “el empresario principal no responde del inadecuado ejercicio del poder disciplinario del empresario contratista”¹²³⁷ y por lo tanto no responderá solidariamente junto al empresario auxiliar de los salarios de trámite. Otras incluyen dentro de la responsabilidad solidaria del empresario principal, los salarios de tramitación.

También el diferente tratamiento que los salarios de tramitación tienen en los casos de indemnización y en los casos de readmisión del trabajador. “En el primero, dado el carácter constitutivo de la decisión empresarial, se entiende que la extinción se produjo en el momento del despido; en el segundo, esta no ha llegado a producirse, habiendo el trabajador permanecido durante la sustanciación procesal sin prestar sus servicios a causa de las decisiones empresariales lo que debe ser resarcido por quien las tomó”¹²³⁸.

¹²³⁷ FUENTES FERNÁNDEZ, F. “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad empresarial en la subcontratación, en relación con los salarios de tramitación por despido”, *TL*, núm. 56, 2000, p. 112.

¹²³⁸ GOERLICH PESET, J. M., “Nuevas perspectivas en materia de indemnizaciones y otros efectos vinculados a la extinción del contrato de trabajo”, en AA.VV. (THIBAUT ARANDA, J., Dir. Y JURADO SEGOVIA, Á., Coord.): *La reforma laboral de 2012: Nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, Madrid (Ed. La Ley), 2012, pp. 534 y 535.

Los salarios de tramitación se definen “como la cantidad de dinero a percibir como reparación ante la ausencia de ingresos durante el periodo de tramitación del proceso que finalmente concluye con la declaración de improcedencia¹²³⁹ o nulidad de su despido”¹²⁴⁰.

La doctrina que describe la naturaleza del salario de tramitación como siendo indemnizatoria¹²⁴¹ y no salarial, considera que “el vínculo laboral queda roto en la fecha en que se produce el despido, desde ese mismo instante no sería admisible considerar la subsistencia del deber empresarial de retribución; en consecuencia, la cantidad a percibir por el trabajador debe serlo en concepto de indemnización habida cuenta de que su finalidad es claramente resarcitoria de los perjuicios irrogados al trabajador durante ese periodo de tiempo”¹²⁴².

Por otro lado, están los autores que creen que la relación jurídica sólo se extingue con la promulgación de la sentencia que decreta el despido nulo o improcedente, y por lo tanto, existiendo relación laboral, los salarios de tramitación tendrían naturaleza salarial y no indemnizatoria.

Sólo a título esclarecedor, algunos tribunales vienen admitiendo como válidas algunas cláusulas existentes en algunos convenios colectivos que ofrecen la posibilidad de optar por la readmisión o por la indemnización al propio trabajador despedido, en previsión que los tribunales vienen admitiendo como válidas. “Esas cláusulas poseen ahora un alcance y funcionalidad muy superior, porque no solo condicionan la readmisión sino también un factor frecuente más relevante que la propia indemnización”¹²⁴³.

El propósito perseguido por la norma, según la mejor doctrina, “parece ser el de imponer el mantenimiento de la relación contractual, con el cumplimiento por ambas

¹²³⁹ BAYLOS GRAU, A. V., “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, *RDS*, núm. 57, 2012, pp. 12 y 13.

¹²⁴⁰ FUENTES FERNÁNDEZ, F. “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad empresarial en la subcontratación, en relación con los salarios de tramitación por despido”, cit., p. 114.

¹²⁴¹ GOERLICH PESET, J. M., “Nuevas perspectivas en materia de indemnizaciones y otros efectos vinculados a la extinción del contrato de trabajo”, en AA.VV. (THIBAUT ARANDA, J., Dir. Y JURADO SEGOVIA, Á., Coord.): *La reforma laboral de 2012: Nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, cit., p. 535.

¹²⁴² FUENTES FERNÁNDEZ, F. “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad empresarial en la subcontratación, en relación con los salarios de tramitación por despido”, cit., p. 111.

¹²⁴³ SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Claves de la Reforma Laboral de 2012 (Estudios del RD Ley 3/2012 de 10 de febrero)*, cit., p. 238.

partes de sus obligaciones recíprocas derivadas de la misma. Ello permitiría afirmar, el carácter salarial de tales percepciones económicas, con la consiguiente plena aplicación del régimen de responsabilidad solidaria que el artículo 42.2 ET contempla”¹²⁴⁴.

La inseguridad generada por la confusión creada sobre si tienen o no una naturaleza salarial, hace que en la práctica sea muy difícil determinar la extensión de la responsabilidad del empresario principal por tal obligación.

No obstante, los salarios de tramitación ahora son motivos de otra discusión, ya que tras la reforma de 2012 ellos han prácticamente desaparecido. Así como se ha reducido la cuantía de la indemnización por despido improcedente los salarios de tramitación siguen el mismo camino, de acuerdo con las modificaciones en el artículo 56 ET.

Como la reforma no ha afectado el artículo 55.6 ET, los salarios de tramitación permanecen en los casos en que los despidos son considerados nulos.

Las modificaciones realizadas en el artículo 56 ET son: “en primer lugar, en caso de opción empresarial por la indemnización, no se abonan salarios de tramitación – puesto que ha desaparecido toda referencia a ellos en el art. 56.1 ET –. Por el contrario, en caso de opción empresarial por la readmisión, “el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación” (art. 56.2 ET). En fin, el nuevo art. 56.4 que regula los efectos del despido improcedente de los representantes de los trabajadores se modifica para añadir un nuevo inciso final en cuya virtud, sea cual sea el sentido de la opción del representante, tendrá derecho a los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2”¹²⁴⁵.

Por lo tanto, a través de la Ley 3/2012, la Reforma Laboral de 2012, la obligación empresarial de abonar los salarios de tramitación surge únicamente en los supuestos de “readmisión del trabajador, bien por así haber optado el empresario ante un despido declarado improcedente, bien como consecuencia de la calificación de nulidad del mismo. En caso de los despidos improcedentes en los que el empresario opte por la indemnización, el no abono de los salarios de tramitación se justifica en que el tiempo

¹²⁴⁴ FUENTES FERNÁNDEZ, F. “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad empresarial en la subcontratación, en relación con los salarios de tramitación por despido”, cit., p. 116.

¹²⁴⁵ GOERLICH PESET, J. M., “Nuevas perspectivas en materia de indemnizaciones y otros efectos vinculados a la extinción del contrato de trabajo”, en AA.VV. (THIBAUT ARANDA, J., Dir. Y JURADO SEGOVIA, Á., Coord.): *La reforma laboral de 2012: Nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, cit., p. 531.

de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, pudiendo, además, el trabajador acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva. Por lo demás, los salarios de tramitación actúan en ocasiones como un incentivo para estrategias procesales dilatorias, con el añadido de que los mismos acaban convirtiéndose en un coste parcialmente socializado, dada la previsión de que el empresario podrá reclamar al Estado la parte de dichos salarios que exceda de 90 días (antes de la reforma de 2012, 60 días)”¹²⁴⁶.

Así, solamente procederá su abono “en los casos en que la empresa opte por la readmisión del trabajadores en lugar de por el abono de la indemnización improcedente. Como excepción, los representantes de los trabajadores conservan el derechos a estos salarios, independientemente de cuál sea el sentido de su opción (indemnización o readmisión) en virtud de una consideración expresa a este supuesto en el art. 56.4 *in fine* ET”¹²⁴⁷.

Al modificación legislativa se ha silenciado y ha abierto un cierto debate en la doctrina de instancia y de suplicación cuanto al tratamiento de los salarios de tramitación anteriores a su entrada en vigor que fueran enjuiciados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012. A este respecto, entiende la doctrina mayoritaria que es “necesario el mantenimiento de la indemnización por despido”¹²⁴⁸, y por lo tanto para las extinciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley, “procede el abono de los salarios de trámite”¹²⁴⁹.

En lo que aquí cabe mencionar respecto de la responsabilidad solidaria, es que la misma, en el ámbito laboral, se encuentra limitada únicamente a las obligaciones que tienen naturaleza salarial. “Quedan incluidos en la protección los distintos conceptos salariales y excluidos los que no tienen esa naturaleza conforme al artículo 26.2 ET. El problema se ha planteado a la hora de determinar la naturaleza salarial o no de algunos

¹²⁴⁶ Preámbulo del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, parte Introdutoria V.

¹²⁴⁷ SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Claves de la Reforma Laboral de 2012 (Estudios del RD Ley 3/2012 de 10 de febrero)*, cit., p. 238.

¹²⁴⁸ GOERLICH PESET, J. M., “Nuevas perspectivas en materia de indemnizaciones y otros efectos vinculados a la extinción del contrato de trabajo”, en AA.VV. (THIBAUT ARANDA, J., Dir. Y JURADO SEGOVIA, Á., Coord.): *La reforma laboral de 2012: Nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, cit., p. 536.

¹²⁴⁹ SJS Valencia 29 de febrero de 2012, autos 1185, 2011, y SSTSJ País Vasco de 21 de febrero de 2012, rec. 221, 2012.

conceptos, especialmente en relación con los salarios de tramitación¹²⁵⁰, pero la reforma de 2012 soluciona las dudas sobre estos últimos.

2.5 La intensificación de la jornada de trabajo

Dos son los supuestos a que se debe hacer referencia. Primero, cuando la medida tomada por innumerables empresas en reducir la jornada laboral de completa a parcial, como forma de evitar los despidos, se ha reflejado directamente en la vida del trabajador, que se ha visto con un trabajo (aunque en épocas sea mejor tener un trabajo parcial a no tener ningún trabajo), cuya prestación retributiva está reducida, impidiéndole seguir su vida con normalidad.

Una alternativa a esta situación es o bien compaginar el trabajo con una prestación por desempleo a través de expedientes de reducción de jornada regulados en el artículo 47 ET o bien buscar otros trabajos posibles de compaginarse.

La necesidad de aumentar la renta familiar, hace que el trabajador busque un segundo trabajo, en general, en condiciones laborales aun más inferiores que el contrato laboral que mantenía con su antigua empresa. La pluralidad de trabajos permite al trabajador volver a tener una vida digna (debido al aumento de la retribución salarial, dos vías de entrada), pero también se ve obligado a aceptar condiciones de trabajo desfavorables, sin contar que en muchos de los casos, el trabajador hace, entre los dos trabajos, un número de horas más elevado de las recomendables, poniendo en peligro su salud.

El segundo punto, se refiere a la limitación de la jornada de trabajo. El artículo 6 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, establece, como duración máxima del tiempo de trabajo limitada, en función de las necesidades de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, a la duración media del trabajo de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de siete días.

¹²⁵⁰ DESDENTADO DAROCA, E., “Descentralización productiva, transmisión de empresa y grupos de sociedad en el concurso”, cit., p. 57.

Las horas extras, aunque pagadas (o mal pagadas, en muchos casos) no deberían pasarse de un número máximo de horas. Porque trabajar demasiadas horas es perjudicial para la salud de los trabajadores.

Teniendo en consideración que cada hora trabajada a mayores por el trabajador va a beneficiar a la empresa porque, consecuentemente, producirá más, es muy probable que en épocas de escasez en el trabajo, los empresarios utilicen este argumento y obliguen a sus trabajadores a trabajar más horas de las permitidas, manifestándose como una muestra más del deterioro de las condiciones laborales.

3. Déficit en la Protección Social

El deber de cotizar a la Seguridad Social está previsto en el artículo 12 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, que detalla quien será el responsable de cumplir la obligación de cotizar y de realizar el pago de los demás recursos de la Seguridad Social, en referencia a “las personas físicas o jurídicas, o entidades sin personalidad, a las que las normas reguladoras de cada régimen y recurso impongan directamente la obligación de su ingreso y, además, los que resulten responsables solidarios, subsidiarios o sucesores mortis causa de aquéllos, por concurrir hechos, omisiones, negocios o actos jurídicos que determinen esas responsabilidades, en aplicación de cualquier norma con rango legal que se refiera o no excluya expresamente a las obligaciones de Seguridad Social, o de pactos o convenios no contrarios a las leyes”.

El artículo 104 LGSS, establece al empresario como sujeto responsable en cotizar y en ingresar las aportaciones propias así como también las de sus trabajadores en su totalidad al Régimen de Seguridad Social. Así para todos los casos comunes, el empresario contratante será el responsable por las deudas de la Seguridad Social.

También para los supuestos especiales, donde la contratación es atípica se hace necesario hacer algunas consideraciones. El artículo 42.2 ET establece para los supuestos de contratas y subcontratas una responsabilidad solidaria del empresario

principal. Por su parte, el artículo 127 LGSS, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 ET establece en sus tres apartados: primero una responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra caso en que el empresario contratante sea considerado insolvente¹²⁵¹; segundo, la responsabilidad en los casos de transmisión empresarial y cesión temporal de trabajadores; y, tercero, la responsabilidad en los casos que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona. El precepto citado, también esclarece en qué casos es posible la exoneración de la responsabilidad en orden de las prestaciones de Seguridad Social.

También el artículo 13.1. del Real Decreto 1415/2004, añade, además, que se podrá reclamar el cumplimiento de la deuda con la Seguridad Social o acta de liquidación contra todos o contra cualquier de los sujetos responsables solidariamente, cuando concurra algún hecho que determine dicha responsabilidad, apostando, en consecuencia, por el sistema de solidaridad.

Claro está que el artículo 104.1 LGSS, mediante una remisión al artículo 127.1 de la misma Ley, desarrollado por el artículo 12.1 RGRS, “hace al propietario de la obra o industria contratada responsable subsidiario de las obligaciones de cotización y de responsabilidad del pago de las prestaciones a cargo del contratista”¹²⁵². Estos preceptos han destacado la existencia de dos tipos de responsabilidades, “una genérica subsidiaria – LGSS – y otra específica solidaria para el período de vigencia de la contrata o subcontrata”¹²⁵³.

Como pauta común, la norma laboral contiene, no obstante, un estricto límite temporal: “la responsabilidad solidaria del empresario principal y del contratista por las deudas salariales y de Seguridad Social alcanza exclusivamente a aquellas que se hayan originado durante el período de vigencia de la contrata, ni antes, ni después; y se

¹²⁵¹ STS 28 de junio de 1985 (RJ 1985, 3935) y 28 de marzo de 1988 (RJ 1988, 1871).

¹²⁵² MARTÍNEZ LUCAS, J. A., “La descentralización productiva en el ordenamiento de la Seguridad Social: contratas y subcontratas”, en AA.VV. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 616 y 617.

¹²⁵³ MARTÍNEZ LUCAS, J. A., “La descentralización productiva en el ordenamiento de la Seguridad Social: contratas y subcontratas”, en AA.VV. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 617.

extenderá y podrá hacerse efectiva hasta un año después de finalizada la obra o servicio contratados (artículo 42.2 ET)¹²⁵⁴.

A través del artículo 42.2 ET se puede percibir que la responsabilidad del empresario principal puede ser tanto directa como indirecta. Es decir, el empresario principal “puede responder por sus deudas laborales y de Seguridad Social frente a sus trabajadores como empresario incumplidor, como persona causante del daño, constituyéndose en una responsabilidad por hechos propios. Pero, también cabe que se le imputen las deudas laborales y de Seguridad Social del empresario contratista, configurándose así su obligación de reparación como responsabilidad por hechos ajenos”¹²⁵⁵.

De esta forma, la deuda podrá ser exigida a cualquiera de los deudores solidarios, sin perjuicio de requerir de los demás la parte de la deuda que no haya sido cumplida en su totalidad por el deudor elegido. También podrá ser exigida la deuda de todos los deudores solidarios, lo que generaría un litisconsorcio pasivo necesario. Si la deuda es liquidada por uno de los deudores, los demás deudores se benefician, a través de la solidaridad, lo que no impide que el pagador de la deuda, exija la parte correspondiente a los codeudores solidarios a través de la acción de repetición (artículo 1145 CC)¹²⁵⁶.

Junto con la responsabilidad solidaria del artículo 42 ET, fue creada otra responsabilidad por la LGSS, encontrada en los arts. 104 y 127 de la misma normativa. Estos dos preceptos de la LGSS, tienen un carácter subsidiario y limitado y se trata de una responsabilidad del contratista o subcontratista únicamente por las deudas contraídas por estos o por prestaciones.

Según la mejor doctrina, la responsabilidad solidaria del artículo 42 ET no absorbe el régimen de responsabilidad subsidiaria previsto en la LGSS, pero además de ser totalmente compatibles también pueden ser aplicadas conjuntamente cuando el caso así lo exija debido, una vez que cada una de ella posee una finalidad distinta.

¹²⁵⁴ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 353.

¹²⁵⁵ GONZÁLEZ MOLINA, M^a. D., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad empresarial en las contrataciones y subcontratas de obras y servicios”, *TL*, núm. 56, 2000, p. 102.

¹²⁵⁶ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 349.

De esta forma, “en el caso de las contrata de la propia actividad la empresa principal responde de las deudas de Seguridad Social por dos vías: en primer lugar, solidariamente por la vía del artículo 42 ET; pero, en segundo lugar, si escapa a esta responsabilidad -por la existencia de una certificación negativa, por la no expedición en plazo del certificado o por el transcurso del plazo de un año después de terminada la contrata- responderá subsidiariamente de acuerdo con el régimen común. Esta interpretación es la que se ha impuesto tanto en la doctrina científica, como en la judicial”¹²⁵⁷.

La responsabilidad solidaria del artículo 42 aL respecto de la Seguridad Social en las contrata y subcontrata tiene un carácter general. Y aunque sea asumida por la empresa contratante dicha responsabilidad, se encuentran en muchos casos una realidad común que forma parte del fenómeno de la descentralización productiva, que ocurre cuando la empresa contratante intenta no asumir la responsabilidad de la contratación de los trabajadores. “Esta contrata o *pseudo contrata* es habitual en ciertas actividades como las obras de construcción, que suscriben formalmente la contrata de ejecución de obra que sirve de pantalla, pero que en la realidad constituyen una forma de ceder la organización de la empresa contratante la actividad de los trabajadores”¹²⁵⁸.

El surgimiento de nuevas formas de organización productiva, así como también la exigencia a las empresas en producir bienes y servicios más especializados, bien como la legalización de las empresas de trabajo temporal han cambiado el enfoque del concepto de “propia actividad”. En este sentido, “lo relevante a los efectos de determinar la responsabilidad solidaria no es ya que el bien o servicio objeto de la contrata constituya una función normal, habitual o insustituible de la empresa principal, sino que el referido bien o servicio o integre o no en el ciclo productivo de la empresa, esto es, que contribuya o coadyuve al producto final resultado de la actividad de la empresa principal”. Por lo tanto, la responsabilidad solidaria “se extiende a todas las empresas contratistas y subcontratistas intervinientes en la descentralización productiva

¹²⁵⁷ DESDENTADO DAROCA, E., “Descentralización productiva, transmisión de empresa y grupos de sociedad en el concurso”, cit., p. 61.

¹²⁵⁸ MARTÍN JIMÉNEZ, R., y MATEOS BEATO, A., *La responsabilidad de empresas y administradores con la Seguridad Social*, cit., p. 33.

afectadas por las contrataciones de obras y servicios y dentro del concepto de ‘propia actividad’¹²⁵⁹.

Siguiendo lo que fue determinado por el Tribunal Supremo, muchos otros pronunciamientos a este respecto fueran tomados en cuenta a respecto de la limitación del concepto de la propia actividad. El fundamento de las Sentencias señala que “las actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista, justificando así la responsabilidad patrimonial de la empresa o entidad comitente”¹²⁶⁰.

De esta forma, el artículo 42.2 ET al igual que el artículo 1903 del CC imputa legalmente la responsabilidad “a una persona distinta de la causante del daño (el empresario principal) en atención: por una parte, a la presunción legal de que por su parte ha existido culpa in vigilando o in eligiendo; y, por otra, a las víctimas de los daños (los trabajadores del contratista y/o subcontratista y el propio sistema de Seguridad Social) y a la conveniencia de asegurarles, ante la presumible insolvencia del autor material de los mismos – la empresa auxiliar – un patrimonio solvente. El artículo 42 del ET compete así la responsabilidad laboral que el empresario principal asume frente a sus trabajadores y frente a la Seguridad Social evitando situaciones de irresponsabilidad de la empresa auxiliar por insolvencia”¹²⁶¹.

También se hace necesario determinar que trabajadores que podrán exigir el cumplimiento de la responsabilidad solidaria del empresario principal, sobre los salarios y deudas frente a la Seguridad Social. El empresario principal será responsable sólo por aquellos trabajadores que desarrollen su labor en la contrata, y no por todos los trabajadores del contratista.

Conviene resaltar aun, que el apartado 2 del artículo 127 LGSS también establece una responsabilidad solidaria del adquirente y del anterior empresario respecto de las obligaciones en materia de Seguridad Social (pago de las prestaciones) ocurridas

¹²⁵⁹ El entrecomillado pertenece a MARTÍN JIMÉNEZ, R., y MATEOS BEATO, A., *La responsabilidad de empresas y administradores con la Seguridad Social*, cit., p. 34 y 39.

¹²⁶⁰ STS 29 de octubre de 1998 (RJ 1998, 9049) y STSJ de Castilla – La Mancha 21 de abril de 1999 (AS 1999, 808); STSJ de Castilla y León/Burgos de 12 de julio de 1999 (AS 1999, 2733).

¹²⁶¹ GONZÁLEZ MOLINA, M^a. D., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad empresarial en las contrataciones y subcontratas de obras y servicios”, cit., p. 103.

antes de la sucesión. Esta misma responsabilidad también está regulada en el artículo 44.1 ET que establece que el nuevo empresario queda subrogado en las obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior empresario.

De esta forma, “la subrogación del cesionario en la posición del cedente se predica de las obligaciones que aquél pudiera tener contraídas en materia de seguridad social, incluyendo entre estas obligaciones las posibles deudas por cuotas o prestaciones de las que pudiera haber sido declarado responsable con anterioridad a la transmisión”¹²⁶².

A su vez, la responsabilidad subsidiaria se impondría “en todos los supuestos de contratas o subcontratas con independencia de que fuesen o no de la actividad propia de la empresa principal, sin ningún límite derivado del coste que le hubiera supuesto desarrollar esta actividad con su personal fijo, y sin ninguna regla especial de carácter temporal, siendo aplicable aquí solo las normas generales”¹²⁶³.

Al tener naturaleza subsidiaria, esta responsabilidad sólo opera “cuando ha existido una previa declaración de insolvencia del contratista (artículo 127 LGSS y artículo 14 RGRSS) y, al igual que en la responsabilidad solidaria del artículo 42 ET, también en este caso hay acción de reintegro del empresario principal frente al contratista”¹²⁶⁴.

Por lo dicho, la responsabilidad solidaria actuaría “prioritariamente y sería la consecuencia sancionadora derivada del hecho de contratar con empresas morosas con la Seguridad Social. En cambio, la responsabilidad subsidiaria actuaría sólo de forma supletoria y se justificaría simplemente por el aprovechamiento mediato que del trabajo de estos empleados realiza la empresa principal. Por todo ello, y en conclusión se cree que nada impediría la actuación complementaria de ambas responsabilidades: la

¹²⁶² VICENTE PALACIO, A., “Otros supuestos de responsabilidad en materia de prestaciones de seguridad social: Subcontratas de obras y servicios, cesión de trabajadores y transmisión de empresa. El supuesto particular de responsabilidad del ar4mador en relación con la indemnización por muerte y lesiones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, en AA.VV. (ORTIZ CASTILLO, F. Dir.): *La responsabilidad del empresario*, Murcia (Ed. Laborum), 2012, p. 449.

¹²⁶³ CALVO GALLEGOS, F. J., “La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios”, cit., pp. 77 y 78.

¹²⁶⁴ DESDENTADO DAROCA, E., “Descentralización productiva, transmisión de empresa y grupos de sociedad en el concurso”, cit., p. 61-

solidaria prioritariamente, y donde ésta no fuera posible, la subsidiaria y general de los artículo 104 y 127 LGSS¹²⁶⁵.

Así, en cuanto a la aplicación de la responsabilidad solidaria y subsidiaria, se puede concluir, que la responsabilidad solidaria será aplicada prioritariamente cuando se trata de contrata o subcontratas de la propia actividad, aplicándose, de forma supletoria la responsabilidad subsidiaria. No obstante, cuando la contrata o subcontrata no sea referente a la propia actividad del empresario principal solo se entenderá a las prestaciones del sistema, y no a las mejoras voluntarias; su relación con las cuotas mientras dure la contrata, así como las prestaciones generadas durante la contrata, estarán protegidos por los artículo 104 y 127 LGSS, aplicándose la responsabilidad subsidiaria al empresario principal, cuando el contratista incumpla con sus obligaciones o sea decretado insolvente.

En relación con la exoneración de la responsabilidad del empresario principal por las deudas de la empresa auxiliar con la Seguridad Social, regulada por el artículo 42.1 ET, esta exclusión se dará cuando el empresario principal solicite y obtenga en el plazo no superior a 30 días, una certificación negativa en la que conste que la empresa auxiliar (contratistas y/o subcontratistas) está al día con el pago de las cuotas de la Seguridad Social frente a la TGSS. Mediante la presentación de dicha certificación negativa, el empresario principal queda excluido de la responsabilidad solidaria. No obstante, si la empresa deja de cumplir con el deber de solicitar la certificación, o en los casos en que solicitado la certificación, pero ésta conste como positiva, subsistirá la responsabilidad del empresario principal¹²⁶⁶.

Así, el empresario podrá tener su responsabilidad en materia de Seguridad Social exonerada “en el supuesto que acredite que ha sido un empresario especialmente cuidadoso al haber desplegado toda la diligencia que se le exige en orden a impedir los posible daños que su decisión empresarial puede producir en el sistema de Seguridad Social y en la protección social de los trabajadores al comprobar la ausencia de deudas

¹²⁶⁵ CALVO GALLEGOS, F. J., “La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios”, cit., p. 77.

¹²⁶⁶ Entre otros, MARTÍNEZ LUCAS, J. A., “La descentralización productiva en el ordenamiento de la Seguridad Social: contrata y subcontrata”, en AA.VV. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p.610 y CRUZ VILLALON J., “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontrata”, cit., p. 52 y 53.

de la empresa auxiliar en materia de Seguridad Social”¹²⁶⁷, pero no está de más indicar que por más que el empresario principal actúe cumpliendo con el deber de vigilancia en relación a los contratistas, él no será excluido de la responsabilidad solidaria en materia salarial, debido a la presunción *iuris et de iure* prevista en la Ley.

O sea, para exigir la responsabilidad del empresario principal, tratándose de deudas con la Seguridad Social será analizada su culpa, pero tratándose de responsabilidad por deudas salariales, será aplicada una responsabilidad objetiva, independientemente de que haya culpa o no.

El pago de la deuda con la Seguridad Social por el empresario principal, extingue la obligación del mismo, así como también extingue la obligación del deudor principal (contratista o subcontratista). La LGSS nada establece en relación con el derecho de regreso de los deudores solidarios hacia el deudor principal, con el fin de recuperar cada uno de ellos la parte que les corresponda, lo que supone que está reclamación tendrá que ser efectuada al margen del procedimiento recaudatorio debiendo ser ejercitada a través de la acción civil¹²⁶⁸.

4. Los riesgos para la salud y seguridad laboral

Todo el interés que despierta la prevención de riesgos laborales puede ser explicado de innumerables maneras. En primer lugar, porque tiene como objetivo principal un bien jurídico de extrema relevancia: el bienestar físico y psíquico de la persona. “La salud del individuo se destaca como un bien individual y social de primer orden, del que depende la calidad de vida y el progreso social. En segundo lugar, el incremento en los costes para la Seguridad Social derivado del incremento de las tasas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Finalmente, el mayor interés

¹²⁶⁷ GONZÁLEZ MOLINA, M^a. D., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas de obras y servicios”, cit., p. 104.

¹²⁶⁸ MARTÍNEZ LUCAS, J. A., “La descentralización productiva en el ordenamiento de la Seguridad Social: contratas y subcontratas”, en AA.VV. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 615.

empresarial en el tratamiento de esta problemática a consecuencia de su influencia en la productividad y los costes del trabajo”¹²⁶⁹.

La descentralización productiva, al suponer una división del trabajo entre las empresas participantes en la producción, aboca, consiguientemente, “a una necesaria cooperación interempresarial en variados aspectos y uno de los más importantes es la protección de la seguridad y salud de los trabajadores implicados, pues la simple concurrencia de empresarios y trabajadores en un mismo lugar de trabajo parece claro que constituye, en sí, un factor de riesgo”¹²⁷⁰.

Debido a diversas circunstancias provenientes de las nuevas formas de organización empresarial, entre ellas, la “coincidencia física de diferentes entidades en un mismo lugar de trabajo, el escaso gasto en prevención que suelen realizar las auxiliares que intervienen en la cadena de subcontratación, el desinterés de las empresas concurrentes por los trabajadores de las restantes empresas y la generalizada precariedad laboral de éstos”¹²⁷¹, la Unión Europea empezó a tomar postura a través de Reglamentos, Directivas y Recomendaciones para que las empresas contratantes y contratadas supieran cómo aplicar la normativa de prevención de riesgos laborales. Siempre buscando “un adecuado equilibrio entre la seguridad y la salud de los trabajadores y la flexibilidad en la aplicación por las empresas que incida en la reducción de los indeseados índices de siniestralidad laboral”¹²⁷².

Las primeras iniciativas tendentes de proteger la salud humana, en el ámbito europeo, fueron inicialmente establecidas en el año 1951, en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. El artículo 55.1 de este Tratado establece que “la Alta Autoridad deberá fomentar la investigación técnica y económica

¹²⁶⁹ NAVARRO NIETO, F., “Las políticas y normas en materia de seguridad y salud de la UE”, *Curso sobre Derecho Social Comunitario*, Córdoba, 2010/2011, p. 2. Disponible en http://www.uco.es/dptos/trabajo/Curso_Dcho_Soc_Com/Bloque%20X/Seguridad%20y%20Salud%20Laboral%20UE.pdf

¹²⁷⁰ ÁLVAREZ CUESTA, H., “Los intentos legislativos por cambiar la descorazonadora realidad preventiva en contratas y subcontratas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., p. 52.

¹²⁷¹ MARTÍNEZ BARROSO, M^a. de los R., “Seguridad y salud de los trabajadores autónomos en actividades productivas descentralizadas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., p. 280.

¹²⁷² Exposición de Motivos del RD 171/2004 de 30 de Enero.

relacionada con la producción y el desarrollo del consumo de carbón y de acero, así como la seguridad en el trabajo de estas industrias”.

No obstante, hasta los años 70 no se reconocía la relevancia que la seguridad y salud tenían en la vida de los trabajadores. Sólo en 1974 se reconoce la problemática y a través del Programa de Acción Social es cuando se toma conciencia de la gravedad de esta problemática. El arranque inicial ocurrirá a través de “los Programas de Acción de las Comunidades Europeas en materia de seguridad, higiene y salud en el lugar de trabajo (Primer Programa 1978-1982 y Segundo Programa 1984-1988). Estos programas dan lugar a una aceleración de la producción normativa en materia de seguridad y salud laboral”¹²⁷³.

Está claro que organizar la prevención de riesgos laborales para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores significa “convertir la política de seguridad y salud laboral en una labor ordinaria en el seno de la actividad normal de la empresa, buscando para ello dar forma a un bloque coherente del que resulte la integración de la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de éste, las relaciones intersubjetivas y la influencia de los factores ambientales en la prestación”¹²⁷⁴.

Siguiendo con la evolución de la protección de la salud de los trabajadores, en la década de los 90 hubo un gran avance, no en vano “la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de 1989”, dedica un apartado a la “Protección de la salud y de la seguridad en el lugar de trabajo”. En su artículo 19 recoge el derecho de todo trabajador a “disfrutar en su lugar de trabajo de condiciones satisfactorias de protección de su salud y de su seguridad”¹²⁷⁵.

Con tal antecedente, la base normativa sobre seguridad y salud en el trabajo fue consolidada por los Tratados de Unión Europea de 1992, el Tratado de Ámsterdam de 1997 y el Tratado de Niza de 2001, respectivamente.

Pero la normativa fundamental que estableció medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el centro de trabajo fue la Directiva Marco 89/391, de 12 de junio de 1989.

¹²⁷³ NAVARRO NIETO, F., “Las políticas y normas en materia de seguridad y salud de la UE”, cit., p. 3.

¹²⁷⁴ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., “La organización de la prevención en la empresa”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención y dimensión de la empresa*, AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención y dimensión de la empresa*, Valladolid (Ed. Junta de Castilla y León), 2008, p.185.

¹²⁷⁵ NAVARRO NIETO, F., “Las políticas y normas en materia de seguridad y salud de la UE”, cit., p. 4.

Esta Directiva impone a los empresarios el deber de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores que tienen a su cargo, porque “todo conjunto de derechos del trabajador se construye sobre la base de su incorporación a la empresa en régimen de subordinación, lo cual permite, en paralelo, imponer un fuerte deber de seguridad a su empleador”¹²⁷⁶.

Según el artículo 5.1 de esta Directiva es un deber general del empresario “garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo” y, por tanto, debe adoptar “las medidas necesarias para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores” (artículo 6.1).

Las medidas necesarias que debe tomar el empresario son: 1) evitar los riesgos; 2) evaluar los riesgos que no se puedan evitar; 3) combatir los riesgos en su origen; 4) adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos de trabajo y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y el trabajo repetitivo y a reducir los efectos de los mismos en la salud; 5) tener en cuenta la evolución de la técnica; 6) sustituir lo peligroso por lo que entraña poco o ningún peligro; 7) planificar la prevención buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo; 8) adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual; 9) dar las debidas instrucciones a los trabajadores¹²⁷⁷.

La normativa marco se diferencia de las demás por su aplicación global y no particular y fue a partir de la misma cuando llevó a cabo en España su transposición a través de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) la cual “ha dado lugar a un amplio desarrollo reglamentario de carácter estructural, de carácter sectorial y de carácter técnico, en sintonía con la legislación comunitaria”¹²⁷⁸.

La aplicación de la legislación pertinente a la prevención de riesgos laborales ha generado en los últimos años un beneficio económico considerable. Esto es posible

¹²⁷⁶ MARTÍNEZ BARROSO, M^a. de los R., “Prevención de riesgos de los autónomos en actividades descentralizadas”, *RTSS (CEF)*, núm. 285, 2006, p. 10.

¹²⁷⁷ art. 6.2 Directiva Marco 89/391/CEE

¹²⁷⁸ NAVARRO NIETO, F., “Las políticas y normas en materia de seguridad y salud de la UE”, cit., pp. 5 y 6.

debido a la disminución del número de accidentes. No cabe duda que un siniestro laboral supone a la empresa y al Estado un coste muy elevado, además de todos los perjuicios sobre la salud del trabajador, que en algunos casos tiene que cambiar incluso de trabajo, después del accidente, debido a las consecuencias del mismo. Con una tarea de prevención eficiente, el porcentaje de accidentes puede ser considerablemente reducido y en algunos casos pueden ser evitados.

Por lo tanto, no es demasiado osado resaltar que la Directiva así como la Ley española de prevención de riesgos laborales, además de mejorar estas condiciones de salud y seguridad para el trabajador, evita perjuicios en su salud y reduce los costes para las empresas y para el Estado en lo que se refiere a los accidentes laborales.

No obstante, para que sea efectiva la aplicación de la política de prevención de riesgos laborales, la información, así como la consulta, participación y formación de los trabajadores, en las grandes, medianas y principalmente en las pequeñas empresas debe ser satisfactoria, sin olvidar la inclusión de los trabajadores autónomos, dependientes o no también en la formación.

Recuerda la Comisión Europea que todavía existen “grandes dificultades en la aplicación de la legislación sobre salud y seguridad en situaciones de subcontratación, en las que cada empresario tiende a limitar sus acciones preventivas a sus propios trabajadores.”.

La Estrategia europea pretende disminuir los accidentes de trabajo a nivel interno y a nivel comunitario. Por tanto, establece varios objetivos a ser cumplidos por los Estados miembros, instados por, el Consejo a que:

“1) Elaboren y apliquen estrategias nacionales coherentes de seguridad y salud en el trabajo adaptadas a las condiciones nacionales, en cooperación con los interlocutores sociales y, si procede, fijando en este contexto objetivos cuantificables de reducción de los accidentes laborales y de la incidencia de las enfermedades profesionales, especialmente en los sectores de actividad que registran a este respecto índices superiores a la media; 2) asignen a los sistemas nacionales de protección social y atención sanitaria, según proceda, una función más activa en la mejora de la prevención y en la rehabilitación y reinserción de los trabajadores; 3) estudien las posibilidades que ofrecen el programa comunitario para el empleo y la solidaridad social (PROGRESS), el Fondo Social Europeo y otros fondos comunitarios para fomentar la Estrategia

comunitaria; 4) alienten a los centros nacionales de investigación a intercambiar información y a colaborar en relación con sus programas a escala nacional y europea, y a centrar sus actividades en la solución de problemas y en la transferencia rápida de los resultados a las empresas, en particular las PYME; 5) aumenten la sensibilización mejorando la información, la formación y la participación de los trabajadores, facilitando pequeñas guías, especialmente dirigidas a las pequeñas empresas, y analizando y difundiendo ejemplos de prácticas idóneas, en particular creando redes locales entre las partes; 6) promuevan un enfoque sistemático en relación con el bienestar en el lugar de trabajo mediante iniciativas de calidad en el trabajo, integrando, en particular, la salud y la seguridad, la educación permanente y las cuestiones de género en la gestión empresarial y en todos los niveles educativos; 7) garanticen una aplicación de las normas mejor y más efectiva en todos los Estados miembros y tomen las medidas oportunas para dotar a los servicios de inspección del trabajo de recursos adecuados; 8) prosigan la aplicación de la Estrategia global en materia de seguridad y salud en el trabajo de la OIT, adoptada en 2003 por todos los medios adecuados; 9) presten especial atención a las nuevas tendencias del empleo, como el aumento del trabajo por cuenta propia, la externalización, la subcontratación, los trabajadores inmigrantes y los trabajadores desplazados”¹²⁷⁹.

La integridad física y la vida de los trabajadores es, pues, el bien jurídico mayor que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales pretende proteger. Por lo tanto, el empresario debe cumplir escrupulosamente con todos sus preceptos.

Como ya se ha dicho, la descentralización productiva hoy forma parte cotidiana del mundo laboral y, surgiendo la necesidad de proteger al trabajador involucrado en estos procesos, la regulación jurídica vino a establecer mecanismos de colaboración y cooperación entre las empresas concurrentes, que tienen la producción descentralizada con el fin de proteger a los trabajadores, designar atribuciones y funciones a los distintos participantes, además de responsabilizar a aquellos que incumplieren con sus obligaciones.

¹²⁷⁹ Resolución del Consejo de 25 de junio de 2007, sobre una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo para 2007 a 2012, p. 145/03.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales proporciona respuesta jurídica a los “supuestos complejos de concurrencia empresarial en general y de descentralización productiva en particular”¹²⁸⁰.

El artículo 24 LPRL regula la coordinación entre los empresarios cuando en un mismo centro de trabajo haya dos o más empresas. En primer lugar, las empresas concurrentes tienen el deber de cooperar unas con otras, o sea, antes del inicio de las actividades empresariales deben prestar la debida información al respecto de las actividades que desarrollarán en el mismo centro de trabajo, además de comunicar, también, los riesgos específicos de esta actividad y que puedan venir a afectar a los trabajadores contratados por una de las empresas concurrentes. Para que las empresas puedan trabajar juntas en un mismo centro de trabajo sin causar riesgos a los trabajadores que en él desarrollan su labor, el artículo 16 de LPRL, establece un plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de los riesgos y planificación de la actividad preventiva, dónde será incluido “la estructura organizativa, las responsabilidades, las funciones, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos necesarios para realizar la acción de prevención de riesgos en la empresa”. En segundo lugar, cada empresario tiene el deber de informar a cada uno de sus trabajadores de todos los riesgos derivados de la existencia de más de una empresa en el mismo centro de trabajo¹²⁸¹.

La ubicación geográfica de varios empresarios en un mismo local, aunque entre ellos no exista una contrata o una relación jurídica previa, existiendo riesgo y tratándose del mismo centro de trabajo genera un deber inmediato de cooperación entre ellos a la hora de aplicar las normas en materia de prevención de riesgos laborales, para que la seguridad en el trabajo de todos los trabajadores que comparten dicho centro de trabajo sea salvaguardada. Los párrafos 1 y 2 del artículo 24 LPRL establecen los medios de coordinación e información entre los empresarios que ocupan un mismo centro de trabajo, para proteger sus trabajadores, además de indicar que el titular del centro “adopte las medidas necesarias para que los restantes empresarios reciban la información y las instrucciones adecuadas en relación con los riesgos existentes en el

¹²⁸⁰ VALVERDE ASENCIO, A.J., “Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales”, en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir. y LUQUE PARRA, M., Coord.): *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Valladolid (Ed. Lex Nova), 2001, p.313.

¹²⁸¹ Exposición de Motivos del RD 171/2004 de 30 de Enero.

centro de trabajo, las medidas de prevención y protección, así como las medidas de emergencia con el fin de que las transmitan a través de sus delegados de prevención al resto de empleados o trabajadores de su empresa”¹²⁸².

El papel del empresario titular del centro de trabajo está regulado en el apartado 2 del artículo 24 de la LPRL. A él corresponde participar a todos los demás empresarios concurrentes todo lo referente en materia de información e instrucciones “en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores”.

Por su parte, el apartado 3 del artículo 24 de la Ley establece que “las empresas que contraten o subcontraten otras empresas la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad y que se desarrolle en sus propios centros de trabajo” tienen el deber de vigilancia y, por lo tanto el empresario principal debe comprobar que “la empresa contratista o subcontratista dispone de la evaluación de los riesgos y de la planificación de la actividad preventiva, que dichas empresas han cumplido sus obligaciones en materia de formación e información y que han establecido los medios de coordinación necesarios”¹²⁸³.

En el apartado 4 se resalta la importancia de la obligación prevista en el artículo 41.1 de la LPRL, de todos los empresarios, fabricantes, suministradores o importadores tienen en prestar la información necesaria a todos los trabajadores que presten servicios en los centros de trabajo de la empresa principal, y que deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal, de forma que el trabajo se produzca sin riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores.

El apartado 5 viene a subrayar que el apartado 1 y 2 se aplica, igualmente a los trabajadores autónomos, de forma que la problemática que generaba la realización de una actividad por parte del trabajador por cuenta propia en comunión con otros empresarios en un mismo centro de trabajo, al “verse afectados por las recíprocas

¹²⁸² CALVO GALLEGO, F. J., “La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios”, cit., p. 79.

¹²⁸³ Exposición de Motivos del RD 171/2004 de 30 de Enero.

medidas de seguridad adoptadas por cada empresa concurrente”¹²⁸⁴, ha sido solucionada.

Además del intercambio de información y comunicaciones, reuniones de coordinación de empresas, presencia en el centro de trabajo de los recursos preventivos, la Ley también resalta la importancia de nombrar una o más personas para encargarse de la coordinación de actividades preventivas en el centro de trabajo.

Al tiempo, los delegados de prevención legales o, en su defecto, representantes de los trabajadores representantes de los trabajadores deben ser informados “sobre las situaciones de concurrencia de actividades empresariales en el centro de trabajo”¹²⁸⁵. Además de obtener las informaciones debidas, deberán participar de reuniones conjuntas con los comités de seguridad y salud para tratar de todas las situaciones que repercutan en la seguridad y salud de los trabajadores por ellos representados.

En efecto, “la designación de los delegados de prevención compete exclusivamente a los representantes unitarios del personal, que debe hacerse, de acuerdo con el artículo 35.2 LPRL, por y de entre éstos últimos (a salvo de la excepción del apartado 4 del precepto), por lo que no existirán en empresas de menos de seis trabajadores. En aquellas que cuenten entre seis y diez trabajadores, sólo existirá el representante específico cuando exista el unitario, de acuerdo al artículo 62.1 ET”¹²⁸⁶; en las empresas con hasta 30 trabajadores será el Delegado de Personal y en las empresas de 31 a 49 trabajadores será elegido entre los Delegados de Personal un Delegado de Prevención. De 50 a 100 trabajadores habrá 2 Delegados de Prevención y de 101 a 500 habrá 3 Delegados y así por delante hasta el máximo de 8 Delegados para las empresas que cuenten con más de 4001 empleados.

El número mínimo exigido para la constitución de un delegado de prevención o en su caso para la constitución de un Comité de Seguridad y Salud es el mayor problema, que también es motivo de fraude por parte de las empresas. La reducción de dimensión empresarial o la multiplicación de pequeñas unidades empresariales, hace

¹²⁸⁴ MARTÍNEZ BARROSO, M^a. de los R., “Seguridad y salud de los trabajadores autónomos en actividades productivas descentralizadas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., p. 279.

¹²⁸⁵ Exposición de Motivos del RD 171/2004 de 30 de Enero.

¹²⁸⁶ QUIRÓS HIDALGO, J.G., “La prevención de riesgos laborales en los grupos de empresa”, en A.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La Prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., pp. 43 y 44.

que muchas de las empresas no lleguen al número mínimo de 30 trabajadores exigidos por la norma. La solución presentada a este problema, por algunos de los convenios colectivos de grupo, consiste en el anuncio de una “política integral de prevención de riesgos, permitiendo a este tipo de órganos velar por el cumplimiento de la normativa legal y convencional aplicable en la materia y por la existencia y correcto funcionamiento de los planes y programas de prevención de las distintas sociedades, atajar los accidentes laborales y las enfermedades profesionales, servir como órgano de ayuda y consulta para los delegados de prevención y el comité de seguridad y salud de las diversas empresas, etc., todo ello con la finalidad de eliminar diferencias, hacer efectivas las políticas de prevención y mejorar continuamente las condiciones de trabajo”¹²⁸⁷.

4.1 Trabajadores autónomos

Como ya se ha dicho, el bien primordial del trabajador es su vida, su salud. Por lo tanto, es impensable aceptar que un trabajador por cuenta ajena vaya a estar expuesto a riesgos debido a la negligencia o falta de vigilancia del empleador, pero tampoco puede admitirse que un autónomo quede al margen de la tutela preventiva.

Tanto es así que la LPRL ha pretendido universalizar su aplicación incluyendo a los trabajadores autónomos dentro de su ámbito subjetivo¹²⁸⁸.

Hay dos tipos de trabajadores autónomos: “aquellos que ejecutan su prestación personal de servicios no en sus propios locales, sino en el establecimiento del empresario para el que ejecutan una obra; de otro, aquellos que realizan su labor con materias primas o herramientas de trabajo proporcionadas por el empresario por el que son contratados. Tanto el elemento locativo como el factor medios de producción titularidad del otro incorporan un evidente dato de ajenidad en el trabajo que no

¹²⁸⁷ QUIRÓS HIDALGO, J.G., “La prevención de riesgos laborales en los grupos de empresa”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La Prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., p. 45.

¹²⁸⁸ Por extenso, GARCÍA MURCIA, J., “Trabajo autónomo y seguridad y salud en el trabajo”, *RL*, núms. 7/8, 2000, pp. 139 y ss.

comporta subordinación jurídica pero sí es manifiesto exponente de dependencia profesional. Por tanto, debe imputarse el deber de seguridad y de actuación preventiva a quien controla los elementos organizativos y materiales potencialmente provocadores del riesgo; es decir, cabe hacer responsable al empresario cuyos locales o con cuyos medios materiales trabaja y, superando la lógica resarcitoria del artículo 1902 CC, incorporar reglas preventivas al respecto”¹²⁸⁹.

Por lo tanto, es necesario dispensar una atención legal específica destinada a proteger y al mismo tiempo responsabilizar al colectivo de trabajadores autónomos. Se requiere, pues, una normativa que “vaya más allá de las reglas civiles sobre responsabilidad, poniendo el acento en las políticas preventivas dirigidas a evitar los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en lugar de aceptar que el daño se va a producir y sólo se pueden compensar económicamente sus consecuencias negativas”¹²⁹⁰.

Sería un importante avance para la seguridad del autónomo si fueran cumplidas todas las obligaciones relativas a los riesgos, formación, información y cualificación, pero el control por parte de la Administración Pública es muy difícil, prácticamente imposible, restando apenas la posibilidad de exigir la responsabilidad a los imputados ante las consecuencias negativas producidas por la inobservancia de las obligaciones de prevención de los riesgos laborales.

Hay que resaltar que todas las iniciativas de apoyo al trabajador autónomo deben venir, entre otras medidas, “de la mano de sistemas de información y asesoramiento técnico cualificados, así como del respaldo a las iniciativas empresariales vinculadas a los nuevos yacimientos de empleo (un tema fundamental en clave europea desde hace algunos años), a las nuevas tecnologías o a actividades de interés público, económico o social (por ejemplo, empresas de inserción, empresas de formación de cuidadores de personas dependientes, etc.). Este último aspecto incorporado por la LETA (el de los yacimientos de empleo y las empresas de nuevas tecnologías y/o de actividades de

¹²⁸⁹ MARTÍNEZ BARROSO, M^a. de los R., “Seguridad y salud de los trabajadores autónomos en actividades productivas descentralizadas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., pp. 273 y 274.

¹²⁹⁰ MARTÍNEZ BARROSO, M^a. de los R., “Seguridad y salud de los trabajadores autónomos en actividades productivas descentralizadas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., p. 272.

interés público y social), es en gran medida fruto de la redacción propuesta en sede parlamentaria (enmienda núm. 141 de Convergencia y Unión en el Congreso) y finalmente ha sido acogida en la versión final de la Ley¹²⁹¹.

De manera general, “los trabajadores que ejercen su actividad profesional fuera de una relación de trabajo con un empleador o, más en general, fuera de toda subordinación a una tercera persona, no están cubiertos por las Directivas comunitarias relativas a la salud y a la seguridad en el trabajo”¹²⁹².

Entre tanto, por un lado, los planes nacionales de empleo junto con la normativa estatal han contribuido al fomento del trabajo por cuenta propia, y han facilitado “el acceso de los trabajadores autónomos a la formación profesional, la mejora de su régimen de protección social, ciertas medidas fiscales (IRPF, especialmente), la simplificación de trámites administrativos para la creación de empresas pequeñas y la promoción del espíritu empresarial en los ciclos de enseñanza y de formación profesional”¹²⁹³. Por otro lado, la protección de estos trabajadores, consecuentemente tenía que recibir el mismo trato que su fomento.

Por ser el trabajador autónomo aquél que “organiza su propio trabajado, utiliza sus propias herramientas y materias primas y ostenta la titularidad de los locales donde ejecuta su actividad productiva, es él precisamente el llamado a autoprotegerse, a poner los medios necesarios para conjurar todo tipo de riesgos frente a la siniestralidad laboral”¹²⁹⁴.

La protección social reparadora de los trabajadores autónomos está prevista en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, no obstante, en nada obsta que algunos colectivos específicos de trabajadores autónomos, formen parte de otros regímenes de la Seguridad Social, debido al hecho de pertenecer a determinado sector económico¹²⁹⁵.

¹²⁹¹ PURCALLA BONILLA, M.A., “El fomento del empleo del trabajo autónomo”, cit., pp. 82 y 83.

¹²⁹² MARTÍNEZ BARROSO, M^a. de los R., “Prevención de riesgos de los autónomos en actividades descentralizadas”, cit., p. 5.

¹²⁹³ PURCALLA BONILLA, M.A., “El fomento del empleo del trabajo autónomo”, cit., p. 75

¹²⁹⁴ MARTÍNEZ BARROSO, M^a. de los R., “Seguridad y salud de los trabajadores autónomos en actividades productivas descentralizadas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., pp. 267 y 268.

¹²⁹⁵ CAIRÓS BARRETO, D. M., “Hacia una regulación del trabajo autónomo: comentarios al proyecto de estatuto del trabajador autónomo”, cit., p. 102.

El Estatuto del Trabajador Autónomo “llama a la Administración Pública a adoptar medidas específicas para los trabajadores autónomos en el terreno de la promoción de la prevención, del asesoramiento técnico, de la formación específica en materia preventiva, así como de vigilancia y control en el cumplimiento de la legislación”, involucrando tanto “los autónomos como todos aquellos sujetos que puedan coadyuvar en la disminución de los actuales índices de siniestralidad”¹²⁹⁶.

Con eso, la Administración Pública tiene la obligación de “asumir un papel activo en relación con la prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos, en la misma línea iniciada ya por la LPRL, por medio de actividades de promoción de la prevención, asesoramiento técnico y vigilancia y control del cumplimiento por parte de los trabajadores autónomos de la normativa en prevención de riesgos laborales, así como la formación específica de estos trabajadores en materia preventiva”¹²⁹⁷.

Así como los demás protagonistas de la descentralización productiva, también los trabajadores autónomos tienen su regulación en la LPRL, más precisamente en el artículo 3.1. La gran novedad traída por la referida Ley fue la inclusión de los trabajadores autónomos como sujetos de obligaciones y también de responsabilidades en materia de prevención de riesgos.

Por lo tanto, la LPRL ha hecho lo que ninguna disposición normativa había concretado con anterioridad: incluir el trabajador autónomo como sujeto activo y pasivo de la normativa preventiva en lo que respecta a los aspectos más sobresalientes de la misma. La exclusión hasta entonces del trabajador autónomo se debía al hecho de que no existiendo relación laboral en nada se había de pronunciar al respecto de obligaciones y responsabilidades en materia preventiva. Es más, cuando el trabajador autónomo contrata otro trabajador, estará, en este caso, asumiendo el papel de empresario y por lo tanto, tendrá los mismos deberes y obligaciones que éste, no existiendo una razón, según las normas anteriores, para que el trabajador autónomo tuviera un tratamiento especial en la Ley.

¹²⁹⁶ MARTÍNEZ BARROSO, M^a. de los R., “Seguridad y salud de los trabajadores autónomos en actividades productivas descentralizadas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., p. 273.

¹²⁹⁷ CAIRÓS BARRETO, D. M., “Hacia una regulación del trabajo autónomo: comentarios al proyecto de estatuto del trabajador autónomo”, cit., p. 93.

Ahora bien, con el paso del tiempo se ha hecho necesaria la inclusión del trabajador en régimen de auto-organización como sujeto pasivo de la LPRL, cuando trabajadores autónomos poseen una gran vinculación profesional con una empresa se ven abocados, a los mismos riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que los trabajadores que prestan su servicio en el ámbito de la empresa, y por lo tanto, merecen el mismo trato que un trabajador subordinado de la empresa. Cabría incluso asegurar que “los autónomos que prestan sus servicios en empresas contratistas y subcontratistas tienen más posibilidades de ser víctima de un accidente laboral que los trabajadores subordinados que, por el contrario, realizan sus tareas directamente en su propia empresa”¹²⁹⁸.

Esta protección debe ser aún más exhaustiva cuando en la “coordinación de actividades empresariales el trabajador autónomo trabaje en centros de trabajos compartidos y con instrumentos y maquinaria proporcionados por la empresa principal, estableciendo en caso de incumplimiento por parte de las empresas de las obligaciones establecidas a esos fines, que asumirán las obligaciones indemnizatorias por los daños y perjuicios ocasionados siempre que haya relación directa entre sus incumplimientos y los perjuicios y daños causados”¹²⁹⁹.

En estos casos, “el trabajador autónomo tiene derecho a interrumpir su actividad y a abandonar el lugar de trabajo cuando exista un riesgo grave e inminente para su vida y su salud (artículo 8.7 LETA), en los mismos términos que lo hace el artículo 21.1 LPRL respecto de los trabajadores por cuenta ajena, sin que, por lo tanto, pueda sufrir perjuicio o represalia por ello”¹³⁰⁰.

Y como sujeto activo, según el artículo 24.5 LPRL los trabajadores autónomos aparte de las obligaciones establecidas en el artículo 8.1 LETA, tienen los deberes de cooperación y de información e instrucción recogidos en los apartados 1 y 2 siempre y cuando desarrollen su actividad productiva en un centro de trabajo.

¹²⁹⁸ MARTÍNEZ BARROSO, M^a. de los R., “Seguridad y salud de los trabajadores autónomos en actividades productivas descentralizadas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., p. 269.

¹²⁹⁹ CAIRÓS BARRETO, D. M., “Hacia una regulación del trabajo autónomo: comentarios al proyecto de estatuto del trabajador autónomo”, cit., p. 93.

¹³⁰⁰ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 2975.

Lo cierto es que, “por muy libremente que realice su labor, ha de respetar ciertas reglas en materia de seguridad, por su posible repercusión sobre la seguridad y salud de otras personas”, porque además de estar expuesto el trabajador autónomo a los mismos riesgos que otros operarios del centro, también puede ser él quien ponga en peligro la salud y la seguridad de otros trabajadores al ejercer su actividad en el mismo espacio físico que ellos. Eso “sin olvidar que existen sectores considerados de ‘alto riesgo’ en los cuales el número de trabajadores autónomos es muy elevado (la construcción por ejemplo)”¹³⁰¹.

El trabajador autónomo se ve obligado, así, a respetar los derechos fundamentales de las otras personas que trabajan de forma concurrente con él, razón por la cual “acaba siendo forzado a cumplir normas de seguridad que, tangencialmente, también le protegen a él mismo. Una especie de tutela de la salud por derivación a la que el trabajador autónomo puede ser perfectamente obligado; sin que pueda alegar que lo que está en juego, porque no es cierto, es sólo su propia salud y su propia seguridad”¹³⁰².

En lo que se refiere a las obligaciones impuestas a los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales, los apartados 1 y 2 del artículo 29 LPRL establecen que el trabajador, siguiendo las instrucciones y la formación proporcionada por el empresario debe cumplir con la normativa de prevención de riesgos laborales para su seguridad y también para la seguridad de otras personas que pueden estar afectadas por su actividad profesional. Dependiendo del grado de formación que tenga el trabajador, deberá cumplir con algunas obligaciones particulares como:

“1) Usar adecuadamente, de acuerdo con su naturaleza y los riesgos previsibles, las máquinas, aparatos, herramientas, sustancias peligrosas, equipos de transporte y, en general, cualesquiera otros medios con los que desarrollen su actividad; 2) utilizar correctamente los medios y equipos de protección facilitados por el empresario, de acuerdo con las instrucciones recibidas de éste; 3) no poner fuera de funcionamiento y utilizar correctamente los dispositivos de seguridad existentes o que se instalen en los

¹³⁰¹ El entrecomillado pertenece a MARTÍNEZ BARROSO, M^a. de los R., “Seguridad y salud de los trabajadores autónomos en actividades productivas descentralizadas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., pp. 270 y 271.

¹³⁰² GONZÁLEZ ORTEGA, S., “El tratamiento de los riesgos del trabajo de los trabajadores autónomos”, *TL*, núm. 81, 2005, p. 152.

medios relacionados con su actividad o en los lugares de trabajo en los que ésta tenga lugar; 4) informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención, acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores; 5) contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad competente con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo; y 6) Cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores.

No obstante, en los casos en que sea el trabajador autónomo quien contrate con otros trabajadores, él tendrá las mismas obligaciones y deberes que un contratista o subcontratista, estando sometido a la coordinación de los empresarios existentes en la obra, de acuerdo con el artículo 24 LPRL. Entre los deberes de coordinación y de información e instrucción establecidos por el artículo 12 RD 1627/1997, el más importante y primordial es la “obligación de velar por su propia seguridad y por la del resto de personas que participen en el desarrollo de la actividad correspondiente”¹³⁰³.

Además de los derechos y obligaciones previstas en los artículos mencionados, las empresas que contraten a trabajadores autónomos para realizar obras pertenecientes a su propia actividad “deben vigilar el cumplimiento de la normativa preventiva, y deben cumplir con los trabajadores autónomos las obligaciones de información previstas en el artículo 41 LPRL para el uso de maquinaria, equipos, productos, materias o útiles proporcionados por la empresa para la que ejecuta su actividad profesional (artículo 8.4 y 5 LETA)”¹³⁰⁴.

En fin, el artículo 12.13 LISOS considera como infracción grave “no adoptar los empresarios y los trabajadores por cuenta propia que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo, o los empresarios a que se refiere el artículo 24.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, las medidas de cooperación y coordinación necesarias para la protección y prevención de riesgos laborales”. Por su parte, el artículo 13.7

¹³⁰³ MARTÍNEZ BARROSO, M^a. de los R., “Seguridad y salud de los trabajadores autónomos en actividades productivas descentralizadas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., p. 301.

¹³⁰⁴ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 2975.

también de la LPRL considera este tipo de infracción muy grave “cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como muy peligrosas o con riesgos especiales”.

Hay que decir que la ejecución de una tarea peligrosa en el sector de la construcción, encomendada por el contratista a un trabajador autónomo, “sin que éste conozca los riesgos y tenga la preparación suficiente para afrontarlos”¹³⁰⁵, no está permitida y competirá al contratista vigilar para que esto no ocurra, siendo éste último el responsable en el caso de que el trabajador autónomo venga a desarrollar determinada actividad peligrosa y por fatalidad ocurra algún accidente.

Por lo tanto, si las empresas incumplen esas obligaciones “incurren en responsabilidad civil o patrimonial, y quedan obligadas a indemnizar los daños causados, siempre y cuando exista «relación causal directa» entre el daño y el incumplimiento, con independencia de las prestaciones de Seguridad Social que pudieran ser devengadas por el trabajador (artículo 8.6 LETA). El incumplimiento de obligaciones en esta materia puede generar también responsabilidad penal (artículo 316 CP, o los que procedan en caso de lesiones o muerte)”¹³⁰⁶.

El trabajador autónomo que actúa como empleador está obligado a cumplir con las obligaciones previstas en la LPRL y en el RD 1627/1997 y responderá “civilmente frente a sus dependientes por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones preventivas, incluso si el perjudicado por su correcta actuación es un trabajador perteneciente a cualquier otra empresa de la obra, exista o no vinculación jurídica entre el empresario empleador del accidentado y dicho trabajador autónomo”¹³⁰⁷.

Desde la premisa de la responsabilidad civil o aquiliana, en virtud de la cual existiendo o no un vínculo contractual preexistente, aquel que sufra un daño o un perjuicio causado por un trabajador autónomo, podrá exigir la reparación del daño junto

¹³⁰⁵ MARTÍNEZ BARROSO, M^a. de los R., “La singular posición del autónomo en materia preventiva. Presente y futuro”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención y dimensión de la empresa*, Valladolid (Ed. Junta de Castilla y León), 2008, p. 334.

¹³⁰⁶ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 2975.

¹³⁰⁷ MARTÍNEZ BARROSO, M^a. de los R., “Seguridad y salud de los trabajadores autónomos en actividades productivas descentralizadas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., p. 303.

a la jurisdicción civil, amparado por el artículo 1902 CC, procede, recordar que esta responsabilidad civil proporciona “el derecho a exigir la indemnización o reparación de los perjuicios producidos en el patrimonio de los interesados como consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico preexistente: el deber de no causar daño a nadie. La responsabilidad civil viene a ser así, para el titular o titulares de los derechos de crédito, concretos o abstractos, preestablecidos o a establecer, la real garantía de la efectividad de la prestación a la que puedan tener derecho. Es, a la postre, un instrumento de control de determinadas actividades empresariales”¹³⁰⁸.

En lo que respecta la responsabilidad penal, la conducta típica definida en el artículo 316 CP¹³⁰⁹ sólo afectará al trabajador autónomo cuanto éste haya asumido “los deberes de coordinación y cooperación, y los incumple generando la citada situación de peligro, podría hablarse en puridad de una conducta susceptible de ser sancionada conforme a la norma penal”¹³¹⁰.

4.2 Coordinación empresarial

En los supuestos donde existen varias empresas que desarrollan su actividad en un mismo centro de trabajo, el artículo 6.4 de la Directiva Marco 89/391 establece una coordinación entre los empleadores, de forma que se puedan disminuir los riesgos de accidentes laborales y de enfermedades profesionales¹³¹¹. Una vez que, si cada una de las empresas decide actuar de forma aislada, responsabilizándose por la organización, en lo que respecta a la disponibilidad de personal, de los materiales, información,

¹³⁰⁸ GONZÁLEZ MOLINA, M^a. D., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad empresarial en las contrataciones y subcontratas de obras y servicios”, cit., p. 98.

¹³⁰⁹ Art. 316 CP “Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”.

¹³¹⁰ MARTÍNEZ BARROSO, M^a. de los R., “Seguridad y salud de los trabajadores autónomos en actividades productivas descentralizadas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., p. 309.

¹³¹¹ CRUZ VILLALÓN, J., “Outsourcing y relaciones laborales”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 267.

coordinación y formación de sus empleados, además de no estar de acuerdo con la Directiva también será considerada como un factor que aumenta el riesgo laboral para todos los trabajadores que en este mismo centro prestan su labor.

Tanto el empresario principal titular del centro de trabajo como aquellos que cooperan con él en la ejecución de la obra o del servicio final, comparten las obligaciones y deberes en materia de seguridad y salud.

Y aparte de la responsabilidad civil, a que los contratos – civil o mercantil – están sometidos por tratarse de contratos de derecho privado, las contratistas así como también las subcontratistas, también tendrán responsabilidades y obligaciones dictados por la normativa laboral. Las responsabilidades en materia de obligaciones laborales y de Seguridad Social, tienen como objetivo no sólo proteger a los trabajadores que son contratados, por el empresario principal, por las contratistas y subcontratistas, sino también proteger los derechos de terceros afectados por la relación jurídica existente.

Muchas son las causas de responsabilidad fruto de los supuestos de contratistas y subcontratistas. “Los riesgos derivados de la posible insolvencia del contratista, la necesidad de coordinar las medidas de prevención y la mayor tasa de siniestralidad de estos empleados que normalmente prestan servicios en el centro y con medios en parte cedidos por el principal, serían así, fundamentalmente, las causas que han provocado, (...) la imposición de deberes de coordinación información y vigilancia en materia de seguridad y salud laboral, ligados obviamente, a supuestos de extensión solidaria de responsabilidad”¹³¹².

Es por eso, que los tribunales vienen manteniendo cómo “el empresario principal responderá en su caso, como verdadero empresario «infractor», habida cuenta de que es quien tiene la plena capacidad de disposición sobre el medio físico en que acontece el accidente y además quien en última instancia se beneficia de los frutos¹³¹³ o resultados del trabajo”¹³¹⁴.

En cuanto a la obligación de vigilancia, “y de la correlativa responsabilidad en caso de incumplimiento – por parte de las empresas contratistas que intervengan en las

¹³¹² CALVO GALLEGOS, F. J., “La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios”, cit., p. 59.

¹³¹³ STS 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9320); STS 2 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9673) y STS 14 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2521).

¹³¹⁴ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 352.

obras de construcción, del cumplimiento de lo establecido en la Ley por parte de las empresas subcontratistas y trabajadores autónomos con que contraten, en particular en lo referente a las obligaciones de acreditación y registro y a las limitaciones en la cadena de subcontratación”¹³¹⁵.

Pero eso no significa que el empresario principal asumirá una responsabilidad delante de una situación en que no haya incumplido ninguna obligación, es decir, el empresario tiene que haber realizado “un comportamiento reprobable para el orden laboral y debe pagar (...), cuando la empresa decida acudir a un sistema de contratación civil o mercantil y contratar con terceros parcelas de su propia actividad, debe hacerlo bien; debe elegir bien la empresa con la que contrata, porque en caso contrario él y sólo él será culpable de la elección del contratista y/o de la defectuosa vigilancia de su organización y actividad empresarial”¹³¹⁶.

Como obligación adicional, el artículo 24.4 LPRL “establece que las empresas que contraten o subcontraten obras e servicios – sean o no de su propia actividad – que deban desarrollarse fuera de sus centros de trabajo pero con sus maquinarias, equipos, productos, materias primas o útiles deberán – por remisión a lo ya establecido en el artículo 41 LPRL – asegurarse de que estos no constituyan una fuente de peligro y estén en su caso envasados y etiquetados de forma que se permita su correcta y segura conservación y manipulación. Además deberán proporcionar la suficiente información sobre su correcto manejo, los riesgos laborales y las medidas preventivas necesarias. Y toda esta información deberá en última instancia llegar al trabajador”¹³¹⁷.

Mucho ha discutido la doctrina a la hora de establecer el concepto de “propia actividad”¹³¹⁸, que interesa a efectos de verificar la responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales. Se busca una definición capaz de “conjugar las posturas maximalistas con una razonable aplicación funcional que permita determinar cuándo existe una conexión directa o indirecta con el proceso productivo”. Ahora bien,

¹³¹⁵ MARTÍNEZ BARROSO, M^a. de los R., “La singular posición del autónomo en materia preventiva. Presente y futuro”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención y dimensión de la empresa*, cit., pp. 331 y 332.

¹³¹⁶ GONZÁLEZ MOLINA, M^a. D., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad empresarial en las contrataciones y subcontratas de obras y servicios”, cit., p. 103.

¹³¹⁷ CALVO GALLEGU, F. J., “La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios”, cit., p. 82.

¹³¹⁸ Ver, entre otros PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “El concepto de «propia actividad» empresarial”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrataciones. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 2000, pp. 161 a 171, y RAMOS QUINTANA, M. I., *Subcontratación de obras o servicios y transmisión empresarial*, cit., pp. 18 a 22.

lo relevante es que sea garantizado por la empresa un nivel de seguridad y salud laboral, debiendo ser considerado “indiferente que la actividad contratada sea propia o ajena; a efectos de protección frente a los riesgos laborales, no es tan relevante la conexión entre la actividad de una y otra empresa como la posibilidad que la colaboración entre ellas genere riesgos añadidos o dificulte la adopción de las medidas preventivas”¹³¹⁹.

Lo importante en materia de prevención de riesgos laborales es, por tanto, el factor “desencadenante del riesgo y no el objeto de la contrata o subcontrata, y si ese factor depende del principal, éste será el responsable respecto de los trabajadores, independientemente que se trate de propia actividad o no, administrativa y civilmente”¹³²⁰.

Sea como fuere, “del incumplimiento de las obligaciones que se imponen a los empresarios contratistas y subcontratistas respecto de los trabajadores de sus respectivas plantillas, la empresa principal será responsable solidaria, siempre que la infracción se haya producido en uno de sus centros de trabajo (artículo 42.3 LISOS)”¹³²¹.

En materia de coordinación en materia de prevención de riesgos laborales, los objetivos propuestos, un tanto ambiciosos, según la mejor doctrina, presentados en el artículo 3 del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, son: 1) la aplicación coherente y responsable de los principios de la acción preventiva establecidos en el artículo 15 LPRL, por las empresas concurrentes en el centro de trabajo; 2) la aplicación correcta de los métodos de trabajo por las empresas concurrentes en el centro de trabajo; 3) el control de las interacciones de las diferentes actividades desarrolladas en el centro de trabajo, en particular cuando puedan generar riesgos calificados como graves o muy graves o cuando se desarrollen en el centro de trabajo actividades incompatibles entre sí por su incidencia en la seguridad y la salud de los trabajadores; 4) la adecuación entre los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes y las medidas aplicadas para su prevención.

¹³¹⁹ El entrecomillado pertenece a ÁLVAREZ CUESTA, H., “Los intentos legislativos por cambiar la descorazonadora realidad preventiva en contratas y subcontratas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., pp. 57 y 58.

¹³²⁰ ÁLVAREZ CUESTA, H., “Los intentos legislativos por cambiar la descorazonadora realidad preventiva en contratas y subcontratas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., p. 58.

¹³²¹ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 351.

La cuestión, debido a la concurrencia de varias empresas se torna cada vez más compleja, pues “en ocasiones (muchas) una misma obligación incumbirá a dos o más empresarios, y sus incumplimientos consiguientes serán imputables conjuntamente a todos ellos. En tales ocasiones, probablemente haya que llegar a la conclusión de que surge responsabilidad conjunta o de alguna manera mancomunada para las corporaciones afectadas; así, los fallos judiciales vienen estableciendo la solidaridad entre la principal y el empleador del trabajador accidentado”¹³²².

El artículo 42.3 LISOS prescribe que “la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la LPRL del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal”.

La responsabilidad solidaria del artículo 42.3 imputa tanto al contratista como al subcontratista los hechos practicados en el centro de trabajo de la empresa principal, que incumplan con las obligaciones legales de ambos. Pero por otra parte, la Directiva 89/654/CE, en su artículo 2º, atribuye al empresario principal un deber de cuidado, de vigilancia sobre los actos practicados en su centro de trabajo, ya que es él quien tiene el control y el dominio sobre las actividades desarrolladas. Así, “la solidaridad interempresarial opera sobre el dato normativo previo de que ambos son “deudores de seguridad”, y el empresario principal lo es legalmente “respecto a trabajadores ajenos que presten servicios en su centro”¹³²³.

No obstante, esta responsabilidad del empresario principal no es absoluta, sólo será decretada en caso de que el empresario principal incumpla las normas de protección de los trabajadores. Será responsable cuando su actuación sea negligente, pudiendo existir un accidente de trabajo en el centro de trabajo y el empresario

¹³²² ÁLVAREZ CUESTA, H., “Los intentos legislativos por cambiar la descorazonadora realidad preventiva en contratas y subcontratas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., p. 85.

¹³²³ ÁLVAREZ CUESTA, H., “Los intentos legislativos por cambiar la descorazonadora realidad preventiva en contratas y subcontratas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., p. 68.

principal, después de demostrar que ha cumplido con sus obligaciones, razón por la cual quedará exento de responsabilidad¹³²⁴.

Lo que debe de ser analizado es la conducta del empresario principal, es decir, por el simple hecho de ser empleador no significa que exista responsabilidad del empresario principal, de forma que ésta sólo podrá ser exigida cuando se trate de un empresario infractor. Es la “conducta negligente o inadecuada, o la falta de concurrencia de cuidados precisos por parte del empresario principal, o la no adopción de medidas evitadoras del riesgo que, de alguna manera, le sean imputables”¹³²⁵, lo que provocará la imputabilidad.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en el sentido de que “cuando se realiza la actividad en el centro de trabajo de la empresa principal, con sus instrumentos de producción y bajo su control sea factible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e, incluso, que esa actuación sea la causa determinante del accidente, y que por ello y en tales casos el empresario principal pueda ser ‘empresario infractor’, siendo lo decisivo no tanto que la contrata comprenda la misma actividad cuanto que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal dentro de su esfera de responsabilidad”¹³²⁶.

Se trata, en realidad, de analizar, ante la ocurrencia de algún siniestro, cuál de los empresarios incumplió con sus obligaciones preventivas, “siempre y cuando dicho incumplimiento esté en la cadena causal del accidente, de forma que han de ser declarados responsables solidarios del recargo todos los empresarios a los que sea imputable un incumplimiento que se encuentre en dicha cadena causal y no aquellos otros a los que tal tipo de incumplimiento no sea imputable. Esto hace posible, incluso,

¹³²⁴ En este sentido, STSJ Castilla y León/Valladolid 20 enero 2004 (AS 2004, 645) “cuando la empresa comitente informe a la contratista sobre los riesgos laborales y medidas preventivas de las actividades a desarrollar en las instalaciones de la misma; para la contratación de los trabajos entregue un estudio de seguridad con los criterios que en aquél se establecían...; y controle mediante visitas a los lugares de trabajo el cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad por parte de las empresas auxiliares”.

¹³²⁵ ÁLVAREZ CUESTA, H., “Los intentos legislativos por cambiar la descorazonadora realidad preventiva en contratas y subcontratas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., p. 71.

¹³²⁶ SSTSJ Castilla y León/Valladolid 29 de diciembre de 2003 (AS 2004, 377) y 20 de enero de 2004 (AS 2004, 645).

la no imposición del recargo, al empleador y sí a otro empresario, por ser este último el infractor”¹³²⁷.

La aplicación de la norma, si trae una extensión amplia, de forma que la responsabilidad no esté limitada al contrato bilateral existente entre el contratista y el empresario principal, de forma que éste último será considerado responsable mismo aunque “no mantenga relación contractual alguna con la empresa incumplidora sea aplicada”¹³²⁸.

Además de las otras obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, el empresario principal, de acuerdo con el artículo 24 LPRL, será el responsable “por la falta de vigilancia dentro de su centro de trabajo de las actividades del empresario contratado”¹³²⁹.

El incumplimiento del deber de vigilancia del empresario principal “aparece como concausa necesaria del daño o accidente del empleado de la empresa contratista; y, en numerosas ocasiones, es el propio principal el causante directo del evento dañino, siendo el contratista o subcontratista responsable contractual únicamente por no comprobar que las instalaciones o medios de aquél presentaban deficiencias o carencias en su seguridad”¹³³⁰.

En la práctica, aunque el empresario principal cumpla con su obligación de vigilar al contratista o subcontratista, cuando uno de los dos incumple con alguna de sus obligaciones, la responsabilidad en los casos de accidente laboral también será exigida del empresario principal, por ser el más solvente de la cadena de contrataciones.

Cuando el siniestro laboral se produzca en una subcontrata, no todas las empresas que formen parte del encadenamiento de contrataciones serán responsables. A pesar de existir muchas divergencias, tanto en la doctrina como en los tribunales, el posicionamiento jurisprudencial que prevalece es el que declara la responsabilidad

¹³²⁷ ÁLVAREZ CUESTA, H., “Los intentos legislativos por cambiar la descorazonadora realidad preventiva en contrataciones y subcontratas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., pp. 71 y 72.

¹³²⁸ CALVO GALLEGO, F. J., “La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios”, cit., p. 80.

¹³²⁹ ÁLVAREZ CUESTA, H., “Los intentos legislativos por cambiar la descorazonadora realidad preventiva en contrataciones y subcontratas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., p. 67.

¹³³⁰ CALVO GALLEGO, F. J., “La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios”, cit., p. 82.

solidaria entre todas las empresas que forman parte de la cadena de contratistas y subcontratistas, toda vez que una de las empresas cumpla con las obligaciones de prevención de riesgos laborales, tendrá el derecho de exigir la responsabilidad de aquella empresa que incumplió con su obligación. Así, la responsabilidad solidaria vertical ascendente empieza en el último eslabón de la cadena de contratistas y subcontratistas (donde se ha producido el siniestro laboral) hasta llegar a la empresa principal.

Al optar por la responsabilidad solidaria de todas las empresas participantes de la cadena de contratación, parece ser que el objetivo de la norma sea cumplido, pues garantiza un “mejor cumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos y protección de los trabajadores en el desarrollo de la actividad, entonces la atribución en cadena de la responsabilidad solidaria responde al objetivo de no eludir aquellas obligaciones mediante el recurso a la técnica de la descentralización, que se vería más legitimada si se refuerzan las garantías legales que coadyuvan a minorar los riesgos inherentes a este fenómeno productivo”¹³³¹.

Por todo lo expuesto, se concluye que en relación a la prevención de riesgos laborales, la protección de la salud y seguridad del trabajador debe ser un objetivo a ser cumplido por todas las empresas. Aunque el trabajo sea prestado en una sola de las empresas involucradas en el proceso productivo, todas ellas deben responder a las exigencias de la LPRL como si de sólo una empresa se tratara.

Recuérdese además que como se ha visto en el capítulo anterior, la Ley 32/2006 aporta una serie de requisitos de calidad y/o solvencia que deberán ser cumplidos por las empresas contratistas y subcontratistas¹³³², que quieran participar del proceso

¹³³¹ ÁLVAREZ CUESTA, H., “Los intentos legislativos por cambiar la descorazonadora realidad preventiva en contratistas y subcontratistas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., p. 76.

¹³³² Art. 4 de Ley 32/2006, Requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas.

1. Para que una empresa pueda intervenir en el proceso de subcontratación en el sector de la construcción, como contratista o subcontratista, deberá:

- a) Poseer una organización productiva propia, contar con los medios materiales y personales necesarios, y utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada.
- b) Asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial.
- c) Ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores en la obra y, en el caso de los trabajadores autónomos, ejecutar el trabajo con autonomía y responsabilidad propia y fuera del ámbito de organización y dirección de la empresa que le haya contratado.

productivo en el sector de la construcción. La norma incide, sobre todo, “en la formación en prevención de riesgos laborales de sus trabajadores, la organización preventiva de la propia empresa y la calidad y estabilidad del empleo en el conjunto de la empresa”, además de introducir también “adecuados mecanismos de transparencia en las obras de construcción, mediante determinados sistemas documentales y de reforzamiento de los mecanismos de participación de los trabajadores de las distintas empresas que intervienen en la obra previstos en los arts. 6, 8 y 10 de la Ley 32/2006”¹³³³.

Debido a las cadenas de subcontratación, aunque ahora limitadas hasta el tercer contratista a partir de la Ley 32/2006, es casi imposible una vigilancia efectiva por parte del empresario principal. La doctrina más autorizada recomienda a este respecto un “deber de vigilancia a todas las empresas, en conjunto, respecto del cumplimiento de las normas, por cuantas empresas ocupen posiciones inferiores y subordinadas en la cadena”¹³³⁴.

A partir del tercer nivel, las subcontrataciones que se efectúen responderán “a causas objetivas, con el fin de prevenir prácticas que pudieran derivar en riesgos para la seguridad y salud en el trabajo, para lo cual también se exigirán una serie de requisitos de calidad y/o solvencia a las empresas que vayan a actuar en este sector, reforzando, a su vez, las garantías en orden a la acreditación de la formación en prevención de riesgos laborales de sus recursos humanos”¹³³⁵.

2. Además de los anteriores requisitos, las empresas que pretendan ser contratadas o subcontratadas para trabajos de una obra de construcción deberán también: a) Acreditar que disponen de recursos humanos, en su nivel directivo y productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, así como de una organización preventiva adecuada a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. b) Estar inscritas en el Registro de Empresas Acreditadas al que se refiere el artículo 6 de esta Ley. La inscripción se realizará de oficio por la autoridad laboral competente, sobre la base de la declaración del empresario a que se refiere el apartado siguiente.

¹³³³ El entrecomillado pertenece a ÁLVAREZ CUESTA, H., “Los intentos legislativos por cambiar la descorazonadora realidad preventiva en contrata y subcontratas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., pp. 87 a 89.

¹³³⁴ ÁLVAREZ CUESTA, H., “Los intentos legislativos por cambiar la descorazonadora realidad preventiva en contrata y subcontratas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., p. 66.

¹³³⁵ MARTÍNEZ BARROSO, M^a. de los R., “La singular posición del autónomo en materia preventiva. Presente y futuro”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención y dimensión de la empresa*, cit., p. 331.

Por lo tanto, de acuerdo con el artículo 7.2 de la Ley 32/2006 de 18 de octubre¹³³⁶, el incumplimiento de esta obligación de acreditación y registro a los niveles de subcontratación, determinará la “responsabilidad solidaria del subcontratista que hubiera contratado incurriendo en dichos incumplimientos y del correspondiente contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato”¹³³⁷.

5 Crisis en el Sindicalismo clásico

El sindicato fue creado para tutelar los intereses de un gran número de trabajadores estables y para luchar por mejores condiciones laborales dentro de grandes entidades empresariales. Inicialmente, y de forma provisional, se reguló el derecho de asociación sindical que consagró la protección de la libertad sindical de los trabajadores y empresarios para que a través de este medio pudiesen defender el interés de ambos, a través de la Ley 19/1977, de 1 de abril. Con posterioridad, la libertad sindical está reconocida como derecho constitucional en el artículo 7 CE y en la LO 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

Pueden ser definidos como “la asociación de trabajadores para la defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales”, que empleen para la consecución de estos objetivos instrumentos como “la negociación colectiva, la huelga y otros medios de conflicto laboral y la concertación social”¹³³⁸.

¹³³⁶ Art. 7.2: “Sin perjuicio de otras responsabilidades establecidas en la legislación social, el incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro exigidas en el artículo 4.2, o del régimen de subcontratación establecido en el artículo 5, determinará la responsabilidad solidaria del subcontratista que hubiera contratado incurriendo en dichos incumplimientos y del correspondiente contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato acordado que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento en el ámbito de ejecución de su contrato, cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas”.

¹³³⁷ ÁLVAREZ CUESTA, H., “Los intentos legislativos por cambiar la descorazonadora realidad preventiva en contratas y subcontratas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, cit., p. 89.

¹³³⁸ MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, cit., p. 377.

Los sindicatos poseen las siguientes características básicas, de carácter subjetivo, funcional y organizativo. “Subjetivo, pues se trata de una organización constituida e integrada, fundamentalmente, por trabajadores; funcional, en tanto creado para la autotutela colectiva de los intereses generales de éstos, frente a los contrapuestos del capital; organizativo, al ser una asociación, en cuanto unión estable y permanente de empleados, de manera que en cuanto *universitas personarum*, posee un conjunto de bienes y derechos para el cumplimiento de sus fines, está dotado de capacidad jurídica y de obrar que garantiza su autonomía; en fin, carencia de ánimo de lucro”¹³³⁹.

5.1 *Los motivos del declive*

Conviene aclarar, antes de nada, que no se pretende, en absoluto, profundizar en este estudio, sobre las características del derecho colectivo, ni tampoco hacer referencia a cómo llevar a cabo las negociaciones colectivas en el ámbito de las nuevas formas de empresa. Lo que se pretende es únicamente establecer algunos de los indicativos que han provocado una crisis en el sindicalismo.

Los sindicatos siempre han sido los principales representantes del poder reivindicativo de los trabajadores y los que más se han manifestado en contra de la flexibilidad de las normas laborales. No obstante, después del período fordista, con la decadencia de la estructura piramidal de las empresas, los sindicatos han ido perdiendo su fuerza.

La base social del sindicalismo ha sido el proletariado industrial que, como ya se ha indicado, está en vías de extinción. Con las transformaciones en las formas de producción empresarial, “la burocracia fordista, resulta demasiado rígida y obsoleta; su mensaje político-ideológico, el capitalismo socialmente controlado, encuentra cada vez menos eco en la sociedad y en los partidos políticos; sus fuentes de poder y acción colectiva, la presión sobre el patrón y la influencia política, se están desvaneciendo con la globalización. En definitiva, el capital se ha emancipado del control sindical, al igual que del control de los Estados-nación, dejando a estos el triste papel de representantes

¹³³⁹ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., “Nuevos tiempos para el movimiento sindical: balance y retos a comienzos del siglo XXI”, *Pecunia*, núm. 7, 2008, p. 46.

de un pasado obsoleto, condenado a una muerte lenta y trágica”¹³⁴⁰. Por todos estos factores, la institución sindical padece hoy “un progresivo desarraigo de los sectores donde tradicionalmente se localizaban”¹³⁴¹.

Los avances en la tecnología, de la configuración de un mercado internacional, de la transformación de una sociedad industrial a una sociedad del conocimiento, han provocado que el ente sindical haya sido considerado un “dinosaurio de la era industrial” por no ser capaz de “desarrollar estrategias eficaces ni adaptar sus esquemas de organización y acción colectiva”¹³⁴².

El fenómeno de la globalización “ha determinado el afloramiento de nuevas formas de organización del trabajo y de la producción, razón por la cual el sindicato se enfrenta hoy a nuevos retos y se ve necesitado de encontrar novedosas respuestas, que exigen la adaptación consiguiente de su estrategia de actuación y de su propia estructura interna”¹³⁴³.

Por lo tanto, “los sindicatos deben identificar cuáles van a ser los campos de batalla del nuevo siglo y las armas a utilizar para seguir luchando por defender los derechos logrados, extenderlos a nuevos trabajadores y mejorarlos”¹³⁴⁴.

5.1.1 Los escasos índices de afiliación

Una consecuencia fundamental para el Derecho Colectivo derivada de la reducción de la dimensión de las empresas es a la reducida tasa de afiliación.

Cabe recordar que la tasa de afiliación en España llegó a ser la más elevada de Europa en la década de 90, en cuanto que la “población asalariada se incrementaba en

¹³⁴⁰ KÖHLER, H.-D., “Los sindicatos en España frente a los retos de la globalización y del cambio tecnológico”, *Empleo*, núm. 142, 2008, p. 10.

¹³⁴¹ ROMAGNOLI, U., “Redefinir las relaciones entre trabajo y ciudadanía: el pensamiento de Massimo D’Antona”, en AA.VV. (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D’Antona*, Madrid (Ed. Marcial Pons), 2001, pp. 319 y 320.

¹³⁴² KÖHLER, H.-D., “Los sindicatos en España frente a los retos de la globalización y del cambio tecnológico”, cit., pp. 10 y 11.

¹³⁴³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La necesaria adaptación de la estrategia sindical a las transformaciones actuales de las organizaciones empresariales: algunas cuestiones a considerar”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 10, 2009, p. 97.

¹³⁴⁴ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., “Nuevos tiempos para el movimiento sindical: balance y retos a comienzos del siglo XXI”, cit., p.47.

un 44,5 por ciento entre 1990 y 2007, la afiliación lo hacía en un 51,1 por cien”¹³⁴⁵, en el ámbito nacional.

La afiliación es voluntaria y es ella la que concede al sindicato poderes y legitimidades, siendo una de las características que diferencia el sindicalismo del poder político¹³⁴⁶.

Son muchas las causas que han proporcionado la disminución de trabajadores afiliados¹³⁴⁷. Sin pretensión de agotar la materia, pero con intención de ofrecer una explicación didáctica, se relacionarán algunos de los motivos que han contribuido al enflaquecimiento del poder sindical:

1) Primeramente, cabe resaltar que la obligación prevista en el Título III, más precisamente en el artículo 82.3 ET, que trata de la eficacia *erga omnes* de los convenios colectivos, que van a tener aplicación a todos los trabajadores y empleadores que estén dentro del ámbito de aplicación de dichos instrumentos, también hace que los trabajadores pierdan el interés por afiliarse, y consecuentemente pagar las tasas de afiliación, una vez que afiliados o no, serán beneficiados por lo que sea acordado en la negociación colectiva;

2) También puede ser considerada causa de desafiliación la falta de información o de atención a los afiliados¹³⁴⁸, una vez que todavía siguen teniendo como representantes personas basadas en el modelo industrial, “élites dirigentes que tienden a perpetuarse en los campos ejecutivos de las organizaciones”¹³⁴⁹, que tenían otra visión sobre los sindicatos y que dejan de dar información suficiente para los nuevos afiliados que en su gran mayoría desconocen los propósitos del sindicato y de qué forma pueden actuar en la defensa de sus derechos. Es más, debido a la falta de información, muchos han sido los que mantenían la posición de que utilizar como interlocutor la entidad

¹³⁴⁵ BENEYTO, P. J., “El sindicalismo español en perspectiva europea: de la anomalía a la convergencia”, *RL*, vol. 26, núm. 1, 2008, p. 72.

¹³⁴⁶ KÖHLER, H.-D., “Los sindicatos en España frente a los retos de la globalización y del cambio tecnológico”, cit., p. 22.

¹³⁴⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Nuevos marcos para la acción colectiva: la implantación de un sistema de relaciones laborales más dinámico y participativo”, *RTSS* (CEF), núm. 235, 2002, pp. 42 y 43; CASAS BAAMONDE, M.^a E., “Democracia, representatividad y afiliación sindicales”, en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Prof. Manuel Alonso Olea*, Madrid (Ed. MTSS), 1990, p. 594 y SIMÓN, H. J., “¿Qué determina la afiliación a los sindicatos en España?”, *RMTAS*, núm. 41, 2003, pp. 63 y ss.

¹³⁴⁸ KÖHLER, H.-D., “Los sindicatos en España frente a los retos de la globalización y del cambio tecnológico”, cit., p. 30.

¹³⁴⁹ CABERO MORÁN, E., *La democracia interna de los sindicatos*, Madrid (Ed. CES), 1997, p. 91

sindical para reivindicar mejoras laborales o para intentar llegar a un acuerdo en determinado asunto, ha sido reconocida como una forma de agravar el problema en lugar de solventarlo¹³⁵⁰;

3) El sindicato ha dejado de ser atractivo para el trabajador, ya que no en pocos casos los convenios se limitan a reproducir lo que está previsto en las normas. Hoy en día, el sindicato tendría éxito si además de demostrar estar preocupado en proteger y defender los derechos de los trabajadores, también lo estuviera con otras causas, como el medio ambiente, el fomento del empleo, y demás intereses que podrían también despertar la atención de los trabajadores en querer afiliarse; pero infelizmente, lo que se percibe es un sindicato desactualizado y despreocupado con las cuestiones sociales, lo que aumenta la incapacidad de ciertos sindicatos en adentrarse en nuevas formas de empresa y conseguir que el “nuevo perfil del trabajador” vuelva a acreditar en el poder sindical.

4) Otro factor de considerada importancia es la reducción de la dimensión empresarial. En una encuesta sobre sindicatos realizada en 1994 por el CIS ya se demostraba que “la correlación inversa entre la distribución de la población asalariada y afiliada según el tamaño del centro de trabajo, evidencia las dificultades de penetración del sindicalismo en las micro-empresas, en las que trabaja un 25,1% de los empleados (más de cuatro millones de trabajadores), tanto a través de la afiliación directa como de la representación indirecta, pues se trata de empresas generalmente al margen del sistema de elecciones sindicales”¹³⁵¹. Además de la dificultad de los sindicatos en penetrar en las PYMEs, el número reducido de trabajadores en cada categoría también dificulta la representación sindical. A todo esto, ha de añadirse el hecho de que las nuevas formas de organización empresarial también dificultan la afiliación de trabajadores, “por la movilidad de los trabajadores entre las empresas del grupo o por

¹³⁵⁰ OJEDA AVILÉS, A., “Sindicalismo y globalización económica: el debate sobre costes de transacción y defensa de la competencia”, en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *La globalización económica y el Derecho del Trabajo*, Oviedo (Ed. Consejería de Industria y Empleo/Universidad de Oviedo), 2006, p. 70 o BENEYTO, P. J., “El sindicalismo español en perspectiva europea: de la anomalía a la convergencia”, cit., p. 80.

¹³⁵¹ BENEYTO, P. J., “El sindicalismo español en perspectiva europea: de la anomalía a la convergencia”, cit., p. 77.

diferencias salariales y de condiciones de trabajo entre los trabajadores de cada empresa del grupo”¹³⁵²;

6) También como consecuencia de la disminución de la estructura empresarial, los trabajadores pueden establecer relaciones directas con su empleador, razón por la cual muchos trabajadores prefieren resolver eventuales problemas en las condiciones laborales de forma individual;

7) No se puede dejar de hablar de algunas reglas “fallidas” que el sindicato impone en lo que respecta a la representación. Una de las exigencias presentadas a los trabajadores es acreditar que poseen una cierta estabilidad en el trabajo para que puedan tener derecho a ser electo o a elegir su representante, lo que está claramente en contra de las nuevas formas de organización empresarial. Lo que menos se encuentra en el actual mercado laboral son trabajadores con estabilidad laboral. Esta exigencia no hace otra cosa que comprobar que la entidad sindical es una institución que no está pensada para el nuevo perfil de trabajador (que ocupa un puesto de trabajo en una PYME y que, en su gran mayoría, tiene un contrato temporal), sino que le margina y le deja fuera de uno de los actos más importantes dentro del Derecho Sindical, la representatividad sindical¹³⁵³;

8) Otra causa, también reflejo de la vasta colaboración interempresarial, es que en una misma empresa, pueden existir funciones que no estén previstas en el convenio colectivo aplicable en el conjunto de la empresa, lo que implica que no todos los trabajadores que prestan la actividad laboral en su centro de trabajo pueden tener la aplicación de dicho convenio colectivo, debido a la falta de encuadramiento profesional. Se produce, así, una exclusión de ciertos trabajadores que, aunque quisiesen afiliarse al sindicato representativo de la mayoría de los trabajadores de dicha empresa, no podrían hacerlo. También se encuadra aquí los casos en que no hay ningún sindicato;

9) Por último, pero no menos importante, consecuencia también de las innumerables relaciones de colaboración empresarial, dependiendo del nivel de dependencia que la empresa posee con otras empresas, no podrá de forma aislada ser autosuficiente a la hora de negociar con el sindicato las condiciones de sus trabajadores,

¹³⁵² ESTEVE SEGARRA, A., “Grupos de empresas: efectos de las transformaciones empresariales sobre el Derecho del Trabajo”, cit., p. 40.

¹³⁵³ KÖHLER, H.-D., “Los sindicatos en España frente a los retos de la globalización y del cambio tecnológico”, cit., p. 34.

ya que su decisión dependerá de lo que decida la empresa que mantiene el poder de dirección sobre ella.

A la vista de estas circunstancias negativas, lo que está claro es que en lo que respecta a la afiliación sindical, ésta se encuentra con dos retos en la sociedad moderna: atraer nuevos trabajadores y mantener aquellos que ya están afiliados¹³⁵⁴.

En resumen, “los factores explicativos más relevantes para la baja tasa de afiliación sindical en España apuntan a una mezcla entre factores institucionales (la representación electoral y la eficacia automática de los convenios que favorecen una actitud *freerider*), estructurales (las altas tasas de precariedad del empleo, el dominio de la pequeña empresa y la desindustrialización) y político-organizativos (la reducida presencia e información sindicales en los centros de trabajo)”¹³⁵⁵.

5.1.2 La negociación individual en las PYMES

Todas las transformaciones en la forma organizativa de la empresa y de los centros de trabajo, sobre todo en lo que se refiere a su dimensión estructural y su reducidísimo número de empleados”, conllevan a una consecuencia muy clara: “es difícil mantener los esquemas sobre los que se ha asentado durante décadas la acción sindical en la empresa”¹³⁵⁶.

La transformación de las grandes empresas en un número elevado de PYMEs ha generado algunas consecuencias también en el Derecho Colectivo. La reducción de la estructura empresarial produce, consecuentemente, una disminución de los puestos de trabajo y con ello menos trabajadores en cada categoría. Además de eso, en las nuevas formas de organización productiva es mucho más difícil encontrar un objetivo común que sirva para todos los trabajadores, lo que hace que se reduzcan los números de

¹³⁵⁴ CASAS BAAMONDE, M.^a E., “Democracia, representatividad y afiliación sindicales”, en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Prof. Manuel Alonso Olea*, cit., p. 594 y SIMÓN, H. J., “¿Qué determina la afiliación a los sindicatos en España?”, cit., pp. 63 y ss.

¹³⁵⁵ KÖHLER, H.-D., “Los sindicatos en España frente a los retos de la globalización y del cambio tecnológico”, cit., p. 32.

¹³⁵⁶ El entrecomillado pertenece a CRUZ VILLALÓN, J., “La actividad sindical en la empresa: viejos y nuevos Problemas”, *RL*, núm. 2, 2007, p. 718.

interesados en afiliarse en un sindicato. Ya que son distintos trabajadores también tienen que existir distintos sindicatos y no será siempre posible que dentro de una misma empresa se pueda conseguir un número mínimo de trabajadores afiliados.

Las nuevas formas de empresa han facilitado, entre otras cosas, la comunicación entre el trabajador y el empresario. El trabajador tiene medios para resolver su problema directamente con su empleador, sin tener que pedir la intervención del sindicato.

Antes, con la producción en masa, los innumerables trabajadores (que hoy han sido sustituidos por máquinas) que pertenecían a una misma clase, utilizaban la fuerza sindical para conseguir mejores condiciones laborales dentro de la empresa, de forma que los problemas no eran individuales sino colectivos. A medida que los puestos de trabajo fueron disminuyendo y que las máquinas empezaron a sustituir trabajadores, fue cobrando fuerza la especialización de la mano de obra. Estos trabajadores más especializados empezaron a formar parte de una clase de trabajadores más reducida y por eso comenzaron a sentir la necesidad de luchar por algunos derechos específicos, no compartidos con el resto.

Esta “evolución”, por así decirlo, fue demostrando que cada vez más estos trabajadores empezaron a luchar por mejoras en sus puestos de trabajo de forma individual, directamente con sus empleadores, sin hacerlo a través de la intervención sindical. E incluso en los casos en que son afectados más de un trabajador, se ha notado una clara preferencia por parte de los trabajadores en requerir sus garantías directamente con el empleador.

En muchas empresas y centros de trabajo, “el sindicato y el comité ya no tienen el monopolio de intermediación entre empleado y dirección, ya que existen muchos canales de comunicación y participación directos para una mano de obra cada vez más formada y educada”¹³⁵⁷.

Lo que se puede observar es que en la medida que las PYMEs han ido teniendo un gran relieve e importancia debido a la constante búsqueda a la hora de descentralizar las actividades productivas, se hace necesario “conseguir una potenciación de la acción sindical de base, especialmente dirigida a favorecer la penetración sindical en este ámbito, demandando la aprobación de una legislación que la facilite, no en vano la

¹³⁵⁷ KÖHLER, H.-D., “Los sindicatos en España frente a los retos de la globalización y del cambio tecnológico”, cit., p. 31.

pequeña empresa ha sido, a decir verdad, un terreno poco propicio para el sindicato, al preferir el empresario la interlocución directa con el trabajador”¹³⁵⁸.

“La vida laboral se ha convertido para muchos en una lucha individual en un entorno competitivo sin protección colectiva. Poco pueden aportar las organizaciones colectivas tradicionales para la búsqueda individual de una biografía laboral cada vez más fragmentada”¹³⁵⁹.

No es demasiado decir, sin embargo, que es justamente en el ámbito de las pequeñas y de las microempresas “donde es más necesaria la intervención sindical, sobre todo para ayudar a que los trabajadores conserven su puesto de trabajo, pues este tipo de empresas muchas veces no pueden soportar los altos costes de producción, el equipamiento es obsoleto y la gestión deficiente”¹³⁶⁰.

5.1.3 El factor crisis

También el aumento en los índices de desempleo y las constantes exigencias de productividad por parte de las empresas para sobrevivir en el mercado han provocado la adopción de “una serie de medidas antisindicales y de presión a los gobiernos para modificar la legislación de protección del trabajo y de bienestar social, de modo que la necesidad de reducir los costos de mano de obra y las cargas sociales”¹³⁶¹, han contribuido a una acción sindical ineficaz.

La controversia existente antes de la crisis económica siempre ha sido compuesta por dos opiniones opuestas, donde “algunos solicitan sustanciales reformas del mercado de trabajo, adoptando medidas de flexibilización que permitan a las empresas adaptarse a los nuevos tiempos sin el corsé de una regulación tan rígida, otros

¹³⁵⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La necesaria adaptación de la estrategia sindical a las transformaciones actuales de las organizaciones empresariales: algunas cuestiones a considerar”, cit., p. 104.

¹³⁵⁹ KÖHLER, H.-D., “Los sindicatos en España frente a los retos de la globalización y del cambio tecnológico”, cit., p. 12.

¹³⁶⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La necesaria adaptación de la estrategia sindical a las transformaciones actuales de las organizaciones empresariales: algunas cuestiones a considerar”, cit., p. 104.

¹³⁶¹ JAKOBSEN, K., “¿Cómo puede enfrentar el sindicalismo a las empresas multinacionales?”, cit., p. 149.

no están dispuestos a sacrificar las prerrogativas ganadas tras duros años de reivindicaciones y dudan de la virtualidad práctica de un aumento de los poderes empresariales¹³⁶². Fue entonces, donde el concepto de flexiseguridad tuvo una gran evolución, pues se hacía necesario encontrar un equilibrio entre un trabajo digno, más flexible, proporcionando al mismo tiempo, flexibilidad a las empresas y seguridad a los trabajadores.

La denominada “flexiseguridad” debiera, de una parte, “consentir a las empresas adaptar sus estructuras y plantillas a los requerimientos del mercado, y, de otra, ofrecer a los trabajadores afectados por los ajustes instrumentos de tutela eficaces, garantizando, más allá de las vicisitudes laborales, la continuidad de su carrera. La capacidad del sindicato de proporcionar asistencia ayudando, de un lado, a evitar la pérdida de los puestos de trabajo amenazados, y, de otro, a potenciar la reincorporación de los desempleados a la ocupación activa no puede ser minusvalorada¹³⁶³, otra cosa es que se consiga realmente.

También hay que destacar la influencia que el desempleo tiene sobre la fuerza sindical, de la misma manera que este último actuará para bajar los índices de aquél¹³⁶⁴.

Parece lógico que, en medio de una crisis y ante el consecuente índice de desempleo, el interés principal del trabajador sea el de mantener, el tiempo que pueda, su puesto de trabajo. Afiliarse a un sindicato y conquistar mejores condiciones de trabajo ya es algo secundario en la tabla de preferencias del trabajador, que primero lucha por conseguir un trabajo, después intenta mantenerlo y sólo después, si hay tiempo, intentará mejorar sus condiciones laborales. En este contexto, las relaciones individuales se superponen en deterioro de las relaciones colectivas de trabajo.

Otra cuestión que debe ser considerada – siquiera de forma breve – es el comportamiento de las entidades sindicales frente a la reforma laboral de 2012. La verdad es que una reforma laboral en un momento de total desesperación por la crisis económica que el país se está sufriendo, ha tenido como norte el intento de combatir los elevados índices de desempleo, pero se ha aprovechado para rebajar conquistas. No

¹³⁶² FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., “Nuevos tiempos para el movimiento sindical: balance y retos a comienzos del siglo XXI”, cit., p. 47.

¹³⁶³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La necesaria adaptación de la estrategia sindical a las transformaciones actuales de las organizaciones empresariales: algunas cuestiones a considerar”, cit., pp. 98 y 99.

¹³⁶⁴ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “El sindicato ante las transformaciones económicas y sociales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 134, 2007, p. 295.

obstante, también se ha notado que el sindicato no ha mantenido una actuación dura y resistente frente a la misma, más bien se ha visto una actitud floja, casi de acuerdo a la reducción de las garantías de los trabajadores.

En una época que se hace necesario conceder más beneficios al empresario, buscando con eso aumentar el empleo y mantener tanto las empresas como los puestos de trabajo existentes en ellas, se hace extremadamente necesario una actuación sindical dinámica, evolucionada para acompañar las situaciones actuales, con un liderazgo capacitado para luchar por los derechos de los trabajadores en esta sociedad contemporánea. Pero lo que se ha visto, ha sido más bien un “consentimiento camuflado”.

5.2 Algunas soluciones presentadas por la doctrina al adelgazamiento del poder sindical

Los sindicatos españoles se encuentran actualmente “en una transformación desideologizadora, donde todavía dominan los órganos personas con una fuerte identificación ideológica, pero que en su mayoría están cerca de la jubilación, para dar paso a gente más joven con otras actitudes hacia el sindicalismo y la acción colectiva”¹³⁶⁵.

Desde tal premisa, “el sindicato debe operar con la nueva óptica de la globalización al defender los intereses de los trabajadores, actualizando día a día la idea de que el Derecho del Trabajo desde sus orígenes surgió con un componente de internacionalización, que no era otra cosa que la exportación de reglas de mejora de las condiciones laborales: limitadoras de la jornada, fijadoras de salarios dignos, protectoras de la salud laboral e integradoras de la participación de los trabajadores en la empresa”¹³⁶⁶.

¹³⁶⁵ KÖHLER, H.-D., “Los sindicatos en España frente a los retos de la globalización y del cambio tecnológico”, cit., p. 30.

¹³⁶⁶ BARREIRO GONZÁLEZ, G., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Reflexiones sobre el presente y futuro del Derecho Español del Trabajo*, cit., p. 138.

El movimiento obrero debe dejar de mirar hacia aquel trabajador típico y empezar a atender las necesidades de los trabajadores que tienen – con suerte – un empleo – aunque en condiciones inferiores a los ideales – en una empresa fruto de la descentralización, que son la mayoría. Se hace necesario una actuación sindical “frente a novedosas circunstancias como la globalización del mercado y la cada vez mayor heterogeneidad de los grupos de empleados con diversos intereses e inquietudes; todos estos frentes abiertos les exigen, a la postre, una mayor implicación y conexión con el sentir y sustrato social al cual representan”¹³⁶⁷.

El cambio provocado en el perfil del trabajador típico ha producido una “ruptura en la homogeneidad de las condiciones sociales de la clase trabajadora y su progresiva diversidad, con la correspondiente proyección en la fractura de la concepción y organización tradicional de los sindicatos «de clase», lo que obliga a éstos a acomodar su organización, sus estructuras y su acción en la reseñada heterogeneidad de base”¹³⁶⁸.

Hay que reconocer que la tarea no será para nada fácil. Ocuparse de un colectivo con intereses cada vez más distintos y que casi siempre están al margen de las garantías ofrecidas por el Derecho del Trabajo, siendo además de débiles también vulnerables, cuando no excluidos (trabajo informal), porque de hecho, si se tiene en cuenta la situación de los desempleados o de aquellos trabajadores que, sin tener otra opción, se ven obligados a aceptar trabajadores con sueldos inaceptables y en condiciones laborales extremadamente precarias, comparadas con el trabajador por cuenta ajena, estable y que tienen garantías reconocidas, no ha lugar a dudas de que no son estos últimos los que necesitan verdaderamente un instrumento que actúe en pro de sus derechos, sino los primeros.

Otra actuación necesaria es hacer del sindicato una institución más cercana a los trabajadores, de forma que ellos puedan participar de manera efectiva dentro de la entidad, incluso en lo que se refiere a la toma de decisiones¹³⁶⁹. “Introducir mecanismos nuevos, fruto de experiencias innovadoras, en atención a la mayor integración de ciertas categorías de trabajadores, los cuales, de otra forma, rehúyen la afiliación, bien porque

¹³⁶⁷ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., “Nuevos tiempos para el movimiento sindical: balance y retos a comienzos del siglo XXI”, cit., p. 48.

¹³⁶⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La necesaria adaptación de la estrategia sindical a las transformaciones actuales de las organizaciones empresariales: algunas cuestiones a considerar”, cit., p. 110.

¹³⁶⁹ GARCÍA MURCIA, J., *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política*, Madrid (Ed. MTSS), 1987, p. 214.

sus intereses son soslayados, bien porque no son debidamente tratados y defendidos por el sindicato, porque dichos intereses no están directamente representados”¹³⁷⁰.

Se aconseja que la estrategia sindicalista esté orientada “hacia la consolidación tanto de la función de prescriptor social que corresponde al moderno sindicalismo (intervención institucional, concertación social), como al reforzamiento de su carácter de sujeto contractual en la empresa, desarrollando un sindicalismo de proximidad que le permita reducir el efecto *freerider* que generan el sistema dual de representación y la cobertura universal de la negociación colectiva”¹³⁷¹.

No se puede dejar de mencionar tampoco la clara necesidad que tienen los sindicatos en expandir sus fronteras, más allá del ámbito empresarial y del Estado nacional. Un mercado global, y la consecuente exportación e importación de mano de obra, y la deslocalización empresarial, son factores que contribuyen a la internacionalización de los órganos sindicales¹³⁷². La Confederación Sindical Internacional y Confederación Europea de Sindicatos son ejemplos que demuestran que es posible la concretización de un sindicato de ámbito internacional.

La mundialización/internacionalización de los sindicatos, sería factible a través de la formación de una red de sindicatos a nivel mundial. Estas redes pueden permitir “a los sindicatos intercambiar información y trazar estrategias y planes de acción común, explotando los compromisos internacionales asumidos por las multinacionales”¹³⁷³,

Sin lugar a dudas, los sindicatos “pueden contribuir a dar un rostro humano a la economía mundializada e influir en el desarrollo de una política social que pueda conducir a un equilibrio entre la eficacia de los mercados y la equidad para la población trabajadora”¹³⁷⁴. Deben “hacer frente a una serie de prácticas de gestión que van desde

¹³⁷⁰ LANDA ZAPIRAÍN, J. P., *Democracia sindical interna (Régimen jurídico de la organización y funcionamiento de los sindicatos)*, Madrid (Ed. Civitas), 1996, pp. 245 a 248.

¹³⁷¹ BENEYTO, P. J., “El sindicalismo español en perspectiva europea: de la anomalía a la convergencia”, cit., p. 82.

¹³⁷² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Nuevos marcos para la acción colectiva: la implantación de un sistema de relaciones laborales más dinámico y participativo”, cit., p. 58.

¹³⁷³ JAKOBSEN, K., “¿Cómo puede enfrentar el sindicalismo a las empresas multinacionales?”, cit., p. 154.

¹³⁷⁴ SOMAVÍA, J., “Los sindicatos en el siglo XXI”, en AA.VV. (ARRIOLA, J., Ed.): *Globalización y sindicalismo: La respuesta sindical a la globalización*, vol. 3, Alzira (Ed. Germania Serveis Gràfics), 2001, p. 13.

la ampliación de los puestos de trabajo a la intensificación, eventualización y desindustrialización de la mano de obra”¹³⁷⁵.

Actualmente, la tutela de los intereses del trabajador se muestra mucho más compleja y difícil y por ello “no puede ser contemplada mediante una solución simplista, no adaptable a las circunstancias de cada caso. La lección más clara de todo ello es que la vinculación del contrato de trabajo, la dimensión colectiva de los fenómenos que afectan a esta organización productiva, ha de tener como consecuencia que la autonomía colectiva adquiera en estos casos un papel y un protagonismo que hasta ahora no ha tenido”¹³⁷⁶.

En respuesta a todo lo expuesto, se puede concluir que son muchos los retos que deberán ser enfrentados por el sindicalismo moderno. Así, a título ilustrativo, se enumerará algunas recomendaciones para la supervivencia de la institución:

- 1) Ser un sindicato ágil y de flexibilidad operativa, organizar los intereses de los empleados a lo largo de una cadena de valor y piense en procesos pero trabaje en equipos interfederales, sin control jerárquico y minimizando los trámites burocráticos;
- 2) dinamizar la comunicación entre la organización y los afiliados, así como la oferta formativa para afiliados y delegados, así como expandir el discurso a través de organizaciones discursivas;
- 3) cambiar la imagen y el discurso machista para modernizar el perfil del sindicato, y para fomentar la interacción entre grupos y personas;
- 4) formar una estrategia integradora para la negociación colectiva, que incluya en un mismo convenio los grupos empresariales, las empresas auxiliares, subcontratadas y proveedoras, homogeneizando y frenando la jerarquización de las relaciones laborales;
- 5) ofrecer servicios de calidad al trabajador afiliado, ayudando a la planificación de la carrera profesional, informando sobre ofertas de empleo a afiliados desempleados, etc. Hacer uso de Internet y de nuevas tecnologías de comunicación e información que abran nuevas vías a la participación de los afiliados en el sindicato, permitiendo que la oferta de servicios tenga un carácter más proactivo y personalizado;
- 6) proporcionar asesoría jurídica a todos los ámbitos de acción sindical, creando una red

¹³⁷⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La necesaria adaptación de la estrategia sindical a las transformaciones actuales de las organizaciones empresariales: algunas cuestiones a considerar”, cit., p. 111.

¹³⁷⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en AA.VV. (KURCZYN VILLALOBOS, P. Y PUIG HERNÁNDEZ, C. A., Coord.): *Estudios Jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, cit., pp.764 y 765.

de consultorías afines en temas como planes de jubilación y contratos relevo, jornada flexible, organización del trabajo, ergonomía, seguridad e higiene, igualdad de género, uso sostenible de las nuevas tecnologías, remuneración flexible y participación de los beneficios, conciliación de vida laboral y privada, etc., dotando así a los representantes sindicales, en todos los niveles, de los conocimientos necesarios para negociar avances sistemáticos en todos los ámbitos laborales; 7) implantar políticas locales para la mejoría de la calidad de vida de los trabajadores, así como instigar la solidaridad en la comunidad; 8) repensar nuevas formas de acción, presión y conflictividad direccionadas a presionar la actual forma empresarial, sea cual sea, una empresa flexible y transnacional; 9) participar en primera línea, pero sin ningún ánimo de dominación o instrumentalización, defendiendo una sociedad global más justa y sostenible. Por tanto, la influencia y el poder sindical deben tener un liderazgo moral capaz de luchar por ideas y valores alternativos en escala planetaria; 10) formar una alianza con las ONG, ya que éstas muestran ser superiores en flexibilidad, discursividad y agilidad transnacional; y, finalmente, 11) establecer una cooperación entre sindicatos de países de origen y de destino de la mano de obra inmigrante, en cooperación con las empresas y los organismos públicos, proporcionando al trabajador emigrante un asesoramiento desde su país de origen, en lo que se refiere a las condiciones de contratación¹³⁷⁷.

Por lo tanto, lo que se espera del sindicalismo del futuro es que él sea “representativo de los intereses de los empleados no sólo como trabajadores sino también como ciudadanos y como usuarios de servicios, que intervenga de modo directo en la amplia esfera de la oferta y calidad de prestaciones hasta hoy predominio de las propias empresas o de las asociaciones de consumidores”¹³⁷⁸.

¹³⁷⁷ Todas estas recomendaciones pertenecen a KÖHLER, H.-D., “Los sindicatos en España frente a los retos de la globalización y del cambio tecnológico”, cit., pp. 61 a 65.

¹³⁷⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La necesaria adaptación de la estrategia sindical a las transformaciones actuales de las organizaciones empresariales: algunas cuestiones a considerar”, cit., p.115.

CONCLUSIONES

Primera: La globalización, que se caracteriza, tal y como establece la OIT en su declaración sobre la justicia social de 2008, “por la difusión de nuevas tecnologías, los flujos de ideas, el intercambio de bienes y servicios, el incremento de los flujos de capital y financieros, la internacionalización del mundo de los negocios y de sus procesos y del diálogo, así como de la circulación de personas, especialmente de los trabajadores”, a pesar de no tratarse de un fenómeno nuevo sigue modificando profundamente el mundo del trabajo.

Con tal fenómeno se ha producido un avance en las tecnologías, la información pasó a ser instantánea, los transportes y el acceso a otros países han mejorado y con ello tuvo lugar la apertura de los mercados, consiguiendo un gran cambio en la forma de producción que pasó a ser mundial. De esta forma, se puede decir que la globalización es sinónimo de progreso económico y social que, como todo avance, ocasiona consecuencias positivas y negativas.

Muchas de las innovaciones y transformaciones vividas por las empresas en todo el mundo, su crecimiento y su evolución, están asociadas a la globalización. Con la integración de la economía a nivel mundial, el intercambio de bienes, servicios, tecnologías, informaciones, ideas y culturas, se ha generado un avance global, produciendo variados tipos de beneficios tanto a nivel local como internacional. Con una producción global, la competitividad aumenta, lo que hace que el producto final llegue hasta el consumidor a un precio mucho más accesible, favoreciendo el consumismo y el progreso económico.

Pero al mismo tiempo, para ser una empresa competitiva en este mercado globalizado es necesario disminuir los costes de producción lo máximo que se pueda, conllevando a una sobrevaloración de lo económico en detrimento de lo social, aquí entendido como la supresión de algunos derechos y garantías de los trabajadores (fuerza humana del trabajo y donde se concentra uno de los mayores costes de producción: los gastos con personal).

Se ha culpado a la globalización de ser el instrumento de todos los males contemporáneos, sin tener en cuenta que ha proporcionado un aumento del número de

consumidores debido a la mejora en la oferta de productos en precio y calidad que ha generado más empleos y que de forma general ha impulsado la producción de riqueza. Para lograr sus objetivos, ha promovido la deslocalización productiva, en el ámbito internacional y la descentralización productiva a nivel nacional, fenómenos de concreción simultánea.

Segunda: La internacionalización del capital, la apertura de los mercados y las facilidades de acceder a otras fronteras, entre otras situaciones y ventajas inherentes a la globalización, han proporcionado a las empresas la posibilidad de trasladar parte de su producción o directamente traspasar su sede empresarial a otros países más atractivos por presentar incentivos fiscales, infraestructuras adecuadas, y una reglamentación ambiental y laboral menos rígida. Estas circunstancias en el exterior se traducen para el empresario en la posibilidad de bajar los costes generales de producción, lo que ha aumentado la competitividad favoreciendo la concurrencia internacional.

Es cierto que la mayoría de las empresas que buscan trasladar su producción a países con menos costes laborales, no buscan una calidad especial en la cualificación de los trabajadores de los países de destino. Pero esto no significa, empero, que la mano de obra barata implique necesariamente ser de mala calidad.

Es posible encontrar en el país receptor mano de obra cualificada implementando la oportuna formación profesional de los trabajadores de este país, lo cual no implica sólo una mejora en la producción, sino también un incremento en la capacidad profesional de los trabajadores.

No obstante, a pesar de la inversión extranjera en un país en vías de desarrollo, con consecuente mejora económica y la posibilidad de ofrecer empleo al excedente de mano de obra, se produce una clara desprotección y explotación laboral de los trabajadores, que son obligados a aceptar un empleo muchas veces precario para poder salir de la exclusión social provocada por el desempleo.

Lo que mueve a la empresa inversora a optar por un país u otro, son los bajos costes de mano de obra que ofrece a los trabajadores. Si la clase trabajadora empieza a protestar por unas condiciones mejores de trabajo, la empresa deja de ser atractiva; es

más, la tendencia es aumentar la precariedad en las condiciones laborales para seguir siendo el destino preferido de las multinacionales.

De esta forma, se puede sentar que la deslocalización empresarial es un fenómeno que contribuye claramente en el aumento de la precariedad laboral. No se puede olvidar, al tiempo, que al deteriorarse las condiciones de trabajo y de promoción profesional de los trabajadores poco cualificados, se produce un aumento en las situaciones de desempleo, pobreza y marginalidad.

Tercera: Para que la globalización no sea utilizada como pretexto de ser la generadora de la renuncia de los derechos alcanzados en el pasado, las normas internacionales y las Directivas de la Unión Europea se han pronunciado como forma de controlar los efectos negativos de la globalización, bien para impedir la explotación laboral de algunos países que todavía no poseen un nivel de desarrollo social capaz de asegurar unos salarios decentes y una vida digna a sus trabajadores, bien para evitar la proliferación de los trabajos precarios.

Son directrices que deben ser seguidas por los países miembros, con el fin de unificar unas normas laborales básicas de aplicación. Actúan como incentivos al pleno empleo y a la reducción de los índices de desempleo, siendo instrumentos hábiles para la lucha contra el *dumping* social.

Las Directivas de la Unión Europea establecen, así, la forma en que los Estados miembros deberían actuar para enfrentarse a los problemas que presenta la sociedad actual. Por su parte, los principios fundamentales y los derechos establecidos por la OIT, son una tentativa de unificación de un Derecho del Trabajo Internacional, tendente a establecer unos derechos básicos a un nivel global.

La Estrategia Europea para el crecimiento y el empleo adoptada por la Comisión Europea y publicada en 22 de noviembre de 2006, con el título “Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, incluye una serie de Directivas que destacan la necesidad de una legislación laboral apta para promover la flexibilidad y la seguridad del empleo, así como reducir la segmentación del mercado laboral, y por lo tanto el Libro Verde aborda las funciones que incumben a cada uno de los Estados miembros para promover la flexiseguridad como estrategia para compaginar unas

condiciones de trabajo flexible pero que al mismo tiempo asegure unas condiciones mínimas de seguridad a los trabajadores. Esto es, se trata de una tentativa para equilibrar la razón económica y la lógica social.

Dentro de todas las reformas flexibilizadoras hay que destacar la importancia de garantizar unas condiciones mínimas al trabajador, las cuales deben ser mantenidas. Entre ellas están un salario mínimo que permita al trabajador y a su familia tener una vida digna; el derecho a la Seguridad Social que le protegerá en los momentos no deseados pero que pueden pasar en el transcurso de su vida laboral; la determinación y el cumplimiento de unos límites en la jornada de trabajo, para que el empresario no se aproveche de una situación de crisis para explotar al trabajador, haciéndole prestar servicios más horas de las permitidas por el ordenamiento jurídico; y por último, pero no menos importante, la prevención de riesgos laborales para que el trabajador pueda desarrollar su actividad en condiciones de salud y seguridad apropiados.

De forma que se mantiene la posición de que lo que no esté incluido en estas condiciones básicas, esenciales e imprescindibles para el trabajador, puede ser objeto de flexibilidad y deberá variar de acuerdo con la situación económica en que el Estado se encuentre y de acuerdo con las exigencias específicas e imprescindibles de cada sector, más precisamente de cada profesión.

Flexibilizar algunos derechos como consecuencia de la realidad económica no es dar preferencia a ésta en deterioro de las normas laborales, pero sí amoldar las previsiones legales para que el Derecho del Trabajo que, además de proteger los trabajadores estables y con garantías, también se ocupe de la creación y fomento del empleo, para que los que están al margen del Derecho Laboral también lleguen a ser tutelados.

Hay que resaltar, igualmente, que la exigencia y el control por parte del Estado para que los empresarios cumplan y respeten unas condiciones laborales mínimas a sus trabajadores, incluso en épocas de crisis, también beneficiará a los propios empresarios. La exclusión y la penalización de los empresarios fraudulentos e incumplidores de las normas laborales impedirá la competencia desleal con sus obligaciones contractuales, pues también es sumamente interesante para el empresario acabar con la competencia desleal e injusta entre los que cumplen y los que actúan extramuros del sistema jurídico.

Por lo tanto, lo que no debe ser aceptado es que el término flexiseguridad sea utilizado para facilitar el despido y reducir las retribuciones salariales cuando las nuevas exigencias de la economía empresarial lo sugieran, y para aumentar la precariedad laboral.

Cuarta: Con la descentralización se marcan las pautas en la transformación de los perfiles de la empresa y del trabajador, lo que origina nuevas formas de contratación laboral más precaria. En la época fordista, las empresas tenían una división de trabajo intraempresarial, la producción era centralizada, todas las fases del proceso productivo estaban integradas y eran indivisibles dentro de una única empresa. Se producía en serie y en grandes cantidades.

Pero este sistema empezó a ocasionar grandes pérdidas económicas, por ser incapaz de prever el desplome de la demanda de determinados productos. Por tal razón, las grandes empresas dejaron, poco a poco, de producir en ingentes cantidades y pasaron a atesorar una mayor especialización en la producción de su producto final.

A partir de las transformaciones económicas provocadas por la globalización, la producción pasó a ser descentralizada, desvinculando parte del proceso productivo hacia otras empresas o trabajadores autónomos y estableciendo, a la postre, una división del trabajo interempresarial, pues con el modelo de sistema *fordista*, las empresas no fueron capaces de prever el desplome de la demanda de determinados productos, razón por la cual mantener este ritmo de producción central y en serie, seguramente ocasionaría grandes pérdidas económicas.

La descentralización actúa, así, como un modo de producción caracterizado por una transferencia parcial al exterior de la empresa principal de ciertos riesgos vinculados al ciclo productivo, asumiendo por el contrario los beneficios económicos de esta actividad que traslada hacia fuera.

En paralelo, el trabajador típico, padre de familia, con un trabajo subordinado, indefinido, a jornada completa, que desarrollaba actividades manuales, con mucha fuerza física y de baja cualificación, se transforma en un trabajador más independiente que, ya no tiene un contrato indefinido, sino temporal, con una dedicación laboral más flexible

y más acorde con los cambios tecnológicos. El trabajador pasa a ser más responsable, menos sumiso y más autónomo en su trabajo.

Junto con los cambios en el perfil del trabajador también se observa una modificación en los conceptos de dependencia y de subordinación. La dependencia es menos lineal, pasiva y rígida. El trabajador se inserta en la organización, asume el puesto asignado y en la realización de su tarea pone sus conocimientos, su saber hacer, y respeta las reglas propias de la actividad que desarrolla siguiendo también su propio criterio y gozando por ello de un margen de autonomía que no le es conferido por el empresario, sino que le es propio como profesional, o más genéricamente como trabajador cualificado responsable. Se trata en definitiva de un trabajador dependiente que al mismo tiempo que asume un cierto grado de responsabilidad y goza de un margen de autonomía es controlado, organizado, determinado, orientado, y utilizado por el empresario.

Surge también, un número considerable de trabajadores autónomos, siendo difícil muchas veces la distinción entre el trabajo independiente y el subordinado. El reconocimiento de los trabajadores autónomos económicamente dependientes en el Estatuto del Trabajador Autónomo ha producido un gran avance en la legislación laboral española, que ha atendido necesidades exponencialmente incrementadas como consecuencia de la emergencia de modalidades antes inéditas de trabajo autónomo “coordinado” o “dependiente económicamente”, difícilmente distinguibles del trabajo dependiente en sentido estricto, al compartir con éste buena parte de los elementos que hasta hace poco habían venido siendo considerados sintomáticos de su presencia (ejecución personal de la prestación, su continuidad y permanencia, realización de la misma en el lugar fijado por el acreedor e incluso con materiales o equipos propiedad de éste, control constante de su ejecución, etc.).

Como dificultad adicional, es muy común en algunas formas de contratación laboral la existencia ya no de subordinación, sino de “subordinaciones”. El trabajador queda sujeto a órdenes de distintos empleadores, a los cuales está subordinado, siendo difícil muchas veces descubrir a la verdadera contraparte de la relación laboral.

Quinta: Las consecuencias jurídicas laborales derivadas de la descentralización productiva son muchas, pues van afectar a las dos partes de la relación laboral, tanto

positiva como negativamente, dependiendo del prisma con el que se examine. De un modo general, la descentralización es considerada como una alternativa lucrativa y positiva para los empresarios y, por otro lado – y en su envés –, se califica como un retroceso de los derechos laborales que fueron conquistados con gran esfuerzo por los trabajadores, siendo reconocida en la mayoría de los casos como una desventaja para estos.

Esta modificación de las condiciones laborales provocadas por la descentralización productiva puede conducir en su extremo a la desaparición de las relaciones laborales, lo que aumenta la precariedad en el trabajo. La proliferación del trabajo atípico, debido al elevado número de contratos temporales, en busca de costes laborales más bajos y de recuperación del excedente empresarial, provoca una inestabilidad y una inseguridad en el empleo.

Desde tal premisa, es importante sentar que, siguiendo a la mejor doctrina, la descentralización productiva y las nuevas formas de organización del trabajo obligan a los juristas y, en particular, a los juristas académicos, a una reconstrucción sistemática del Derecho del Trabajo. Esta tarea no cabe afrontarla desde el pesimismo ni la inquietud porque las transformaciones que ocurren en la economía y en el moderno sistema productivo y laboral también constituyen una instigación permanente para la correspondiente incorporación de los mismos al ordenamiento jurídico laboral, sin que se renuncie, entre tanto, a los principios y fines que dieron origen al Derecho del Trabajo y que han reafirmado su importancia en el marco jurídico; esto es, la efectiva aplicación del principio de la dignidad de la persona y la valoración de la fuerza humana del trabajo, impidiendo que éste sea tratado como una mercancía.

Sexta: La descentralización productiva como técnica de gestión ofrece muchas ventajas para las empresas, pudiendo mencionar, entre ellas, la reducción de los costes empresariales, la posibilidad de tener acceso de manera más fácil a las transformaciones tecnológicas o la flexibilidad a la hora de gestionar la empresa de un modo que permita una mejor adaptación a los cambios del mercado financiero. Ahora bien, no cabe pensar que las empresas descentralizadas están totalmente libres de riesgos. La utilización de forma equivocada de la descentralización puede generar, entre otros problemas, la

pérdida del control sobre el producto, la disminución de su calidad o la desmotivación de parte de los trabajadores que siguen en la empresa, lo cual redundará en mayores índices de absentismo y una menor productividad.

La reducción de la dimensión empresarial y consecuentemente el aumento de la creación de nuevas pequeñas empresas consecuencia de la descentralización, la cadena jerárquica disminuye y eso produce algunas consecuencias:

1) Con el desmembramiento y la interconexión de la gran empresa, la pequeña empresa se fortalece y empieza a beneficiarse de las ventajas y de las ayudas fiscales previstas para ellas; 2) al tener un número reducido de trabajadores y menos categorías, algunas normas de carácter colectivo no tienen aplicación, lo que se traduce en una obligación limitada por parte del pequeño empresario que se ceñirá a cumplir las obligaciones básicas establecidas por la normativa laboral; 3) el trabajador tiene la oportunidad de negociar sus derechos directamente con su empleador, incrementando la relación directa empresario/trabajador y haciendo que la acción colectiva sea considerablemente menos incisiva ; 4) se produce una huida de la figura del empresario, como titular de la actividad productiva, debido a la formación de grupos de empresas y redes de empresas; 5) la quiebra de las fronteras nacionales; 6) concurre una pérdida de autonomía de la pequeña empresa, entendida como una de las desventajas de la descentralización productiva; 7) aumenta la extensión de las fórmulas etéreas de subordinación jurídica laboral; y 8) cobra carta de naturaleza la disminución del periodo contractual.

Séptima: El incremento del número de empresas descentralizadas y de los contratos atípicos se ha convertido en las últimas décadas en la forma más común de organización empresarial. Este crecimiento desenfrenado no tiene límites y las consecuencias, que no son pocas, son entendidas por la doctrina como una huida del Derecho del Trabajo.

Uno de los problemas de más difícil solución se produce cuando las empresas hacen uso de las formas de descentralización como una alternativa para huir de las obligaciones y de las responsabilidades derivadas de su condición de empleador, utilizando una forma de organización productiva legal pero de forma fraudulenta.

Una forma de utilizar mano de obra de manera ilícita es a través de una empresa intermediaria que cede sus trabajadores a otra empresa. Excepto las empresas de trabajo temporal que están autorizadas en colocar trabajadores a disposición de otra empresa, las demás empresas que materializan tales conductas lo que intentan es burlar el sistema laboral. Contratar trabajadores sin tener la intención de emplearlos y sí de cederlos a otra empresa, es considerada una actividad ilícita, tráfico ilegal de mano de obra o prestamismo de trabajadores, que son fenómenos que están expresamente prohibidos por la Ley.

La cesión ilegal provoca una inseguridad jurídica al trabajador que tiene dificultad en identificar quien es su real empleador, a quien tiene que exigir las obligaciones y responsabilidades inherentes en la figura del empresario. En este ámbito, existe una dificultad muy grande a la hora de establecer la distinción de una falsa contrata (pseudo-contrata, cesión ilegal de trabajadores) de una contrata verdadera.

Una contrata no será considerada un clásico ejemplo de cesión de mano de obra ilícita, prohibida por el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, cuando se trate de una empresa real (que no tienen la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidad de la legislación laboral), que tenga medios económicos, materiales y personales de ejecutar la obra, que ejerza el poder de dirección sobre sus trabajadores y que asuma el riesgo de la actividad. Pero si no estuvieran presentes estos requisitos estaría confirmada la intención fraudulenta del empresario.

La estrategia empresarial en aras a ganar en productividad, capacidad de adaptación y dinamismo, ser más competitiva y, por tanto, conseguir una mayor cuota y un mayor poder de mercado, ha impulsado la búsqueda de nuevas estrategias de organización empresarial, calificadas como “nuevas formas de empresa”.

La subcontratación, sobre todo en el sector de la construcción civil ha sido objeto de preocupación para el Derecho Laboral, principalmente por los elevados índices de siniestralidad en esta actividad. Como forma innovadora de regular esta cuestión, se promulgó en España la Ley 32/2006 de 28 de octubre, con el objetivo de proteger a los trabajadores pero dejar de favorecer a los empresarios de la construcción civil.

Octava: Las nuevas formas de empleo han provocado una crisis en el modelo contractual socialmente típico de prestación de trabajo. El contrato de trabajo de duración indefinida, por cuenta ajena y dependiente, utilizado por un largo tiempo como modelo para construir la relación laboral estable y de larga duración, exclusiva y a jornada completa, se ha diluido.

Desde siempre se sabe que la parte más débil del contrato es el trabajador. Tanto es así que el Derecho del Trabajo tradicionalmente se ha destinado a tutelar a los trabajadores y a asegurar que estos pudiesen desarrollar su actividad de forma segura y saludable.

Algunas de las nuevas formas de organización empresarial no están todavía reguladas, lo que hace que sea la jurisprudencia en muchos casos, la encargada de establecer requisitos y criterios para identificar ciertas formas de contratación y así proporcionar al trabajador unas condiciones laborales adecuadas.

No obstante, algunas formas de colaboración empresarial ya están reguladas y son mecanismos efectivos de control de los abusos empresariales.

Lo que sí es cierto, es que regulada o no, las nuevas formas de empresa, que acompañan los avances de la globalización han producido y siguen produciendo consecuencias jurídicas, no siempre positivas para los trabajadores que son la parte más débil de la relación laboral.

Novena: Cierto es que la empresa siempre ha tenido un papel secundario en el Derecho del Trabajo, centrado sobre todo en la figura del trabajador. No obstante, con las nuevas formas de unidades productoras, la identificación del empresario, a pesar de ser una tarea considerablemente difícil en algunos casos, tiene suma importancia para que el trabajador, al no tener satisfecho alguno de sus derechos o garantías, pueda saber a quién tiene que exigir la responsabilidad, tarea no exenta de dificultades, pues existen casos en que es muy difícil identificar quién es la contraparte de la relación laboral, siendo la figura del empresario un personaje de rostro sin rasgos definidos.

Para el trabajador es muy difícil identificar su verdadero empleador, cuando quién ejerce el poder de dirección y se beneficia de la prestación laboral no es el mismo

que contrata y remunera al trabajador. Esta dificultad aumenta cuando se trata de un mismo trabajador que presta servicio para un grupo o red de empresas o para una pluralidad de empleadores. Se puede tomar como ejemplo la legislación portuguesa, que, además de tener regulada la pluralidad de empleadores, aplica la responsabilidad solidaria a todas las empresas que integran el régimen jurídico empresarial.

No se puede negar que la solución presentada por la legislación portuguesa, al aplicar la responsabilidad de todas las empresas del grupo, considerando el grupo como si fuera un empleador único, es una alternativa muy válida para combatir la intención fraudulenta de aquellos que se benefician de la prestación laboral del trabajador en varias empresas del grupo, así como también para evitar que estos trabajadores tengan un contrato de trabajo precario.

Décima: Es cierto que el Derecho del Trabajo es complementario de la economía y por lo tanto no subsiste aisladamente. La normativa laboral depende de una situación monetaria que proporcione unas condiciones de vida a los trabajadores pero al mismo tiempo tiene que asegurar la protección de los trabajadores que no pueden acceder a unos recursos estables y permanentes, siendo incapaces de atender como conviene sus situaciones de necesidad y las de sus allegados, necesitando para ello de la ayuda del Estado del Bienestar. Lo que no tiene sentido es que sólo una pequeña parte de trabajadores, los considerados trabajadores típicos, sean los beneficiarios de una protección social elevada, en cuanto que los desempleados sufren con la exclusión social, y una cantidad considerable de trabajadores se pliega a aceptar un trabajo en condiciones deplorables.

Esta situación, de sobra conocida, ha hecho necesario un nuevo replanteamiento de cómo poner en una misma balanza: de un lado, la tentativa de disminuir los elevados costes laborales y del otro, intentar preservar unos derechos laborales mínimos de los trabajadores. La solución para disminuir la precariedad laboral está en buscar un justo equilibrio entre la tutela de los derechos de los trabajadores y el progreso económico, sin sobrevalorar un polo sobre otro. Los excesos en priorizar lo económico hace que la precariedad aumente, por otro lado el exceso en protección social tampoco favorece el mantenimiento del empleo. La política social actual debe mirar a ambas partes del

vínculo contractual, no centrarse sólo en el trabajador o en el empleador, pues atender sólo uno de los dos platillos de la balanza, hará perder su equilibrio, disminuyendo el empleo y aumentando la precariedad. Los intereses sociales y económicos deben estar equilibrados en las normas de Derecho Laboral, sólo así la dignidad del trabajador, incluyendo su derecho a un trabajo en dignas condiciones, será preservada.

Así, en tiempos de crisis económica, lo más acertado es intentar equilibrar por un lado la lógica empresarial y por el otro la lógica social en un intento por mejorar los niveles de empleo, o más bien en este momento, en un intento de reducir el desempleo.

Decimoprimera: El sindicato está llamado a desempeñar un papel fundamental en la búsqueda de un punto de equilibrio entre los intereses contrapuestos de trabajo y capital, lo cual debe pasar por distribuir los papeles respectivos, garantizando la participación de la clase trabajadora en el proceso de creación del Derecho Laboral como cauce para asegurar la eficacia y validez del propio sistema.

No obstante, la disminución de la estructura empresarial, aliada a una actuación retrógrada por parte de los sindicatos, conlleva a un total desinterés de los trabajadores por la afiliación sindical, prefiriendo negociar mejores condiciones laborales de forma individual, enflaqueciendo aún más esta institución que durante mucho tiempo fue uno de los principales protagonistas del Derecho del Trabajo.

Al tiempo, los innegables efectos negativos que la globalización y la deslocalización están teniendo en la capacidad política de los Estados para intervenir en la regulación de la actividad económica de un país, aunque a veces se exageren, actúan, además, en contra del marco institucional favorable que necesitan los sindicatos para desarrollar su actividad, pues la inexistencia de un modelo institucional internacional, con capacidad de imponer normas laborales y mínimos derechos de los trabajadores en todos los países, está suponiendo un grave obstáculo para que las asociaciones sindicales actúen transnacionalmente.

La proliferación de formas atípicas de contratación ha contribuido lógicamente en la pérdida de prestigio de los sindicatos. La transformación en la estructura empresarial, que de centralizada pasó a ser descentralizada, así como de gran empresa a

fragmentarse en diversas pequeñas empresas, también ha contribuido a la crisis en el sindicalismo clásico.

Por lo tanto, se ha concluido que las causas del debilitamiento del poder sindical derivan, en gran parte, de la crisis en la afiliación sindical. La falta de interés por parte de los trabajadores en afiliarse a los sindicatos es debido a muchas cuestiones, entre ellas están:

1) Una actuación anticuada por parte del poder sindical; 2) el adelgazamiento empresarial ha proporcionado el acercamiento entre trabajador y empresario, lo que generó una individualización de las relaciones laborales y ha disminuido las posibilidades de penetración sindical en las mismas; 3) al tener aplicación *erga omnes*, aunque el trabajador no esté afiliado será beneficiado por el mismo convenio; 4) los sindicatos se limitan a transponer los derechos del Estatuto de los Trabajadores, no son innovadores y tampoco vienen demostrando estar preocupados con otras cuestiones también importantes, como el medio ambiente, fomento al empleo y otras materias sociales; 5) la falta de información respecto de las funciones de los sindicatos, sobre todo a los nuevos afiliados, en general jóvenes trabajadores, que en su gran mayoría desconocen los propósitos del sindicato y de qué forma puede actuar en la defensa de sus derechos; 6) las reglas fallidas para acceder a la representación sindical en las empresas; 7) la falta de encuadramiento de nuevas profesiones; y, 8) la relación interempresarial que limita la autoridad de ciertas empresas debido a la dependencia que poseen de otras empresas con quienes colaboran.

Está claro que uno de los retos del sindicalismo radica en suprimir las limitaciones enumeradas, así como modernizar la forma organizacional de esta institución. Sólo así será posible atraer nuevos trabajadores y mantener aquellos que ya están afiliados.

Decimosegunda: Si antes el problema del *dumping* social estaba asociado al miedo a que la libertad sin control de las empresas a la hora de organizar su producción provocara una precariedad en el empleo, de forma que los trabajadores de distintos países han sentido la falta de aplicación de condiciones laborales mínimas, ahora hay

que hablar, de diseñar condicionantes para aumentar el empleo y fortalecer la estabilidad de las empresas, independientemente de su dimensión.

No se pretende, en absoluto, hacer un juicio de valor de cuales derechos son más importantes, si el derecho a tener un empleo o el derecho a tener un empleo en condiciones mínimas. Lo que se quiere resaltar es que la existencia de innumerables dificultades impuestas a un empresario a la hora de reducir mano de obra, conlleva a que, por un lado, la contratación sea precaria y, por otro, a que este empresario tenga interés en producir en otro país, donde las condiciones sean más favorables. La revolución tecnológica, de las comunicaciones y del transporte, han hecho que la producción sea cada vez más global y con las diferencias existentes en los países, cercanos o en el otro lado del charco, hay que buscar fórmulas atractivas para que el empresario no se vaya al extranjero y que pueda así contribuir a rebajar la elevada tasa de desempleo que existe en España a día de hoy. Pero todo se debe combinar de forma equilibrada, con el establecimiento de las oportunas garantías laborales mínimas para que el trabajador pueda tener además de su prestación económica, también una buena salud y seguridad laboral, garantizando al trabajador cierta garantía de estabilidad en empleo sin que sea demasiado elevada para el empresario a la hora de despedir.

Se hace necesaria una modernización del Derecho Laboral que sea capaz de adaptar con éxito las exigencias anudadas los derechos de los trabajadores como a los requerimientos del beneficio empresarial.

No hay otra alternativa que asumir que el sistema jurídico-laboral está desequilibrado. Proporciona una protección excesiva a los trabajadores típicos que aun quedan y deja muchos trabajadores al margen de protección. Mientras prevalezca el principio de la eficiencia económica, direccionado a atender las necesidades empresariales y del mercado, los trabajadores no tendrán garantizado ni las condiciones mínimas de trabajo. Hay que cambiar, pues, la filosofía que siempre va en la misma dirección de deterioro de los derechos laborales y de las exigencias cada vez más flexibilizadoras de los empresarios, compaginando ambos intereses.

No se puede mantener un ordenamiento jurídico social, que no ha evolucionado de aquel modelo que constituyó su referente durante décadas, pues la realidad económica que avanza incontrolada hacia nuevas formas de organización empresarial, marcadas por la pretensión de reducir riesgos, flexibilizando la utilización de mano de

obra y delimitando el poder de los sindicatos, intentando mejorar permanentemente sus niveles de competitividad.

La actual clase trabajadora tiende a dividirse cada vez más entre una minoría que posee una cualificación elevada, que es contratada regularmente con salarios y beneficios aceptables, y una mayoría compuesta por trabajadores que peregrinan entre la formalidad y la informalidad, con reducida cualificación profesional, salarios efímeros y con pocas garantías.

Decimotercera: La modernización del Derecho del Trabajo (en el seno de un mercado laboral inestable e imperfecto) deberá tener en cuenta los referidos cambios de organización empresarial que son provocados por razones económicas, de manera que pueda adaptarse, pero sin rendirse fácilmente a las excesivas exigencias de una economía descontrolada. Es decir, que el egoísmo económico no le impida, ni restrinja su capacidad de transformar la realidad social en beneficio del equilibrio y de la justicia social, dos pilares que deben acompañar siempre al Derecho Laboral. La protección frente a la inseguridad, a la precariedad en el empleo y en contra de las situaciones de exclusión y desventaja social son sin duda los nuevos (o renovados) objetivos de la política social actual; retos éstos que ha de afrontar el nuevo Derecho Social y del Trabajo europeos, en una coyuntura caracterizada por el recrudecimiento de las condiciones de competencia mundial que presiona hacia la reducción de los costes del trabajo.

Pero sólo se puede hablar de condiciones laborales cuando hay un contrato de trabajo. La situación en que se encuentra España y otros países de la Unión Europea es deprimente. Los números de desempleados no dejan de subir día tras día, así como no se dejan de escuchar noticias de una y otra empresa que han cerrado sus puertas. Lo que conlleva a la conclusión de que hay que conseguir – permítase la reiteración – un equilibrio entre los intereses empresariales y unas garantías mínimas aseguradas a los trabajadores, unido al diseño de unas medidas de estímulo empresarial para que el empleo vuelva a repuntar y alcance los niveles aspirados.

CONCLUSÃO

Primeira: A globalização, que se caracteriza, tal como estabelece a OIT na sua declaração sobre a justiça social de 2008, pela “difusão de novas tecnologias, fluxos de ideias, intercâmbio de bens e serviços, incremento dos fluxos financeiros e de capital, internacionalização do mundo dos negócios e de seus processos e de diálogo, assim como da circulação de pessoas, especialmente dos trabalhadores”, apesar de não se tratar de um fenômeno recente, está a modificar profundamente o mundo do trabalho. Esta originou um avanço nas tecnologias, a informação passou a ser instantânea, os transportes e o acesso a outros países melhoraram e isso deu lugar à abertura dos mercados, conseguindo-se uma grande mudança na forma de produção, que passou a ser mundial. Desta forma, pode-se dizer que a globalização é sinônimo de progresso econômico e social e que, como todos os tipos de progresso, origina consequências positivas e negativas.

Muitas das inovações e transformações vividas pelas empresas em todo o mundo, seu crescimento e sua evolução, estão associadas à globalização. Com a integração da economia a nível mundial, o intercâmbio de bens, serviços, tecnologias, informações, ideias e culturas, tem gerado um progresso global, produzindo variados tipos de benefícios tanto a nível local como internacional. Com uma produção global, a competitividade aumenta, o que faz com que o produto final chegue até o consumidor a um preço muito mais acessível, favorecendo o consumismo e o progresso econômico.

Porém, ao mesmo tempo, para ser uma empresa competitiva neste mercado global, é necessário diminuir os custos de produção ao extremo, o que leva a uma sobrevalorização do factor económico em detrimento do social, aqui entendido como a supressão de alguns direitos e garantias dos trabalhadores (força humana de trabalho e onde se concentra um dos maiores custos de produção: gastos com pessoal).

Tem-se culpado a globalização de ser a geradora de todos os males contemporâneos, sem ter em conta que tem proporcionado um aumento do número de consumidores devido a uma melhoria na oferta de produtos em preço e qualidade, tem gerado mais empregos e, de forma geral, tem impulsionado a geração de riqueza. Para

alcançar os seus objetivos, tem promovido a deslocalização produtiva, no âmbito internacional e a descentralização produtiva a nível nacional, fenómenos simultâneos.

Segunda: A internacionalização do capital, a abertura dos mercados e as facilidades em aceder a outras fronteiras, entre outras situações e vantagens originadas pela globalização, proporcionaram às empresas a possibilidade de transferir parte da sua produção ou, diretamente, transferir a sua sede empresarial para outros países mais atrativos, em busca de incentivos fiscais, infra-estruturas adequadas, e regulamentações ambientais e laborais menos rígidas. Estas circunstâncias, no exterior, traduzem-se para o empresário na possibilidade de reduzir os custos gerais de produção, o que aumenta a competitividade, favorecendo a concorrência internacional.

É certo que a maioria das empresas que procuram transferir a sua produção para países com menores custos laborais não procuram uma qualidade especial na qualificação dos trabalhadores dos países de destino. No entanto, isso também não significa que a mão de obra barata seja necessariamente de má qualidade.

A verdade é que é possível encontrar no país de destino mão de obra qualificada, implementando a oportuna formação profissional nos trabalhadores deste país, o que resulta, não apenas numa melhoria da produção, mas também num incremento da capacidade profissional dos trabalhadores.

Não obstante, apesar do investimento estrangeiro num país em vias de desenvolvimento, com conseqüente melhoria econômica e possibilidade de oferecer emprego ao excedente de mão de obra, a exploração da mão de obra é inevitável, visto que se dá lugar a uma clara diminuição da proteção laboral dos trabalhadores, que são obrigados a aceitar um emprego muitas vezes precário para poder sair da exclusão social ocasionada pelo desemprego.

O que motiva uma empresa investidora a optar por um país ou por outro são os baixos custos de mão de obra oferecidos por estes. Se a classe trabalhadora começa a reivindicar melhores condições de trabalho, o país deixa de ser atrativo; além do que, a tendência é aumentar a precariedade das condições laborais para que este país continue sendo o destino preferido das multinacionais.

Desta forma, pode-se afirmar que a deslocalização empresarial é um fenómeno que contribui claramente para o aumento da precariedade nas condições de trabalho dos trabalhadores. Não se pode esquecer que, ao serem deterioradas as condições de trabalho e, também, ao existir uma falta de incentivo que promova a profissionalização dos trabalhadores pouco qualificados, produz-se um aumento nas situações de pobreza e de marginalidade.

Terceira: Para que a globalização não seja utilizada como pretexto de uma renúncia dos direitos alcançados no passado, as normas internacionais e as Diretivas da União Europeia têm-se pronunciado sobre a forma de controlar os efeitos negativos da globalização, seja impedindo a exploração laboral de alguns países que ainda não possuem um nível de desenvolvimento social capaz de assegurar salários decentes e uma vida digna a seus trabalhadores, seja evitando a proliferação de trabalhos precários.

São diretrizes que devem ser seguidas pelos países membros, com o objectivo de unificar umas normas laborais básicas de aplicação em toda a União Europeia. Atuam como incentivos ao pleno emprego e à redução dos índices de desemprego, sendo instrumentos hábeis para a luta contra o *dumping* social.

As Diretivas da União Europeia estabelecem, assim, a forma em que os Estados membros deveriam atuar para enfrentar os problemas que fazem parte da sociedade atual. Por sua vez, os princípios fundamentais e os direitos estabelecidos pela Organização Internacional do Trabalho, são uma tentativa de unificação de um Direito do Trabalho Internacional, que tende a estabelecer direitos básicos a um nível global.

A Estratégia Europeia para o crescimento e para o emprego, adotada pela Comissão Europeia e publicada em 22 de novembro de 2006, com o título “Modernizar o Direito do Trabalho para afrontar os desafios do século XXI”, inclui uma série de Diretivas que destacam a necessidade de uma legislação laboral adequada à promoção da flexibilidade e segurança no emprego, assim como à redução da segmentação do mercado de trabalho. Assim, o Livro Verde aborda as funções que incumbem a cada um dos Estados membros a promoção da flexissegurança como estratégia para assegurar condições de trabalho flexíveis e, ao mesmo tempo, assegurar condições mínimas de

segurança aos trabalhadores, tratando-se de uma tentativa para equilibrar a razão económica e a lógica social.

Dentro de todas as reformas flexibilizadoras deve-se destacar a importância de garantir condições mínimas ao trabalhador, as quais devem ser mantidas. Entre elas está um salário mínimo que permita ao trabalhador e à sua família ter uma vida digna; o direito à Previdência Social que lhe dará suporte nos momentos não desejados, os quais podem ocorrer no decurso de sua vida laboral; a determinação e cumprimento de limites na jornada de trabalho, de modo a que o empresário não se aproveite de uma situação de crise para explorar o trabalhador, fazendo com que ele trabalhe mais horas além das permitidas pelo ordenamento jurídico; e, por último, mas não menos importante, a prevenção dos riscos laborais para que o trabalhador possa desenvolver a sua atividade em condições de saúde e segurança apropriadas.

Se existir um posicionamento legal que garanta umas condições básicas, essenciais e imprescindíveis para o trabalhador, como as referidas acima, pode-se considerar que as restantes condições podem ser alvo de alguma flexibilização. A flexibilidade aplicada a estas condições deverá variar de acordo com a situação económica em que o Estado se encontre e de acordo com as exigências específicas de cada setor, mais precisamente de cada profissão.

Flexibilizar alguns direitos como consequência da realidade económica não é dar preferência a esta em detrimento das normas laborais. É, por outro lado, moldar a legislação laboral, de modo a que o Direito do Trabalho possa, além de proteger os trabalhadores estáveis e com garantias, fomentar o emprego, para que aqueles trabalhadores que estão à margem do Direito do Trabalho também cheguem a ser apoiados por este.

É necessário ressaltar, igualmente, que a exigência e o controle por parte do Estado que os empresários cumpram e respeitem umas condições laborais mínimas para os seus trabalhadores, inclusivamente em épocas de crise, também beneficiará aos próprios empresários. A exclusão e a penalização dos empresários fraudulentos e incumpridores das normas laborais impedirá a concorrência desleal, pois também é de elevada importância para a entidade patronal acabar com a concorrência desleal e injusta entre os que cumprem as obrigações contratuais e os que atuam contrariamente ao sistema jurídico.

Portanto, o que não deve ser aceite é que os empresários utilizem a flexissegurança para facilitar a demissão e reduzir os salários quando as novas exigências da economia empresarial o sugiram, assim como também não pode ser um meio para aumentar a precariedade laboral.

Quarta: Com a descentralização são alteradas as regras na transformação dos perfis das empresas e dos trabalhadores, o que origina novas formas de contratação laboral mais precárias. Na época em que a produção seguia o modelo *fordista*, as empresas tinham uma divisão de trabalho intra-empresarial: a produção era centralizada, todas as fases do processo produtivo estavam integradas e eram indivisíveis dentro de uma única empresa. Produzia-se em série e em grandes quantidades.

Entretanto, esse sistema começou a ocasionar grandes perdas económicas por ser incapaz de se adequar a momentos de baixa procura de determinados produtos. Por esta razão, as grandes empresas deixaram, aos poucos, de produzir em grandes quantidades e passaram a especializar-se na produção do seu produto final.

A partir das transformações económicas provocadas pela globalização a produção passou a ser descentralizada, desvinculando parte do processo produtivo para outras empresas ou trabalhadores autónomos e estabelecendo uma divisão do trabalho inter-empresarial, tendo em conta que com o modelo de sistema *fordista*, com uma produção central e em série, as empresas não eram capazes de atender as oscilações do mercado sem que isso significasse grandes perdas económicas.

A descentralização atua, assim, como um modo de produção caracterizado por uma transferência parcial para o exterior da empresa de certos riscos inerentes ao ciclo produtivo, assumindo, ao contrário, os benefícios económicos desta atividade que é transferida para outra empresa.

Em paralelo, o trabalhador típico, pai de família, com um trabalho subordinado, indefinido, com um horário de trabalho regular, transforma-se num trabalhador mais independente, que já não tem um trabalho indefinido, mas sim temporal e com uma dedicação laboral mais flexível e mais em linha com as mudanças tecnológicas.

O trabalhador passa a ser mais responsável, menos submisso e mais autónomo no seu trabalho. Juntamente com as mudanças no perfil do trabalhador, observa-se

também uma modificação nos conceitos de dependência e de subordinação. A dependência é menos linear, passiva e rígida. O trabalhador é inserido na organização, assume o posto assinalado e põe seus conhecimentos ao serviço da realização das suas tarefas. Respeita as regras próprias da atividade que desenvolve, seguindo também seu próprio critério e gozando por isso de uma margem de autonomia que não lhe é conferido pelo empresário, mas sim que lhe é próprio como profissional ou, mais genericamente, como trabalhador qualificado responsável. Trata-se, em definitivo, de um trabalhador dependente que, ao mesmo tempo que assume certo grau de responsabilidade e goza de uma margem de autonomia, é controlado, organizado, determinado, orientado e utilizado pelo empresário.

Surge também um número considerável de trabalhadores autônomos, sendo muitas vezes difícil a distinção entre o trabalho independente e o subordinado. O reconhecimento dos trabalhadores autônomos economicamente dependentes no Estatuto do Trabalhador Autônomo produziu um grande avanço na legislação laboral espanhola, que vem atendendo às necessidades exponencialmente incrementadas como consequência da emergência das modalidades antes inéditas de trabalho autônomo, como é o caso do trabalhador autônomo “coordenado” ou “dependente economicamente”. A distinção entre esta modalidade de trabalhador autônomo para para o trabalhador dependente em sentido estrito, é uma tarefa consideravelmente difícil, já que aos primeiros foram acrescentados elementos que até há pouco tempo vinham sendo exclusivos dos segundos (execução pessoal da prestação, sua continuidade e permanência, realização da mesma no lugar fixado pelo credor e inclusive com materiais e equipamentos de sua propriedade, controle constante de sua execução, etc.).

Como dificuldade adicional, é muito comum em algumas formas de contratação laboral a existência de “subordinações”, onde o trabalhador fica sujeito a ordens de distintos empregadores, aos quais está subordinado, sendo difícil muitas vezes descobrir a verdadeira contraparte da relação laboral.

Quinta: As consequências jurídicas laborais derivadas da descentralização produtiva são muitas, pois interfere nas duas partes da relação laboral, tanto positiva quanto negativamente, dependendo do ponto de vista com que se analise. De um modo geral, a descentralização é considerada como uma alternativa lucrativa e positiva para os

empresários mas, por outro lado, é caracterizada como um retrocesso nos direitos laborais que foram conquistados com grande esforço pelos trabalhadores, sendo reconhecida na maioria dos casos como uma desvantagem para eles.

Esta modificação das condições laborais provocada pela descentralização produtiva pode conduzir, no limite, ao desaparecimento das relações laborais, o que aumenta a precariedade no trabalho. A proliferação do trabalho atípico, devido ao elevado número de contratos temporais, em busca dos custos de mão-de-obra mais baixos e da recuperação da competitividade, provoca instabilidade e insegurança no emprego.

A partir de tal premissa, é importante destacar que, seguindo a melhor doutrina, a descentralização produtiva e as novas formas de organização do trabalho obrigam os juristas e, em particular, os juristas acadêmicos, a uma reconstrução sistemática do Direito do Trabalho. Esta tarefa não deve ser encarada com pessimismo ou inquietude, visto que as transformações que ocorrem na economia e que dão origem a um moderno sistema produtivo e laboral constituem, também, uma motivação permanente para a correspondente incorporação dos mesmos na regulamentação jurídico laboral. A tarefa consiste, portanto, em enquadrar um novo tipo de sistema com novos protagonistas sem que se renuncie, no entanto, aos princípios que deram origem ao Direito do Trabalho e que foram reconhecidos por sua importância no marco jurídico, isto é, a efetiva aplicação do princípio da dignidade humana com a valorização da força de trabalho humana, impedindo que esta seja tratada como uma mercadoria.

Sexta: A descentralização produtiva como técnica de gestão oferece muitas vantagens para as empresas, entre as quais a redução dos custos empresariais, a possibilidade de ter acesso de forma facilitada às transformações tecnológicas, ou a flexibilidade na gestão a empresa de um modo que permita uma melhor adaptação às mudanças do mercado financeiro. No entanto, não se pode concluir que as empresas descentralizadas estão totalmente livres de riscos. A utilização de forma errada da descentralização pode gerar, entre outros problemas, a perda de controle sobre o produto, a diminuição da sua qualidade ou a desmotivação de parte dos trabalhadores

que permanecem na empresa, o que resultará em maiores índices de abandono e numa menor produtividade.

A redução da dimensão empresarial e a consequente criação de novas pequenas empresas resultado da descentralização, tem como resultado a diminuição da cadeia hierárquica, trazendo com isso algumas consequências:

1) Com o desmembramento e a interconexão da grande empresa, a pequena empresa fortalece-se e começa a beneficiar das vantagens e das ajudas fiscais previstas para ela;

2) ao haver um número reduzido de trabalhadores e menos categorias, algumas normas de caráter coletivo não têm aplicação, o que se traduz numa obrigação limitada por parte do pequeno empresário que se restringirá a cumprir as obrigações básicas estabelecidas pelas normas laborais;

3) o trabalhador tem a oportunidade de negociar os seus direitos diretamente com o empregador, incrementando a relação direta empresário/trabalhador e fazendo com que a ação coletiva seja consideravelmente menos incisiva;

4) produz-se uma evasão da figura do empresário, como titular da atividade produtiva, devido à formação de grupos de empresas e redes de empresas;

5) a quebra das fronteiras nacionais;

6) ocorre uma perda de autonomia da pequena empresa, entendida como uma das desvantagens da descentralização produtiva;

7) protege a extensão das fórmulas etéreas de subordinação jurídico-laboral;

8) acresce a diminuição do período contratual.

Sétima: O incremento do número de empresas descentralizadas e dos contratos atípicos converteu-se, nas últimas décadas, na forma mais comum de organização empresarial. Este crescimento desenfreado não tem limites e as consequências, que não são poucas, são entendidas pela doutrina como uma fuga do Direito do Trabalho.

Um dos problemas de mais difícil resolução ocorre quando as empresas fazem uso das formas de descentralização como uma alternativa para fugir às obrigações e às responsabilidades derivadas da sua condição de empregador, utilizando uma forma de organização produtiva legal mas com contornos fraudulentos.

Uma forma de utilizar mão de obra de maneira ilícita é através de uma empresa intermediária que cede seus trabalhadores a outra empresa. Com exceção das empresas de trabalho temporário, que estão autorizadas a colocar trabalhadores à disposição de outra empresa, as outras empresas que realizam tais condutas fazem-no como tentativa de burlar o sistema laboral. Contratar trabalhadores, sem ter a intenção de empregá-los mas sim de cedê-los à outra empresa, é considerada uma atividade ilícita, tráfico ilegal de mão de obra ou empréstimo de trabalhadores, fenómenos que estão expressamente proibidos pela lei.

A cessão ilegal provoca uma insegurança jurídica ao trabalhador que tem dificuldade em identificar quem é o seu real empregador, a quem tem de exigir as obrigações e responsabilidades inerentes à figura do empresário. Nesse âmbito, existe uma dificuldade muito grande na hora de estabelecer a diferença entre falsa contratação (pseudo-contratação, cessão ilegal de trabalhadores) de uma contratação verdadeira.

Uma contratação não será considerada um clássico exemplo de cessão de mão de obra ilícita, proibida pelo artigo 43 do Estatuto dos Trabalhadores, quando se trate de uma empresa real (a qual não tem a finalidade de criar uma falsa aparência empresarial para iludir as obrigações e responsabilidade da legislação laboral), que tenha meios económicos, materiais e pessoais para executar a obra, que exerça o poder de direção sobre seus trabalhadores e que assuma o risco da atividade. Porém, se não estiverem presentes estes requisitos, estará confirmada a intenção frudulenta do empresário.

A estratégia empresarial de ganhar produtividade, capacidade de adaptação e dinamismo, ser mais competitiva e, portanto, conseguir uma maior quota e um maior poder de mercado, tem impulsionado a busca de novas estratégias de organização empresarial, qualificadas como “novas formas de empresa”.

O caráter temporário e as inúmeras cadeias de subcontratação no setor da construção civil, principal motor da economia antes do *boom* imobiliário, juntamente com os riscos provenientes da própria atividade, tem registado números muito elevados de acidentes laborais. Razão mais que suficiente para que Espanha, de forma inovadora, promulgasse a Lei 32/2006 de 28 de outubro para regulá-lo, com o objetivo de proteger os trabalhadores sem deixar de favorecer os empresários da construção civil.

Oitava: As novas formas de emprego provocaram uma crise no modelo contratual típico de prestação de trabalho. O contrato de trabalho de duração indefinida,

por conta alheia e dependente, utilizado por um longo período como modelo para construir a relação laboral estável e de longa duração, exclusiva e de horário de trabalho completo, diluiu-se.

Desde sempre que a parte mais débil do contrato de trabalho foi o trabalhador. Desta forma, o Direito do Trabalho tradicionalmente se destinou a tutelar os trabalhadores e assegurar que estes possam desenvolver a sua atividade de forma segura e saudável.

Algumas das novas formas de organização empresarial não estão ainda reguladas, o que faz com que a jurisprudência muitas vezes seja a encarregada de estabelecer requisitos e critérios para identificar certas formas de contratação e assim proporcionar ao trabalhador condições laborais adequadas.

Não obstante, algumas formas de colaboração empresarial já estão reguladas e são mecanismos efetivos de controle dos abusos empresariais.

O que é certo é que, regulada ou não, as novas formas de empresa que acompanham o avanço da globalização, produziram e continua a produzir consequências jurídicas, nem sempre positivas para os trabalhadores, que são a parte mais débil da relação laboral.

Nona: Certo é que a empresa, sempre teve um papel secundário no Direito do Trabalho, centrado, sobretudo na figura do trabalhador. Não obstante, com as novas formas de empresas, a identificação do empresário, apesar de ser uma tarefa consideravelmente difícil em alguns casos, é de extrema importância para que o trabalhador, ao não ter satisfeito algum de seus direitos ou garantias, possa saber a quem tem que exigir a responsabilidade, tarefa não isenta de dificuldades, pois existem casos em que é muito difícil identificar quem é a contraparte da relação laboral, sendo a figura do empresário um personagem de rosto sem traços definidos.

Para o trabalhador é muito difícil identificar o seu verdadeiro empregador, quando quem exerce o poder de direção e beneficia da prestação laboral não é o mesmo que contrata e remunera o trabalhador. Esta dificuldade aumenta quando se trata de um mesmo trabalhador que presta serviço para um grupo ou rede de empresas ou para uma pluralidade de empregadores. Pode-se tomar como exemplo a legislação portuguesa,

que além de ter regulada a pluralidade de empregadores, aplica a responsabilidade solidária a todas as empresas que integram o regime jurídico empresarial.

Não se pode negar que a solução apresentada pela legislação portuguesa, ao aplicar a responsabilidade a todas as empresas do grupo, considerando o grupo como se fosse um empregador único, é uma alternativa muito válida para combater a intenção fraudulenta daqueles que se beneficiam da prestação laboral do trabalhador em várias empresas do grupo, assim como também para evitar que estes trabalhadores tenham um contrato de trabalho precário.

Décima: É certo que o Direito do Trabalho é complementar da economia e, por essa razão, não subsiste isoladamente. A legislação laboral depende de uma situação monetária que proporcione umas condições de vida aos trabalhadores e, ao mesmo tempo, tem que assegurar a proteção dos trabalhadores que não podem usufruir de recursos estáveis e permanentes, e que não têm capacidade de arcar com as necessidades básicas pessoais e da sua família, necessitando, para isso, da ajuda do Estado Social. O que não tem sentido é que só uma pequena parte de trabalhadores, os considerados trabalhadores típicos, sejam os beneficiários de uma proteção social elevada, enquanto que os desempregados sofrem com a exclusão social, e uma quantidade considerável de trabalhadores, diante da escassez de emprego, veja como única saída a aceitação de um trabalho em condições deploráveis.

Esta situação, bastante conhecida, exigiu um novo planeamento de como colocar numa mesma balança, de um lado, a tentativa de diminuir os elevados custos laborais e, do outro, a tentativa de preservar direitos laborais mínimos. A solução para diminuir a precariedade laboral está em procurar um justo equilíbrio entre a tutela dos direitos dos trabalhadores e o progresso económico, sem sobre valorizar nem um pólo nem outro. Os excessos em dar prioridade ao factor económico fazem com que a precariedade aumente, e, por outro lado, o excesso na proteção social também não favorece a manutenção do emprego. A política social atual deve olhar para ambas as partes do vínculo contratual, não se deve centrar só no trabalhador nem só no empregador, pois atender só a um dos lados da balança fará com que se perca o equilíbrio, o emprego diminuirá e a precariedade aumentará. Os interesses sociais e económicos devem estar

equilibrados nas normas de Direito do Trabalho, pois só assim a dignidade do trabalhador, incluindo o seu direito a um trabalho em dignas condições, será preservada.

Assim, em tempos de crise económica, o mais certo é tentar equilibrar, por um lado, a lógica empresarial e, por outro, a lógica social numa tentativa de melhorar os níveis de emprego, ou, no curto prazo, numa tentativa de reduzir o desemprego.

Décima - primeira: O sindicato está chamado a desempenhar um papel fundamental na procura de um ponto de equilíbrio entre os interesses divergentes de trabalho e capital, o qual deve passar por distribuir os respetivos papéis, garantindo a participação da classe trabalhadora no processo de criação do Direito do Trabalho como causa para assegurar a eficácia e validade do próprio sistema.

Não obstante, a diminuição da estrutura empresarial, aliada a uma atuação retrógrada por parte dos sindicatos, leva a um total desinteresse dos trabalhadores pela afiliação sindical, preferindo negociar melhores condições laborais de forma individual, enfraquecendo ainda mais esta instituição que durante muito tempo foi um dos principais protagonistas do Direito do Trabalho.

São inegáveis os efeitos negativos que a globalização e a deslocalização estão a ter sobre a capacidade política dos Estados na intervenção e regulação da atividade económica de um país. E ainda que por vezes estes efeitos negativos sejam exagerados, a verdade é que desfavorecem o enquadramento institucional de que os sindicatos necessitam para o desenvolvimento da sua atividade. De fato, a inexistência de um modelo institucional internacional, com capacidade de impor normas laborais e diretores mínimos dos trabalhadores de todos os países, funciona como um grave obstáculo para as associações sindicais que atuam numa base internacional.

A proliferação de formas atípicas de contratação tem contribuído logicamente para a perda de prestígio dos sindicatos. A transformação na estrutura empresarial, que de centralizada passou a ser descentralizada, e a transformação da grande empresa em diversas pequenas empresas, tem também contribuído para a crise no sindicalismo clássico.

Portanto, conclui-se que as causas do enfraquecimento do poder sindical derivam, em grande parte, da crise na afiliação sindical. A falta de interesse por parte dos trabalhadores em afiliar-se aos sindicatos é devido a muitas questões, tais como:

1) Uma atuação antiquada por parte do poder sindical; 2) o emagrecimento empresarial, que tem proporcionado a aproximação entre o trabalhador e o empresário, e tem assim gerado uma individualização das relações laborais, diminuindo as possibilidades de penetração sindical nas mesmas; 3) ao ter aplicação *erga omnes*, ainda que o trabalhador não esteja afiliado será beneficiado pelo mesmo convênio; 4) os sindicatos limitam-se a transpor os direitos do Estatuto dos Trabalhadores, não são inovadores e não demonstram preocupação com outras questões também importantes tais como o meio ambiente, o fomento do emprego e outras matérias sociais; 5) a falta de informação das funções dos sindicatos, em especial aos novos afiliados, em geral jovens trabalhadores, que na sua grande maioria desconhecem os propósitos do sindicato e de que forma este pode atuar em defesa de seus direitos; 6) as regras falidas para aceder à representação sindical nas empresas; 7) a falta de enquadramento das novas profissões; e, 8) a relação inter-empresarial que limita a autoridade de certas empresas devido à dependência que possuem de outras empresas com quem colaboram.

Está claro que um dos desafios do sindicato radica em suprimir as limitações listadas, assim como em modernizar a forma organizacional desta instituição. Só assim será possível atrair novos trabalhadores e manter aqueles que já estão afiliados.

Décima segunda: Se antes o problema do *dumping* social estava associado ao medo de que a liberdade sem controlo das empresas, no momento de organizar a sua produção, provocaria precariedade no emprego, e que os trabalhadores de distintos países sentiriam a falta de aplicação de condições laborais humanas mínimas, está, agora, associado à necessidade de desenhar condicionantes para aumentar o emprego e fortalecer a estabilidade das empresas, independentemente da sua dimensão.

Não se pretende, em absoluto, fazer um juízo de valor acerca do grau de importância de distintos direitos, se o direito a ter um emprego o direito a ter um emprego em condições mínimas. O que se quer ressaltar é que a existência de inúmeras dificuldades impostas a um empresário no momento de reduzir mão de obra leva a que,

por um lado, a contratação seja precária e, por outro lado, que este empresário tenha interesse de produzir num outro país, onde as condições são mais favoráveis. As revoluções tecnológicas, das comunicações e do transporte, fizeram com que a produção seja cada vez mais global e com as diferenças existentes nos países, próximos ou separados por um oceano, há que procurar fórmulas atrativas para que o empresário não se desloque para o estrangeiro e para que possa, assim, contribuir para diminuir a elevada taxa de desemprego que existe em Espanha nos dias atuais. Mas tudo deve estar combinado de forma equilibrada, com o estabelecimento de garantias laborais mínimas para que o trabalhador possa ter, além de sua prestação económica, também uma boa saúde e segurança no trabalho, assegurando ao trabalhador certa garantia de estabilidade no emprego sem, no entanto, esta seja demasiado elevada para o empresário na hora da demissão.

É necessária uma modernização do Direito do Trabalho que seja capaz de adaptar com êxito as exigências dos direitos dos trabalhadores e dos requerimentos do benefício empresarial.

Não existe outra alternativa a assumir que o sistema jurídico-laboral está desequilibrado. Proporciona uma proteção excessiva aos trabalhadores típicos que ainda restam e deixa muitos trabalhadores à margem da proteção. Enquanto prevalecer o princípio da eficiência económica, direcionado a atender às necessidades empresariais e do mercado, os trabalhadores não terão garantidas sequer as condições mínimas de trabalho. Tem que se alterar, portanto, a filosofia que sempre vai na mesma direção de deterioração dos direitos laborais e das exigências cada vez mais flexibilizadoras dos empresários, combinando ambos interesses.

Não se pode manter um ordenamento jurídico-social que não tenha evoluído daquele modelo que constituiu sua referência durante décadas, pois a realidade económica avança descontrolada rumo a novas formas de organização empresarial, marcadas pela pretensão de reduzir riscos, flexibilizar a utilização de mão de obra e delimitar o poder dos sindicatos, tentando melhorar permanentemente os seus níveis de competitividade.

A atual classe trabalhadora tende a dividir-se cada vez mais entre uma minoria que possui uma qualificação elevada, que é contratada regularmente com salários e benefícios aceitáveis, e uma maioria composta por trabalhadores que peregrinam entre a

formalidade e a informalidade, com reduzida qualificação profissional, salários reduzidos e com poucas garantias.

Décima terceira: A modernização do Direito do Trabalho (na base de um mercado laboral instável e imperfeito) deverá manter as referidas mudanças de organização empresarial que são provocadas por razões económicas, de maneira a não se render facilmente às excessivas exigências de uma economia descontrolada. É necessário assegurar que o egoísmo económico não impeça nem restrinja a sua capacidade de transformar a realidade social em benefício do equilíbrio e da justiça social, dois pilares que devem acompanhar sempre o Direito do Trabalho. A proteção frente à insegurança, à precariedade no emprego e contra as situações de exclusão e desvantagem social é, sem dúvida, o novo (ou renovado) objetivo da política social actual; desafio este que vão afrontar o novo Direito Social e do Trabalho europeu, numa conjuntura caracterizada pelo aumento da concorrência mundial que pressiona até a redução do custo do trabalho.

Porém, só se pode falar de condições laborais quando existe um contrato de trabalho. A situação em que se encontra Espanha e outros países da União Europeia é deprimente. Os números de desempregados não deixam de subir dia após dia, assim como não param as notícias de que uma e outra empresa fecharam suas portas. O que leva à conclusão de que tem que se conseguir – permita-se a reiteração – um equilíbrio entre os interesses empresariais e as garantias mínimas asseguradas aos trabalhadores, unido ao esboço de umas medidas de estímulo empresarial para que o emprego volte a manifestar-se e alcance os níveis desejados.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Córdoba (Ed. Caja de Ahorros), 1983.

AA.VV.: *Temas de direito do trabalho – Direito do trabalho na crise. Poder empresarial. Greves atípicas. IV Jornadas Luso-hispano-brasileiras de direito do trabalho*, Coimbra (Ed. Coimbra), 1990.

AA.VV.: *Flexibilidade e relações de trabalho*, Lisboa (Ed. CES), 1998.

AA.VV. (SUPIOT, A. Coord.): *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del trabajo, Informe para la Comisión Europea*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 1999.

AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J. L., Coord.): *La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida. Puntos críticos*, Granada (Ed. Comares), 1999.

AA.VV. (MOREIRA, A. Coord.): *II Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, Coimbra (Ed. Almedina), 1999.

AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., Coord.): *El empleador en el derecho del trabajo – XVI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales*, Madrid (Ed. Tecnos), 1999.

AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Montevideo (Ed. Fundación de Cultura Universitaria), 2000.

AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Valencia (Ed. Tirant Lo Blanch), 2000.

AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir. y LUQUE PARRA, M., Coord.): *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Valladolid (Ed. Lex Nova), 2001.

AA.VV. (MOREIRA, A., Dir.): *III Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, Coimbra (Ed. Almedina), 2001.

AA.VV. (ARRIOLA, J., Ed.): *Globalización y sindicalismo: Perspectivas de la globalización*, vol. 1, Alzira (Ed. Germania Gerveis Gráficos), 2001.

AA.VV. (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona*, Madrid (Ed. Marcial Pons), 2001.

AA.VV. (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La Externalización de Actividades Laborales. Una Visión Interdisciplinar*, Valladolid (Ed. Lex Nova), 2002.

AA.VV. (RIVERO LAMAS, J. Dir. y, VAL TENA, A. L de, Coord.): *Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Cizur Menor (Ed. Thompson Aranzadi), 2003.

AA.VV. (MOREIRA, A., Dir.): *V Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, Coimbra (Ed. Almedina), 2003.

AA.VV. (MARTINEZ, P. R., Coord.): *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol IV, Coimbra (Ed. Almedina), 2003.

AA.VV. (JUNQUEIRA HENRIQUE, C. A., y NEVES DELGADO, G., Coord.): *Terceirização no direito do trabalho*, Belo Horizonte (Ed. Mandamentos), 2004.

AA.VV. (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., Coord.): *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Madrid (Ed. Trotta), 2004.

AA.VV. (MOREIRA, A., Coord.): *VIII Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, Lisboa (Almedina), 2004.

AA.VV. (PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., Dir.): *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid (Ed. Instituto de Estudios Económicos), 2005.

AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *La globalización económica y el Derecho del Trabajo*, Oviedo (Ed. Consejería de Industria y Empleo/Universidad de Oviedo), 2006.

AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V., Dir.): *La reforma laboral de 2006 – Análisis de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre*, Cizur Menor (Ed. Aranzadi), 2007.

AA.VV.: *A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização*, São Paulo (Ed. Boitempo), 2007.

AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J., J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, Valladolid (Ed. Junta de Castilla y León), 2007.

AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J. G., Dir., y VAL TENA, A. L., Coord.): *La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, Pamplona (Ed. Thomson Aranzadi), 2007.

AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la*

Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007, Valladolid (Ed. Lex Nova S.A.), 2008.

AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención y dimensión de la empresa*, Valladolid (Ed. Junta de Castilla y León), 2008.

AA.VV. (LANDA ZAPIRAÍN, J. P., Coord.): *Estudios sobre la estrategia europea de flexiseguridad: una aproximación crítica*, Albacete (Ed. Bomarzo), 2009.

AA.VV. (OLIVAR DE JULIÁN, J. M., Dir.): “Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por España”, Noáin (Ed. Laocoonte), 2009.

AA.VV.: *Observatorio de la Negociación Colectiva: Empleo Público, Igualdad, Nuevas tecnologías y Globalización*, Madrid (Ed. Cinca), 2010.

AA.VV. (ORTIZ CASTILLO, F. Dir.): *La responsabilidad del empresario*, Murcia (Ed. Laborum), 2012.

AA.VV. (THIBAUT ARANDA, J., Dir. Y JURADO SEGOVIA, Á., Coord.): *La reforma laboral de 2012: Nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, Madrid (Ed. La Ley), 2012.

ACOSTA, A., “Las migraciones en la globalización, *RESSA*, núm. 135, 2005.

AGUILÓ CRESPI, P., *Subcontratación en el sector de la Construcción. Análisis del marco normativo laboral*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 2008.

ALBURQUERQUE R., “Los grupos de empresa en el Derecho Laboral”, en AA.VV.: *Los grupos de empresa s nacionales y multinacionales y el Derecho del Trabajo*, p. 76, Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/861/5.pdf>

ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., “La eficacia de los acuerdos marco internacionales: implementación y control”, en AA.VV.: *Observatorio de la Negociación Colectiva: Empleo Público, Igualdad, Nuevas tecnologías y Globalización*, Madrid (Ed. Cinca), 2010.

ALONSO OLEA, M., “El trabajo como bien escaso”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Córdoba (Ed. Caja de Ahorros), 1983.

ÁLVAREZ CUESTA, H., “Los intentos legislativos por cambiar la descorazonadora realidad preventiva en contratas y subcontratas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, Valladolid (Ed. Junta de Castilla y León), 2007.

– *La precariedad laboral, análisis y propuestas de solución*, Albacete (Ed. Bomarzo), 2008.

ANTUNES, R., “Dimensões da precarização estrutural do trabalho”, en AA.VV.: *A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização*, São Paulo (Ed. Boitempo), 2007.

APARICIO TOVAR, J., “Los derechos sociales ante la internacionalización económica”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J. L., Coord.): *La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida. Puntos críticos*, Granada (Ed. Comares), 1999.

APOLINÁRIO MARQUES, J. M., *Subcontratação: Uma Oportunidade para as PME*, Lisboa (Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas Industriais), 1986.

ARAGÓN GÓMEZ, C., “El contrato fijo de obra en el nuevo convenio de la construcción, ¿un mecanismo de estabilidad en el empleo?”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2008.

ARAGÓN MEDINA, J. y DE LA FUENTE SANZ, L., “La relocalización empresarial y las relaciones laborales en España”, *Papeles del Este*, Norteamérica, 14, Enero de 2007.
<http://revistas.ucm.es/index.php/PAPE/article/view/PAPE0707220004A/25682>

AUVERGNE, P., “Una síntesis sobre las relaciones triangulares”, *TL*, núm. 56, 2000.

AUZERO, G., “La externalización del empleo en Francia”, *TL*, núm. 56, 2000.

BÁRCENA-RUÍZ, J. C. y GARZÓN, M. B., “Deslocalización de empresas, sindicación y bienestar social”, *Revista de Economía Aplicada*, núm. 53, vol. XVII, 2010.

BARREIRO GONZÁLEZ, G., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Reflexiones sobre el presente y futuro del Derecho Español del Trabajo*, Curitiba (Ed. Juruá), 2007.

BARREIRO GONZÁLEZ, G., “Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna”, *REDT*, núm. 94, 1999.

BARRIOS BAUDOR, G. L. y SEMPERE NAVARRO, A. V., “Régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente”, en AA.VV. (BARRIOS BAUDOR, G.L., Dir.): *Tratado del trabajo autónomo*, 2ª Ed., Pamplona (Ed. Thompson Aranzadi), 2010.

BAZ RODRÍGUEZ, J., *Las relaciones de trabajo en las empresas de grupo*, Granada (Ed. Comares), 2002.

BAYLOS GRAU, A. V., “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, *RDS*, núm. 57, 2012.

BELIL, M., “La organización de sistemas de producción: el caso de las redes de Subcontratación”, *Documents d’anàlisi geogràfica*, núm. 13, 1988. Disponible en: ddd.uab.cat/pub/dag/02121573n13p19.pdf

BELTRÁN MIRALLES, S., “Notas sobre la sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa: la filialización de unidades productivas autónomas”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza (Ed. MTSS), 1999.

BENEYTO, P. J., “El sindicalismo español en perspectiva europea: de la anomalía a la convergencia”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 26, núm. 1, 2008.

BETTENCOURT, P. O. de, “As novas ameaças ao direito do trabalho”, en AA.VV. (MOREIRA, A., Dir.): *V Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, Coimbra (Ed. Almedina), 2003.

BLANQUER CRIADO, D., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 2007.

BLAT GIMENO, F., “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 2000.

BUENO MAGANO, O., *Direito individual do trabalho*, vol. II, 3ª Ed., São Paulo (Ed. LTr), 1992.

CABERO MORÁN, E., *La democracia interna de los sindicatos*, Madrid (Ed. CES), 1997.

CAIRÓS BARRETO, D. M., “Hacia una regulación del trabajo autónomo: comentarios al proyecto de estatuto del trabajador autónomo”, *RDS*, núm. 37, 2007.

CALVO GALLEGO, F. J., “La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios”, *TL*, núm. 56, 2000.

– “La nueva Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción”, *TL*, núm. 87, 2006.

– “El desarrollo reglamentario y convencional de la ley de la subcontratación en el sector de la construcción”, *TL*, núm. 93, 2008.

CAMALEÑO SIMÓN, M. C., “Downsizing empresarial, menor coste estructural. La nueva cadena de valor añadido”, en AA.VV.: *Actas 6º Congreso de Economía de Castilla y León*, Zamora (Ed. Junta de Castilla y León), 1998.

CÁMARA ARILLA, C. y PUIG GÓMEZ, A., “Deslocalizaciones: ¿mito o realidad? el caso español frente a los países de Europa Central y Oriental”, *Revista de economía mundial*, núm. 16, 2007.

CAMPS RUIZ, L. M., “Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos” en AA.VV. (BAYLOS, A. y COLLADO, L.): *Grupos de empresas y Derecho del trabajo*, Madrid (Ed. Trotta), 1994.

CANTARD, A. A., “Descentralización productiva. Impacto sobre las tradicionales formas de contratación y sobre el binomio trabajador autónomo/trabajador dependiente. Escenarios futuros”, *Documentación Laboral*, vol. II, núm. 80, 2007.

CARREIRA, H. M., *Concentração de Empresas e Grupos de Sociedades. Aspectos Históricos Económicos e Jurídicos*, Porto (Ed. Asa), 1992.

CARVALHO, A. N. de., “A flexibilização do direito do trabalho português,” en AA.VV.: *Flexibilidade e relações de trabalho*, Lisboa (Ed. CES), 1998.

– “Ainda sobre a crise do direito do trabalho”, en AA.VV. (MOREIRA, A. Coord.): *II Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, Coimbra (Ed. Almedina), 1999.

CARVALHO, C. N. de O., *Da Mobilidade dos Trabalhadores no Âmbito dos Grupos de Empresas Nacionais*, Porto (Ed. Publicações da Universidade Católica Portuguesa), 2001.

– *Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho*, Coimbra (Ed. Coimbra), 2011.

CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, F.; LUQUE DE LA TORRE, M.^a A.; RODRÍGUEZ POMEDA, J.; y SORIA LAMBÁN, P., “El *outsourcing* y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa”, *RL*, núm. 14, 1998.

– “La problemática del *outsourcing*”, *Económicas*, núm. 72, 1996.

CASAS BAAMONDE, M.^a E., “Estudios sobre flexibilidad laboral y nuevos comportamientos sindicales”, *RFDUCM*, núm. 14, 1988.

– “Democracia, representatividad y afiliación sindicales”, en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Prof. Manuel Alonso Olea*, Madrid (Ed. MTSS), 1990.

CASTELLS, M., *La era de la información: economía, sociedad y cultura, La sociedad red*, vol. I, 2^a Ed., Madrid (Ed. Alianza), 2001.

– *La era de la información: economía, sociedad y cultura, La sociedad red*, vol. I, 6^a Ed., México D.F. (Ed. Siglo XXI Editores), 2005.

CASTRO RUZ, F., “Conferencia Magistral en la Universidad Autónoma de Santo Domingo”, Granma, La Habana, 28 de Agosto de 1998. Disponible en: <http://www.cuba.cu/gobierno/discursos/1998/esp/f240898e.html>

CERDÁ MICÓ, A., “La ingeniería laboral del *Outsourcing*”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza (MTSS), 1999.

– “La ingeniería laboral del *Outsourcing*”, *AS*, núm. 21, 1999.

CERVANTES, M. C., “Outsourcing y legislación”, *Dirección y progreso*, núm. 148, 1996.

CIOSL: “El mercado mundial: un reto primordial para el sindicalismo”, en AA.VV. (ARRIOLA, J., Ed.): *Globalización y sindicalismo: Perspectivas de la globalización*, vol. 1, Alzira (Ed. Germania Gerveis Gráficos), 2001.

CORNELLA, A., *Hacia la empresa en red*, Barcelona (Ed. Gestión 2000), 2002.

CRITÓBAL RONCERO, R., “Subcontratación de obras y servicios”, *CIE*, núm. 94, 2010.

CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, *RL*, núm. 2, 1992.

– “Descentralización Productiva y sistema de relaciones laborales”, *RTSS* (CEF), núm. 13, 1994.

– “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el derecho del trabajo: aspectos individuales”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., Coord.): *El empleador en el derecho del trabajo – XVI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales*, Madrid (Ed. Tecnos), 1999.

– “Outsourcing, contratas y subcontratas”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza (Ed. MTSS), 1999.

– “Outsourcing y relaciones laborales”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza (Ed. MTSS), 1999.

– “El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado”, en AA.VV.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Madrid (Ed. Tecnos), 1999.

– “La permanente complejidad de las relaciones triangulares de trabajo”, *TL*, núm. 56, 2000.

– “La actividad sindical en la empresa: viejos y nuevos Problemas”, *RL*, núm. 2, 2007.

D'ANTONA, M., “Los cambios en el Derecho del Trabajo y el problema de la subordinación en el Derecho Italiano”, *Debate Laboral*, núm. 4, 1989.

DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M., “Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 20, 1999.

– “Descentralización productiva y relación laboral: Escisión de empresas”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 23, 1999.

– *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Valladolid (Ed. Lex Nova), 2001

DE CASTRO BAPTISTA, Z.M., “Direito Internacional Público Contemporâneo. Interesses Difusos”, São Paulo (Ed. Pillares), 2008.

DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía: Aspectos Laborales*, Pamplona (Ed. Thomson Aranzadi), 2005.

DESDENTADO DAROCA, E., “Descentralización productiva, transmisión de empresa y grupos de sociedad en el concurso”, *TL*, núm. 108, 2011.

DE SOUSA SANTOS, B., *A gramática do tempo para uma nova cultura política*, vol.4, São Paulo (Ed. Cortez), 2006.

DIESTE, J. F., “Responsabilidad laboral derivada de las distintas formas de tercerización del trabajo”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Montevideo (Ed. Fundación de Cultura Universitaria), 2000.

DUEÑAS HERRERO, L. J., “¿Transgresión o transformación del Derecho del Trabajo?”, *RL*, núm. 2, 1998.

DURÁN, J. J., *Estrategia y economía de la empresa multinacional*, Madrid (Ed. Pirámide), 2001.

ECHAIZ MORENO, D., “El contrato de *Outsourcing*”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLI, núm. 122, 2008.

ENGRÁCIA ANTUNES, J. “Os grupos de sociedades no direito do trabalho”, *Questões Laborais*, núm. 2, 2012.

ERMIDA URIARTE, O., “Globalización y Relaciones Laborales”, ponencia presentada en el III Congreso Regional de las Américas y publicada en la *Revista de Relaciones Laborales, Las relaciones de trabajo en el Siglo XXI*, 1999. Disponible en:
<http://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2011/06/globalizacion-y-relaciones-laborales-oscar-ermida.pdf>

– “Las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Montevideo (Ed. Fundación de Cultura Universitaria), 2000.

– “Deslocalización, globalización y derecho del trabajo”, *IUSLABOR*, núm. 1, 2007, Disponible en:
<http://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/viewFile/57944/68007>

ESTEVE SEGARRA, A., “Grupos de empresas: efectos de las transformaciones empresariales sobre el Derecho del Trabajo”, *QCS*, núm. 10, 2003.

FARIA, J. E., “El derecho en la economía globalizada”, Madrid (Ed. Trotta), 2001.

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., “La organización de la prevención en la empresa”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. Dir. y FERNÁNDEZ-

COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención y dimensión de la empresa*, Valladolid (Ed. Junta de Castilla y León), 2008.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., “Hacia un nuevo Derecho del Trabajo”, *La ley*, núm. 5122, 1999.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., y MEGINO FERNÁNDEZ, D., “El largo y tortuoso camino de la reforma del mercado laboral español: la ‘flexibilidad/seguridad’ como antídoto frente a la crisis, *RTSS (CEF)*, núm. 329-330, 2010.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., “Nuevos tiempos para el movimiento sindical: balance y retos a comienzos del siglo XXI”, *Pecunia*, núm. 7, 2008.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar, en AA.VV. (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., Coord.): *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Madrid (Ed. Trotta), 2004.

FERREIRO APARICIO, J., “Políticas de rentas y reformas laborales en España”, *RMTAS*, núm. 46, 2003.

FOLGUERA CRESPO, J., “Vicisitudes contractuales de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADES)”, *RL*, núm. 9, 2009.

FONTTELA, E., “Perspectivas del mercado de trabajo”, en AA.VV.: *Actas 6º Congreso de Economía de Castilla y León*, Zamora (Ed. Junta de Castilla y León), 1998.

FUENTES FERNÁNDEZ, F., “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad empresarial en la subcontratación, en relación con los salarios de tramitación por despido”, *TL*, núm. 56, 2000.

FUENTES RODRÍGUEZ, F., y CRUZ VILLALÓN, J., “Presentación – La permanente complejidad de las relaciones triangulares del trabajo, *TL*, núm. 56, 2000.

GARCÍA BLASCO, J., y DE VAL TENA, Á. L., “La Subcontratación en el Sector de la Construcción”, Pamplona (Ed. Thomson Aranzadi), 2007.

– “El nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas”, en AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J. G., Dir., y VAL TENA, A. L., Coord.): *La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, Pamplona (Ed. Thomson Aranzadi), 2007.

GARCÍA JIMÉNEZ, M. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El estatuto profesional del trabajo autónomo: diferenciando lo verdadero de lo falso*, Madrid (Ed. Tecnos), 2008.

GARCÍA MARTÍN, A., *Diccionario Jurídico – Laboral*, Madrid (Ed. GPS Madrid), 1995.

GARCÍA-MORENO GONZALO, J. M., “Contratos entre empresas para la instrumentación de la externalización de actividades laborales: Tipología y régimen jurídico básico”, en AA.VV. (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.) *La Externalización de Actividades Laborales. Una Visión Interdisciplinar*, Valladolid (Ed. Lex Nova), 2002.

GARCÍA MURCIA, J., *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política*, Madrid (Ed. MTSS), 1987.

– “Trabajo autónomo y seguridad y salud en el trabajo”, *RL*, núms. 7/8, 2000.

– “El Estatuto del Trabajo Autónomo: algunos puntos críticos”, *AL*, núm. 18, 2007.

GARCÍA PIQUERAS, M., *En las fronteras del Derecho del Trabajo (Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agencias mercantiles, socios, contratos administrativos)*, Granada (Ed. Comares), 1999.

GARCÍA ROCA J., y ROJO TORRECILLA, E., “Las políticas de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos”, *RL*, núm. 1, 1998.

GARMENDIA ARIGÓN, M., “La empresa y sus mutaciones desde la perspectiva del Derecho del trabajo”, *Derecho Laboral: RDJIS*, núm. 229, 2008.

GHOSE, A. K., *Empleos y rentas en un mundo globalizado*, Madrid (Ed. MTAS), 2004.

GIL Y GIL, J. L., “Aspectos laborales del contrato de franquicia”, *RTSS (CEF)*, núm. 12, 2000.

– “La protección de los derechos de los trabajadores en la Directiva 77/187/CEE y en el artículo 44 ET”, *TL*, núm. 56, 2000.

– “El concepto laboral de grupo de empresas”, *RL*, núm. 234, 2009.

GIOSA, L. A., *Terceirização: uma abordagem estratégica*, São Paulo (Ed. Pionera), 1994.

GIRÁLDEZ PIDAL, E., *La internacionalización de las empresas españolas en América Latina*, Madrid (Ed. CES), 2002.

GODINO REYES M., y SAGARDOY DE SIMÓN I., *Contratas y subcontrata de obras y servicios. La cesión de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal*, Valencia (Ed. CISS), 1998.

GOERLICH PESET, J. M., “Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores”, *AL*, núm.3, 2001.

– GOERLICH PESET, J. M., “Nuevas perspectivas en materia de indemnizaciones y otros efectos vinculados a la extinción del contrato de trabajo”, en AA.VV. (THIBAUT ARANDA, J., Dir. Y JURADO SEGOVIA, Á., Coord.): *La reforma laboral de 2012: Nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, Madrid (Ed. La Ley), 2012.

GOLDFLUS, S., y GADEA, E., “El contrato de *Franchising*”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Montevideo (Ed. Fundación de Cultura Universitaria), 2000.

GOMES REDINHA, M. R., “A Relação Laboral Fragmentada. Estudo sobre o Trabalho Temporário”, *STVDIA IVRIDICA*, núm. 12, 1995.

GONZÁLEZ MOLINA, M^a. D., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas de obras y servicios”, *TL*, núm. 56, 2000.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo”, *RL*, núm. 21, 1987.

– “El tratamiento de los riesgos del trabajo de los trabajadores autónomos”, *TL*, núm. 81, 2005.

– “Requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para procesos de externalización productiva en el sector de la construcción”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, Valladolid (Ed. Lex Nova S.A.), 2008.

GRZETICH, A. y FERNÁNDEZ BRIGNONI, H., “La subcontratación laboral y las figuras afines”, en AA.VV.: *Temas prácticos de Derecho Laboral*, Montevideo (Ed. FCU), 1999.

GRZETICH, A., “El juego de responsabilidades en la descentralización empresarial”, en AA.VV. *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Montevideo (Ed. Fundación de Cultura Universitaria), 2000.

GUIMARAES FELICIANO, G., “Tutela Processual dos direitos humanos nas relações de trabalho”, *Doutrina Nacional, RDT*, núm. 121, 2005.

HABERMAS, J., “O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização”, *Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap)*, núm. 43, 1995.

HERNÁNDEZ GARCÍA, C., “La descentralización productiva en las empresas”, *Boletín ICE económico del Ministerio de la Economía Española*, núm. 2785, 2003.

HERRERA DUQUE, M. J., *Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español*, Valencia (Ed. CISS-PRAXIS), 2000.

HYMAN, R., “¿Una agenda emergente para los sindicatos obreros?”, en AA.VV. (ARRIOLA, J., Ed.): *Globalización y sindicalismo: Sindicalismo y nuevo orden mundial*, vol. 2, Alzira (Ed. Germania Gerveis Gráficos), 2001.

IGLESIAS CABERO, M. y MARÍN CORREA, J. M., *Comentario de urgencia al marco normativo de contrato a tiempo parcial*, Madrid (Ed. Colex), 1999.

JAKOBSEN, K., “¿Cómo puede enfrentarse el sindicalismo a las empresas multinacionales?”, *RNS*, núm. 211, 2007.

JUÁREZ PÉREZ, P., *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades*, Granada (Ed. Comares), 2000.

KÖHLER, H.-D., “Los sindicatos en España frente a los retos de la globalización y del cambio tecnológico”, *Empleo*, núm. 142, 2008.

LANDA ZAPIRAIN, J. P., *Democracia sindical interna (Régimen jurídico de la organización y funcionamiento de los sindicatos)*, Madrid (Ed. Civitas), 1996.

– “La política social en España y el “federalismo social”, *RDS*, núm. 24, 2003.

– “Introducción”, en AA.VV. (LANDA ZAPIRAÍN, J. P., Coord.): *Estudios sobre la estrategia europea de flexiseguridad: una aproximación crítica*, Albacete (Ed. Bomarzo), 2009.

– “En busca de una regulación equilibrada que permita conciliar el desarrollo del mercado único con el respeto exigible al ejercicio de los derechos sociales fundamentales: Desde el diálogo social a la constitucionalización jurídica de la Unión Europea”, *RMTI*, núm. 10, 2010.

LANZADERA ARENCIBIA, E., “La limitación de la subcontratación en el sector de la construcción (Comentario sobre la Ley 32/2006)”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 288, 2007.

LEITÃO MARQUES, M. M., *Subcontratação e autonomia empresarial: o caso português*, Coimbra (Ed. Afrontamento), 1989.

LEITE, J., “Direito do trabalho na crise (relatório geral)”, en AA.VV.: *Temas de direito do trabalho – Direito do trabalho na crise. Poder empresarial. Greves atípicas. IV Jornadas Luso-hispano-brasileiras de direito do trabalho*, Coimbra (Ed. Coimbra), 1990.

LYON-CAEN, G., “Plasticité du capital et nouvelles formes d’emploi”, *DS*, núms. 9/10, 1980.

– “La crise du droit du travail”, en AA.VV.: *Memoriam Sir. Otto Kahn-Freund*, Munich (Ed. C.H.Beck), 1980.

LÓPEZ SÁNCHEZ, M^a. C., *El empleador en las organizaciones empresariales complejas*, Madrid (Ed. Consejo Económico y Social), 2007.

– “Antiguos y nuevos planteamientos sobre subcontratación y cesión ilegal de trabajadores”, *AL*, núm. 7, 2007.

LOY, G., “Alquiler y cesión de mano de obra”, *TL*, núm. 56, 2000.

LUJÁN ALCARAZ, J., “La seguridad y salud laboral en las obras de construcción”, *AS*, núm. 3, 2007.

LUQUE PARRA, M., “La descentralización productiva y la responsabilidad empresarial en materia de seguridad social”, en AA.VV. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza (Ed. MTSS), 1999.

MACHADO DRAY, G., “Trabalho Temporário”, en AA.VV. (MARTINEZ, P. R., Coord.), *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol IV, Coimbra (Ed. Almedina), 2003.

MANRIQUE NIETO, C. E.; GÓMEZ ESTRADA, C. y MADRIÑÁN DE LA TORRE, R. E., *Árbitros en Laudo Arbitral*, Santafé de Bogotá, 13 de julio de 1999. Disponible en: <http://vlex.com.co/vid/-355231066>

MARINHO FALCÃO, I., *Terceirização no Direito do Trabalho*, São Paulo (Ed. EDIPRO), 1996.

MARQUEZ GARMENDIA, M. y BEÑARAN BURASTERO, P., “Trabajadores Parasubordinados”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Montevideo (Ed. Fundación de Cultura Universitaria), 2000.

MARTÍN ARRIBAS, J. J., “Aproximación general a la figura del *outsourcing* en su vertiente internacional”, en AA.VV. (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La Externalización de Actividades Laborales. Una Visión Interdisciplinar*, Valladolid (Ed. Lex Nova), 2002.

MARTÍN FLORES, L., “*Outsourcing* y Teletrabajo: consideraciones jurídico-laborales sobre nuevos sistemas de organización del trabajo”, *REDT*, núm. 71, 1995.

MARTÍN HERNÁNDEZ, M^a. L., *El derecho de los trabajadores a una protección eficaz frente a los riesgos derivados del trabajo*, Madrid (Ed. CES), 2006.

MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Régimen de Contratación y Subcontratación a la luz del artículo 5 de la Ley 32/2006”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, Valladolid (Ed. Lex Nova S.A.), 2008.

MARTÍNEZ BARROSO, M^a. de los R., “Prevención de riesgos de los autónomos en actividades descentralizadas”, *RTSS (CEF)*, núm. 285, 2006.

– “Seguridad y salud de los trabajadores autónomos en actividades productivas descentralizadas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, Valladolid (Ed. Junta de Castilla y León), 2007.

– “El trabajo autónomo económicamente dependiente. Reflexiones a raíz del proyecto de Ley del estatuto del trabajo autónomo”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, núm. 11, 2007.

– “La singular posición del autónomo en materia preventiva. Presente y futuro”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención y dimensión de la empresa*, Valladolid (Ed. Junta de Castilla y León), 2008.

MARTÍNEZ BOBILLO, A., *Empresas multinacionales. Estructura organizativa y función financiera*, Valladolid (Ed. Universidad de Valladolid), 1995.

MARTÍNEZ FONS, D., “Los límites en la descentralización productiva: La frontera con los fenómenos de la cesión ilegal de trabajadores”, en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Valladolid (Ed. Lex Nova), 2001.

MARTÍN JIMÉNEZ, R., y MATEOS BEATO, A., *La responsabilidad de empresas y administradores con la Seguridad Social*, Cizur Menor (Ed. Aranzadi), 2009.

MARTÍNEZ LUCAS, J. A., “La descentralización productiva en el ordenamiento de la Seguridad Social: contratas y subcontratas”, en AA.VV. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza (Ed. MTSS), 1999.

MARTINEZ, P. R., “Os novos horizontes do direito do trabalho”, en AA.VV. (MOREIRA, A., Dir.): *III Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Memórias*, Coimbra (Ed. Almedina), 2001.

– *O subcontrato*, Coimbra (Ed. Almedina), 2006.

MARTINS, J. N. Z., “A descentralização produtiva e os grupos de empresa ante os novos horizontes laborais”, *Questões Laborais*, núm. 18, 2001.

MARTÍN VALVERDE, A., “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”, en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje a Manuel Alonso Olea*, Madrid (Ed. MTSS), 1990.

– “El Estatuto del Trabajo Autónomo: balance sumario y perspectivas”, *TL*, núm. 100, vol. 1, 2009.

MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.; GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Madrid (Ed. Tecnos), 1991.

MARTÍN VALVERDE, A. (Dir.), y GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, vol. I, vol II y vol III, Cizur Menor (Ed. Aranzadi), 2008.

MARX C. y ENGELS F., “Manifiesto Comunista de 1848,” Londres, febrero de 1848.
<http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages/Marx/ManifiestoComunista.htm>

MEDEIROS PROVINCIALI, I. A. de, ÁVILA SERRA, L., y HOMSSI BORGES, L., “Terceirização e mercado de trabalho brasileiro”, en AA.VV.: *Terceirização no Direito do Trabalho*, Belo Horizonte (Ed. Mandamentos), 2004.

MENÉNDEZ CALVO, R., “Descentralización productiva y subcontratación”, en AA.VV. (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): *La negociación colectiva en España: Una visión cualitativa*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 2004.

MERCADER UGUINA, J. R. y NIETO ROJAS, P., *La Nueva Ley Reguladora de la Subcontratación en la Construcción*, Valladolid (Ed. Lex Nova), 2007.

– “La Ley reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción,” *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2007.

– “El desarrollo reglamentario de la Ley Reguladora de la Subcontratación en el sector de la construcción (el RD 1109/2007, de 24 de agosto), *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2007.

– Objeto, Ámbito de aplicación y Definiciones en la Ley de Subcontratación en el Sector de la Construcción, Subcontratación y Riesgos Laborales”, en: AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007*, Valladolid (Ed. Lex Nova S. A.), 2008.

– “Contratas y Subcontratas en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y de su nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007”, 1ª Ed., Valladolid (Ed. Lex Nova), 2008.

MERINO SEGOVIA, A., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Subcontratación en la Construcción*, Albacete (Ed. Bomarzo), 2006.

MESTRE, B., *Corporate Governance and Collective Bargaining. A comparative study of the evolution of Corporate Governance and Collective Bargaining in France, Germany, UK and Portugal*. Tese de doctorado presentado en la EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE - Department of Law, 2010 (pendiente de publicación).

MYRO, R. y FERNÁNDEZ-OTHEO, C. M., “La deslocalización de empresas en España. La atracción de la Europa Central y del Este”, *Papeles del Este: Transiciones*

poscomunistas, vol. 10, 2005. Disponible en:
http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_818_185-201__644B00A27A202510DB837A651D13376F.pdf

MOLERO MANGLANO, C., “Una configuración actualizada de la noción de empleador y sus problemas básicos”, *AL*, núm. 2, 1996

MOLERO MARAÑÓN, M. L., “Descentralización productiva y relaciones laborales”, *RL*, núm. 9, 2010.

MONEREO PÉREZ, J. L., *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid (Ed. Civitas), 1996.

– *Fundamentos doctrinales de Derecho Social en España*, Madrid (Ed. Trotta), 1999.

– “El Derecho del Trabajo en el umbral del siglo XXI: la nueva fase del Derecho del Trabajo”, *Lan Harremanak*, núm. 2, 2000.

– “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social”, *RL*, núms. 15 y 16, 2001.

MONTALVO CORREA, J., *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Madrid (Ed. Civitas), 1975.

MONTEIRO FERNÁNDEZ, A. “Os novos horizontes do direito do trabalho ou a mobilidade das suas fronteiras. Algumas reflexões introdutórias”, en AA.VV. (MOREIRA, A., Coord.): *VIII Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, Lisboa (Ed. Almedina), 2004.

MONTOYA MEDINA, D., *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 2004.

MONTOYA MELGAR, A., “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo”, *REDT*, núm. 91, 1998.

– *Derecho del Trabajo*, Madrid (Ed. Tecnos), 2009.

MORENO GENE, J., “Algunas cuestiones sobre la identificación del empresario en los procesos de filialización”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza (Ed. MTSS), 1999.

– *Los grupos de empresas públicos. Identificación del empresario responsable*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 2002.

MORIN, M-L., “El derecho del trabajo ante los nuevos modos de organización de la empresa”, *RIT*, núm. 1, 2005.

NAVARRO NIETO, F., “Las políticas y normas en materia de seguridad y salud de la UE”, *Curso sobre Derecho Social Comunitario*, Córdoba, 2010/2011. Disponible en http://www.uco.es/dptos/trabajo/Curso_Dcho_Soc_Com/Bloque%20X/Seguridad%20y%20Salud%20Laboral%20UE.pdf

NOGUEIRA GUSTAVINO, M., “Ingeniería jurídica y Empresas de Trabajo Temporal: Las difusas fronteras entre las contrataciones y la cesión de trabajadores”, *TL* núm. 56, 2000.

OJEDA AVILÉS, A., “Aspectos laborales de las redes de empresas”, *REDT*, núm. 125, 2005.

– “Sindicalismo y globalización económica: el debate sobre costes de transacción y defensa de la competencia”, en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *La globalización económica y el Derecho del Trabajo*, Oviedo (Ed. Consejería de Industria y Empleo/Universidad de Oviedo), 2006.

– “Los trabajos periféricos y el esfuerzo por unificar su regulación”, *RDS*, núm. 47, 2009.

ORLANDINI, G., “Diritto del lavoro e regolazione delle reti”, en AA.VV.: *Reti di impresa tra regolazione e norme sociali, nuove sfide per diritto ed economisti*, Bologna (Ed. Il Mulino), 2004.

PALAO MORENO, G., *Grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 2000.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del trabajo*, Madrid (Ed. Colección Ceura), 2008.

PEDRAZZOLI, M., “Trabajo subordinado y nuevas formas de empleo en Italia”, *RL*, núms. 7/8, 1989.

PEREIRA DA SILVA, C., *A terceirização responsável: modernidade e modismo*, São Paulo (Ed. LTr), 1997.

PEREIRA, R. G. “Natureza jurídica da transmissão de estabelecimento comercial”, *www.verbojuridico.net / com / org* , 20 de Janeiro de 2005.

PÉREZ AMORÓS, F., “Retos del Derecho del Trabajo del futuro”, *RDS*, núm. 32, 2006.

PÉREZ DEL CASTILLO, S., “La subcontratación y otras formas atípicas de aportar trabajo a la empresa”, en AA.VV.: *Fallos de Casación de la Suprema Corte de Justicia 1992-1993*, Tomo I, vol. II, Montevideo (Ed. Del Foro), 1994.

– “Conjunto económico o grupo de empresas”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Montevideo (Ed. Fundación de Cultura Universitaria), 2000.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dir.), AGUILERA IZQUIERDO, R. (Coord.) y THIBAUT ARANDA, J., “Contratación temporal, empresas de trabajo temporal y subcontratación en la negociación colectiva”, *Colección Informes y Estudios*, núm. 94, 2010.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia (Ed. Tirant Lo Blanch), 1990.

– “La filialización de la empresa”, *AL*, núm. 29, 1999.

– “Filialización. Grupos de la empresa”, en AA.VV. *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza (Ed. MTSS), 1999.

– “El concepto de «propia actividad» empresarial”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 2000.

– “Descentralización productiva y libertad de empresa” en AA.VV. (PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., Dir.): *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid (Ed. Instituto de Estudios Económicos), 2005.

– “El sindicato ante las transformaciones económicas y sociales”, *REDT*, núm. 134, 2007.

PÉREZ GUERRERO, M. L. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., “El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: Empresas de Trabajo Temporal y cesión de trabajadores”, *RMTAS*, núm. 58, 2005.

PINTO MARTINS, S., *A terceirização e o Direito do Trabalho*, São Paulo (Atlas, S.A.), 2001.

PIZARRO, S. N., *O contrato de outsourcing*, Coimbra (Ed. Coimbra), 2010.

PLÁ RODRIGUEZ, A., *Curso de Derecho Laboral*, vol. I., Montevideo, (Ed. T.I.), 1990.

– “La descentralización empresarial y el derecho del trabajo”, en AA.VV. *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Montevideo (Ed. Fundación de Cultura Universitaria), 2000.

– *Curso de Derecho Laboral*, Tomo I, vol 1, Montevideo (Ed. Idea), 2000.

PORTELA, M. S., *Efeitos da estratégia de integração vertical e outsourcing no grupo Multitema*, Dissertação de Mestrado – FEP. Disponible en: <http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/46046/2/RelatorioEstagio.pdf>

POSE VIDAL. S.: “La cláusula de descuelgue salarial en tiempos de crisis económica”, *AS*, núm. 784, 2009.

PURCALLA BONILLA, M. A., “El fomento del empleo del trabajo autónomo”, *REDT*, núm. 137, 2008.

QUIRÓS HIDALGO, J. G., “La prevención de riesgos laborales en los grupos de empresa”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, Valladolid (Ed. Junta de Castilla y León), 2007.

RACCIATTI, O. C., “Tercerización: exteriorización del empleo y descentralización productiva”, *Derecho Laboral*, T. XL, núm. 185, 1997.

RAMALHO, M. do R. P., *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho*, Coimbra (Ed. Almedina), 2000.

– “Ainda a crise no direito laboral: a erosão da relação do trabalho típica e o futuro do direito do trabalho”, en AA.VV. (MOREIRA, A., Dir.): *III Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, Coimbra (Ed. Almedina), 2001.

– *Grupos empresariais e societários: incidências laborais*, Coimbra (Ed. Almedina), 2008.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., *Curso de Derecho del Trabajo*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 2000.

– *Curso básico de derecho del trabajo*, 4ª Edición, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 2008.

RAMÍREZ RODRIGO, L. N., “Desarrollo normativo actualizado de las Directivas comunitarias de salud laboral en España”, *MS*, núm. 65, 1997. Disponible en: http://www.mapfre.com/documentacion/publico/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1018770

RAMOS QUINTANA, M. I., “Subcontratación de obras y servicios y transmisión empresarial”, Albacete (Ed. Bomarzo), 2007.

RAMOS SOARES DE QUEIROZ, C. A., *Como implantar a terceirização. Manual prático do comportamento e da postura jurídica e operacionalmente seguro para obtenção de resultados eficazes*, São Paulo (Ed. STS), 1999.

RASO DELGUE, J., “Outsourcing”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Montevideo (Ed. Fundación de Cultura Universitaria), 2000.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de Lengua Española*, 22ª edición, disponible en: <http://buscon.rae.es/draeI/>.

RIBEIRO, Mª. de F., *O Contrato de Franquia*, Coimbra (Ed. Almedina), 2001.

RIVERO LAMAS, J., “El empleo y las relaciones laborales en el umbral del siglo XXI: una perspectiva comparada”, *TL*, núm. 44, 1997.

– “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza (Ed. MTSS), 1999.

– “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J. Dir., VAL TENA, A. L de, Coord.): *Descentralización productiva y Responsabilidad empresariales. El outsourcing*, Cizur Menor (Ed. Thompson Aranzadi), 2003.

ROALES NIETO LÓPEZ, J. L., “Introducción”, en AA.VV. (OLIVAR DE JULIÁN, J. M., Dir.): “Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por España”, Noáin (Ed. Laocoonte), 2009.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y BARREIRO GONZÁLEZ, G. J. M^a., “La expansión de las formas atípicas de trabajo y su necesaria protección social especial referencia a la franquicia y al contrato de agencia”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2006.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La coordinación empresarial como estrategia de descentralización productiva: carencias normativas”, *RDS*, núm. 15, 2001.

– “Nuevos marcos para la acción colectiva: la implantación de un sistema de relaciones laborales más dinámico y participativo”, *RTSS (CEF)*, núm. 235, 2002.

– “La crisis en la identidad del modelo clásico de contrato de trabajo: la incidencia del paro y la precariedad”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2002.

– “El modesto intento de definir la cesión ilegal de trabajadores”, en AA.VV.: *Aspectos puntuales de la Reforma Laboral de 2006, Análisis del Real Decreto-Ley 5/2006*, Murcia (Ed. Laborum), 2006.

– “La necesaria adaptación de la estrategia sindical a las transformaciones actuales de las organizaciones empresariales: algunas cuestiones a considerar”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 10, 2009.

RODRIGUEZ-PIÑERO, M., “La huida del derecho del trabajo”, *RL*, Tomo I, 1992.

– “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en AA.VV. (KURCZYN VILLALOBOS, P. y PUIG HERNÁNDEZ, C. A., Coord.): *Estudios Jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, México (Ed. Instituto de Investigaciones jurídicas), 2003.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El Derecho del Trabajo a fin de siglo”, *RL*, núm. 24, 1999.

– “Contrato de trabajo y autonomía del trabajo”, en AA.VV.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Madrid (Ed. Tecnos), 1999.

RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., “Escisión de empresas y externalización de los servicios”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza (Ed. MTSS), 1999.

ROMAGNOLI, U., “Redefinir las relaciones entre trabajo y ciudadanía: el pensamiento de Massimo D’Antona”, en AA.VV. (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D’Antona*, Madrid (Ed. Marcial Pons), 2001.

ROMÁN DE LA TORRE, M. D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid (Ed. Grapheus), 1992.

RUBALCABA BERMEJO, L., DI MEGLIO, G. y, VAN WELSUN, D., “Deslocalización y *offshoring* de servicio a empresas”, *Papeles de Economía Española*, núm. 120, 2009

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M., “Nuevas formas de organización empresarial, Deslocalización, Descentralización y Externalización. Empresa Principal, Contratas y Subcontratas”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 15, 2005.

SÁNCHEZ ARENA, M. A., *Seguridad y salud en las obras de construcción*, Madrid (Ed. La Ley), 2001.

– “Análisis de la Ley reguladora de la subcontratación en la construcción”, *Justicia Laboral*, núm. 29, 2007.

SANGUINETI RAYMOND, W., “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿Términos incompatibles?”, *RDS*, núm. 33, 2006.

– “Deslocalización empresarial y derecho del trabajo: en busca de respuestas”, *TL*, núm. 84, 2006.

– “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”, en AA.VV. (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*, Madrid (Ed. Cinca), 2008.

– “Las transformaciones del empleador y el futuro del Derecho del Trabajo”, *RL*, núm. 7, 2009.

SANTOS, A., *Outsourcing e flexibilidade: Uma ferramenta de gestão para o Séc. XXI*, Lisboa (Ed. Texto), 1998.

SASTRE IBARRECHE, R., “Deslocalización de empresas, Reflexiones desde la Perspectiva Iuslaboral”, *RDS*, núm. 32, 2005.

SEMPERE NAVARRO, A. V., CANO GALÁN, Y., CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Políticas sociolaborales*, Madrid (Ed. Tecnos), 2005.

SEMPERE NAVARRO, A. V., “Descentralización productiva: contratas o subcontratas. ETTs y cesión de trabajadores”, en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V., Dir.): *La reforma laboral de 2006 – Análisis de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre*, Cizur Menor, (Ed. Aranzadi), 2007.

– “Posibilidades descentralizadoras de promotor, contratistas y subcontratistas de construcción tras la Ley 32/2006”, *AL*, núm.1, 2007.

– *Claves de la Reforma Laboral de 2012, (Estudio del RD Ley 3/2012, de 10 de febrero)*, Cizur Menor (Ed. Thomson Aranzadi), 2012.

SERRANO ARGÜELLO, N., “Límites a la gestión externa de mano de obra y medidas de protección al empleo. Referencias a la prohibición de la cobertura y sustitución de puestos de trabajo previamente amortizados del artículo 8 c) de la LETT”, en AA.VV.: *Descentralización Productiva y Nuevas Formas Organizativas del Trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (Ed. MTAS), 1999.

SIMÓN, H. J., “¿Qué determina la afiliación a los sindicatos en España?”, *RMTAS*, núm. 41, 2003.

SOLÀ MONELLS, X., “El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas”, en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir. y LUQUE PARRA, M., Coord.) *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Valladolid (Ed. Lex Nova), 2001.

SOLANS LATRE, M. Á., *El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos*, Madrid (Ed. Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales), 2004.

SOMAVÍA, J., “Los sindicatos en el siglo XXI”, en AA.VV. (ARRIOLA, J., Ed.): *Globalización y sindicalismo: La respuesta sindical a la globalización*, vol. 3, Alzira (Ed. Germania Serveis Gràfics), 2001.

– Director General de la OIT en exposición en el Dialogo de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización (CMDMSG) en Brasil, 20- 21 de Enero de 2003. Disponible en:

http://white.oit.org.pe/dial2002/dialogos/dial_brasil_discurso1.pdf

SUÁREZ GONZÁLEZ, F., “La respuesta del Derecho del Trabajo a la globalización económica: planteamiento general”, en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *La globalización económica y el Derecho del Trabajo*, Oviedo (Ed. Consejería de Industria y Empleo/Universidad de Oviedo), 2006.

SUPIOT, A., “Trabajo y Poderes Públicos: El papel de los Estados”, en AA.VV. (SUPIOT, A. Coord.): *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del trabajo, Informe para la Comisión Europea*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), 1999.

– *Transformações do Trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa*, Coimbra (Ed. Coimbra), 2003.

SYLVESTER, H. L., *Diccionario Jurídico del Trabajo*, Buenos Aires (Ed. Claridad), 1960.

TASCÓN LÓPEZ, R., “La Prevención de los Riesgos Laborales de los Trabajadores Temporales”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., Dir. y FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. Coord.): *La Prevención de Riesgos Laborales y las Nuevas Formas de Organización Empresarial y del Trabajo*, Valladolid (Ed. Junta de Castilla y León), 2007.

TERÁN HERNÁNDEZ, J. M. S., “La derivación de responsabilidad por deudas a la seguridad social en la subcontratación del sector de la construcción”, *RTSS (CEF)*, núm. 295, 2007.

TOLOSA TRIBIÑO, C., “La difícil delimitación de la figura del promotor en la prevención de los riesgos laborales”, *JL*, núm. 25, 2006.

TOSCANI JIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M., “Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto”, *AL*, núm. 5, 2007.

UBALDO SERÉ, J., “Ventajas e inconvenientes de la descentralización empresarial”, en AA.VV.: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Montevideo (Ed. Fundación de Cultura Universitaria), 2000.

VALDÉS DAL-RÉ, F., “La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa”, *RL*, vol. II, núm. 18, 2001.

– “*Soft law*, Derecho del Trabajo y orden económico globalizado”, *RL*, núm. 1, 2005.

– *Externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid (Ed. Lex Nova), 2002.

– “El debate europeo sobre la «modernización del Derecho del Trabajo» y las relaciones laborales triangulares”, *RL*, núm. 3, 2009.

– “Flexiguridad y mercado de trabajo”, *RL*, núm. 9, 2010.

VAL TENA, Á. L. de, “La responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas: del supuesto de hecho a la diversidad de regímenes”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J. Dir.), *Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El «Outsourcing»*, Pamplona (Ed. Aranzadi), 2003.

VALVERDE ASECIO, A. J., “Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales”, en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir. y LUQUE PARRA, M., Coord.): *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Valladolid (Ed. Lex Nova), 2001.

VIANA, M. T., “Terceirização e sindicato”, en AA.VV. (JUNQUEIRA HENRIQUE, C. A., y NEVES DELGADO, G., Coord.): *Terceirização no direito do trabalho*, Belo Horizonte (Ed. Mandamentos), 2004.

VICENTE PALACIO, A., “Otros supuestos de responsabilidad en materia de prestaciones de seguridad social: Subcontratas de obras y servicios, cesión de trabajadores y transmisión de empresa. El supuesto particular de responsabilidad del ar4mador en relación con la indemnización por muerte y lesiones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, en AA.VV. (ORTIZ CASTILLO, F. Dir.): *La responsabilidad del empresario*, Murcia (Ed. Laborum), 2012.

VICENTE, J. N., *Fuga à Relação de Trabalho (típica) em torno da simulação e da fraude à lei*, Coimbra (Ed. Coimbra), 2008.

VIEIRA GOMES, J. M., “Direito do Trabalho”, *Relações Individuais de Trabalho*, vol. I, Coimbra (Ed. Coimbra), 2007.

VILLANUEVA NENTWIG, J., “El asesor laboral en épocas de crisis: las 10 preguntas más frecuentes, Estudios financieros”, *RTSS* (CEF), núm. 321, 2009.

XAVIER, B. da G. L., “A crise e alguns institutos de Direito do Trabalho”, *RDES*, Outubro/Dezembro de 1986.

– “O direito do trabalho na crise (Portugal)”, en AA.VV.: *Temas de direito do trabalho – Direito do trabalho na crise. Poder empresarial. Greves atípicas. IV Jornadas Luso-hispano-brasileiras de direito do trabalho*, Coimbra (Ed. Coimbra), 1990.

YSÁS MOLINERO, H., “Derecho de negociación colectiva ante una economía globalizada”, en AA.VV.: *Derecho de negociación colectiva y grupos de empresa comparación de sus rasgos principales en España y en Francia, X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Sevilla, 2011. Disponible en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/congresoeuropeo/02%20Segunda%20ponencia/203%20YSAS.pdf>.

ZENHA MARTINS, J. N., “A descentralização produtiva e os grupos de empresa ante os novos horizontes laborais”, *Questões Laborais*, núm. 18, 2001.

ZUFIAUR, J. M., “Globalización económica y deslocalizaciones productivas”, *RL*, núm. 2, 2005.