

LA «FRAGMENTACIÓN DE LA POSICIÓN EMPRESARIAL» EN LA RELACIÓN DE TRABAJO

[Comentario a las SSTC, Pleno, 75/2010, de 19 de octubre de 2010, recurso de amparo 3567-2006, y 76/2010, de 19 de octubre de 2010, recurso de amparo 2568-2006] *

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Seguridad Social
Académico Correspondiente de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

Extracto:

LA globalización económica y financiera ha determinado cambios sustanciales en el modo en que se llevan a cabo las prestaciones de servicios o la actividad productiva en los sistemas de economía de mercado. Entre las manifestaciones más características de esa globalización se incluyen las «externalizaciones del empleo» y las «descentralizaciones o externalizaciones productivas/de la actividad». Entre estas últimas se encuentran algunos supuestos de contratas y subcontratas, en las que se produce el fenómeno construido y designado, por las sentencias objeto de comentario, como «fragmentación de la posición empresarial», que, en contra de lo que sugiere semánticamente, ** supone aunamiento, al traer la posición de empleador/empresario a quien/quienes, desde la relatividad de los efectos del contrato (de trabajo), están al margen de esa posición empresarial/empleadora.

Palabras clave: empresario, trabajador, fragmentación de la posición empresarial, contrato de arrendamiento de servicios mercantiles y contratas y subcontratas.

* Véase el texto íntegro de una de estas similares sentencias en la RTSS. CEF, num. 333, diciembre 2010 o en *Normacef Socio-Laboral*.

** Según el *Diccionario de la Lengua Española*, de la Real Academia Española, 22.ª ed., 2001, «fragmentar» significa «reducir a fragmentos», y «fragmento», en su primer significado, es «parte o porción pequeña de algunas cosas quebradas o partidas», y a su vez, a «quebrar» se le asigna como significados más relevantes los de «romper, separar con violencia», «traspasar, violar una ley u obligación», o «interrumpir o estorbar la continuación de algo no material»; Indica María MOLINER, *Diccionario de uso del español*, Gredos, 1994, para la voz «fragmentar», los siguientes significados: «dividir una cosa en fragmentos» y «dividir una cosa material o inmaterial en partes»; Según precisan Manuel SECO, Olimpia ANDRÉS y Gabino RAMOS, *Diccionario del español actual*, Aguilar, 1999, «fragmentar» significa «dividir (algo) en fragmentos» o «dividirse (algo) en fragmentos».

«FRAGMENTATION OF THE EMPLOYER'S POSITION» IN THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP

[Commentary on the CC rulings 75/2010, of 19 October 2010, 3567-2006 amparo,
and 76/2010, of 19 October 2010, 2568-2006 amparo]

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Seguridad Social
Académico Correspondiente de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

Abstract:

THE economic and financial globalization has determined substantial changes in the manner on which the rendering of services or the productive activity are being carried out in the market economy systems. Among the most characteristic manifestations of such globalization are included the «employment externalization» and the «decentralizations or productive/activity externalizations». Among these latter are some contracting and subcontracting events, where the phenomenon built and designated by the judgments which are the subject matter of this comment occurred and are referred to as the «fragmentation of the employer's position» that against its semantic appearance implies concentration, to bring the employer's position to those out of such position, as from the relativity of the (employment) contract effects.

Keywords: employer, worker, fragmentation of the employer's position, mercantile services agreement and contracting and subcontracting events.

Sumario

- I. Introducción.
 1. Consideraciones generales.
 2. La «fattispecie».
- II. El contrato de trabajo.
 1. Sus notas características: ajeneidad y dependencia.
 2. Evolución histórica de la regulación jurídica de la prestación del trabajo y su entronque con el derecho de propiedad.
- III. Los elementos subjetivos del contrato de trabajo: el empresario/empleador y el trabajador. Sus posiciones relativas en el contrato de trabajo.
- IV. Sobre los derechos infringidos y la vinculación de los empresarios.
 1. Los derechos infringidos.
 2. La vinculación de los empresarios: el arrendamiento de servicios mercantil. Las contratas y subcontratas.
- V. Acerca de un desfase regulatorio.
 1. Una regulación jurídica desajustada.
 2. Crítica a la regulación sobre contratas con vinculaciones empresariales singularmente relevantes, y una interpretación «justo en el límite».
- VI. La noción de «fragmentación de la posición empresarial».
- VII. El «empresario contractual» y el «empresario no contractual».
- VIII. El fallo de un «Fallo».
- IX. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. Consideraciones generales

Las SSTC 75/2010 y 76/2010, de fecha de 19 de octubre de 2010, avocadas al Pleno del Tribunal Constitucional, formulan y dan pábulo a la idea de la «fragmentación de la posición empresarial en la relación de trabajo». Doctrina constitucional que se ha consolidado definitivamente al ser reiterada y acogida en las SSTC, también del Pleno del Tribunal Constitucional, 98/2010, 99/2010, 100/2010, 101/2010, 102/2010, 103/2010, 104/2010, 105/2010, 106/2010, 107/2010, 108/2010, 109/2010, 110/2010, 111/2010 y 112/2010, todas ellas de 16 de noviembre de 2010. Sentencias que se dictan «con íntegra remisión a la fundamentación jurídica de las SSTC 75/2010 y 76/2010, de 19 de octubre» (Fundamento jurídico segundo de cada una de aquellas sentencias) lo cual si bien no es anómalo, sí es sumamente infrecuente en la doctrina constitucional, máxime mediante un número tan elevado de resoluciones de la justicia constitucional.

Pero de semejante reiteración jurisprudencial no puede concluirse que exista, en el propio Tribunal Constitucional, un criterio unánime en la materia, muy al contrario la STC 75/2010 tiene tres votos particulares, sólidamente fundamentados. El primero de ellos formulado por el magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, al que se adhieren los magistrados don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y don Ramón Rodríguez Arribas, el segundo formulado por el magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, y el tercero formulado por el magistrado don Javier Delgado Barrio. Votos particulares que se reproducen en la STC 76/2010. En las demás sentencias del Tribunal Constitucional, antes referidas y que reiteran la doctrina contenida en las SSTC 75/2010 y 76/2010, se vuelven a formular los mismos votos particulares y, además, se añade otro más, formulado por el magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, que así se independiza del correspondiente al magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, si bien acoge el contenido del mismo así como de los otros dos votos particulares, añadiendo concretas consideraciones.

Las radicales y fundamentadas discrepancias mantenidas en los votos particulares, respecto del parecer mayoritario de los magistrados componentes del Tribunal Constitucional, ponen de manifiesto, de una parte, la cuestionabilidad de la aplicación del criterio de la mayoría en el dictado de resoluciones judiciales por los órganos jurisdiccionales colegiados pues, por más que sea difícil encontrar otro criterio plausible para su adopción, su imposición propende a intensificar la característica irracionalidad del Derecho positivo y el padecimiento de la justicia, haciendo buena la no irreprochable afirmación del mismo Tribunal Constitucional según la cual «el Derecho no puede reconducirse a un sistema lógico puro»,¹ y por otra parte la inconsistencia del ordenamiento jurídico laboral vigente,

¹ STC 164 de 17 de septiembre de 2002. Me remito a mi trabajo «La exigencia de coherencia formal en el razonamiento jurídico y la tacha de irracionalidad de las resoluciones judiciales». (Comentario a la STC, Sala Segunda, de 17 de septiembre de 2002, núm. 164/2002), en esta Revista, núm. 236, noviembre 2002, págs. 83-94.

elaborado sobre la situación social, económica e ideológica inmanente a la Revolución Industrial, y las realidades del mismo orden correspondientes al momento que nos ha tocado vivir.

No obstante los reparos contenidos en los votos particulares y su cuidada fundamentación, ha de reconocerse a la doctrina sentada en las sentencias objeto de comentario una irreprochable validez jurídica. No constituye una contradicción afirmar que la doctrina establecida en las sentencias que se comentan y la doctrina contraria, defendida en los votos particulares, están justificadas en Derecho. Esto es, los votos particulares se ajustan a una interpretación ortodoxa del ordenamiento jurídico laboral vigente, por contra la doctrina establecida en las sentencias objeto de comentario abre caminos, es novedosa y por ello heterodoxa respecto de la doctrina iuslaboralista, general o común, pero no constituye un mero «desiderátum» sino un auténtico «gozne» o «bisagra» entre el pasado y el futuro (el presente es solo un instante y, en esa medida es siempre pasado), conformando otra interpretación posible (ajustada a los cánones y criterios hermenéuticos al uso) de determinadas normas jurídico-positivas laborales (principales en ese sector del ordenamiento jurídico), conforme a los «tiempos que nos ha tocado vivir» de globalización económica,² con predominio de las finanzas,³ empresarios polisocietarios,⁴ deslocalizaciones⁵ y externalizaciones del empleo⁶ y productivas.

² Precisa SOROS, G.: *La crisis del capitalismo global*, Barcelona, 1998, págs. 160-161, indicando, en pág. 137, que «el sistema capitalista global no es nuevo ni siquiera novedoso»; Bien que «el paradigma de lo "global" haya estado presente de manera permanente en nuestra civilización, eso sí, con distintas acepciones», indica LÓPEZ CACHERO, M.: «Respuesta al discurso de ingreso en la Real Academia de Doctores del doctor don Eugenio Prieto Pérez», Madrid: Real Academia de Doctores, 2002, pág. 59; Sobre la globalización financiera indican ROUBINI, N. y MIHM, S.: *Cómo salimos de esta*, Barcelona: Destino, 2010, pág. 201, que «no es nada nuevo. En 1875, el banquero Karl Mayer van Rosthschild, al observar que los mercados de valores globales se habían desplomado al unísono realizó un simple comentario que sigue vigente en la actualidad: "El mundo entero se ha convertido en una ciudad". En la época de Rosthschild, la integración iba más allá de los mercados de valores: el comercio global también era sumamente interdependiente y sensible a las crisis financieras»; No obstante en el momento actual la transcendencia de la globalización es tal que la Unión Europea ha aprobado el Reglamento (CE) 1927/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, por el que se crea el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (FEAG).

³ Según PRIETO PÉREZ, E.: *La Era de las Finanzas. Mercados Financieros y Globalización*, Madrid: Real Academia de Doctores, 2002, págs. 12-13, «en la Era de la industria, la posición dominante en la actividad económica correspondía al sistema productivo, que estaba liderado por los capitanes de empresa, portadores del espíritu de empresa. Las finanzas eran necesarias y también estaban presentes, e incluso se reconocía que sin ellas no podía existir un sistema económico moderno; sin embargo, su papel no era de liderazgo, considerándose que estaban al servicio de las empresas, de modo que para el sistema productivo la actividad financiera era un sector de servicios como otros muchos. La transformación operada en los últimos veinte años supone la inversión de posiciones: en la era de las Finanzas, estas asuman el liderazgo e introducen un nuevo lenguaje, nuevos modelos operativos e imponen sus puntos de vista y valores»; Sobre la situación actual de la globalización y crisis financiera y económica global, ROUBINI, N. y MIHM, S.: *Cómo salimos de esta, op. cit.*, especialmente capítulo 5, «La Pandemia Global», págs. 193 y ss.

⁴ Indican SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Navarra: Aranzadi-Thomson, 2010, pág. 763, «mientras que la sociedad es titular de una empresa con características específicas, en el caso del grupo las distintas sociedades, aun manteniendo su personalidad jurídica independiente, forman una macroempresa, calificada en ocasiones como una empresa «policorporativa»; Me remito a mis trabajos, «Los grupos de empresas como empresarios», publicado en *RTSS. CEF*, núm. 122, mayo 1993, págs. 121-130, «Despidos colectivos en grupos de empresas (empresarios-grupos de empresas), publicado también en *RTSS. CEF*, núm. 325, abril 2010, págs. 83-198, y «Grupos de sociedades mercantiles y transmisiones de empresas», asimismo publicado en *RTSS. CEF*, núm. 334, enero 2011, págs. 159-206.

⁵ Me remito a mi trabajo, «*Outsourcing*. (Comentario a la STS de Navarra, Sala de lo Social, de 30-09-2000, rollo núm. 87/2000)», publicado en *RTSS. CEF*, núm. 218, mayo 2001, págs. 251-252.

⁶ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Nuevas tendencias del trabajo autónomo: el caso específico del trabajo autónomo económicamente dependiente» (Dictamen de iniciativa) de 29 de abril de 2010 (2011/C 18/08), DOUE (Serie C núm. 18) de 19 de enero de 2011, punto 3.1.1, pág. 45.

2. La «fatispecie»

El conocimiento de los supuestos de hecho de cualesquiera resoluciones judiciales es, sin duda alguna, relevante para poder apreciar la aplicación e interpretación que, de las normas jurídicas, se efectúe en las mismas. No puede olvidarse que las pretensiones constituyen una irrestricta combinación de hechos y normas jurídicas. Ciertamente acción y pretensión no se confunden por más que actúen conjuntamente, mediante la presentación de la demanda, en los procesos civiles y sociales, pero si la primera, como derecho subjetivo público,⁷ se limita a instar la actuación jurisdiccional, la segunda es cauce de ejercicio de precisos y concretos derechos, por eso los hechos son esenciales en la segunda (de ahí la transcendencia del «derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes», ex art. 25.2 CE),⁸ y contingentes en la primera. Semejante afirmación adquiere una singular importancia en sede de justicia constitucional donde la interpretación de la normativa ordinaria se lleva a cabo a la luz del texto fundamental. Por ello es imprescindible efectuar una, si bien somera, referencia a la «fatispecie» de las resoluciones de la justicia constitucional que son objeto de comentario.

Los supuestos de hecho de las dos sentencias objeto de comentario son sustancialmente iguales y pueden resumirse brevemente (en lo imprescindible para la inteligencia del presente comentario) siguiendo el contenido de los «antecedentes» de ambas resoluciones de la justicia constitucional, en los términos que, de seguido, se indican. Una empresa contratista (en adelante, contratista) suscribió, en el año 2000, con otra empresa (en adelante empresa comitente o principal) un contrato mercantil de arrendamiento de servicios para la prestación de determinados trabajos en el centro de trabajo de aquel empresario comitente o principal, con vigencia inicial hasta finales del mismo año, y posibilidad de ser prorrogado tácitamente por sucesivos periodos anuales. Los servicios contratados inicialmente fueron ampliándose a nuevas especialidades y funciones mediante sucesivos pactos en los años subsiguientes, hasta enero de 2005.

Durante ese año los trabajadores de la contratista estuvieron negociando la mejora de sus condiciones de trabajo, con la finalidad de igualarlas con las de los trabajadores de la empresa comitente o principal, en cuyo centro de trabajo prestaban efectivamente sus servicios. No habiéndose alcanzado acuerdo alguno en aquellas negociaciones entre la empresa contratista y sus trabajadores, estos últimos convocaron y desarrollaron jornadas de huelga cuatro días en el mes de marzo y ocho días en el mes de abril de 2005, denunciando además ante la Inspección de Trabajo una posible cesión ilegal de trabajadores entre la empresa contratista y empresa comitente o principal. A resultas de las negociaciones fallidas y conflictos con sus trabajadores, la contratista, en el mes de febrero de 2005, se vio obligada a comunicar a la empresa comitente o principal, un significativo incremento en el precio de los servicios contratados para 2005 respecto de las tarifas vigentes en 2004. A su vez y días más tarde, la empresa comitente o principal comunicó a la contratista la resolución parcial del contrato de servicios por falta de adecuación del coste exigido y ante la pérdida de ventaja competitiva que ello le suponía («justa causa»)⁹. A consecuencia de esa parcial resolución del contrato mercantil de arrendamiento de servicios, la contratista procedió a despedir a dos trabajadores.

⁷ GIMENO SENDRA, J.V.: «Fundamentos del Derecho Procesal», Madrid: Civitas, 1981, págs. 133-134; ACOSTA ESTÉVEZ, J.B.: «Líneas básicas del Derecho a la tutela jurisdiccional: la garantía constitucional de la acción», *La Ley*, 31 de julio de 1990, núm. 2.541, págs. 2-3.

⁸ STC 168/2002, de 30 de septiembre.

⁹ Sobre la resolución del contrato mercantil de arrendamiento de servicios, por «justa causa», VAQUERO PINTO, J.M.^a: «Contratos de servicios. Arrendamiento de servicios mercantil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (dir.): *Contratos mercantiles*, t. I, Navarra: Thonsom Reuters (Aranzadi-Thonsom Reuters), 2009, págs. 986-987.

No obstante aquellas concatenaciones de acontecimientos, los trabajadores de la contratista decidieron no trabajar más horas de las acordadas en sus contratos (lo que obligó a contratar nuevos trabajadores), continuando con sus actuaciones reivindicatorias de mejoras salariales, siendo advertidos entonces por la empresa contratista del peligro que aquella situación conllevaba de resolución total y definitiva del contrato mercantil de arrendamiento de servicios (contrata), por parte de la empresa comitente o principal. Posteriormente, en ese mismo año 2005, el empresario principal comunicó a la contratista que, dada la pérdida de competitividad que le suponía el mantener los servicios contratados, resolvía completa y definitivamente la contrata, lo que llevó a la contratista a extinguir o despedir a sus trabajadores, por finalización de la contrata, causa extintiva que figuraba en los respectivos contratos de trabajo. Más tarde, pero también en 2005, la empresa que había sido contratista suscribió cuatro nuevos contratos de trabajo, todos temporales, tres por circunstancias de la producción y uno por obra o servicio determinados, y la empresa que había sido comitente o principal quince nuevos contratos de trabajo, catorce de ellos temporales, en prácticas, y uno indefinido.

Dos de los trabajadores de la contratista demandaron por despido a ambas empresas, contratista y empresario principal, instando la nulidad de los mismos por vulneración del derecho de huelga y de la garantía de indemnidad, y subsidiariamente la improcedencia, solicitando que se las condenara solidariamente, por existencia además de cesión ilegal de mano de obra. El Juzgado de lo Social a quo, en distintas resoluciones de la misma fecha, desestimó ambas demandas, rechazando la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, y afirmando que la extinción de los contratos de trabajo, cualquiera que fuera su causa, resultaba ajena a la empresa principal. Asimismo rechazó también las pretensiones de nulidad de los despidos, por considerar la existencia de una causa extintiva lícita y suficiente, expresada en los respectivos contratos de trabajo,¹⁰ por lo que tampoco se declararon improcedentes los despidos, considerando el juzgador a quo que las extinciones de los contratos de trabajo se ajustaban a lo previsto en el artículo 49.1 b) del Estatuto de los Trabajadores (ET). Los trabajadores interpusieron contra las indicadas resoluciones jurisdiccionales sendos recursos de suplicación, que la Sala correspondiente desestimó, mediante las pertinentes sentencias, de distinta fecha, confirmando las de la instancia. Contra aquellas resoluciones los trabajadores recurrieron en amparo, recursos resueltos por las SSTC 75/2010 y 76/2010.

II. EL CONTRATO DE TRABAJO

El contrato de trabajo, se dice, constituye un «negocio jurídico bilateral de cambio, en virtud del cual una persona (trabajador) procede voluntariamente a la atribución de la utilidad patrimonial

¹⁰ STS, Sala Cuarta, de 10 de junio de 2008. Como precisa al STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 25 de noviembre de 2008, la jurisprudencia «consagra la licitud de la cláusula que limita el tiempo de duración de la relación laboral con la empresa contratista a la propia duración de la contrata concertada por parte de esta con el comitente, de modo que hacer depender la duración del vínculo laboral a la duración del concierto se ajusta a lo establecido en el artículo 15.1 a) del ET. Afirma que en estos casos no existe, desde la perspectiva de la actividad de la empresa principal "un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización", pero sí una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa contratista, que está objetivamente definida y que es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar, que opera como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga este, sin que sea posible objetar que la realización de este tipo de trabajos constituya actividad normal de la empresa, porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, siendo lo fundamental la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato».

de su trabajo personal (*intuitu personae*) a otra persona (empresario) percibiendo por ello una retribución». ¹¹ La norma laboral fundamental (el Estatuto de los Trabajadores), se aplica (art. 1.1 ET) «a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario», con lo que «si bien no define directamente el contrato de trabajo, nos proporciona las claves para ello». ¹²

De esa «elemental definición se extraen sin dificultad los cuatro caracteres identificativos de esta relación contractual: la personalidad y voluntariedad del trabajo prestado, la dependencia, la ajeneidad y la remuneración, como la jurisprudencia ha recogido en un altísimo número de sentencias», ¹³ a las que se puede añadir la exigencia de «continuidad» ¹⁴ en la prestación del trabajo (o no constituir un negocio jurídico de ejecución instantánea), bien que las notas más características del contrato de trabajo sean la ajeneidad y la dependencia, «conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación». ¹⁵ Además ha de considerarse que «la voluntariedad ha de presumirse, salvo prueba en contrario, y la retribución ha de ser entendida en el amplio». ¹⁶

¹¹ MONTOYA MELGAR, A.: «Derecho y Trabajo», *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1997, págs. 22-23.

¹² SSTSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 15 de julio de 2008 y 21 de abril de 2009.

¹³ Véase nota anterior.

¹⁴ Indica MONTOYA MELGAR, A.: «Derecho y Trabajo», *op. cit.*, pág. 30, que el trabajo objeto del Derecho del Trabajo «además de personal, voluntario, dependiente y por cuenta ajena, ha de ser continuado en el tiempo; al Derecho del Trabajo le preocupa, en efecto, la ordenación de las prestaciones duraderas de trabajo, y le son, en consecuencia, indiferentes los servicios, ocasionales o episódicos, de ejecución instantánea, más aptos para ser objeto de regulación civil o mercantil».

¹⁵ SSTs, Sala Cuarta, de 9 de diciembre de 2004; 19 de junio y 7 de noviembre de 2007; 12 de febrero y 6 de noviembre de 2008; 11 de mayo, 7 de octubre y 23 de noviembre de 2009, y 20 de julio de 2010; La STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 14 de abril de 2008, destaca la necesidad de acudir a indicios, concretos, para poder identificar aquellas notas, que unas veces son comunes a la generalidad de las actividades, profesiones o trabajos y, sin embargo en otras ocasiones, son específicos de algunas de ellas, ejemplarizando semejante afirmación, con las siguientes indicaciones: a) Que «los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador y al lugar de trabajo designado por este y el sometimiento a horario; también se utilizan como hechos indiciarios de la dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo (STS de 23 de octubre de 1989), compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones (STS de 20 de septiembre de 1995), la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad (SSTS de 8 de octubre de 1992 y 22 de abril de 1996), y, reverse del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador»; b) Que «indicios comunes de la nota de ajeneidad son, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o los servicios realizados (STS de 31 de marzo de 1997), la adopción por parte del empresario –no del trabajador– de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o a las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender (SSTS de 15 de abril de 1990 y 29 de diciembre de 1999), el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo (STS de 20 de septiembre de 1999), y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que marque una cierta proporción con la actividad pactada, sin el riesgo o sin el lucro especial que caracteriza a la actividad del empresario por el ejercicio libre de profesiones (STS de 23 de octubre de 1989)»; Indica la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 4 de diciembre de 2009, que «en el caso de la dependencia, la Jurisprudencia suele acudir a la idea de "programación" por parte del empresario porque es evidente que existen profesiones que aun enmarcadas en una relación de naturaleza laboral pueden prestarse en régimen de dependencia, pero con cierto grado de autonomía, de manera que la programación a la que aludimos, es un indicio, del que resulta la probable naturaleza laboral de la relación», con cita de las SSTs, Sala Cuarta, de 8 de octubre de 1992 y 9 de diciembre de 2004.

¹⁶ STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 17 de febrero de 2010.

Efectivamente, si bien aquel precepto legal sanciona como notas características del contrato de trabajo «las de prestación personal de servicios, ajeneidad, retribución y dependencia, considerada esta como inserción del trabajador en el ámbito de organización y dirección del empresario»,¹⁷ resulta que «de las cinco notas que identifican la relación de trabajo, tres –voluntariedad, personalidad y retribución– son comunes a otras relaciones contractuales de distinta naturaleza jurídica, por el contrario, la ajeneidad y dependencia son determinantes y consustanciales al contrato de trabajo, aportando un sesgo diferencial respecto a otras realidades productivas. Y de estas dos notas es la dependencia jurídica la que mayor fuerza de identidad otorga a la relación laboral».¹⁸ De tal manera que «cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajeneidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral».¹⁹ Un «contrato perfeccionado por el consentimiento y con base en la libertad de obligarse, y configurado como un contrato sinalagmático o de cambio, esto es, con fundamento oneroso para cada una de las partes».²⁰

1. Sus notas características: ajeneidad y dependencia

Se centra consecuentemente el contrato de trabajo en la «dependencia» y en la «ajeneidad»²¹ o, mejor dicho, en una determinada conceptualización de la «ajeneidad» así como en una concreta atribución de subordinación o dependencia. Bien que se deba insistir en que el «trabajo por cuenta ajena» en absoluto es característica exclusiva del contrato de trabajo,²² «siendo muchas veces borrosa e indecisa la línea de separación entre el contrato de trabajo y aquellos otros de servicio o de obra, de naturaleza estrictamente mercantil o civil».²³

Resulta así que las notas «de personalidad y voluntariedad y remuneración» constituyen elementos «comunes y compartidos con otros contratos en los que también se produce un acuerdo sobre

¹⁷ SSTS, Sala Cuarta, de 6 de junio de 1983; 6 de noviembre y 12 de diciembre de 1990; 29 de enero, 23 de abril y 17 de mayo de 1991; 19 de mayo y 11 de noviembre de 1993; 2 de abril de 1996; 31 de marzo de 1997; 23 de noviembre de 2009; y 16 y 29 de julio de 2010.

¹⁸ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 22 de febrero de 2010.

¹⁹ SSTS, Sala Cuarta, de 19 de junio y 10 de julio de 2007, las cuales se refieren a «la presunción establecida en el segundo inciso del artículo 8.1 del ET, que trae su origen de la antigua Ley de Contrato de Trabajo, en concreto de su artículo 3 (el contrato se supone siempre existente entre todo aquel que da trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta aunque no exista estipulación escrita o verbal), si bien la configuración del precepto, o mejor, la finalidad que persigue, no queda reflejada con la precisión que lo hacía la antigua ley».

²⁰ MONTOYA MELGAR, A.: «Derecho y Trabajo», *op. cit.*, págs. 22-23.

²¹ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: *Hacia un nuevo derecho del trabajo: el derecho de la actividad profesional*, Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2004, págs. 19 y 23-26.

²² MONTOYA MELGAR, A.: «Derecho y Trabajo», *op. cit.*, pág. 24.

²³ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 12 de enero de 2010. En el mismo sentido las SSTSJ, Salas de lo Social, del País Vasco, de 3 y 21 de diciembre de 2004, 24 de mayo de 2005, 5 de febrero de 2008, 21 de abril, 7 de junio, 14 de julio y 10 de noviembre de 2009 y 2 (dos sentencias) y 23 de febrero de 2010; de Navarra de 5 de junio de 2008 y 16 de febrero, 29 de junio y 4 de diciembre de 2009; de Madrid de 28 de marzo y 16 de mayo de 2007; y de Cantabria de 15 de enero y 16 de septiembre de 2010.

la prestación de trabajo o servicios y la retribución de los mismos».²⁴ Por todo ello «el trabajo puede ser libre, productivo, por cuenta ajena y dependiente y, sin embargo, no venir disciplinado por el Derecho del Trabajo. Y es que además de la concurrencia de los presupuestos sustantivos, es necesario contar con otro orden de orden adjetivo, a saber: que el derecho positivo de que se trate incluya el trabajo o, al menos, no lo excluya, entendiéndose entonces la inclusión tácitamente. La regla general es la siguiente: todo trabajo libre, productivo, por cuenta ajena y dependiente es «laboral» si no está excluido por el ordenamiento jurídico».²⁵

De tal manera que tanto la dependencia como la ajeneidad son las notas características de la relación de trabajo, que sirven para delimitarlo tanto positiva como negativamente.²⁶ La ajeneidad, «implícita en la nota de alteridad»,²⁷ se concibe como «la transferencia de los frutos obtenidos al empresario quien asume la obligación de pagar el salario con independencia de los resultados positivos o negativos de la actividad empresarial pues el trabajador presenta igualmente una ajeneidad en los riesgos».²⁸ Esto es, «el carácter laboral del vínculo requiere junto a una prestación de servicios a cambio de una contraprestación salarial, la ajeneidad, esto es, que los beneficios que reportan tales servicios vayan a parar a una esfera económica diferente y separada de la del trabajador, a la del empresario».²⁹ Siendo consecuente la distinción «entre «ajeneidad en la disposición sobre el trabajo», «ajeneidad en los riesgos» y «ajeneidad en los frutos del trabajo».³⁰

²⁴ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 21 de abril de 2009.

²⁵ DE LA VILLA, L.E.: «El trabajador a domicilio», en PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (coords.): *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, Madrid: CEF, 2006, pág. 623; «El elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el contrato civil o mercantil de prestación de servicios para una empresa radica en que el trabajo se preste dentro o fuera del ámbito de organización y dirección del empresario (STS, Sala Cuarta, de 8 de octubre de 1992); si en el contrato de arrendamiento de servicios lo característico es la prestación de estos últimos mediante la contrapartida de un precio o remuneración pactada, en el contrato de trabajo, se produce también ese intercambio de prestación de servicios por pago de un precio, pero a través de las notas específicas de ajeneidad y dependencia que son, precisamente, las que permiten su encuadramiento en el ámbito de la legislación laboral (STS, Sala Cuarta, de 7 de noviembre de 2007). En ambos supuestos las partes convienen la realización de unos servicios que constituyen el objeto del contrato a cambio de un precio cierto (...). En el contrato de trabajo, el trabajador utiliza los medios que son propios de la empresa, que ejerce también facultades de control sobre su ejecución, requisito de dependencia (que) se acredita fácilmente cuando el trabajador tiene un puesto en la empresa (...). En los contratos civiles y mercantiles, el personal contratado realiza el servicio con sus propios medios, organizándolo autónomamente, sin que el empresario disponga de facultades de control y dirección del mismo», precisa la STSJ de Andalucía de 14 de septiembre de 2010.

²⁶ Ejemplarmente se lleva a cabo una delimitación negativa en la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 22 de diciembre de 2009, que se refiere a la actividad «como concejal y como parlamentario», la cual «evidentemente» no es «laboral respecto del partido», al carecer de «cualquier característica propia del contrato de trabajo». Destacando que si bien es cierto que los partidos políticos pueden tener, y tienen trabajadores a su servicio que, «con independencia de su afinidad ideológica con el partido, se hallan sometidos a su régimen organizativo a cambio de una retribución por las tareas que realizan personalmente», sin embargo, precisa, que cuando un afiliado a un partido desarrolla una actividad estrictamente política, y por ello devenga cantidades mensuales de la institución en la que desarrolle y actúe un puesto de elección política (p. ej. concejal o parlamentario), la cual entrega esas cantidades al partido, que a su vez paga a su afiliado representante político (concejal o parlamentario) una cantidad, pero inferior (lucrándose con la diferencia) «porque así lo tenían pactado afiliado-partido, en absoluto estamos ante una relación laboral».

²⁷ DE LA VILLA, L.E.: «El trabajador a domicilio», *op. cit.*, pág. 616.

²⁸ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 15 de julio de 2008.

²⁹ STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 14 de abril de 2010.

³⁰ MONTOYA MELGAR, A.: «Derecho y Trabajo», *op. cit.*, pág. 24.

La cuestión de la cesión, *ab initio*,³¹ originaria y por anticipado de los resultados del trabajo por el trabajador al empresario,³² de modo que nunca se integran en su patrimonio sino que tal y como se van produciendo se incorporan al patrimonio del empresario, ha sido cuestionada porque, al menos en relación con las prestaciones de servicios, el resultado del trabajo beneficia de modo inmediato a otro sujeto, sea consumidor intermedio o final. Circunstancia que pretende resolverse, con la traslación de la ajeneidad a la utilidad patrimonial del trabajo, de modo que, se dice, «lo que en rigor traslada el trabajador al empresario no son frutos o productos sino, más exactamente, utilidades susceptibles de valoración económica».³³

Es cierto que la ajeneidad ha dejado de ser el elemento definatorio del contrato de trabajo, respecto de aquellos otros contratos en los que se actúa un interés de otro (ajeno), habiéndose trasladado dicha característica delimitadora a la «dependencia», al quedar el trabajador incluido en el ámbito de «organización y dirección» de otro sujeto, el empresario. La «dependencia», «presupuesto del trabajo que disciplina el Derecho del Trabajo»,³⁴ determina «básicamente que el que trabaja bajo este régimen no tiene capacidad para organizar su trabajo, prestándolo bajo las órdenes del empleador, residiendo esta circunstancia en la posición de subordinación del trabajador al empresario que tiene el poder de dirección del trabajo, esto es, de determinar su contenido, su cualidad y el resultado pretendido».³⁵ Bien entendido que «el carácter laboral del vínculo no queda desmentido por la amplitud del grado de autonomía de que disponga el trabajador para ejecutar su prestación».³⁶ Consecuentemente la dependencia se ubica en el núcleo de las tendencias reductoras y expansivas de los límites subjetivos del contrato de trabajo.³⁷

Si la dependencia «caracteriza esencialmente al contrato de trabajo», entonces el trabajador se encuentra sujeto a la esfera organizativa-rectora y disciplinaria del empresario,³⁸ y a su ausencia se atribuyen «consecuencias eliminadoras de la laboralidad»,³⁹ por ello cualquier otra circunstancia, tal como la «responder del buen fin, no es dato de exclusión para esa valoración de la relación entre las

³¹ SSTS, Sala de lo Social, de Navarra, de 14 de abril y 1 de diciembre de 2008, y STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 17 de junio de 2008.

³² SSTS, Sala Cuarta, de 29 de octubre de 1990, 29 de enero de 1991 y 16 de marzo de 1992.

³³ MONTOYA MELGAR, A.: «Derecho y Trabajo», *op. cit.*, págs. 27-28; «Lo esencial de la ajeneidad es que el trabajador se desentienda –por la cesión inicial de los frutos de su trabajo– del resultado favorable o adverso; bien entendido que la traslación del riesgo que se opera es simplemente en su aspecto económico, y nunca en su aspecto laboral, pues todo trabajador afronta el riesgo que deriva de su propio trabajo», indica DE LA VILLA, L.E.: «El trabajador a domicilio», *op. cit.*, pág. 616.

³⁴ DE LA VILLA, L.E.: «El trabajador a domicilio», *op. cit.*, pág. 617.

³⁵ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 21 de abril de 2009.

³⁶ SSTS, Sala Cuarta, de 10 de noviembre de 1983 y 20 de septiembre de 1984; SSTSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 15 de julio de 2008 y 21 de abril de 2009.

³⁷ MONTOYA MELGAR, A.: «Tendencias actuales sobre el ámbito personal del Derecho del Trabajo», *AARAJL*, núm. 36, 2006, págs. 65 y sigs., que precisa en pág. 88, «desde luego, y como balance general, en esa combinación de tendencias reductoras y expansivas, estas últimas predominan, confirmando con ello la función protectora que caracteriza al Derecho del Trabajo desde sus orígenes. Por añadidura, la reducciones producidas, todas ellas, a favor del Derecho mercantil (administradores con cargo de alta dirección, agentes mercantiles, transportistas con vehículo propio) no dejan de presentar difíciles problemas de delimitación y frontera de este sector del Derecho y el del Trabajo»; También SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: *Hacia un nuevo Derecho del Trabajo: el derecho de la actividad profesional*, *op. cit.*, especialmente págs. 17-18.

³⁸ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 5 de febrero de 2008.

³⁹ SSTSJ, Salas de lo Social, de Madrid, de 16 de mayo de 2007, y de Cantabria de 15 de enero de 2010.

partes, para excluirla o incardinarla en el contrato de trabajo. Existe pues la necesidad de encontrar otro dato de diferenciación que la ley establece atendiendo al criterio de la dependencia».⁴⁰

Esto es, la prestación del trabajador constituye una obligación personal de actividad, que se lleva a cabo bajo la dirección del empresario, que dispone el contenido concreto de la prestación del trabajo de cada trabajador, bien que sus límites y posibles modificaciones puedan estar delimitados contractualmente y lo estén legalmente, en una medida compatible con el logro del interés del empresario en conseguir la mejor realización de la prestación contratada. Por ello en el artículo 1.1 del ET «parece latir un concepto jurídico indeterminado y dinámico de dependencia, flexible, cambiante, conscientemente ambiguo, susceptible de dar acogida a las nuevas modalidades de trabajo dependiente que surgen al compás de la propia evolución del contexto social y económico, permitiendo su reelaboración constante, adecuando la aplicación de la norma a los cambios de la sociedad».⁴¹

Esto es, bien la titularidad *ab initio*⁴² del resultado de la prestación del trabajo bien la atribución por el trabajador de las utilidades del trabajo y recepción por el empresario, «quedaría incompleta si

⁴⁰ SSTSJ, Salas de lo Social, de Madrid de 16 de mayo de 2007, y de Cataluña de 5 de febrero de 2010.

⁴¹ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 22 de febrero de 2010, que precisa que la redacción del artículo 1.1 del ET de 1980, ya se apartó «de la LCT 1931, LCT 1944 y LRL 1976, las cuales no concretaron el concepto de dependencia». STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 25 de noviembre de 2009; Paradigmática al respecto es la referencia a los trabajos de mediación, respecto de los cuales afirma la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 25 de noviembre de 2009, que si el empresario «no se inmiscuye en el modo de organizar la labor mediadora, estaremos ante un contrato de agencia, como modalidad de arrendamiento de servicios no laborales; si se entromete en organizar su trabajo, no habrá ya contrato de agencia por faltar la independencia precisa al efecto, sino contrato de trabajo»; El trasvase de relaciones contractuales entre el ámbito del Derecho del Trabajo y el ámbito del Derecho mercantil es continuo, respondiendo a sinergias contrapuestas, y consecuente con el sino de los tiempos, reduciéndose en ocasiones el ámbito personal del primero porque no es «aplicable a todos los supuestos en que existe una prestación de servicios por salario, dentro de determinado marco, una presunción de laboralidad», indica la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 21 de abril de 2009, o ampliándose aquel ámbito. Así se ha extendido a prestaciones de servicios tradicionalmente excluidas como la «actividad de alterne», SSTS de 3 de marzo de 1981, 25 de febrero de 1984, 14 de mayo 1985, 21 de octubre de 1987, 4 de febrero de 1988, cuya doctrina resume la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 1 de diciembre de 2008 (que reitera las de 15 de octubre, de 2003, 28 de mayo de 2004, 13 y 29 de diciembre de 2004, 30 de junio de 2005 y 14 de abril de 2008, del mismo Tribunal y Sala), según la cual, «la actividad de alterne genera unos rendimientos económicos, previa la organización de capital y trabajo, que deben estar sometidos a las condiciones tributarias y laborales que protegen a los trabajadores y disciplina los presupuestos mercantiles de toda actividad económica»; Indica la STSJ de Castilla y León de 15 de mayo de 2010, «residentes las trabajadoras en el propio club prestaban servicios como camareras de alterne con sujeción a un horario o jornada laboral y percibiendo una retribución consistente en una participación en el precio de las consumiciones efectuadas por los clientes, es decir, prestaban servicios en los términos dichos en el ámbito de organización y dirección del empleador que se lucraba con dichos servicios y los retribuía con una participación en los beneficios obtenidos (arts. 1.1 y 8.1 ET)»; En el fondo de todo ello esta que «el Derecho del Trabajo tiende a convertirse en un Derecho de la actividad profesional, que regule todas las prestaciones de servicios por cuenta ajena, se lleven a cabo de forma independiente o autónoma», dice SAGARDÓY BENGOCHEA, J.A.: *Hacia un nuevo Derecho del Trabajo: el derecho de la actividad profesional...*, op. cit., pág. 29; Consecuentemente «los elementos diferenciales que se articulan en torno a la distinción entre relación laboral de carácter especial y el contrato de agencia se concretan, con mayor o menor intensidad, en la nota de la independencia que caracteriza la prestación de servicios del agente, frente a la dependencia propia del trabajo ejecutado por el representante de comercio», indica la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 16 de febrero de 2009. Independencia que caracteriza tanto al contrato de arrendamiento de servicios civil como al de agencia mercantil frente al contrato de trabajo, precisa la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 23 de febrero de 2010. Asimismo «la diferencia entre el contrato de trabajo y el arrendamiento de servicios no laboral radica en que, en este segundo caso, el contratante asume dar el servicio, mientras que en el primero solo asume dar su trabajo», indica la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2008.

⁴² «Es esencial al contrato la ajeneidad («por cuenta ajena»), es decir, que los frutos del trabajo se transfieran *ab initio* al empresario por el hecho del contrato y este asume la obligación de pagar un salario con independencia de la obtención

no se acompañara de la atribución paralela del poder de ordenar la prestación del trabajo al preciso fin que el empresario destine». ⁴³ La razón de semejante atribución de poder sobre determinadas personas físicas, los trabajadores, es meramente funcional y encuentra su razón de ser en la institución misma de la empresa. ⁴⁴ El empresario requiere de la colaboración de multitud de personas, físicas o jurídicas, para poder llevar cabo su actividad de empresa, y en ningún caso, salvo respecto de los «trabajadores», se le atribuyen poderes en relación con el comportamiento de esos sujetos. La razón ha de ubicarse en que son «externos» ⁴⁵ a la organización-empresa, sin embargo los trabajadores «son empresa», y la empresa es organización que demanda ordenación.

En línea con las afirmaciones anteriores se dice que «la esencia de la relación jurídica de trabajo se sitúa conjuntamente en la atribución al empresario de la utilidad patrimonial del trabajo y del poder de disponer de este trabajo». Pero por qué al empresario, por qué no se residencian esos poderes en los trabajadores, en otro órgano o instancia de la empresa, por qué no se revisa en este punto la teoría de la empresa, ⁴⁶ pues porque se vinculan al derecho de propiedad, ⁴⁷ en cuanto que elemen-

de beneficios, de manera que la posibilidad de beneficios o pérdidas se imputan solo al empresario, existiendo para el trabajador una ajeneidad en los riesgos» indican las SSTSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 30 de junio de 2005 y 1 de diciembre de 2008.

⁴³ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho y Trabajo*, op. cit., pág. 28; «Los servicios, para que sean laborales, han de ser prestados dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona que los retribuye, bastando con que el trabajador se halle comprendido en el círculo rector y disciplinario del empresario, sin que para ello sea preciso que esté sometido a jornada laboral predeterminada, ni a horario fijo, ni a exclusividad en su tarea», indican las SSTSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 30 de junio de 2005 y 1 de diciembre de 2008.

⁴⁴ En relación con el concepto de «empresa» en el Derecho laboral, ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6.ª ed., Madrid: Civitas, 2002, alude, en págs. 524-526, a «una asociación de dominación» o «estructura autoritaria»; También vid. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª E.: *Derecho del Trabajo*, (26.ª ed.), Madrid: Civitas, 2009, págs. 282-286; MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Madrid: Teenos, 2009, págs. 222-223; v. STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 28 de mayo de 1998, según la cual la «empresa, en cuanto que realidad socioeconómica es objeto de las diferentes ramas del Derecho, cada una de las cuales atiende a aspectos diferentes "sin perjuicio de mantener un núcleo esencial de identidad"; Sobre la delimitación general y un concepto amplio de empresa, así como sobre el cambio de paradigma empresarial, OLCENSE SANTOJA, A.: *El capitalismo humanista*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, especialmente págs. 30-36; Acerca del concepto de empresa en el Derecho mercantil, v. GIRÓN TENA, J.: *Apuntes de Derecho Mercantil*, I (La Empresa), Madrid 1983-1984, págs. 48-49 y 57-59; GONDRA, J.M.: *Derecho Mercantil*, vol. I, Facultad de Derecho-Universidad Complutense de Madrid, vol. I, Madrid, 1992, págs. 126-142; SUÁREZ-LLANOS, L.: *Introducción al Derecho Mercantil*, Madrid: Civitas, 1998, págs. 138-148; ESPINA, D.: *La empresa en el Derecho Mercantil*, Barcelona: Ateler, 2006; SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Navarra: Aranzadi-Thonsom Reuters, 2010, págs. 98-102.

⁴⁵ Vid. MENÉNDEZ, A.: «Auxiliares del empresario», en *Liber Amicorum. Economía, Empresa y Trabajo. Homenaje a Manuel Alonso Olea*, Madrid: Thonsom-Civitas, 2003, págs. 195 y ss.

⁴⁶ GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: «La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo», Cuadernos Civitas, Madrid, 1995, págs. 81, 82 y 83, sigue a Álvaro D'ORS, quien «propugna una revisión de la empresa, que se base en un orden laboral no conflictivo y que debería apoyarse en un nuevo orden jurídico. Tal nuevo orden debe pasar por una superación de la actual configuración de la empresa (...) el trabajador sigue siendo objeto de arrendamiento, pues produce unos "frutos" (...). En primer lugar, el inversionista debe considerarse como un mero prestamista, no como socio (...) la empresa debe configurar sus relaciones con los trabajadores, no por medio de un contrato de trabajo, sino con un contrato de sociedad (...). Tales proposiciones (...) vienen a propugnar el abandono del «arrendamiento» de los servicios del trabajador a favor de la constitución de un contrato de sociedad, dentro de la nueva concepción de la empresa».

⁴⁷ La idea misma de la propiedad ha sufrido una notable evolución con «la implantación del Estado social (que) supuso encauzar el derecho de propiedad por nuevos derroteros que alteraron su estructura, objeto, titularidad y contenido, hasta el punto de fundar una nueva libertad, en la que (...), el elemento «social» relegaba los componentes «individualistas» del derecho de propiedad», indica FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: «El derecho de propiedad en la historia constitucional española, en *Propiedad*

to fundamental y definidor de la libertad y de los sistemas democráticos (sistemas de economía capitalista,⁴⁸ reconducidos a sistemas de economía social de mercado).⁴⁹ Efectivamente, «lo caracte-

e Historia del Derecho, Madrid 2005, pág. 99; Sobre la propiedad ATTALI, J.: *Historia de la propiedad*, Barcelona, 1989, y PIPES, R.: *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*, Madrid, 2002; Las «nuevas ideologías que sucedieron al liberalismo tendieron, por tanto, a diversificar la titularidad del derecho de propiedad. Más que una titularidad abstracta del individuo existirían titularidades concretas de colectivos, grupos y personas jurídicas», precisa FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: *El derecho de propiedad en la historia constitucional española, op cit.*, pág. 99. Todo lo cual llevó además a la «descomposición» de la noción, otrora unitaria, del derecho de propiedad en una pluralidad de diferentes derechos con regímenes jurídicos diferentes en atención a su función social. En el plano constitucional, las «liberales del siglo XIX y la (...) republicana de 1931 marcaron los puntos de inflexión de su idea de propiedad: las primeras lo concibieron como un derecho absoluto (...), la segunda relativizó ese derecho hasta convertirlo en una garantía institucional, necesitada de desarrollo normativo y limitada en extremo», destaca FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: *El derecho de propiedad en la historia constitucional española, op cit.*, pág. 114. La Constitución de 1978 no acoge ni una ni otra de aquellas concepciones situándose una vía que más que intermedia puede considerarse novedosa y singular, especialmente respecto de la «propiedad empresarial» en relación con la cual reconoce concretos derechos a los trabajadores. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 281/2005, de 7 de noviembre de 2005, efectúa una reflexión general sobre el sentido de la propiedad a la altura de los tiempos actuales y, específicamente, del alcance de las facultades del empresario y de los derechos de los trabajadores sobre los medios de producción, indicando que «la Constitución no ha recogido una concepción abstracta del derecho de propiedad como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien u objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Y ello hasta el extremo de que, no solo la utilidad individual, sino también la función social, definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes». De ahí, continúa afirmando la meritada resolución de la justicia constitucional, «que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae», entre ellos los que componen las «empresas» desde el punto de vista jurídico-objetivo, conformándose el estatuto de la «propiedad empresarial», en relación con la cual, indica aquella sentencia, «el margen de libertad de que goza el empresario en el marco de la economía liberal se ha reducido por razón de la protección de intereses colectivos de diversa índole (...) la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos», estableciendo el derecho de utilización por los trabajadores de una determinada propiedad empresarial creada con un fin productivo. El último paso en materia de relativización de la «propiedad con propietario» y participación de los trabajadores en la propiedad empresarial, ha de referirse a la denominada «implicación» de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (SE).

⁴⁸ SOTELO, I.: *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Madrid, 2010, pág. 117. En la misma página, en nota 2 del capítulo I (El Estado: soberanía, libertad, Derecho), incluida en la sección o epígrafe 5 (Estado de derecho y Estado democrático), da un concepto de capitalismo, cuya primera parte es sintética y la segunda analítica; al tenor de la primera parte «por capitalismo se entiende un sistema de producción en el que actúan dos sectores sociales, los propietarios de los medios de producción, que dirigen el proceso productivo, y los que venden la fuerza de trabajo a cambio de un salario. Dos sectores que el mercado vincula en un proceso productivo que ya no tiene como objetivo cubrir las necesidades de subsistencia, siempre limitadas, sino obtener un beneficio que, en cuanto tal, no conoce límites (principio de la acumulación indefinida)»; Indica MARTÍNEZ-SICLUNA y SEPÚLVEDA, C.: «Proudhon y las instituciones revolucionarias del 89», *AARAJL*, núm. 20, 1989, págs. 330 y 331, que, en opinión de PROUDHON, que en este punto se jactaba de haberse adelantado a MARX, «el análisis socioeconómico nos ha mostrado que, el acaparamiento de los beneficios por parte del propietario capitalista, constituye el hecho fundamental de la sociedad económica y provoca un antagonismo entre capital y trabajo»; Sobre PROUDHON y su posición sobre la propiedad, cuya existencia consideraba inevitable pero de la que abominaba, GALBRAITH, J.K.: *Historia de la Economía*, Barcelona: Ariel, 1991, págs. 112-114.

⁴⁹ Indica GALBRAITH, J.K.: *La economía del fraude inocente. La verdad de nuestro tiempo*, Barcelona: Crítica, 2004, pág. 14: «cuando el capitalismo, el referente histórico, dejó de ser aceptable, el sistema fue rebautizado. El nuevo nombre resultó satisfactorio pero carecía de significado», y más adelante, sobre el sistema de economía de mercado, en págs. 18-19, dice lo siguiente: «no hay duda alguna sobre qué fue lo que motivó el cambio. El capitalismo surgió en Europa en la época mercantil con la manufactura, compra, venta y transporte de bienes y prestación de servicios. Después aparecieron los industriales, dotados del poder y prestigio otorgados por la propiedad directa o indirecta, y los trabajadores, víctimas de su indudable debilidad negociadora. La opresión fue el resultado de la ausencia de alternativas al trabajo duro y con frecuencia penoso (...). En Europa la palabra "capitalismo" afirmaba de modo demasiado estridente el poder de la

rístico del contrato de trabajo contemplado históricamente no es la relación de subordinación o dependencia del trabajo sino su limitación paulatina»,⁵⁰ pero no, ni podía pretenderse, su eliminación pues supondría la desaparición del modelo de relaciones industriales emergentes de la Revolución Industrial. Afirmación y filosofía inmanente que ha sido acogida por la jurisprudencia constitucional, cuando afirma que «desde sus orígenes, la legislación sobre el contrato de trabajo viene siendo una legislación limitativa del poder empresarial que a causa de ella dejó de ser absoluto; y limitativa asimismo de la "lealtad absoluta" del trabajador».⁵¹

2. Evolución histórica de la regulación jurídica de la prestación del trabajo⁵² y su entronque con el derecho de propiedad

La prestación de trabajo en los pueblos más primitivos se llevaba a efecto con base en relaciones de jerarquía, parentesco y vecindad, con una cierta división del trabajo. Son las clases guerreras las que, en ocasiones, al imponer su dominio sobre el resto de la población, exigen prestaciones de trabajo, bien que se vislumbren posibles formas de «servidumbre o salariado». En la antigüedad la prestación material del trabajo se llevaba a efecto, generalmente, por los esclavos tanto en el campo como en la ciudad antigua (sin perjuicio del inicio de formas de clientelismo). Por múltiples circunstancias un individuo podía ser esclavo. La guerra aparecía como la primera causa de esclavitud (dominar espacios y someter a otros grupos humanos), a la que seguía el nacimiento. En el trabajo del esclavo, su dueño hacía suyos los resultados del trabajo del esclavo (ajeneidad), que no lo presta voluntariamente, sino forzado⁵³ (circunstancia que permanece inalterada en los grupos sociales que aún practican la esclavitud, desde luego no erradicada en todo el mundo).⁵⁴

propiedad y la magnitud de la opresión y sometimiento de los trabajadores (...). En Estados Unidos el término tenía connotaciones diferentes, pero igualmente negativas (...). A finales del siglo XIX, no eran solo los trabajadores estadounidenses quienes albergaban una actitud hostil hacia el capitalismo, sino también el público en general, que se sentían en gran medida afectado por él (...). Lo que siguió fue una decidida búsqueda de un nombre alternativo que fuera satisfactorio (...). Fue así como se llegó finalmente a «sistema de mercado», una designación más o menos culta que carecía de una historia adversa; de hecho una expresión que carecía por completo de historia», afirmando, en pág. 24, que «hablar de un sistema de mercado (...), carece de sentido; es una fórmula errónea, insípida, complaciente».

⁵⁰ ALONSO OLEA, M.: «Las raíces del contrato de trabajo», *AARAJL*, núm. 21, 1989, pág. 415.

⁵¹ STC 192/2003, de 17 de octubre.

⁵² Para una consideración completa ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, op. cit.

⁵³ Se trataba de un trabajo forzoso, falta de cualquier viso de voluntariedad por parte del esclavo, que justifica ARISTÓTELES [*Política*, libro I, «los de más baja índole son esclavos por naturaleza, y ello redundará en su beneficio (...) en verdad, no hay gran diferencia entre la utilización de los esclavos y la de los animales domesticados (...) es pues evidente que algunos hombres son por naturaleza libres y otros esclavos, y que para estos últimos la esclavitud es a la vez conveniente y justa»), y ello a pesar de que ya PLATÓN (en el *Menon*) advirtiera de que el esclavo joven poseía todas las intuiciones necesarias y se mostrase contrario a la esclavitud. La generalización de la prestación del trabajo en régimen de esclavitud no impidió que también se prestase trabajo libre o semilibre por cuenta ajena (jornaleros) en Grecia y Roma. La esclavitud aparecía referida fundamentalmente a la prestación del trabajo por extranjeros («bárbaros»), destacando ARISTÓTELES la superioridad racial de los helenos (en contra de la igualdad proclamada por PLATÓN). En el desenvolvimiento de la actividad productiva, la prestación del trabajo en régimen de esclavitud ocupaba un lugar fundamental en los sistemas económicos de la antigüedad, habiéndose destacado su carácter de no coste y su nula incidencia en la formación de los precios; Sobre el trabajo en régimen de esclavitud y sus características económicas, MOULIER-BOUTANG, Y.: *De las esclavitud al trabajo asalariado*, Madrid: Akal, 2006.

⁵⁴ El artículo 4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales abominan de cual-

El tránsito del régimen de esclavitud al de servidumbre supuso la relajación del dominio sobre los seres humanos que adquieren la condición de personas. Fueron múltiples los factores que influyeron en la mitigación del régimen de esclavitud, religiosos (cristianismo), filosóficos (estoicismo) y jurídicos (*ius gentium*). Las manumisiones (liberación y compra por los esclavos de su propia libertad) que se extendieron con la implantación progresiva del cristianismo, hizo de los esclavos hombres libres (plenamente libres, o sometidos a determinadas prestaciones pecuniarias o personales mediante el patronato), circunstancia que se contraponía al numeroso aumento de siervos en todo el Imperio romano. Los siglos II y III constituyeron una época decisiva en el paso del régimen de esclavitud al de servidumbre de los pequeños agricultores («siervos de la gleba»). El colonato constituyó una institución clave en la vida y en la economía (agraria) romana. Se constituía sobre grandes latifundios, cuya explotación se racionalizaba mediante la constitución de parcelas que eran atribuidas a diferentes individuos a los que no pertenecía el dominio, que ya no eran esclavos (inquilinos), sino siervos adscritos a la tierra («solo la tierra es dueña del colono»).

La «*locatio conductio* romana supuso el prototipo de la organización del trabajo subordinado libre». ⁵⁵ El trabajo por cuenta ajena libre que se dio en el Derecho romano admitía «dos formas diferentes: a) prestándolo a quien lo solicite; b) trabajando con los medios propios pero por cuenta de otro. A estas dos fórmulas fundamentales de empleo se (correspondían), aproximadamente, las dos figuras jurídicas tradicionales de la *locatio conductio operarum* y la *locatio conductio operis*». ⁵⁶ Constituían instituciones muy próximas, y en ocasiones de muy difícil distinción, mostrándose como variedades del contrato de arrendamiento. En todo caso se trataba ya de prestaciones de trabajo libre, voluntario, bien que con importantes diferencias entre quienes prestaban sus servicios a cambio de una «merces» con base en una *locatio conductio operarum* (*mercenarii*), los artesanos, que actuaban mediante una *locatio conductio operis*, y quienes desarrollaban la «artes liberales», que quedaban fuera de las *locatio conductio*. ⁵⁷

La desaparición del Impero romano, que supuso falta de poder político e inseguridad, personal y patrimonial generalizada, incidió negativamente en las prestaciones del trabajo libre y voluntario. Las sucesivas oleadas de invasores implantaron nuevos poderes políticos con una distinta estructuración social, de escasa duración y posterior sustitución, desintegración o fragmentación en territorios de muy diferente entidad socioeconómica. El régimen feudal se caracterizó por la asunción de poderes políticos, públicos y económicos (inmunidad), por el señor territorial, que además impartía justicia («fief et justice sont tout un»), ejercía y dirigía la defensa militar, reclutaba hombres para la guerra, y recaudaba rentas fiscales de diverso tipo. Disponiendo de la tierra como propietario pleno, propietario eminente, o detentador de derechos reales de disfrute.

El trabajo servil o en régimen de servidumbre, no libre o forzoso, se generalizó en el medioevo. Se minimizaron las situaciones de esclavitud (con excepción de los «servidores» o «esclavos» domésticos) pero se recondujeron al régimen de servidumbre a campesinos e incluso pequeños propietarios

quier trabajo que no sea en libertad, y el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe la existencia de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados.

⁵⁵ GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: *La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*, Madrid: Civitas, 1995, pág. 21.

⁵⁶ GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: *La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*, op. cit., pág. 43.

⁵⁷ GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: *La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*, op. cit., págs. 63-64.

antaño libres. Este régimen servil operó sin práctica solución de continuidad con el colonato, que se reprodujo y perpetuó (junto con otras formas de protección, muy semejantes, de raigambre germánica) por las continuas guerras y conmociones de todo tipo. Las adscripciones a la gleba y el carácter hereditario de la condición de siervo (que se heredaba y era hereditaria), aparecían como las características más destacables de las múltiples situaciones de servidumbre que se daban en el medioevo, siendo corriente en la Península el hombre de «behería» que podía elegir y cambiar de señor, y en donde se dio un fenómeno excepcional de estabilidad con la monarquía visigoda, siendo corrientes las alusiones a la existencia de una prefeudalización goda, dudándose de la implantación de un régimen feudal comparable con el vigente en Europa. La Reconquista y las repoblaciones determinaron la existencia de un elevado número de trabajadores libres.

La ciudad medieval, por lo que representó, no significó continuidad con la ciudad antigua, entre aquellas únicamente se mantenía una identidad urbanística. La ciudad medieval apareció como un centro de tráfico económico y como un ámbito de producción especializada, que además consumía, normalmente, los excedentes (más allá del autoconsumo) de la producción agraria. La tierra circundante se explotaba para el sostenimiento de los moradores de la ciudad. Pero lo que singularizó y dio capital importancia a la ciudad medieval fue el constituir un ámbito de libertad para sus moradores, su aislamiento, con más o menos intensidad, del régimen feudal. Según el célebre dicho alemán, «el aire de la ciudad hace (a los hombres) libres». Los fueros y los consulados acabaron siendo los medios por los que se instrumentó la independencia y autonomía de la ciudad, frente a los poderes feudales y el poder real proclamó su autogobierno (municipal), y preservó las libertades de sus moradores. La residencia en la ciudad (durante un cierto tiempo y, en algunos casos, instantáneamente) determinaba que el otrora siervo se convirtiera en hombre libre, lo que provocó un continuo flujo humano hacia las ciudades.

La «ciudad», sinónimo de civilización,⁵⁸ se constituyó en centro mercantil y de producción industrial (por contraposición agrícola), en la que se producían manifestaciones de división del trabajo y de asociacionismo profesional y mercantil.⁵⁹ El gremio se estructuraba en unidades de producción de las que era titular un «maestro» (maestro y empresario) y en la que prestaban su trabajo libre oficiales y aprendices, mediante un contrato de arrendamiento/trabajo (y, en su caso, aprendizaje), de duración, ordinariamente, corta (diario incluso), y salario en metálico y especie (bien que

⁵⁸ En la ciudad medieval los indigentes y los mendigos son socorridos, pero son «también utilizados como fuerza de trabajo, es decir, encerrados: una constante en la política de las ciudades y de los Estados a partir del siglo XVI será el tratar de encerrar a los indigentes en los talleres de las hospederías», indica BAREL, Y.: *La ciudad medieval. Sistema social-Sistema urbano*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1980, pág. 244-245.

⁵⁹ Precisamente en la aparición del régimen gremial, fue determinante la prestación de trabajo por cuenta ajena, en libertad y en la ciudad. En ella se asociaban tanto los comerciantes como los artesanos. Lo que no impedía la existencia de trabajadores no asociados (especialmente en la construcción) así como la existencia de asociaciones no gremiales (oficio «libre» frente al agremiado o «jurado»), y de ciudades cerradas y libres (según se exigiese o no ser miembro del gremio para ejercer el «oficio»). Los gremios de artesanos se constituyeron «por oficios», posteriormente y en oposición (violenta) a las asociaciones de comerciantes reclamaron su participación en el gobierno municipal, participando en la defensa de la ciudad, monopolizando al propio tiempo el ejercicio del «oficio», determinando la producción, fijando los precios y garantizando las calidades. Reguló y disciplinó, mediante estatutos y ordenanzas, las relaciones de los agremiados entre sí y las condiciones de prestación del trabajo en el «oficio» (es el «oficio organizado»), fueron también (y quizás inicialmente) asociaciones religiosas (de culto) y entidades mutualistas, realizando actividades benéficas, creando y sosteniendo hospicios y hospitales, obras pías y asistenciales (hermandades y cofradías) a favor de sus miembros pobres, enfermos, inválidos, sus viudas y huérfanos.

el «aprendiz», en ocasiones, fuera el que pagase). El «maestro» era un grado superior al de «oficial» y este al de «aprendiz». Acceder al oficio requería un largo aprendizaje y alcanzar el último grado que, al menos inicialmente, suponía establecerse independientemente (nueva unidad productiva), exigía el desempeño de largos periodos como «oficial» y superar, finalmente, un examen riguroso, requisitos que con el tiempo se fueron agravando (la «obra maestra», además de tasas extremadamente onerosas, y la necesidad de incidir en gastos y dispendios de todo tipo), hasta llegar en ocasiones a cerrarse el gremio y transmitirse la empresa a viuda, hijos u otros parientes.⁶⁰ La imposición de regulaciones del trabajo por poderes ajenos (heteronomía normativa) se acentuó con la consolidación de las monarquías (las Ordenanzas de menestrales de Castilla y Aragón son ejemplares), como poderes exclusivos y excluyentes en la creación de normas jurídicas. El mercantilismo constituyó una etapa de ruptura con los postulados éticos y socioeconómicos del medioevo.⁶¹

A esa etapa le siguió la Revolución Industrial, expresión que se utiliza, ordinariamente, para designar la primera fase del desarrollo de la industria moderna que tuvo lugar en Inglaterra y en el sur de Escocia en el último tercio del siglo XVIII. La aparición del proletariado industrial y urbano se vinculó directamente a la aparición del *factory system*. Aquella «revolución»⁶² determinó que grandes masas de capital, en parte antes utilizadas, por los mercaderes, para adquirir los objetos realizados en el taller artesanal, o que servían para la adquisición de la materia prima que era enviada a los talleres domésticos para su elaboración (y cuya remuneración servía para atender al precario sus-

⁶⁰ De la inicial relación cuasifamiliar que se da del «maestro» con los oficiales y especialmente con los aprendices, se pasó, a medida que aumentaba el tamaño de las unidades productivas, a relaciones de trabajo despersonalizadas, limitándose el «maestro» a dirigir y coordinar el trabajo, sin participar, como sucediera inicialmente, activamente en su ejecución. Las grandes pestes que asolaron Europa, diezmando las poblaciones, junto con la desaparición de la autonomía municipal, fueron determinantes en la decadencia del gremio.

⁶¹ La manufactura e industria doméstica, la actitud de los mercaderes contraria a la competencia, que provocaron la intervención del Estado en la regulación monopolista de precios y productos, la imposición de aranceles y limitaciones a determinadas importaciones, y la tendencia a la acumulación de riqueza pecuniaria (oro y plata) caracterizaron a esta época, que es también la de los «mercaderes aventureros», las agrupaciones de mercaderes (Universidad de Mercaderes del Siena de 1664), las primeras «compañías» (Ordenanza de Roussillon, Ordenanza de Blois, el Còde Michaud, las Ordenanzas de Bilbao, etc.) y de las grandes «compañías» de indias (en 1555 la Compañía Moscovita, en 1600 la Compañía Británica de las Indias Orientales, en 1602 la Compañía Holandesa de la Indias Orientales, en 1664 la Compañía Francesa de las Indias Orientales, etc.), antecedentes de las posteriores sociedades anónimas, y que permitieron la acumulación de grandes masas de capital, mediante las aportaciones de la burguesía incipiente y la aristocracia terrateniente (incluso por expediciones), con riesgos limitados a la pérdida del capital aportado; Indica SÁNCHEZ CALERO, F.: «La sociedad cotizada en bolsa en la evolución del derecho de sociedades», *RAJL*, Madrid, 2001, pág. 57, que la «calificación de la sociedad anónima como la "gran máquina del siglo XIX", que utilizó la exposición de motivos del Decreto de 1868 (...), se reiteraría y la haría famosa RIPERT ochenta años después denominándola como "máquina jurídica", tras considerarla como un maravilloso instrumento creado "por el capitalismo moderno para recolectar el ahorro con el fin de la fundación y la explotación de las empresas". Expansión de la sociedad anónima que se ha visto confirmada posteriormente cuando, tras su desarrollo constante, se consolida como titular de la gran empresa, tanto cuando aparece de forma aislada, como cuando de manera más frecuente forma parte de un grupo de sociedades que potencia su presencia como motor de la actividad económica y asume su papel de "operadora" económica protagonista del mercado».

⁶² El origen de la Revolución Industrial es muy discutido, debatiéndose fundamentalmente si debe atribuirse a las innovaciones tecnológicas que aparecen en un momento singularmente rico en invenciones (WATT, ARKWRIGHT, KAY y HARGREAVES, etc.) o a la aparición del espíritu de empresa. Con ella se inicia el largo proceso que «modeló profundamente el desarrollo económico». A. SMITH (*Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*), K. MARX (*El Capital*, y con F. ENGELS el *Manifiesto comunista*), que surgen en aquel proceso, son los economistas más célebres y autores de los tratados con más influencia en el desarrollo posterior de las ideologías (economicismo), el capitalismo y el socialismo/comunismo.

tento de los miembros de las familias), se comenzaron a invertir en la creación de grandes establecimientos fabriles y en maquinaria, provocando el desplazamiento hacia las zonas industriales, fábricas y factorías a quienes, salvo alimentos para atender a su subsistencia y escasas mercancías, poco o prácticamente nada antes habían producido.

Las empresas en esta etapa se van a caracterizar por su notable dimensión, comparada con las unidades de producción de épocas anteriores, y por la introducción de la división del trabajo, gracias a la aparición y eficacia de las nuevas invenciones (maquinismo) que permitieron la separación del proceso productivo en operaciones diferentes y la especialización del trabajador en cada una de las tareas que lo componían. La manufactura se especializa y la factoría florece. La aportación de las ingentes masas de capital necesario se logró mediante la creación de las sociedades por acciones o anónimas (formidable invento sin el que no hubiera sido posible el espectacular desarrollo económico del capitalismo). La creación y destrucción de empleo fueron consecuencias antagónicas, pero asociadas, desde entonces, a un desarrollo económico espectacular que se funda en la capacidad creativa humana. En épocas posteriores, merced al desarrollo de los sistemas de Seguridad Social y demás mecanismos de protección social propios de la sociedad del bienestar, los inconvenientes derivados de la destrucción del empleo desaparecen o se minimizan, pero en aquella época la desaparición de las formas tradicionales de trabajo, las migraciones a las ciudades, la mejora de las condiciones higiénicas y la disminución de la mortalidad con el consiguiente aumento demográfico, van a determinar la existencia de grandes excedentes de mano de obra desocupada, sin medios de subsistencia, abocada a la miseria y la pobreza.⁶³

Las grandes masas trabajadoras de las fábricas del centro de Inglaterra y de Escocia sufren las consecuencias más adversas (jornadas extenuantes, salarios míseros, condiciones higiénicas deplorables en los lugares de trabajo y en los hogares, *truck system*, trabajo de niños y mujeres en condiciones lastimosas, etc. y, en fin, brevedad de una sufrida existencia) del proceso de desarrollo económico extraordinario que se inicia con la Revolución Industrial, y se encuentran en una situación de subordinación tal al poder del capitalista-empresario, y en un medio dominado ideológicamente por el darwinismo social y la ética protestante, que carecieron de capacidad de reacción contra aquellas insostenibles condiciones de trabajo y existencia. Terribles consecuencias sociales, que en España se manifiestan especialmente durante la primera mitad del siglo XIX, que produjeron inmediatas reacciones tendentes a la mejora de la situación de la clase obrera.⁶⁴

La valoración positiva del trabajo junto con la declaración de la libertad de industria, constituyen los rasgos más destacables de la ideología liberal, que parte de la proclamación de los principios de libertad e igualdad, «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos» (Preámbulo de la Constitución francesa de 1781). La vigencia del *laissez faire, laissez passer*, como

⁶³ Una perspectiva general e ilustrativa sobre «las desastrosas condiciones de trabajo y su repercusión en la población obrera», durante la Revolución Industrial, puede verse en GONZÁLEZ SÁNCHEZ: *Seguridad e Higiene en el Trabajo. Formación histórica y fundamentos*, Madrid: Consejo Económico y Social, 1997, págs. 47-60.

⁶⁴ Así en obra de SISONDI J.-CH.L., que advierte de la existencia de dos clases, los ricos y los pobres, o los capitalistas y obreros, y en la mitigación de los daños infringidos mediante realizaciones filantrópicas como el complejo fabril y residencial de New Lanark fundado por DALE, D., siendo también de destacarse el socialismo utópico de SAINT-SIMON, C.H.; FOURIER, CH. y OWEN, R., el socialismo de transición de BLANC, L.; PROUDHON, P.; LASSALLE, F. y FUERBACH, L. y el «cartismo» inglés.

norma y criterio contrario a toda intervención del Estado en materia social en cuanto limitadora de la libertad de contratación, es rígidamente mantenida durante la etapa inicial de la Revolución Industrial.⁶⁵ No obstante va a ir progresivamente desapareciendo, surgiendo la actividad legiferante,⁶⁶ administrativa y prestacional de los Estados.⁶⁷ Se imponen limitaciones a la voluntad del capitalista-empresario, hasta ese momento absoluta, en la relación jurídica derivada de la prestación del trabajo, bien que se mantenga la regulación, contenida en los Códigos Civiles, atinente al arrendamiento de servicios para la prestación del trabajo asalariado por cuenta ajena. En España la Ley de 30 de enero de 1900 de accidentes de trabajo, constituye un hito tanto de la legislación laboral⁶⁸ como en la previsión social, así como su reglamento aprobado por el Real Decreto de 28 de julio del mismo año y la Real Orden de 2 de agosto (sobre los mecanismos preventivos de accidentes de trabajo).⁶⁹

La Ley de 21 de noviembre de 1931, del Contrato de Trabajo, que constituye una regulación sistemática y general de la prestación del trabajo por cuenta ajena, es la primera norma básica del Derecho común o general del trabajo por cuenta ajena, regulación a la que sucede la Ley de Contra-

⁶⁵ «Proclamada la libertad de trabajo, y rotos los frenos que la antigua ordenación implicaba, el trabajador tuvo que enfrentarse con el patrono, económicamente mucho más poderoso; el trabajo humano se convirtió en mercancía sujeta a la ley de la oferta y la demanda; la competencia industrial indujo a la reducción de costes; y la sed de ganancias no se detuvo en escrúpulos morales: mujeres y niños fueron objeto de explotación; jornadas agotadoras extenuaron al trabajador, salarios de hambre empobrecieron la raza; pago en especie, dureza de trato, despidos arbitrarios completaron el cuadro. La libertad había dado paso a una nueva tiranía. Él había creído que podía existir verdadera libertad en un pacto concertado entre potencias terriblemente desiguales», afirma PÉREZ SERRANO, N.: *Tratado de Derecho Político*, 2.ª ed., Madrid: Civitas, 1984, pág. 646.

⁶⁶ «Con toda seguridad, estas dispersas medidas de "legislación industrial", que los juristas de la época consideraban indignas de figurar en los Códigos Civiles, hubieran sido absorbidas íntegramente por el Derecho administrativo si la relación contractual de trabajo hubiese continuado dentro de los confines normativos del Código Civil», indica MONTROYA MELGAR, A.: «Derecho y Trabajo», *op. cit.*, pág. 31.

⁶⁷ En Inglaterra se aprueba en 1802 la Health and Morals of Apprentices Act, relativa a la preservación de la salud y la moralidad de los aprendices en las fábricas que manipulaban algodón y de lana, en 1833 la Althorp Act, mediante la que se crea la Inspección de trabajo, en 1867, la Master and Servant Act, en 1875 la Employers and Workmen Act, en 1878 la Factory and Workshop Act, etc.; en Francia se aprueba el 22 de marzo de 1841 la Ley sobre el trabajo de los niños en las manufacturas, en 1848 se elabora, bajo la influencia de los acontecimientos revolucionarios una ambiciosa legislación protectora (fundada sobre el establecimiento de la libertad de asociación y del derecho al trabajo) que casi no tuvo vigencia, y tras regularse el trabajo de los niños y las mujeres y crearse la Inspección de trabajo en 1874, la Ley de 21 de marzo de 1884 que reconoce la libertad de asociación profesional, constituye el punto de arranque, generalmente reconocido, de una importante legislación social; en Alemania la legislación social de Bismarck se elabora a partir de 1880, siendo de destacarse la creación del sistema de seguros sociales (en 1883 el seguro de enfermedad, en 1884 el seguro de accidentes, en 1889 el seguro de vejez e invalidez, etc.). Al propio tiempo se produce la represión del asociacionismo obrero (Combinations Acts de 1799 y 1800 y Ley Chapelier de 1791).

⁶⁸ *Vid.* DE LA VILLA, L.E.: «La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 en la construcción del ordenamiento laboral español», en PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (coords.): *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, Madrid: CEF, 2006, págs. 103 y ss.

⁶⁹ Son manifestación de la actividad legiferante e intervencionista del Estado la Ley de 13 de marzo de 1900 que fija las condiciones de trabajo de mujeres y niños, el Real Decreto de 20 de junio de 1902 (condiciones de los contratos de los obreros con los concesionarios de obras públicas), las Leyes de 3 de marzo de 1904 (descanso dominical), y 12 de julio de 1906 (de modificación de los artículos 1.449 y 1.451 LEC, de 1881, y que limita la cuantía de los embargos de jornales y salarios), el Real Decreto de 18 de enero de 1907 (prohibiendo a los patronos y jefes establecer tiendas y cantinas en las explotaciones), la Ley de 19 de mayo de 1908 (Tribunales Industriales), la Ley de 27 de abril de 1909 (que deroga el art. 556 CP, de 1870, permitiendo coligaciones y huelgas), la Ley de 12 de agosto de 1912 (de protección de la infancia), la Ley de 21 de diciembre de 1907 (migraciones), las Leyes de 27 de febrero (ley de la silla), 11 de julio de 1912 y 4 de julio de 1918 (sobre jornada en establecimientos mercantiles) y los Reales Decretos de 11 de marzo (retiro obrero), 15 de marzo (jornada máxima) y 20 de noviembre de 1919 (seguros sociales).

to de Trabajo de 1944 (Libro I aprobado el 26 de enero y Libro II aprobado el 31 de marzo de 1944), la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976, el Estatuto de los Trabajadores Ley 8/1980 de 10 de marzo, y el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, norma vigente (sucesión de normas que no impidió la ocasional subsistencia de las anteriores, con valor reglamentario, ante la falta de previsiones normativas en la nueva norma).

Se afirma que «es grave la confusión entre regulación jurídica específica del hecho social del trabajo y la aparición histórica de una legislación específica, bautizada como legislación obrera, legislación obrera que no se concibe al margen de la sociedad de clases (...). El derecho del trabajo es así un derecho clasista, (...). El derecho del trabajo evoluciona con la realidad social que delimita y es, en tal sentido, una forma social, y en cuanto tal, una entidad histórica. Estudiar el Derecho del Trabajo fuera del contexto histórico es aceptar de antemano la conclusión errada».⁷⁰ Ese contexto histórico es el capitalismo más tarde evolucionado al sistema de economía social de mercado. En ellos la institución de la propiedad ocupa un lugar central y a la cual se vincula. Por eso «en el fondo de todo contrato de trabajo el derecho del trabajo existe, por definición, una dualidad de posiciones: la posición del trabajo y la posición del capital».⁷¹

La regulación antigua de la prestación del trabajo, *pari passu* contrato de trabajo, cuenta, «con una historia milenaria que arranca, cuando menos en nuestra cultura, de la *locatio operarum romana*»⁷² y su regulación actual enlaza con la contenida en el Código de Comercio sobre factores, dependientes y mancebos, y con el arrendamiento de servicios del Código Civil. En los momentos que nos ha tocado vivir el régimen jurídico trabajo asalariado por cuenta ajena presupone o tiene como presupuesto fáctico regular la misma hipótesis prestacional de trabajo que la del llevado a cabo en las manufacturas, ya en tiempos del capitalismo comercial,⁷³ de tal manera que nuestro Derecho positivo (Real Decreto Legislativo 1/1995) no se separa del paradigma histórico capitalista.⁷⁴ Esto es, puede seguirse manteniendo, dada su regulación jurídico-positiva, que «el contrato de trabajo, en su más radical sustancia, no es sino el instrumento de la consagración jurídica de tal desigualdad socioeconómica: el contrato de trabajo formaliza, en efecto, la situación de poder económico y personal del empresario, haciéndolo a este titular de la utilidad patrimonial y de la disposición del trabajo»,⁷⁵ pero también es cierto que la modera, sirviendo al desarrollo social

⁷⁰ DE LA VILLA, L.E.: «En torno al concepto del Derecho Español del Trabajo», en PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (coords.): *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, Madrid: CEF, 2006, pág. 264.

⁷¹ MONTOYA MELGAR, A.: «Derecho y Trabajo», *op. cit.*, pág. 41.

⁷² ALONSO OLEA, M.: «Las raíces del contrato de trabajo», *op. cit.*, pág. 399.

⁷³ SOTELO, I.: «El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive», *op. cit.*, págs. 342, 346 y 350.

⁷⁴ «En el Derecho del Trabajo, como en cualquier otra forma social, hay partes que no pueden alterarse sin trastocar sustancialmente su naturaleza, y otras que permiten una mutación cuando las circunstancias lo aconsejan. Hay que considerar partes e instituciones inmodificables todas aquellas que pudieran significar, alteradas que fueran, la ruptura del equilibrio de intereses que el Derecho del Trabajo ha asegurado históricamente», dice DE LA VILLA, L.E.: «Función del Derecho del Trabajo en la situación económica y social contemporánea», en PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (coords.): *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, Madrid: CEF, 2006, pág. 385.

⁷⁵ MONTOYA MELGAR, A.: «Derecho y Trabajo», *op. cit.*, pág. 41.

mediante la «limitación de la subordinación o dependencia del trabajo»⁷⁶ y el incremento de la responsabilidad del empresario.⁷⁷

La última manifestación de la prestación del trabajo, tendencialmente liquidadora o superadora del contrato de trabajo y la relación laboral, y por lo tanto del predominio del derecho de propiedad, es la del trabajador autónomo dependiente. «Esta categoría de trabajadores carece de contrato de trabajo. No depende de la legislación laboral, dado que ocupa una "zona gris" entre el Derecho laboral y el Derecho mercantil. Aunque son oficialmente "trabajadores por cuenta propia", estos trabajadores dependen económicamente de un solo empresario o cliente/empleador para la obtención de sus ingresos».⁷⁸ Hablamos entonces de «parasubordinación».⁷⁹

III. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL CONTRATO DE TRABAJO: EL EMPRESARIO/ EMPLEADOR Y EL TRABAJADOR. SUS POSICIONES RELATIVAS EN EL CONTRATO DE TRABAJO

El enraizamiento del contrato de trabajo en la *locatio conductio* romana, supone exclusión de la compraventa (del trabajador/esclavo) y llamada al arrendamiento del (hombre libre/liberto). Esto es, «el origen de las relaciones laborales está en la cesión de los esclavos por su dueño. Precisamente por esto, por comenzar consistiendo en la cesión temporal a un tercero de una cosa propiedad –el esclavo–, es por lo que es posible explicar por qué tanto el Derecho romano como las

⁷⁶ ALONSO OLEA, M.: «Las raíces del contrato de trabajo», *op. cit.*, pág. 415.

⁷⁷ Para una visión económica del trabajo y su problemática teórica y práctica desde el s. XVII hasta la actualidad, GALLEGGO, E.: *Historia breve del mercado de trabajo*, Madrid: Ecobook, 2009.

⁷⁸ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, "Nuevas tendencias del trabajo autónomo: el caso específico del trabajo autónomo económicamente dependiente", *op. cit.*, punto 3.2.4, pág. 47, que en su punto 4.1.3, pág. 19 indica lo siguiente: «La observación de los ordenamientos jurídicos nacionales que han admitido la existencia de una nueva categoría jurídica, lleva a realizar una serie de constataciones. En primer lugar, en todos los casos se trata ciertamente de establecer una categoría nueva, distinta tanto de la del asalariado como de la del trabajador autónomo y, a fortiori, del verdadero empresario. El fin perseguido en estos distintos países no es hacer de los asalariados unos trabajadores autónomos pero económicamente dependientes, sino conferirles un régimen jurídico específico, lo que implica una protección particular, que se justifica por la existencia de dependencia económica. Es por esta razón por lo que, en los distintos casos que se invocan, la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente excluye la existencia de una relación de subordinación jurídica. Esto último resulta, en efecto, un elemento clave de la definición jurídica del asalariado en la gran mayoría de los países de la Unión Europea. Será asalariado el que trabaje bajo la dirección y el control de otra persona, calificada como empleador, situación que es en sí misma detectable por una serie de indicios: el hecho de trabajar para una sola persona durante un periodo determinado; la ausencia de responsabilidad del asalariado por lo que se refiere a los riesgos financieros de la empresa, el trabajo efectuado en beneficio de otra persona, etc. Según este criterio, si bien todo asalariado es económicamente dependiente, en cambio no todo trabajador autónomo económicamente dependiente es necesariamente asalariado».

⁷⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, "Nuevas tendencias del trabajo autónomo: el caso específico del trabajo autónomo económicamente dependiente", *op. cit.*, punto 5.1.1, pág. 49, que advierte, en el punto 5.1.3, pág. 49, lo siguiente: «Puesto que el trabajo autónomo económicamente dependiente está reconocido, es posible también temer que la relación mercantil entre un cliente y un trabajador autónomo económicamente dependiente se prolongue en el tiempo de forma tal que, en la práctica, el trabajador autónomo económicamente dependiente acabe por ocupar un empleo permanente por cuenta de su cliente. Si bien la relación mercantil puede ser verdaderamente real al principio, su prosecución durante un periodo más o menos largo debe llevar a imaginar condiciones y medios que permitan al trabajador autónomo económicamente dependiente acceder al régimen de asalariado de su antiguo cliente, convertido ahora en su empleador».

legislaciones modernas configuraron el contrato de trabajo como un arrendamiento y no como una compraventa».⁸⁰

En el Derecho romano las locaciones, tanto la *locatio conductio operarum* como la *locatio conductio operis*, tenían como contenido «siempre el trabajo subordinado, siendo la compraventa la forma jurídica de dar salida al trabajo autónomo e independiente»,⁸¹ emergiendo de la mano de la *locatio conductio operarum* el *mercenarius*, que puede concebirse en sentido amplio o estricto, pareciendo que con tal expresión se está haciendo alusión solo a aquel que desempeñaba un oficio o una actividad a cambio de un precio. En todo caso, con tal expresión se está haciendo alusión a una persona libre».⁸²

En el Código Civil «arrendamiento de servicios y arrendamiento de obras participan de la misma causa, a saber, la utilidad que para el arrendador adquirente tienen los frutos del trabajo humano, se paguen los frutos directamente en la locación de obra o se pague el trabajo invertido en su ejecución en la de servicios».⁸³ Pero existe una diferencia sustancial entre ambas locaciones, explicativas de por qué solo una de ellas es antecedente del contrato de trabajo, y no se debe buscar la diferencia en el modo de retribuir sino en cómo se distribuyen los riesgos asociados a la prestación del trabajo mismo.⁸⁴

Consecuencia de todo ello es que, por un parte, «en el Código Civil, pese a la apariencias, lo que hoy llamamos contrato de trabajo,⁸⁵ y en él se llama arrendamiento de servicios, aparece perfectamente individualizado y separado del arrendamiento de cosas; y del arrendamiento de obras, o del contrato de obra por ajuste o precio alzado»,⁸⁶ y por otra parte, que «la configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato de arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil, no es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho «al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido código a la legislación laboral actualmente vigente».⁸⁷

De aquella configuración del contrato de trabajo necesariamente se deriva que el trabajador haya de ser una persona (física), pero que el empresario pueda serlo una entidad, personificada o no (organización). El trabajador no puede reconducirse a los servicios que presta, de ahí que no pueda «confundirse» con otros trabajadores ni «fragmentarse». Ni él ni la posición que ocupa en el contrato de trabajo son fungibles ni «fragmentables». Sin embargo en el empresario no se da ese arraigo personal, característico del trabajador, en ningún caso, ni siquiera cuando se trata de una persona física, por ello la posición empresarial puede ser objeto de «sucesión» (sucesión de empresa) de «fusión», «escisión» y «fragmentación».

⁸⁰ GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: *La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*, *op. cit.*, pág. 40.

⁸¹ GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: *La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*, *op. cit.*, pág. 47.

⁸² GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: *La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*, *op. cit.*, pág. 49.

⁸³ ALONSO OLEA, M.: «Las raíces del contrato de trabajo», *op. cit.*, pág. 400.

⁸⁴ Véase nota anterior.

⁸⁵ MONTOYA MELGAR, A.: «Derecho y Trabajo», *op. cit.*, págs. 30-31.

⁸⁶ ALONSO OLEA, M.: «Las raíces del contrato de trabajo», *op. cit.*, pág. 401.

⁸⁷ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2008, que precisa como en «el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un "precio" o remuneración de servicios; En el contrato de trabajo dicho esquema o causa objetiva del tipo contractual es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada».

El empresario y el trabajador son las partes del contrato de trabajo.⁸⁸ La importancia relativa de esos elementos en la determinación misma de la existencia de aquel negocio jurídico se pone en evidencia cuando se advierte que «empresario» es sinónimo de «empleador», que no se desmiente por la afirmación, generalmente aceptada, de que el concepto nuclear en el Derecho del Trabajo es el de trabajador y que el de empresario es traslativo y derivado de aquel, careciendo, en ese ámbito normativo concreto, de sustantividad propia.⁸⁹

Según nuestro ordenamiento jurídico positivo, hay contrato de trabajo «allí donde haya una prestación de servicios realizada en forma personal, voluntaria, remunerada, por cuenta de otro y dentro de su ámbito».⁹⁰ Su objeto consiste en la prestación de servicios retribuidos, en libertad. La consensualidad que lo caracteriza presupone voluntariedad, concurrencia de oferta y aceptación libres (arts. 1254, 1258 y 1262 Código Civil). Por una parte el trabajador consiente en trabajar «para otro», asumiendo una deuda de actividad, que no de resultado, deviniendo obligado a un quehacer personal, lo que lleva a caracterizar al contrato de trabajo como celebrado *intuitu personae*, por ello el trabajador no puede, motu proprio, sustituirse sin necesidad de contar con el asentimiento del empresario, salvo supuestos esporádicos y marginales. Por otra parte el objeto de la obligación primordial del empresario es la retribución salarial (comprensiva de «la totalidad de las prestaciones económicas, en dinero o en especie» pactadas), que deriva directa e inmediatamente de la prestación de los servicios, siendo independiente de los beneficios que la prestación de servicios por el trabajador reporte al empresario, quedando así marcada la sinalagmaticidad del contrato de trabajo.⁹¹

El enraizamiento del contrato de trabajo en la *locatio conductio*⁹² (*operarum*), obliga a diferenciar entre este y el contrato de arrendamiento de servicios, punto en el que se afirma la inexistencia del contrato de trabajo cuando el empresario se limita a concertar la prestación del servicio, «no inmiscuyéndose en el modo en que va a hacerlo quien se obliga a prestarlo».⁹³ Por ello, se dice, que es el empresario y no el trabajador, el que pone los medios precisos para el desempeño y realización del trabajo, «siendo también él quien se encarga de dirigir y controlar la labor de las personas que materialmente acometen la labor, así como quien asume el riesgo si fallan los medios de que se ha dispuesto para realizar la obligación asumida».⁹⁴

Esto es, «la diferencia entre el contrato de trabajo y el arrendamiento de servicios no laboral radica en que, en este segundo caso, el contratante asume dar el servicio, mientras que en el primero solo asume dar su trabajo. Por eso, es aquel (y no este) quien ha de encargarse de organizarlo y de poner los medios personales y materiales para cumplir con la obligación convenida, asumiendo el riesgo de que

⁸⁸ Insiste en la virtualidad expansiva del Derecho del Trabajo MONTROYA MELGAR, A.: «Derecho y Trabajo», *op. cit.*, pág. 32; del mismo autor «Tendencia actuales sobre el ámbito personal de Derecho del Trabajo», *op. cit.*, págs. 63 y ss., especialmente págs. 88-89; En sentido sutilmente diferente SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: *Hacia un nuevo Derecho del Trabajo: el derecho de la actividad profesional*, *op. cit.*, págs. 39-48.

⁸⁹ DE LA VILLA, L.E.: «En torno al concepto del Derecho Español del Trabajo», *op. cit.*, pág. 271.

⁹⁰ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2008.

⁹¹ STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 20 de junio de 2005.

⁹² Sobre la exclusión de la ejecución de obra del Derecho del Trabajo, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: *Hacia un nuevo Derecho del Trabajo: el derecho de la actividad profesional*, *op. cit.*, págs. 29-39.

⁹³ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2008

⁹⁴ Véase nota anterior.

estos fallen, sin que pueda inmiscuirse en esos terrenos el arrendador, ya que al hacerlo, está aportando el elemento que transforma el arrendamiento de servicios no laboral en un contrato de trabajo».⁹⁵

Establecida aquella diferenciación, queda por indicar los conceptos de trabajador y empresario, con sus antecedentes del de «patrono» y del de «operario»,⁹⁶ pudiendo al efecto indicarse lo siguiente:

- a) «Debe considerarse "trabajador" cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio. (...) La característica de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución».⁹⁷
- b) La condición de empresario, a efectos laborales, «se atribuye a quien recibe unos servicios de esta naturaleza o a las empresas de trabajo temporal legalmente constituidas que contratan a personas para realizar servicios a empresas usuarias».⁹⁸

IV. SOBRE LOS DERECHOS INFRINGIDOS Y LA VINCULACIÓN DE LOS EMPRESARIOS

La «fragmentación de la posición empresarial» constituye un concepto novedoso que evoca la división en diferentes partes de algo que tiene unidad, pero no su descabamiento. Su formulación surge y se hace a la vista de determinados derechos fundamentales, que una de las partes (los trabajadores) de concretas relaciones laborales consideraron violentados. Es la importancia de los derechos infringidos o desconocidos lo que ha determinado aquella reconstrucción de los elementos subjetivos de la relación laboral, que tiene vocación de generalización a todas las posibles vicisitudes que surjan a lo largo de la existencia de las relaciones laborales, pero que aparece formulada únicamente en relación con determinados derechos fundamentales.

La idea de «fragmentación de la posición empresarial», que se construye en las sentencias objeto de comentario, pivota sobre dos elementos. A saber:

- a) De una parte la parte sobre la transcendencia de los derechos que han sido infringidos.
- b) De otra parte sobre la vinculación de los empresarios entre sí.

⁹⁵ Véase nota 93.

⁹⁶ Sobre ambos conceptos en la legislación de accidentes de trabajo DE LA VILLA, L.E.: «La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 en la construcción del ordenamiento laboral español», *op. cit.*, págs. 110-123, que precisa «la influencia del concepto de contrato de trabajo derivado de la LAT es limitada en la legislación laboral posterior que arranca de 1931».

⁹⁷ SSTJUE de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum, asunto 66/85, de 23 de marzo de 2004, Collins, asunto C-138/02, de 7 de septiembre de 2004, Trojani, asunto C-456/02, de 17 de marzo de 2005, Kranemann, asunto C-109/04, de 17 de junio de 2008, Andrea Raccanelli, asunto C-94/07, de 11 de septiembre de 2008, Petersen, asunto C-228/07, de 4 de febrero de 2009, Hava Genc, asunto C-14/09, y 4 de junio de 2009, Athanasios Vatsouras y otros, de asuntos acumulados C-22/08 y C-23/08.

⁹⁸ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2008.

Los derechos cuestionados han de ser derechos de los trabajadores y de tal entidad o importancia relativa, que puedan «traspasar» la ausencia de vinculación contractual directa entre trabajador y empresario, de tal manera que «salten» la estricta «relatividad de los efectos del contrato», concretados a las partes y, en su caso, sus sucesores. Pero además se requiere que ese «traspaso» o ese «salto» tenga una dirección determinada, para ello ha de encontrarse el fundamento de afectación del «traspaso» o del «salto» (ha de establecer una «flecha»), más allá de la referida «relatividad de los efectos del contrato de trabajo», a otro empresario, no parte en el contrato de trabajo, de tal manera que quede vinculado «como si hubiera sido parte en el contrato», y ese fundamento va a estar en la vinculación contractual existente entre los empresarios y los efectos reflejos de la decisiones contractuales de una de las partes, en esa sede contractual, sobre las relaciones laborales (otra sede contractual) mantenidas por la contraparte.

En relación con los derechos infringidos, ha de repararse en que al Tribunal Constitucional se planteó, en los asuntos correspondientes a las sentencias objeto de comentario, la vulneración de los artículos 24.1 y 28.2 de la CE. Fundamental para la comprensión del «fraccionamiento de la posición empresarial», es el lugar prominente que en las quejas en amparo se atribuye a la violación del derecho de huelga, desde la perspectiva de la «garantía de no ser despedido o sancionado como consecuencia del ejercicio legítimo del derecho de huelga». La acusada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se efectúa también en otra perspectiva de la «garantía de indemnidad». Aduciéndose en definitiva que la extinción de los contratos de trabajo estuvo motivada, fundamentalmente, por las «movilizaciones» de los trabajadores (de la contratista) en búsqueda de mejoras en sus condiciones laborales, que incluyeron el ejercicio del derecho de huelga.

En cuanto al fundamento de la superación de la «relatividad de los efectos del contrato», con la consecuencia del «salto» hasta incluir en la posición empleadora a quien formalmente no era parte de la misma, y constitutivo del «fraccionamiento de la posición empresarial», resulta que se trataba de empresarios vinculados entre sí por un «contrato mercantil de arrendamiento de servicios para la prestación de determinados servicios en el centro de trabajo del (comitente o empresario principal)», y de las actuaciones de una de las partes (comitente o empresario principal) sobre ese contrato, generadora de diversas vicisitudes, ampliaciones y restricciones, hasta que lo resolvió definitivamente, con consecuencias reflejas en las relaciones laborales concluidas por la contraparte del contrato mercantil de arrendamiento de servicios (contratista) y mantenidas por la misma para poder llevar a efecto las prestaciones que le correspondían en tal relación arrendaticia.

1. Los derechos infringidos

Tomando como referencia una genérica garantía de indemnidad, abarcadora de las infracciones aducidas tanto del artículo 24.1 de la CE como del artículo 28.2 de la CE, cabe recordar que la jurisprudencia constitucional establece dos conceptos de garantía de indemnidad:⁹⁹ a) «Una primera noción, "amplia" o "genérica", referida a la prohibición empresarial de represalia ante el ejercicio por parte del trabajador de cualesquiera de sus derechos fundamentales o libertades públicas»;¹⁰⁰ b)

⁹⁹ SSTC 14/1993, de 19 de enero; 54/1995, de 20 de febrero; 140/1999, de 27 de julio; 5/2003, de 20 de enero; 144/2005, de 6 de junio; 171/2005, de 20 de junio; y 16/2006, de 19 de enero.

¹⁰⁰ STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 2 de febrero de 2010.

«Una noción técnica o "estricta", para la cual la garantía de indemnidad es una manifestación particular del derecho a la tutela judicial efectiva».¹⁰¹

De aquella genérica garantía de indemnidad «resulta evidente que una tutela efectiva del derecho de huelga¹⁰² resulta incompatible con la tolerancia de una actuación empresarial dirigida a sancionar directa o indirectamente su legítimo ejercicio, pues el ejercicio de un derecho constitucional no puede ser nunca objeto de sanción,¹⁰³ por lo que toda decisión de tal naturaleza habrá de ser igualmente declarada discriminatoria y radicalmente nula». Igualmente de la noción estricta, resulta que «la garantía de indemnidad en el campo de las relaciones laborales se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos».

Parte el Tribunal Constitucional en las sentencias objeto de comentario, de que se han acreditado suficientemente los móviles discriminatorios de la decisión empresarial. Afirmando que las conclusiones¹⁰⁴ obtenidas por los órganos judiciales cuyas sentencias fueron objeto de impugnación en amparo, mediante la valoración de la prueba, en aplicación de la doctrina constitucional en materia de prueba indiciaria,¹⁰⁵ acreditaban que, la extinción de los contratos de trabajo se había producido «como consecuencia de las movilizaciones previamente desarrolladas por el conjunto de los trabajadores de la empresa, movilizaciones que (habían materializado) básicamente el ejercicio de sus derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga».

¹⁰¹ Véase nota 100.

¹⁰² Artículos 28.2 de la CE y 4.1 g) del ET.

¹⁰³ SSTC 11/1981, de 8 de abril, y 90/1997, de 6 de mayo.

¹⁰⁴ En relación con la prueba indiciaria, considera el Tribunal Constitucional que ha quedado suficientemente acreditado: a) Que la extinción de los contratos de trabajo, en ambos casos, se había producido como consecuencia de la previa rescisión por la empresa principal de la contrata mercantil que le ligaba con la contratista, empresaria directa del trabajador, estando tal causa de extinción expresamente prevista en el contrato de trabajo; b) Que la rescisión de la contrata mercantil había acontecido, en ambos supuestos, como consecuencia de las actuaciones desarrolladas por los trabajadores de la empresa contratista, denunciando la existencia de una cesión ilegal de mano de obra entre ambas empresas y reivindicando una mejora de sus condiciones de trabajo que las igualara con las de los trabajadores propios de la empresa principal. Esto es, que la contrata «se extingue a consecuencia de las movilizaciones iniciadas por los trabajadores despedidos, conflicto laboral en el que (el empresario principal) no quería verse involucrado y que propicia su decisión de poner fin a la contrata». Precisando que también se acreditaban las diferentes actuaciones desarrolladas por la contratista, «para evitar que la confrontación con los trabajadores repercutiese en (el empresario principal)», así como sus advertencias a sus trabajadores acerca de que «el conflicto podía acabar con la rescisión del contrato mercantil porque así lo decidiese (el empresario principal)» y la preocupación de la contratista, en la fase final de la negociación hacia «la retirada de la denuncia por cesión ilegal de mano de obra»; c) Que no se resultaba acreditada la «existencia de connivencia entre contratista y empresario principal dirigida a lograr la extinción de los contratos de los trabajadores, o, dicho de otra forma, que la decisión de rescisión de la contrata mercantil, determinante de la consiguiente extinción de los contratos laborales, fue adoptada única y exclusivamente por la empresa principal, no constando en los hechos probados de las resoluciones recurridas elemento alguno que permita deducir, ni siquiera indiciariamente, la existencia de un tal acuerdo, ni se advierte cuál sería la lógica del mismo, dado que la rescisión de la contrata no parece que pudiera ocasionar sino un perjuicio a la empresa contratista, cifrado en la pérdida de la actividad productiva objeto de la contrata, quedando acreditados los esfuerzos desarrollados por la contratista para evitar la rescisión de la contrata, tratando de alcanzar un acuerdo con los trabajadores sobre las diferentes cuestiones objeto de negociación y advirtiéndoles del riesgo de que la empresa principal decidiera rescindir la contrata de no retirarse la denuncia presentada (por cesión ilegal de trabajadores)»; d) Que no se había apreciado «la existencia de la denunciada cesión ilegal de mano de obra de la empresa contratista a la principal».

¹⁰⁵ Reiterándose al respecto en su doctrina sobre la prueba indiciaria; Me remito a mi trabajo, «La prueba indiciaria». (Comentario a la STC, Sala Primera, de 30-1-2003, núm. 17/2003), publicado en *RTSS. CEF*, núm. 243, junio 2003, págs. 115-132.

Precisando las sentencias objeto de comentario, que: a) «La celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, así como también que la libertad de empresa (art. 38 CE) no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas»;¹⁰⁶ b) «El ejercicio de las facultades organizativas del empleador no puede traducirse en la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni en la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquel».¹⁰⁷

2. La vinculación de los empresarios: el arrendamiento de servicios mercantil. Las contrataciones y subcontratas

El arrendamiento de servicios mercantil se corresponde y puede considerarse connatural a la época de globalización económica actual, constituyendo una técnica contractual el servicio del fenómeno conocido como descentralización¹⁰⁸ o externalización¹⁰⁹ (*outsourcing*),¹¹⁰ cuyo fundamento último hay que encontrarlo en el artículo 38 de la CE, y que afecta a gran parte de la actividad económica. Afirmandose que «ha dejado de ser una opción voluntarista del empresario, siendo necesaria la encomienda de modo forzoso del cometido empresarial a empresas externas que, por su organización específica, o por tener medios técnicos más idóneos serán garantía de una mejor producción o un mejor precio».¹¹¹ Que se puede lograr mediante:

- a) «Externalización del empleo», manifestación de las «formas modernas de organización del trabajo y de la producción (que) deben conducir necesariamente a reconsiderar el concepto mismo de subordinación en el trabajo, más allá de la mera subordinación jurídica».¹¹²

¹⁰⁶ SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, y 125/2007, de 21 de mayo.

¹⁰⁷ STC 41/2006, de 13 de febrero.

¹⁰⁸ «Mediante la lícita descentralización productiva, la empresa principal puede atribuir a una empresa contratista la realización de una parte de su actividad (siempre que sea suficientemente diferenciada), sin necesidad de que revista cualidad de complementaria o contingente, puesto que también las actividades inherentes al ciclo productivo pueden ser objeto de contrata externa. Pero en la válida "externalización" de la producción, la empresa principal se limita a recibir –con el lógico control– el resultado de la ejecución por la contratista, en la que esta aporta sus medios personales y materiales, con la consiguiente organización y dirección. Pero en la medida en que esta diferenciación sea inexistente, dependiendo de la principal la organización y control de los trabajadores de la contratista, la contrata se habrá desnaturalizado y trastocado en simple provisión de mano de obra e integrará una cesión ilícita de trabajadores», indica la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 24 de octubre de 2010, en el mismo sentido la STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 19 de mayo de 2010.

¹⁰⁹ Como señala la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2008, «hay que partir de la base de que nuestro ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva, lo que supone, con carácter general, que la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas que son necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores (Sentencia de la Sala Cuarta de 27 de octubre de 1994)», pero dado que «dos artículos 41 y 43 del Estatuto de los Trabajadores no fijan los límites entre la lícita contrata y la ilegal cesión temporal de trabajadores, ha sido la doctrina jurisprudencial la que ha ido cercenando las conductas abusivas» indica la STS, Sala Cuarta, de 17 de diciembre de 2001.

¹¹⁰ STS, Sala Cuarta, de 15 de abril de 2010; Me remito a mi trabajo «*Outsourcing*. (Comentario a la STS de Navarra, Sala de lo social, de 30-09-2000, rollo núm. 87/2000)», publicado en esta Revista núm. 218, mayo 2001, págs. 251-251.

¹¹¹ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 23 de junio de 2008.

¹¹² Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, "Nuevas tendencias del trabajo autónomo: el caso específico del trabajo autónomo económicamente dependiente", *op. cit.*, punto 5.3.2, pág. 50.

b) «Externalización productiva/de la actividad empresarial».

En adelante se tratará únicamente de la «externalización productiva/de la actividad empresarial», de arrendamientos de servicios mercantiles entre empresarios típicos, esto es, titulares de una organización más o menos compleja, pero dotada de elementos materiales o inmateriales (activo corriente/no corriente) y personales, porque a ellos, y solo de ellos, se refieren las sentencias objeto de comentario. Con referencias solo esporádicas a la «externalización del empleo», cuya abstracta configuración como contrata/subcontrata es harto discutible, y, en nuestro ordenamiento jurídico laboral, no parece posible, pudiéndose llevar a cabo únicamente por empresas de trabajo temporal.¹¹³

La «externalización productiva/de actividad» constituye un fenómeno estructural de la empresa, consecuente y acorde a los parámetros de la actividad de empresa correspondientes a los tiempos de globalización económica y financiera, que se ha intensificado extraordinariamente en los últimos años, comprensivo de diferentes modelos de descentralización productiva¹¹⁴ (que engloba la contratación y subcontratación de obras y servicios, los fenómenos de los grupos de empresas, la franquicia, el teletrabajo, el contrato de puesta a disposición de trabajadores entre empresas de trabajo temporal y empresas usuarias, o nuevas formas de arrendamientos de servicios¹¹⁵ y externalizaciones del empleo), y que es «debido, entre otras muchas causas, a la necesidad de lograr una mayor competitividad y de mejorar la relación calidad/precio, originando simultáneamente una expansión de la dimensión productiva empresarial y un adelgazamiento en sus estructuras, desvinculándose parte del proceso productivo del control directo del empresario que asume su resultado final».¹¹⁶

Ciertamente la «época que nos ha tocado vivir» camina «hacia un policentrismo geopolítico y neoeconómico»,¹¹⁷ abocando a nuevas tipologías empresariales conjuntistas, grupales y paragrupalas, apareciendo de una parte «nuevos empresarios-grupos de sociedades/empresas multinacionales» (las «nuevas multinacionales»), y de otra parte novedosas filosofías y políticas de colaboración empresarial. Aquellas son «empresas peculiares no solamente por su manera de actuar, sino también por sus orígenes, estructuras de propiedad»,¹¹⁸ estas son formas de integración de la actividad empresarial más laxa pero no por ello menos eficiente. Los límites entre una y otra técnica son difusos y justifican decisiones como las de las sentencias objeto de comentario, que en este extremo pueden considerarse paradigmáticas.

El arrendamiento de servicios entre empresarios constituye un contrato mercantil («arrendamiento de servicios mercantil»),¹¹⁹ manifestación de filosofías y técnicas de externalización productiva paragrupalas, carentes, en sí mismas consideradas, de regulación en nuestro ordenamiento jurídico, contando únicamente con la regulación civil contractual general respectiva, conformando junto con el «contrato de obra por empresa» el grupo de los «contratos de servicios», herederos de la *locatio conductio romana*. En términos civiles/mercantiles, debe distinguirse entre el arrendatario (que asume la

¹¹³ Sin que parezca que pueda llevarse a cabo por las «agencias de colocación» reguladas por el Real Decreto 1796/2910, de 30 de diciembre.

¹¹⁴ STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil, de 31 de enero de 2006.

¹¹⁵ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 23 de junio de 2008.

¹¹⁶ Véase nota anterior.

¹¹⁷ GUILLÉN MAURO F. y GARCÍA CANAL, E.: «Las nuevas multinacionales», *El Economista*, 15 de noviembre de 2010, pág. 8.

¹¹⁸ GUILLÉN MAURO F. y GARCÍA CANAL, E.: «Las nuevas multinacionales», *op. cit.*, pág. 8.

¹¹⁹ STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 2006.

obligación de pagar y tiene el derecho al servicio) y el arrendador (que se obliga a prestar el servicio, mediante su empresa, y tiene derecho a percibir el precio), empresario principal y contratista, comitente y empresa contratista, respectivamente en términos laborales. Aquella relación mercantil se proyecta y tiene indudables consecuencias, concurriendo determinadas circunstancias, en relación con los trabajadores que prestan sus servicios para el contratista, contando con una tradicional e importante regulación laboral, objeto de profuso desarrollo mediante una amplia jurisprudencia mayor y menor.

La importancia del contrato de «arrendamiento de servicios mercantil» no puede minimizarse ni desde la perspectiva mercantil, ni desde la perspectiva laboral. En su consideración mercantil porque, por una parte, además de constituir un contrato concreto y específico, puede considerarse un tipo general que «cumple una función residual en la tarea calificadora, ya que deben reconducirse al mismo todos los contratos que versen sobre servicios que no constituyan el objeto de otro contrato más específico con regulación propia»,¹²⁰ y, por otra parte, «se identifica (al menos en abstracto) con el régimen jurídico común de la contratación onerosa de actividad»,¹²¹ por más que se pueda afirmar que actualmente no desempeña de manera eficiente y completa las funciones propias de un tipo general.¹²²

En su consideración laboral el «arrendamiento de servicios mercantil» se integra en el conjunto de figuras contractuales, cuya ejecución «habrá de armonizarse con los derechos laborales, sindicales y de Seguridad Social de los trabajadores y precisarse para evitar que tal forma de actuación empresarial encubra una actuación en fraude de ley».¹²³ Las sentencias objeto del comentario representan un paso decisivo porque en absoluto sancionan un fraude (correspondiente al antiguo aforismo, *fraus omnia corrumpit*), sino que se instalan en la normalidad, legalidad y legitimidad de las actuaciones empresariales, y por ello tienen un indudable alcance dogmático o teórico en la construcción misma del concepto de empleador o empresario.

Mediante aquel contrato mercantil de arrendamiento de servicios no solo puede instrumentarse una contrata, sino también una subcontrata. Fenómeno laboral, este último, mimético de la contrata, que constituye una reproducción de la misma, en un «segundo escalón o nivel». No obstante no es del todo claro el significado atribuido a uno y otro término, que tienden a confundirse. Cuando se efectúan referencias a las contratas y/o subcontratas, ha de repararse en que las resoluciones jurisdiccionales objeto de comentario aluden a «la peculiar relación triangular entre empresa principal, empresa contratista y trabajadores que caracteriza la técnica de la subcontratación», lo que no obsta a que puedan diferenciarse pero deba considerarse aplicable a estas, *pari passu*, y cambiando lo que deba ser cambiado, lo que se diga sobre las contratas.

¹²⁰ VAQUERO PINTO, J.M.ª: «Contratos de servicios. Arrendamiento de servicios mercantil», *op. cit.*, pág. 969.

¹²¹ Véase nota anterior.

¹²² VAQUERO PINTO, J.M.ª: «Contratos de servicios. Arrendamiento de servicios mercantil», *op. cit.*, pág. 969; SSTTS, Sala Primera, de 30 de noviembre y 23 de diciembre de 2010.

¹²³ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 23 de junio de 2008: «Lo que diferencia la cesión de trabajadores de la subcontratación es esencialmente el objeto del contrato entre empresas, de manera que cuando el mismo se identifica con el objeto del contrato de trabajo (o, en el caso de las cesiones colectivas de trabajadores, con la suma de los objetos de los diferentes contratos de trabajo de los operarios cedidos) estamos ante una puesta a disposición de trabajadores, en la cual la estructura empresarial, aunque exista, no entra en juego (Sentencia de la Sala Cuarta de 19 de enero de 1994), salvo en ese papel instrumental (...), en cuanto se hacen necesarios actos de gestión laboral (...), resultantes de la asunción de la condición de empleador formal», indica la STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 19 de mayo de 2010.

V. ACERCA DE UN DESFASE REGULATORIO

Según las sentencias objeto de comentario la prueba indiciaria había permitido concluir que las extinciones de los contratos de trabajo se habían producido como consecuencia de las movilizaciones previamente desarrolladas por el conjunto de los trabajadores de la empresa, «movilizaciones que materializaron básicamente el ejercicio de sus derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga». Siendo ello así, precisan las sentencias que se comentan, debe analizarse «con una perspectiva constitucional el criterio en virtud del cual las resoluciones judiciales recurridas, pese a obtener las anteriores conclusiones, no han apreciado la existencia en el caso considerado de una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador a fin de determinar su conformidad con la Constitución».

1. Una regulación jurídica desajustada

Precisan las sentencias que se comentan, que las sentencias de instancia y suplicación consideraron, por una parte, que la decisión adoptada por la comitente o empresario principal resultaba ajena al proceso, por tratarse de una decisión que estaba fuera de las relaciones laborales y que no traspasaba el ámbito del contrato mercantil que vinculaba a las empresas entre sí (comitente o empresario principal y contratista), y por otra parte, que la extinción de los contratos de trabajo por la contratista resultaba incontestable, al estar basada en una causa lícita¹²⁴ derivada de la previa rescisión del contrato mercantil de arrendamiento de servicios.

Además, advierten las resoluciones objeto de comentario, las sentencias de suplicación, tras establecer que la contrata se había rescindido como consecuencia de las movilizaciones iniciadas por los trabajadores, llegaron a la conclusión de que de la actuación de la empresa principal no podía derivarse en ningún caso la declaración de nulidad de los despidos, al tratarse de un comportamiento imputable a quien no era el empleador, el cual estaba únicamente vinculado con quien era efectivamente la empleadora y a través de un contrato mercantil. Añadiendo que la actuación lesiva de los derechos fundamentales, antes referida, tampoco era achacable a la contratista quien, en todo caso y por razones ajenas a su voluntad, se encontró con un contrato mercantil extinguido por razón de aquellas reivindicaciones laborales y abocada, por tal motivo, a acordar los ceses de los trabajadores.

De esta forma, continúan las sentencias objeto de comentario, tras haberse constatado que la extinción de los contratos de trabajo se produjo como consecuencia del ejercicio por los trabajadores

¹²⁴ «En las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1997 y las posteriores que se han dictado en aplicación de la doctrina sentada en ella, como la posterior de 8 de junio de 1999, así como la de 22 de octubre del 2003, se reconoce la posibilidad de que la duración de una contrata pueda actuar como límite de la duración del vínculo laboral en el marco de un contrato para obra o servicios determinado, pues se afirma que en estos casos existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa contratista, que "esa necesidad está objetivamente definida y que esa es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar, que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga este". Es decir, se realiza especial hincapié en que el fin de la contrata por la empresa cliente legitima la extinción del contrato de trabajo concertado precisamente para la realización del servicio a que aquella se refería, porque el artículo 49.1 c) del ET expresamente prevé la extinción por la realización de la obra o servicio objeto del contrato», indica la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 22 de abril de 2009; Por el contrario se excluye la licitud de la decisión extintiva, para supuestos «en que ha sido la voluntad de la contratista la causa determinante del cese de la contrata y de la terminación consiguiente del contrato de trabajo», precisa la STS, Sala Cuarta, de 2 de julio de 2009.

de sus derechos a la tutela judicial efectiva y de huelga, los órganos judiciales actuantes (de instancia y suplicación) no apreciaron la existencia de vulneración de tales derechos fundamentales determinante de la declaración de nulidad de los despidos porque:

- a) Quien resultaba responsable de la vulneración no era la empleadora de los trabajadores, sino la empresa principal para la que aquella (la empresa contratista) prestaba servicios, vinculada a esta (la empresa comitente o empresario principal) por un contrato mercantil ajeno a las relaciones laborales.
- b) Quien había decidido la extinción de los contratos, como titular de las relaciones laborales con los trabajadores, se había limitado a aplicar una decisión consecuente con la previa rescisión de la contrata mercantil que, a su vez, había constituido su causa, rescisión a la que era por completo ajena.

Como quiera que cualquier decisión empresarial que implique el despido o la extinción de contratos de trabajo como represalia por haber planteado (ante órganos jurisdiccionales o administrativos) una denuncia por cesión ilegal de mano de obra¹²⁵ o por haber ejercido el derecho de huelga, precisan las sentencias que se comentan, ha de recibir «sin ninguna duda la respuesta jurídica de la declaración de nulidad de los despidos y extinciones contractuales, por vulneración de los derechos fundamentales afectados», resultaba que, «en definitiva», lo que se dilucidaba en los recursos de amparo interpuestos en sede constitucional, no era otra cosa «que la determinación de la vigencia y contenido de los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de las relaciones laborales en régimen de subcontratación en aquellos supuestos en que la vulneración del derecho fundamental no sea directamente imputable a la empresa titular de la relación laboral sino a la empresa principal, que contrata con aquella en el marco de una relación mercantil, que rompe como consecuencia del ejercicio de derechos fundamentales por los trabajadores.¹²⁶ O, dicho de otra forma, si las garantías de indemnidad que la Constitución y la ley ofrecen a los trabajadores en el ejercicio de sus derechos fundamentales se mantienen o desaparecen en los supuestos de subcontratación laboral».¹²⁷

¹²⁵ Un supuesto paradigmático y límite de cesión ilegal es el del *merchandising*, como indica la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 17 de junio de 2008.

¹²⁶ Las sentencias objeto de comentario indican que «esta relación», a la que previamente ha calificado como «triangular entre empresa principal, empresa contratista y trabajadores que caracteriza la técnica de la subcontratación», determina «que, quien reacciona frente a los trabajadores entendiéndose dañado por sus acciones no sea el empresario que les despide, sino el titular de la actividad contratada, destinatario último de los servicios prestados por aquellos. Mientras que quien efectivamente despide a los trabajadores –su empresario en la relación laboral– lo hace determinado por la previa decisión de la empresa principal de rescindir la contrata mercantil, que en las condiciones de conflictividad laboral existentes ha dejado de resultarle útil. El trabajador pierde su empleo como consecuencia del ejercicio de sus derechos fundamentales, efecto que se produce por una decisión empresarial en el marco de su contrato de trabajo pero determinada por la confluencia de dos voluntades en el marco de un contrato mercantil».

¹²⁷ Discrepando de la sentencia (75/2010, disenso reproducido en la STC 76/2010 y demás sentencias indicadas en la Introducción del presente comentario), el magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas afirma: «Indudablemente una acción directa del empresario principal frente a quienes no son sus trabajadores, para impedirles u obstaculizarles el ejercicio de sus derechos, podría considerarse vulneradora de estos, y carecería de cobertura jurídica en el contrato mercantil; por lo que sobre una hipotética acción tal no habría inconveniente en proyectar la alegada garantía de indemnidad. Pero me parece un puro artificio voluntarista, carente de rigor jurídico, equiparar, a los efectos del juego de la garantía de indemnidad, la acción directa contra los trabajadores (no producida en este caso) con el ejercicio de una facultad amparada por el régimen legal del contrato mercantil, dirigido, no contra los trabajadores del contratista, sino contra este.

Indican, por tanto, las sentencias objeto de comentario, que aquellas relaciones laborales resultaban «triangulares», esto es, existentes «entre empresa principal, empresa contratista y trabajadores», tipología característica de «la técnica de la subcontratación». Pluralidad contractual determinante de «que, quien reacciona frente a los trabajadores entendiéndose dañado por sus acciones no sea el empresario que les despide, sino el titular de la actividad contratada, destinatario último de los servicios prestados por aquellos. Mientras que quien efectivamente despide a los trabajadores –su empresario en la relación laboral– lo hace determinado por la previa decisión de la empresa principal de rescindir la contrata mercantil, que en las condiciones de conflictividad laboral existentes ha dejado de resultarle útil. El trabajador pierde su empleo como consecuencia del ejercicio de sus derechos fundamentales, efecto que se produce por una decisión empresarial en el marco de su contrato de trabajo pero determinada por la confluencia de dos voluntades en el marco de un contrato mercantil».

2. Crítica a la regulación sobre contratas con vinculaciones empresariales singularmente relevantes, y una interpretación «justo en el límite»

En una apreciación crítica de nuestro ordenamiento jurídico-laboral, las sentencias objeto de comentario precisan lo siguiente:

- a) Que «no existe en la vigente regulación legal de la subcontratación de obras y servicios previsión alguna que permita garantizar el ejercicio de los derechos de los trabajadores de la contratista respecto de vulneraciones cometidas por la empresa principal, a salvo de la existencia de un supuesto de cesión ilegal de mano de obra».
- b) Que «las garantías establecidas en la legislación laboral, en función de lo que ha sido el propio desarrollo y evolución histórica de la figura de la subcontratación, se dirigen más bien a garantizar los derechos de los trabajadores frente a la empresa contratista, a cuyo efecto se establece en determinados supuestos la responsabilidad de la empresa principal –a la que se presume normalmente más estable y solvente– en relación con el incumplimiento por la contratista de algunas de sus obligaciones legales (por ejemplo, en materia de salarios o de Seguridad Social), así como a reforzar los instrumentos de protección en materia de salud y seguridad».

Aunque el efecto derivado de la rescisión del contrato mercantil, si a ella se suma la posterior conducta de otro sujeto jurídico, pueda determinar, como resultado final, la extinción de los contratos, ni la causación de ese resultado puede imputarse al empresario que ejercita las facultades que le permite el régimen de su contrato mercantil (so pena de que el principio de causalidad se maneje con un criterio groseramente mecanicista, jurídicamente inaceptable), ni por tanto puede considerarse vulneración de los derechos de los trabajadores, a quienes su acción no se dirige (...). Dando un paso más, debe observarse que una cosa es una represalia derivada del ejercicio de derechos fundamentales, y otra muy diferente la defensa del propio interés frente a los efectos negativos de aquel ejercicio, por quien no está ligado con relación alguna con quienes ejercitan sus derechos. Cuando en el juego de las relaciones sociales y económicas de todo tipo, el ejercicio de los derechos fundamentales de unos sujetos acaba repercutiendo negativamente en los intereses de quienes no están ligados con los que lo ejercitan por relación previa alguna, me parece constitucionalmente lícito, y en modo alguno vulnerador, el que estos últimos, moviéndose en el marco legal que rige sus propias relaciones, traten de evitar los efectos perjudiciales para sus intereses de aquel ejercicio de sus derechos por sujetos ajenos. Me parece una desorbitada concepción de la garantía de indemnidad el que esta pueda convertirse en un elemento de proyección externa al contrato de trabajo, con efectos paralizantes del posible ejercicio legal de sus propios derechos por parte de terceros».

- c) Que «no existe en el artículo 42 del ET una correlativa corresponsabilidad de la empresa contratista respecto de eventuales vulneraciones cometidas por la empresa principal, ni se reconoce a los trabajadores mecanismo alguno para acudir directamente contra esta frente a sus propias actuaciones, quizás por entender que los trabajadores de la empresa contratista no pueden verse afectados en sus derechos por actuaciones de la empresa principal, con la que no les une vínculo alguno».
- d) Que «para el legislador, el ámbito de relaciones de la empresa principal se agota en el mercantil del contrato que le une a la contratista, de manera que ninguna afectación puede derivarse de sus actuaciones en el ejercicio por los trabajadores de los derechos derivados de su relación laboral». De ahí que cuando «no se aprecia la concurrencia de una conducta directamente imputable a la empresa contratista, cuya connivencia han descartado los órganos judiciales, se concluya la inatacabilidad por parte de los trabajadores de cualquier actuación de la empresa principal, que se considera ajena al contrato de trabajo».

La constatación de semejante funcionamiento como «compartimentos estancos» de las distintas «facetas o caras» de las contrata, no impide a las sentencias objeto de comentario afirmar que «cuando de la tutela de los derechos fundamentales se trata», ha de garantizarse la protección que nuestro ordenamiento jurídico ordinario «no proporciona sin que puedan existir espacios inmunes a la vigencia de los derechos fundamentales». Esto es:

Que «si a través de la técnica de la subcontratación se posibilita que trabajadores externos contratados por una empresa contratista se vinculen directamente a la actividad productiva de una empresa principal e, incluso, que la propia duración de su contrato de trabajo se haga depender directamente de la vigencia del contrato mercantil que vincula a ambas empresas, determinando, en virtud de todo ello, que la efectividad de los derechos de los trabajadores pueda verse afectada no solo por la actuación del contratista sino también por la del empresario principal, del mismo modo habrá de salvaguardarse que en el ámbito de esas actuaciones los derechos fundamentales de los trabajadores no sean vulnerados. Pues no sería admisible que en los procesos de descentralización productiva los trabajadores carecieran de los instrumentos de garantía y tutela de sus derechos fundamentales con que cuentan en los supuestos de actividad no descentralizada, ante actuaciones empresariales lesivas de los mismos».

Por otra parte se deben efectuar precisas delimitaciones entre contrata/subcontrata y cesión ilegal de mano de obra. Supuesto, este último, interpositorio «que supone varios negocios jurídicos coordinados: 1) un acuerdo entre los dos empresarios –el real y el formal– para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3) un contrato efectivo de trabajo entre este y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal».¹²⁸

La finalidad que se persigue con la prohibición de la cesión de mano de obra, ex artículo 43 del ET, no es otra sino «que la relación laboral real coincida con la formal, evitando la degradación de las

¹²⁸ SSTS, Sala Cuarta, de 25 de octubre de 1999, 17 de febrero de 2002, y 4 de marzo de 2008, constantemente recogida por una profusa jurisprudencia menor, así la STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 15 de febrero de 2010.

condiciones de trabajo o la disminución de las garantías. Pero que ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores, pudiendo producirse entre empresas reales y de ahí la opción del artículo 43 del ET, precepto en el que bajo el concepto común de cesión se regulan en realidad fenómenos distintos, debiendo distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales, que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente, y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio».¹²⁹

En la cesión ilegal, se han utilizado diferentes criterios, considerados no excluyentes sino complementarios,¹³⁰ así en unas ocasiones se ha destacado que lo sobresaliente es la inexistencia de la organización, y en otras que lo realmente relevante, a efectos de su ilegalidad, es que aquella organización «no se (haya) puesto en juego», limitándose la actividad al suministro de la mano de obra a otra empresa que la utiliza como si fuera propia, contemplándose a la postre la cesión no como un mero supuesto de interposición de mano de obra entre empresas ficticias sino como una situación que puede darse entre empresas no ficticias o reales, que no actúan como tales en el desarrollo de una contrata al no implicar en ella su organización y riesgos empresariales¹³¹ («seudocontratas y empresario efectivo»).¹³² También puede llevarse a cabo la cesión ilegal de mano de obra mediante auténticas formalidades,¹³³ virtualidades o entelequias empresariales.¹³⁴ En todo caso son relevantes las relaciones efectivamente establecidas entre el trabajador cedido y la empresa comitente o empresario principal y contratista/subcontratista, así como los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas.¹³⁵

Baste con lo dicho para dejar sentado como la cesión ilegal de mano de obra constituye un límite, no siempre claro y más bien difuso, para las contratas y subcontratas, pudiendo afirmarse que «cuando la contrata consiste en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular un acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer, en las circunstancias de cada caso, el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita».¹³⁶

¹²⁹ SSTS, Sala Cuarta, de 21 de marzo de 1997; 14 de septiembre de 2001; 17 de diciembre de 2001; 17 de enero de 2002; 30 de noviembre de 2005; 14 de marzo de 2006, 17 de abril y 20 de julio de 2007, doctrina reproducida por una constante jurisprudencia menor, así por la STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 15 de febrero de 2010.

¹³⁰ SSTS, Sala Cuarta, de 7 de marzo de 1988; 12 de septiembre de 1988, 16 de febrero de 1989, 17 de enero y 14 de septiembre de 1991; 11 de octubre de 1993; 19 de enero de 1994; 17 de enero de 2002; 16 de junio de 2003, y 14 de marzo de 2006.

¹³¹ SSTS, Sala Cuarta, de 17 de julio de 1993; 19 de enero de 1994; 12 de diciembre de 1997; 3 de febrero de 2000; 14 de septiembre de 2001; 27 de diciembre de 2002; 16 de junio, 20 de septiembre y 11 de noviembre de 2003; 3 de octubre y 30 de noviembre de 2005; 14 de marzo de 2006; 24 de abril, 21 y 26 de septiembre, y 4 de diciembre de 2007.

¹³² SSTS, Sala Cuarta, de 11 de julio de 1986; 17 de julio de 1993; 11 de octubre de 1993; 18 de marzo de 1994; 12 de diciembre de 1997; y 24 de abril de 2007.

¹³³ SSTS, Sala Cuarta, de 14 de septiembre de 2001; 17 de enero de 2002; 16 de junio de 2003; y 14 de marzo de 2006.

¹³⁴ Véase nota anterior.

¹³⁵ SSTS, Sala Cuarta, de 12 de septiembre de 1988; 19 de enero de 1994; y 30 de mayo de 2002.

¹³⁶ SSTSJ, Salas de lo Social, del País Vasco de 3 de marzo de 2009, de Galicia de 27 de julio de 2009, y de Navarra de 24 de octubre de 2010; «Los casos de empresas contratistas que asumen la posición de empresarios o empleadores respecto de sus trabajadores, desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición se incluyen en la subcontratación lícita, regulada por el artículo 42 del ET, mientras que los casos de contratas ficticias de obras o servicios que encubren una mera provisión de mano de obra constituyen cesión ilegal de trabajadores, prohibida y regulada por el artícu-

Debe añadirse a todo ello que «los artículos 42 y 43 del ET no fijan los límites entre la lícita contrata y la ilegal cesión temporal de trabajadores».¹³⁷ Esto es, que «el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el artículo 42.1 del ET, lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cauteladas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores».¹³⁸ Aun cuando sea obvio, conviene dejar claramente sentado que la «fragmentación de la posición empresarial» presupone la existencia de una descentralización o «externalización productiva/de actividad» lícita, extraña a cualquier fenómeno interpositorio de mano de obra, sea cesión ilegal o de cualquier otra «externalización del empleo».

VI. LA NOCIÓN DE «FRAGMENTACIÓN DE LA POSICIÓN EMPRESARIAL»

Según las sentencias objeto de comentario, acreditado que los trabajadores habían perdido su empleo «como consecuencia del ejercicio de sus derechos fundamentales y, por tanto, con vulneración de los mismos», no puede rechazarse a priori la imputación de «cualquier responsabilidad» a la empresa comitente o principal y a la empresa contratista, «impidiendo que dicha vulneración sea reparada a través de la garantía básica establecida por la legislación laboral a tal fin, esto es, la declaración de nulidad del despido».

Si semejante resultado se produjera estaríamos ante un «desamparo», al que se habría llegado, «precisamente, como consecuencia de lo que constituye la esencia misma de los procesos de subcontratación, esto es, la fragmentación de la posición empresarial en la relación de trabajo en dos sujetos, el que asume la posición de empresario directo del trabajador, contratando con este la prestación de sus servicios, y el que efectivamente recibe estos, de una manera mediata y merced a un contrato mercantil». A la vista de estas consideraciones, las sentencias objeto de comentario ofrecen la siguiente noción de «fragmentación de la posición empresarial»:

Se produce la fragmentación de la posición empresarial en la relación de trabajo, cuando aquella posición se reparte entre «dos empresarios, el empresario que asume la posición de empresario directo del trabajador, contratando con este la prestación de sus servicios, y el empresario que efectivamente recibe estos, de una manera mediata y merced a un contrato mercantil».¹³⁹

lo 43 del ET. Siendo ello así, para proceder a la calificación que corresponda en cada caso es necesario en cada litigio considerar las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas», indica la STS, Sala Cuarta, de 30 de mayo de 2002 y reproduce la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2009; «No puede ser obstáculo a la posibilidad de apreciar la cesión, el dato de que exista una aparente contratación administrativa o convenio efectuado por un ente público y un ente privado o de naturaleza semipública, pues lo relevante es el resultado de la indagación respecto a las condiciones en que realmente se ha ejecutado la prestación de servicios», precisa la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2009.

¹³⁷ STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 26 de marzo de 2010.

¹³⁸ SSTS, Sala Cuarta, de 27 de octubre de 1994, y 17 de diciembre de 2001.

¹³⁹ No toda la Sala está de acuerdo con esa conclusión. Discrepando de la sentencia (75/2010, disenso reproducido en la STC 76/2010 y demás sentencias indicadas en la Introducción del presente comentario) el magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez en su Voto particular (al que se adhirieron los magistrados don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y don Ramón Rodrí-

Semejante definición delimitadora del fenómeno no excluye la «fragmentación» de la posición empresarial en más de dos sujetos (empresarios), mediante el escalonamiento de contratos de arrendamiento de servicios mercantiles. Es el supuesto típico de las cadenas de contratas y subcontratas. De esta manera se extiende la responsabilidad a quien no está vinculado con el trabajador mediante el contrato de trabajo, pero al que sí le alcanza sus efectos y es parte en la relación laboral por percibir los «frutos» o las «utilidades» derivadas de la prestación del trabajo, de manera mediata, dicen las sentencias objeto de comentario, cuando realmente deberían decir de manera inmediata, porque con tal inmediatez se beneficia el empresario comitente o principal, en un arrendamiento de servicios mercantil, de los «frutos» o «utilidades» derivados de las prestaciones de servicios por los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas. Ha de repararse que esos «frutos» o «utilidades» derivados de la prestación del trabajo han de recibirse en la condición de empresario y en una posición (que no excluye la siguiente) de la cadena comitente-contratista-subcontratista-trabajador, no de consumidor, ni intermedio ni final, para ser considerado «fragmento» (valga la expresión) de la posición empresarial.

Se trata del «empresario no contractual». Supuesto que difiere de la «externalización del empleo».¹⁴⁰ De tal manera que «en la práctica si no pudiese otorgarse tutela jurisdiccional ante vulne-

guez Arribas), manifiesta lo siguiente: «Entiendo de todo punto inadmisibles que se abra una vía para extender las responsabilidades derivadas del despido a quien es tercero a la relación laboral existente entre (la empresa contratista) y sus empleados sin haber puesto en cuestión que dicho tercero no puede ser en realidad considerado tal, puesto que, no habiéndose producido en el caso cesión ilegal de mano de obra, ni cabiendo estimar que las implicadas constituyen o están integradas en un grupo de empresas, ni que exista entre ellas convenio o concertación para el despido del trabajador recurrente en amparo, ni que concurre ningún otro factor que conforme a la normativa laboral o mercantil justifique la extensión (al empresario principal) de la posible responsabilidad de (la empresa contratista), tal extensión carecería de otro apoyo que la adopción de un prejuicio o postura manifiestamente voluntarista, sin apoyo en norma legal alguna (...) la extensión de la garantía de los derechos de los trabajadores a una empresa vinculada con la empleadora por un contrato mercantil de arrendamiento de servicios solo podría resultar admisible si se apreciara la existencia en el Derecho español de un vacío o laguna legal, lo que tendría que declararse formalmente en un pronunciamiento de inconstitucionalidad». Añadiendo que semejante extensión de la responsabilidad constituye un resultado «contrario a principios esenciales de la imputación de las responsabilidades derivadas de las relaciones entre los empleadores y los trabajadores vinculados con ellos (salvedad hecha de las excepciones puntual y expresamente establecidas por la ley)»; También discrepa de la sentencia (75/2010, disenso reproducido en la STC 76/2010 y demás sentencias indicadas en la Introducción del presente comentario), el magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas que, en su Voto particular, considera que la doctrina de las sentencias objeto de comentario se formula «de modo harto simplista y sumario», en cuanto supone, «a) Primero, situar en los casos regulados en el artículo 42 de la Ley del Estatuto de los trabajadores (LET), de subcontratación de actividades productivas, a la empresa subcontratista (empleadora de los trabajadores) y a la contratante, la empresa principal (no ligada jurídicamente con aquellos con ningún contrato de trabajo) en la misma situación que la empleadora en orden al juego de la garantía de indemnidad respecto al ejercicio por los trabajadores de sus derechos fundamentales de tutela judicial efectiva y de huelga, y respecto a las limitaciones que de ese juego, en su caso, se deban derivar sobre el libre ejercicio de sus propios derechos por la principal; b) Segundo (...), establecer (...) que las vulneraciones de los derechos fundamentales de los trabajadores, cometidas por quien no está ligado con ellos con un contrato de trabajo, le son imputables a la empleadora, cuando esta adopta respecto de sus trabajadores las medidas indirectamente derivadas de aquella directa conducta vulneradora». Además, tras una exhaustiva y larga argumentación, considera que aquella sentencia no ha sido respetuosa con los hechos declarados probados en la instancia y en suplicación, añadiendo que «lo que no cabe, es que sin ese intermedio conceptual (de apreciación de la prueba por la jurisdicción ordinaria, el Tribunal Constitucional), al modo inaceptable de una jurisdicción alternativa a la que constitucionalmente está reservada a los órganos de la jurisdicción ordinaria (art. 117.3 CE), (haga) una apreciación probatoria exclusivamente (del propio Tribunal Constitucional), y sobre ella (asuma) como propia la función de resolver directamente el conflicto *inter privados*, planteado a los órganos de dicha jurisdicción, decidiendo que ha existido un despido nulo». Afirmando que «lo que en realidad hace la sentencia, al razonar como lo hace, aunque no lo diga así, es extender el elemento subjetivo de la relación laboral del empresario empleador a la empresa contratante de los servicios de esta, desconociendo así el marco jurídico en el que se desenvuelven las situaciones de "subcontratación de obras y servicios", reguladas en el artículo 42 de la LET, que no admite esa extensión».

¹⁴⁰ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, "Nuevas tendencias del trabajo autónomo: el caso específico del trabajo autónomo económicamente dependiente", *op. cit.*, punto 3.1.1, primer guión, pág. 45.

raciones de derechos fundamentales en supuestos como este, se originaría una gravísima limitación de las garantías de los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de procesos de descentralización empresarial, cuando no directamente su completa eliminación, lo que resulta constitucionalmente inaceptable». ¹⁴¹ En consecuencia las sentencias objeto de comentario afirman lo siguiente:

- a) Que «para apreciar la existencia de una vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores, causada de forma directa por la decisión empresarial de extinción de sus contratos de trabajo adoptada por la empresa para la que prestan servicios, pero derivada, de manera indirecta, de una previa decisión de la empresa principal en el marco del contrato mercantil suscrito entre ambas empresas, no es obstáculo el hecho de que ningún vínculo contractual ligue a dicha empresa principal con los trabajadores despedidos como consecuencia de su decisión».
- b) Que «la posibilidad de que los trabajadores de una empresa contratista se vean afectados en sus derechos por decisiones y actuaciones cuya responsabilidad no corresponde a su empresario directo sino al empresario que ha (contratado/subcontratado) con aquel una parte de su actividad es precisamente lo que justifica la especial atención que a este fenómeno ha venido dedicando tradicionalmente la legislación laboral, plasmada actualmente en el conjunto de reglas en materia de garantías, responsabilidades y derechos de información y representación contenidas tanto en el artículo 42 del ET, como en el artículo 127 ¹⁴² de la Ley general de la

¹⁴¹ Indica el Magistrado discrepante de la sentencia (75/2010, disenso reproducido en la STC 76/2010 y demás sentencias indicadas en la Introducción del presente comentario), don Vicente Conde Martín de Hijas, que «el fenómeno jurídico de la subcontratación de servicios, no es jurídicamente (...), una "fragmentación de la posición empresarial en la relación de trabajo en dos sujetos", ni una "peculiar relación triangular entre empresa principal, empresa contratista y trabajadores" (...). Al discurrir así, se viene implícitamente a negar, aunque no se diga, que en ese fenómeno existen dos relaciones jurídicas de diverso signo: laboral una y mercantil otra, establecida cada una de ellas entre sujetos distintos, y sujeta cada una de ellas a un ordenamiento legal distinto. Hablar de "fragmentación de la posición empresarial en la relación de trabajo en dos sujetos" y de "relación triangular", supone en realidad fundir en una, lo que son dos relaciones jurídicas diferenciadas, y (...) extender el elemento subjetivo patronal de la relación laboral del empresario empleador al arrendatario de los servicios de este. Negar esa extensión, y mantener la separación de posiciones jurídicas, no es artificio contrario a la plena operabilidad de los derechos fundamentales de los trabajadores, sino, pura y simplemente, respetar la ordenación jurídica de ese fenómeno». Continuando con su apreciación de que la sentencia de la que disiente «no se atiene al marco jurídico de regulación del fenómeno referido, sino que lo que hace es crear un marco nuevo (sin duda porque no considera la regulación legal suficientemente garantizadora del ejercicio de sus derechos fundamentales por los trabajadores), sin la previa declaración de inconstitucionalidad de la norma que regula la subcontratación de obras y servicios por insuficiencia u omisión, lo que supone que, al hacerlo así, el Tribunal se convierte en legislador». El magistrado don Javier Delgado Barrio en su Voto particular afirma que «respecto de la condición de tercero de la empresa principal, me remito a lo que señala en su Voto particular mi compañero don Vicente Conde».

¹⁴² «Conforme a una ya consolidada doctrina jurisprudencial (...) es el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquel de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata» –STS de 14 de mayo de 2008– (ex art. 42 ET), sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control. Así lo estimó también el pronunciamiento del alto tribunal de 16 de diciembre de 1997, que reitera que en estos casos el empresario principal puede ser empresario infractor a efectos del artículo 93.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 y añade que, aunque esta doctrina se estableció en la sentencia de 18 de abril de 1992 en un caso de contrata para una obra o servicio correspondiente a la propia actividad, lo importante no es tanto esta calificación como el que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad», indica la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 23 de enero de 2009.

Seguridad Social y en el artículo 24¹⁴³ de la Ley de prevención de riesgos laborales».

- c) Que «los derechos fundamentales de un trabajador pueden ser vulnerados por quien no es su empresario en la relación laboral pero interviene o interactúa con él "en conexión directa con la relación laboral"¹⁴⁴ o por otros compañeros de trabajo,¹⁴⁵ así como, evidentemente en otro contexto muy diferente, (es posible que se produzcan) «vulneraciones indirectas» de los derechos fundamentales».¹⁴⁶

Indican las sentencias objeto de comentario que «en el caso del derecho de huelga, cuyo ejercicio, por definición, se habrá de proyectar de manera principal sobre la actividad productiva de la empresa principal, a la que la contrata en sí misma sirve, la pretendida irresponsabilidad laboral de esta empresa respecto de cualquier actuación que pueda desarrollar con la finalidad de impedir, coartar o sancionar el legítimo ejercicio del derecho de huelga, al socaire de su invocada ajenidad a la relación laboral entre las partes, supondría la práctica eliminación del derecho de huelga en el ámbito de estas relaciones». Añadiendo que «en efecto, de poco servirían las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga si se admitiera que estas alcancen únicamente al contratista, empresario directo en la relación laboral, y no al empresario principal, que es sobre quien habrán de recaer en última instancia los efectos económicos lesivos de la huelga y quien, por tanto, podrá estar igual o más interesado que el contratista en combatirla».¹⁴⁷

¹⁴³ «El substrato fáctico y legal en este tipo de situaciones viene dado por el hecho de que el trabajo en cuyo desarrollo se produce el accidente, tiene o debe tener lugar bajo el control y la inspección de la empresa principal o de la contratista –en caso de subcontrata– o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de estas, y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercuten en ellas, produciéndose así una peculiar situación en la que participan los empleados de las distintas empresas implicadas en la cadena de contrata, situación en la que concurren conexiones e interferencias mutuas entre estas tres partes que en ella se encuadran y si es así (...), "es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por este. Es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquel de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control" (...). Ha de acudirse a la redacción de los preceptos que regulan la responsabilidad solidaria de las empresas en estas situaciones, comenzando por el artículo 24.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales», precisan las SSTS, Sala Cuarta, de 18 de abril de 1992, 16 de diciembre de 1997, 5 de mayo de 1999, 26 de mayo de 2005, y 7 de octubre de 2008; Sobre la responsabilidad solidaria de empresario principal, contratista y subcontratista, STS, Sala Cuarta, de 23 de septiembre de 2008.

¹⁴⁴ STC 250/2007, de 17 de diciembre.

¹⁴⁵ SSTC 126/1990, de 5 de julio; 224/1999, de 13 de diciembre; y 74/2007, de 16 de abril.

¹⁴⁶ STC 91/2000, de 30 de marzo.

¹⁴⁷ Discrepando de esas consideraciones, el magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez (al que se adhirieron los magistrados don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y don Ramón Rodríguez Arribas), en su Voto particular (a la STC 75/2010, que reproduce en la STC 76/2010 y demás sentencias indicadas en la Introducción del presente comentario), manifiesta que mediante un fallo distinto al de la sentencia de la que discrepa, no se «dejaría al trabajador (...) inerte ante la posible vulneración en el caso de su derecho fundamental a la huelga por excluir la posibilidad de reclamar contra las reacciones empresariales contrarias al respeto constitucionalmente obligado del ejercicio de tal derecho (...). Si se estimara que las sentencias del Juez de lo Social y del Tribunal Superior de Justicia no habían ponderado suficientemente (con la especial incisividad exigible en los supuestos de eventual afectación de la libertad con la que debe poder ejercitarse un derecho fundamental) la valoración atribuible en el caso a la huelga del (trabajador) como denunciada causa eficiente de su despido, debería conducir al otorgamien-

Por su parte y en lo que atañe a la garantía de indemnidad, stricto sensu, que acompaña al derecho a la tutela judicial efectiva, precisan las sentencias que se comentan, que «la ausencia de responsabilidad de la empresa principal dejaría el ejercicio del derecho huérfano de toda garantía», si hubiera quedado establecido que la acción que hubiere determinado la resolución del contrato mercantil de arrendamiento de servicios (la contrata) y, con ella, la extinción de los contratos de los trabajadores hubiera sido «una denuncia sobre cesión ilegal de mano de obra, cuyos efectos, caso de prosperar, habrían de alcanzar plenamente a la esfera jurídica de la empresa principal ex artículo 43 del ET».

VII. EL «EMPRESARIO CONTRACTUAL» Y EL «EMPRESARIO NO CONTRACTUAL»

En los grupos de sociedades, puede ocurrir, según posibilitan algunos ordenamientos jurídicos nacionales (el Derecho holandés paradigmático), que la empresa del grupo a la que los trabajadores están destinados y en la que prestan sus servicios de manera permanente, no sea sin embargo la empresa del grupo con la que esos mismos trabajadores contratan la prestación de sus servicios, mediante la conclusión de los respectivos contratos de trabajo. De tal manera que se diferencia entre un empresario efectivo y real, que ejerce las facultades y poderes de dirección empresarial inherentes al desenvolvimiento de la actividad económica, denominado «empresario no contractual», y otro empresario, que ejerce los demás poderes de dirección, con una acusada impronta «formal», al que se le designa como («empresario contractual»)¹⁴⁸. Naturalmente ambos empresarios sometidos a la dirección del grupo.

Se dice entonces que «coexisten dos empresarios, uno que tiene vínculos contractuales con los trabajadores de dicho grupo y otro que tiene vínculos no contractuales»,¹⁴⁹ porque «un trabajador por cuenta ajena que, en el marco de relaciones entre sociedades pertenecientes al mismo grupo, está empleado legalmente por una sociedad de dicho grupo y adscrito de manera permanente a otra sociedad del mismo, tiene una relación estable con esta última, comparable en gran medida a la que existiría si hubiera sido contratado directamente por ella».¹⁵⁰

to de la tutela demandada mediante la declaración de la nulidad del despido del trabajador y, consecuentemente, con el reconocimiento de la responsabilidad imputable como consecuencia de ello a su empleadora. La no extensión a tercero de tal responsabilidad sin negar la condición de tercero al afectado por ella no supone, en modo alguno, privar de tutela al trabajador, sino únicamente concretar esta tutela, y la extensión o proyección de ella, a los específicos límites en que debe operar».

¹⁴⁸ «No integra cesión ilegal la circulación de trabajadores entre las diversas empresas del grupo, porque "salvo supuestos especiales (...) los fenómenos de circulación dentro del grupo no suelen perseguir la finalidad de crear un mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo para ocultar el empresario real" (...)». Doctrina (...) que se basa —frente a quienes defienden la aplicación de un criterio objetivo y la inexigencia legal de ánimo defraudatorio— en una interpretación del artículo 43 del ET que exige un patógeno elemento subjetivo en la figura ilícita, consistente en su finalidad especulativa y fraudulenta, de manera que por regla general los intercambios personales en el seno del grupo no tienen finalidad interpositoria, sino que obedecen —se dice— "a un criterio de técnica organizativa y de perspectiva económica"; lo que no obsta para que tal circulación de trabajadores haya de tener trascendentes efectos respecto de sus derechos», indica la STS, Sala Cuarta, de 2 de junio de 2009, reiterando la doctrina contenida en las de fechas 26 de noviembre de 1990; 4 de abril de 2002; 13 de octubre de 2005; 4 de julio y 28 de septiembre de 2006, y 17 de febrero de 2009.

¹⁴⁹ STJUE de 21 de octubre de 2010, Albron Catering, asunto C-242/09.

¹⁵⁰ Indica el Abogado General Sr. Yves Bot, en la conclusión 42 de las presentadas el 3 de junio de 2010, en el asunto C-242/09, resuelto por STJUE de 21 de octubre de 2010.

En efecto, se dice: a) «Por un lado, dicho trabajador está integrado en la estructura de la sociedad de adscripción y contribuye al ejercicio de su actividad económica»; b) «Por otro (lado), el carácter permanente de su adscripción confiere a la relación laboral con dicha sociedad la misma duración que la estipulada en el contrato de trabajo con la sociedad empleadora». De tal manera que «la sociedad de adscripción puede disponer así de un trabajador por tiempo indefinido, al que puede formar en función de sus necesidades. Asimismo, se beneficia de la experiencia adquirida por ese trabajador en el ejercicio de sus funciones a su servicio, en su caso durante toda la vida profesional de este, como podría hacerlo si fuera su empleador legal».¹⁵¹

Una relación laboral de este tipo, se afirma, «es claramente distinta de la que dicha sociedad podría tener con un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal. En efecto, un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal solo se adscribe a la sociedad usuaria con carácter temporal. No ha sido elegido personalmente por dicha sociedad, sino que ha sido seleccionado por la empresa de trabajo temporal, la cual le ha distinguido entre todos sus trabajadores debido a su aptitud para satisfacer las necesidades manifestadas por la sociedad usuaria en su solicitud».¹⁵²

Aquellas consideraciones son pertinentes y aplicables, *pari passu*, a los supuestos de «fragmentación de la posición empresarial», no obstante las diferencias que pueden advertirse entre los respectivos supuestos. Efectivamente, una diferencia se establece en la «temporalidad» de la prestación del trabajo, pues en la contrata que fue objeto de atención por las sentencias que se comentan, la duración de vínculo laboral entre los trabajadores y la empresa contratista se condicionó a la duración de la contrata (comparable con la prestación del trabajo por los trabajadores de una empresa de trabajo temporal respecto de la empresa usuaria), sin embargo la doctrina del grupo antes aludida opera en la medida en que las «adscripciones» (a la empresa «no contractual» por la «empresa contractual») sean «permanentes» (se refiere a «permanencia» no solo del destino, sino también estabilidad en el empleo). No obstante aquella diferenciación se mitiga, pudiendo llegar a desaparecer en una visión prospectiva, cuando la duración pactada del contrato mercantil de arrendamiento de servicios existente entre comitente o empresario principal y empresario contratista (contrata) prevea sucesivas o ilimitadas prórrogas, como sucedió en los supuestos fácticos de las sentencias objeto de comentario, en los que efectivamente se prorrogó la duración de la contrata en sucesivas ocasiones (por lo que serían equiparables a los supuestos de contratos de arrendamientos de servicios mercantiles (contratas) «sin tiempo fijo».¹⁵³

Otra diferencia entre aquellos supuestos, aparentemente insalvable, es la presencia en un caso de un grupo constituido como tal, y en otro caso de un fenómeno de «externalización» (contrata).¹⁵⁴ En los

¹⁵¹ Precisa el Abogado General Sr. Yves Bot, en la conclusión 43 de las presentadas el 3 de junio de 2010, en el asunto C-242/09, resuelto por STJUE de 21 de octubre de 2010.

¹⁵² Véase nota anterior.

¹⁵³ VAQUERO PINTO, J.M.ª: «Contratos de servicios. Arrendamiento de servicios mercantil», *op. cit.*, pág. 977.

¹⁵⁴ Punto en que ha de repararse que incluso esa diferencia tiende a desaparecer en los supuestos en que se estime existente una cesión ilegal de trabajadores, bajo la apariencia de contratas/subcontratas, pero no porque se confundan las empresas, sino porque los trabajadores tienen el derecho a optar entre pertenecer a la empresa cedente o a la cesionaria. Precisamente en los casos objeto de atención por las sentencias que se comentan los trabajadores habían denunciado ante la Autoridad laboral a la empresa contratista y al empresario comitente o principal precisamente por cesión ilegal de trabajadores; «Según la STS, Sala Cuarta, de 21 de marzo de 1997, hay que distinguir dos conceptos: a) Cesiones con una función interpositoria

casos de contratas y subcontratas de larga duración, o en los que la colaboración entre los empresarios sea estable y continuada en el tiempo, puede considerarse la existencia de un «grupo de empresas impropio», no constituido formalmente, como en cuanto inexistente la «articulación funcional de diversas sociedades independientes y autónomas a través de su común sometimiento a una dirección económica unitaria ejercida por otra sociedad»,¹⁵⁵ pero existente un poder directivo y ordenador de la actividad de la empresa contratista por la empresa comitente o principal, consecuente a actuarse en el interés de esta.

De tal manera que si bien no se produce el resultado de poderse considerar «como una empresa policorporativa, es decir, un conjunto de unidades económicas de producción o de prestación de servicios cuya titularidad corresponde a múltiples sujetos de derecho, independientes entre sí desde una perspectiva jurídica, pero que actúan en el mercado siguiendo (una) dirección unitaria»,¹⁵⁶ sí que produce un fenómeno muy cercano, en buena medida inescindible, parasocietario o paragrupal, en el que cabe referirse a la existencia de un «empresario contractual» y de un «empresario no contractual».

No puede olvidarse que nuestro Derecho contable «define dos conceptos de grupo. El regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, que podríamos denominar por subordinación, formado por una sociedad dominante y otra u otras dependientes controladas por la primera, y el grupo de coordinación, integrado por empresas controladas por cualquier medio por una o varias personas, físicas o jurídicas, que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias, previsto en la indicación decimotercera del artículo 260 del texto refundido de la Ley de sociedades de capital».¹⁵⁷ En este segundo tipo de «grupos por coordinación», parece que podrían incluirse las relaciones comúnmente conocidas como contratas/subcontratas, al menos funcionalmente o en una modalidad que podía calificarse de impropia.

VIII. EL FALLO DE UN «FALLO»

Las sentencias objeto de comentario otorgan los amparos solicitados y en consecuencia resuelven «declarar que han sido vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de huelga (art. 28.2 CE)», restableciendo a los recurrentes «en la integridad de sus derechos y, a tal fin,

fraudulenta, en la cual una empresa ficticia, que solamente tiene existencia formal como sociedad, pero no real ni patrimonial, se hace aparecer como empleadora del trabajador que realmente ha sido reclutado y presta servicios para otra empresa. En este caso estamos ante un supuesto de simulación contractual y lo que procede es levantar el velo de la apariencia ilícitamente creada y considerar directamente como empresario *ab initio* a quien lo sea realmente y recibe los servicios del trabajador (Sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1991, 17 de julio de 1993, 18 de marzo de 1994, 31 de octubre o 19 de noviembre de 1996); b) Cesiones temporales de personal entre empresas reales, en las cuales una empresa que tiene existencia real y patrimonial presta los servicios de uno o varios trabajadores a otra empresa, sin poner en juego en dicha relación entre empresas su propia estructura organizativa más allá de lo necesario para los actos de reclutamiento del trabajador y gestión administrativa de sus nóminas, contratos y Seguridad Social. En este supuesto estamos ante la cesión de trabajadores en sentido propio y hay que aplicar el régimen del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores», precisa la STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 19 de mayo de 2010.

¹⁵⁵ FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A.: «Grupos de empresas de base contractual y derecho de la competencia», en *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Madrid, 2002, pág. 5.362.

¹⁵⁶ Véase nota anterior.

¹⁵⁷ Apartado tercero del epígrafe II, de la exposición de motivos del Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre.

deciden «anular» las sentencias (de instancia y de suplicación respectivas) y declarar la «nulidad» de los despidos.

Semejantes anulaciones se hacen por el Tribunal Constitucional «con los efectos indicados en el fundamento jurídico (último de las sentencias objeto de comentario)», y es aquí donde el discurso no esta a la altura de los razonamientos desarrollados a lo largo de la amplia fundamentación de las sentencias y constitutiva de la doctrina de la «fragmentación de la posición empresarial», de la que implícitamente se desdice. Es el «fallo del Fallo», valga la redundancia, porque esconde una contradicción.

Efectivamente, en su último fundamento jurídico, que es idéntico en ambas sentencias objeto de comentario, las mismas declaran que, como la decisión extintiva impugnada estuvo motivada por el ejercicio legítimo por los trabajadores de los derechos a la tutela judicial efectiva y de huelga, «no cabe sino calificar tal decisión como despido y declarar su nulidad radical, el amparo solicitado y anulando por tal motivo las resoluciones judiciales recurridas».

No obstante y de seguido, efectúan una reflexión en donde vienen, a la postre, a desdecirse de su proclamada «fragmentación de la posición empresarial», al indicar las sentencias objeto de comentario lo siguiente:

- a) Que, «declarada la nulidad radical del despido», el restablecimiento en la integridad de sus derechos a los trabajadores «exigiría, en principio, su readmisión inmediata (con abono de los salarios dejados de percibir) por parte de la empresa contratista», para la que habían venido prestando servicios hasta la fecha en la que dicha empresa les comunicó, «al igual que al resto de trabajadores», la rescisión de sus contratos de trabajo por terminación de la relación contractual mercantil que ligaba a esa empresa con la comitente o empresario principal.
- b) Que, no obstante, a tenor de las especiales circunstancias concurrentes, consistente en que el despido «traía causa» de la «finalización del contrato mercantil de arrendamiento de servicios suscrito entre (empresa comitente o empresario principal y contratista)» «no cabe desconocer las dificultades que podría entrañar la ejecución por la empresa (contratista), de la obligación de readmitir» (a los trabajadores) en unos puestos de trabajo inexistentes como consecuencia de la decisión de un tercero (el comitente o empresa principal), de poner fin a la prestación de servicios que (la contratista), venía llevando a cabo mediante sus trabajadores contratados al efecto y que desarrollaban su actividad en el centro de trabajo (del comitente o empresario principal).

Por tanto, y para no incidir en una patente contradicción, con la doctrina elaborada a lo largo de su amplia fundamentación jurídica sobre la «fragmentación de la posición empresarial», traslada el problema de conciliar lo inconciliable al juzgador de instancia, indicando que «corresponderá al Juzgado de lo Social determinar en incidente de ejecución (art. 284 de la Ley de Procedimiento Laboral)¹⁵⁸

¹⁵⁸ Según establece el artículo 280 de la LPL, «1. La sentencia será ejecutada en sus propios términos cuando: (...) b) Declare la nulidad del despido; 2. A tal fin, en cualquiera de los supuestos mencionados en el número anterior, el juez, una vez solicitada la readmisión, requerirá al empresario para que reponga al trabajador en su puesto en el plazo de tres días, sin perjuicio».

si la efectiva readmisión del (trabajador) en su puesto de trabajo es posible, y, de no serlo, determinar la indemnización que procediera entonces abonar al recurrente, así como los salarios de tramitación, y la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de la lesión de derechos fundamentales ocasionada al recurrente, debiendo recordarse que «tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación».¹⁵⁹

IX. CONCLUSIONES

Las sentencias objeto de comentario merecen una doble consideración. Por una parte suponen un punto de inflexión, un antes y un después en la «externalización productiva/de actividad», creando una completa y sólidamente fundamentada doctrina de la «fragmentación de la posición empresarial», que se puede conceptualizar como el reparto de la posición empresarial, en sede de relación laboral, entre dos, o más empresarios, por una parte el empresario que asume la posición de empresario directo del trabajador, contratando con este la prestación de sus servicios («empresario contractual») y el/los empresario(s) que efectivamente recibe las utilidades derivadas de estos, de una manera inmediata y merced al «salto» de un contrato de arrendamiento de servicios mercantil («empresario no contractual»). En este aspecto suponen las sentencias objeto de comentario una racionalización estimable y plausible de los procesos de descentralización o externalización realizados bajo el modelo de relaciones industriales (contrato de trabajo y relación laboral) que surge con la Revolución Industrial, y que en su estructura básica no se ha modificado. Pero en otra perspectiva las sentencias que se comentan son más cuestionables, pues cuando llegan al trámite de ejecución o de poner en práctica la doctrina de la «fragmentación de la posición empresarial», implícitamente se desdican de la misma, y trasladan una problemática prácticamente insoluble, en los términos en que las propias sentencias objeto de comentario plantean la ejecución de lo declarado, al juzgador de instancia.

cio de que adopte, a instancia de parte, las medidas que dispone el artículo 282», y el artículo 284 de la LPL establece lo siguiente: «sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, cuando se acredite la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada, el juez dictará auto en el que declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución y acordará se abonen al trabajador las indemnizaciones y los salarios dejados de percibir que señale el apartado 2 del artículo 279»; Como precisa la STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 5 de noviembre de 2009, «cuando la empresa no ha desaparecido ni ha cerrado, sino que existe y continúa su actividad (...) en la ejecución de sentencias de despido nulo que, a diferencia de la ejecución del despido improcedente en el que la opción corresponde al empresario (arts. 276 a 279 LPL), se rige por el principio de ejecución de la sentencia en sus propios términos (art. 280 y ss. LPL), principio que tan solo tiene la excepción (...) del artículo 284 de la LPL. En este sentido ha de recordarse la STC 3/1998 de 12 de enero por cuanto considera que la ejecución de una sentencia que declara la nulidad del despido: "se encuentra, pues, claramente ordenada al objetivo de la readmisión efectiva, excluyendo, con carácter general y a diferencia de lo previsto en el texto anterior de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980, que aquella pueda ser sustituida por la extinción del contrato mediante indemnización, como sucede en el despido improcedente, con la única excepción del cese o cierre acreditado de la empresa dada la imposibilidad física de readmitir al trabajador (art. 284 LPL)".».

¹⁵⁹ Con cita de las SSTC 58/1983, de 29 de junio, y 69/1983, de 26 de julio.