

M.<sup>a</sup> DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO

*Catedrática de Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social. Universidad de León*

**Extracto:**

Las fuertes transformaciones operadas en la actividad económica en los últimos tiempos han tenido fiel repercusión en la estructura de la empresa, desembocando, a la postre, en una alteración cualitativa de la figura del empleador desde la perspectiva jurídica. El concepto teórico se ve hoy día inmerso en un creciente proceso de descentralización productiva, en la medida en que la crisis económica, la terciarización del sistema productivo y la incorporación creciente de nuevas tecnologías han puesto en marcha y acelerado un proceso de racionalización de la organización del trabajo y la necesidad de replantear los métodos de producción, provocando importantes cambios en la estructura, dimensión y funcionamiento de las empresas. Todo ello ha traído consigo la eclosión de un extenso fenómeno de externalización al exterior de la empresa de las actividades o fases que integran su ciclo productivo, e incluye tanto los supuestos de contratas y subcontratas, como la transmisión de empresas, el trabajo a domicilio, los grupos de empresas o el trabajo de autónomos, sin olvidar que el fenómeno de las empresas de trabajo temporal obedece a un propósito similar a la exteriorización de servicios, cual es el de prescindir de la contratación laboral directa de los trabajadores. Su legalización ha supuesto la ruptura de la concepción tradicional o típica de la figura del empresario, dando pie a una peculiar articulación de la nota de la dependencia en el contrato laboral en los supuestos de cesión de trabajadores, a la vez que el refuerzo garantístico de su regulación jurídica parece haber incentivado una discreta huida de la actividad desarrollada por las mismas hacia la contrata mercantil o civil de estos servicios temporales al margen de cualquier contrato de puesta a disposición y del propio régimen jurídico del artículo 42 ET. El resultado de tales procesos denota, en definitiva, el paso de una relativa falta de relieve a un mayor protagonismo del empresario, aun cuando, por supuesto, no haya conseguido desplazar del papel estelar al trabajador como centro de imputación fundamental y piedra angular del ordenamiento laboral.

---

## Sumario:

---

- I. La identificación del «empresario» o «empleador» en el Derecho del Trabajo.
- II. La definición legal: empresa, centro de trabajo y unidad productiva autónoma.
- III. La modificación de las estructuras organizativas de la empresa.
  1. El *outsourcing*.
  2. El fenómeno de la contratación y subcontratación.
    - 2.1. Identificación del supuesto en la realidad productiva.
    - 2.2. Extensión de la responsabilidad.
  3. Los grupos de empresa.
  4. El acercamiento entre las relaciones triangulares de trabajo y las empresas de servicios.
  5. La ruptura de la concepción tradicional de la figura del empresario a partir de la legalización de las empresas de trabajo temporal.

## I. LA IDENTIFICACIÓN DEL «EMPRESARIO» O «EMPLEADOR» EN EL DERECHO DEL TRABAJO

En los últimos tiempos se están produciendo fuertes transformaciones en la actividad económica, con repercusión sobre la estructura de la empresa, que desembocan en una cualitativa alteración de la persona del empleador, incluso desde la perspectiva jurídica <sup>1</sup>. La figura del empresario laboral ha conocido distintos procesos de diferenciación y complejidad creciente <sup>2</sup> a resultas de importantes cambios tecnológicos y sociales, adquiriendo así en el ordenamiento laboral una sustantividad superior a la alcanzada en otras disciplinas jurídicas, las cuales siguen aludiendo y acogiendo bajo tal concepto a unos sujetos que no siempre tienen la misma significación jurídica, ni siquiera idéntica denominación <sup>3</sup>.

Un concepto, el de empresario o empleador, y otro concepto, el de empresa, que constituyen elementos decisivos en el Derecho del Trabajo a efectos de imputación del contrato de trabajo y de determinar un ámbito de aplicación de una regulación que se cuestionan sobre todo en el momento de imputar deberes y responsabilidades, relativizando esa imputación en función del «para qué», y separando el tratamiento individual y colectivo en la medida en que en este último los aspectos de unidad económica pueden prevalecer sobre los estrictamente jurídicos, como se comprueba en la Directiva 94/45/CE sobre el Comité de Empresa Europeo <sup>4</sup>.

En concreto, va a ser irrelevante en la delimitación de la existencia de un empresario a efectos laborales que la prestación del trabajador tenga lugar en un marco económico y organizativo denominado «empresa», lo que en modo alguno es contradictorio con la afirmación de que ésta –y el centro de trabajo– es el medio habitual en el cual se desenvuelven las prestaciones laborales reguladas por el Derecho del Trabajo; como tampoco se va a exigir al empresario laboral la nota de habitualidad o profesionalidad en el ejercicio de la actividad empresarial, ni la existencia de un ánimo de lucro o de obtención de un beneficio económico, siendo intrascendente a efectos laborales la forma

<sup>1</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales», en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., Coord.): *El empleador en el Derecho del Trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, 1999, pág. 30.

<sup>2</sup> Una muestra muy significativa en MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *El empresario aparente*, Madrid, 1992, págs. 31 y 30.

<sup>3</sup> Siendo cierto lo anterior, no deja de serlo (aun cuando pudiera parecer paradójico o contradictorio con lo dicho) también que la atribución jurídico-laboral de la condición de empresario producirá consecuencias también para otros ordenamientos. A dicho empresario, a efectos de Seguridad Social, le serán imputadas las responsabilidades sobre las cotizaciones y las altas o su omisión; fiscalmente será el responsable de las retenciones e ingresos a cuenta; penalmente le podrá ser imputada la responsabilidad de delitos en los que la asunción de la condición formal de empresario sea relevante a efectos del tipo; gubernativamente le podrán ser exigidas responsabilidades, por ejemplo, en materia de medio ambiente, higiene y seguridad o cierre patronal. MOLERO MANGLANO, C.: «Una configuración actualizada de la noción de empleador y sus problemas básicos», *AL*, 1996, T. II, págs. 508-509.

<sup>4</sup> CORREA CARRASCO, M.: «Concurrencia y articulación de fuentes en la constitución del Comité de empresa europeo», *TL*, núm. 53, 2000, págs. 3-27.

jurídica que adopte el empresario (sociedad civil, mercantil, asociación, fundación, sociedad anónima, de responsabilidad limitada, laboral, etc.), o incluso su carácter privado o público. De cualquier forma, su posición en el contrato, lejos de ser pasiva o puramente receptiva, adquiere un sentido claramente activo desde el mismo momento en que le corresponde, por definición, el poder de dirección <sup>5</sup>.

A pesar de los esfuerzos doctrinales que se hayan podido realizar en orden a formular una definición de esta parte del contrato de trabajo <sup>6</sup>, aparece como irrelevante cuáles sean los elementos de caracterización de la persona del empleador. Como se ha dicho con acierto, éste se precisa como meramente reflejo o traslativo del concepto de trabajador <sup>7</sup>, lo cual es obvio, pues el legislador, intencionadamente, no desea incluir ningún elemento definitorio de la figura del empleador, siendo éste cualquiera que actúe como contraparte <sup>8</sup>. Es más, la legislación laboral ha tendido a vincular al trabajador más a la empresa –como organización de medios en torno a la que se efectúa la actividad profesional– en detrimento del empresario –como titular de esa empresa– <sup>9</sup>.

Ese concepto teórico se ve hoy día, sin embargo, inmerso en un creciente proceso de descentralización productiva <sup>10</sup>, convirtiéndose en el eslabón intermedio en la transición entre dos modos de organización del trabajo y de distribución del trabajo entre empresas <sup>11</sup>. Del modelo de la integración vertical y de la producción en serie, que tendía a concentrar en la misma mano empresarial todas las actividades inherentes o indispensables del ciclo productivo, se ha pasado y se está pasando a la empresa-red y a la «especialización flexible», en la que el producto o servicio final resulta de la cooperación de una pluralidad de unidades productivas, encargadas de fases o labores parciales <sup>12</sup>. Todo ello ha provocado una sorprendente «pulverización» <sup>13</sup> del modelo clásico de empresa y, por extensión, del empresario, pues tales transformaciones no sólo inciden sobre el funcionamiento de la actividad empresarial, sino igualmente sobre el empresario como parte del contrato de trabajo: provoca la progresiva desaparición de los rasgos caracterizadores del empleador, de modo que

<sup>5</sup> Por extenso, ROMÁN DE LA TORRE, M.<sup>a</sup> D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid, 1992.

<sup>6</sup> Por todos, ALONSO GARCÍA, M.: «El sujeto acreedor de trabajo», *RJC*, 1961, pág. 24.

<sup>7</sup> CAMPS RUIZ, L.M.: «El concepto laboral del empresario» en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Coord.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. I, Madrid, 1997, págs. 37 y ss. o STSJ País Vasco 18 marzo 1997 (Ar. 1300).

<sup>8</sup> Un análisis clásico de la identificación de las partes en la contratación civil, PIAZZA, C.: *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico*, Nápoles, 1968.

<sup>9</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «Los cambios en la organización de la empresa...», cit., pág. 33.

<sup>10</sup> Por extenso, VALDÉS DAL-RE, F.: «La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa», *RL*, núm. 18, 2001, págs. 1 y ss. y «Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo», *RL*, núm. 20, 2001, págs. 1 y ss.

<sup>11</sup> Por extenso, MONTOYA MELGAR, A.: «Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa», *RMTAS*, núm. 23, 2000, págs. 17 y ss.

<sup>12</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: «Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: a propósito de la tesis doctoral de Francisco Blat Gimeno», en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Valencia, 2000, pág. 70.

<sup>13</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «Los cambios en la organización de la empresa...», cit., pág. 36.

«–con cierto paralelismo a la prevalencia hoy en día de las denominadas modalidades atípicas de contratación laboral– se van extendiendo las formas igualmente atípicas de presentación del empleador en el tráfico jurídico»<sup>14</sup>.

Es más, la descentralización o subcontratación de servicios, como forma de organización de la producción, ha venido siendo utilizada fundamentalmente por el sector privado, pero en los últimos tiempos ha conocido un singular desarrollo dentro de las Administraciones Públicas, convertida en una suerte de socorrida técnica instrumental de ejercicio de las funciones públicas, hasta el punto de que es el cauce a través del cual la Administración ejecuta una parte importante de la actividad pública, pero sometiéndola a fórmulas de Derecho Privado (al igual que en el sector privado, son los mismos motivos económicos y de organización los que favorecen esta tendencia y, a la par que en el sector privado, pueden darse también a través de este fenómeno privatizaciones sin control y cesiones ilícitas de trabajadores)<sup>15</sup>.

A partir de una interpretación literal del artículo 1.2 ET, el empresario es la persona, física o jurídica<sup>16</sup>, o comunidad de bienes que recibe la prestación de servicios de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del ET. La personalidad jurídica no es, por lo tanto, nota necesaria para configurar la cualidad de empleador o empresario en el ET y, por tanto, de acuerdo con la definición de comunidad de bienes<sup>17</sup> contenida en el artículo 392 CC, pueden celebrar contratos de trabajo legales los titulares colectivos o *pro indiviso* de un bien o masa de bienes, aun careciendo de personalidad jurídica siempre y cuando reciban el beneficio de un trabajo en sentido jurídico-social<sup>18</sup>. Es decir, se adquiere la cualidad de empresario al recibir la prestación de servicios de uno o varios trabajadores por cuenta ajena cuando aquélla reúna las características definitorias del con-

<sup>14</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «Los cambios en la organización de la empresa...», cit., pág. 38.

<sup>15</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I. y GOÑI SEIN, J.L.: «Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contrataciones», en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección...*, cit., pág. 133.

<sup>16</sup> Parece claro, en este contexto, que el sindicato puede actuar como empresario-persona jurídica buscando los medios humanos y materiales más eficaces para atender a su objeto social fundamental asumiendo el contradictorio papel de empresario respecto del personal a su servicio. PÉREZ PÉREZ, M.: «El sindicato, empleador», *AL*, núm. 41, 1994, págs. 639-655. Sobre la existencia o no de contrato de trabajo, la STSJ Murcia 7 febrero 2000 –*Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación y Jurisprudencia)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 207, 2000, págs. 139 y ss., Ponente CAVAS MARTÍNEZ– se plantea la relación existente entre un sindicalista liberado y el sindicato al que pertenece, para el que presta, además de funciones sindicales, tareas administrativas, teniendo derecho a una retribución, estimando que la relación no es laboral sino de carácter asociativo y orgánico, actuando siempre con arreglo a los estatutos de su sindicato.

<sup>17</sup> Suele hablarse de comunidad de bienes en abstracto, como si fuese una figura jurídica de contornos precisos y delimitados reconducible siempre a una regulación completa y segura, cuando la experiencia demuestra que, por el contrario, existen las más variadas formas de comunidad de bienes, cuyo reconocimiento y clasificación dista de ser uniforme, tanto en las leyes como en la doctrina y jurisprudencia. Por todos, DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, J.M.: *Comunidad de bienes y empresa. Un replanteamiento de las relaciones entre comunidad y sociedad*, Madrid, 1997, págs. 27 y ss.

<sup>18</sup> Existirá «empresa» cuando un trabajador presta sus servicios en favor de aquel titular colectivo, siendo el empresario/titular a estos efectos la comunidad, no sus comuneros (aun cuando responsables de dicha comunidad lo sean éstos, de forma proporcional a sus cuotas –art. 393 CC–). Supuesto distinto al anterior es el constituido por varias personas titulares de una comunidad de bienes, pues entonces todos ellos serán titulares de la empresa y, como tales, deberán ser considerados empresarios de los trabajadores que a ella aportan sus servicios. Por extenso, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: las comunidades de bienes», *REDT*, núm. 2, 1980, págs. 217-229.

trato de trabajo, aun cuando no se trate tanto de una recepción material, física, aparente o sociológica, cuanto de una recepción de índole jurídica, pudiendo –por tanto– no coincidir el receptor material y el receptor jurídico de los servicios <sup>19</sup>.

## II. LA DEFINICIÓN LEGAL: EMPRESA, CENTRO DE TRABAJO Y UNIDAD PRODUCTIVA AUTÓNOMA

El Derecho del Trabajo concede primacía al elemento personal <sup>20</sup> sobre el económico, razón por la cual, sin desmerecer en absoluto la importancia de aquellos esfuerzos doctrinales que sitúan el centro de su investigación en la búsqueda de un concepto jurídico-unitario de la empresa, y asumiendo –por insoslayable– el dato de que la misma es, sobre todo, una realidad socio-económica compleja, la cuestión verdaderamente relevante para el iuslaboralista no puede ser otra sino la de intentar descubrir lo que la empresa sea en su concepción jurídico-laboral.

Es preciso hacer mención, en primer lugar, a los conceptos legales de «empresa», «centro de trabajo» y «unidad productiva autónoma»; delimitación esta de todo punto necesaria, aun cuando sólo sea para determinar adecuadamente el marco de aplicación de ciertas normas laborales que las toman como referencia objetiva.

La «empresa» constituye una realidad orgánica compleja convertida en centro de imputación de normas y relaciones jurídico-laborales de muy diversa índole (individuales <sup>21</sup> y colectivas), cuando alcanza cierta magnitud. A este respecto, la dimensión de la empresa ha adquirido un marcado

<sup>19</sup> El ordenamiento contempla así diferentes situaciones en las que cabe apreciar esa falta de coincidencia entre uno y otro tipos de recepción, a saber: contratas, empresas de trabajo temporal y grupos de empresas. En todas ellas existe un empresario aparente, que recibe materialmente el producto del trabajo y jurídicamente carece de la consideración de contraparte del contrato: en las contratas el receptor material es el dueño de la obra y el empresario el titular de la contrata; en las empresas de trabajo temporal, el receptor material es el usuario, el empresario la de trabajo temporal; en los grupos de empresas, cuando se producen situaciones de comisión de servicios en algunas empresas del grupo, el empresario es la empresa original, el receptor material del servicio la empresa de destino. MOLERO MANGLANO, C.: «Una configuración actualizada de la noción de empleador y sus problemas básicos», cit., págs. 506-507.

<sup>20</sup> Desde un punto de vista estático, la empresa supone en el ordenamiento jurídico-laboral la conjunción de dos elementos personales: el empresario y los trabajadores; y, desde un punto de vista dinámico, surge de la coordinación de las relaciones jurídicas de trabajo existentes entre dichos elementos personales. MONTOYA MELGAR, A.: «La empresa y el Derecho del Trabajo», en AA.VV.: *III Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo*, Vol. II, Sevilla, 1970, pág. 409. No existe empresa –en sentido jurídico-laboral– sin pluralidad de trabajadores. BAYÓN CHACÓN, G.: «El concepto jurídico-laboral de empresa», *RFUCM*, núm. 6, 1959, pág. 279 o ALONSO OLEA, M.: «La empresa desde el punto de vista social», en AA.VV.: *La empresa*, Madrid, 1961, pág. 66.

<sup>21</sup> Al respecto es enormemente expresiva la jurisprudencia y doctrina acerca de lo que haya de entenderse por «empresa» a los efectos previstos en el artículo 44 ET y en las Directivas comunitarias sobre transmisión de empresas (77/187/CEE; 98/50 y, actualmente, 2001/23/CE, de 12 de marzo), en las que, como es sabido, emergen las consecuencias de una creciente «espiritualización» de lo que haya de entenderse por «empresa», pues, pese a los esfuerzos teóricos, se aproxima a la concepción de ésta como una función, casi más que como organización productiva que enseñaban las nociones tra-

relieve<sup>22</sup> al punto de constituir un elemento y criterio capaz de dividir la aplicación misma de las normas laborales<sup>23</sup>, alterando la perspectiva «adimensional» tradicional del Derecho del Trabajo<sup>24</sup>. En este marco de cambios, «paradójicamente, mientras que algunas organizaciones se embarcan en claros procesos de aumento de su dimensión mediante alternativas... de crecimiento estratégico», otras, en cambio, «preconizan la excelencia competitiva que supone el hecho de adelgazar sus estructuras organizativas en un intento de reducir su dimensión hasta el límite de lo que podríamos considerar estrictamente como competencias básicas de la empresa»<sup>25</sup>. Se convierten así las pequeñas y medianas empresas<sup>26</sup>, debido a su menor capacidad económica –derivada de sus menores efectivos–, en entes favorecidos por normas que las eximen de ciertas cargas<sup>27</sup>, sin olvidar cómo el más intenso y personal contacto entre empresario y trabajadores permite «un cierto enervamiento» de algunos derechos del trabajador en aras a un mejor clima de trabajo<sup>28</sup>. Se aprecian también cada vez más formas variadas de dependencia financiera –entre ellas las franquicias comerciales<sup>29</sup>–, de producción o tecnológica, que a medio o largo plazo han de tener sus efectos sobre el ejercicio y garantía de los derechos laborales.

---

dicionales. Sobre los problemas derivados de la interpretación de lo que sea empresa o parte separada de la actividad de ésta susceptible de funcionamiento autónomo, *vid.*, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea las Sentencias 24/85, de 18 marzo 1986, asunto *Spijkers*; 171/94 y 172/94, de 7 marzo 1996, asunto *Merckx y Neuhuys* o 13/95, de 11 marzo 1997, asunto *Süzen*, que sintetiza la doctrina en torno a la cuestión que ahora interesa en los términos siguientes: «(la Directiva 77/187) no se aplica... si la operación no va acompañada de una cesión, entre ambos empresarios, de elementos significativos de activo material o inmaterial ni el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de la contrata». Asimismo, SERRANO OLIVARES, R.: «La noción de "empresa" a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *RL*, núm. 22, 1997, págs. 67 y ss.

- <sup>22</sup> La dimensión de la empresa es uno de los ejes esenciales de reforma en tanto que uno de los objetivos de la misma ha sido el de proceder a una mayor "adaptabilidad" de la relación laboral a la realidad de la dimensión de la empresa como variable preferente de análisis jurídico», DEL REY GUANTER, S.: «La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral», en AA.VV.: *La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral*, Madrid, 1996, pág. 27.
- <sup>23</sup> No son infrecuentes previsiones especialmente dirigidas a un tipo concreto de empresas en función de su tamaño. Una muestra de ellas en la Ponencia y Comunicaciones presentadas en el *V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo*, en AA.VV.: *La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral*, cit.
- <sup>24</sup> Sobre la nueva cultura de empresa, por todos, CORTINA, A.: *Ética de la empresa*, Valladolid, 1994.
- <sup>25</sup> CASANI, F.; LUQUE, M.A.; RODRÍGUEZ, J. y SORIA, P.: «El outsourcing y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa», *RL*, núm. 14, 1998, pág. 52.
- <sup>26</sup> Por todos, FITA ORTEGA, F.: *La pequeña y mediana empresa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Valencia, 1997.
- <sup>27</sup> Al respecto, MOLINA NAVARRETE, C.: «El principio de favor a la "empresa menor" y el nuevo "Derecho flexible del Trabajo". A propósito de la responsabilidad directa del FOGASA en los despidos objetivos por causas económicas», *DL*, núm. 52, 1997, págs. 105 y ss.
- <sup>28</sup> FITA ORTEGA, F.: «La diversificación de la normativa laboral en función de la dimensión de la empresa: algunas consideraciones en torno al criterio del número de trabajadores», *TS*, núm. 60, 1995, pág. 26.
- <sup>29</sup> En estos casos el grado de condicionamiento de la franquiciadora respecto del producto a vender, del modo de hacerlo, de la presentación exterior del comercio, del tipo de indumentaria del personal, de la formación profesional recibida, de la forma de atención al público, de los horarios comerciales, etc., puede llevar en casos extremos a un condicionamiento desde fuera de las condiciones de trabajo de los asalariados de estas franquicias. CRUZ VILLALÓN, J.: «Los cambios en la organización de la empresa...», cit., pág. 47 o GONZÁLEZ BIEDMA, E.: «Aspectos jurídico-laborales de las franquicias», *REDT*, núm. 97, 1999, págs. 670-671.

Entre las razones para el resurgimiento de la pequeña empresa cobran especial relieve fenómenos tales como la disgregación de empresas, el nacimiento de empresas autónomas resultantes de la «exteriorización» productiva provocada por la descentralización y/o fenómenos de contratación o subcontratación, empresas del sector terciario, empresas desarrolladas en sectores tradicionales de carácter artesanal o supuestos de integración coordinada<sup>30</sup>. Sin embargo, el esfuerzo por adaptar el Derecho del Trabajo a la dimensión de la empresa puede provocar una división inaceptable de esta rama del ordenamiento, creando un Derecho del Trabajo general y un Derecho del Trabajo distinto y especial para las pequeñas y medianas empresas, alterando de tal modo las instituciones comunes que las llegue a convertir en difícilmente reconocibles. Así pues, lo que la norma laboral debe procurar es, desde luego, que sus consecuencias puedan ser adaptadas a las realidades distintas que pueden presentar las diversas empresas y, para ello, el mecanismo que aparece como el más adecuado es el de la negociación colectiva<sup>31</sup>.

Muy próximo, al punto de llevar con frecuencia a la confusión, se encuentra el concepto de «centro de trabajo», definido por el artículo 1.5 ET como «unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral»<sup>32</sup>. El de centro de trabajo es un concepto jurídico-legal funcional a los efectos de aplicación de las normas laborales. No obstante, cabe señalar inmediatamente que no está exento de serios problemas de delimitación porque es configurado por la ley, pero ha tenido que ser precisado y especificado por una continua labor jurisprudencial. Esto se explica porque el artículo 1.5 ET utiliza conceptos jurídicamente indeterminados (unidad productiva; organización específica...) cuyo contenido ha de ser definido y concretado en función de las circunstancias del caso<sup>33</sup>; es decir, examinando muy de cerca las circunstancias presentes en el supuesto controvertido y atendiendo siempre a la singularidad de la institución laboral concernida en cada momento, abriéndose así un abanico de posibilidades de «vestidura» jurídica y adaptación flexible<sup>34</sup>.

A la noción de centro de trabajo es inherente la idea de organización específica convirtiendo a éste –dentro del organigrama general o global de la empresa– en una «unidad técnica de producción», diferenciada del simple establecimiento o lugar de trabajo<sup>35</sup>. Dicho concepto legal de centro

<sup>30</sup> «Es necesario aplicar criterios que pongan de manifiesto todas las perspectivas posibles para construir esa dimensión y no sólo una de ellas». DEL REY GUANTER, S.: «La dimensión de la empresa...», cit., pág. 30.

<sup>31</sup> FITA ORTEGA, F.: *La pequeña y mediana empresa en el ordenamiento jurídico-laboral*, cit., pág. 349.

<sup>32</sup> En general, MIÑAMBRES PUIG, C.: *El centro de trabajo (El reflejo jurídico de las unidades de producción)*, Madrid, 1985, págs. 91 y ss. y «El centro de trabajo», *REDT*, núm. 100, 2000, págs. 125 y ss.; SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: «El concepto de centro de trabajo (Problemas interpretativos del art. 1.5 ETT)», *AL*, 1985, T.I, pág. 1.652 y «El centro de trabajo: configuración legal», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. I, Madrid, 1990, págs. 234 y ss. o CAMPS RUIZ, L.M.: *Régimen laboral de la transmisión de empresas*, Valencia, 1993, págs. 40-44.

<sup>33</sup> ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico* (trad. GARZÓN VALDÉS, E.), Madrid, 1967, págs. 137 y ss.

<sup>34</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: «La transmisión parcial de empresa: el "centro de trabajo" y la "unidad productiva autónoma" de la empresa», *DL*, núm. 52, 1997, pág. 61.

<sup>35</sup> Entre los conceptos de «empresa» y «centro de trabajo» puede existir, por tanto, relación de identidad (empresas con un solo centro) o de superioridad/inferioridad, cuando la empresa –concepto mayor– englobe varios centros –concepto menor–. La expresión «lugar de trabajo» hace referencia al «sitio en que se trabaja», diferenciándola del centro de trabajo, que «denota la idea de una unidad técnica de producción». Clásicas, al respecto, las SSTCT 12 noviembre 1980 (Ar. 5754) o 27 febrero 1987 (Ar. 4597).



de trabajo adquiere una dimensión trascendente tanto en el ámbito de la relación individual de trabajo (donde sirve, por ejemplo, para poder constatar la existencia de movilidad geográfica –art. 40 ET– o para comprobar la sucesión de empresas –art. 44 ET<sup>36</sup>–), como en el marco de las relaciones colectivas, donde el centro de trabajo aparece legalmente configurado como ámbito espacial de elección de las representaciones unitarias de los trabajadores (arts. 62 y 63 ET) y de negociación de los convenios colectivos de ámbito inferior a la empresa.

Si se atiende a la *ratio legis* (a los fines jurídicos), lo que se persigue con el artículo 1.5 ET es, en definitiva, la instrumentación funcional de un concepto flexible de centro de trabajo válido a efectos de determinar el ámbito de las distintas instituciones jurídico-laborales (colectivas o individuales), para lo cual ha de ser formulado con cierta abstracción y generalidad<sup>37</sup>.

Distinta, en fin, de las nociones de empresa y de centro de trabajo (pero sin limitarse a constituir una mera sede física o material) aparece la de «unidad productiva autónoma». Frente a un concepto tradicional del término que acababa por identificarlo con centro de trabajo<sup>38</sup>, o con una realidad de ámbito inferior a la del centro pero dotada de autonomía<sup>39</sup>, parece abrirse paso una nueva concepción que vendría a identificarla con «una unidad organizativa cuya base no es predominantemente espacial o geográfica –como en el caso del centro de trabajo–, sino de carácter funcional, y cuya base territorial podría coincidir, por consiguiente, bien con uno o varios centros de trabajo, o bien con parte de uno o varios centros de trabajo»<sup>40</sup>. La diferencia se encuentra precisamente en la singular actividad desarrollada por esa unidad productiva cuyo calificativo de autónoma es consecuencia directa del fin técnico perseguido en la misma. El complejo de medios materiales e inmateriales susceptibles de generar una «explotación aislada» o «económicamente independiente de la empresa»<sup>41</sup> se condiciona, en primer lugar, a la especificidad de su actividad productiva que generalmente sirve de complemento o auxilio para la consecución del fin técnico perseguido por el centro de trabajo donde ésta se integra<sup>42</sup> o, en su caso, para el completo desarrollo de la actividad eco-

<sup>36</sup> El artículo 44 ET contempla los distintos modos de ser de la organización productiva en cuanto objeto del tráfico jurídico-económico y ello es especialmente relevante en un contexto caracterizado por los procesos de fragmentación de la organización empresarial, en muchos casos vinculada a procesos de descentralización productiva y funcional. Sobre los fundamentos económicos y organizativos subyacentes a los procesos de fragmentación de la organización productiva, PÉREZ DE LOS COBOS, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, 1990 o MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, Madrid, 1994, especialmente págs. 10-30. Un supuesto peculiar de improcedencia de la subordinación empresarial en la sucesión del notario en MONTROYA MELGAR, A. y DURENDE SÁEZ, I.: *La sucesión de notarios y sus efectos laborales*, Madrid, 1998, págs. 16 y ss.

<sup>37</sup> El centro de trabajo es un concepto «iuslaboral», individualizado sobre todo por su cualidad de ser «una unidad técnico-organizativa», una unidad con organización propia y, más precisamente, una unidad de organización específica laboral, soporte de una organización técnico-laboral. MONEREO PÉREZ, J.L.: «La transmisión parcial de empresa...», cit., pág. 63.

<sup>38</sup> DIÉGUEZ CUERVO, G.: «La sucesión de empresa» en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los trabajadores*, T. VIII, cit., págs. 351-352.

<sup>39</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: *Aspectos laborales de la transmisión de empresa*, Madrid, 1984, pág. 50 o STCT 7 julio 1988 (Ar. 4876).

<sup>40</sup> CAMPS RUIZ, L.M.: «La sucesión de empresa», *RT*, núm. 81, 1986, págs. 56-57.

<sup>41</sup> STS 30 diciembre 1993 (Ar. 10078).

<sup>42</sup> STS 19 mayo 1988 (Ar. 4264).

nómica de la empresa <sup>43</sup>; y, en segundo lugar, a que dicha actividad pueda ser desgajada de la que tiene lugar en el centro de trabajo, «para ser susceptible de una explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado» <sup>44</sup>.

Sus elementos constitutivos, como concepto legal jurídicamente diferenciado del centro de trabajo, son, pues, el tratarse de una fracción de la empresa, autónoma desde el punto de vista finalístico o de resultado productivo (individualizada funcionalmente) y susceptible de explotación independiente del complejo empresarial del que forma parte para el logro de una finalidad técnico-productiva determinada (unicidad organizativa de la unidad productiva en el sentido de articulación preordenada de medios y fines productivos) <sup>45</sup>. Las unidades de producción autónomas están, en fin, «en el ojo del huracán de cualquier proceso de descentralización productiva» a que se ven sometidas a menudo las estructuras unitarias de producción, para el logro de una reducción de costes y riesgos por medio del «adelgazamiento empresarial», resultando entonces vital la delimitación jurídica de aquéllas <sup>46</sup> a efectos de la protección de los trabajadores que se encuentran adscritos a las mismas <sup>47</sup>.

### III. LA MODIFICACIÓN DE LAS ESTRUCTURAS ORGANIZATIVAS DE LA EMPRESA

Una realidad que se ha impuesto en el último tercio del siglo XX hasta el extremo de convertirse en un dato indiscutible para los estudiosos de las disciplinas jurídicas que tienen uno de sus ejes principales en la realidad de la empresa es la modificación de sus estructuras organizativas. La crisis económica, la «terciarización» del sistema productivo y la incorporación creciente de nuevas tecnologías han puesto en marcha y acelerado un proceso de racionalización de la organización del trabajo y la necesidad de replantear los métodos de producción, provocando importantes cambios en la estructura, dimensión y funcionamiento de las empresas. De hecho, el fenómeno de la descentralización (que designaría toda externalización al exterior de la empresa de las actividades o fases que integran su ciclo productivo e incluiría tanto los supuestos de contratas y subcontratas, como la transmisión de empresas, el trabajo a domicilio –al transferir al exterior no sólo el proceso productivo, sino gran parte del riesgo empresarial–, los grupos de empresas o el empleo de autónomos (en una especie de pseudo fenómeno de parasubordinación) <sup>48</sup> comienza a emerger como una más de las soluciones estratégicas para superar la crisis estructural de la década de los setenta.

<sup>43</sup> STSJ Madrid 2 abril 1998 (Ar. 1331).

<sup>44</sup> STS 27 octubre 1994 (Ar. 8531).

<sup>45</sup> Es suficiente que la unidad productiva adquiera en el desenvolvimiento de la empresa «cierta independencia jurídica», «sustantividad jurídica relativa», en el sentido de que realice los mismos actos jurídicos que la empresa y sea capaz de subsistir por sí misma separada o aunque la empresa desaparezca. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, 1987, pág. 237.

<sup>46</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: «El problema de la identificación del concepto de "unidad productiva" (ex art. 44 ET): la posibilidad de nuevos usos hermenéuticos», *TL*, núm. 32, 1994, págs. 45 y ss. o PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Filialización. Grupos de Empresas», en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del Trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2000, págs. 642 y ss.

<sup>47</sup> MIÑAMBRES PUIG, C.: «El centro de trabajo», cit., págs. 142-143.

<sup>48</sup> BLAT GIMENO, F.: «El marco socioeconómico de la descentralización productiva», en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, cit., págs. 44 y ss.

Entre las manifestaciones más ostensibles de estos cambios en los modos de producir cabe resaltar la difusión de diversas prácticas que comportan una «*exteriorización*» o «*externalización*» del factor trabajo <sup>49</sup> (como método de adaptación de las empresas a un entorno cambiante caracterizado, entre otros, por los actuales fenómenos de explosión y globalización del conocimiento, de la tecnología, de las comunicaciones y de la economía) <sup>50</sup>; técnicas o mecanismos a través de los cuales las empresas procuran alcanzar su objeto productivo final disminuyendo la plantilla de personal propio, para lo cual conciertan la realización de todas o algunas de las fases de su ciclo de producción con otras empresas que aportan su propia plantilla de trabajadores asalariados <sup>51</sup> o con trabajadores autónomos que cumplimentan directamente el encargo <sup>52</sup>.

Con el objetivo de aumentar la competitividad, cobra especial trascendencia el proceso de afinamiento de la estructura empresarial mediante la externalización de actividades que, integradas inicialmente en su proceso productivo, pueden ser susceptibles de realización separada a través de entidades empresariales ajenas, concentrándose la empresa principal en el núcleo de su actividad empresarial (una actividad principal que, por lo demás, con los avances técnicos, en especial informáticos, y con el crecimiento espectacular de las actividades de servicios puede llegar a ser muy reducida en su esencia) <sup>53</sup>.

En definitiva, si fragmentación y flexibilidad son las opciones aparentemente necesarias para hacer frente a las incertidumbres o turbulencias del mercado, la difusión de las nuevas tecnologías <sup>54</sup> ha proporcionado al sistema de producción las condiciones idóneas para su fraccionamiento <sup>55</sup>, creando nuevas organizaciones que facilitan la desintegración o autonomía de cada una de las fases del proceso productivo, las cuales pueden ser tanto ubicadas –aun conservando su autonomía– en la propia empresa, como –precisamente por aquella autonomía– desplazarse hacia el exterior de ésta y encontrar lugar adecuado en otra distinta <sup>56</sup>.

<sup>49</sup> Con dicha expresión se pretende aglutinar tanto a la descentralización que implique la intervención de una empresa externa en una fase del proceso productivo –externalización, propiamente dicha–, como a la descentralización que suponga un desplazamiento a nivel interno de las funciones que dejan de realizarse, por tanto, siendo una empresa filial, de nueva creación o ya existente, la que desarrolla tales funciones –filialización–. DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M.: «Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral», *RL*, núm. 20, 1999, pág. 15.

<sup>50</sup> GÓMEZ ALBO, P.: «Descentralización productiva, externalización y subcontratación», *AL*, núm. 10, 2000, pág. 157.

<sup>51</sup> ALONSO OLEA, M.: Discurso pronunciado con motivo de su investidura como Doctor *Honoris Causa* por la Universidad de León, 25 de abril de 1997, pág. 9, ejemplar mecanografiado.

<sup>52</sup> *Vid.*, al respecto, el especial monográfico dedicado al trabajo autónomo en *RL*, núm. 7/8, 2000, y la amplia selección bibliográfica en el mismo expuesta.

<sup>53</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: «Descentralización productiva, contratas y despido por causa organizativa», en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, cit., pág. 408.

<sup>54</sup> Nuevas técnicas que, además de acrecentar el grado de especialización de las empresas dedicadas a la recepción de las parcelas de la actividad desintegradas, permiten, en definitiva y de cara al mercado, la posterior integración de todas ellas.

<sup>55</sup> TINTI, A.R.: «Gruppi di imprese e diritto del lavoro: profili collettivi», *DLRI*, núm. 2, 1991, pág. 97.

<sup>56</sup> Las empresas pasan a depender cada vez más de segmentos satélites dedicados a la actividad de servicios tales como los servicios a la producción (asistencia técnica, investigación y desarrollo, diseño industrial, control de los materiales, *engineering*), a la comercialización (publicidad, *márketing*, estudios de mercado, tutela del producto), a la gestión (método organizativo, *software*, informática) o a las finanzas (asesoramiento fiscal).

## 1. El *outsourcing*.

El denominado contrato de *outsourcing* <sup>57</sup>, entendido tradicionalmente como sinónimo de «subcontratación», pero constitutivo en realidad de un fenómeno más amplio que la simple contratación externa <sup>58</sup>, abarca, en noción imprecisa <sup>59</sup>, a «todos aquellos procesos consistentes en la externalización de actividades que no sean consideradas competencias básicas de la organización, independientemente de que aquéllas fueran desarrolladas o no previamente por la empresa» <sup>60</sup>, si bien su uso más frecuente está referido a la exteriorización de los sistemas informáticos <sup>61</sup> mediante empresas auxiliares con las cuales se establece un contrato de igual nombre <sup>62</sup>.

El imperativo empresarial de ganar en productividad, capacidad de adaptación y dinamismo en un mercado cada vez más competitivo e internacionalizado es lo que impulsa a las empresas a buscar estrategias orientadas a reducir su dimensión a través de la externalización de la producción. Disminuir su magnitud, recurriendo al incremento de la contratación externa de obras o servicios que antes eran realizados directamente, permite frenar costes en unidad de producto, adecuar las inversiones realizándolas allí donde sean estrictamente necesarias y, cómo no, flexibilizar las estructuras de la empresa para responder a las incertidumbres del mercado y a la creciente globalización de la economía <sup>63</sup>.

La estrecha colaboración entre la empresa cliente/usuario y la empresa externa que presta los servicios va a provocar una interconexión entre las plantillas de ambas entidades, por cuanto los trabajadores de la empresa suministradora se verán obligados a trabajar para la empresa cliente, en función del propio objeto del contrato de *outsourcing*. Aún más, algunos de estos contratos establecen que determinados trabajadores de la empresa usuaria o cliente queden integrados en la plantilla de

<sup>57</sup> MARTÍN FLOREZ, L.: «*Outsourcing* y teletrabajo: Consideraciones jurídico-laborales sobre nuevos sistemas de organización del trabajo», *REDT*, núm. 71, 1995, págs. 404-413.

<sup>58</sup> Sobre la evolución histórica del *outsourcing* como práctica mercantil, DE CARLOS BELTRÁN, J.M.: «El *outsourcing* como técnica de gestión alternativa», *Derecho de los negocios*, núm. 91, 1998, págs. 9 y ss.

<sup>59</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «*Outsourcing* y relaciones laborales», en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, cit., págs. 251-256.

<sup>60</sup> CASANI, F.; LUQUE, M.ª A.; RODRÍGUEZ, J. y SORIA, P.: «El *outsourcing* y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa», cit., pág. 52.

<sup>61</sup> El *outsourcing* (descentralización de determinados servicios o ejecución de una obra para una empresa mediante la celebración de un contrato entre la empresa cliente o usuaria y una empresa auxiliar) viene siendo utilizado con frecuencia para la gestión externa de los sistemas informáticos de la empresa cliente, aportando tecnología y desarrollando el producto o servicio, de manera tal que la empresa auxiliar pueda concentrarse en la estrategia básica de la gestión encomendada. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.; MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas «flexibilizadoras» de la relación laboral*, Madrid, 1998, pág. 109.

<sup>62</sup> RIVERO LAMAS, J.: «La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo», en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, cit., pág. 81.

<sup>63</sup> DE QUINTANA PELLICER, J.: «La descentralización productiva (*outsourcing*). Algunos apuntes en relación con las cuestiones que plantea desde el punto de vista judicial», *AL*, núm. 10, 2000, págs. 163-164.

la empresa de suministro. Suele ser habitual que esta última sea creada al amparo de la empresa cliente/usuario de forma tal que la empresa cliente/usuario constituirá una entidad jurídicamente independiente de la misma, a la cual dotará de toda la infraestructura necesaria para prestar esa gestión externa de forma exclusiva. En definitiva, mediante el *outsourcing* se puede llegar a producir una descentralización de la actividad productiva de la empresa cliente/usuario, cediendo parte de su actividad a estructuras jurídicamente independientes pero con claras conexiones accionariales, económicas, de dirección y de plantillas <sup>64</sup>.

Las ventajas prácticas son evidentes desde el punto de vista competitivo, habida cuenta de que en muchas ocasiones esta empresa externa o auxiliar queda integrada en los planes estratégicos de la cliente con la finalidad de diseñar o aportar una solución adaptada a sus concretas necesidades <sup>65</sup>.

La admisión y normalización de estos fenómenos está en la base de reformas legislativas a las que subyace la consideración de tales procesos como funcionales al correcto desenvolvimiento de las organizaciones productivas, y no como sospechosos de encubrir fraudes o reducciones ilícitas de los derechos de los trabajadores <sup>66</sup>. Sin embargo, al margen de esa valoración «no negativa» de tales fenómenos, las reformas legales más recientes parecen haberlos abordado mediante la inserción de su régimen en el de figuras ya conocidas, instrumentales a la externalización, más que mediante su consideración como fenómeno separado de esas realidades preexistentes <sup>67</sup>.

<sup>64</sup> MARTÍN FLOREZ, L.: «*Outsourcing* y teletrabajo: Consideraciones jurídico-laborales sobre nuevos sistemas de organización del trabajo», cit., págs. 404-405.

<sup>65</sup> Cabe hacer mención a otras técnicas más elaboradas y recientes que, en la experiencia francesa, adoptan las fórmulas de contrato de *parrainage* o del *essaimage*. A través del primero las empresas animan a sus trabajadores a la creación de sus propias organizaciones empresariales y, en contrapartida, adquieren el compromiso de colaborar en su puesta en funcionamiento, bien sea mediante su participación minoritaria en el capital, bien mediante la aportación de medios o recursos [ARESGUEL, A. e ISOUX, P.: «Les nouvelles frontières entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise», en AA.VV.: *Les collaborateurs de l'entreprise: asalariés ou prestataires de services? (Colloque organisé par le Centre d'Etudes des Relations Sociales Internationales de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-Marseille, Vendredi 10 février 1995)*, Marsella, 1995, pág. 22, *apud* GARCÍA RUBIO, M.A.: «Presunción de no laboralidad y promoción del trabajo independiente: la experiencia francesa», *RL*, núm. 18, 1996, pág. 27]. El segundo constituye, por su parte, una práctica utilizada especialmente en situaciones de crisis, a través de la cual la empresa con dificultades económicas incita a sus trabajadores expuestos a la pérdida de empleo a la creación de diversas micro-empresas con las cuales, *a posteriori*, subcontratará parcelas de su propia actividad, sustituyendo de este modo el régimen asalariado de sus empleados por un régimen de trabajo independiente). A la misma finalidad responde el *hoteling* (que convierte a los trabajadores en verdaderos propietarios de su trabajo –*job owners*–, haciendo «que el contrato de trabajo se transforme de nuevo en *locatio conductio operarum* [SIMITIS, S.: «Le droit du travail a-t-il encore un avenir?», *DS*, núms. 7-8, 1997, pág. 659]), o el *downsizing* o *reengineering*, simulando una subordinación que no tienen, pues en muchos casos el trabajador es el único accionista, lo cual contribuye a instituir lo que se ha denominado un empleo *glissant* [SIMITIS, S.: «Le droit du travail a-t-il encore un avenir?», cit., pág. 663]. Todos estos fenómenos en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., MARTÍNEZ BARROSO, M.º R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas...*, cit., pág. 111.

<sup>66</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas», *RL*, 1992, T. II, pág. 118.

<sup>67</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.º F.: «Descentralización productiva, contratas y despido...», cit., pág. 408.

En el ordenamiento jurídico no existe una prohibición general que impida acudir a la descentralización productiva u *outsourcing* como estrategia managerial<sup>68</sup>; permisión tácita que no supone, sin embargo, una libertad absoluta del empresario para descentralizar parte de la entidad empresarial de la que es titular sino que, como todo poder, se encuentra limitado jurídicamente<sup>69</sup>, máxime cuando una de las funciones económicas que mejor caracterizan a este fenómeno empresarial es la reducción de costes laborales<sup>70</sup>.

Centrando la atención en los procesos de externalización de actividades productivas, nada parece que pueda objetarse a éstos cuando son originarios, esto es, cuando la organización inicial de la empresa está concebida partiendo de su fraccionamiento y reducción al núcleo productivo. No se olvide que la descentralización productiva, como estrategia empresarial, es, en primer lugar, un mecanismo hábil para hacer frente a una situación coyuntural caracterizada por un mercado cada vez más complejo debido, básicamente, al vertiginoso avance de la tecnología, es decir, de los sistemas de comunicación y de información en un marco en el que la economía se ha globalizado<sup>71</sup> y las empresas están sometidas a una situación de «hipercompetitividad»; y, en segundo lugar, técnica con capacidad para actuar tanto ante la necesidad de sanear la empresa (superar situación negativa)<sup>72</sup>, como ante la de obtener el tamaño empresarial óptimo para crecer empresarialmente y con ello lograr una mayor y mejor racionalización de la producción (mejorar situación positiva)<sup>73</sup>.

Tales casos son, en principio, el resultado del ejercicio plural de los derechos de libertad de empresa *ex* artículo 38 CE<sup>74</sup> y, todo lo más, susceptibles de ser sometidos a las consecuencias de

<sup>68</sup> Varios pronunciamientos judiciales afirman de modo categórico que los fenómenos de descentralización son jurídicamente lícitos. Así, STS 20 enero 1997 (Ar. 618), SAN 12 marzo 1998 (AL 1336), afirmando que «la descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse los derechos de los trabajadores» o STSJ Valencia 21 mayo 1996 (Ar. 2304), ratificando que el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva».

<sup>69</sup> Por todos, LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Barcelona, 1999.

<sup>70</sup> Elementos como la reducción del absentismo laboral, la disminución de los gastos en la contratación o en la formación de trabajadores o el aumento de la flexibilidad son argumentos que se reiteran en las ofertas de empresas *outsourcers*. DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M.: «Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno...», cit., págs. 16 y 19.

<sup>71</sup> Por todos, ROMAGNOLI, U.: «Globalización y Derecho del Trabajo», *RDS*, núm. 5, 1999, págs. 9 y ss.

<sup>72</sup> STS 21 marzo 1997 (Ar. 2645) o STSJ Murcia 29 octubre 1996 (Ar. 4602). Dependiendo de los efectos «sucesorios» o «modificativos, suspensivos o extintivos» de la descentralización productiva será indispensable, o no, que la misma se haya producido por una causa determinada y suficiente. Con todo, la entidad que deba ostentar la causa que trate de legitimar estas últimas decisiones empresariales no tiene una significación unívoca sino que se produce un «escalonamiento aplicativo». DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M.: «Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno...», cit., pág. 41.

<sup>73</sup> Por contra, una de las desventajas más importantes del fenómeno es la pérdida de control que supone sobre el producto cuya elaboración se descentraliza, con lo que existe un riesgo importante en relación con el mantenimiento del nivel de calidad y del grado de satisfacción de los clientes. DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M.: «Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno...», cit., págs. 18 y 20.

<sup>74</sup> La libertad de empresa permite a un empresario elegir entre dos opciones de organización productiva: la realización del entero ciclo de la actividad de la empresa o, en caso contrario, el desplazamiento hacia otras empresas de determinadas partes o actividades de dicho ciclo. Ahora bien, ello no impide reconocer que, en ocasiones, la opción de descentralizar

responsabilidad solidaria derivadas de la teoría y la práctica judicial sobre los grupos de empresa, cuando concurren las circunstancias que tipifican este fenómeno <sup>75</sup>.

Los problemas más graves, lógicamente, se plantean cuando la estrategia de externalización es sobrevenida y se materializa en el despiezamiento de partes de la organización empresarial, susceptibles de una vida autónoma. En estos casos la doctrina no encuentra demasiadas dificultades interpretativas para reconducir el proceso de *outsourcing* a algunos de los supuestos ya previstos en las leyes laborales, y que son instrumentales para la descentralización:

- a) La aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 ET estaría indicada cuando la actividad externalizada va a ser asumida por una organización productiva independiente de la empresa original, si bien dotada del personal y los medios de la citada empresa original que, a la conclusión del proceso, ha visto reducidos sus efectivos y simplificada su actividad productiva <sup>76</sup>. La admisibilidad, *ex* artículo 44 ET, de la transmisión, no sólo de la empresa en su integridad, sino de cualquiera de los centros de trabajo o unidades productivas autónomas en que puede descomponerse, abona el terreno a múltiples operaciones descentralizadoras <sup>77</sup>.
- b) De otro lado, son imaginables supuestos de *outsourcing* en que la simplificación de la estructura de la empresa principal no tiene lugar por mero desgajamiento de un segmento de la organización original, sino que parte de la desaparición de los departamentos de la empresa dedicados a una actividad concreta y determinada, que se va a contratar con empresas externas. La remodelación empresarial, en este segundo caso, genera una reducción del empleo en la empresa principal que no se va a ver compensada con la asunción de los trabajadores afectados por otra empresa, sino que se cierra en sí misma con el despido de los trabajadores <sup>78</sup>. Lógicamente, el resultado final de este proceso sería la contratación exter-

---

la producción pueda poner en peligro determinados derechos de los trabajadores o puede ocasionalmente servir de cauce a fraudes y abusos empresariales. STSJ País Vasco 22 octubre 1996 (Ar. 3718) o STSJ Andalucía 26 marzo 1996 (Ar. 1915) y 8 marzo 1996 (Ar. 518).

<sup>75</sup> Por extenso, MARTÍNEZ BARROSO, M.º R.: «Análisis jurídico-laboral de los grupos de empresa», *REDT*, núm. 62, 1993, págs. 915 y ss.

<sup>76</sup> La admisibilidad de este supuesto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya data de la Sentencia de 27 de octubre de 1994. Un comentario a la misma en MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. y PÉREZ CAMPOS, A.: «Análisis jurídico laboral sobre el *outsourcing* y la descentralización productiva», *REDT*, núm. 77, 1996, págs. 567 y ss. Con posterioridad, por todas, STS 21 marzo 1997 (Ar. 2318).

<sup>77</sup> Fomentados, si cabe, tras la Directiva 98/50/CE, en la cual se permite que en los casos de transmisión de empresas insolventes se establezca la garantía de la continuidad de los contratos, pero no se transfieran al cedente las obligaciones del cesionario que existiesen antes de la fecha de la transmisión o de la iniciación del procedimiento de insolvencia. PRADAS MONTILLA, R.: «La Directiva 98/50/CE, del Consejo, de 29 de junio, sobre traspaso de empresas, de centros de actividad o de parte de éstos», *DL*, núm. 56, 1998, pág. 14. Recientemente, con alusión a la derogación «y refundición» de las Directivas 77/187 y 98/50 por la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, SEMPERE NAVARRO, A. V. y CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Claroscuros en el nuevo régimen jurídico de la sucesión de empresa», *AS*, núm. 10, 2001, págs. 9 y ss.

<sup>78</sup> Reducciones de plantilla que a veces se estimulan con bajas incentivadas (acompañadas de estímulos económicos en forma de indemnizaciones –en mejores condiciones–) y, frecuentemente también de beneficios de Seguridad Social –prejubilaciones, convenios especiales, aportaciones a planes de pensiones, mejoras voluntarias...–, BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna», *REDT*, núm. 94, 1999, pág. 170.

na del o los servicios suprimidos, a través de mecanismos que, sin ser irrelevantes para el Derecho del Trabajo, difieren sustancialmente de los anteriores. Se trataría de supuestos que podrían encauzarse en los supuestos de hecho de diversos preceptos legales: bien como contratas y subcontratas asumidas por empresas ajenas a la realidad productiva inicial, como contratas asumidas por antiguos trabajadores de la empresa que se independizan y pasan a operar por cuenta propia, en cuyo caso también la cobertura formal es el artículo 42 ET; bien como casos en que la actividad a desarrollar puede cubrirse con el préstamo lícito de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal.

En todos estos fenómenos el problema jurídico de base viene constituido por la colisión entre dos valores cuyo equilibrio constituye uno de los núcleos explicativos del devenir del Derecho del Trabajo <sup>79</sup>: el derecho empresarial de organizarse libremente (art. 38 CE) y el de los trabajadores a su trabajo, concretado en la conservación de la relación en activo y en la prevalencia de su interés a la conservación de esta misma relación <sup>80</sup>. Ciertamente, no es igual prestar servicios para una empresa de grandes dimensiones, que para una pequeña empresa auxiliar o de servicios con menos expectativas en el campo industrial o comercial, lo que tiene repercusiones en la estabilidad en el empleo y en la aplicación de convenios colectivos menos favorables en todos los órdenes y no sólo en el salarial, pues no cabe duda de que, por lo general, la presencia sindical no es tampoco la misma en estos casos que la existente en empresas de grandes dimensiones <sup>81</sup>.

- c) Por último, cabe detectar la operación de *outsourcing* fraudulenta, nula, por tanto, en su afán descentralizador en perjuicio de los trabajadores, capaz de constituir, en realidad, un supuesto de cesión indirecta de trabajadores, una variante de intermediación en el mercado de empleo (temporal o permanente), claramente especulativa en tanto pretenda la creación de un centro artificial de imputación de normas laborales. Ello ocurrirá cuando la operación de exteriorización productiva y creación de nuevas empresas filiales tenga por finalidad primordial defraudar los derechos de los trabajadores, eludir las responsabilidades en la utilización del trabajo por cuenta ajena, debilitar su capacidad de defensa y resistencia (dificultando la constitución de órganos de representación unitaria o interponiendo barreras a la actividad sindical) u obtener beneficios económicos de la mera provisión de mano de obra a la empresa principal aprovechándose de su debilidad contractual <sup>82</sup>. Ante tales intentos, el ordenamiento reacciona protegiendo los derechos individuales <sup>83</sup> y colec-

<sup>79</sup> En unos términos que, por cierto, han sido objeto de recepción siquiera sea de pasada en la propia jurisprudencia constitucional (STCo 27 enero 1994).

<sup>80</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup> F.: «Descentralización productiva, contratas y despido...», cit., pág. 410.

<sup>81</sup> DE QUINTANA PELLICER, J.: «La descentralización productiva (*outsourcing*)...», cit., pág. 164.

<sup>82</sup> BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «Notas sobre la descentralización productiva...», cit., pág. 177.

<sup>83</sup> Atribuyendo una responsabilidad solidaria a empresa cedente y cesionaria por las obligaciones surgidas en favor de los trabajadores y concediendo un derecho de opción al trabajador para reincorporarse como «fijo» a la empresa cedente o cesionaria –en este último supuesto garantizándose idénticas condiciones laborales a las de los trabajadores de igual categoría o puesto equivalente, además de conservar la antigüedad generada desde el inicio de la cesión ilegal–, a traducir en el caso por la responsabilidad que ha de asumir la empresa principal, «a la cual se descubrirá como titular último de la organización productiva», BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «Notas sobre la descentralización productiva...», cit., pág. 178.



tivos de los trabajadores, tanto en el momento de la contratación como a lo largo de la relación de trabajo, habiendo sido extendida la responsabilidad, por vía jurisprudencial, a todos aquellos casos en los cuales el cedente sea una «empresa aparente», sin un mínimo organizativo indispensable para el desarrollo de su actividad empresarial y con el objetivo simulado de proporcionar mano de obra de forma lucrativa o abaratar la que ya tenía y ha expulsado en su afán por «delimitar la figura de la contrata de la falsa contrata que encubre, bajo la apariencia de tal, un tráfico de mano de obra o cesión de trabajadores prohibida».

El principal problema radica en que ambas figuras tienen dos elementos en común: 1) la existencia de una relación triangular y 2) el establecimiento de una garantía para los trabajadores y para la Seguridad Social mediante la fijación de una responsabilidad del receptor de los servicios. Sin embargo, presentan una diferencia fundamental: mientras que la contrata está admitida legalmente, la cesión de mano de obra es ilegal, salvo los supuestos realizados por medio de empresas de trabajo temporal. Es difícil, por tanto, trazar una línea fronteriza entre ambas figuras, sobre todo en los «supuestos límite» y aquellos en los que la actuación ilegal trata de ocultarse<sup>84</sup>. Aspectos tales como la organización, los poderes propios del empresario o la existencia de verdadera gestión empresarial se erigen, en definitiva, en indicios a partir de los que valorar la existencia real de un empresario<sup>85</sup>.

## 2. El fenómeno de la contratación y subcontratación.

La reestructuración nacida de la crisis también ha modificado profundamente el alcance y significado de la subcontratación, hasta el punto de convertirse en elemento estructural del sistema productivo<sup>86</sup>. En la actualidad, la mayor parte de las operaciones realizadas en el ámbito de las empresas se han transformado y han pasado de fundamentarse en el principio de ocupación en la propia empresa a la gestión externa de servicios<sup>87</sup>. Dos son las razones fundamentales que han determinado tan radical protagonismo de la figura:

<sup>84</sup> MARTÍNEZ GARRIDO, L.: *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas. Problemas y soluciones*, Barcelona, 1998, pág. 19.

<sup>85</sup> RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T.: «Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores», en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección...*, cit., págs. 110 y ss.

<sup>86</sup> De hecho, la subcontratación ha despertado la atención del Grupo de Expertos creado por la Dirección General V de la Comisión Europea, que elaboró el Informe sobre Cambios en el Trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa (Junio 1998). El objetivo de su preocupación era el de «superar la diferencia entre el estudio jurídico de la evolución del Derecho positivo y el acercamiento sociológico, económico y cultural de las realidades del trabajo, para intentar pensar descriptiva y normativamente la articulación del derecho con las nuevas prácticas sociales».

<sup>87</sup> MARTÍNEZ GARRIDO, L.R.: *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación...*, cit., págs. 9-10; GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *Contrata y subcontrata de obras y servicios. La cesión de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal*, Madrid, 1998 o CALVO GALLEGOS, F.: «La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios», *TL*, núm. 56, 2000, págs. 57 y ss. (número monográfico sobre relaciones triangulares de trabajo).

- a) De un lado, los modernos ciclos productivos, caracterizados por un aumento en la complejidad de los bienes finales, resultado del ensamblaje de una pluralidad de componentes, cuya realización requiere conocimientos técnicos especializados y diferenciados, sin olvidar que las nuevas tecnologías de producción permiten una sensible reducción de las dimensiones de escala, con la consiguiente apertura de espacios para eficientes pequeñas o medianas empresas ofertando sus servicios.
- b) De otro, la imperiosa necesidad empresarial de seleccionar las funciones que va a desarrollar internamente y decidir en cuáles, por su mayor rentabilidad o ajustarse más a su vocación, competencia o estrategia, reserva y concentra todo su potencial y, cuáles, por subsidiarias, conviene descentralizar o infradimensionar <sup>88</sup>.

### 2.1. Identificación del supuesto en la realidad productiva.

El esquema es simple: de un modelo en el que la empresa abarca todas las funciones (aparece como una estructura depositaria de todos los *know-how* tecnológicos y de mercado) se pasa a un diseño más especializado, donde únicamente retiene las actividades consideradas prioritarias y no cedibles, subcontratando las demás <sup>89</sup>. Al contrario de lo que se piensa, sin embargo, la subcontratación no es una simple técnica para reducir costes o transformar costes fijos en variables en aras a lograr un aumento de su eficiencia. La subcontratación es algo más, y busca «aumentar su capacidad adaptativa, la excelencia, satisfacer al consumidor individualizando el producto y el servicio, la especialización, la calidad, el precio y sobre todo, dirigir y centrar el esfuerzo inversor de las empresas hacia aquello que conocen mejor, el núcleo de su negocio» <sup>90</sup>. Es decir, persigue incrementar la productividad y la competitividad.

Más en concreto, una empresa –denominada «empresa principal»– decide no ejecutar directamente y con trabajadores propios ciertas actividades de su ciclo productivo, transfiriendo su realización a otra –calificada como «empresa auxiliar» <sup>91</sup>– que las lleva a cabo mediante sus propios trabajadores <sup>92</sup>. La cobertura formal reside en la celebración de una contrata –típico contrato de

<sup>88</sup> BLAT GIMENO, F.: «El marco socioeconómico de la descentralización...», cit., pág. 48.

<sup>89</sup> UNNIA.: «Ristrutturazione e terziarizzazione: decentramento produttivo es espulsione dei terziari interni», *Prospettiva sindacale*, núm. 49, 1983, págs. 38-45.

<sup>90</sup> GÓMEZ ALBO, P.: «Descentralización productiva, externalización...», cit., pág. 158.

<sup>91</sup> Entre otros, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Interposición y trabajo en contratas a través de la jurisprudencia», en AA.VV.: *Estudios en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, 1980, pág. 69; MARTÍN VALVERDE, A.: «Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. VIII, Madrid, 1988, pág. 213; MARIUCCI, L.: *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Milán, 1989, pág. 187 o CRUZ VILLALÓN, J.: «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas», cit., pág. 114.

<sup>92</sup> Es habitual que la empresa principal encargue a las empresas auxiliares «la ejecución misma de sus pedidos o el mantenimiento de sus servicios generales: limpieza externa e interna del establecimiento, comedores y cafeterías, servicios de seguridad, contabilidad en general y nóminas en particular, relaciones fiscales, servicios de información y asesoramiento...». Discurso pronunciado por el Prof. ALONSO OLEA con motivo de su investidura como Doctor *Honoris Causa* por la Universidad de León, el 25 de abril de 1997.

empresa, es decir, una de las modalidades del contrato de ejecución de obra <sup>93</sup>, si bien en la actualidad, aparte del contrato de ejecución de obra, otros tipos contractuales pueden ser considerados como contrata, como el contrato de *engineering* <sup>94</sup>, o de servicios posventa <sup>95</sup>, entre otros <sup>96</sup>— entre el empresario principal (comitente) y la empresa auxiliar (contratista) y, eventualmente, una subcontrata, pues la primera descentralización puede ser continuada a través de una cadena en la cual cabe que el contratista aparezca como principal, subcontratando una parcela de su actividad productiva y dando origen a un encadenamiento de responsabilidades <sup>97</sup> que afecta a todos los empresarios incluidos en el proceso respecto de los eslabones inferiores a cada uno de ellos <sup>98</sup>. Es decir, mientras son esenciales para que exista una contrata que el contratista asuma los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias de la condición de empresario y que tenga organización y gestión propias, no es esencial que sea el destinatario final, dando lugar a un posible encadenamiento de contrata <sup>99</sup>.

Es más, existen algunos contratos (tales como los de distribución mercantil) en los que se realiza un *facere* por contraposición a los negocios cuyo objeto es un *dare* y que tradicionalmente han venido siendo excluidos de la aplicación del artículo 42 ET, por lo cual cabe proponer si no sería

<sup>93</sup> GARCÍA PIQUERAS, M.: *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contrata y subcontratas de obras y servicios*, Valencia, 1998, pág. 19.

<sup>94</sup> *El cual, según STS 27 junio 1998 (Ar. 5471) es un «nuevo tipo contractual surgido en los últimos años... existiendo en él elementos del contrato de obra, servicios, suministro de bienes de equipo, etc.».*

<sup>95</sup> Al respecto, STSJ Madrid 9 septiembre 1996 (Ar. 3519), en el que RENFE aparece como empresario principal de una contrata con la empresa que le ha suministrado determinados trenes, comprometiéndose asimismo a que un especialista viaje en los convoyes por los problemas que pudieran surgir.

<sup>96</sup> GOERLICH PESET, J.M.º: «Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios», en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección...*, cit., pág. 88.

<sup>97</sup> Al respecto, por todos, BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «Responsabilidad empresarial en contrata y subcontratas», *REDT*, núm. 100, 2000, págs. 829 y ss.

<sup>98</sup> ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto actualizado, jurisprudencia y comentario*, 4.ª ed., Madrid, 1995, pág. 204; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La regulación protectora del trabajo en las contrata», *RPS*, núm. 93, 1972, págs. 45 y 62-63 y «Cadena de contrata y responsabilidad del empresario laboral», *RL*, núm. 7, 1996, págs. 1 y ss.; GARCÍA MURCIA, J.: «El trabajo en las contrata y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores», *RPS*, núm. 130, 1981, págs. 42-43; SALA FRANCO, T.: «La descentralización del trabajo», en DURÁN LÓPEZ, F.; MONTOYA MELGAR, A. y SALA FRANCO, T.: *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, Madrid, 1987, pág. 219; ALARCÓN CARACUEL, M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, 4.ª ed., Madrid, 1991, págs. 140-141; AA.VV.: *Jornadas sobre contrata y subcontratas: prevención y responsabilidad ante el riesgo laboral*, Madrid, 1992; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, Madrid, 1994; MARTÍN VALVERDE, A.: «Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales*, T. VIII, 2.ª ed., Madrid, 1998, pág. 263; LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contrata y subcontratas*, Madrid, 1999, págs. 175 y ss. o «El alcance personal de la responsabilidad solidaria en los supuestos de encadenamiento de contrata y subcontratas», *AL*, núm. 10, 2000, págs. 153 y ss.

<sup>99</sup> Sobre las posibilidades de aplicar el régimen jurídico de la sucesión o transmisión de empresas a la sucesión de contrata, llegando a la conclusión de que aunque el artículo 44 ET no es aplicable con carácter general a la sucesión de contratistas en la prestación de servicios, la regla general no obsta para que en algunos casos la subrogación resulte obligada, ya sea porque la sucesión vaya acompañada de la entrega de un sustrato patrimonial dotado de autonomía funcional y necesario para continuar la actividad, porque lo imponga el pliego de condiciones en casos de concesiones administrativas o porque así lo establezca el convenio colectivo. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La sucesión de contratistas», en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección...*, cit., págs. 357 y ss.

posible reconstruir el concepto de contrata para adecuarlo a un nuevo sistema productivo superior del industrialista o fordista <sup>100</sup> sobre la base de verificar la concurrencia de las dos notas esenciales que caracterizan la aplicación del artículo 42 ET. Junto a la colaboración empresarial, otro de los factores más relevantes es la relativa subordinación entre los empresarios que participan en la contrata (a ello obedece la referencia al empresario principal), de ahí que resulte conveniente extender las reglas de la contrata a todos los tipos contractuales a través de los cuales una determinada empresa realiza una obra o servicio para otra, quedando subordinada a ésta <sup>101</sup>.

Las economías de escala ya no aparecen indisolublemente ligadas a un entero ciclo productivo <sup>102</sup>, sino que son posibles en las diversas fases de éste, lo cual ha permitido fragmentar la producción, concentrándola en las fases más rentables de éste y exteriorizando («externalizando») las restantes <sup>103</sup>. En definitiva, «la alternativa entre adquirir o producir, entre hacer o mandar hacer, es hoy una decisión estratégica que confronta la realidad del capital entre posibles empleos alternativos» <sup>104</sup>, de suerte que, aunque la subcontratación no sea una realidad homogénea y el Derecho del Trabajo no tenga necesariamente que ver en estos procesos un fenómeno patológico, no por ello debe dejar de contar con sistemas que garanticen el cumplimiento de los derechos de los trabajadores en el seno de estos fenómenos organizativos <sup>105</sup>.

Además, al contrario de lo que puede ocurrir en las fusiones de empresas, crea y sirve para mantener el empleo <sup>106</sup>, pues hoy día éste se crea mayoritariamente en pequeñas empresas como son las contratistas (las empresas formadas a raíz de escisiones que se reconstruyen creando nuevas

<sup>100</sup> El fordismo está en declive. En muchos sectores, las grandes integraciones verticales y las empresas gigantes tienden a perder relevancia. La economía de escala, en la que los altos volúmenes de producción dominan mercados en expansión, cede ante la economía de la flexibilidad, donde el mercado guía a la producción, que puede ágilmente responder a las variaciones de la demanda. BLAT GIMENO, F.: «El marco socioeconómico de la descentralización...», cit., pág. 44.

<sup>101</sup> GOERLICH PESET, J.M.ª: «Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios», en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección...*, cit., págs. 99 y ss. Ciertamente, la generalización y diversificación de los instrumentos jurídicos al servicio de la descentralización externa ha privado de eficacia jurídica y de efectividad social al artículo 42 ET. VALDÉS DAL-RE, F.: «Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo...», cit., pág. 4.

<sup>102</sup> El ordenamiento laboral español parte así de una visión «patológica» (por lo que tienen de «descomposición de un aparato productivo fuertemente integrado desde un plano vertical e intensamente especializado en el plano profesional») y «fisiológica» (en cuanto suponen «de especialización flexible, descentralización financiera y superación de la dicotomía radical entre pequeña y gran empresa») de estos fenómenos, dados a la simulación y al fraude. MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: «La responsabilidad empresarial en caso de contratas y subcontratas en España: Criterios jurisprudenciales», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid, 1993, págs. 417-435.

<sup>103</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, cit., pág. 17.

<sup>104</sup> BLAT GIMENO, F.: «El marco socioeconómico de la descentralización...», cit., pág. 49.

<sup>105</sup> Por todos, CABEZA PEREIRO, J.: «Las perspectivas de los trabajadores de contratas de limpieza tras la sentencia Hernández Vidal», *AL*, 1999, T. IV, págs. 601 y ss.

<sup>106</sup> Una interesante muestra de la vinculación entre subcontratación y empleo la ofrece el RD 27/2000, de 14 de enero, por el que se desarrolla el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de Integración Social de Minusválidos y se establecen medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2% en favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores. Para hacer frente al grave problema de la inserción de estos discapacitados en el mundo del trabajo, se establece la posibilidad de subcontratar el suministro de diversos bienes y la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa con centros especiales de empleo de discapacitados y con trabajadores autónomos discapacitados.

estructuras de dirección y organización y nuevo empleo y de más calidad; es decir, pasando de ser una sencilla célula productiva a ser una organización descentralizada compleja)<sup>107</sup>. Sin embargo, y a la vez, la descentralización productiva induce a acentuar en la práctica la temporalidad en la contratación laboral<sup>108</sup>, pues, con independencia del giro de rumbo en la política legislativa de abandono de la contratación temporal como medida de fomento del empleo, las transformaciones en la organización de la empresa provocan un incremento notable de las causas justificativas de contratación temporal<sup>109</sup> (obra o servicio determinado y eventualidad), máxime, teniendo en cuenta las características propias de la estructura económica española, con un empleo fuertemente condicionado por la estacionalidad y la climatología, en sectores clave como son los vinculados a la actividad turística, a la transformación de productos agrarios y a la propia construcción<sup>110</sup>.

## 2.2. Extensión de la responsabilidad.

Constatada la debilidad económica de la pequeña empresa<sup>111</sup> y su fuerte dependencia de la grande y de las frecuentes figuras de interposición conexas a la microempresarialidad y la externalización de los servicios antes desarrollados por una sola empresa<sup>112</sup> se explica la decisión del legislador de establecer ciertas cautelas legales en favor de los trabajadores del contratista, contenidas básicamente en el artículo 42 ET<sup>113</sup> (con una incorrecta ubicación sistemática del precepto en una sección relativa a las «garantías por cambio de empresario» y dentro de un capítulo referente a la «modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo»<sup>114</sup>), partiendo para ello de la premisa de que estos mecanismos de derivación productiva son negativos en sí mismos para el empleo asalariado y deben imponerse duras condiciones que retraigan a las empresas de su uso<sup>115</sup>.

<sup>107</sup> GÓMEZ ALBO, P.: «Descentralización productiva, externalización...», cit., pág. 159.

<sup>108</sup> SORIANO CORTÉS, D.: «La duración de la contrata o subcontrata como posible causa de temporalidad de los contratos de trabajo», en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, cit., págs. 463 y ss.

<sup>109</sup> Por extenso, MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Ampliación y reducción por convenio colectivo de las modalidades y términos de los contratos temporales de trabajo», *AL*, núm. 6, 1998, págs. 87 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A.V., *et alii*: *La reforma laboral de 2001*, págs. 35 y ss.; ALBIOL MONTESINOS, I.; CAMPS RUIZ, L.M. y GOERLICH PESET, J.M.ª: *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 5/2001*, Valencia, 2001, págs. 30 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; VALDÉS DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo, para el incremento del empleo y la mejora de su calidad», *RL*, núm. 17, 2001, págs. 3 y ss.; MOLINA NAVARRETE, C. y GARCÍA GIMÉNEZ, M.: «Contratación laboral y política de empleo: primera fase de la nueva reforma del mercado de trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 217, 2001, págs. 3 y ss. o ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001», *RDS*, núm. 15, 2001, págs. 45-47.

<sup>110</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «Los cambios en la organización de la empresa...», cit., pág. 57.

<sup>111</sup> La más numerosa, con diferencia, a nivel estadístico. Al respecto, MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «La seguridad y salud laboral en el pequeña empresa», *AL*, núm. 43, 1999, pág. 839.

<sup>112</sup> CASAS BAAMONDE, M.ª E.; BAYLOS GRAU, A. y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «El Estatuto de los Trabajadores diez años después: pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas», *RL*, núms. 6 y 7, 1990, pág. 55.

<sup>113</sup> Un exhaustivo análisis en BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «Responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas», cit., págs. 889 y ss.

<sup>114</sup> MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: «La titularidad de la empresa y cambio de la misma», en AA.VV.: *El Estatuto de los Trabajadores. Jornadas de estudio de los Magistrados de Trabajo*, Madrid, 1980, págs. 134-135.

<sup>115</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas», cit., pág. 117.

El legislador ha buscado siempre la protección de los intereses de los trabajadores de las empresas contratistas a través de los instrumentos de extensión a los comitentes de las responsabilidades derivadas de los incumplimientos de los deberes del contratista con sus trabajadores <sup>116</sup>. Y pone de manifiesto cómo desde una responsabilidad inicialmente subsidiaria, ésta se va a ir reforzando a lo largo del tiempo para pasar a ser solidaria y para abarcar desde la protección del crédito salarial y el accidente de trabajo hasta el conjunto de las obligaciones laborales. A tal respecto, aunque los primeros autores que estudiaron el artículo 42 ET se inclinaron por la tesis del encadenamiento de responsabilidades (dado que el precepto estatutario establece una responsabilidad solidaria sobre la base del aprovechamiento que un empresario obtiene de las prestaciones de servicios de trabajadores ajenos y que se incorporan a su propia actividad o, por razones de orden práctico, al considerar que el no encadenamiento de responsabilidades incrementa el riesgo del recurso a la subcontratación como vía para la elusión de responsabilidades por parte del comitente, que siempre podría imponer al contratista posteriores subcontrataciones para quedar al margen de la garantía que el precepto establece sobre las deudas laborales y de Seguridad Social) <sup>117</sup>, más tarde parte de la doctrina científica –y judicial <sup>118</sup>– ha manifestado abiertamente sus dudas sobre la posibilidad de que la responsabilidad solidaria pueda afectar más allá de la relación comitente-contratista o contratista-subcontratista <sup>119</sup>.

Sin ánimo de profundizar en su régimen jurídico, únicamente se pretende recordar en este momento cómo el artículo 42 ET establece una responsabilidad solidaria entre empresario principal, contratista y subcontratista (o entre éste y otro subcontratista) por las deudas salariales y de Seguridad Social <sup>120</sup> contraídas por estos últimos con sus trabajadores durante el período de la contrata o subcontrata <sup>121</sup> y

<sup>116</sup> BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «Responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas», cit., págs. 889 y ss.

<sup>117</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: «Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios», cit., pág. 264.

<sup>118</sup> El Alto Tribunal ha considerado en alguna ocasión que no hay conexión de responsabilidades porque el comitente inicial no tenía conocimiento ni había consentido la subcontratación posterior de su contratista, STS 2 julio 1983 (Ar. 3704) o ha rechazado el encadenamiento de responsabilidades alegando, sin más, la inexistencia de vínculo obligacional entre la comitente y las empresas subcontratistas con las que no ha contratado, STS 22 enero 1988 (Ar. 37) o STSJ Andalucía/Sevilla, 2 junio 1993 (Ar. 3091). Por extenso, SALINAS MOLINA, F.: «Contratas y subcontratas en la jurisprudencia unificadora», *RDS*, núm. 5, 1999, págs. 21 y ss.

<sup>119</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas», cit., págs. 123-125; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Cadena de contratas y responsabilidad del empresario principal», *RL*, 1996, T. I, págs. 43 y ss. «El carácter bilateral de la relación de colaboración interempresarial contemplada en el artículo 42 ET lleva a pensar que la responsabilidad solidaria que puede exigirse a cada empresario tendrá por objeto las deudas de la empresa con la que cada uno haya contratado»; LLANO SÁNCHEZ, M.: «El alcance personal de la responsabilidad...», cit., pág. 155.

<sup>120</sup> Sobre la evolución normativa de las contratas y subcontratas en el ordenamiento de la Seguridad Social, GARCÍA NINET, J.I.: «Las responsabilidades de principales y contratistas en materia de Seguridad Social [En torno a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala IV) de 23 de noviembre de 1977]», *RSS*, núm. 2, 1979, págs. 135 y ss. o MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: «La descentralización productiva en el ordenamiento de la Seguridad Social: contratas y subcontratas», *REDT*, núm. 96, 1999, págs. 565 y ss.

<sup>121</sup> Para un estudio de este sistema de responsabilidades, GARCÍA MURCIA, J.: «El trabajo en las contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores», *RPS*, núm. 130, 1981, pág. 37; CRUZ VILLALÓN, J.: «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas», cit., págs. 9 y ss.; MONEREO PÉREZ, J.L.: «El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contratas. Las obligaciones "referidas" a la Seguridad Social», *RL*, núm. 18, 1992, págs. 8 y ss.; MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: «La responsabilidad empresarial en caso de contratas y subcontratas en España: criterios jurisprudenciales», cit., págs. 30-31; MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: «La titularidad de la

exigible hasta un año después de la conclusión del encargo <sup>122</sup>. Dicha responsabilidad solidaria del empresario principal viene condicionada a que la realización de la obra o servicio objeto de la contrata o subcontrata se corresponda con –noción polémica donde las haya– su «propia actividad» <sup>123</sup>. En cualquier caso, parece existir cierta unanimidad respecto a la formulación de dos teorías que tratan de explicar qué significado tiene tal expresión. La primera, llamada de la actividad «indispensable», entiende que quedan comprendidas en la práctica todas las contratas que la empresa concierte, pues todas han de ser estimadas como necesarias para el empresario principal. La segunda, relativa a las actividades «inherentes», afirma que sólo deben incluirse las obras o servicios que constituyen el núcleo de la actividad de la empresa principal y, por tanto, han de quedar excluidas todas las actividades de carácter complementario. Si hubiera que decantarse por alguna, la segunda parece más acertada pues, de haberse pretendido la inclusión de todas las contratas, no hubiera sido necesario hacer referencia alguna a la propia actividad, y hubiera bastado con establecer la responsabilidad del empresario principal por las labores que realizara mediante contratas, por lo que si se estableció esta diferencia fue con el propósito de restringir el área de responsabilidad del empresario principal <sup>124</sup>. Ahora

---

empresa y el cambio de la misma», cit., pág. 141; ALARCÓN CARACUEL, M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, cit., pág. 129; ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores...*, cit., págs. 205-206 o MARTÍN VALVERDE, A.: «Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios», cit., págs. 32-33.

<sup>122</sup> Un análisis de los criterios judiciales que han determinado la inclusión o exclusión de diferentes partidas y a las que alcanza o no dicha responsabilidad en MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: Puntos críticos*, Madrid, 1991; TOLOSA TRIVIÑO, C.: «La responsabilidad empresarial por contratas y subcontratas», *RL*, núm. 13, 1998, págs. 9 y ss. o FOLGUERA CRESPO, J.: «La responsabilidad salarial del empresario en contratas y subcontratas: su alcance objetivo», en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección...*, cit., págs. 203 y ss. Sobre la extensión temporal de las responsabilidades de la empresa principal por las obligaciones contraídas por el contratista, tanto en materia salarial como de Seguridad Social, dedicando una especial atención al momento en que debe entenderse extinguida la contrata, ROQUETA BUI, R.: «Alcance temporal de las responsabilidades», en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección...*, cit., págs. 259 y ss.

<sup>123</sup> La expresión legal es ambigua, razón por la cual resulta difícil ofrecer una interpretación pacífica de lo que resulta «propia actividad». Así, mientras un sector doctrinal exige la plena igualdad de actividades entre la empresa principal y la auxiliar (PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, cit., pág. 31 o MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: «La titularidad de la empresa y cambio de la misma», cit., pág. 140), otro grupo de autores apuesta decididamente por la idea de sustituibilidad (RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La regulación protectora del trabajo en las contratas», cit., pág. 37 o MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios*, Madrid, 1980, pág. 6), no faltando tampoco quienes consideran «propia actividad» lo que constituye el núcleo central de la actividad económica de la empresa, diferenciando entre las actividades que coadyuvan directamente a la elaboración del producto o servicio finalmente ofrecido por la empresa principal y aquellas otras que tienen un carácter marginal o externo al objeto central de dicha empresa (CRUZ VILLALÓN, J.: «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas», cit., págs. 130-131).

A la vista de las dificultades existentes para delimitar con precisión los contornos operativos de la condición que supone la referencia a la «propia» actividad, sería preciso acudir finalmente a ciertos elementos indiciarios, a saber: el lugar de la prestación de servicios (cuando las actividades de una y otra empresa fueran desarrolladas en un mismo lugar posiblemente correspondan a la actividad de la empresa principal), su frecuencia (cuando las actividades se contraten de forma habitual probablemente giren dentro de la actividad de la empresa principal –aunque no viceversa, pues una contrata ocasional no tiene por qué ser ajena al ciclo productivo de la misma–), la propiedad de los útiles de trabajo o de las materias primas empleados por los trabajadores de la empresa auxiliar para ejecutar la contrata, los antecedentes de gestión directa o el objetivo social de la empresa principal unido a la comparación de lo que es común en otras empresas del sector, etc. CRUZ VILLALÓN, J.: «Descentralización productiva...», cit., págs. 133-135.

<sup>124</sup> MARTÍNEZ GARRIDO, L.R.: *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación...*, cit., pág. 36.

bien, la jurisprudencia ha ofrecido, y lo sigue haciendo, resoluciones ambiguas <sup>125</sup> cuyos resultados son contrarios a la claridad que empresas y trabajadores exigen en la regulación de sus relaciones <sup>126</sup>. En definitiva, dicha noción se perfila como un criterio delimitador o de frontera para el régimen de imputaciones establecido por el legislador: si se pretende reivindicar el encadenamiento de las responsabilidades de los artículos 42 ET, 127. 1 LGSS y 24 LPRL <sup>127</sup>, el concurso de la propia actividad deberá materializarse en los diferentes eslabones del ciclo de contrata y subcontratas <sup>128</sup>.

Además, ha de tratarse de una verdadera contrata de obras o servicios, lo cual es tanto como decir que el contratista debe ser un empresario «real» (esto es, que ejerza una actividad empresarial propia, cuente con suficiente patrimonio e instrumental, aporte en la ejecución de la contrata su propia dirección y gestión, tenga una «clientela abierta» –aun cuando ésta no constituye una condición *sine qua non*– y mantenga a los trabajadores de su plantilla dentro de su poder de dirección y disciplinario) <sup>129</sup> pues, con cierta frecuencia, se pretende hacer pasar por contrata lo que en realidad no es sino prestamismo laboral, interposición o tráfico ilícito de mano de obra, al cual resulta de aplicación, como se ha visto, el régimen propio de la cesión ilegal de trabajadores del artículo 43 ET <sup>130</sup>.

En línea con esta formulación legal, sumamente recelosa ante el fenómeno de la descentralización productiva, debe ser situado el deber de comprobación impuesto por el artículo 42 ET al empresario principal respecto del contratista –y a éste, a su vez, respecto del subcontratista– de verificar su solvencia, solicitando para ello a la entidad gestora de la Seguridad Social certificación de que el contratista no está en descubierto del pago de cuotas <sup>131</sup>, a expedir en el término de treinta días improrrogables a contar desde la solicitud <sup>132</sup>. El resultado positivo de tal comprobación (pues

<sup>125</sup> Sobre los indicios que deben concurrir para que se complete el denominado «test de la propia actividad», PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «El concepto de "propia actividad" empresarial», en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección...*, cit., págs. 161 y ss.

<sup>126</sup> A pesar de que el Tribunal Supremo se ha definido a favor de la teoría que ha calificado como de actividad inherente al ciclo productivo, en STS 18 enero 1995 (Ar. 519).

<sup>127</sup> Por todos, GARCÍA NINET, J.I.: «Obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad y salud en los supuestos de contrata y subcontratas. Consideraciones en torno al artículo 24 (coordinación de actividades empresariales) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección...*, cit., págs. 273 y ss.

<sup>128</sup> LÓPEZ I MORA, F.: «El alcance subjetivo de la responsabilidad solidaria en materia de subcontratación», en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección...*, cit., págs. 176 y ss.

<sup>129</sup> BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «Notas sobre la descentralización productiva...», cit., pág. 178.

<sup>130</sup> Para la distinción en la jurisprudencia entre cesión prohibida de mano de obra y contrata lícitas, entre muchas y por todas, STS 7 marzo 1988 (Ar. 1863).

<sup>131</sup> Respecto al contenido, al no quedar claro cuál ha de ser su extensión, existen una serie de usos que pretenden paliar esta falta como, por ejemplo, exigir que se aporten duplicados de los boletines de cotización. MARTÍNEZ GARRIDO, L.R.: *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación...*, cit., pág. 49.

<sup>132</sup> En cuanto al momento de solicitar dicha certificación, si bien se ha de solicitar antes de la celebración de la contrata, hay quien considera que no basta con esa petición inicial sino que cada mes deberá solicitar nuevas certificaciones mientras dure la misma. MARTÍNEZ GARRIDO, L.R.: *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación...*, cit., pág. 50. *Contra*, entendiendo que una interpretación cabal del precepto debe limitar la obligación empresarial a la situación del contratista previa a la celebración de la contrata. CAMPS RUIZ, L.M.: «La obligación empresarial de comprobar la solvencia del contratista o subcontratista: significado y consecuencias», en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección...*, cit., págs. 256-258.



si la certificación no es librada en plazo, o se expide certificación negativa de descubierto, el empresario principal queda exento de cualquier responsabilidad) <sup>133</sup> acredita la existencia real del contratista o subcontratista, así como su condición de empresario efectivo y solvente de los trabajadores a su servicio <sup>134</sup>. La responsabilidad afectada por esta medida no alcanza, sin embargo, la relativa al orden administrativo sancionador y la de Seguridad Social anterior a la contrata. Por tanto, sólo queda exonerado de la responsabilidad solidaria respecto a deudas contraídas con la Seguridad Social durante la vigencia de la contrata. Su finalidad se dirige, claramente, a la disuasión de concertar contrataciones con empresarios de solvencia dudosa <sup>135</sup> y a combatir la existencia de empresas auxiliares incumplidoras <sup>136</sup>.

En fin, el artículo 42 ET –pese a que ha intentado aumentar la transparencia del fenómeno potenciando las competencias en materia de información de los representantes de los trabajadores– ofrece una redacción notoriamente deficiente y se presta a las más variadas interpretaciones, «siempre de contenido imaginativo, pues el precepto omite más de lo que dice» <sup>137</sup> y acoge una concepción anticuada del fenómeno de la contratación y subcontratación de obras y servicios, construida casi exclusivamente sobre el modelo de descentralización típico de los sectores de la construcción y limpieza, que queda ampliamente desbordada por las nuevas manifestaciones de descentralización productiva y por la constitución creciente de empresas de servicios con alta tecnología, pues unas y otras «no encuentran encaje adecuado en la regulación citada, que no asegura la existencia de estructuras empresariales auténticas ni ofrece las garantías suficientes y adecuadas a los nuevos fenómenos de interposición empresarial y de fragmentación del tejido societario» <sup>138</sup>.

<sup>133</sup> No existe acuerdo doctrinal a la hora de concretar el tipo de responsabilidad de la que queda exonerado el empresario principal: si de la subsidiaria por los débitos pendientes no prescritos anteriores a la contrata o subcontrata (ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores...*, cit., págs. 205-206; GARCÍA MURCIA, J.: «El trabajo en las contrataciones y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 37), si de una responsabilidad solidaria por los mismos débitos anteriores a la contrata (MONTAÑA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 22.ª ed., Madrid, 2001, págs. 408-410), si de la solidaria del apartado 2 del artículo 42 ET (MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios*, cit., pág. 20), si de la administrativa en que incurriría el empresario principal que incumple el deber de comprobación del artículo 42.1 ET [MARTÍN VALVERDE, A.: «Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1988, pág. 254] o si, en fin, de la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 42.2 ET a propósito de las obligaciones referidas a la Seguridad Social (ALBIOL MONTESINOS, I., et alii: *Derecho del Trabajo. T. II. Contrato individual*, 3.ª ed., Valencia, 2001, págs. 78 y ss.).

<sup>134</sup> MONTAÑA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 407.

<sup>135</sup> MARTÍNEZ GARRIDO, L.R.: *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación...*, cit., pág. 48.

<sup>136</sup> Tratando de evitar el acceso o la permanencia en el mercado de la contratación y subcontratación de aquellas empresas con una trayectoria poco ejemplar en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social. CAMPS RUIZ, L.M.: «La obligación empresarial de comprobar la solvencia del contratista o subcontratista: significado y consecuencias», en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección...*, cit., pág. 257.

<sup>137</sup> MARTÍNEZ GARRIDO, L.R.: *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación...*, cit., pág. 45.

<sup>138</sup> CASAS BAAMONDE, M.ª E.; BAYLOS GRAU, A. y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «El Estatuto de los Trabajadores...», cit., pág. 65.

### 3. Los grupos de empresa.

En un proceso cada vez más acentuado de descentralización productiva, la gran empresa unitaria aparece como un elemento anacrónico, de difícil viabilidad incluso a corto plazo, resultando comprensible así la masiva formación de «empresas laboralmente integradas en grupos»<sup>139</sup> (grupos de empresa<sup>140</sup> o figuras similares)<sup>141</sup> en los cuales no sólo existe una independencia en su manifestación jurídica, sino que progresivamente tienden a trasladar también sus rasgos de autonomía al campo financiero, patrimonial, productivo, organizativo e, incluso a veces, de reparto del poder de decisión<sup>142</sup>.

La idea del *divide et impera* acaba con el modelo taylorista-fordista de empresa y lo abre al nuevo de empresa-red<sup>143</sup> en el que mientras la empresa (en conjunto) tiende a configurarse como un procedimiento, las sociedades que forman parte del grupo –a veces a nivel internacional<sup>144</sup>– tienden a configurarse como fases del mismo<sup>145</sup>. La constitución de grandes grupos empresariales se

<sup>139</sup> MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *El empresario aparente*, cit., pág. 39.

<sup>140</sup> En la doctrina pueden consultarse, entre otros, los estudios de CAMPS RUIZ, L.M.: *La problemática jurídico-laboral de los grupos de empresas*, Madrid, 1986 y «Tratamiento laboral de los grupos de sociedades (I)», *AL*, núm. 34, 1990, págs. 406 y ss.; PLA RODRÍGUEZ, A.: «Los grupos de empresas», *REDT*, núm. 6, 1981, págs. 187 y ss.; BUENO MANGANO, O.: «Los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 6, 1981, págs. 171 y ss.; ORTIZ LALLANA, M.ª C.: «Los grupos de empresas: determinación del empresario responsable», *AL*, núms. 39-40, 1985, págs. 1.945-1.960; EMBID IRUJO, J.M.: «Caracterización jurídica del grupo de sociedades y su significado en Derecho del Trabajo», *RL*, 1985, T. II, págs. 575 y ss.; VÁZQUEZ MATEO, F.: «Grupo de empresas y Derecho individual del Trabajo. Introducción al Derecho del Trabajo de la concentración», *DL*, núm. 94, 1985, págs. 147 y ss.; CASELLI, L.; FERRANDO, P.M. y GOZZI, A.: *Il gruppo nell'evoluzione del sistema aziendale*, Milán, 1990; GALIANA MORENO, J.M.ª: «El trabajo prestado a grupos de empresas», en AA.VV.: *VI Jornadas Luso-Hispano-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Santiago de Compostela, 1992, págs. 108 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J.: *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente*, Madrid, 1992; BLASCO PELLICER, A.: «Grupos de sociedades y Derecho del Trabajo: problemática de la ejecución provisional de sentencias», *AL*, núm. 2, 1992, págs. 11 y ss.; MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R.: «Análisis jurídico-laboral de los grupos de empresas», cit., págs. 915-950; AA.VV. (BAYLOS, A. y COLLADO, L., Eds.): *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Madrid, 1994; MOLINA NAVARRETE, C. y OLARTE ENCABO, S.: «Los grupos de empresa ¿definitivamente una negociación de ámbito empresarial y no supra empresarial?», *AL*, núm. 43, 1993, págs. 773 y ss. y «Los nuevos escenarios de la "flexibilidad" en el sistema de relaciones laborales. El "grupo" como nivel específico de negociación de empresa», *RTSS*, núm. 10, 1993, págs. 7 y ss.; MERCADER UGUINA, J.R.: «Problemas de conflicto y coordinación entre convenios colectivos en el seno de la empresa: notas para un estudio», *RTSS*, núm. 11, 1993, págs. 26 y ss.; PICCA, G.: «Le droit du travail à l'épreuve de l'économie. A propos des licenciements collectifs pour motif économique dans les groupes de sociétés», *DS*, núm. 1, 1994, págs. 26 y ss.; DUEÑAS HERRERO, L.J.: «El grupo de empresas y la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1993», *RL*, núms. 15-16, 1995, págs. 92 y ss.; BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P.: *Concentración de empresas de dimensión comunitaria*, Pamplona, 1997 o Monográfico «Empresas y grupos de empresa», *TS*, núm. 98, 1999.

<sup>141</sup> Al respecto, CRUZ VILLALÓN, J. y FUENTES RODRÍGUEZ, F.: «La posible implantación del agrupamiento de empleadores en España», *TL*, núm. 56, 2000, págs. 259 y ss.

<sup>142</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «Notas acerca del régimen contractual laboral en los grupos de empresa», *TL*, núm. 38, 1996, pág. 32.

<sup>143</sup> MICHÓN, F. y SEGRESTIN, D. (Comps.): *El empleo, la empresa y la sociedad*, Madrid, 1993, págs. 262 y ss.

<sup>144</sup> Al respecto, PALAO MORENO, G.: *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, Valencia, 2000.

<sup>145</sup> VARDARO, G.: *Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriale*, Milán, 1989, pág. 341.

utiliza en muchos casos como un mecanismo que permite organizar una estructura descentralizada, de tal modo que el ciclo productivo pueda fragmentarse, asignando a cada una de las sociedades del grupo con personalidad jurídica propia e independiente una parte de la actividad global <sup>146</sup>. Ante todo debe tenerse presente que los grupos de empresa surgen como institución eminentemente económica, no de carácter jurídico <sup>147</sup>, pues se trata de una forma de organización de la actividad empresarial, cuya expresión básica son las relaciones que se establecen hacia el interior del grupo entre las diversas empresas que lo integran, conformándose una red de vínculos entre dichas empresas <sup>148</sup>.

Es cada vez más frecuente, por tanto, la referencia a los grupos de empresa u otras modalidades de vinculación que no alcanzan a configurar técnicamente tal grupo <sup>149</sup> (pues la gran mayoría de los grupos de sociedades que se han organizado en los países con legislación sobre el tema, son grupos fácticos, es decir, grupos, ya sea de subordinación o paritarios, en los que la unidad de dirección se asienta en prerrogativas no contractuales –participaciones financieras, participación en los órganos de administración, etc.– o en otros contratos de empresa diferentes al contrato de dominio) <sup>150</sup>, como instrumento de concentración en la pluralidad, frente a la concentración en la unidad, típica de la fusión <sup>151</sup>, desempeñando un papel decisivo en ciertas manifestaciones de descentralización productiva, a escala nacional o internacional, al margen, en principio, de las relaciones de coordinación <sup>152</sup> o subordinación que se establezcan entre las empresas intervinientes y el tipo de control ejercido en este último supuesto por la dominante <sup>153</sup>.

También se produce en la práctica un fenómeno paralelo de conexión entre las grandes empresas (alianzas estratégicas), sobre todo a nivel transnacional, perceptible en el sector de las telecomunicaciones, del transporte aéreo, de la fabricación de aviones, etc., –con previsibles perspectivas

<sup>146</sup> DE QUINTANA PELLICER, J.: «La descentralización productiva (*outsourcing*)...», cit., pág. 165.

<sup>147</sup> LÓPEZ CUMBRE, L.: «Concentración empresarial y compromisos por pensiones. Una regulación reglamentaria indirecta del grupo de empresas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núms. 209-210, 2000, págs. 3 y ss.

<sup>148</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos...», cit., pág. 39.

<sup>149</sup> Tal es el caso de la «empresa común» en actividades que requieren elevadas inversiones, o bien están sujetas a rápidos avances tecnológicos o a un constante desarrollo de la producción (sector químico, ingeniería electrónica, vehículos, equipo de transporte...), permitiendo repartir riesgos e inversiones, más facilidades de crédito, la cooperación en investigación, compartir el capital humano y las ventajas estratégicas. DEFALQUE, L.: «Filiales communes et droit de la concurrence», *Cahiers de Droit Européen*, 1978, págs. 70 y ss.

<sup>150</sup> DUQUE, J.F.: «Las uniones de empresas en la reforma alemana de sociedades por acciones», *ADC*, 1964, págs. 403 y ss.

<sup>151</sup> La fusión, en el sentido que emplea el Derecho de sociedades, es la forma más completa de concentración, ya que no sólo da lugar a una nueva unidad económica, sino que unifica también formalmente a las empresas, haciendo desaparecer personalidades jurídicas diferentes para mantener una única persona jurídica. Dicha fusión de sociedades puede llevarse a cabo por creación de una nueva sociedad a partir de dos o más empresas (o también de una o varias partes de empresas segregadas anteriormente por escisión), o bien por absorción de una o varias empresas. BELLO MARTÍN-CRESPO, M.ª P.: *Concentración de empresas de dimensión comunitaria*, cit., págs. 189-190.

<sup>152</sup> En el grupo por coordinación existe la dirección unitaria propia de la estructura de grupo, pero sin relación de dependencia. No existe subordinación a una sociedad dominante, sino que las empresas que integran el grupo se someten a dirección única desde una posición de igualdad «mediante la coordinación de las voluntades de todas las empresas agrupadas». DUQUE, J.: «Concepto y significado institucional de los grupos de empresas», en AA.VV.: *Libro Homenaje a Ramón Roca Sastre*, T. III, Madrid, 1976, pág. 551.

<sup>153</sup> BLAT GIMENO, F.: «El marco socioeconómico de la descentralización...», cit., pág. 55.

de extensión a muchos otros ámbitos— posiblemente menos tomados en consideración desde la perspectiva laboral. Se trata de vinculaciones, normalmente a efectos de la puesta en marcha de proyectos comunes, en forma de *joint-ventures*, agrupaciones de interés económico o cualquier otra fórmula asimilada. En muchas ocasiones se pretende englobar dentro del ámbito de los grupos de empresa, si bien se trata de fenómenos aún más imprecisos, por cuanto que el grupo se caracteriza cuando menos por una cierta continuidad temporal en sus relaciones <sup>154</sup>.

El grupo de empresas constituye lo que se ha dado en llamar una «estructura empresarial descentralizada» <sup>155</sup>, un conjunto de empresas que, formando una unidad económica, mantiene su independencia jurídica. En todo caso, elemento común a todas las expresiones grupales es la tendencia a ser refractarias a toda pretensión de institucionalización jurídica <sup>156</sup>, pues la misma conduce a controles sociales y, en última instancia, frena, aunque sea razonable y justificadamente, los objetivos buscados de plena flexibilidad. Al amparo de un modelo económico sometido a constantes e intensas turbulencias comerciales, productivas, técnicas y organizativas, la supervivencia de los grandes grupos empresariales únicamente puede resultar viable en la medida en que adecuen sus estructuras a las exigencias de flexibilidad y ductilidad. De ahí que la figura grupal se desarrolle en no pocas ocasiones al margen de la norma laboral y, en todo caso, queda insuficientemente reconocida con carácter general en el artículo 1.2 ET <sup>157</sup>. Sin embargo, a ella tienden claramente los procesos de *outsourcing* cuando la descentralización no lleva a una desvinculación total con la nueva empresa suministradora, sino a estrategias de filiación que permiten a la empresa principal exteriorizar la actividad pero, al tiempo, mantener el control <sup>158</sup>.

En el caso español, la ausencia casi absoluta de un tratamiento legal de la figura ha determinado que la solución a tales problemas haya corrido a cargo de la jurisprudencia, con los inconvenientes y limitaciones que un Derecho de creación prácticamente jurisprudencial comporta en orden al establecimiento de un régimen jurídico unitario. Aspectos tales como la identificación del empresario responsable a efectos laborales <sup>159</sup>, la articulación de la movilidad de mano de obra en el interior del grupo <sup>160</sup>, la aplicación de las reglas estatutarias sobre legitimación en orden a la negocia-

<sup>154</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «Los cambios en la organización de la empresa...», cit., pág. 41.

<sup>155</sup> EMBID IRUJO, V.: «Cuestiones básicas de la ordenación jurídica de los grupos de sociedades», *ICE*, octubre, 1987, pág. 101.

<sup>156</sup> Dicho vacío legal en modo alguno se ve compensado con la presencia de una sucesiva actuación de la negociación colectiva dirigida a cubrir esta laguna. De un lado, porque dentro de la estructura de la negociación colectiva, el convenio de grupo constituye un nivel de negociación absolutamente marginal. De otra parte, porque cualquier convenio colectivo, con independencia de cuál sea su ámbito de aplicación, rara vez entra en aspectos cruciales del régimen laboral de los grupos de empresa. CRUZ VILLALÓN, J.: «Los cambios en la organización de la empresa...», cit., pág. 40.

<sup>157</sup> VARDARO, G.: «Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali», *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1988, pág. 213 o VENEZIANI, B.: «Gruppi di imprese e diritto del lavoro», *Il. Dir. Lav.*, 1990, págs. 609 y ss.

<sup>158</sup> BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «Notas sobre la descentralización productiva...», cit., pág. 182.

<sup>159</sup> La identificación del empresario en el ámbito del grupo de empresas no es sino una manifestación peculiar de un fenómeno más general y complejo, cual es el de la delimitación del «empresario real» frente al empresario aparente. MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *El empresario aparente*, cit., págs. 39 y ss.

<sup>160</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La movilidad de los trabajadores en los grupos de sociedades europeas: el caso español», *DL*, núm. 33, 1991, págs. 39 y ss.

ción colectiva con órganos verdaderamente decisorios del grupo <sup>161</sup>, la creación de órganos de representación del personal a este mismo nivel que superen la vieja noción de comité intercentros para alcanzar la del comité de grupo <sup>162</sup> son temas, todos, necesitados de una solución que hasta el momento dista de ser única y satisfactoria <sup>163</sup>.

La mayor parte de los conflictos surgen porque el grupo de empresas se muestra en la realidad laboral no como un empleador sino como un grupo de empleadores. La aceptación de que el grupo, pese a la pluralidad de empresas, se manifiesta como una unidad económica no se traduce en el entendimiento de que el grupo, pese a la pluralidad de empleadores, ha de ser tratado ante la aplicación de la norma laboral como un único empleador. Y, en este punto, extraña la reticencia del legislador a hacer coincidir la realidad social con la realidad jurídica y su ausencia de interés por abordar este problema en las últimas reformas del ET, permitiendo que sigan produciéndose numerosos conflictos judiciales que con una medida legal podrían ser evitados <sup>164</sup>.

La práctica forense pone de manifiesto cómo la subcontratación actúa como fórmula de contratación interna dentro del grupo <sup>165</sup>, y cómo, lejos de perseguir una finalidad fraudulenta, viene a ser justificada por la doctrina legal en virtud de razones organizativas: «salvo supuestos especiales..., los fenómenos de circulación dentro del grupo no suelen perseguir la finalidad de crear un mercado interpositorio en el contrato de trabajo para ocultar al empresario real. La movilidad responde a razones técnicas y organizativas... del grupo en una práctica que ha de considerarse en principio lícita» <sup>166</sup>.

A este respecto, cierto sector doctrinal ha mantenido que en las relaciones entre empresas que integran un grupo y precisamente cuando trabajadores contratados por la empresa A del grupo prestan servicios para la empresa B, aunque siguen formalmente contratados por A, podría tratarse no de una cesión de trabajadores <sup>167</sup>, sino de una «misión» o «destacamiento», esto es, de una especie

<sup>161</sup> RIVERO LAMAS, J.: «La legitimación empresarial para la negociación colectiva. Asociaciones empresariales legitimadas para negociar. La legitimación en grupos de empresas», *RL*, núm. 24, 1992, págs. 34 y ss. o MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: «La negociación colectiva en los grupos de empresa: problemas, tendencias y perspectivas», *IE*, núm. 98, 1999, págs. 49 y ss.

<sup>162</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente*, cit.; WAQUET, Ph.: «Comité d'entreprise et comité de groupe dans le cas des filiales communes», *DS*, núm. 3, 1994, págs. 251 y ss. o MONEREO PÉREZ, J.L.: «Los comités de empresa europeos: los derechos sociales de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria», *TS*, núm. 98, 1999, págs. 29 y ss.

<sup>163</sup> Ampliamente, TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresas*, Madrid, 2000.

<sup>164</sup> LÓPEZ CUMBRE, L.: «Concentración empresarial y compromisos por pensiones. Una regulación reglamentaria indirecta del grupo de empresas», cit., págs. 17-18.

<sup>165</sup> Un detallado examen sobre los especiales problemas que plantea la cesión de trabajadores y la realización de contratos entre las distintas empresas que conforman un grupo empresarial, aportando una clarificadora sistematización de los supuestos posibles en RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T.: «Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores», en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección...*, cit., págs. 118 y ss.

<sup>166</sup> STS 26 noviembre 1990 (Ar. 8605).

<sup>167</sup> Las dificultades para determinar materialmente las diferencias entre el arrendamiento de servicios y la cesión ilegal de trabajadores han sido puestas de manifiesto en STS 7 abril 2000 (ILJ 634) y las SSTSJ País Vasco 21 marzo 2000 (ILJ 999) y Madrid 27 enero 2000 (ILJ 538).

de comisión de servicios <sup>168</sup>; si bien la reflexión sobre lo que la comisión de servicios sea debe hacerse, no solamente desde la perspectiva de su diferenciación frente a la cesión ilegal, sino desde el concepto mismo de empleador tal y como viene definido en el artículo 1.2 ET <sup>169</sup>. Se trataría de un grupo de empresas creado no con la intención de inaplicar la normativa laboral sino con la pretensión de conseguir una producción más competitiva en el mercado y en el que los problemas de aplicación de la normativa laboral son igualmente intensos, mas no por la necesidad de utilizar el mecanismo del fraude de ley sino por la inadecuación de dicha normativa a las necesidades del grupo y la intención de éste de garantizar plenamente los derechos legales de los trabajadores <sup>170</sup>.

En el marco del grupo, lo importante para afirmar que no existe una contrata simulada, como modalidad de cesión ilegal de trabajadores, es verificar la concurrencia de una efectiva autonomía decisional de la empresa auxiliar (autonomía decisoria que no debería ser confundida con la mera existencia de vínculos económicos entre las empresas agrupadas, utilizando para ello los criterios jurisprudenciales ordinarios de apreciación de la interposición fraudulenta en las contratas) y considerar sólo ilícitas aquellas contratas entre empresas pertenecientes al mismo grupo cuando el contratista aparente carezca de organización productiva y de gestión directiva propia y no asuma la realización de la actividad específica objeto de la supuesta contrata bajo su propio riesgo <sup>171</sup>, existiendo en cambio un puro suministro de mano de obra, para su utilización directa por la pretendida empresa principal a ella íntimamente vinculada <sup>172</sup>.

Si el grupo es el empleador real y, por lo tanto, el sujeto responsable frente a posibles reclamaciones de los trabajadores, también es el ámbito en el que pueden ejercitarse determinados poderes propios del empresario y el contexto en el que deben valorarse determinadas obligaciones del trabajador para con la empresa <sup>173</sup>.

<sup>168</sup> Pese a reconocer las similitudes con la cesión, se destaca como diferencia frente a la misma la no existencia de una finalidad defraudatoria o especulativa, estando, al contrario, justificada la «misión» por razones de carácter organizativo, aunque se termina admitiendo la aplicación por analogía del artículo 43 ET, cuando fuera necesario para tutelar los intereses del trabajador en orden, no a la declaración de fijeza en la empresa real, sino en orden a la responsabilidad solidaria entre ambas empresas. CAMPS RUIZ, L.M.: «Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas», en BAYLOS-COLLADO (Eds.): *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo...*, cit., págs. 107 y ss.

<sup>169</sup> RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T.: «Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores», en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección...*, cit., pág. 130.

<sup>170</sup> STS 30 junio 1993 (Ar. 4939).

<sup>171</sup> Admitiendo la existencia de lícitas contratas entre empresas integradas en un grupo empresarial, SAN 14 febrero 1992 (AL, 1992, ref. 704 –contrata entre RENFE y DATSA–) o la STSJ Aragón 24 marzo 1993 (AL, 1993, ref. 791). Por contra, estimando que existe cesión ilegal, STS 13 diciembre 1990 (Ar. 9782) o STSJ Madrid 10 septiembre 1991 (Ar. 5256).

<sup>172</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: «Grupos de empresas y subcontratación», en BAYLOS-COLLADO, Eds.: *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, cit., págs. 239 y ss., en especial págs. 262-263.

<sup>173</sup> LÓPEZ CUMBRE, L.: «Concentración empresarial y compromisos por pensiones. Una regulación reglamentaria indirecta del grupo de empresas», cit., pág. 20.

Otro sector doctrinal, por el contrario, viene a entender que en estos supuestos de movilidad o circulación de trabajadores dentro del grupo estaríamos siempre ante supuestos de cesión ilegal de trabajadores <sup>174</sup>, dado que en el tipo del artículo 43 ET no hay un planteamiento subjetivo sino objetivo <sup>175</sup>. La anomia laboral de los grupos de empresa ha provocado un efecto contraproducente en la práctica, haciendo prevalecer una asunción «patológica» del grupo de empresas o, lo que es lo mismo, el conocimiento mayoritario por parte de los Tribunales de la actuación grupal «en fraude de ley» <sup>176</sup>.

Ante esta diversidad de criterios, en una futura reforma estatutaria parece conveniente que se aborde la tarea de configurar legislativamente un concepto laboral de grupo de empresas que parta de una caracterización común para las diferentes ramas del ordenamiento jurídico, lo que no excluye que se atienda también a los principios particulares y a los intereses específicos de las normas laborales. Tal concepto «debería evitar el error de atribuir una subjetividad jurídica al grupo en su conjunto, objetivo que ha fracasado allí donde se lo ha querido convertir en piedra de toque de una regulación sobre la materia. La experiencia acumulada en otros ordenamientos, y de manera eminente en el Derecho germánico, permite afirmar que el principal criterio para caracterizar al grupo centralizado es el de la dirección económica unificada, también recogido en el Derecho español de manera precisa en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 134.2). De otra parte, tal regulación laboral debería invertir la actitud de reserva, cuando no de manifiesta aversión, hacia las relaciones interempresariales en los grupos de empresa que late en la jurisprudencia laboral presente, optando decididamente por una regulación favorecedora de tales relaciones» <sup>177</sup>.

Como colofón conviene recordar que, por primera vez, ha tenido ocasión el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de declarar expresamente la aplicabilidad de la Directiva 77/187/CE, de 14 de febrero (sucesivamente modificada y refundida por las Directivas 98/50/CE, de 29 de junio

<sup>174</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La movilidad de los trabajadores en los grupos de sociedades...», cit., pág. 47 o MONEREO PÉREZ, J.L.: «Grupos de empresas y subcontratación», cit., pág. 271.

<sup>175</sup> Sobre la interpretación del artículo 43 en sentido objetivo y no subjetivo, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *Cesión de trabajadores y empresa de trabajo temporal*, Madrid, 1992, en especial, págs. 371 y ss.

<sup>176</sup> Especialmente estudiada dicha jurisprudencia en GARCÍA TENA, H. y ALARCÓN BEIRA, F.: «Grupo de empresas» (I y II), *RL*, 1997, T. I, págs. 963 y ss.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: «Relación laboral y grupo de empresas en la jurisprudencia», en AA.VV.: *X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, 1992, págs. 325 y ss.; VALVERDE ASENCIO, A.J.: «Los supuestos de grupos de empresa en la jurisprudencia más reciente: reflexiones críticas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*, Ed. Estudios Financieros, núm. 189, 1998, págs. 67 y ss. o PEDRAJAS MORENO, A.: «Relaciones de carácter interempresarial: subcontratación, cesión, sucesión, grupos de empresa», en AA.VV.: *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en Homenaje al Prof. Borrajo Dacruz*, Valencia, 1999, págs. 227-269.

<sup>177</sup> «La existencia de un grupo de empresas no es un mecanismo generador de peligro para los derechos de los trabajadores, sino una estructura que puede prestar seguridad y estabilidad a éstos a lo largo de su vida profesional, aunque la vinculación con las diferentes empresas del grupo conlleve la aplicación de diferentes estatutos en atención a las peculiaridades de cada una de ellas». RIVERO LAMAS, J.: «La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo», cit., pág. 65.

y 2001/23/CE, de 12 de marzo), a las transmisiones producidas entre empresas pertenecientes a un mismo grupo empresarial, considerando como irrelevantes, a este respecto, ciertos datos de hecho indicativos de una vinculación especialmente intensa entre las mismas (existencia de unos mismos propietarios, del 100% del accionariado, de una misma dirección, de unas mismas instalaciones, del desarrollo de tareas compartidas o al menos interrelacionadas en una misma obra para un tercer empresario o de su incardinación en un grupo más amplio que comparte estructuras administrativas y logísticas) <sup>178</sup>. Para llegar a dicha conclusión, el Tribunal acude a un criterio interpretativo de carácter netamente teleológico: atiende ante todo a la finalidad tutelar que corresponde desarrollar a tal normativa comunitaria sobre la transmisión de empresa y descarta, por ello, de modo acertado, la utilización de otros conceptos de la «unidad de empresa» utilizables en contextos normativos diversos dentro del propio Derecho Comunitario –como el derecho de la competencia– que atienden a finalidades reguladoras y conflictos de intereses muy diferentes <sup>179</sup>.

Ciertamente, el método jurisprudencial de atender al sentido de la norma aplicable resulta especialmente indicado en relación con los grupos de empresas, para elegir entre considerar al grupo como una unidad o como una pluralidad de empresas diversas, en lugar de acudir a consideraciones «ontológicas» de la unidad de empresa laboral, como las que frecuentemente ofrecen los Tribunales españoles, proclives en numerosas ocasiones a considerar a los grupos como una «unidad de empresa» en un sentido pro-empresarial ajeno al propio carácter tutelar y protector que debiera informar la labor jurisprudencial en este terreno <sup>180</sup>.

#### 4. El acercamiento entre las relaciones triangulares de trabajo y las empresas de servicios.

Las relaciones laborales mediatas han presentado una dificultad clásica en su incorporación a las estructuras institucionales propias del Derecho del Trabajo, pues, de ordinario, tanto el legislador como quien asume la responsabilidad de aplicar e interpretar la legislación laboral, se sienten incómodos e inseguros cuando se enfrentan a fenómenos en los que el trabajador tiene a más de un interlocutor en la parte empresarial de la relación laboral <sup>181</sup>.

A su vez, no es infrecuente que coincidan en una misma empresa o estructura grupal la utilización del *outsourcing* y de los servicios de trabajadores contratados a través de una empresa de trabajo temporal. Es cierto que en este último caso la empresa usuaria no externaliza la actividad pro-

<sup>178</sup> Sentencia 2 enero 1999, asunto *G.C. Allen c. Amalgamated Construction company*.

<sup>179</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea, de 2 de enero de 1999», *Carta Laboral*, núm. 30, 2000, pág. 63.

<sup>180</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J.: «Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia...», cit., pág. 63.

<sup>181</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «La permanente complejidad de las relaciones triangulares de trabajo», *TL*, núm. 56, 2000, pág. 1.



ductiva que ella misma realiza –si bien a través de trabajadores pertenecientes a otra empresa debidamente autorizada para cederlos–, pero, en realidad, el fenómeno de las empresas de trabajo temporal obedece a un propósito similar a la externalización de servicios, cual es el de prescindir de la contratación laboral directa de los trabajadores <sup>182</sup>. Se configura como uno más de los medios para lograr acomodar el mundo de las relaciones laborales a la organización actual del mercado, ofreciendo a la empresa usuaria la posibilidad de flexibilizar su plantilla gracias a un instrumento diverso de la contratación determinada, aunque íntimamente ligado a ella.

Fenómeno próximo al anterior es el de las llamadas empresas de servicios <sup>183</sup>, que actualmente tienden a presentarse arropadas bajo la figura de las contrata y subcontratas de obras y servicios <sup>184</sup>, si bien por razón de la actividad que despliegan quedan próximas a la intermediación en el mercado en términos propios de una empresa de trabajo temporal <sup>185</sup> (pues en muchas ocasiones su labor no difiere en nada, cualitativamente, de lo que hace una ETT, sólo que el suministro de mano de obra que efectúan lo es por tiempo indefinido, fórmula esta última de todo punto vedada a las ETTs) <sup>186</sup>. A la postre, «sin ser premeditadamente querido por el legislador, se da un resultado de plena anomia legislativa, ausencia total de atención a un fenómeno emergente que las está requiriendo a voces y a un resultado de todo punto contradictorio comparativamente con la estrechísima vigilancia ejercida sobre las ETTs. En suma, una situación de agravio comparativo y precarización difícilmente comprensible» <sup>187</sup>. El loable refuerzo garantístico de muchos de los aspectos de la regulación jurídica de las ETTs parece haber incentivado una discreta huida de la actividad desarrollada por las mismas hacia la contrata mercantil o civil de estos servicios temporales al margen de cualquier contrato de puesta a disposición y al margen, la mayor parte de las veces, del propio régimen jurídico del artículo 42 ET al no poder encuadrarse dentro de las actividades propias desarrolladas por las empresas contratantes que requieren sus servicios <sup>188</sup>.

<sup>182</sup> DE QUINTANA PELLICER, J.: «La descentralización productiva (*outsourcing*)...», cit., pág. 906.

<sup>183</sup> Al respecto, MAGOT, C.: «A propósito de las relaciones triangulares: una comparación entre las empresas de trabajo temporal y las asociaciones intermediarias», *TL*, núm. 56, 2000, págs. 137 y ss.

<sup>184</sup> Sobre la cesión ilegal de trabajadores y su relación con las contrata legales realizadas con empresas de servicios, NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «Ingeniería jurídica y empresas de trabajo temporal: las difusas fronteras entre las contrata y la cesión de trabajadores», *TL*, núm. 56, 2000, págs. 223 y ss.

<sup>185</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «Ingeniería jurídica y empresas de trabajo temporal...», cit., págs. 251 y ss.

<sup>186</sup> El fenómeno permite la emulación del *modus operandi* de las ETTs, sin necesidad de acomodarse a las previsiones de la legislación específica de éstas. Ampliamente, GOERLICH PESET, J.M.ª: «Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores», *AL*, núm. 3, 2001, págs. 41 y ss.

<sup>187</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «La permanente complejidad de las relaciones triangulares...», cit., pág. 6.

<sup>188</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «Ingeniería jurídica y empresas de trabajo temporal...», cit., pág. 222.

## 5. La ruptura de la concepción tradicional de la figura del empresario a partir de la legalización de las empresas de trabajo temporal.

La legalización y subsiguiente regulación de las empresas de trabajo temporal ha supuesto en España <sup>189</sup> conceder carta de naturaleza a una situación de hecho preexistente <sup>190</sup>, normalizando la actividad de suministro de mano de obra que las mismas desarrollan, procediendo a deslindarlas de otras figuras claramente ilícitas <sup>191</sup> y garantizando –si bien no suficientemente– los derechos laborales y de Seguridad Social de los trabajadores afectados por la puesta a disposición «dejando al margen la discusión, que sería de *lege ferenda*, sobre si el fomento del empleo justifica o no la precariedad estructural de las empresas de trabajo temporal» <sup>192</sup>. Su ordenación legal trae consigo un debilitamiento de la función del contrato de trabajo como fuente y como límite de obligaciones para el trabajador, como consecuencia de su sometimiento a las órdenes y directrices de la empresa usuaria <sup>193</sup>; de ahí que para intentar equilibrar los derechos del trabajador en este tipo de relaciones se proponga la revalorización del papel del contrato de trabajo y del convenio colectivo como instrumentos limitativos del poder de dirección de la empresa usuaria <sup>194</sup>.

Conforme a la Ley 14/1994, de 1 de junio (modificada por la Ley 29/1999, de 16 de julio <sup>195</sup>), ETT es aquella cuya actividad exclusiva consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados <sup>196</sup>. De esta noción cabe deducir que la empre-

<sup>189</sup> No ha sido igual el cambio del marco jurídico en todos los Estados, sino que ha dependido en gran medida de la ordenación previa que tenían estos, en función de factores varios: «estructura e intensidad del paro, contexto político-social, estrategias de los actores sociales, contenido de las restricciones y rigideces de la gestión de mano de obra...», VALDÉS DAL-RE, F.: «La disciplina jurídica del mercado de trabajo: el caso español», *REDT*, núm. 93, 1999, págs. 19 y ss.

<sup>190</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «Las empresas de trabajo temporal en la Comunidad Europea», *AL*, 1993, T. III, págs. 265 y ss. y *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, cit. o VALDÉS DAL-RE, F.: «Las relaciones jurídicas entre las empresas de trabajo temporal y la empresa usuaria: el contrato de puesta a disposición», en AA.VV.: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Madrid, 1995, págs. 87 y ss.

<sup>191</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, M.<sup>a</sup> J.: *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Madrid, 1995.

<sup>192</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Las empresas de trabajo temporal: puntos críticos», *AL*, núm. 31, 1999, págs. 571 y ss.

<sup>193</sup> Con el recurso a esta relación de carácter triangular no se quiere dejar fuera de la empresa la producción, sino sus responsabilidades, siendo tan sólo una interposición contractual, pues la verdadera relación se dará entre la empresa usuaria y el trabajador. SERRANO ARGÜELLO, N.: «Límites a la gestión externa de mano de obra y medidas de protección al empleo», *RL*, núm. 20, 1999, págs. 53-54 y 71.

<sup>194</sup> Por todos, CHACARTEGUI JAVEA, C.: *Empresas de trabajo temporal y contrato de trabajo*, Valencia, 2000, págs. 93 y ss.

<sup>195</sup> Un exhaustivo análisis en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J.R.: «La Ley 29/1999, de reforma de la Ley 14/1994, sobre empresas de trabajo temporal: un empeño a medio camino» (I y II), *RL*, núms. 10-11, 2000, págs. 9 y ss. y 13 y ss., respectivamente y «Una reflexión crítica sobre las empresas de trabajo temporal: la temporalidad y la formación como paradigma extremo de la flexibilidad laboral», *RDS*, núm. 11, 2000, págs. 9 y ss.

<sup>196</sup> Entre otros, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: *Las empresas de trabajo temporal en España*, Valencia, 1994 y «La ley 14/1994, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal: un hito en la evolución del derecho español del trabajo», en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E., Coords.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1994, págs. 344 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J.: «El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal», en AA.VV.

sa de trabajo temporal ocupa la posición empresarial en el contrato de trabajo celebrado con el trabajador cedido, nunca la usuaria, pues aquella es, en definitiva, quien contrata, incorpora a su plantilla y remunera. De este modo, queda alterada sustancialmente la presunción legal a favor de la existencia de relación jurídico-laboral establecida en el artículo 8.1 ET entre quien da trabajo y quien lo recibe y expresamente admitida la relación triangular trabajador/empresa de trabajo temporal/empresa usuaria, predicando la relación laboral sólo entre trabajador y empresa de trabajo temporal, en tanto entre la empresa usuaria y la de trabajo temporal existirá una relación civil o mercantil articulada a partir de un contrato de puesta a disposición <sup>197</sup>.

La legalización de las ETTs ha supuesto la ruptura de la concepción tradicional o típica de la figura del empresario, por cuanto, con el nuevo tenor del artículo 1.2 ET, tiene lugar una modificación importante en los elementos que definen la figura empresarial. Ésta viene encontrando apoyo en los argumentos básicos de ser el acreedor de trabajo y ostentar el poder de dirección para instrumentar la propia prestación laboral, sin embargo, con las empresas de trabajo temporal legalizadas tiene lugar una transferencia del poder directivo del empresario sujeto del contrato de trabajo (la ETT) a otra persona física o jurídica (empresa usuaria), dando pie a una peculiar articulación de la nota de la dependencia en el contrato laboral en los supuestos de cesión de trabajadores por la ETT, provocando una escisión palmaria entre la titularidad jurídica del poder de dirección, que corresponde a la empresa de trabajo temporal, y el ejercicio de las facultades de dicho poder sobre el desarrollo de la prestación laboral del trabajador, que incumbe por delegación a la empresa usuaria <sup>198</sup> mientras el trabajador preste en ella sus servicios <sup>199</sup>. Esta distribución legal de espacios supone la

---

(BAYLOS GRAU, A., Coord.): *La reforma laboral de 1994*, Madrid, 1994, págs. 88 y ss.; ALBIOL MONTESINOS, I.: «Las empresas de trabajo temporal», *TS*, núm. 43, 1994, págs. 116 y ss.; CASTRO ARGÜELLES, M.º A.: «Régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal», *DL*, núm. 44, 1994, págs. 27 y ss.; GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: «Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: puntos críticos», *AL*, núm. 34, 1994, págs. 525 y ss. y «La contratación de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal» (I y II), *AL*, núms. 1 y 2, 1996, págs. 23 y ss.; MERCADER UGUINA, J.R.: «La intermediación en el mercado de trabajo tras la reforma laboral: realidades y respuestas», *RTSS*, núm. 14, 1994, págs. 27 y ss.; VALDÉS DAL-RE, F.: «Empresa de trabajo temporal, empresa usuaria y contrato de puesta a disposición» (I y II), *RL*, núms. 6 y 7, 1995, págs. 2 y ss.; COELLO DE PORTUGAL SILVA, C.: «La remuneración del trabajador cedido mediante contrato de puesta a disposición», *RTSS*, núm. 20, 1995, págs. 7 y ss. o CHACARTEGUI JAVEA, C.: *Empresas de trabajo temporal y contrato de trabajo*, cit.

<sup>197</sup> Se trata de un nuevo contrato típico y limitado en cuanto a su objeto —exclusivamente el suministro de mano de obra— y en cuanto a los sujetos legitimados para concertarlo —el suministrador debe ser necesariamente una empresa de trabajo temporal—, el cual también queda legalmente limitado en su elemento causal, de tal forma que no cabrá recurrir a un contrato de este tipo en cualquier circunstancia: exclusivamente cuando concurren las causas por las cuales autoriza la Ley el contrato de puesta a disposición, siendo su elemento común la temporalidad en la necesidad de mano de obra.

<sup>198</sup> Entre trabajador cedido y empresa usuaria no surge vínculo laboral alguno, sin perjuicio de que aquél actúe bajo la dirección y control de éste, quien, a su vez, ha de asumir ciertas obligaciones legales de información y prevención en materia de seguridad e higiene y responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social.

<sup>199</sup> Esta relación triangular queda claramente al margen del esquema normal de la relación jurídico-laboral, en virtud del cual el trabajador presta servicios retribuidos dentro del ámbito de organización y dirección de la persona que le contrata. CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La reforma del mercado de trabajo», *AS*, núm. 7, 1994, pág. 70.

quiebra de la teoría contractualista de los poderes empresariales y, correlativamente, implica una asunción de las teorías comunitaristas puesto que el ejercicio del poder de dirección y control por parte de la empresa usuaria supone la prevalencia de los criterios organizativos y productivos de la empresa usuaria, en perjuicio de la doble función del contrato de trabajo como fundamento y límite de los poderes empresariales <sup>200</sup>.

Sin duda, ello repercute en el concepto hasta entonces tradicional de empresa <sup>201</sup>, y en la progresiva desvinculación de las partes de la relación laboral con el centro de trabajo como lugar físico imprescindible para el desarrollo de la actividad, en la propia consideración del sujeto empresarial o en las concepciones más abiertas de las notas configuradoras de la relación laboral.

La ETT es, en definitiva, un instrumento de gestión utilizable ante demandas temporales de mano de obra (instrumento flexible para dotar a las empresas del número necesario de trabajadores que en cada momento precisen sin necesidad de proporcionarles la formación profesional pertinente), sin que pueda acudir a ellas para dotar permanentemente de mano de obra a una empresa <sup>202</sup>. Se consigue así una particular y especial cualidad de ductilidad del mercado laboral gracias a la función de la ETT de exteriorización o descentralización del personal de la empresa cliente, fundada en necesidades de carácter temporal de urgencia o coyunturales. Dicha fórmula puede calificarse de perturbadora para el mercado de trabajo tradicional, pero en la actualidad se ha constituido en pieza clave de la externalización <sup>203</sup>.

Estas especiales empresas no sólo introducen una relación triangular extraña a la dogmática clásica –bilateral– del contrato de trabajo, sino que, además, un fenómeno tan anormal puede fácilmente provocar unos efectos de injustificada reducción sustantiva en los derechos y garantías mínimos establecidos para defender la posición jurídica del trabajador. La ficción de contratar a un trabajador sin actuar como auténtico empresario ni desarrollar una propia y específica actividad productiva puede desembocar, con cierta facilidad, en una interposición contractual que reduzca innecesariamente los niveles de condiciones de trabajo de quienes quedan sometidos

<sup>200</sup> LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Prólogo» a CHACARTEGUI JAVEA, C.: *Empresas de trabajo temporal y contrato de trabajo*, cit., págs. 19-20.

<sup>201</sup> La concepción de empresa en el ámbito del Derecho del Trabajo ya no responde estrictamente al concepto jurisprudencial de empleadora (STS 25 febrero 1997 –Ar. 1226–) en cuanto que ocupa trabajadores que están bajo la dirección y dependencia del titular de la organización. Como tampoco responde la definición de Derecho del Trabajo a su concepción clásica, pues al cambiar las cualidades que la integran, su concepto viene a modificarse. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «Recomposición del sistema económico y Derecho del Trabajo», en AA.VV.: *I Jornadas de la Facultad de Derecho. El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Madrid, 1984, pág. 25.

<sup>202</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: «La Ley 14/1994, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal: un hito en la evolución del Derecho español del Trabajo», cit., pág. 354.

<sup>203</sup> SERRANO ARGÜELLO, N.: «Límites a la gestión externa de mano de obra y medidas de protección al empleo», cit., pág. 72.

dos al tráfico –legal en este caso– de mano de obra <sup>204</sup>. Por ello, ante la experiencia histórica de comisión de irregularidades y abusos a través de la intermediación, todos los ordenamientos comparados y el interno, en particular, incorporan mecanismos de control, entre ellos la exigencia de que obtengan la correspondiente licencia o autorización administrativa; la constitución de una garantía financiera a disposición de las autoridades laborales para responder, en su caso, del incumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas por la ETT con trabajadores de su plantilla [arts. 2.1 d) y 3]; creación de un registro de ETTs por las autoridades laborales a las cuales se atribuye competencia para conceder la autorización administrativa (art. 4) o exigencia de que la ETT remita a la autoridad laboral que concedió la autorización una relación de los contratos de puesta a disposición celebrados, así como de los cambios de titularidad, apertura de nuevos centros de trabajo y cese de la actividad (art. 5) <sup>205</sup>.

Pese a ello cabe destacar la diversidad de supuestos de utilización «inadecuada» o «irregular» de las empresas de trabajo temporal, resueltos por los Tribunales desde criterios en cierta medida inseguros al depender demasiado la solución de las circunstancias concurrentes en cada caso <sup>206</sup> (casuismo difícilmente comprensible si se tienen en cuenta los tajantes términos recogidos en la Ley), sin olvidar que las tasas de rotación desmesuradas e injustificada brevedad de muchos contratos suscritos generan temor a reclamar judicialmente ante situaciones de manifiesta ilegalidad <sup>207</sup>.

Las soluciones son distintas en función de la gravedad del incumplimiento imputable a la empresa de trabajo temporal y a la empresa usuaria (TRLISOS o Código Penal), lo cual hace pensar en una cierta falta de coordinación a la hora de concretar las consecuencias de tales irregularidades (consecuencias en algún caso ni siquiera expresamente previstas en una disposición legal, que podrían ser articuladas en la estricta esfera empresa de trabajo temporal/empresa usuaria a través del contrato de puesta a disposición) <sup>208</sup>.

<sup>204</sup> Desde la perspectiva española, los riesgos de carácter laboral pueden afectar fundamentalmente a cuatro campos: 1) la «precarización» de la estabilidad en el empleo; 2) la «precarización» retributiva; 3) la «precarización» en las condiciones de seguridad y salud laboral y 4) la «precarización» sindical. CRUZ VILLALÓN, J.: «El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R., Coord.): *La reforma laboral de 1994*, Madrid, 1994, págs. 51-54.

<sup>205</sup> PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F.: «Las empresas de trabajo temporal: a medio camino entre la apertura de los sistemas de colocación y la flexibilización de la utilización de mano de obra», en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F., Dir.): *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, 1994, págs. 110-116.

<sup>206</sup> Sobre la inexistencia de cesión irregular se pronuncia la STSJ Castilla y León 21 marzo 2000 (ILJ 695).

<sup>207</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J.R.: «La Ley 29/1999, de reforma de la Ley 14/1994, sobre empresas de trabajo temporal: un empeño a medio camino» (I), cit., pág. 15.

<sup>208</sup> GALA DURÁN, C.: «Derecho del Trabajo y necesidades organizativas de la empresa: supuestos y consecuencias de la utilización "inadecuada" de las ETT», en AA.VV.: *El empleador en el Derecho del Trabajo*, cit., págs. 148-149.

El número 5 del AIEE incluyó una previsión relativa a la creación de un grupo tripartito que analizara el funcionamiento del sector para estudiar posibles mejoras en su regulación y en su control administrativo y sindical. La creación de este grupo implica ya cierta reticencia compartida sobre el funcionamiento en estos años de tales empresas o de la utilización que de las mismas hacen determinados empresarios, lo que puede ser una cierta rectificación del diagnóstico favorable sin maticaciones, que hizo de las ETTs la Ley 14/1994, al considerarlas «un mecanismo importante para acceder a la actividad laboral»<sup>209</sup>.

Asimismo, el AIEE propuso ya en su día una modificación puntual de la Ley 14/1994, llevada a cabo por el artículo 5 de la Ley 63/1997, de acuerdo al cual los trabajadores puestos a disposición tendrán derecho a presentar, a través de los representantes de la empresa usuaria, reclamaciones en relación con la condición de ejecución de su actividad laboral, atribuyendo al mismo tiempo a estos representantes legitimidad para representar a los trabajadores en misión mientras ésta dure, pero a los solos efectos de formular cualquier reclamación en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral «en todo lo que atañe a la prestación de sus servicios en éstas». Se trata, pues, de una representación muy limitada y relativa sólo a las condiciones de ejecución de la prestación laboral que excluye la temática social y, desde luego, todo lo relativo a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de trabajo temporal de la cual depende<sup>210</sup>. Con todo, la verdadera novedad de la reforma consiste en determinar la no ampliación del crédito de horas de esos representantes por el hecho de asignárseles nuevas esferas de representación (con el propósito claro de impedir la aplicación en el ámbito de las empresas usuarias de la doctrina judicial que venía admitiendo la posibilidad de ampliar proporcionalmente el número de horas de representación retribuidas cuando aumentara el número de trabajadores de la empresa<sup>211</sup>), pues si ello fuera así, la utilización de trabajadores puestos a disposición podría suponer para la empresa usuaria costes adicionales, como consecuencia de tener que pagar mayor número de horas de representación<sup>212</sup>.

Por otro lado, en relación al impulso de la elaboración de la normativa sobre actividades y trabajos peligrosos para la seguridad o salud a que se refiere el artículo 8.b) de la LETT, finalmente se ha adoptado el RD 219/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal, que concreta, no sólo las medidas necesarias

<sup>209</sup> La creación de una mesa tripartita de estudio refleja una preocupación común por evitar un puntual desbordamiento del terreno propio del empleo a través de estas empresas. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Reflexiones sobre la reforma del mercado laboral de 1997», *DL*, núm. 52, 1997, pág. 38.

<sup>210</sup> La referencia a reclamaciones en relación con la prestación de trabajo parece otorgar una representatividad muy escueta y limitada que no incluye ni la contratación colectiva ni tampoco la posibilidad de plantear conflictos colectivos. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Reflexiones sobre la reforma del mercado laboral de 1997», cit., pág. 39.

<sup>211</sup> PASCUAL ALLEN, M.C.: «Los contratos temporales y las empresas de trabajo temporal», en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F., Dir.): *La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social*, Valladolid, 1997, pág. 117.

<sup>212</sup> La Ley 63/1997 corta esta posibilidad. ALBIOL MONTESINOS, I.; CAMPS RUIZ, L.M y GOERLICH PESET, J.M.: *La reforma laboral de 1997*, Valencia, 1997, págs. 68 y 69.

para la ejecución de los deberes y obligaciones específicos de las ETTs y de las usuarias en la contratación y desarrollo de este tipo de trabajo (con objeto de garantizar el derecho de los trabajadores al mismo nivel de protección de su seguridad y su salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios <sup>213</sup>), sino también la relación de trabajos que, en razón de su especial peligrosidad, deben quedar excluidos de la celebración de contratos de puesta a disposición <sup>214</sup>.

Es preciso recordar además que las facultades de contrataciones de puesta a disposición concedidas a estas empresas están perfiladas por el legislador tanto en su aspecto positivo como negativo. Así, las garantías contenidas en forma de prohibiciones en el artículo 8 de la LETT son límites que evitan desviaciones en la causa objetiva que sustenta la contratación temporal externa de la cesión, pretendiéndose con ello las más de las veces evitar el fraude de ley. En concreto, la exclusión del artículo 8 c) impide el recurso a la cesión ilegal de trabajadores como medida protectora del empleo interno ya existente, y en tal sentido, la última adición al precepto, llevada a cabo por la Ley 29/1999 constituye un límite a la gestión de mano de obra externa, evitándose en tal supuesto la alteración continuada y permanente del contrato de puesta a disposición de nuevo por una ETT, abogando de alguna forma por restringir rotación constante (aunque sólo la impida parcialmente y ante determinadas situaciones) y en favor de la cobertura del puesto de trabajo por medios directos <sup>215</sup>.

El objetivo claro de esta última iniciativa legislativa (atendiendo a los compromisos alcanzados en el AIEE) es el de garantizar al trabajador de dichas empresas una mayor seguridad jurídica en su relación laboral con la empresa usuaria <sup>216</sup>, si bien la Ley 29/1999 no reforma globalmente el régimen jurídico de las ETTs al quedar pendientes de clarificación importantes temas necesitados de una nueva ordenación <sup>217</sup>.

Entre otras cuestiones, y como se advierte en su Exposición de Motivos (si bien hay una manifiesta contradicción entre los problemas descritos por la Exposición de Motivos de la Ley y las medidas realmente adoptadas por ésta para resolverlos de manera eficiente), hay que asegurar al trabajador que presta sus servicios a través de una ETT, «una retribución al menos igual que la del trabajador de la empresa usuaria, sin perjuicio de que por convenio colectivo de las empresas de

<sup>213</sup> BLASCO LAHOZ, J.F.: «La protección de la salud laboral de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal», *AL*, núm. 19, 1999, págs. 383 y ss.

<sup>214</sup> LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M.ª P.: «El acceso al empleo a través de las empresas de trabajo temporal: concepto y proceso de legalización», *Información Laboral*, núm. 24, 1999, pág. 20.

<sup>215</sup> SERRANO ARGÜELLO, N.: «Límites a la gestión externa de mano de obra y medidas de protección al empleo», cit., pág. 72.

<sup>216</sup> Pormenorizado estudio, entre otros, el realizado por GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I.: «Dos cuestiones polémicas de la reforma de la ley de empresas de trabajo temporal», *Justicia Laboral*, núm. 2, 2000, págs. 5 y ss. o LÓPEZ BALAGUER, M.: *Contrato de trabajo y remuneración en la nueva regulación de las empresas de trabajo temporal*, Valencia, 2000.

<sup>217</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J.R.: «La Ley 29/1999, de reforma de la Ley 14/1994, sobre empresas de trabajo temporal: un empeño a medio camino» (I), cit, pág. 12.

trabajo temporal se establecieran retribuciones superiores, en cuyo caso serían aplicables estas últimas». Pese a tan gráfica afirmación de la Exposición de Motivos, el precepto legal en cuestión (art. 11.1 LETT) no recoge una plena equiparación salarial sino una regla de garantía de ciertos mínimos, lo que revela una excesiva cautela por parte del legislador y genera una fortísima inseguridad jurídica <sup>218</sup> al utilizar una terminología (retribución total) que en nuestro ordenamiento jurídico se ha caracterizado por su enorme ambigüedad y polivalencia a la hora de identificar los componentes de la contraprestación económica en el contrato de trabajo <sup>219</sup>.

Junto a la garantía salarial ya apuntada <sup>220</sup>, el nuevo texto legal introduce otras mejoras (además del art. 11 de la Ley 14/1994, la Ley 29/1999 ha modificado sus artículos 2, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 19 y 20 –en estos dos últimos, relativos a las infracciones de la empresa de trabajo temporal y de la empresa usuaria, modificando párrafos introducidos por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre–), como la obligación de las ETTs de contar con un número mínimo de doce trabajadores de estructura, contratados indefinidamente a tiempo completo o parcial, por cada mil trabajadores o fracción de contratados en el año inmediatamente anterior (medida orientada a fomentar la estabilidad en el sector); el deber de las mismas de dar más información sobre la contratación a los representantes sindicales y el deber de asegurarse, previamente a su puesta a disposición, de que sus trabajadores poseen la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales <sup>221</sup>, necesaria para el puesto a desempeñar. No obstante, muchos de estos aspectos habían sido ya modificados previamente a través de la negociación colectiva y la práctica del sector, que en este punto precedieron y guiaron al mismo legislador laboral y otras cuestiones conexas han sido modificadas, de nuevo y en profundidad, por la Ley 45/1999, sobre desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional <sup>222</sup>.

<sup>218</sup> Al excluir, por ejemplo, de la garantía salarial los complementos de carácter personal tales como la antigüedad y los reconocidos *ad personam*. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J.R.: «La Ley 29/1999, de reforma de la Ley 14/1994, sobre empresas de trabajo temporal: un empeño a medio camino» (I), cit., págs. 19-20.

<sup>219</sup> DEL REY GUANTER, S.: «Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal», *REDT*, núm. 100, 2000, pág. 920.

<sup>220</sup> Por extenso, VALDÉS DAL-RE, F.: «La garantía de ingresos salariales mínimos en favor de los trabajadores puestos a disposición», *RL*, núm. 2, 2001, págs. 1 y ss.

<sup>221</sup> BLASCO LAHOZ, J.F.: «La protección de la salud laboral de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal», cit., págs. 383 y ss.

<sup>222</sup> Por extenso, CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E.: *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión europea y en el espacio económico europeo*, Madrid, 2001, págs. 123-132 y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «La legalización de las empresas de trabajo temporal en España: crónica de un fracaso legislativo», *TL*, núm. 56, 2000, pág. 219.