

Presentación

¿Libertad de empresa versus derecho al trabajo decente? En busca de un estatuto jurídico-laboral para el «empresario-empendedor indirecto», la «mano invisible» que mece el mercado

Las dos contradicciones de la empresa red, a saber, entre dinamismo económico y desprotección social, y entre flexibilidad competitiva y estabilidad productiva, constituyen la trama del verdadero debate para empresas y trabajadores en la nueva economía global [...]. Porque la globalidad funciona mediante redes y las redes son, hoy por hoy, socialmente incontrolables.

M. CASTELLS¹

«La empresa Red», El País

1. El concepto –económico, no jurídico– de «descentralización productiva» es un auténtico lugar común (tópico) para los juristas del trabajo, presente desde el origen del Derecho del Trabajo y arraigado en su legislación socio-laboral histórica. Pero sus prácticas no solo se intensifican con los cambios económico-tecnológicos en cada etapa de la economía (socio-liberal) de mercado, sino que se renuevan en sus formas de manera constante. Una innovación que corre paralela a la evolución misma de los modelos jurídico-económicos de organización de la empresa y del trabajo.

Desde hace ya más de un cuarto de siglo se viene analizando que el mundo funciona en «red», nuevo paradigma organizativo predominante, aunque no exclusivo, claro. En el discurso sociológico y económico (en la realidad las cosas no son así exactamente), ese nuevo modelo jurídico-económico de organización de la actividad humana –ya no solo de la económica, también de la cultural, de la científica, de la política, etc.– correspondería a una dinámica de funcionamiento que integra, a la vez, la cooperación y la competencia «en una geometría variable de proyectos empresariales» en torno a los cuales se organizan «redes igualmente cambiantes» tanto de las grandes como de las pequeñas y medianas empresas. De modo que «la unidad de actuación económica no es la empresa, sino el proyecto». En torno a él se organiza –horizontal y verticalmente– «tecnología, capital y trabajo» y, consecuentemente, la ganancia, lograda en la «cadena de valor», se repartiría –conforme a lo acordado contractualmente– entre los distintos partícipes del proyecto. Por tanto, la «empresa» formal seguiría siendo la «unidad jurídica-financiera» de referencia –normativa–, pero «no

¹ CASTELLS, M.: «La empresa Red», en *El País* (Tribuna, 20 de mayo de 1997).

la unidad operativa de producción» ni la «unidad de gestión», que sería toda la «red». «Redes de empresas» y «empresa red» no son realidades unívocas, como no lo serían los «grupos de empresas» y las «empresas-grupo», sino «formas específicas» de «organización en red de las actividades de todo tipo de empresas»².

2. La realidad presupuesta por la norma jurídico-laboral, en cambio, es otra bien distinta. Frente a estos «nuevos» modelos de estructura compleja de la organización de la actividad de empresa y del trabajo, sigue anclada –salvo referencias episódicas y dejadas a la autonomía colectiva (art. 87.2 ET y su referencia a los grupos de empresas y a las redes)– en el modelo más arcaico, en el de proximidad o local. Ni siquiera es la tradicional «empresa isla», como unidad económico-organizativa autónoma y específica, la principal referencia normativa, pese su profusión nominal en los preceptos estatutarios (para los equívocos de este uso indistinto *vid.* STS 848/2016, 17 de octubre), sino el centro de trabajo (art. 1.5 ET), así como el «empleador contractual», directo, el formalizado en la relación contractual de trabajo, tenga atribuida o no personalidad jurídica (art. 1.2 ET: reconoce las «comunidades de bienes» y demás sujetos no personificados). Por supuesto, como ha sucedido centenariamente, ninguna expresión de libertad de empresa y propiedad privada han necesitado jamás reconocimiento legal específico para prosperar, multiplicarse y renovarse, siempre que no esté prohibido. Las «leyes» y «técnicas» reguladoras (y desreguladoras) del «contrato» (autonomía) y el «mercado» (libertad organizativa) obrarán el «milagro» de la multiplicación y la innovación desde lo viejo.

La protección de la seguridad (art. 35 ET), conforme al paradigma de trabajo decente (adoptado por la 87.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo), sí precisaría de las leyes (prohibiciones –art. 43 ET–, garantías de transparencia y responsabilidad solidaria reforzadas) (arts. 42 y 44 ET; Ley 14/1994, Empresas de Trabajo Temporal, LETT; art. 24 Ley de Prevención de Riesgos Laborales; etc.) para ser efectiva. Pero el éxito de la pulverización (o fragmentación) de las actividades de un mismo «ciclo productivo» (concepto tradicional, más restrictivo), en tantas fases y unidades diferenciadas jurídicamente de provisión, «externa», como decida un empresario principal –o un grupo–, para mayor beneficio de la «cadena de valor» (concepto más novedoso y amplio), sin perder el control de todo el proceso, ciclo o cadena, con fórmulas –contractuales o jerarquizadas– de cooperación o de subordinación, solo depende de la imaginación y las capacidades empresariales para optimizar la libertad de empresa (*ex art.* 38 CE y art. 16 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Por lo tanto, son los límites a la libertad lo que precisaría formulación legal –o convencional–, de modo que, fuera de ellos, existiría una amplia presunción de legitimidad (SSTC 83/1984, de 24 de julio y 119/2014, de 16 de julio) a favor de las libertades de contratación y de organización, que integran su contenido esencial (STC 112/2006, de 5 de abril y STJUE de 18 de julio de 2013, C-426/11), si dejarlo al albur de sus «tendencias

² Los entrecomillados, y la idea que sintetizan, son del sociólogo catalán M. CASTELLS. De forma breve, el análisis «La empresa red», en *elpais.com* (Opinión, 20 de mayo de 1997). Más rigor, en CASTELLS, M.: *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, México, D.F.: Siglo XXI, 1999.

naturales» (STC 88/1986, de 1 de julio), incluida el *dumping* social (art. 151 TFUE; STS de 27 de enero de 2014, rec. núm. 100/2013).

3. En un escenario económico e institucional que alimenta el ejercicio de las libertades de empresa reduciendo la incertidumbre (riesgo) de los proyectos de inversión empresarial (STC 119/2014, FJ 3.º), incluidas las preferencias de la negociación de empresa –y grupo– ex artículo 84.2 del ET y las limitaciones de responsabilidad en caso de subrogación convencional (STS de 7 de abril de 2016, rec. núm. 2269/2014; cuestionada ya ante el TJUE), las «zonas de fricción» entre ambos derechos (STSJ de Cataluña de 8 de julio de 2016, rec. núm. 2073/2016), la libertad de empresa y el derecho al trabajo decente (equidad de sus condiciones de ejercicio, al margen de la forma de gestión), crecerán exponencialmente. Sin embargo, quedarán en la umbría creada por la débil y obsoleta regulación, que no otorga transparencia contractual ni estatutaria a esta posición organizativa compleja y a su reparto de posiciones empleadoras, «directa» y «indirecta». De este modo, no solo se licúan las fronteras entre lo «ilícito» (patológico) y lo «lícito» (fisiológico), sino que esta vieja dicotomía se revela inadecuada para forjar un estatuto que recomponga los equilibrios rotos por estas «estructuras complejas» y las «relaciones triangulares» de trabajo que crea, al margen de la añeja cuestión del fraude (interposición prohibida)³.

En este escenario de constantes y aceleradas transformaciones organizativas, en el que las interacciones (de integración cooperativa o subordinada) entre las empresas aumentan, no sorprende que la jurisprudencia exprese cada vez más frecuentemente, con lamento crítico, las lagunas que presenta nuestro ordenamiento jurídico-laboral para afrontar esas prácticas, sobre todo las puestas a disposición «indirectas» –STS 892/2016, 26 de octubre, RCU 2913/2014–, con los instrumentos simplificados de los artículos 43 –y de la Ley 14/1994, para las ETT– y 42 del ET, incluso del artículo 44 del ET (si bien en este caso se trataría, sobre todo, sin perjuicio de las cada vez más intensas interrelaciones instrumentales, de «interposiciones sucesivas», por el doble efecto de subrogación/liberación)⁴. A diferencia de los servicios públicos, donde sí se tipifican las «formas de gestión indirecta» (art. 277 texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), la norma laboral no cuenta ni con una definición de gestión indirecta de trabajo, ni con un listado de sus formas, aproximándose solo de manera fragmentada y dispersa. De este modo, por más que rige el principio de realidad frente al formalismo –lo relevante para la norma laboral es el sustrato socio-económico resultante del acuerdo descentralizador hecho y no el contrato seguido para su formalización (franquicias, gestión, arrendamiento, contrato de suministro, agencia, etc.; STS 707/2016, de 21 de julio)–, son numerosos los fenómenos de «huida» o «fuga» de una ordenación –legal, convencional y jurisprudencial– adecuada a los derechos y principios cons-

³ Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: «Descentralización laboral: problemas e incidencias», *RDS*, núm. 75/2016, pág. 17.

⁴ De ahí que, no obstante la clara instrumentalización de la transmisión de empresa al servicio de los procesos de descentralización productiva –sucesión de contratos, transmisión de unidades parciales en procesos de reorganización productiva, procesos de «filialización» en el seno de los grupos de sociedades, etc.–, dejemos los complejos problemas de la «subrogación empresarial» y la jurisprudencia más reciente para un próximo número monográfico de *Diálogos*.

titucionales vinculados al derecho a un trabajo decente (en condiciones propias de seguridad y equidad equivalentes, al margen de la forma directa o indirecta de gestión), a fin de ponderarlos adecuadamente, como se ha dicho, con la libertad de empresa. Se trataría con ello no ya solo de evitar le *dumping* social, sino también de mejorar el modelo productivo.

4. Suele ofrecerse una imagen –también– dualista de estos fenómenos de «triangulación laboral» (una empresa que externaliza, otra empresa que la asume y los trabajadores de esta última que prestan servicios contractualmente para esta y, de hecho, para aquella), identificándolos principalmente con el «suministro de mano de obra» –prohibida *ex art. 43 ET*, o lícita *ex LETT*– y con la «contratación y subcontratación» *ex artículo 42 del ET*⁵. Pero lo cierto es que estas formas de gestión indirecta y triangular de relaciones de trabajo, reconocidas –tipificadas– o no legalmente –desreguladas o atípicas–, son bastantes más, interactuando a menudo entre ellas, sucesiva y simultáneamente. Así se constata tanto en el ámbito de las relaciones de trabajo ordinarias como especiales (profesores de religión, trabajo portuario, etc.).

Si peculiar es el fenómeno de «triangulación laboral» del *profesorado de religión* –el beneficiario real de su prestación es la Iglesia, cuyo mensaje enseñan, condicionando el programa, también la elección del profesor; pero el empleador pagador es la autoridad educativa–, una relación «objetivamente especial» (*STS de 24 de octubre de 2013*, *RCUD 905/2012*, en relación con el *RD 696/2007, de 1 de junio* y disp. adic. tercera de la *LO 2/2006, de 3 de mayo*, de Educación), hoy no es menos singular el mundo del *trabajo portuario*, uno de los motivos que otorga mayor actualidad, ciertamente intensa, al tema de las relaciones laborales triangulares. Después de años de cierta «pacificación social», hemos redescubierto abruptamente el monopolio de puesta a disposición de trabajadores de estiba portuaria a partir de la implementación fallida –*RDL 4/2017*– de una jurisprudencia comunitaria –*STJUE de 11 de diciembre de 2014*– que lo desautoriza, a favor de una mayor libertad económica –de empresa, de competencia y de contratación– a precio de dar entrada a modelos de puesta a disposición comunes, basados en la flexibilidad-precarización de condiciones de trabajo. Por eso nos ha parecido interesante el dedicar un *Diálogo* específico a esa tensión entre la defensa legislativa de la libertad económica, aquí pretendidamente en cumplimiento de una sentencia comunitaria, y la resistencia de los trabajadores a los efectos desestabilizadores y desreguladores de formas de gestión indirecta no monopolística (modelo basado en la Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios –SAGEP–), como sería el recurso bien a paradigmas de empresas flexibles –núcleo de trabajadores directos reducido y muy protegido; periferia flotante numerosa y precarizada– bien a las ETT, sean comunes sean especializadas en el trabajo portuario.

Las ETT recibirían, así, un nuevo aldabonazo y respaldo del Gobierno, sumando nuevas cuotas de mercado de trabajo temporal reservado que no hace sino crecer desde la reforma de 2012, con-

⁵ Por ejemplo, para el ámbito suramericano, *vid.* UGARTE CATALDO, J.: «Sobre relaciones laborales triangulares. La subcontratación y el suministro de trabajadores», *Ius et Praxis*, vol. 12, núm. 1, 2006, págs. 11-29.

vertidas ya en servicios integrales de empleo (suman al suministro de mano de obra –interposición lícita– la función de agencias de colocación –mediación laboral–). Solo por traer a colación algún dato relevante, en 2016, firmaron más de tres millones de contratos, con un ritmo de crecimiento de más de un 25 %, habiendo crecido desde la reforma laboral de 2012 más del 50 %. El ritmo de trabajadores cedidos legalmente crece ocho veces más rápido que la ocupación, sobre todo entre los mayores de 55 años, y se intensifica su presencia no solo en los servicios, también de las Administraciones públicas, sino en la industria. Eso sí, afiliados al sistema de Seguridad Social solo han aportado en 2016 unos 189.000 (son necesarios 16 contratos para lograr un nuevo cotizante); unos 590.000 en total. Esta mejora de resultados se ha debido a evidentes factores institucionales –reformas normativas– que llevaron a un intenso proceso de concentración empresarial –hemos pasado de 700 a 259 ETT–.

Estos datos desmienten a quienes ven en el gran ascenso de la «nueva modalidad de suministro de mano de obra» que serían los grupos de empresas multiservicios –GEM– un receso del sector de las ETT. Siendo cierto que la expansión de los GEM responde a una reacción de los empresarios a las mayores restricciones, en términos de incremento de costes laborales, de las ETT, obligadas, por el derecho nacional y el comunitario, a respetar el principio de igual condiciones «esenciales» de trabajo que las del trabajador directo (regla de neutralización de la ventaja competitiva basada en la diferencia peyorativa de coste laboral, a favor de la ventaja basada en la especialización productiva y en el valor añadido), vemos cómo los números dicen que, en realidad, crecen ambos sectores de «suministro de mano de obra». Consecuentemente, nos encontramos un proceso de prácticas masivas de puesta a disposición al margen de las ETT, que, sin embargo, no reduce su cuota de mercado, sino que crece, pues también se usan las ETT, por lo general integradas también en el mismo *grupo empresarial* –otra de las formas desreguladas y atípicas de triangulación laboral, que carece de un estatuto jurídico-laboral propio, no obstante contar con décadas de existencia y centenares de decisiones judiciales–, para formalizar ese efecto de desregulación-precariedad.

5. Como es natural, sí que resulta más rentable empresarialmente, aunque empobrezca más socio-laboralmente, acudir a los GEM, pues estos, a diferencia de las ETT, no estarían vinculados por el referido principio de «igual trato laboral a trabajo de igual valor». En virtud del juego combinado del artículo 42 ET y del 84.2 del mismo texto legal (preferencia del convenio de empresa), pueden confeccionarse su propio traje socio-laboral, en especial retributivo –a la baja, claro–. Algunos datos cuantitativos ilustran la relevancia cualitativa. El mercado de servicios auxiliares a empresas (limpieza, mantenimiento de edificios e instalaciones, *catering*, seguridad, y trabajo temporal, sobre todo), afectado con la crisis (contracción del gasto público, debilidad de la demanda privada y la fuerte presión a la baja sobre los precios), no cesa de crecer desde 2014. El volumen de negocio rondaría los 30.000 millones de euros. En torno a una veintena de GEM hoy concentran casi un cuarto del total del mercado⁶. Por lo que hace al crecimiento de sus plantillas, desde la reforma laboral, se situaría en torno al 70 % de media –en total, sumarían unos

⁶ Vid. Informe Especial DBK. Servicios Auxiliares a Empresas, enero 2017.

50.000 trabajadores–, pero algunos casos supera el 400 %, incluso el 1.000 % (*Externa Team, Expertus Servicios hoteleros, etc.*)⁷.

¿Cómo se hace este «milagro laboral»? No hay milagro ninguno. La respuesta es fácil, no tiene misterio alguno, y es netamente jurídica: el convenio de precio a medida.

De nuevo, algún ejemplo es más revelador que mil palabras. Uno, la experiencia del convenio de la empresa Adecco Outsourcing (antes Doctus España, SAU) –prestación de servicios de gestión y consultoría; integrante del Grupo Adecco–. Si bien conoce sucesivas anulaciones de sendas iniciativas de creación de estatutos convencionales de devaluación salarial a la carta (la última [STS 518/2016, de 10 de junio](#)), mantiene hoy sus tablas salariales situándose los salarios de entre 9.191 y 12.909 euros brutos al año: en 14 pagas, 650 euros cada una –solo 66 euros por encima del SMI de ese año–, siendo el sueldo «más alto» de 912 euros al mes (ni tan siquiera «mileurista»). Otro ejemplo –prometo no cansar, pues la lista es prácticamente infinita–, es el convenio colectivo de Stock Uno (fija el salario base en 643,6 euros/mes –en 2013 el SMI era de 645,3 euros–, al tiempo contemplaba un plus de transporte de 60 euros; el convenio colectivo de la empresa Merchanservis igualaba el SMI y el de la empresa Mantrol lo superaba solo por ocho euros). Aunque algunos de ellos han sido anulados también (SSTS [61/2017, de 25 de enero](#), relativa al convenio del Grupo Merchanservis, y [23/2017, de 11 de enero](#), caso Stock Uno Grupo de Servicios, entre las más recientes), a resultas de la intensa campaña de lucha judicial emprendida por los sindicatos, no lo han sido por razones de fondo –el evidente carácter abusivo y su flagrante violación del art. 151 [TFUE](#), que prohíbe el *dumping* social–, sino de representación (basado el modelo español en la representación de proximidad, por centros de trabajo, no respetarían el principio de correspondencia local). En suma, nada que no puedan resolver en poco tiempo, perpetuando las prácticas de competencia basadas en el *dumping* social; precisamente por ello se ha puesto en marcha la [iniciativa parlamentaria de reforma del artículo 42 del ET](#) por parte de la Oposición.

Estas y otras muchas razones han motivado que en este monográfico le dediquemos un capítulo muy especial a la no menor y fascinante historia de lucha surgida en uno de los sectores más afectados, el de hostelería, que se mueve entre épica y lírica, por los derechos: la batalla de las denominadas «*kellys*» («camareras de piso» que han formalizado una asociación profesional –de ayuda mutua–, que no sindical propiamente). A tal fin contamos con el [análisis riguroso de una magistrada especialista, Gloria POYATOS](#), que, caracterizada por introducir los enfoques de género en sus sentencias, hace ese doble análisis –jurídico-laboral y con enfoque de género– del fenómeno de los GEM en el sector de hostelería. La referencia es la pionera [STJSJ de Canarias/Las Palmas, de 18 de octubre de 2016, rec. núm. 757/2016](#), que aplica analógicamente en estos casos de puesta a disposición indirecta el principio general de la puesta a disposición: la aplica-

⁷ Vid. para una certera estimación cuantitativa «[Reyes de la precariedad: así hunden salarios las multiservicios con la reforma laboral](#)», en [www.elconfidencial](#) (Empresas, 30 de diciembre de 2016). Un interesante estudio, más cualitativo, y crítico en el Informe de UGT: *Empresas multiservicios o cómo precarizar el empleo. Análisis de las empresas multiservicios 2016*, disponible en http://www.ugt.es/Publicaciones/Informe_Ana%CC%81lisisEmpresas_Multiservicios_2016_UGT.pdf

ción del convenio sectorial. A juzgar por la experiencia judicial más reciente, parece que se convertirá en tendencia judicial, a resultas de lo que pueda decir el Tribunal Supremo en su día. En esa línea es muy sugerente la [SJS n.º 1 de Gijón, Autos 497/2016, de 30 de noviembre de 2016](#).

6. Pero el éxito de este histórico movimiento socio-laboral, digno de la mejor experiencia de rebelión civil contra los abusos, por delante incluso de los sindicatos, que luego refuerzan su acción, traspasa fronteras, sectoriales y subjetivas. Ha nacido así el movimiento de las llamadas «*Kellys de la Junta de Andalucía*», trabajadores –muchos hombres– que prestan servicios en centros públicos a través de ETT –incluso de GEM– y, en consecuencia, en condiciones devaluadas respecto de los contratados públicos. El creciente fenómeno de «*kellycización*» (tras este engendro léxico que acabo de inventar no hay sino un nuevo proceso de conversión masiva de [puestos de] trabajo [en este caso público] en empleos precarios que subyace a la multiplicación de servicios a las Administraciones autonómicas) lo ilustramos con Andalucía, pero estoy convencido de que las demás no son inocentes ni más puras al respecto.

La práctica, incluida la judicial, acredita que, si el sector sanitario público recurría de manera masiva a los contratos de interinidad (ahora mutado con la sentencia europea: más de 15.000 y cuando todavía no nos habíamos repuesto de la convulsión o seísmo que representó), el educativo lo hace a inmensas «bolsas de subcontratación en forma de precariedad» (unos 17.000 empleos afectados en colegios, institutos y otros centros dependientes)⁸. La doctrina judicial autonómica ha reaccionado, no sin dudas, y ha considerado que no estamos sino ante interposiciones prohibidas, esto es, ante cesiones ilegales de trabajadores. Así lo evidencia la doctrina sentada, rectificando una posición propia contraria, por la [STSJ de Andalucía/Málaga, 2040/2016, de 21 de diciembre](#). No solo en el plano cuantitativo –afecta a unos 850 monitores de Educación Especial en Andalucía, todos ellos contratados a través de ETT– sino también cualitativo –pone en duda la legitimidad de esta gestión indirecta–, resulta muy relevante.

La sentencia es clara: «De esa cesión ilegal se deriva, además, un perjuicio evidente para el Servicio Público de Empleo Estatal, que viene obligado a abonar a la demandante prestaciones por desempleo durante los meses de julio y agosto, razón por la cual se le remitirá testimonio de la presente resolución una vez alcance firmeza». En todo caso, la subcontratación se ha convertido en una herramienta habitual de las Administraciones, tanto locales como autonómicas especialmente, para abaratar los costes de personal en un contexto de políticas de austeridad presupuestaria, que les habría llevado a eludir esos límites en la contratación –y nombramientos– de forma directa para poder atender los servicios con razonable calidad. Pero el Derecho no debe convalidar atajos. Por eso nos ha parecido del máximo interés analizar esa doctrina y por magistrados que han participado en ella, dándonos una visión auténtica de la misma (*vid.* el [Diálogo de F. VILA y J. L. BARRAGÁN](#)).

⁸ *Vid.* «Las "kellys" de la Junta», en www.elmundo.es (Andalucía, 15 de agosto de 2016).

7. Pero es manifiesto que ni el recurso a la distinción patología/fisiología, fraude/licitud, es siempre fácil, ni mucho menos garantiza el éxito de la acción judicial. Bastará con analizar el sangrante caso de la [STS de 11 de febrero de 2016, rec. núm. 98/2015](#), con voto particular (caso de la Diputación Provincial de Jaén y la empresa mixta Caminos de Jaén), para darse cuenta de los problemas que suscitan hoy las marañas organizativas creadas por los sujetos económicos, ya sean privados ya sean, como en este caso, públicos, en la medida en que, como advertimos en el inicio, la estructura compleja, de la empresa y de la posición empleadora, de grupo o red, constituye el rasgo dominante, no la excepción. Los ejemplos en el sector de servicios públicos y en el de la actividad económica de mercado se multiplicarían. Por eso hemos entendido de interés una puesta al día del tratamiento jurisprudencial, y de doctrina judicial, no siempre tan coincidente como podría parecer y desde luego se exigiría, en aras de la seguridad jurídica y la igualdad de trato, de las dos estructuras subjetivamente complejas (de empresa y empleador) por antonomasia: la «empresa-grupo» y la «empresa-red».

Para la primera se ha seleccionado la [STSJ de Andalucía/Sevilla 2631/2016, de 6 de octubre](#). Esta, siguiendo la matización jurisprudencial en torno a la mejor denominación de las realidades grupales de nuestros días en el mundo del trabajo (la «empresa-grupo», conforme al matiz, puramente nominal, incluido por la [STS de 20 de octubre de 2015](#), Grupo Tragsa, que pretendió superar la vieja llamada a «grupos patológicos»), afronta un nudo esencial en la actual problemática de las relaciones triangulares de trabajo en las empresas-grupo: los procesos de reestructuración productiva y sus efectos en los ajustes de plantilla. En esa sentencia se verá con gran nitidez las intensas contradicciones que vienen arrastrando los grupos en su relieve para el Derecho del Trabajo, muy mermado por una jurisprudencia social inmovilista y rígida: en unos casos el grupo es una «unidad de pérdidas» a efectos del despido colectivo *ex artículo 51 del ET* y, en otros no, solo una «unidad de beneficio» –a efectos de contribución a la TGSS en los casos de la disp. adic. 16.^a [Ley 27/2011](#)–, según la [STS de 17 de noviembre de 2016, rec. núm. 51/2016](#). Pero quizás lo más llamativo es que, sin haber dado solución a los problemas que genera el impacto de las realidades «empresa-grupo», ya estamos embarcados en afrontar los que suscita, tantos y más delicados que aquella, el nuevo estadio evolutivo de las organizaciones económico-empresariales, y también públicas: la «empresa-red». Y para ilustrar esas lagunas, deficiencias y complejidades, se ha seleccionado la [STS 3/2017, de 10 de enero](#), relativa a una de las divisiones de la que, sin duda, puede ser caracterizada como una de las empresa-red multinacionales de matriz española más relevante: Telefónica (por cierto, no es casual tampoco que la disp. adic. 16.^a [Ley 27/2011](#) se denomine «Enmienda Telefónica»).

8. Esta referencia a una de las «empresas multinacionales-red» por «excelencia» –no tiene una connotación necesariamente cualitativa, sino cuantitativa– nos da el paso para el análisis, somero claro, de la última cuestión problemática que queríamos evidenciar en esta entrada en relación con el impacto de las estructuras complejas en la triangulación laboral, ahora desde el lado de los derechos colectivos en general, y en especial de los derechos de auto-tutela *ex artículo 28 de la CE* (el derecho de huelga ante las nuevas tecnologías digitales y en escenarios de redes o empresas-red). Como siempre, para ilustrar con la concreción de la experiencia forense, tan típica de esta sección, el problema general, tomemos como referencia una sentencia reciente y mediática, quizás a su pesar y para extremo lamento del propio Alto Tribunal: me refiero a la

muy conflictiva –por deméritos propios y también ajenos (confusionismo buscado por medios de comunicación y redes sociales)– *STS 961/2016, de 16 de noviembre* (Altrad Rodisola, SAU). Esta sentencia excluye la vulneración del derecho de huelga, descartando que se trate de un supuesto de «*esquirolaje externo indirecto*», en una situación en la que la empresa contratista, ante la convocatoria de huelga por sus trabajadores –había fracasado la negociación abierta en un proceso de modificaciones sustanciales *ex art. 41 ET* (MSCT)–, comunicó a sus empresas-clientes la convocatoria de huelga, a fin de que pudieran asegurarse la cobertura del servicio por otros medios ante la inexistencia de prestación de servicios «mínimos». Contratación a terceros que, en efecto, tales empresas hicieron para atender sus necesidades productivas.

La «*bomba mediática*» saltó porque la sala de casación revocaba así la doctrina fijada en la instancia, en este caso por la *SAN de 30 de noviembre 2015, rec. núm. 278/2015*, que, con expreso acogimiento de la doctrina jurisprudencial precedente (SSTS de *11 de febrero 2015*, caso Grupo Prisa y *20 de abril 2015*, caso Grupo Coca-Cola) declaró la nulidad de la MSCT. A su juicio, la contratación de nuevos contratistas por las empresas principales para llevar a cabo el trabajo que deberían desempeñar los huelguistas vulneraba el derecho de huelga. Por lo tanto, y salvo que se entienda que la Audiencia Nacional había perdido por completo el juicio e hizo una aplicación absolutamente arbitraria de la jurisprudencia, quedaba claro para todo el mundo que la sala de casación hace, al revocar el criterio de la instancia social –jueces profesionales como los de la sala y no «jueces mediáticos», ávidos de alarmismo social–, una interpretación restrictiva, cuando menos, de su doctrina. Naturalmente, en cuanto que tiene el poder de revocación –no el de última palabra, pues hay otros niveles superiores que podrían pronunciarse–, la sala hace uso de él y realiza la interpretación que considera más correcta. A su juicio, no puede aplicarse la doctrina precedente porque «no existe una vinculación [especial] que justifique hacer responder a Altrad [...] de una conducta en la que no ha participado». Esto es, se trataría de una pura relación contractual de clientela mercantil, no de «integración», ni de «grupo» ni de «red».

Tan restrictiva, puramente formalista, interpretación contractual –recuérdese que los derechos fundamentales exigen que se hagan interpretaciones expansivas– se sostendría sobre dos argumentos básicos. El primero, su carácter jurídico-contractualmente externo a la toma de decisiones por las empresa-clientes, que ni podría impedir lícitamente ni tampoco le ha sido de utilidad: «No tiene vinculación con sus clientes que le permita codecidir [...] la realización de esos trabajos por terceras empresas de la competencia, ni estaba en condiciones de impedir que sus clientes las contratasen con terceros, ni tampoco se benefició de ello, porque no realizó ni cobró tales trabajos». Segundo, la defensa de la mayor efectividad del derecho a la libre competencia por encima de la efectividad del derecho de huelga, porque «si se impidiese a los destinatarios de los trabajos, que no lo tengan prohibido por contrato, contratar con otras, llegaríamos a sostener, como señala en su informe el fiscal de la Audiencia Nacional, que los consumidores habituales de un comercio no pudieran comprar en otro, en caso de huelga en el primero, o que, la empresa que tenga que realizar determinados trabajos no pudiera recurrir a otra empresa de servicios».

A partir de aquí, ciertamente, algunos medios de comunicación alentaron una lectura correctora de la doctrina precedente que la sentencia, ciertamente, no tiene: que, en los casos que sean los trabajadores de la principal los que vayan a la huelga, esta podría recurrir a los servicios

de una contrata para suplirlos. Tantos ríos de pólvora corrieron en un instante –es el poder de la sociedad mediática global y digital–, que el propio **CGPJ** tuvo que salir al paso de esas lecturas desbordantes, que serían pura especulación y ánimo de hacer espectáculo con una decisión que estaría absolutamente ajustada a Derecho. De este modo, incluso quienes resultaron perdedores del recuso aceptaron, siguiendo la doctrina del mal menor (en mi tierra se diría «Virgencita, que me quede como estoy» –de mal–, pues puedo empeorar), que el Tribunal Supremo no había hecho sino aplicar estrictamente su propia doctrina, no modificada, así como que seguía inalterada la doctrina constitucional, como por lo demás es lógico (**STC 75/2010** y su saga). A partir de ahí, las aguas volvieron a su cauce y la posición mayoritaria doctrinal –y social– es que había sido una falsa alarma, salvo algún comentario crítico realizado por un minoritario sector⁹.

Pues bien, sin analizar ahora con detalle el caso concreto, sí es oportuno criticar este gusto por la «ley del péndulo» que suele caracterizarnos a los españoles, incluida la doctrina científica. Hemos pasado de la alarma a la comprensión mayoritaria de una sentencia que, sin embargo, es muy, muy criticable, por su vaguedad y por su confusionismo, además de pobreza argumental extrema. Por lo tanto, no es inocente ante las críticas que se le han vertido.

Primero, ignora por completo la doctrina constitucional. Es un parámetro elemental de interpretación jurídica, que vincula a la sala de casación –art. 5 **LOPJ**–, que cuando está en juego un derecho fundamental ha de hacerse una interpretación expansiva, que asegure la mayor efectividad posible, dentro de pautas razonables, por supuesto, del derecho fundamental. Pues bien, como he apuntado al recoger literalmente sus argumentos, la sala se preocupa de que derechos constitucionales –la libertad de empresa y de libertad de consumo– no se vean en absoluto perjudicados por el derecho de huelga y, en cambio, se despreocupa por completo de la efectividad de la tutela del derecho fundamental. Es posible que, en los hechos, la huelga haya sido plenamente efectiva y, en consecuencia, en el caso concreto, no haya sufrido. Pero la sala de casación estaba obligada a ponderar ese elemento y a destacarlo, no a obviarlo. Es evidente que tal reduccionismo del problema a la esfera de la legalidad ordinaria le facilitaba su toma de decisión: quería corregir y corrigió a la sala de instancia social. Por lo tanto, no es una buena doctrina, porque no explica bien el juicio de proporcionalidad necesario, sino que, al contrario, lo invierte por completo: la libre decisión en el mercado de bienes y servicios no se puede alterar, salvo que produzca una lesión clarísima en el derecho de huelga.

Segundo, la sala se queda en un plano meramente superficial, atiende al contrato y se deja de indagar cualquier vinculación organizativa más profunda entre las empresas en juego, ignorando que se trata de relaciones de cooperación entre empresas y, por lo tanto, es posible que, atendiendo a su trayectoria, sí impliquen vínculos organizativos más allá del contractual. Es curioso que la sala sí acepte que haya esos límites cuando el contrato mercantil lo prevea, pero no dé al derecho fundamental, ni a las nuevas realidades organizativas de las empresas, que van más allá de la relación clientelar, ningún valor. En definitiva, y frente a quienes no ven riesgo alguno de

⁹ Se muestra favorable al criterio, sin crítica alguna de la sentencia, dando cuenta de las opiniones críticas, I. BELTRÁN DE HEREDIA: «[Huelga, contratas y esquirolaje externo: caso Altrad](#)», en *ignasibeltran.com* (15 de marzo de 2017).

restricción del derecho fundamental con esta doctrina, entiendo que la sala sí confirma un peligroso viraje a favor de la defensa de las libertades de contratación de mercado en detrimento de la efectividad de los derechos fundamentales. Por lo tanto, llovería sobre mojado, de manera que si hace unos meses eran las nuevas tecnologías de la información y comunicación, con mayor amenaza de futuro ante la transformación digital en marcha, las que ponían en solfa la efectividad del derecho fundamental de huelga en los nuevos escenarios económicos ([STC de 2 de febrero de 2017](#)), ahora lo serían las nuevas formas de relación compleja, no solo contractual sino organizativa, las que lanzarán la voz de alarma. Como se verá al comentar el impacto de las redes de empresa (o redes de empresas) en las relaciones de trabajo, no son escasos los ejemplos que ilustran del riesgo de estas redes como «unidad de comunicación» –Altrad comunicó en tiempo y forma la huelga– para los derechos de los trabajadores («listas negras»).

9. Cierto que son muchos los problemas y conflictos, en todo caso, siendo verdad que es muy difícil resolverlos con los debilitados, obsoletos y dispersos instrumentos jurídicos actuales que, en su sustancia, apenas han variado en más de un tres décadas. La realidad se mueve más deprisa y su complejidad es mayor de la que evidencian las representaciones en las leyes, y, sorprendentemente, también en la jurisprudencia mayoritaria. Esta sigue anclada en un código binario –la prohibición de fraude y del abuso, en sus diversas formas; permisividad con todo lo que no esté prohibido–. Pero las fronteras entre unas y otras se diluyen de forma notable hasta no ya hacerse grises sino incluso diluirse de manera radical, y para su solución el recurso a ese viejo enfoque binario (legitimidad como regla, fraude como excepción) ya no sirve.

No estamos ya, en un buen número de situaciones, ante un problema de distinción entre la «patología» y «la fisiología», como en un tiempo ilustrara la distinción entre cesión ilegal y subcontratación, o entre «grupos patológicos» y «fisiológicos», pues se trata, en todos los casos, de una anomalía jurídica económicamente útil o productiva: la ilusión de estar ante una diferencia de sujetos jurídicos y de formas de contratación (óptica de mercado) es muy rentable económicamente, porque permite utilizar como ventaja competitiva la diferencia de reglas laborales (sobre todo de convenios), pero, realmente, el proceso está controlado por un poder global de dirección unitario y el beneficio principal es suyo. En consecuencia, la solución debería estar en que todos –también los trabajadores indirectamente gestionados, pero con reflejo directo en su relación laboral– se beneficiaran del conjunto, neutralizando el uso de la forma jurídico-laboral para dar prioridad al principio sustantivo distributivo: «a trabajo de igual valor, equivalentes condiciones de trabajo». Precisamente, así ocurrió para la racionalización de las ETT en sede legal, comunitaria y convencional. No es excepción, sino la regla hoy.

La recordada transformación digital nos sitúa ante problemas análogos. Piénsese en las nuevas manifestaciones digitales de la descentralización productiva, que permitiría que esta fuese masiva y difuminada en una pléyade mundial de micro-unidades de prestación –que, por supuesto, cobrarán «micro-retribuciones»–, como los comentados en el [Editorial del número anterior](#), el *crowd-sourcing* (externalización masiva) y la contratación *on-demand* que propicia, todo ello controlado por un poder aparentemente difuso, la aplicación móvil (poder directivo virtual indirecto), pero

mucho más incisivo que el ordinario (poder directo). Si para unos esta nueva forma de descentralización productiva digital es legítima, adaptación de la evolución económico-tecnológica, aunque necesite regulaciones específicas para cubrir las necesidades de protección de estos «nuevos trabajadores/micro-emprendedores», para otros sería un fraude, asentado en crear falsos autónomos.

Aunque útil, no creo que sea la solución óptima; la Proposición de Ley introduce una importante reforma en el artículo 42 del ET, relativo a las contrata y subcontratas. Con esta reforma se pretende fijar un principio análogo al que ya rige para las ETT: que las empresas subcontratadas tengan que aplicar a sus trabajadores el convenio de la firma matriz o, en su defecto, el sectorial. La Proposición de Ley añade dos párrafos al [artículo 41.2 del ET](#). El objetivo sustancial, al margen de la fórmula jurídica, todavía algo imprecisa o ambigua, a mi juicio, es neutralizar la ventaja competitiva basada en el diferencial de condiciones de trabajo que deriva de acudir a una forma de gestión-contratación directa o indirecta de la mano de obra, de modo que en todos los casos el estatuto convencional de aplicación sea el que tendría que aplicarse si fueran trabajadores contratados directamente por dicho empresario principal (principio de igual salario a trabajo de igual valor). Un principio jurídico-laboral, por cierto, que también pretende proyectarse, ahora en el ámbito de la Unión Europea, a la subcontratación y los desplazamientos de trabajadores.

Pero se precisa algo más. A la mejor regulación, en términos sociales pero también económicos (la garantía de competencia leal entre empresas, mejorando su productividad, no ya solo el beneficio a corto plazo), de las estructuras complejas y reticulares puede contribuir también la propia práctica administrativa, a través de las cláusulas sociales en la contratación pública. Entre estas estarían, sin duda, todas las relativas tanto a la protección de los convenios sectoriales como referencia retributiva principal cuanto –aunque no lo analicemos en este monográfico– las «garantías de subrogación de los empleados en caso de que el servicio lo presten diferentes empresas a lo largo del tiempo». Precisamente, en pro de la garantía de la subrogación empresarial andan los sindicatos del sector de la estiba. Sin embargo, tampoco la negociación colectiva, con ser un instrumento principal de regulación –a partir del [art. 87.2 ET](#)– está en condiciones de dar el impulso definitivo que se precisa. En todo caso, para ir en esa línea precisará algunas reformas legales, como la corrección de esa preferencia de la unidad de empresa de forma tan arbitraria y desmedida. En definitiva, el legislador no puede huir ya por más tiempo de su obligación de estar a la altura de los tiempos y predisponer un Estatuto de los Trabajadores acorde con las nuevas realidades, cambiadas, cambiantes y complejas, de nuestra época. Una época en la que parece ya suficientemente nítido que la clásica creencia en la «mano invisible» del mercado hace tiempo que ha sido desplazada por la «mano invisible» jurídico-laboralmente del empresario indirecto, pero si esta es la mano que mece el mercado, no hay razón, ni de realismo económico ni de refracción jurídica, que lo mantenga invisible. En juego está el justo y eficiente equilibrio entre las libertades económicas –hoy con refuerzo comunitario muy intenso– y los derechos de seguridad en el trabajo –con el mismo refuerzo–.

Cristóbal Molina Navarrete

Director