

# LA DIVERSA TIPOLOGÍA CONTRACTUAL PARA LA EXTERNALIZACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES: *OUTSOURCING* \*

**DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO**  
*Doctor en Derecho. Universidad de Salamanca*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña Carmen ALONSO LEDESMA, don Juan CADARSO PALAU, don Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ, don Carlos LASARTE ÁLVAREZ, doña Nazareth PÉREZ DE CASTRO y don Juan SÁNCHEZ CALERO GUILARTE.

## **Extracto:**

EL presente estudio pretende dar una visión de las diversas gamas contractuales existentes para poder activar la externalización de actividades empresariales: *outsourcing*; conocido como el fenómeno de la descentralización productiva. El lector podrá comprender cómo este nuevo fenómeno puede incardinarse en diversas figuras contractuales, tanto civiles y mercantiles, que se creían insospechadas, por las diversas actividades en que puede un empresario externalizar sus actividades a otros sujetos empresariales. Rompiendo el tópico de que el único medio contractual para activar la descentralización productiva como cambio de la estrategia empresarial son las contratas y subcontratas de obras o servicios.

**Palabras clave:** *outsourcing*, externalización, descentralización productiva, contratas y subcontratas.

\* Abreviaturas: AC (Aranzadi Civil); C.C. (Código Civil); C.Com. (Código de Comercio); CDC (Cuadernos de Derecho y Comercio); DN (Derecho de los Negocios); E (Economistas-Revista); ET (Estatuto de los Trabajadores); HPE (Hacienda Pública Española); PS (Proyecto Social); RAE (Revista Asturiana de Economía); RDEPC (Revista de Debate sobre Economía Pública y Cooperativa); REDT (Revista Española de Derecho del Trabajo); RDM (Revista de Derecho Mercantil); RDS (Revista de Derecho Social); RFD (Revista Fiscal al día); RGL (Revista Gaceta Laboral); RL (Relaciones Laborales); RMTAS (Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales); RTSS.CEF (Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros); TCT (Tribunal Central de Trabajo); TL (Temas Laborales); TSJ (Tribunal Superior de Justicia).

# Sumario

- I. Delimitación y ámbito del *outsourcing*.
- II. Ventajas e inconvenientes del *outsourcing*.
- III. Tipología contractual para la instrumentación del *outsourcing*.
  - 3.1. Contratos de ejecución de obra.
    - 3.1.1. El arrendamiento de obra material.
    - 3.1.2. El arrendamiento de obra inmaterial.
  - 3.2. Contratos de prestación de servicios.
    - 3.2.1. El contrato de arrendamiento de servicios.
    - 3.2.2. El contrato de ingeniería o *engineering* y sus análogos.
    - 3.2.3. Contratos informáticos u *outsourcing* informático.
  - 3.3. El contrato de *factoring*.
  - 3.4. Contratos de promoción de la contratación.
    - 3.4.1. Los contratos publicitarios.
    - 3.4.2. Contrato de *marketing* y *merchandising*.
  - 3.5. Contratos de colaboración, distribución y comercialización.
    - 3.5.1. Los contratos de colisión, mediación y agencia.
    - 3.5.2. Contrato de concesión, de franquicia o *franchising*, de transporte y depósito mercantil.
  - 3.6. Cooperativas.

Bibliografía.

Recursos de Internet.

## I. DELIMITACIÓN Y ÁMBITO DEL *OUTSOURCING*

Los cambios y avances de la tecnología evolucionan a gran velocidad, y resulta difícil la puesta al día de la maquinaria y los sistemas necesarios para la actividad empresarial. Existen casos en que hay que utilizar maquinarias especializadas de alto coste y utilización ocasional, que no justifican su adquisición por el empresario, que obligan remitir la realización de fases de la producción de agentes externos especializados, aportando de este modo herramientas y tecnologías más costosas en cuanto sean empleados en la pluralidad de empresas clientes <sup>1</sup>.

El acercamiento al contexto competitivo en que la empresa debe desenvolverse supone en la actualidad el desmoronamiento de sectores productivos e industriales, forzando a aquellas organizaciones productivas que buscan aumentar su dimensión en ser más grandes para competir mejor a través de alternativas de crecimiento estratégico jurídicamente materializadas en fusiones y absorciones; al igual que aquellas organizaciones que preconizan las excelencias competitivas que traen aparejados el hecho de adelgazar sus estructuras productivas, en un intento de reducir su dimensión hasta el límite de lo que se puede considerar estrictamente necesario por afectar las competencias básicas de la empresa <sup>2</sup>.

Estos resultados se obtienen por una serie de procedimientos que pueden agruparse <sup>3</sup> en las siguientes técnicas:

<sup>1</sup> MARTÍN CABELLO, A. y otros, «Prácticas retributivas en el sector español de las nuevas tecnologías», *RTSS.CEF*, N.º 235, 2002, págs. 157-204.

<sup>2</sup> BARREIRO GONZÁLEZ, G., «Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna», *REDT*, 1999, pág. 166.

<sup>3</sup> *Vid.* La propuesta sobre la metodología para realizar una descentralización de servicios, a través de 7 fases: 1) «la fase de análisis y evaluación de la decisión de descentralización productiva»; 2) «la fase de selección del contratista»; 3) «la fase de diseño de la descentralización productiva»; 4) «la fase de negociación del contrato de descentralización»; 5) «implementación y dirección del proceso descentralizador»; 6) «la fase de seguimiento y evaluación de sus resultados»; y 7) «la fase de finalización del proceso de descentralización productiva». DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M., «Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral», *RL*, Tomo II, 1999, págs. 541-544.

- a) Los grupos de empresas <sup>4</sup>, que permiten la creación de empresas paralelas o filiales especializadas en determinadas fases de la producción y se encuentran relacionadas las unas con las otras en condiciones de paridad en unos casos, y de subordinación en otros.
- b) Las contratas y subcontratas <sup>5</sup>.
- c) El arrendamiento de servicio en combinación con las contratas <sup>6</sup>. No se incluyen en esta clasificación la actividad realizada mediante contratos de puesta a disposición de las Empresas de Trabajo Temporal que siendo una técnica a la externalización, es una actividad que sigue siendo interna de la empresa <sup>7</sup>.

Las anteriores técnicas pretenden aglutinar tanto a la descentralización productiva que implique la intervención de una empresa externa, que constituye una fase del proceso productivo (externalización); como a la descentralización que suponga un desplazamiento a nivel interno de las funciones que dejan de realizarse, siendo una empresa filial, de nueva creación o ya existente, la que desarrolla tales funciones (filiación), encontrándonos ante un tipo de estrategia managerial o técnica de gestión empresarial compleja que en la doctrina anglosajona se conoce como *outsourcing*. Término que proviene de la experiencia empresarial americana, para intentar identificar nuevas formas de organización de la actividad productiva, particularmente facilitadas por la extensión de las nuevas tecnologías.

El *outsourcing* se deriva de los términos *out*, que significa fuera, y *source*, que se entiende por fuente, suministro. Esta figura se destaca a raíz de la flexibilización que el nuevo marco competi-

<sup>4</sup> «Se trata de un cambio del "tipo" de empleador, de su posición jurídica, a través de una nueva estructuración organizativa de la empresa y de una configuración diferente del poder de dirección. Se ha afirmado que es una "flexibilización del concepto mismo de empresa", en el sentido de poder utilizar estas formas de organización tanto para centralizar los criterios de formación de las decisiones en el seno de la empresa, para concentrar o desconcentrar su estructura interna o, en fin, para unificar o por el contrario diversificar las funciones de la misma». BAYLOS, A. y COLLADO, L., «Grupos de empresas y Derecho del Trabajo», en AA.VV., *Grupos de Empresas y Derecho del Trabajo*, Editorial Trotta, Madrid, 1994, pág. 14. Se señala que «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 e independiente una parte de la actividad global. La subcontratación entre empresas de un mismo grupo para que realicen tareas relacionadas directamente con la producción general o para llevar a cabo actividades complementarias, es muy frecuente, de tal modo que la empresa cabecera del grupo en la que reside la dirección y muchas veces la actividad esencial del proceso productivo encarga a las demás las tareas auxiliares o complementarias». QUINTANA PELLICER, J., «La descentralización productiva (*outsourcing*). Algunos apuntes en relación con las cuestiones que plantea desde el punto de vista judicial», *AL*, 2000-1, pág. 165. Cfr. Las «razones "normativas" que explican la necesidad de un debate sobre la reforma legislativa del derecho social de los grupos», en MONERO PÉREZ, J. y MOLINA NAVARRETE, C., *El modelo de regulación jurídico-laboral de los grupos de empresas. Una propuesta de reforma*, Editorial Comares, Granada, 2002, págs. 1 y ss. En relación a el deficiente marco legal español en relación con el fenómeno de los grupos de empresas. Vid. TERRADILLOS ORMAETXEA, E., Los «grupos de empresas» ante la jurisprudencia social española, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 17-43. El grupo de empresas como empresario aparente. Vid. MARTÍNEZ GIRÓN, J., *El empresario aparente*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 39-52.

<sup>5</sup> GARCÍA MURCIA, J., «Contratas y subcontratas», *RMTAS*, N.º 48, 2004, págs. 13-38.

<sup>6</sup> CALVO GALLEGOS, F., «Arrendamiento de empresa y contrato de obra o servicio determinado», *TL*, Núm. 51, 1999, págs. 227-244.

<sup>7</sup> MARTÍNEZ GARRIDO, L., «Descentralización productiva *Outsourcing*», en AA.VV. (Dir. GIL SUÁREZ), L. *Descentralización productiva 2000*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 36.

vo atribuye sobre la gestión empresarial, generando el desarrollo y la generalización de nuevas orientaciones de organización <sup>8</sup>.

La descentralización productiva a pesar de sus importantes connotaciones jurídicas, responde a un fenómeno de carácter fundamentalmente económico. Puede que se incurra en el riesgo de utilizar de manera innecesaria un anglicismo, cuando el idioma español ha identificado con bastante facilidad un término autóctono, que encaja de manera perfecta con el fenómeno americano del *outsourcing*; como es la «externalización» o la «descentralización productiva». De igual manera se le ha denominado: «contratación externa»; «subcontratación»; «exteriorización del empleo»; «desconcentración»; y, «externalización».

Los ingleses lo denominan *contract labour*, *subcontracting* <sup>9</sup> y *outsourcing*. Mientras que en la lengua francesa, se le expresa como «*soustraitance*» o «*externalisation*». En Latinoamérica se le ha denominado «tercerización» <sup>10</sup> y «relaciones triangulares» <sup>11</sup>. Por sentido común, ninguna de las palabras antes mencionadas corresponden un significado absolutamente idéntico, pero sí presentan ciertas conexiones. Lo cierto es que el término *outsourcing* se ha internacionalizado como consecuencia de la globalización que sigue la sociedad internacional <sup>12</sup>, por la mundialización a la que se ha sometido la economía <sup>13</sup>.

La externalización de actividades crea un vínculo que a largo plazo tiene que ver con el desempeño de ciertas tareas específicas realizadas por profesionales especializados, que con el tiempo pueden pasar a convertirse en socios estratégicos <sup>14</sup>. Para que funcionen eficazmente ambas organizaciones deben asumir que cada una deba compartir con la otra ciertas decisiones consideradas estratégicas. En muchos casos, la remuneración percibida por el proveedor puede depender de los resultados obtenidos, de forma que ambos compartan tanto los riesgos como los beneficios obtenidos por la colaboración <sup>15</sup>. Independientemente de la interpretación que se le otorgue a la descentra-

<sup>8</sup> CASANI, F., LUQUE, M., RODRÍGUEZ, J. y SORIA, P., «La problemática del *outsourcing*», *E*, N.º 72, 1996, pág. 86.

<sup>9</sup> DE CROMBRUGGHE, A., «SPX Tools: UNIDOSS - UNIDO Subcontracting System and OUTSOURCING 2000», en <http://www.unido.org/en/doc/4553> [21/02/2006].

<sup>10</sup> Término que no se debe confundir con la terciarización. Vid. LÓPEZ, C., «El *outsourcing* o la tercerización», [www.liderazgoymercadeo.com/edicion32/art\\_clopez.asp](http://www.liderazgoymercadeo.com/edicion32/art_clopez.asp) [26/01/2006] y [www.gestiopolis.com/canales/gerencial/articulos/no%209/autosourcing.htm](http://www.gestiopolis.com/canales/gerencial/articulos/no%209/autosourcing.htm) [26/01/2006].

Vid. GRANDA, F. y SMOLJE, A., «Resumen, conceptos y reflexiones sobre la tercerización», en [www.cpcecf.org.ar/coltec/out1.htm](http://www.cpcecf.org.ar/coltec/out1.htm) 24/02/2006 y «un caso de tercerización visto desde quien preste el servicio», en [www.cpcecf.org.ar/coltec/out3.htm](http://www.cpcecf.org.ar/coltec/out3.htm) [24/02/2006].

<sup>11</sup> RICHTER, J. y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, O., «La subcontratación como modalidad de desprotección social», *Syllabus*, N.º 1, 2000, pág. 6.

<sup>12</sup> MARÍA ZUFIAUR, J., «Globalización económica y deslocalización productiva», *RL*, N.º 2, 2005, págs. 83-102.

<sup>13</sup> MARTÍN ARRIBAS, J., «Aproximación general a la figura del *outsourcing* en su vertiente internacional», en AA.VV. (Dir. PEDRAJAS MORENO, A.), *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 246.

<sup>14</sup> FEENSTRA, R. y HANSON, G., «Globalization, *outsourcing* and wage inequality», *The American economic review*, Nashville, Tennessee, Volume 86, N.º 2, 1996, págs. 240-245.

<sup>15</sup> CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, F., «La descentralización productiva y la realidad económica», en AA.VV. (Dir. GIL SUÁREZ, L.), *Descentralización productiva 2000, op. cit.*, pág. 189.

lización productiva, hay que tener en cuenta que en este proceso no significa una simple subcontratación clásica, al contrario, es una relación más entrelazada entre el empresario y el proveedor.

## II. VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL *OUTSOURCING*

El *outsourcing* presenta desde el punto de vista teórico empresarial una serie de ventajas <sup>16</sup> e inconvenientes, que se dividen en estratégicos y operativos. Las principales ventajas estratégicas surgen de la reducción de riesgos, la generación de las ventajas competitivas, la mejora de la estructura de los costes a largo plazo y el aumento de flexibilidad organizativa. En otras palabras, el *outsourcing* concentra los esfuerzos de la empresa en la consolidación y expansión de sus competencias básicas <sup>17</sup>.

Las ventajas operativas engloban el incremento de la eficacia al ser realizadas las actividades por empresas especializadas y la reducción de personal fijo, que pasa a convertirse en un coste variable dependiente del nivel de actividad. En relación a los inconvenientes de orden estratégico más relevantes nace: la pérdida de control de la actividad sometida a *outsourcing*, el trasvase de información sensible, los posibles incrementos desmesurados de precios aplicados por el proveedor en el futuro y las variaciones de calidad <sup>18</sup>.

La estrecha relación de colaboración entre la empresa cliente/usuario y la empresa externa prestadora de los servicios, produce una interconexión entre las plantillas de ambas entidades, por cuanto los trabajadores de la empresa suministradora del servicio se verán obligados a trabajar para la empresa cliente, en función del propio objeto del *outsourcing*, estableciendo algunas veces que determinados trabajadores de la empresa usuaria o cliente se integren en la plantilla de la suministradora del servicio.

Como puede ser habitual que la empresa suministradora del servicio se cree al amparo de la empresa cliente/usuario, la empresa cliente/usuario constituirá una entidad jurídicamente independiente de la misma, a la que dotará de toda la infraestructura necesaria para que preste esa gestión externa de forma exclusiva. En definitiva, mediante el *outsourcing* se puede llegar a producir una descentralización de la actividad empresarial de la empresa cliente/usuario, cediendo parte de su actividad a estructuras jurídicamente independientes pero con claras conexiones accionariales, económicas, de dirección y de plantillas <sup>19</sup>.

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, E., «La obtención de ventajas competitivas a través de la subcontratación», *RAE*, N.º 2, 1995, págs. 149-164.

<sup>17</sup> Vid. GIL GIDRÓN, B., *Nuevos modelos de gestión empresarial el outsourcing de procesos de negocios*, Círculo de Empresarios, Madrid, 1998, págs. 33 y ss.

<sup>18</sup> CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, F., «La descentralización productiva y la realidad económica», *Descentralización productiva 2000*, *op. cit.*, pág. 205.

<sup>19</sup> MARTÍN FLÓREZ, L., «"Outsourcing" y teletrabajo Consideraciones jurídicos-laborales sobre nuevos sistemas de organización del trabajo», *REDT*, N.º 69, 1995, pág. 404.

La externalización se distingue en dos efectos <sup>20</sup>:

- a) *Outsourcing* operativo o táctico, que es la mera subcontratación. Es decir, el proceso por el cual una determinada actividad que había sido desarrollada dentro de la empresa, pasa a ser realizada mediante la externalización hacia un proveedor externo, siendo estas actividades poco importantes para la empresa.
- b) *Outsourcing* estratégico, consiste en la descentralización de ciertas actividades importantes a través de una relación de cooperación con el proveedor que crece conforme aumenta la interdependencia entre la función proveniente del exterior y el resto de los procesos del negocio, llegando a la «corporación virtual». En otras palabras, es una estructura en las que varias empresas jurídicamente diferenciadas actúan con una estrategia compleja de cooperación, que crean en forma conjunta bienes y productos ofrecidos a los clientes como si se tratara de una compañía altamente integrada <sup>21</sup>. Este enfoque es el más utilizado en la práctica, y puede conllevar a confusión, puesto que, en cualquier externalización de actividades de la empresa, pueden ser desarrolladas por la empresa previamente o no.

### III. TIPOLOGÍA CONTRACTUAL PARA LA INSTRUMENTACIÓN DEL *OUTSOURCING*

La tendencia expansiva del Derecho del Trabajo basada en la laboralización de relaciones objetivamente dependientes y por cuenta ajena, y así como en la incorporación de relaciones dudosamente dependientes –por ejemplo, el mediador mercantil con relación laboral o los trabajadores a domicilio <sup>22</sup>– se ha visto frenada en los últimos tiempos en beneficio de la esfera contractual civil-mercantil, al tiempo que la presunción legal de laboralidad <sup>23</sup> se reduce y casi desaparece, revalorizando la voluntad de los contratantes como índice de calificación de la naturaleza jurídica de los contratos <sup>24</sup>.

El requisito de la dependencia no ha cesado de relativizarse; y, por añadidura, lejos de constituir una noción terminante y precisa, con frecuencia se identifica con la existencia de variados indicios, de vieja invocación en el Derecho español (sujeción a órdenes, sometimiento a horario, trabajo en locales de la empresa, etc.), cuya presencia es asimismo de valoración en el contexto de cada caso <sup>25</sup>. El proceso de expansión del Derecho del Trabajo ha dado lugar a la aparición de las denominadas

<sup>20</sup> CASANI, F., LUQUE, M., RODRÍGUEZ, J. y SORIA, P., «El *outsourcing* y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa», *RL*, N.º 14, 1998, pág. 1.182.

<sup>21</sup> BARREIRO GONZÁLEZ, G., «Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna», *op. cit.*, pág. 167.

<sup>22</sup> *Vid.* KAHALE CARRILLO, D., «Teletrabajo: Regulación jurídico-laboral», *RGL*, Venezuela, Vol. 9, N.º 3, 2003, págs. 397-416.

<sup>23</sup> KAHALE CARRILLO, D., «La presunción de laboralidad del contrato de trabajo: su distinción con el contrato de arrendamiento de servicios», *RTSS.CEF*, N.º 280, 2006, págs. 127-138.

<sup>24</sup> Cfr. GARCÍA PIQUERAS, M., *En las fronteras del Derecho del Trabajo*, Editorial Comares, Granada, 1999, pág. 31.

<sup>25</sup> MONTROYA MELGAR, A., «Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo», *REDT*, N.º 91, 1998, pág. 709.

zonas grises<sup>26</sup> en las que no es fácil descubrir y determinar con exactitud la realidad acotada por el Derecho Civil, Mercantil o Laboral<sup>27</sup>.

Existen sistemas de descentralización productiva que tienen un común, en que determinados trabajadores se van a encontrar en una situación especial, en que prestan servicios para una entidad social, pero gran parte de su actividad está determinada por un ente social que no es el que aparece como su empleador, y ejerce su poder sin sujeción a los límites que las normas laborales imponen al ejercicio del poder de dirección por parte del empleador. Los límites de ese ejercicio no se encuentran en las normas laborales, sino en el Derecho Civil y Mercantil y en las cláusulas del contrato que vincule a las empresas afectadas, contrato que ha sido negociado y firmado sin ninguna intervención de los trabajadores ni de sus representantes<sup>28</sup>.

La existencia de diversas opciones contractuales a fin de externalizar las diversas actividades empresariales no existe del todo por la línea jurídico-laboral, sino por la normativa civil y mercantil, celebrándose tanto contratos típicos como atípicos de diversas clases. Siendo común a todos estos contratos dos elementos básicos: a) La obligación por parte del proveedor de prestar un servicio al cliente, y no en la de obtener un resultado; y, b) Establecer pactos adicionales en la prestación de servicios, como la transferencia de activos y cesión de trabajadores.

El Derecho del Trabajo encuadra en cierta parte la figura de la externalización de actividades en el artículo 42 del ET, en lo concerniente a la subcontratación de obras de servicios, la cesión de trabajadores –art. 43 ET–; la sucesión de empresas –art. 44 ET–; y, trabajo a domicilio –art. 13 ET–. Llegado a este punto, se procederá a encajar las diversas figuras contractuales, tanto civiles y mercantiles, que en la práctica instrumentan la externalización de actividades<sup>29</sup>:

### 3.1. Contratos de ejecución de obra.

El empresario al requerir la realización de una obra<sup>30</sup>, se le pueden presentar dos opciones para ejecutarla. Por una parte, encargarla a sus propios trabajadores, con el fin de ejecutar la obra internamente mediante la propia estructura empresarial; y, por otra, encargar la obra a una empresa externa especialista mediante un contrato de *outsourcing*, y de esta manera externalizar la actividad. Destacándose en esta categoría el arrendamiento de obra material y el arrendamiento de obra inmaterial.

<sup>26</sup> MARTÍN VALVERDE, A., «Fronteras y "zonas grises" del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)», *RMTAS*, N.º 38, 2002, págs. 21-50.

<sup>27</sup> <http://www.graduados-sociales.com/ArticulosCO/telettrabajo.htm> [16/01/2006].

<sup>28</sup> PEDROSA GONZÁLEZ, J., «El despido por causas no imputables al trabajador en empresas descentralizadas», en AA.VV. (Coord. CASTIÑEIRA, J.), *Presente y Futuro de la Regulación del Despido*, Aranzadi Editorial, Navarra, 1997, pág. 301.

<sup>29</sup> LARGO GIL, R., BUESO GUILLÉN, P. y HERNÁNDEZ SAINZ, E., «La moderna instrumentación contractual de la externalización de actividades empresariales», en AA.VV. (Dir. Rivera Lamas, J.), *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: el «Outsourcing»*, Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 317-383.

<sup>30</sup> *Vid.* GARCÍA GIL, F., *El contrato de ejecución de obra y su jurisprudencia. Obligaciones de los contratantes, vicios y defectos en la construcción y otros trabajos, responsabilidades de técnicos y constructores, en la doctrina del Tribunal Supremo*, Dykinson, Madrid, 1995, págs. 13-55.



### 3.1.1. El arrendamiento de obra material.

Al ejecutarse una obra material mediante una empresa externa especializada, se refiere a un contrato de obra<sup>31</sup>, que de conformidad con el artículo 1.544 del C.C., las partes recíprocamente se comprometerán a la ejecución de la obra y a recibir el pago del precio cierto como lo disponen los artículos 1.588 a 1.600 del C.C. Esta modalidad de contrato depende si se funge en la condición de empresario o no, que puede ser de carácter civil o mercantil. En la ejecución de la externalización, generalmente, ambas partes son empresarios, que a mi criterio la condición de este contrato es de carácter mercantil<sup>32</sup>.

Este contrato encaja perfectamente en la noción de contrata y subcontrata establecida en el artículo 42 del ET, evitando que las empresas se eludan de las cargas y de las responsabilidades que puedan derivar por la actividad de su propia estructura, señalando que el empresario contratante debe responder solidariamente de las obligaciones de carácter salarial y de Seguridad Social contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores.

### 3.1.2. El arrendamiento de obra inmaterial.

Es factible que la prestación requerida de la empresa sea de carácter inmaterial, situación que es frecuente en estos tiempos, como es el caso de la elaboración de informes técnicos, de investigación y estudios de mercado. Generalmente, son actividades que se encuentran protegidas por el derecho de propiedad intelectual<sup>33</sup> e industrial<sup>34</sup>.

En la práctica cabe la posibilidad de que este tipo de prestación no se encuadre de manera fácil a la forma contractual de arrendamiento de obra<sup>35</sup>. Por lo que se reconduce a otras formas contractuales atípicas de carácter mercantil que comparten elementos propios del arrendamiento de obras y de los elementos propios del arrendamiento de servicios. Entendiéndose que la ejecución de una obra intelectual sea una prestación de resultado, y no de simple actividad<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> RESINA VALENCIA, J., *Arrendamiento de obras o servicios: perfil evolutivo y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 13.

<sup>32</sup> VICENT CHULIA, F., «Contratos de ejecución de obra, transporte y turístico», *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Tomo II, JMB, Barcelona, 1990, págs. 331-336.

<sup>33</sup> Cfr. AA.VV. (Coord. RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Manual de propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001. AA.VV. (Dir. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.), *La protección de la propiedad intelectual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001. DE LA PUENTE, E., «Nuevas tecnologías y propiedad intelectual», *CCTS*, N.º 44, págs. 9-10. SOLER MASOTA, P. y LUQUE PARRA, M., «Relación laboral y propiedad intelectual: el caso de los reporteros gráficos», *RL*, N.º 21, 1999, págs. 7-47.

<sup>34</sup> AA.VV. (Dir. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.), *Derecho sobre propiedad industrial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001. VICENT CHULIA, F., «Contratos retransmisión de derechos sobre bienes materiales», *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, págs. 187-223.

<sup>35</sup> RODRÍGUEZ-CANO CIZUR, A., *Apuntes de derecho mercantil: Derecho mercantil, Derecho de la competencia y Propiedad Industria*, Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 139.

<sup>36</sup> Cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1993, pág. 58.

## 3.2. Contratos de prestación de servicios.

### 3.2.1. El contrato de arrendamiento de servicios.

El contrato de arrendamiento de servicios<sup>37</sup> lo define el C.C. junto al contrato de obra<sup>38</sup>. El artículo 1.544 del C.C. señala, que en ambos contratos, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar un servicio por precio cierto. Seguidamente la Sección Primera, del Capítulo III, del Título VI, del Libro IV del C.C. «Del arrendamiento de obras y servicios», incluye en los artículos 1.583 a 1.587 unas reglas para una noción particular de servicios, como es «del servicio de criados y trabajadores asalariados», más allá de estos preceptos de escaso contenido y de dudosa vigencia, no existe una regulación completa del contrato de arrendamiento de servicios<sup>39</sup>.

Se trata de normas de escasa vigencia, en la medida en que se denomina «servicio de trabajadores salariales» proveniente del C.C., para formar una disciplina jurídica distinta. El Derecho del Trabajo bajo el ET deroga (como opuesto a sus principios y reglas) lo dispuesto en el C.C. El contrato de arrendamiento de servicios estipulado en la Ley Subjetiva Civil, lejos de haber quedado absorbido por el contrato de trabajo, tiene un ámbito de aplicación de gran interés en los servicios profesionales no laborales, como es el caso de las profesiones liberales<sup>40</sup>.

Los supuestos de prestación de servicios dispuestos en el C.C. se han superado y, por ende, no se pactan constantemente por la realidad económica que se vive. Los supuestos de esa figura contractual se reducen en la práctica por la desaparición de las figuras de los criados de labranza y los menestrales, y aparte las actividades efectuadas por los trabajadores asalariados que se han trasladado del arrendamiento de servicios al de las relaciones laborales<sup>41</sup>.

La determinación en concreto de sí existe descentralización productiva formalizada en un arrendamiento de servicios o mera apariencia de tal que tiene por debajo un contrato de trabajo puede

<sup>37</sup> «(...) Parten de una concepción arcaica de los servicios, que hace que solo queden contemplados los prestados por "criados y trabajadores asalariados". En la actualidad, ese tipo de relaciones laborales, así como todas las que supongan una prestación de servicios por cuenta ajena, se rige por el Derecho del Trabajo. Falta además en el Código Civil una regulación de aquellos servicios que ocupan un puesto primordial en las relaciones económicas actuales: los prestados por los profesionales liberales. La jurisprudencia y la doctrina han tenido que realizar grandes esfuerzos para deducir unos principios generales aplicables a este tipo de contratos, cuyo objeto es la prestación diligente de una determinada actividad». ATIENZA NAVARRO, M., en AA.VV., *Contratos y cuasicontratos: casos y cuestiones*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 95.

<sup>38</sup> «Engloba el CC en ese artículo los tipos contractuales que la práctica, la doctrina, la jurisprudencia y el mismo CC tienen diferenciados para someterlos a distinto régimen jurídico. Nuestra doctrina acepta generalmente como criterio diferencial el que la prestación del arrendador vaya dirigida a un resultado (arrendamiento de obra) o a desplegar una actividad abstracción hecha del resultado (arrendamiento de servicios)». AA.VV., *Comentarios del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág. 1.058.

<sup>39</sup> CALVO GALLEGU, F., «Arrendamiento de empresa y contrato de obra o servicio determinado», *op. cit.*, pág. 227.

<sup>40</sup> MORILLO GONZÁLEZ, F., «El contrato de arrendamiento de servicios: su distinción de otras figuras jurídicas afines en la doctrina reciente de nuestros tribunales», *AC*, 1999-I, pág. 1.620.

<sup>41</sup> KAHALE CARRILLO, D., «La presunción de laboralidad del contrato de trabajo: su distinción con el contrato de arrendamiento de servicios», *op. cit.*, págs. 127-138.

resultar difícil muchas veces. La presunción de laboralidad de las relaciones de trabajo por cuenta ajena establecida en el artículo 8.1 del ET <sup>42</sup> debe jugar aquí un papel esencial de prevención de fraudes, que guarda un cierto parecido con el que desempeña la regulación protectora del trabajo en contratos en los supuestos de descentralización productiva por vía de subcontratación <sup>43</sup>.

Razón por la que en un contrato de arrendamiento de servicios, al pactarse una obligación de hacer genérica, no se someterá a lo dispuesto en el artículo 42 del ET quedando sin posibilidad de corrección de los resultados de la operación de la externalización realizada. Mientras que al pactarse una obligación de hacer no genérica en un contrato de arrendamiento de servicios, sí encajaría en lo dispuesto en el prenombrado artículo.

### 3.2.2. *El contrato de ingeniería o engineering y sus análogos.*

En este punto se hará alusión a las actividades de la prestación de servicios que no se pueden encajar en la figura del arrendamiento de servicios fundamentado en el C.C., este tipo de prestación se configura mediante otras formas de contratos atípicos de carácter mercantil <sup>44</sup>.

En la actualidad el contrato de ingeniería o *engineering* se encuentra reconducido por los servicios de arquitectura, materializándose a través de un empresario consultor de ingeniería, quien se obliga a efectuar un proyecto de ingeniería u obra inmateral al cliente para su puesta en práctica, quien pagará un precio <sup>45</sup>. Configurándose la prestación de este tipo de servicios mediante contratos atípicos, que sustituyen las figuras contractuales de arrendamiento de servicios y de obra, por contratos de ingeniería o arquitectura u otros similares, que por el hecho de ser atípicos, influye a que las partes lo formalicen. Sistematizándose estos contratos en:

- a) Contratos de estudio, su objetivo es elaborar previo al proyecto de ingeniería un estudio técnico-económico.
- b) Contratos de proyecto, su fin es el preliminar o definitivo para la realización de una obra.
- c) Contratos de supervisión, busca verificar la debida ejecución de un proyecto.
- d) Contrato de asesoramiento, su objeto es la prestación de sus servicios técnicos de índole informativo.

<sup>42</sup> Artículo 8.1 del ET «El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel».

<sup>43</sup> MARTÍN VALVERDE, A., «Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios», en AA.VV. (Dirigidos por BORRAJO DACRUZ, E.), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo VIII, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, pág. 227.

<sup>44</sup> AA.VV., «Nuevas formas de negocios: el *outsourcing* de facturas», *RFD*, N.º 37, 2001, pág. 42.

<sup>45</sup> BERCOVITZ, A., «El contrato de ingeniería (características y concepto)», *HPE*, N.º 94, 1985, pág. 144.

- e) Contratos de dirección integrada, su característica principal es la gestión por parte del cliente de la instalación de una planta industrial.

Los contratos de ejecución se presentan en diversas formas, de las cuales destacamos:

- a) Los contratos de ejecución de obra de ingeniería *stricto sensu*, que se caracterizan por la prestación definidora.
- b) Los contratos de entrega de llave en mano de plantas industriales, que se basa en la entrega de una planta industrial en funcionamiento sin la cesión de tecnología.
- c) Los contratos producto en mano, que corresponden a la entrega de una planta en funcionamiento y en producción, con la respectiva cesión de la tecnología. Existiendo, a la vez, los contratos de producto vendido, en el cual se incluye la comercialización y distribución de los productos fabricados en la planta entregada <sup>46</sup>.

La aplicación de la tipología antes expuesta genera el problema en poder determinar cuáles de estas gamas de contratos atípicos se pueda asimilar al de arrendamiento de obra o al arrendamiento de servicios, y cuándo se pueden considerar en la categoría de contrata y subcontratas, con el fin de determinar si se le aplica los derechos protegidos en el artículo 42 del ET. Al respecto, se ha evolucionado a nivel doctrinal y jurisprudencial, desde criterios más flexibles <sup>47</sup> a criterios restrictivos <sup>48</sup> sobre la admisión de cualquier figura comercial atípica en la mención de las contrata y subcontratas. Lo cierto es que, en la práctica, es difícil agrupar estas nuevas formas contractuales a la extensión de responsabilidad del artículo 42 del ET, ya que los supuestos que se han previsto no son utilizados en las empresas, y por la interpretación jurisprudencial excluye su aplicación a aquellos que han venido a sustituirlos.

### 3.2.3. Contratos informáticos u outsourcing informático.

El desarrollo de las tecnologías informáticas ha revolucionado a las empresas siendo un instrumento de competitividad generando múltiples servicios con el propósito de adecuarse de manera satisfactoria a las necesidades de dichas empresas. Esta evolución informática ha originado un

<sup>46</sup> MÍNGUES PRIETO, R., «El contrato de ingeniería», *CDC*, Monográfico sobre la Contratación Mercantil, 1988, pág. 166. VICENT CHULIA, F., «Contratos de ejecución de obra, transporte y turísticos», *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, pág. 336.

<sup>47</sup> La STCT de 27 de junio de 1988, lo admitió en un supuesto de contrato de *engineering*, y la STCT de 27 de marzo de 1869, lo admitió en un contrato de suministro.

<sup>48</sup> STSJ de Madrid de 2 de abril de 1998, en un supuesto de contrato de suministro, y STSJ de Andalucía de 19 de enero de 1998, en el supuesto de arrendamiento de industria.

modelo de contratación llamado contratos informáticos <sup>49</sup> u *outsourcing* informático <sup>50</sup> o *facilities management* <sup>51</sup>.

La actividad de prestación de servicios informáticos suele acomodarse en la categoría del contrato de arrendamiento de servicios. No significa que al analizar cada figura en concreto se recurra a este tipo contractual <sup>52</sup>, ya que existe una variedad de contratos de naturaleza atípica que recogen los servicios requeridos. Las actividades informáticas pueden realizarse de manera interna por la empresa mediante la formación de sus propios trabajadores en este campo o contratando a otros trabajadores ya especializados, o externalizando dicha actividad mediante la diversa gama contractual que nos ofrece hoy el *outsourcing* informático. La empresa acude a la descentralización de esta actividad, por el elevado coste de los equipos de informática que se utilizan, y por la poca vigencia de vida útil y competitiva de los mismos <sup>53</sup>.

La utilización de las empresas de los sistemas informáticos les obliga a adquirir *software* y *hardware* <sup>54</sup>, implementando los costes de formación del personal que los ocupa, generando una serie de figuras contractuales atípicas como el contrato de *outsourcing* informático <sup>55</sup>, que su fin es externalizar el desarrollo de las necesidades informáticas la cual se concretará específicamente en las cláusulas del contrato <sup>56</sup>.

La práctica empresarial ha configurado nuevos contratos para cada necesidad informática que tenga que descentralizarse. Apareciendo de este modo los contratos de:

- a) Desarrollo de *software*, que se perfeccionan cuando una de las partes recibe de la otra el encargo de mejorar, supervisar, actualizar un *software*, sea de manera estándar o específico, a cambio de un precio ya estipulado.

<sup>49</sup> El TS define el *outsourcing*, en la prestación de un tercero de «servicios de información basados en la técnica de la información», recogiendo en esta definición que el proveedor asume prácticamente todas las actividades informáticas necesarias para mantener la actividad del cliente. STS de 27 de octubre de 1994 (Ar. 8531).

<sup>50</sup> Cfr. APARICIO VAQUERO, J., *La nueva contratación informática: introducción al «outsourcing» de los sistemas de información*, Comares, Granada, 2002, pág. 30.

<sup>51</sup> «Cabe configurarlo como un acuerdo de colaboración con una empresa tecnológica externa que se integra en los planes estratégicos del cliente con la finalidad de diseñar desde una óptica global una solución informática adaptada a sus necesidades». HERNANDO, I., *Contratos informáticos. Derecho Informático, legislación y práctica*, Librería Carmelo, San Sebastián, 1995, págs. 767-773.

<sup>52</sup> La naturaleza jurídica de la relación de *outsourcing*, como arrendamiento de servicios y como contrato atípico y complejo. Vid. APARICIO VAQUERO, J., *La nueva contratación informática. Introducción al «outsourcing» de los sistemas de información*, op. cit., págs. 67-73.

<sup>53</sup> En STS de 27 de octubre de 1994 (Ar. 1994/8531) no define el contrato de *outsourcing*, aunque explica el funcionamiento de este tipo de contrato.

<sup>54</sup> Vid. SÁNCHEZ VIDALES, M., *Introducción a la informática: hardware, software y teleinformática*, Servicio de Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2001, pág. 103.

<sup>55</sup> PESO NAVARRO, E., *Manual de outsourcing informático: (análisis y contratación): modelo de contrato*, Díaz de Santos, Madrid, 2000, pág. 15.

<sup>56</sup> Vid. HERNANDO, I., *Contratos informáticos. Derecho Informático, legislación y práctica*, op. cit., págs. 790-797.

- b) El contrato de mantenimiento de *software*, se celebra cuando una empresa perteneciente generalmente al mismo grupo que la proveedora, se obliga a cambio de una cuota periódica a mantener el buen funcionamiento del *software*.
- c) Contrato de *back-up*, se realiza a través de una empresa dotada de sus propios sistemas informáticos, contratando una empresa de *back-up* con el propósito de que en sus equipos, a efectos de seguridad, quede instalada una copia del sistema informático del cliente, que deberá actualizarse continuamente <sup>57</sup>.
- d) El contrato de integración de sistemas, el proveedor de los servicios informáticos se compromete a prestar cierto servicio complejo, en poner en relación y funcionamiento un conjunto heterogéneo de componentes con el propósito de buscar una solución global a una respuesta de una necesidad planteada por el contratante-usuario.

Existen otros contratos en relación al uso de datos y base de datos y los contratos vinculados al suministro de servicios de Internet <sup>58</sup>. En este caso la empresa contratante obtiene un abanico de servicios y prestaciones de la empresa proveedora de servicios de Internet, como el acceso a este; la cesión de herramientas, con el fin de utilizar los diversos servicios de Internet; diseño de una página *Web*; e, incluso montarla en la red. De manera aislada se materializa también, mediante un contrato de diseño de página *Web* <sup>59</sup>.

### 3.3. El contrato de *factoring*.

En el contrato mercantil de facturación o *factoring* <sup>60</sup>, el trabajador o empresa especializada es el «factor» quien es el encargado de la contabilidad y el cobro del crédito comercial, mediante los servicios administrativos-financieros a la empresa cliente, respecto de los créditos comerciales a corto plazo originados por la venta o suministro de mercancía <sup>61</sup>. Este contrato de colaboración financiera se hace muy chico al margen de la descentralización productiva, ya que excluye la posibilidad que se realice por los trabajadores internos de la empresa, y requiere ser prestado por otros trabajadores o empresas <sup>62</sup>.

<sup>57</sup> Vid. HERNANDO, I., *Contratos informáticos. Derecho Informático, legislación y práctica*, op. cit., pág. 774.

<sup>58</sup> Vid. BADIA, F., *Internet: situación actual y perspectivas*, Caja de Ahorros y Pensiones, Servicio de Estudios, Barcelona, 2002, pág. 165.

<sup>59</sup> Vid. POWELL, T., *Diseño de sitios Web: manual de referencia*, McGraw-Hill, Madrid, 2001.

<sup>60</sup> «Según señala GRESLIER, el "factoring" es una transferencia de crédito comercial de su titular a un tercero "factor" que se encarga de su cobranza y que garantiza el buen fin incluso en caso de impagos del deudor, mediante la retribución o el pago de los gastos de intervención. A esta garantía del buen fin se añade generalmente una operación de crédito. En este caso, el factor efectúa el pago al contado al vendedor sin esperar el vencimiento del crédito». CANO RICO, J., *Manual práctico de contratación mercantil*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 323. VICENT CHULIA, F., «Contratos de colaboración, financiación y garantía», *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, op. cit., págs. 265-269.

<sup>61</sup> Vid. PÉREZ LÓPEZ, E., «Negocios fiduciarios en Derecho Mercantil. Contrato de *factoring*, Contrato de suministro, Contrato estimatorio», en AA.VV. (Dir. VILLAGÓMEZ RODIL, A.), *Contratos mercantiles especiales, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1997, págs. 223 y ss.

<sup>62</sup> Cfr. GARCÍA VILLAVERDE, R., «Quiebra y contrato de *factoring*», *CDC*, N.º 33, 2000, págs. 11-38.

La existencia de la externalización se ostenta al empresario al ceder sus créditos o la gestión de los mismos a otra empresa especializada *factoring*, que se obliga a efectuar una serie de actividades sobre los mismos. De esta manera, no existe *outsourcing* en la configuración de este contrato, cuando el *factoring* conlleve anticipo del importe de los créditos, o sea, si se configura como contrato de financiación. Es decir, la externalización se configura siempre que no conlleve ninguna actividad financiera.

### 3.4. Contratos de promoción de la contratación.

Se refieren a las actividades destinadas a promover la contratación de los servicios puestos a disposición de sus clientes, organizándose y desarrollándose internamente en la estructura de la empresa, realizando esta actividad trabajadores especializados mediante la externalización de actividades. De manera típica se tienen los *contratos publicitarios*, y atípicamente las *figuras contractuales de marketing* y de *merchandising*.

#### 3.4.1. Los contratos publicitarios.

Estos contratos se regulan en los artículos 15 al 24 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Su objeto es poner en relación al empresario que encarga el desarrollo de la publicidad [denominado por la mencionada ley, anunciante en el art. 10, ya sea con profesionales o creativos publicitarios (agencias de publicidad)], con el fin de elaborar un proyecto de campaña publicitaria más compleja. Se refiere en este sentido a las actividades promocionales que se efectúan mediante un medio de difusión de cualquier índole (radio, televisión, Internet, prensa). Y aquellas actividades que se desarrollan sin un medio de difusión quedarían excluidas de la mencionada ley <sup>63</sup>.

La primera situación consiste en que el anunciante requiere que se proyecte solamente una campaña publicitaria desvinculada de cualquier actividad de difusión, en la que se recurre al contrato de creación publicitaria, mediante el cual un profesional de la publicidad a través de una contraprestación económica a cambio se compromete a favor de un anunciante crear un proyecto de campaña publicitaria.

El objeto de esta situación en concreto es proyectar una campaña publicitaria, excluyendo la actividad de difusión de cualquier tipo, y si, posteriormente, el anunciante necesita difundir la publicidad deberá celebrar otra relación distinta, y en este caso con un medio de difusión (contrato de difusión publicitaria). Contrato de difusión publicitaria es aquel por el que, a cambio de una contraprestación

<sup>63</sup> GARCÍA-MORENO GONZALO, J., «Contratos entre empresas para la instrumentación de la externalización de actividades laborales. Tipología y régimen jurídico básico», en AA.VV. (Dir. PEDRAJAS MORENO, A.), *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinaria*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2002, págs. 83-85. Cfr. Contrato de publicidad, contrato de creación publicitaria y contrato de difusión publicitaria. SÁNCHEZ CALERO, F., «Los contratos de comisión y los contratos publicitarios», *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen II, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, págs. 166-170. VICENT CHULIA, F., «Contratos de transmisión de derechos sobre bienes inmateriales», *Compendio crítico de Derecho Mercantil, op. cit.*, págs. 220-223. PÉREZ-SERRANOBA, J., «Los contratos publicitarios», en AA.VV. (Coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.), *Derecho Mercantil*, Editorial Ariel, Barcelona, 1990, págs. 962-969.

tación fijada en tarifas preestablecidas, un medio se obliga en favor de un anunciante o agencia a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponibles y a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario. En esta situación no se puede considerar un supuesto de externalización publicitaria, porque al requerirse el concurso de esa empresa externa –titular del medio de publicidad de que se trate– no existirá posibilidad alguna de conflicto con la estructura laboral de la empresa anunciante.

La segunda situación es la de idear y proyectar la campaña publicitaria que la realiza la agencia de publicidad a través de sus propios trabajadores, o mediante profesionales o empresas externas a través del contrato de creación publicitaria, sin concertar entre el anunciante y los profesionales, sino entre estos y la agencia de publicidad. En esta situación sí se puede considerar una acción de externalización de la agencia de publicidad<sup>64</sup>. Situación diferente es la de procurar la difusión de la campaña publicitaria que sea concertada a su vez por la agencia de publicidad, con el medio de difusión requerido por el anunciante, mediante el contrato de difusión publicitaria. En este caso, no se puede considerar la externalización por parte de la agencia de publicidad.

### 3.4.2. Contrato de marketing y merchandising.

Existe una diversidad de actividades promocionales que no pueden perfeccionarse por la figura de los contratos publicitarios, por lo que se rigen por contratos atípicos de *marketing* y *merchandising*.

El contrato de *marketing*<sup>65</sup> se configura como un contrato destinado a programar una campaña promocional compleja para toda la actividad de una empresa. Se considera que la actividad se externaliza cuando las funciones son desarrolladas internamente por la empresa a cargo de sus propios trabajadores.

En el contrato de comercialización o mercadeo *merchandising*<sup>66</sup>, la empresa encarga a otra especializada a desarrollar ciertas prestaciones en relación a mejorar la imagen de sus productos, como el diseño de envases y etiquetas, su ubicación en el supermercado de manera que sea más atractivo para los clientes potenciales (es lo que han denominado contrato de reclamo mercantil). El *mer-*

<sup>64</sup> Vid. TOBÍO RIVAS, A., «La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria», *RDM*, N.º 237, 2000, págs. 1.155-1.200.

<sup>65</sup> Vid. GUEVARES SPAJIC, C. y GIL LACRUZ, M., «Cambios organizativos: la perspectiva sistemática del marketing interno», *PS*, N.º 7, 1999, págs. 83-95. SAINZ DE VICUÑA ANCÍN, J., *El plan de marketing en la práctica*, ESIC, Madrid, 2002. BORDONOA JUSTE, M. y GARRIDO RUBIO, A., «Marketing de relaciones, ¿un nuevo paradigma?», *PS*, N.º 9, págs. 25-44.

<sup>66</sup> «Es un contrato de servicios por el que una empresa procede a colaborar con otra con el fin de hacer que los productos de esta sean más competitivos por alguno de los siguientes caminos: 1.º Hacer que los bienes a comercializar sean más claramente diferenciables, de los demás (estudio del producto, de sus elementos identificativos y de su envoltorio o envase), de modo que el consumidor lo identifique con unos rasgos positivos. 2.º Facilitar su almacenamiento y transporte (estudio del embalaje y medios de transporte). 3.º Incrementar la eficacia de los puntos de venta. (...) Este contrato tiene en cuenta el conjunto de limitaciones de los productos analizados y trata de adaptar dichos productos en la forma más adecuada a las necesidades y gusto del público. Investiga los medios que deben emplearse para ayudar a los comerciantes minoristas en la venta de los productos estudiados y realizar un estudio del mercado orientado a describir las posibles salidas de la producción en un futuro más o menos largo». CANO RICO, J., *Manual práctico de contratación mercantil*, op. cit., pág. 294.



*chandisee* se compromete a generar a partir del prototipo, los estándares cualitativos y el *know-how* proporcionados por el *merchandisor*, mediante controles en los métodos de producción y la calidad de los productos, comprometiéndose este a mantener una organización productiva idónea para asegurarse que el producto es conforme a las prescripciones impartidas <sup>67</sup>.

Junto a los elementos esenciales intervienen otros sujetos de carácter accesorio en su participación en la realización del contrato, desempeñando importantes labores de intermediación y asesoramiento dirigidas a su conclusión, como son el agente y el consejero de *merchandising*. Este consejero es un profesional por cuenta propia o ajena que desempeña una labor de asesoramiento técnico en la elaboración de un programa de licencias, aconsejando acerca de cuáles son los productos licenciados más adecuados de entre los posibles, y el precio de las licencias <sup>68</sup>.

### 3.5. Contratos de colaboración, distribución y comercialización.

Las tareas de distribución y comercialización de bienes y servicios pueden realizarse por la empresa mediante auxiliares dependientes de la misma <sup>69</sup>, siempre que se encuentren vinculados al empresario por una relación laboral. Cabe la posibilidad de que la empresa quiera reducir costes y lo realice mediante la externalización de tales actividades, a través de los siguientes contratos:

#### 3.5.1. Los contratos de comisión, mediación y agencia.

El contrato de comisión se fundamenta en el artículo 244 del C.Com. <sup>70</sup>, configurado en el artículo 1.709 del C.C. <sup>71</sup> mediante el contrato de comisión <sup>72</sup>, a través de un empresario denominado comitente, que encomienda la realización de cualquier operación de comercio en sentido amplio –que puede

<sup>67</sup> Sobre las distintas posibles variantes y régimen jurídico del contrato de *merchandising*. Vid. JIMÉNEZ BLANCO, G., «Contrato turísticos, viajes de estudio al extranjero, catering, engineering, merchandising», en AA.VV. (Dir. VILLAGÓMEZ RODIL, A.), *Contratos mercantiles especiales*, op. cit., pág. 219.

<sup>68</sup> MARTÍN MUÑOZ, A., *El merchandising. Contrato de reclamo*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999, págs. 41 y 55.

<sup>69</sup> ORTEGA PRIETO, E., *Representantes de comercio y agentes comerciales: su situación jurídica: laboral o mercantil*, Deusto, Bilbao, 1995.

<sup>70</sup> En el contrato de comisión «se presenta como observatorio privilegiado de las relaciones entre el régimen civil y mercantil de los contratos, que hoy prácticamente toda la doctrina cree que constituye un régimen único, y también como un antídoto hacia una concepción excesivamente registral y formalista del Derecho Civil fundada en la ordenación registral de los poderes y en la concepción representativa del mandato». Surge en esta concepción la figura del intermediario, que «cobra en función del resultado y no de su trabajo: es el detentador de la regla normal del Derecho patrimonial la encarnación del ánimo de lucro, el que se enriquece por la oportunidad y no por el trabajo». ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J., *El mandato y la comisión mercantil*, Editorial Comares, Granada, 1997, pág. 49.

<sup>71</sup> «Mandato y comisión, mediación y corretaje al no ser las hipótesis mencionadas sino modalidades de mandato delimitadas *ratione materiae* y en virtud del ámbito mercantil, en que las últimas se desenvuelven, convendrá precisar tal como hace la STC 3-III-67 que donde el mediador o corredor agota su contenido, pregestorio por así llamarlo, comienza el suyo el mandatario o, lo que es lo mismo, mientras aquel hace posible contratar, este contrata de manera efectiva, según confirman las STS 18-I-52, 21-X-65 y 1-III-88». AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, op. cit., 1.525.

<sup>72</sup> GARRIDO, J., *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 33. SÁNCHEZ CALERO, F., «Los contratos de comisión y los contratos publicitarios», en *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen II, op. cit., págs. 156-163. VICENT CHULIA, F., «Contratos de gestión y de custodia», *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, op. cit., págs. 291-311.

ejecutarse por sus propios trabajadores–, a un comisionista, que es el colaborador externo del empresario. Este tipo de contrato tiene similitud con el contrato de arrendamiento de servicios, con la diferencia de que en el contrato de comisión el objeto lo constituyen actos mercantiles, y en el de arrendamiento de servicios son actos de naturaleza material <sup>73</sup>.

El contrato de mediación <sup>74</sup>, que a su vez es conocido como corretaje, se configura mediante una de las partes denominada mediador, que se compromete, a cambio de un precio, a promover la celebración de un contrato entre la otra parte y un tercero. Tiene cierta similitud con el contrato de comisión, con la diferencia de que el objeto del encargo en la comisión es de naturaleza jurídica, y en la mediación es de carácter material.

El contrato de agencia <sup>75</sup> es el que más se celebra en la actualidad, y se regula en la Ley 12/1992, de 7 de mayo, de Régimen Jurídico del Contrato de Agencia <sup>76</sup>, la cual lo configura como un contrato mercantil <sup>77</sup>, que es celebrado por un empresario y con un auxiliar independiente del mismo, que también ostenta la condición de empresario, con el propósito de promover un actividad comercial que se puede concretar en promoción y conclusión de operaciones de comercio por cuenta <sup>78</sup> y en nombre ajeno <sup>79</sup>.

La prenombrada ley en su artículo 2.1 señala el carácter independiente <sup>80</sup> y la condición de empresario por parte del agente. Interpretándose la existencia de dos opciones para organizar las distintas actividades de colaboración comercial, en general, y la distribución, en particular. Basándose

<sup>73</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRE, J., «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», en AA.VV., *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, Contratos Mercantiles, Derecho concursal y derecho de la navegación*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1996, págs. 2.817-2.868.

<sup>74</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., «Contratos de distribución: contrato de agencia, de concesión mercantil, de franquicia y de corretaje», en *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen II, *op. cit.*, págs. 184-186. VICENT CHULIA, F., «Contratos de gestión y de custodia», *Compendio crítico de Derecho Mercantil, op. cit.*, págs. 318-319.

<sup>75</sup> CÁMARA BOTÍA, A., *Contrato de trabajo y agencia mercantil: ¿modificación de las fronteras del contrato de trabajo?*, REDT, N.º 77, 1996, págs. 449-489. VICENT CHULIA, F., «Contratos de gestión y de custodia», *Compendio crítico de Derecho Mercantil, op. cit.*, págs. 312-317. SÁNCHEZ CALERO, F., «Contratos de distribución: contrato de agencia, de concesión mercantil, de franquicia y de corretaje», en *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen II, *op. cit.*, págs. 172-179.

<sup>76</sup> Sobre el ámbito de aplicación de esta norma. *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., *La normativa del contrato de agencia mercantil*, Madrid, 1985, págs. 21 y ss. VALENZUELA GARACH, F., «La extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992, de 27 de mayo», *DN*, N.º 37, 1993, págs. 1 y ss. *Vid.* AA.VV., *Comentario a la Ley sobre Contrato de Agencia*, Civitas, Madrid, 2000.

<sup>77</sup> *Vid.* VÉRGUEZ, M., «Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente», en AA.VV., *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, Contratos Mercantiles, Derecho concursal y derecho de la navegación, op. cit.*, págs. 3.054-3.074. MARTÍNEZ SANZ, F., «Distribución a través de agentes y Derecho de defensa de competencia», en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, Volumen II, Universidad de Valladolid y Caja Duero, 1998, págs. 1.069-1.085. SORIA FERRANDO, J., «El agente y el viajante de comercio: su delimitación en el derecho español», en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 3.645-3.673.

<sup>78</sup> *Vid.* SSTs de 23 de marzo de 1995 y 16 de febrero de 1998.

<sup>79</sup> *Vid.* PALÁN RAMÍREZ, F., «Las obligaciones del Agente (en torno al art. 9 de la Ley de Contrato de Agencia)», *RDM*, N.º 230, 1998, págs. 1.505-1.562.

<sup>80</sup> Esta nota de independencia respecto de la persona por cuya cuenta actúa constituye la diferencia fundamental entre el representante de comercio y el agente comercial.

la primera en las relaciones laborales, y la segunda mediante el contrato en relaciones mercantiles, excluyendo de esta última las consecuencias provenientes de las relaciones laborales <sup>81</sup>.

### 3.5.2. Contrato de concesión, de franquicia o franchising, de transporte y depósito mercantil.

La complejidad de las actividades de distribución no permite una organización de colaboración de los agentes comerciales individuales, o, en caso contrario, permite que el empresario desvincule las funciones de distribución de su actividad productiva principal, optando por crear una red de concesionarios. La función esencial de estos concesionarios es organizar y desarrollar las actividades de distribución de la empresa en ciertas zonas territoriales, esta distribución se puede realizar a través de ella misma, como también puede exteriorizarla creando una red de sucursales, y quedar conectados a la empresa principal mediante un contrato de concesión de carácter mercantil <sup>82</sup>.

El fin de este contrato es poner en relación a dos empresarios: uno, denominado el concedente; y, el otro, el concesionario, con el propósito de que el concesionario funja las funciones de distribución y comercialización de los productos o servicios suministrados por aquel, en el territorio que hayan acordado. El contenido de los contratos de concesión es muy variable debido a la flexibilidad que les otorga su naturaleza atípica, y las partes son las que concretan los elementos conformadores del mismo, dependiendo de la voluntad contractual de las mismas <sup>83</sup>. Es de resaltar que en los pactos de exclusiva para el concedente, se le obliga a no proporcionar sus productos o servicios a otro distribuidor para la misma zona que tenga asignada el concesionario; y en el caso del concesionario se le obliga a comercializar exclusivamente los productos o servicios proporcionados por el concedente. Siendo factible que ambos pactos sean admisibles para su misma relación <sup>84</sup>.

El contrato mercantil de franquicia <sup>85</sup> o *franchising* <sup>86</sup>, se pone a disposición de un empresario llamado franquiciante que concede al franquiciado los medios necesarios para la explotación de una

<sup>81</sup> Cfr. La independencia del agente. LOBREGAT HURTADO, M., *El contrato de agencia mercantil*, Cuadernos de Derecho Privado 9, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1994, págs. 59-74.

<sup>82</sup> GARCÍA-MORENO GONZALO, J., «Contratos entre empresas para la instrumentación de la externalización de actividades laborales. Tipología y régimen jurídico básico», *op. cit.*, págs. 91-92.

<sup>83</sup> IGLESIA PRADA, T., «Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil», en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978, págs. 251-281.

<sup>84</sup> Vid. AA.VV. (Dir. CALVO CARAVACA, A. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.), *Contratos Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 1.343 y ss.

<sup>85</sup> Se define el contrato de franquicia «Como una figura escindida del contrato de concesión y que como este responde a la finalidad de facilitar de modo estable la distribución de bienes o servicios, ha surgido en el tráfico llamado contrato de franquicia (o de *franchising*)» (...) «aquel por el que el llamado franquiciador (o cedente) transmite al franquiciado (o concesionario) determinados conocimientos técnicos o comerciales, con frecuencia de carácter secreto, para que los aplique a su negocio consintiendo también que el franquiciado use el rótulo y otros signos distintivos (en particular, las marcas de los productos) en el ejercicio de su actividad, que ha de realizar bajo el control del franquiciador, el cual percibirá un canon que ha de pagar el franquiciado (...).» SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, pág. 183. «Es un contrato de arrendamiento de bienes y servicios con la cesión en uso de no solo bienes materiales sino también de propiedad inmaterial (...). Se ha definido como el contrato mediante el cual una empresa concede a empresas independientes, a cambio de cierto canon, el derecho de utilizar su razón social y su marca para la venta de productos o servicios». CANO RICO, J., *Manual práctico de contratación mercantil*, *op. cit.*, pág. 384.

<sup>86</sup> Contrato de origen anglosajón que aparece en EE.UU. en el año 1929, desarrollándose luego de la II Guerra mundial. Extendiéndose en Europa a inicios de los años 70.

determinada actividad económica, mediante la cobertura de la marca, a cambio de un canon económico y pudiéndose pactar una participación en los beneficios.

Se establece de este modo una relación continua entre las partes, en la que el franquiciante otorga un apoyo al franquiciado en las áreas de gestión de negocio, al tiempo que ejerce el control sobre las actividades y la dirección del negocio, con el propósito de preservar el prestigio y el nombre del complejo empresarial. Por una parte, el franquiciante le hace entrega al franquiciado aparte de los productos, le transfiere un conjunto de elementos inmateriales para el desarrollo de la actividad como secretos empresariales<sup>87</sup>; conocimientos técnicos, el plan de formación técnico-comercial; *know-how*<sup>88</sup>; técnicas de control y de seguimiento<sup>89</sup>; derechos de marca; prestigio del producto; y asesoramiento<sup>90</sup>. Por otra parte, el franquiciado posee un conjunto de obligaciones frente al franquiciante imponiéndole a este las condiciones del establecimiento, como su ubicación y dimensiones; la manera de presentar los productos; la decoración de los escaparates; tipos de publicidad a contratar<sup>91</sup>; la imagen de la marca; no buscar otros candidatos en la zona que se le ha dado en exclusividad; técnicas de control y de seguimiento a que se someterá; cumplir con la estructura de comunicación e Internet<sup>92</sup>; equipamiento; y la distribución interior de la tienda.

Existen una serie de ventajas económicas, que se basan en los artículos y servicios que el franquiciante otorga a sus franquiciados. De esta forma, el primero externaliza facetas de su actividad, formando una estructura organizativa de carácter descentralizado y al mismo tiempo unitario. Este tipo de contrato seguirá en el tiempo una generalizada descentralización de las actividades de distribución y comercialización, ya que se presenta como una fórmula de cooperación entre empresarios independientes, como alternativa a la extinción del empresario minorista<sup>93</sup>.

En el contrato de transporte<sup>94</sup> la empresa puede encomendar a sus propios trabajadores las actividades de transporte en el sistema de distribución, al igual que se puede descentralizar la actividad transfiriéndola a través del contrato de transporte a un empresario especializado<sup>95</sup>. Este contrato se

<sup>87</sup> Vid. LOBREGAT HURTADO, M., «Aproximación al concepto de secreto empresarial», en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, op. cit., págs. 1-035-1-052.

<sup>88</sup> Vid. VICENT CHULIA, F., «El contrato de *know-how*», *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Tomo I, op. cit., págs. 199-210.

<sup>89</sup> Vid. La tarea de control del franquiciador. ARRUÑADA, B., *Economía de la empresa: un enfoque contractual*, Editorial Ariels, S.A., Barcelona, 1990, pág. 180.

<sup>90</sup> Cfr. Ventajas y desventajas de la franquicia para el franquiciado. MENDELSON, M., *Guía práctica de la franquicia*, Editorial Desclee de Brouwer, S.A., Bilbao, 1989, págs. 39-42.

<sup>91</sup> ORTIZ DE ZARATE, A., *Manual de franquicia*, Ediciones Deusto, Bilbao, 1988, págs. 80-91.

<sup>92</sup> MENDELSON, M., *Guía práctica de la franquicia*, op. cit., págs. 43-46.

<sup>93</sup> ECHEVARRÍA SÁENZ, J., *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, McGraw Hill, Madrid, 1995, pág. XXXIII.

<sup>94</sup> DÍAZ MORENO, A., «El contrato de transporte terrestre», en AA.VV. (Coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.), *Derecho Mercantil*, op. cit., págs. 970-997. VICENT CHULIA, F., «Contratos de ejecución de obra, transporte y turístico», *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, op. cit., págs. 351-366. SÁNCHEZ CALERO, F., «El contrato de transporte», *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen II, op. cit., págs. 345-364.

<sup>95</sup> Vid. STS de 2 de noviembre de 1995, señala que en un proceso de descentralización productiva lícita el hecho de que los trabajadores hubieran sido con anterioridad trabajadores por cuenta ajena no es determinante para impedir que puedan pasar a ser trabajadores autónomos con la misma empresa, adquiriendo incluso vehículos antes pertenecientes a la empresa.

regula en los artículos 349 a 379 del C.Com., considerándose un contrato mercantil cuando «tenga por objeto mercaderías o cualesquiera del comercio», y «sea comerciante el porteador o se dedique a verificar transportes para el público»<sup>96</sup>, presupuestos que se manifiestan en la descentralización productiva del transporte. Las ventajas fundamentales para las empresas externalizadas en las actividades de transporte, residen en la reducción de los costes fijos de inmovilizado que representan los medios de transporte, como también en la reducción de otros costes de mantenimiento. Trayendo como resultado este tipo de contrato al entrar en la externalización de actividades, un ahorro de costes y mayor flexibilidad al poder adaptarse a las diversas circunstancias de la empresa o del mercado.

En el contrato de depósito mercantil<sup>97</sup> la empresa puede externalizar la actividad de depósito, al contratar con una persona o empresa quien recibe una cosa mueble que se obliga a custodiarla por un tiempo con la obligación de devolverla cuando se le sea reclamada<sup>98</sup>. Tiene la calificación de mercantil cuando el depositario se dedique profesionalmente a tal actividad, y también en el supuesto de que un empresario o un comerciante se constituyan en un depositario de objetos destinados al comercio. La externalización en este contrato consiste en que la mercancía se deposite en un almacén propiedad del proveedor para su distribución posteriormente.

### 3.6. Cooperativas.

El derecho de las cooperativas es un derecho interdisciplinario, en el que intervienen normas de diversas ramas del Derecho<sup>99</sup>. El Derecho Mercantil tiene el protagonismo por el hecho de que la empresa, en este caso, la cooperativa, se rige por una sociedad, y la legislación mercantil es la encargada de regular este punto. Con este tipo de Derecho concurre el Derecho del Trabajo, aparte de las normas civiles, fiscales y penales<sup>100</sup>. El Derecho del Trabajo en este caso regula las relaciones entre la sociedad cooperativa<sup>101</sup> y los trabajadores de ella dependientes, y a la vez los vinculados a través de contrato de trabajo, y así como los del trabajo asociado<sup>102</sup>.

<sup>96</sup> Artículo 349 del C.Com.

<sup>97</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, op. cit., 1994, pág. 266. SERRANA CONTRERAS, P., «El contrato de depósito mercantil», en AA.VV. (Coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.), *Derecho Mercantil*, op. cit., págs. 831-841. VICENT CHULIA, F., «Contratos de gestión y de custodia», *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, op. cit., págs. 320-328.

<sup>98</sup> Generalmente las mercancías se depositan en almacenes propiedad del proveedor para su posterior distribución.

<sup>99</sup> Vid. MORILLAS JARILLO, M., «La nueva regulación estatal de las sociedades cooperativas», *DN*, 1999, pág. 1 y ss.

<sup>100</sup> Vid. La prestación de trabajo en otras relaciones societarias, especialmente en las cooperativas. LUJÁN ALCARAZ, J., *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo. Contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo*, MTAS, Madrid, 1994.

<sup>101</sup> Vid. AA.VV. (Coord. MOYANO FUENTES, J.), *La sociedad cooperativa: un análisis de sus características societarias y empresariales*, Universidad de Jaén, Jaén, 2001.

<sup>102</sup> MONTOYA MELGAR, A., «Sobre el socio-trabajador de la cooperativa de trabajo asociado», en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo, en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, págs. 139-154. LÓPEZ I MORA, F. y SARAGOSSÀ I ZARAGOZA, J., «Acotaciones y puntos críticos sobre el papel de las cooperativas de producción y de las sociedades laborales en el sistema económico», *RDEPC*, N.º 38, 2001, págs. 7-31.

En las cooperativas <sup>103</sup> los socios trabajadores realizan para sí mismos la actividad productiva cooperativizada, en la medida en que esta se desarrolla en la cooperativa de trabajo asociado mediante la organización en común de la producción de bienes. En relación al disfrute de los beneficios de la Seguridad Social, los socios de las cooperativas de trabajo asociado tienen la consideración legal de asimilados a trabajadores por cuenta ajena o trabajadores autónomos <sup>104</sup>. La externalización de actividades se desarrolla por las vertientes surgidas en los últimos años en el trabajo asociado, en el que se establecen vínculos con otras empresas para efectuar los trabajos mediante la figura de la subcontratación <sup>105</sup>.

## Bibliografía

- AA.VV., *Comentarios del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.
- AA.VV. (Coord. ALONSO ESPINOSA, F.), *La sociedad cooperativa en la Ley 27-1999, de 16 de julio, de cooperativas*, Comares, Granada, 2001.
- AA.VV. (Coord. MOYANO FUENTES, J.), *La sociedad cooperativa: un análisis de sus características societarias y empresariales*, Universidad de Jaén, Jaén, 2001.
- AA.VV. (Coord. RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Manual de propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- AA.VV. (Dir. CALVO CARAVACA, A. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.), *Contratos Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997.

<sup>103</sup> Cfr. AA.VV. (Coord. ALONSO ESPINOSA, F.), *La sociedad cooperativa en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas*, Comares, Granada, 2001.

<sup>104</sup> «Sería ya hora de configurar la relación de trabajo de los socios de trabajo de las cooperativas como una relación laboral especial tomando más en cuenta el aspecto laboral que su especificidad societaria, aunque ambas cualidades no se pueden separar, no ya solo desde una abstracta limitación de la auto explotación», en vista de no poder aplicarles los artículos 42, 43 y 44 ET según la jurisprudencia. LÓPEZ GANDÍA, J., «Descentralización productiva y cooperativas de trabajo», *RDS*, N.º 20, 2002, pág. 69.

<sup>105</sup> La jurisprudencia ha señalado varios supuestos de descentralización productiva, mediante las contrataciones con cooperativas, como en los casos de: a) Mataderos [STSJ de Aragón de 3 de julio de 1996 (Ar. 3169); SSTSJ de Castilla-La Mancha de 18 de marzo de 1998, 14 y 21 de septiembre de 2000 (Ar. 3975 y 3225); STSJ de Cataluña de 31 de octubre de 2001 (Ar. 71/2002)]; b) Caso de telefónica [SSTSJ de Madrid de 25 de septiembre y 5 de noviembre de 1990 (Ar. 3162)]; c) Servicios sociales y ayuda a domicilio [STSJ del País Vasco de 29 de enero de 1993 (Ar. 391)]; d) Servicios bancarios [STSJ de Cataluña de 4 de abril de 2000 (Ar. 2155)]; e) Hostelería [STSJ de Cataluña de 6 de noviembre de 2000 (Ar. 3677)]. Sentencia del Juzgado de lo Social N.º 27 de Barcelona de 28 de julio de 1999 y del Juzgado de lo Social N.º 25 de Barcelona de 20 de octubre de 1999.

- AA.VV. (Dir. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.), *La protección de la propiedad intelectual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- AA.VV. (Dir. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.), *Derecho sobre propiedad industrial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- AA.VV., «Nuevas formas de negocios: el *outsourcing* de facturas», *RFD*, N.º 37, 2001.
- AA.VV., *Comentario a la Ley sobre Contrato de Agencia*, Civitas, Madrid, 2000.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J., *El mandato y la comisión mercantil*, Editorial Comares, Granada, 1997.
- APARICIO VAQUERO, J., *La nueva contratación informática: introducción al «outsourcing» de los sistemas de información*, Comares, Granada, 2002.
- ARRUÑADA, B., *Economía de la empresa: un enfoque contractual*, Editorial Ariels, S.A., Barcelona, 1990.
- ATIENZA NAVARRO, M., en AA.VV., *Contratos y cuasicontratos: casos y cuestiones*, Tecnos, Madrid, 1997.
- BADIA, F., *Internet: situación actual y perspectivas*, Caja de Ahorros y Pensiones, Servicio de Estudios, Barcelona, 2002.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G., «Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna», *REDT*, 1999.
- BERCOVITZ, A., «El contrato de ingeniería (características y concepto)», *HPE*, N.º 94, 1985.
- BORDONABA JUSTE, M. y GARRIDO RUBIO, A., «Marketing de relaciones, ¿un nuevo paradigma?», *PS*, N.º 9.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1993.
- CALVO GALLEGO, F., «Arrendamiento de empresa y contrato de obra o servicio determinado», *TL*, N.º 51, 1999.
- CÁMARA BOTÍA, A., *Contrato de trabajo y agencia mercantil: ¿modificación de las fronteras del contrato de trabajo?*, *REDT*, N.º 77, 1996.
- CANO RICO, J., *Manual práctico de contratación mercantil*, Tecnos, Madrid, 1985.
- CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, F. «La descentralización productiva y la realidad económica», en AA.VV. (Dir. GIL SUÁREZ, L.), *Descentralización productiva 2000*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- CASANI, F., LUQUE, M., RODRÍGUEZ, J. y SORIA, P., «El *outsourcing* y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa», *RL*, N.º 14, 1998.
- «La problemática del *outsourcing*», *E*, N.º 72, 1996.

- DE LA PUENTE, E., «Nuevas tecnologías y propiedad intelectual», *CCTS*, N.º 44.
- DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M., «Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral», *RL*, Tomo II, 1999.
- BAYLOS, A. y COLLADO, L., «Grupos de empresas y Derecho del Trabajo», en AA.VV., *Grupos de Empresas y Derecho del Trabajo*, Editorial Trotta, Madrid, 1994.
- DÍAZ MORENO, A., «El contrato de transporte terrestre», en AA.VV. (Coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.), *Derecho Mercantil*, Editorial Ariel, Barcelona, 1990.
- ECHEVARRÍA SÁENZ, J., *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, McGraw Hill, Madrid, 1995.
- FEENSTRA, R. y HANSON, G., «Globalization, outsourcing and wage inequality», *The American economic review*, Nashville, Tennessee, Volume 86, N.º 2, 1996.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, E., «La obtención de ventajas competitivas a través de la subcontratación», *RAE*, N.º 2, 1995.
- GARCÍA-MORENO GONZALO, J., «Contratos entre empresas para la instrumentación de la externalización de actividades laborales. Tipología y régimen jurídico básico», en AA.VV. (Dir. PEDRAJAS MORENO, A.), *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2002.
- GARCÍA-PITA Y LASTRE, J., «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», en AA.VV., *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, Contratos Mercantiles, Derecho concursal y derecho de la navegación*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1996.
- GARCÍA GIL, F., *El contrato de ejecución de obra y su jurisprudencia. Obligaciones de los contratantes, vicios y defectos en la construcción y otros trabajos, responsabilidades de técnicos y constructores, en la doctrina del Tribunal Supremo*, Dykinson, Madrid, 1995.
- GARCÍA PIQUERAS, M., *En las fronteras del Derecho del Trabajo*, Editorial Comares, Granada, 1999.
- GARCÍA VILLAVERDE, R., «Quiebra y contrato de factoring», *CDC*, N.º 33, 2000.
- GARRIDO, J., *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Civitas, Madrid, 1995.
- GIL GIDRÓN, B., *Nuevos modelos de gestión empresarial el outsourcing de procesos de negocios*, Círculo de Empresarios, Madrid, 1998.
- GUEVARES SPAJIC, C. y GIL LACRUZ, M., «Cambios organizativos: la perspectiva sistemática del marketing interno», *PS*, N.º 7, 1999.
- HERNANDO, I., *Contratos informáticos. Derecho Informático, legislación y práctica*, Librería Carmelo, San Sebastián, 1995.
- IGLESIA PRADA, T., «Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil», en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978.



- JIMÉNEZ BLANCO, G., «Contrato turísticos, viajes de estudio al extranjero, *catering, engineering, merchandising*», en AA.VV. (Dir. VILLAGÓMEZ RODIL, A.), *Contratos mercantiles especiales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- KAHALE CARRILLO, D., «Teletrabajo: Regulación jurídico-laboral», *RGL*, Venezuela, Vol. 9, N.º 3, 2003.
- «La presunción de laboralidad del contrato de trabajo: su distinción con el contrato de arrendamiento de servicios», *RTSS.CEF*, N.º 280, 2006.
- LARGO GIL, R., BUESO GUILLÉN, P. y HERNÁNDEZ SAINZ, E., «La moderna instrumentación contractual de la externalización de actividades empresariales», en AA.VV. (Dir. RIVERA LAMAS, J.), *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: el «Outsourcing»*, Aranzadi, Navarra, 2003.
- LOBREGAT HURTADO, M., «Aproximación al concepto de secreto empresarial», en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, Volumen II, Universidad de Valladolid y Caja Duero, 1998.
- *El contrato de agencia mercantil*, Cuadernos de Derecho Privado 9, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1994.
- LÓPEZ GANDÍA, J., «Descentralización productiva y cooperativas de trabajo», *RDS*, N.º 20, 2002.
- LÓPEZ I MORA, F. y SARAGOSSÀ I ZARAGOZA, J., «Acotaciones y puntos críticos sobre el papel de las cooperativas de producción y de las sociedades laborales en el sistema económico», *RDEPC*, N.º 38, 2001.
- LUJÁN ALCARAZ, J., *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo. Contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo*, MTAS, Madrid, 1994.
- MARÍA ZUFIAUR, J., «Globalización económica y deslocalización productiva», *RL*, N.º 2, 2005.
- MARTÍN ARRIBAS, J., «Aproximación general a la figura del *outsourcing* en su vertiente internacional», en AA.VV. (Dir. PEDRAJAS MORENO, A.), *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2002.
- MARTÍN CABELLO, A. y otros, «Prácticas retributivas en el sector español de las nuevas tecnologías», *RTSS.CEF*, N.º 235, 2002.
- MARTÍN FLÓREZ, L., «"Outsourcing" y teletrabajo Consideraciones jurídicos-laborales sobre nuevos sistemas de organización del trabajo», *REDT*, N.º 69, 1995.
- MARTÍN MUÑOZ, A., *El merchandising. Contrato de reclamo*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999.
- MARTÍN VALVERDE, A., «Fronteras y "zonas grises" del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)», *RMTAS*, N.º 38, 2002.
- «Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios», en AA.VV. (Dirigidos por BORRAJO DACRUZ, E.), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*

dores, Tomo VIII, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982.

MARTÍNEZ GARRIDO, L., «Descentralización productiva *Outsourcing*», en AA.VV. (Dir. GIL SUÁREZ), L. *Descentralización productiva 2000*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

MARTÍNEZ GIRÓN, J., *El empresario aparente*, Civitas, Madrid, 1992.

MARTÍNEZ SANZ, F., «Distribución a través de agentes y Derecho de defensa de competencia», en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, Volumen II, Universidad de Valladolid y Caja Duero, 1998.

MENDELSON, M., *Guía práctica de la franquicia*, Editorial Desclee de Brouwer, S.A., Bilbao, 1989.

MÍNGUES PRIETO, R., «El contrato de ingeniería», CDC, Monográfico sobre la Contratación Mercantil, 1988.

MONEREO PÉREZ, J. y MOLINA NAVARRETE, C., *El modelo de regulación jurídico-laboral de los grupos de empresas. Una propuesta de reforma*, Editorial Comares, Granada, 2002.

MONTOYA MELGAR, A., «Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo», REDT, N.º 91, 1998.

– «Sobre el socio-trabajador de la cooperativa de trabajo asociado», en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo, en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.

MORILLAS JARILLO, M., «La nueva regulación estatal de las sociedades cooperativas», DN, 1999.

MORILLO GONZÁLEZ, F., «El contrato de arrendamiento de servicios: su distinción de otras figuras jurídicas afines en la doctrina reciente de nuestros tribunales», AC, 1999-I.

ORTEGA PRIETO, E., *Representantes de comercio y agentes comerciales: su situación jurídica: laboral o mercantil*, Deusto, Bilbao, 1995.

ORTIZ DE ZARATE, A., *Manual de franquicia*, Ediciones Deusto, Bilbao, 1988.

PALÁN RAMÍREZ, F., «Las obligaciones del Agente (en torno al artículo 9 de la Ley de Contrato de Agencia)», RDM, N.º 230, 1998.

PEDROSA GONZÁLEZ, J., «El despido por causas no imputables al trabajador en empresas descentralizadas», en AA.VV. (Coord. CASTIÑEIRA, J.), *Presente y Futuro de la Regulación del Despido*, Aranzadi Editorial, Navarra, 1997.

PÉREZ-SERRANOBA, J., «Los contratos publicitarios», en AA.VV. (Coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.), *Derecho Mercantil*, Editorial Ariel, Barcelona, 1990.

- PÉREZ LÓPEZ, E., «Negocios fiduciarios en Derecho Mercantil. Contrato de *factoring*, Contrato de suministro, Contrato estimatorio», en AA.VV. (Dir. VILLAGÓMEZ RODIL, A.), *Contratos mercantiles especiales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- PESO NAVARRO, E., *Manual de outsourcing informático: (análisis y contratación): modelo de contrato*, Díaz de Santos, Madrid, 2000.
- POWELL, T., *Diseño de sitios Web: manual de referencia*, McGraw-Hill, Madrid, 2001.
- RESINA VALENCIA, J., *Arrendamiento de obras o servicios: perfil evolutivo y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- RICHTER, J. y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, O., «La subcontratación como modalidad de desprotección social», *Syllabus*, N.º 1, 2000.
- RODRÍGUEZ-CANO CIZUR, A., *Apuntes de derecho mercantil: Derecho mercantil, Derecho de la competencia y Propiedad Industrial*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- SAINZ DE VICUÑA ANCÍN, J., *El plan de marketing en la práctica*, ESIC, Madrid, 2002.
- SÁNCHEZ CALERO, F., «Los contratos de comisión y los contratos publicitarios», *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen II, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994.
- SÁNCHEZ VIDALES, M., *Introducción a la informática: hardware, software y teleinformática*, Servicio de Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2001.
- SERRANA CONTRERAS, P., «El contrato de depósito mercantil», en AA.VV. (Coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.), *Derecho Mercantil*, Editorial Ariel, Barcelona, 1990.
- SOLER MASOTA, P. y LUQUE PARRA, M., «Relación laboral y propiedad intelectual: el caso de los reporteros gráficos», *RL*, N.º 21, 1999.
- SORIA FERRANDO, J., «El agente y el viajante de comercio: su delimitación en el derecho español», en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *Los «grupos de empresas» ante la jurisprudencia social española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- TOBÍO RIVAS, A., «La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria», *RDM*, N.º 237, 2000.
- VALENZUELA GARACH, F., «La extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992, de 27 de mayo», *DN*, N.º 37, 1993.
- VÉRGUEZ, M., «Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente», en AA.VV., *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, *Contratos Mercantiles, Derecho concursal y derecho de la navegación*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1996.
- VICENT CHULIA, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Tomo II, JMB, Barcelona, 1990.

# Recursos de Internet

DE CROMBRUGGHE, A., «SPX Tools: UNIDOSS - UNIDO Subcontracting System and OUTSOURCING 2000», en <http://www.unido.org/en/doc/4553> [21/02/2006].

GRANDA, F. y SMOLJE, A., «Resumen, conceptos y reflexiones sobre la tercerización», en [www.cpcecf.org.ar/coltec/out1.htm](http://www.cpcecf.org.ar/coltec/out1.htm) 24/02/2006 y «un caso de tercerización visto desde quien preste el servicio», en [www.cpcecf.org.ar/coltec/out3.htm](http://www.cpcecf.org.ar/coltec/out3.htm) [24/02/2006].

<http://www.graduados-sociales.com/ArticulosCO/teletrabajo.htm> [16/01/2006].

LÓPEZ, C., «El outsourcing o la tercerización», [www.liderazgoymercadeo.com/edicion32/art\\_clopez.asp](http://www.liderazgoymercadeo.com/edicion32/art_clopez.asp) [26/01/2006] y [www.gestiopolis.com/canales/gerencial/articulos/no%209/outsourcing.htm](http://www.gestiopolis.com/canales/gerencial/articulos/no%209/outsourcing.htm) [26/01/2006].