

Las transformaciones del empleador y el futuro del Derecho del Trabajo

Wilfredo Sanguinetti Raymond(*)

Sumario

- I. Un cambio de importancia capital para el Derecho del Trabajo: el estallido de la empresa tradicional y el fin del modelo clásico de empleador-empresario.
- II. Consecuencias laborales modelo de organización empresarial emergente: la posibilidad de aprovechamiento de la pluralidad subjetiva como factor diversificación de los tratamientos normativos.
- III. En busca de respuestas al nuevo escenario.
 - A. La recomposición dogmática de la noción de empleador como primera opción y sus límites.
 - B. La reconstrucción sistemática de las instituciones como alternativa.
- IV. La reconducción de los procesos de cambio mediante la recuperación de la unidad en medio de la fragmentación: una valiosa contribución del Derecho del Trabajo a la eficiencia económica y (no sólo) el equilibrio social.

I. Un cambio de importancia capital para el Derecho del Trabajo: el estallido de la empresa tradicional y el fin del modelo clásico de empleador-empresario

Cualquier aproximación a los materiales normativos, jurisprudenciales y doctrinales disponibles en relación con la identificación de los sujetos que intervienen en la relación laboral permite apreciar, sin importar el ordenamiento al que se encuentre referida, una manifiesta desproporción entre la atención dispensada al trabajador y al empleador. Mientras las normas legales, las decisiones de los tribunales y los estudiosos suelen dedicar un enorme esfuerzo a la delimitación de los caracteres que adornan el concepto de trabajador, poca o ninguna solicitud se presta, en cambio, a la individualización de los rasgos que contribuyen a identificar a la otra parte de la relación laboral.¹

Esta sorprendente falta de interés, o incluso “desidia”,² mostrados a la hora de perfilar los alcances de la noción de empleador no resulta difícil de explicar. Lo que ocurre es que, hasta el momento, el empleador ha venido siendo para el Derecho del Trabajo un personaje sin rostro.³ Es decir, un sujeto que, aunque podía comparecer al tráfico jurídico de muy diversas maneras (como persona física o jurídica o incluso ente sin personalidad, de carácter público o privado,

(*) Profesor Titular de Derecho del Trabajo Catedrático Habilitado, Universidad de Salamanca.

1 Este es el caso, por ejemplo, del ordenamiento español, donde la tradicional ausencia de reflexión científica en torno al sujeto empleador ha venido acompañada, como apunta J. CRUZ VILLALÓN, “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales”, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (Coordinador), **El empleador en el Derecho del Trabajo**, Madrid Ed. Tecnos-Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1999, pág. 29, de “un silencio sorprendente de la norma laboral en lo que afecta a la determinación y las características del empleador como parte del contrato de trabajo”, que se expresa en la escueta indicación del artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores en el sentido de que ostentarán dicha condición “todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas” definidas por el apartado anterior como trabajadores. Con todo, la obra colectiva a la que se acaba de aludir constituye, precisamente, el punto de partida de una mayor atención al tema iniciada a finales de la década anterior. Expresión de ello son los distintos estudios doctrinales a los que se irá haciendo alusión a lo largo de este trabajo, así como dos monografías de reciente aparición, que consolidan esta tendencia. Se trata de los trabajos de E. DESDENTADO DAROCA, **La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales**, Valladolid, Ed. Lex Nova, 2006, pág. 34; y M. C. LÓPEZ SÁNCHEZ, **El empleador en las organizaciones empresariales complejas**, Madrid, CES, 2007.

2 Como la califica M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Prólogo” a M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (Coordinador), **El empleador en el Derecho del Trabajo**, cit., pág. 129.

3 O como apunta J. CRUZ VILLALÓN, “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales”, cit., pág. 33, “un personaje de rostro sin facciones”, del que tradicionalmente el legislador no ha deseado “que se tome inconsideración elemento alguno” que sirva para identificar “algún rasgo relevante” de su figura.

con fines lucrativos o benéficos, etc.), interesaba a éste desde una sola perspectiva: en tanto sujeto que contrataba la prestación de trabajo y, por tanto, recibía los servicios del trabajador.⁴

Esta noción “refleja”, “traslativa” o “mediata” del empleador⁵ como mero acreedor del trabajador no es gratuita, sino que ha respondido históricamente a un claro propósito garantista.⁶ En concreto, de lo que se trataba era de no incluir ningún elemento o rasgo definitorio particular de la figura del empleador con el fin de asegurar la mayor extensión posible del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo; el cual ha venido siendo definido en la inmensa mayoría de los ordenamientos en función del tipo de trabajo –identificado por el legislador como subordinado o dependiente– desarrollado por el trabajador.

Ésta es una concepción que contradice la evidencia aportada por la historia económica, toda vez que, como se ha puesto de manifiesto, de acuerdo con ella el “reflejo” debería operar en sentido inverso, ya que han sido más bien la empresa capitalista y los procesos de acumulación a ella asociados los que, en todo caso, han “inventado” al trabajador.⁷ Del mismo modo, tampoco toma en cuenta que, en una economía de mercado, es el empleador quien no solamente crea las oportunidades de empleo sino que asume dentro de la relación laboral un papel protagónico, al encontrarse dotado de poderes que le permiten configurar de acuerdo con su voluntad e intereses el contenido de la prestación a desarrollar por el trabajador. No obstante, la “centralidad” de la figura de éste último que de ella se deriva guarda plena correspondencia con los objetivos

de política del Derecho que han venido informando la configuración del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica autónoma desde sus inicios. Y no parece encontrar, además, objetores significativos.

Ahora bien, de esta configuración exquisitamente contractual del sujeto empleador se desprende una consecuencia que en principio no plantearía dificultad alguna a nuestra disciplina: la de la consiguiente irrelevancia, no sólo de la configuración jurídica de éste, como se ha dejado dicho, sino también de la manera como se organiza para desarrollar su actividad. En principio, estos elementos se integran dentro de la noción de empresa, que es distinta de la de empleador y resulta revelante, en todo caso, antes como objeto que como sujeto de derechos y deberes.⁸ La realidad organizativa de la empresa no encuentra, de este modo, acomodo inicialmente dentro de la dogmática del contrato de trabajo, puesto que, desde su particular perspectiva, lo único que importa del empleador es “la subjetividad”.⁹

Naturalmente, entre los motivos que explican esta falta de relevancia de las vicisitudes organizativas del empleador no tiene un peso precisamente menor la circunstancia de que empleador y empresa han sido tradicionalmente nociones coextensas.¹⁰ Es decir, el hecho de que, hasta etapas muy recientes, quien ocupaba la posición de empleador era, a su vez, el titular de un conjunto organizado de medios materiales y humanos con los cuales llevaba a cabo de manera independiente y autosuficiente una determinada actividad productiva, consistente en la elaboración de un bien o la prestación de un servicio. Las vicisitudes

4 El concepto de empleador ha tenido, desde esta perspectiva, un evidente carácter “universal” en la mayor parte de ordenamientos, como observa C. MOLERO MARAÑÓN, “Una configuración actualizada de la noción de empleador y sus problemas básicos”, *Actualidad Laboral*, 1996, núm. 27, pag. 505, en la medida en que se ha caracterizado por “una particular ausencia de limitaciones subjetivas”.

5 Por citar aquí algunas de las expresiones utilizadas a nivel doctrinal. Vid., en este sentido, J. MERCADER UGUINA, *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Valladolid, Ed. Lex Nova, 2002, especialmente pág. 191.

6 Conforme destaca J. CRUZ VILLALÓN, op. cit., págs. 31-32.

7 De acuerdo con las observaciones hechas por E. DESDENTADO DAROCA, *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*, cit., pág. 34.

8 M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar”, en M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ (Coordinadora), *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, págs. 213 y 226. Lo anterior no pretende negar que la noción de empresa ha actuado también, de forma paralela, como presupuesto para la aplicación de diversas ciertas instituciones jurídico-laborales, que solamente tienen sentido en el marco de una pluralidad organizada de relaciones de trabajo (piénsese, por citar sólo un ejemplo, en la regulación de los sistemas de clasificación profesional). Esta observación no altera el sentido de lo afirmado en el texto principal en la medida en que incluso dichas instituciones encuentran en los contornos de la personificación del empresario un límite infranqueable.

9 Nuevamente, M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit., esta vez págs. 26 y 38.

10 O, como apunta J. CRUZ VILLALÓN, “Los cambios en la organización ...”, cit., pág. 35, “la concepción clásica o mejor dicho ortodoxa del empresario dentro del Derecho del Trabajo coincide con una identificación plena del sujeto titular de la organización empresarial, para cuyo funcionamiento contrata a un conjunto de personas sometidas a régimen laboral”.

organizativas del empleador no tienen aquí incidencia sobre el contrato de trabajo, antes que por cualquier otra razón, porque no pueden tenerla. Porque en principio empleador y empresa coinciden.

Hoy, sin embargo, esta generalizada coincidencia no existe más. En las últimas décadas se han producido transformaciones que han terminado por hacer estallar la forma de organización centralizada y autárquica de la producción que la sustenta. Y, con ella, el modelo tradicional o clásico de empresa y de empleador contruidos a su imagen y semejanza.¹¹

Los caracteres del cambio operado son a estas alturas bastante conocidos. La necesidad de adaptar las estrategias de gestión empresarial a un contexto cada vez más inestable y competitivo ha conducido a la adopción de una nueva forma de organización basada en la segmentación de los procesos de producción y la colaboración entre organizaciones empresariales en principio independientes unas de las otras. Frente al tradicional predominio del modelo centralizado de empresa, basado en el control directo del entero ciclo de producción y su actuación autónoma respecto de las demás, se han abierto camino en los últimos años, como una forma de dar respuesta a los retos impuestos por la nueva situación, modalidades de gestión de los procesos de producción caracterizadas por una mayor especialización de las unidades productivas y el establecimiento de vínculos de cooperación más o menos estrechos entre sí, en un intento de obtener ventajas competitivas de la concentración de la actividad de las empresas en la realización de sus competencias nucleares y la transferencia hacia el exterior de todas las demás. La empresa fordista característica del modelo de producción en serie va siendo así progresivamente sustituida por la actuación de conglomerados de empresas integradas unas con

otras de muy diversas maneras, dando lugar a un nuevo paradigma organizativo: la empresa red.¹²

Éste es un modelo de organización empresarial que puede asumir características diversas dependiendo de los sectores productivos y actividades a los que sea aplicado, así como de las particulares opciones de los sujetos que decidan recurrir a él. No obstante, existen tres rasgos básicos que lo identifican. Estos son los siguientes:

- La fragmentación y externalización de actividades que, en principio, forman parte de un único ciclo de producción.
- El empleo de empresas especializadas o proveedores externos para su atención.
- La coordinación de todos ellos por parte de la empresa principal, que mantiene así el control del entero ciclo de producción pese a su disgregación.¹³

A poco que se repare en las características recién apuntadas se podrá apreciar cómo la emergencia de este nuevo modelo no conlleva la desaparición de la gran empresa, sino solamente un cambio en su forma de organización tradicional.¹⁴ Lo que ocurre es que, frente a la integración vertical de los procesos productivos y su gestión a través de una estructura jerarquizada que caracterizaron su forma de operar en el pasado, adquieren en la actualidad un relieve cada vez mayor formas de división del trabajo interempresarial antes que intraempresarial,¹⁵ que permiten a la misma compensar de manera eficaz la disminución de su volumen operativo directo mediante el establecimiento de lazos de cooperación con colaboradores externos en vez de personal sujeto a dependencia. La gran empresa deja de lado, de tal modo, su “corporeidad fabril”, para convertirse principalmente en “una entidad

11 Vid., en esta dirección, nuevamente, J. CRUZ VILLALÓN, op. cit., pág. 36, para quien asistimos a “una sorprendente pulverización de ese modelo clásico de empresa y, por extensión, del empresario”.

12 De acuerdo con la terminología empleada por M. CASTELLS, **La era de la información: economía, sociedad y cultura**. Volumen 1. **La sociedad red**, Madrid, Alianza Editorial, 2ª edic., 2000, especialmente pág. 226. En la misma dirección, vid. también A. RECIO, “Empresa red y relaciones laborales”, en A. DUBOIS, J. L. MILLÁN y J. ROCA (Coordinadores), **Capitalismo, desigualdades y degradación ambiental**, Barcelona, Icaria, 2001, pág. 213 y sigs.

13 Para una aproximación más detenida a la descentralización productiva como fenómeno organizativo y estrategia empresarial, siempre desde esta perspectiva, vid. W. SANGUINETI RAYMOND, “Descentralización productiva”, **Portal Derecho. Programa de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social** (<http://www.iustel.com>), así como la bibliografía allí citada.

14 Como pondría de manifiesto un observador destacadísimo de estos fenómenos como M. CASTELLS, **La era de la información: economía sociedad y cultura**, cit., págs. 206-207.

15 Según las describe A. PLÁ RODRÍGUEZ, “La descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo”, en AA.VV., **Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo**, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000, pág. 15.

articuladora de prestaciones”, es decir en “un conjunto de contratos organizados”, pero sin que ello suponga necesariamente una disminución de su poder.¹⁶ Antes bien, dicho poder se mantiene e incluso incrementa como consecuencia de empleo de técnicas de vinculación con terceros que le permiten acceder a los resultados del desarrollo de la actividad productiva de diversos grupos de trabajadores sin tener con ellos ningún tipo de vinculación directa.¹⁷

Naturalmente, dependiendo de las situaciones así como del valor que se asigne a la actividad transferida al exterior, los lazos de coordinación a los que se acaba de aludir pueden ser de muy distinta naturaleza. Así, las entidades que colaboran pueden estar vinculadas entre sí mediante técnicas de derecho de sociedades, como ocurre tratándose de los grupos de empresas, cuando la importancia de lo externalizado para la empresa principal aconseja que ésta mantenga un especial control sobre quien se va a encargar de su realización (*outsourcing* estratégico). Pero también, cuando el interés de lo transferido al exterior es menor, a través de vínculos de naturaleza contractual, como sucede con las redes empresariales (*outsourcing* operativo), dentro de las cuales la cooperación entre sujetos independientes unos de los otros puede articularse a través de fórmulas de diversas y en muchos casos atípicas (piénsese, además del tradicional contrato de ejecución de obra, en figuras hasta hace poco tiempo desconocidas o poco utilizadas, como los contratos

de concesión, franquicia, *factoring*, *merchandising*, *management*, logística, *subfornitura*, servicios informáticos, etc.), todas las cuales son aptas para dar lugar al funcionamiento de auténticos “sistemas productivos integrados”.¹⁸ Sea una u otra técnica la elegida, sin embargo, el resultado es en última instancia siempre el mismo: la articulación de una estructura empresarial con forma de red, cuyas costuras se entretejen en torno a la entidad que lidera el proyecto empresarial que justifica la articulación de todas ellas.¹⁹ De este modo, a despecho de la apariencia de diversidad creada por la pluralidad subjetiva, “la unidad operativa actual” pasa a estar constituida por el entero “proyecto empresarial, representado por una red” y no por “las empresas concretas o grupos de empresas” que de él puedan participar.²⁰

El efecto de procesos que acaban de ser descritos sobre la problemática que se viene examinando salta a la vista. La transformación de los paradigmas organizativos que orientan el desarrollo de la actividad empresarial está dando lugar a una clara disociación entre, de un lado, la configuración jurídica del polo patronal (que aparece escindido en una multitud de sujetos dotados cada uno de personalidad jurídica independiente) y, del otro, su articulación económica (que se mantiene unificada, pese a todo, en torno a un proyecto empresarial que sigue siendo unitario).²¹ La coincidencia entre empleador y empresa, tan cara al modelo clásico de construcción de nuestra

16 M. GARMENDIA ARIGÓN, “La nueva consideración de la empresa y su influencia sobre la caracterización de las relaciones laborales”, **Derecho del Trabajo**, 2006, núm. 2, pág. 164. En la misma dirección, vid. también R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, “Descentralización productiva”, en **XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, París, septiembre 2006, pág. 1 de la versión electrónica traducida de este documento, para quienes “la empresa (...) tiende a pasar de tecnoestructura integrada a una red extendida de unidades semiautónomas o autónomas con formas elásticas de coordinación”; y A. DE LA PUEBLA PINILLA, **La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía**, Pamplona, Ed. Aranzadi, 2005, pág. 30, en palabras de la cual asistimos a “la sustitución del modelo tradicional de empresa por una nueva estructura organizativa integrada por una pluralidad de entes empresariales relacionados contractualmente”.

17 Así, desde perspectivas diversas, M. GARMENDIA ARIGÓN, op. cit., pág. 165; y J. MERCADER UGUINA, **Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información**, cit., pág. 195.

18 Como los califica J. BAZ RODRÍGUEZ, **Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo**, Granada, Ed. Comares, 2002, pág. 176. Para un examen de la aptitud de estas figuras para dar lugar a esta clase de sistemas, vid., además de las observaciones del autor recién citado, págs. 177-182, J. M. GARCÍA-MORENO GONZALO, “Contratos entre empresas para la instrumentación de la externalización de actividades laborales. Tipología y régimen básico”, en A. PEDRAJAS MORENO (Director), **La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar**, Valladolid, Ed. Lex Nova, 2002, págs. 69-97.

19 Por ello, como observa A. DE LA PUEBLA PINILLA, **La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía**, cit., pág. 34, “las diferencias entre redes y grupos de empresas no deben exagerarse demasiado”, toda vez que “las redes son grupos de estructura contractual, mientras que los grupos son redes de estructura societaria”. Es más, en función de ello esta autora considera “más adecuado hablar de redes intraempresariales para referirse a las relaciones internas entre empresas vinculadas societariamente (...) y de redes interempresariales cuando las empresas establecen acuerdos contractuales de cooperación o colaboración con entidades externas”.

20 Dicho con palabras de M. CASTELLS, **La era de la información ...**, cit., pág. 216.

21 Vid., en la misma dirección, A. BAYLOS GRAU, “Prólogo” a E. DESDENTADO DAROCA, **La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales**, cit., pág. 20, para quien se produce en estos casos “una escisión entre la organización de la empresa y su personificación”.

disciplina, desaparece. En tanto que el empleador “con mayúsculas” simplemente “se difumina”.

II. Consecuencias laborales del modelo de organización empresarial emergente: la posibilidad de aprovechamiento de la pluralidad subjetiva como factor de diversificación de los tratamientos normativos

No hay que ser demasiado perspicaz para advertir que el dilema que el decisivo cambio de escenario que acaba de ser descrito plantea al Derecho del Trabajo actual no es otro que el siguiente: si después del mismo es posible seguir sosteniendo que la manera como el sujeto empleador organiza y estructura su actividad productiva debe ser, como ha venido ocurriendo hasta ahora, irrelevante a efectos contractuales.

Naturalmente, vista la cuestión desde una perspectiva exclusivamente formal, no parece que la respuesta pueda ser sino positiva. Y es que, al basarse en el establecimiento de vínculos externos al contrato de trabajo entre empresarios independientes, la externalización de actividades productivas se configura como una técnica de gestión de naturaleza y alcances puramente mercantiles, sin incidencia directa, ni sobre la configuración del sujeto acreedor del trabajo, ni sobre la aplicación de las normas laborales.²² Es decir, al margen de los pactos o relaciones que pueda mantener con otros, cada uno de los sujetos que intervienen en la red empresarial se desempeña como empleador del personal sometido a su dirección y control. Y a este personal se le aplican, además, las normas laborales en su integridad, de la misma forma que en el pasado. La técnica termina, de tal modo, por resultar “inocua” a efectos laborales.

Cualquier observador medianamente atento de estos fenómenos sabe, sin embargo, que esto no es así. O al menos no del todo. Que aunque no sea éste siempre su objetivo, la externalización de actividades productivas es capaz de desplegar efectos del mayor relieve en el terreno de las relaciones laborales.

Y que la consecución de tales efectos –medidos tanto en términos de relativización de la en principio formalmente clara separación entre las esferas de actuación de los distintos sujetos que intervienen en estos procesos ostentado la condición de empleador, como en la posibilidad de conseguir reducciones significativas de los costes de la fuerza de trabajo y un incremento exponencial de los niveles de flexibilidad en su utilización– son en muchos casos el principal incentivo para recurrir a esta clase de estrategias.

¿Cómo es posible que el mero encargo a un tercero de una actividad productiva en principio semejante a la que debería realizar por sí mismo el empresario principal sea capaz de tener repercusiones de tanta intensidad en el plano laboral?

La respuesta hay que buscarla en la particular “estrategia jurídica” que subyace al empleo de la externalización como instrumento de gestión de los procesos productivos. Como se ha apuntado, dicha estrategia se basa en el aprovechamiento de “la noción de persona”, que continúa operando en la actualidad “como elemento central en la determinación del sujeto con capacidad y responsabilidad”, como “factor de flexibilidad”.²³ En efecto, si la gran empresa puede obtener beneficios laborales de la externalización es “gracias a la posibilidad de interponer el diafragma de la personalidad jurídica” entre ella y los asalariados que realizan los procesos productivos de los que se sirve que le abre el recurso a la subcontratación, toda vez que es esta operación la que le permite, conforme habrá ocasión de comprobar inmediatamente, “transferir estratégicamente” a la empresa contratista “los riesgos económicos” vinculados tanto “a las fluctuaciones del mercado” como a “la gestión de la fuerza de trabajo”.²⁴

En principio, también la diferenciación de personificaciones entre los empresarios implicados en los procesos de descentralización productiva constituye un dato puramente formal, que no tendría por qué propiciar el empleo de esta técnica más allá de aquellos supuestos en los que la mayor especialización

22 Como apunta J. CRUZ VILLALÓN, “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”, *Revista de Trabajo*, 1994, núm. 13, pág. 22, la externalización se sitúa en un estadio previo a dicha aplicación, como es el de la estructuración de las actividades empresariales, razón por la cual no sería capaz de ejercer influencia sobre ella.

23 A. BAYLOS GRAU, “Prólogo”, cit., pág. 20.

24 R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, “Descentralización productiva”, cit., pág. 8.

o eficiencia de la empresa contratista convirtiesen en más provechoso para la principal recurrir a ella que servirse de personal propio en régimen de dependencia. En contra de esta posibilidad jugaría, antes que nada, la mayor dificultad de control sobre el resultado final de la actividad que existe cuando ésta no es ejecutada de manera directa sino encargada a un tercero cuya prestación, por hipótesis, no se puede dirigir. A lo anterior deben añadirse, por lo demás, los superiores costes de transacción que, igualmente por hipótesis, debería suponer el reclutamiento de un colaborador externo, que debe, a su vez, contratar y retribuir a su personal y obtener, sin embargo, un beneficio económico de dicha operación.

Desde esta perspectiva, parecería existir una suerte de límite “implícito” o “natural” a la utilización de este tipo de estrategias, marcado por las menores posibilidades de aseguramiento de los objetivos productivos que las mismas permiten y su coste económico potencialmente más elevado. Ninguno de estos escollos posee, sin embargo, un valor decisivo, ya que la propia técnica utilizada pone a disposición de quienes se sirven de ella eficaces instrumentos para neutralizarlos.

Así, antes que nada, conviene no olvidar que, conforme se ha dejado dicho, si bien la descentralización de actividades productivas introduce una suerte de “división del trabajo” entre empresas en principio independientes,²⁵ en tanto que dotadas cada una de ellas de su propia organización de medios y personal, la propia dinámica de estos procesos permite que aquella que es titular de la actividad productiva externalizada se sitúe en una posición de dominio sobre las auxiliares, de la cual puede servirse para asegurarse la consecución de sus resultados estratégicos. Para ello le bastará, dependiendo de los casos, bien con incluir en los contratos de colaboración que suscriba con quienes pretendan vincularse con ella cláusulas que le permitan ejercer un control directo sobre el desarrollo

de su actividad, bien con hacer uso con el mismo fin del poder que le confiere el ejercer el control sobre el accionariado de éstos, o bien incluso con proceder en los hechos de tal manera. La evolución de las técnicas contractuales y los mecanismos societarios, de la que se ha dado cuenta, acicateada por la necesidad de las empresas de grandes dimensiones de asegurarse un resultado final congruente los objetivos que persiguen, termina así por colocarnos delante de un fenómeno hasta hace poco tiempo desconocido, como es el de las empresas jurídicamente autónomas, pero económica y funcionalmente dominadas por la principal, cuya posición preponderante las sitúa en la posibilidad de condicionar “desde el exterior” el ejercicio de sus poderes, incluidos los relacionados con el gobierno de la fuerza de trabajo.²⁶

El poder de dirección no es ya, en consecuencia, la única forma de conseguir un aprovechamiento eficaz del esfuerzo ajeno.²⁷ Frente a él, los procesos de descentralización productiva están dando lugar a formas nuevas de organización de la actividad ajena a través de las cuales se consigue mantener el control global de los procesos de producción, pero eludiendo la configuración de un vínculo laboral con quienes se encargan de su atención. La externalización no tiene, así pues, por qué suponer para quienes recurren a ella una renuncia a disciplinar los procesos transferidos, toda vez que los obstáculos impuestos a esta posibilidad por la diferenciación de personificaciones entre los empresarios implicados pueden verse en gran medida “diluidos” mediante el recurso a técnicas también “externas” de vinculación.

La emergencia de este tipo de fenómenos conlleva una ampliación de la ya de por sí poblada zona fronteriza entre los supuestos de externalización legítima y los de mera interposición fraudulenta en la posición del empleador, prohibidos en la mayor parte de ordenamientos, en la medida en que la clásica

25 Como la califica J. RIVERO LAMAS, “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo”, en AEDTSS, **Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo**, Madrid, MTAS, 2000, pág. 80.

26 Sobre la “maleabilidad externa de los poderes empresariales” que de este modo se produce, vid. M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “El empresario...”, cit., especialmente págs. 41 y 70. Más recientemente y con mayor amplitud, vid. también M. C. LÓPEZ SÁNCHEZ, **El empleador en las organizaciones empresariales complejas**, cit., págs. 168-178. En particular, como apunta esta autora, op. cit., págs. 214-215, cuando se trata de empresas subcontratistas “que dependen absolutamente en sus relaciones de mercado de la empresa cliente”, sus “decisiones organizativas en cuanto al número de trabajadores contratados, formación profesional, organización del trabajo o el tiempo de duración y la naturaleza de los contratos”, dependen “en gran medida de los acuerdos adoptados por la organización productiva” a la que sirven. Del mismo modo, también “aspectos sustantivos de la relación de trabajo”, como los “horarios, vacaciones, jornada de trabajo o vestuario” son susceptibles de encontrarse “subordinados a las exigencias productivas de la empresa principal”.

27 Como advertiría tempranamente M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “La huida del Derecho del Trabajo”, **Relaciones Laborales**, 1992, núm. 12, pág. 113.

alternativa empresario real-empresario ficticio se ve puesta a prueba por la emergencia de un nuevo tipo de empresa jurídicamente distinta de la que actúa como comitente pero a la vez “dependiente” de ésta, en tanto que funcionalmente subordinada a sus designios, cuyo encaje en una u otra opción plantea dudas más que razonables.²⁸

Pero lo anterior no es todo. Ni necesariamente lo más importante. Lo verdaderamente delicado es que a esta llamativa relativización de la virtualidad de la personalidad jurídica como elemento de ejercicio independiente de los poderes empresariales que la descentralización está en condiciones de propiciar, puede añadirse la posibilidad de una paralela utilización de esa misma diversidad subjetiva, esta vez como herramienta al servicio de una política de diferenciación regresiva de los tratamientos normativos aplicables a los trabajadores que intervienen en estos procesos. Por esta vía, la externalización de actividades productivas es capaz de contribuir, como se podrá apreciar a continuación, a reducir la estabilidad y las garantías que las normas laborales han venido asegurando en el pasado a los trabajadores sujetos a una relación de dependencia,²⁹ consiguiendo que el trabajo afectado por ella vea degradadas sus condiciones de prestación y se torne “precario e inseguro”.³⁰

Para tomar cuenta de ello basta con advertir que, mediante el recurso a empresas auxiliares o colaboradores externos dotados en todos los casos de personalidad jurídica diferenciada, la empresa titular del proceso global de producción se sitúa en condiciones de eludir el presupuesto sobre el que reposa la aplicación de tales garantías. No otro, como

es sabido, que la existencia de una relación directa entre ella y el personal encargado de su atención. La precarización de las relaciones de trabajo de dichos trabajadores y la minoración de sus condiciones laborales no son sino consecuencias derivadas de este hecho, sólo en apariencia intrascendente. No debe perderse de vista que, al esquivarse la configuración de dicha relación, no sólo la duración de los contratos de los mismos sino también sus salarios y demás beneficios, pasan a depender exclusivamente de las condiciones de desarrollo de la actividad por parte de la empresa contratista, independizándose de las que atañen a la principal, dentro de cuyo ciclo productivo se encuentra en última instancia integrada su prestación.

Lo anterior supone, por lo que al principio de estabilidad en el empleo se refiere, una multiplicación de las circunstancias susceptibles de ser alegadas para su inaplicación. En efecto, como resultado de la particular configuración de las relaciones entre los sujetos empresariales que intervienen en estos procesos, la duración de los contratos de trabajo de los trabajadores de las empresas contratistas termina por encontrarse sujeta, no solamente a las vicisitudes propias del desarrollo de la actividad productiva por parte de la principal, como ocurriría si sirviesen directamente a ésta, sino también a las que puedan afectar a la relación entre dicha empresa y aquella que ostenta frente a ellos la condición de empleador. La presencia de circunstancias objetivas de carácter económico, tecnológico o productivo que impidan la continuación de tales actividades deja, de este modo, de ser el único motivo susceptible de ser alegado con el fin de justificar la extinción de dichos contratos. Antes bien, a estas causas puede añadirse ahora otra, vinculada exclusivamente con la situación

28 Precisamente, la ampliación de dicho espacio fronterizo, unida a la proliferación de entidades que asumen en la práctica cometidos similares a los propios de las Empresas de Trabajo Temporal pero sin asumir la forma jurídica de éstas ni someterse a los requisitos y límites que ello conlleva, se encuentra en la base de la reforma del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores llevada a cabo a través de la Ley 43/20006, de 29 de diciembre. Con todo, tratándose de supuestos como los descritos en el texto principal, en los que no necesariamente se está ante la falta de “una actividad u organización propia y estable” o de “los medios necesarios para el desarrollo” de la misma, en línea con lo apuntado por el precepto recién citado luego de su reforma, la clave de la distinción seguramente se encuentra en la determinación de si nos encontramos ante un supuesto de “maleabilidad externa de los poderes empresariales”, en línea con lo apuntado por la autora citada en *supra* nota 26, o frente al ejercicio sin más de los mismos por parte de la empresa principal. Caso, este último, en el que la constatación de que la empresa auxiliar no ejerce en los hechos “las funciones inherentes a su condición de empresario” deberá conducir a la consideración de la operación como una cesión ilegal de trabajadores de acuerdo con lo previsto por el artículo en cuestión. En general sobre el fenómeno en expansión de las empresas de servicios y sus efectos, vid. M. LLANO SÁNCHEZ, “Empresas de servicios, prestamismo laboral y precariedad en el empleo”, **Relaciones Laborales**, 2006, núm. 2, págs. 13 y sigs.

29 Según la descripción de J. RIVERO LAMAS, “La descentralización productiva ...”, cit., pág. 33.

30 J. RASO DELGUE, “Outsourcing”, en AA.VV., **Cuarenta y dos estudios sobre descentralización empresarial y Derecho del Trabajo**, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000, pág. 38. Para un desarrollo más amplio de este punto de vista, cuyas líneas básicas se exponen a continuación, vid. W. SANGUINETI RAYMOND, “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?”, **Revista de Derecho Social**, 2006, núm. 33, págs. 222-232.

contractual de la empresa contratista, como es la terminación del vínculo que mantiene con la principal. Ello, naturalmente, con independencia del motivo en virtud del cual se haya producido dicha terminación, que no resulta en principio relevante a estos efectos. Y, además, sin importar si las labores siguen siendo o no necesarias para la entidad titular del proceso global de producción.

A lo anterior debe añadirse que la presunta imposibilidad de garantizar la permanencia en el empleo por un tiempo superior al de los encargos que recibe es susceptible también de ser alegada por la empresa contratista como motivo para la celebración de contratos de trabajo de duración determinada con su personal, de vigencia limitada a dicho periodo. Ello, nuevamente, incluso cuando a través de ellos se satisfacen necesidades permanentes de la empresa principal, que ésta debería cubrir, de acometer de manera directa su realización, a través de contratos por tiempo indefinido. Mediante el recurso a la externalización de actividades, no sujeto en principio a ningún requisito o exigencia causal, no sólo es posible, en consecuencia, justificar la extinción de los contratos de trabajo por causas ajenas al funcionamiento de la actividad productiva a la que sirven, sino incluso fundamentar la transformación *ab initio* de puestos permanentes en temporales.

Es por esta doble razón que se suele identificar a la sustitución de empleo fijo por temporal como uno de los principales efectos de la descentralización productiva, a la vez que se pone el acento en la precariedad como uno de los rasgos característicos de la condición de los trabajadores que laboran para las empresas auxiliares comprometidas en estos procesos.³¹

Los potenciales efectos sobre las relaciones de trabajo de las operaciones de descentralización productiva no se detienen, sin embargo, aquí. A lo anterior hay que añadir las consecuencias degradatorias que éstas se encuentran en aptitud de desplegar sobre los salarios y demás beneficios laborales de quienes prestan servicios para las empresas contratistas.

El instrumento para ello está representado, nuevamente, por la disociación de personificaciones entre los sujetos que colaboran en la realización de un único proceso de producción. Y es que, al no mantener dichos trabajadores ningún vínculo jurídico con la empresa principal, no es preciso que sus condiciones de trabajo se adecuen a los parámetros uniformes aplicables al personal “interno” de ésta. Por el contrario, las mismas dependen exclusivamente de la empresa contratista, que es la única que ocupa frente a ellos la posición de empleador. Ello abre la posibilidad de una intensa devaluación de las condiciones de trabajo de dicho personal. La necesidad de la empresa contratista de ofrecer el servicio en unas condiciones que hagan más ventajoso servirse de ella que contratar personal dependiente o recurrir a sus competidores actúa como un claro aliciente para ello. En tanto que la más que probable no aplicación en estos casos del convenio colectivo al que se encuentran sujetos los trabajadores de la empresa principal, bien por ser éste uno de empresa o por situarse el contratista fuera de su ámbito de aplicación en razón de su especialización, facilita dicha operación, al hacer posible su sustitución por otro convenio menos garantista cuando no por la fijación unilateral de las condiciones de trabajo.³²

De lo hasta aquí expuesto no es difícil concluir que mediante el recurso a la externalización de actividades es posible conseguir unos niveles de flexibilidad en la utilización de la fuerza de trabajo y una reducción de costes salariales impensables por la vía de una reforma de la legislación laboral. Una legislación laboral que, al fin y al cabo, deberá seguir estando basada en una serie de principios básicos que a través de este tipo de estrategias se consigue eludir sin gran dificultad, como son los de mantenimiento de la relación de trabajo en tanto persista la fuente que le dio origen o de asignación de beneficios tendencialmente similares a todos los que participan en los mismos procesos de producción, los cuales no resultan de aplicación, como es evidente, a las relaciones entre sociedades mercantiles, sino entre cada una de éstas y su personal. Es más, como se ha podido apreciar también, estos efectos pueden ser conseguidos sin que ello tenga que suponer

31 Vid. en esta dirección, por todos, R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, “Descentralización productiva ...”, cit., pág. 20, quienes postulan la existencia de “una relación directamente proporcional entre una tasa de trabajo temporal alta y prácticas de descentralización productiva”, a la vez que destacan la “tendencia hacia un mercado de trabajo dual”, caracterizado por la existencia de “relaciones de trabajo sustancialmente estables y garantizadas en la empresa ‘madre’ y relaciones más precarias en las empresas auxiliares” que propician estas prácticas.

32 Sobre estos procesos, vid. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo”, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (Coordinador), **Observatorio de la negociación colectiva**, Madrid, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, 2002, págs. 45 y sigs.

necesariamente una renuncia al control global del ciclo de producción, que puede ser mantenido a pesar de todo mediante el recurso a técnicas de naturaleza contractual o societaria capaces de relativizar la radicalidad de la distinción entre esferas jurídicas que sirve de fundamento su consecución.

A la luz de estas consideraciones no es difícil coincidir con quienes consideran que el problema de fondo que plantea la descentralización de actividades productivas no es tanto uno de garantía del cumplimiento de las obligaciones laborales, como se ha venido entendiendo hasta el momento, sino más bien de degradación de la calidad del empleo, derivado de su potencial “utilización para reducir costes y hacer posible un uso flexible de la mano de obra mediante la diversificación de las fuentes de aportación” de la misma.³³

Naturalmente, vistas las cosas desde esta perspectiva, no parece que pueda extrañar que el debate en torno a la necesidad de “flexibilizar” las normas e instituciones laborales, que ocupó un lugar privilegiado en décadas pasadas, haya terminado por languidecer. Ello no se debe, al menos en opinión de quien esto escribe, tanto a que se haya alcanzado en la mayor parte de ordenamientos el “grado óptimo” de flexibilidad demandando por el sector empresarial, como al hecho de que el recurso a estas técnicas permite a los empresarios que deciden servirse de ellas obtener un resultado bastante más favorable que el que se conseguiría con una presunta reforma en clave flexibilizadora de la legislación laboral, pero sin tener que afrontar los obstáculos políticos que supondría su aprobación. Simplemente, dicha legislación y sus instituciones básicas sigue estando vigentes, pero su aplicación se ve convenientemente “puesta entre paréntesis” o –si se nos permite la expresión– “puenteada”³⁴ mediante la colocación de la “barrera” de la personalidad jurídica diferenciada entre la empresa “madre” y los trabajadores que laboran para cada una de las sociedades que integran la red que la alimenta. El desplazamiento hacia el exterior de la determinación de la duración de los contratos de trabajo y el contenido de las condiciones laborales,

con la consiguiente posibilidad de degradación de las mismas, no son sino una consecuencia “natural” de ello.

Con lo anterior no se pretende insinuar que toda externalización genere necesariamente esos efectos. Ni tampoco que la utilización de este mecanismo responda siempre a ese propósito. Por el contrario, no es difícil pensar en multitud de supuestos en los que el recurso a la misma no sólo se encuentra plenamente justificado, sino que constituye la estrategia más adecuada para satisfacer las necesidades empresariales, en especial debido a su carácter especializado, estando además en condiciones de reportar beneficios laborales superiores a los trabajadores que en él intervienen.³⁵ Lo que no parece que pueda negarse es que, cada vez que se aspire a alcanzar ese tipo de resultados, la técnica aludida se sitúa en condiciones de permitir a quienes recurran a ella su consecución. Esto hace posible que las operaciones de descentralización de actividades productivas basadas en razones técnicas, organizativas o productivas convivan con otras cuyo único propósito es conseguir una degradación de las condiciones de trabajo. E incluso que las primeras, que en principio deberían producirse en cualquier caso, puedan añadir a su finalidad originaria ese efecto. Con ello se crean las condiciones para la progresiva desvirtuación de este mecanismo y su transformación en un burdo pero eficaz instrumento al servicio de una política de abaratamiento abusivo de los costes laborales.

III. En busca de respuestas al nuevo escenario

Si el panorama que acaba de ser descrito se aproxima a la realidad, no parece descabellado considerar como uno de los desafíos más importantes a los que se enfrenta actualmente el Derecho del Trabajo el de tratar de articular algún tipo de respuesta frente a estos fenómenos organizativos. No con el objeto de prohibirlos, naturalmente, sino de rescatar su empleo como una herramienta útil para la mejora de la calidad, la eficiencia y la competitividad empresarial, cerrando

33 J. RIVERO LAMAS, “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo”, cit., pág. 81.

34 J. RASO DELGUE, “Outsourcing”, cit., pág. 44, que emplea entrecomillado el anglicismo “*bypassear*”.

35 Precisamente, como anota A. RECIO, “Empresa red y relaciones laborales”, cit., pág. 228, “la diferenciación de espacios contractuales” que posibilita el empleo de esta técnica “permite actuar tanto a la baja, favoreciendo el abaratamiento de los salarios de las personas con menor poder negociador, como al alza, al favorecer la introducción de esquemas retributivos que mejoran las rentas de los grupos situados en niveles clave de la actividad empresarial”.

el paso a otros usos socialmente menos recomendables y a la larga promotores de su desvirtuación y de la ineficacia del sistema productivo. Es decir, de lo que se trata no es tanto de impedir o limitar el derecho de los empresarios a organizar sus actividades recurriendo a esta clase de técnicas, que es expresión de la libertad de empresa garantizada por todos los ordenamientos democráticos, como de propiciar la consecución de un equilibrio –de momento inexistente– entre la flexibilidad que éstas proporcionan, imprescindible dentro del mundo en el que nos movemos, y la tutela de la posición jurídica de los trabajadores implicados en ellas.³⁶

El problema es cómo avanzar en esta dirección, naturalmente. Para ello, lamentablemente, los mecanismos hasta el momento existentes a nivel comparado poseen una utilidad más bien relativa, ya que solamente establecen garantías frente al uso “patológico” de este mecanismo, bien como fórmula de elusión de responsabilidades (vía imposición de la solidaridad entre la empresa principal y sus contratistas y subcontratistas) o de interposición fraudulenta en la posición de empleador (mediante la declaración de la existencia de una relación laboral directa con la primera cada vez que sea ésta la que ejerza de manera efectiva los poderes que al mismo corresponden).³⁷ Poco o nada hay con qué hacer frente, en cambio, al uso “fisiológico” –es decir, regular, ordinario o no fraudulento– de este tipo de técnicas, a pesar de los efectos corrosivos que, como se ha visto, es capaz igualmente de desplegar.³⁸

La respuesta es, sin embargo, urgente y de hecho empiezan a dibujarse ya los primeros esbozos de alternativa a nivel doctrinal e incluso normativo.

Estos se articulan en torno a dos planteamientos fundamentales:

- Proceder a una *recomposición dogmática de la noción de empleador*, que la adecue a las nuevas realidades generadas por las transformaciones de los procesos productivos y las formas de organización empresarial.
- Llevar a cabo una *reconstrucción sistemática de las instituciones básicas del Derecho del Trabajo* a la luz de las mismas, que altere la forma como éstas han venido siendo concebidas y aplicadas hasta el momento.

Aunque no resultan incompatibles entre sí, cada uno de estas opciones promueve una reacción adaptativa de distinto signo por parte del ordenamiento laboral. De allí que convenga prestarles atención por separado.

A. La recomposición dogmática de la noción de empleador como primera opción y sus límites

Un primer intento de respuesta viene dado por quienes consideran que la mejor manera de afrontar los fenómenos recién descritos es procediendo reformular la noción misma de empleador, mediante la construcción de “una posición subjetiva nueva”, que sea capaz de operar como “un centro de imputación subjetiva suficiente” y a la vez “ajustado a la realidad económica y mercantil de la empresa”, aunque para ello deba prescindirse “del esquema clásico de la personalidad jurídica”.³⁹

El punto de arranque para ello viene dado por la comprobación de la existencia, ya apuntada en las páginas anteriores, de formas de cooperación interempresarial que conllevan el reconocimiento en favor de otro empresario de poderes que terminan afectando, de manera directa o indirecta, a la gestión del personal de quien los concede.⁴⁰ Es en función de

36 Según propondría ya a principios de la década pasada J. CRUZ VILLALÓN, “Descentralización productiva ...”, cit., pág. 23.

37 Conforme explican R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, “Descentralización productiva”, cit., págs. 6-7, tradicionalmente la legislación del trabajo se ha orientado, más o menos en todos los países, “hacia una distinción entre las hipótesis de descentralización ficticias de las sinceras, y a la salvaguardia de los derechos de los asalariados” en tales casos, “en vez de intentar poner obstáculos o penalizar a priori las opciones empresariales de segmentación del ciclo”. Expresión clara de esta tendencia son, entre nosotros, como es de sobra conocido, los artículos 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores.

38 Si acaso, puede ser destacada aquí la utilidad indirecta que puede tener la regla que impone la responsabilidad solidaria de la empresa comitente por las deudas laborales de sus contratistas, en la medida en que, además de orientar a la primera a la hora de seleccionar sus socios comerciales, favoreciendo la elección aquellos que ofrecen mayores garantías de solvencia y cumplimiento de sus obligaciones, como apuntan los autores citados en la nota anterior, pág. 125, promueve de desarrollo por parte de la misma de una actitud vigilante sobre el comportamiento como empleador de las empresas auxiliares. Las condiciones de trabajo cuya vigilancia favorece este mecanismo son, no obstante, las que corresponden a los trabajadores de la contratista, sin que corresponda aquí hacer ningún tipo de comparación respecto de las que disfruta el personal dependiente de la empresa principal.

39 Vid. A. BAYLOS GRAU, “Prólogo”, cit., pág. 21.

40 En este sentido, E. DESDENTADO DAROCA, **La personificación del empresario laboral ...**, cit., págs. 71-72, con especial referencia a las franquicias y concesiones comerciales.

esta constatación que se sustenta la necesidad de “tener en cuenta” estos “compromisos estructurales”, que condicionan “más o menos incisivamente las decisiones en orden a la gestión de los contratos de trabajo” al momento de determinar “el ámbito subjetivo del contrato de trabajo”.⁴¹

¿Cómo hacerlo? Entendiendo que, cuando la colaboración entre empresas implica una pérdida de autonomía de la auxiliar y una transferencia del poder de decisión a la dominante lo suficientemente intensa como para influenciar de manera relevante la gestión de su personal, debe entenderse es también ésta la que “recibe” el trabajo. Y, por tanto, debe considerarse empleadora de los trabajadores implicados.⁴² No en sustitución de la auxiliar, sino conjuntamente con ella. La posición de empleador pasaría, de este modo, a estar ocupada por una pluralidad organizada de sujetos, todos ellos solidariamente responsables frente al trabajador.⁴³ Pudiendo considerarse además, como consecuencia de ello, al entero proyecto empresarial

como ámbito de aplicación de las instituciones jurídico-laborales.

Aunque minoritaria, ésta es una postura que empieza a encontrar acogida en los círculos doctrinales.⁴⁴ Y que cuenta además con referencias y antecedentes del mayor interés dentro de la experiencia comparada de diversos ordenamientos.⁴⁵ Naturalmente, de admitirse la aplicación generalizada del “replanteamiento radical” de la noción de empleador que a través de ella se postula, se conseguiría volver a hacer coextensas las nociones de empresa (entendida, en consonancia con la realidad económica actual, como proyecto empresarial y no como organización especializada) y de empleador. Y, con ello, conjurar la mayor parte de los problemas planteados, toda vez que el “diafragma” de la personalidad jurídica diferenciada no podría ser ya eficazmente interpuesto entre las sociedades a las que por esta vía se atribuiría de forma conjunta la condición de empleador con el fin de poner barreras a la aplicación de las normas laborales y convenios colectivos.⁴⁶

41 M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “El empresario ...”, cit., pág. 70.

42 Vid. en este sentido, M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 86, para quien en casos como éstos, la dificultad radica más bien en “entender cómo cuando una empresa invade la autonomía de decisión de otra, suplantándola y sometiéndola a su jerarquía, (...) no se vea considerada también empresario de los trabajadores concernidos, porque no es dudoso que ‘recibe’ su trabajo”. Así pues, como afirma esta misma autora, op. cit., pág. 88, cuando “el vínculo se estrecha y conduce a la superposición en el ejercicio de los poderes inherentes a la condición de empresario (...) la cuestión ya no se mantiene en la superficie del contrato de trabajo, sino que entra directamente en la dinámica de éste (...) porque la cooperación empresarial ha traspasado la frontera de la noción de empleador”.

43 Es decir, nos encontraríamos aquí, como apunta una vez más, M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit., págs. 76-77, ante un supuesto de “articulación compleja de la persona del empleador”, propio de las denominadas “obligaciones subjetivamente complejas”, entendiéndose por tales aquellas en las que “en uno de cuyos polos subjetivos se encuentra, no un sujeto solamente, ni varios solamente, sino una colectividad como tal, pero organizada, de forma que es posible detectar el interés común y estructurar la participación de todos en ese interés común”.

44 Así, dentro de la doctrina española, puede verse, además de la referencia favorable de A. BAYLOS GRAU, “Prologo”, cit., pág. 21, el punto de vista de J. CRUZ VILLALÓN, “Los cambios en la organización ...”, cit., págs. 55-56, para quien “la desmembración del empresario” a la que se asiste “debería conducir, con naturalidad, a la aceptación de la presencia de un empleador plural”. Más matizadamente, en cambio, E. DESDENTADO DAROCA, **La personificación ...**, cit., pág. 108.

45 Vid. R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, “Descentralización productiva”, cit., págs. 9, 76-77 y 121, con referencia a las experiencias de Inglaterra, EE.UU., Holanda o Suecia (que ha dado lugar a la construcción de la figura del “empleador conjunto” o “coempleador”, aplicable a “las situaciones donde el trabajador es empleado por dos o más empleadores, o donde el trabajo ante uno no es totalmente disociado del otro o que se averigua la influencia de los dos sobre las condiciones que constituyen la relación laboral”), de Francia (donde “en algunas hipótesis de regulación de las relaciones individuales y colectivas de trabajo”, se permite “ir más allá, en cierta medida, del marco estricto de la personalidad moral, individualizando reglas de atribución de la calidad de empleador a una pluralidad de sujetos jurídicamente diferenciados, sea en los fenómenos de grupo, sea, por extensión, en casos de externalización ... cada vez que entre el cedente y el cesionario/contratista se verifica una mezcla de las atribuciones y una injerencia del primero en la gestión del segundo”) o de Uruguay (país en el que la jurisprudencia ha elaborado la figura del “empleador complejo”, aplicable a los supuestos en los que existe “una pluralidad de empresas que organizan, dirigen y utilizan simultáneamente las prestaciones de trabajo” o cuando “una de ellas ejerce una supremacía económica o una fuerte interferencia” sobre “los que suministran los servicios”).

46 Una revisión en apariencia más tajante de la noción de empleador es el postulado por M. C. LÓPEZ SÁNCHEZ, **El empleador ...**, cit., en particular págs. 19, 83, 89, 97, 189 y 216-218. Para esta autora, en los supuestos de subcontratación de actividades productivas (y, con mayor intensidad, en los de cesión lícita de trabajadores) se configura una situación de “cotitularidad en la posición del empleador”, basada en la coexistencia, al lado de la relación laboral ordinaria entre el trabajador y la empresa contratista o subcontratista, de otra “de segundo grado” entre el mismo y la principal que se beneficia de manera mediata de su actividad. Dicha “relación laboral especial”, como la denomina también la autora, no se configura, sin embargo, como consecuencia del ejercicio compartido o conjunto de los poderes empresariales, ni tampoco a partir de su condicionamiento decisivo “desde el exterior” por quien ocupa una posición de dominio dentro de la relación civil o mercantil, sino como producto de la decisión del legislador de atribuir al empresario principal ciertos derechos o deberes propios de la condición de empleador (como el de responder solidariamente del pago de los salarios, de acuerdo con el artículo 42 ET), pese a no mantener vínculo

(continúa en la siguiente página)

El problema radica que, como habrá podido advertirse, no es ésta una construcción de alcance general sino más bien excepcional. Es decir, en vez de operar con carácter universal en todos los supuestos de ejercicio coordinado de actividades productivas, lo hace únicamente cuando entre las entidades que cooperan sí existe una posición clara de dominio de una sobre la otra, que condiciona de forma relevante el ejercicio de los poderes de dirección y control sobre la fuerza de trabajo. Es decir, en situaciones extremas, de configuración interna sumamente compleja y además muy difíciles de detectar y probar.⁴⁷

Más allá de tales supuestos de excepción, por tanto, habría que seguir operando de acuerdo con los cánones ordinarios de identificación de la posición patronal, a pesar de que los efectos precarizadores y degradatorios de las condiciones de trabajo que han sido descritos pueden ser alcanzados igualmente, al no depender más que del hecho mismo de la externalización, venga ésta o no acompañada de las formas extremas de control antes aludidas. Aún sin poner en tela de juicio la solidez de este punto de vista, y además su efectividad para hacer frente a las hipótesis más extremas de descentralización “controlada”, es preciso explorar, por tanto, otras vías de respuesta al problema.

B. La reconstrucción sistemática de las instituciones como alternativa

La segunda de las opciones responde a la idea, expuesta hace ya tiempo, de que las transformaciones en las formas de organización empresarial experimentadas

en las últimas décadas obligan a los juristas del trabajo a llevar a cabo “una reconstrucción sistemática” de la disciplina, dirigida a “modular la protección jurídica dispensada por las normas laborales” con el fin de “adaptarlas a las nuevas situaciones originadas por la descentralización de las empresas”, evitando así que el trabajo “sea tratado como un factor de coste más” y que “mediante la subcontratación se pueda reducir la protección de los trabajadores de forma unilateral y, además, crear una mayor desigualdad e inseguridad para segmentos cada vez mayores de la población laboral”.⁴⁸

Frente a la aceptación pasiva de la pérdida de vigencia de buena parte de sus instituciones y cometidos a la que está dando lugar la desintegración del modelo de tradicional de empresa y de empleador, se sustenta aquí la necesidad de que el ordenamiento laboral asuma una posición activa y articule respuestas capaces de hacer frente a sus efectos más negativos, recurriendo para ello a una reformulación de sus contenidos con el fin de adaptarlos ese objetivo.

Naturalmente, un planteamiento de este tipo resulta más fácil de postular que de articular a través de medidas concretas. No obstante, parece claro que dicha reacción debe venir inspirada por la conveniencia de presentar una prudente resistencia desde las instituciones jurídico-laborales frente a los hasta el momento irrefrenados los impulsos descentralizadores. No con el fin, como es obvio, de conseguir la erradicación por vías indirectas de este tipo de fenómenos, sino más bien de fomentar un uso “responsable” de los mismos desde el punto de vista social.

alguno, al menos directo, con el personal del contratista. La relación que así se crea es, de este modo, no sólo una relación secundaria sino “de menor intensidad”, en la medida en que “se constituye *ex lege*”, por mor de dicha opción normativa, y tiene exclusivamente los efectos jurídicos previstos por el precepto que le da origen, sin poder por tanto ir más allá. Las importantes conexiones que la autora detecta en otros pasajes de la obra (vid. especialmente lo expuesto en las págs. 168-178) entre las empresas que actúan coordinadamente, en particular cuando la contratista lleva a cabo sus actividades en el centro de trabajo de la principal o depende económicamente de ella, así como la aptitud de dichas conexiones para condicionar las decisiones laborales de quienes a ellas se someten, no le sirven, en este sentido, para sustentar la posibilidad de construir una posición empresarial nueva, como se hace en el caso del planteamiento citado en el texto principal, sino únicamente para explicar de manera novedosa la decisión del legislador de imponer la responsabilidad solidaria en los supuestos regulados por el artículo 42 ET. Con ello, esta tesis tiene más de intento de explicación –o, en todo caso, de relectura interpretativa– de la regulación actual del fenómeno descentralizador, que de replanteamiento de la noción de empleador. Su virtualidad a los efectos de afrontar los problemas que vienen siendo examinados resulta, en virtud de ello, más bien limitada.

47 Vid. en relación con esto último las observaciones de la propia M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 76, a quien no se ocultan los “enormes problemas prácticos” que plantea esta opción, “en la medida en que la pluralidad de sujetos en el ámbito empresarial es difícil o puede ser difícil de exteriorizar cuando el interesado en ponerlo de manifiesto es el trabajador, por definición externo a esos vínculos y al que le puede ser virtualmente inaccesible el entramado empresarial”. En la misma dirección, aunque poniendo el acento en la dificultad que implica la identificación de “criterios seguros de justificación de la corresponsabilidad” o de delimitación de “una posición empresarial más amplia y sensible a las modificaciones organizativas”, vid., respectivamente, R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, op. cit., pág. 76; y A. DESDENTADO DAROCA, op. cit., pág. 76.

48 En este sentido, con una evidente claridad y anticipación respecto de lo que más adelante constituiría una realidad de aceptación generalizada, J. RIVERO LAMAS, “La descentralización productiva ...”, cit., págs. 81 y 85.

Las maneras como puede articularse esta matizada reacción pueden ser, dependiendo de las situaciones y los ordenamientos a los que vengan referidas, muy diversas. Aún así, parece que deberían encontrarse inspiradas por la necesidad de alcanzar un doble objetivo:

- Primar o favorecer las descentralizaciones que respondan a razones de especialización productiva o a imperativos de carácter logístico y organizacional, poniendo trabas, en cambio, a aquellas cuya conveniencia se base exclusivamente en el abaratamiento de los costes del trabajo;⁴⁹
- Dificultar la consecución por parte de quienes recurren a estas técnicas de los efectos precarizadores del empleo y degradatorios de las condiciones de trabajo que suelen alentar su utilización.

El Derecho del Trabajo debe, de este modo, como se ha puesto de manifiesto, dosificar “contra-impulsos centralizadores”,⁵⁰ recurriendo para ello a una recomposición sistemática de sus instituciones, con el fin de conseguir una utilización de estas técnicas que se aproxime de manera más clara a ese equilibrio entre eficiencia económica y cohesión social que ha caracterizado su devenir a lo largo de la historia.

¿Cómo podría avanzarse en esta dirección?

En opinión de quien esto escribe, la consecución de estos objetivos exigiría la realización de un doble movimiento.

Así, antes que nada, habría que replantearse desde la perspectiva antes indicada la manera de aplicar

ciertas instituciones que, aunque han sido diseñadas con fines garantistas, pueden ser instrumentalizadas —o de hecho vienen siéndolo ya— con el fin de facilitar las externalizaciones de fines puramente reductores de los costes laborales.

Este es el caso de los despidos, normalmente de carácter colectivo, motivados por razones económicas u organizativas, que pueden convertirse en una vía fácil de legitimación de las extinciones de los contratos de trabajo del personal “interno” de las empresas que decidan recurrir a la descentralización si no se cuestiona la aptitud de esta decisión para operar como una causa válida de disolución del vínculo laboral.

Frente a esta posibilidad, que abriría la puerta a un uso indiscriminado de este instrumento capaz de vaciar de contenido la protección frente al despido sin causa presente en numerosos ordenamientos,⁵¹ parece razonable sostener, en aras de una elemental tutela de la estabilidad en el empleo de los trabajadores que vienen encargándose de la realización de los procesos de producción que van a ser transferidos al exterior, que el despido solamente puede ser considerado legítimo cuando el mantenimiento del sistema de gestión “interna” de la actividad —y, con él, el de los puestos de trabajo a ella asociados— no resulte viable, por haber devenido inadecuado u obsoleto respecto del “externo”, constituyendo su continuidad un riesgo para la viabilidad de la empresa y el mantenimiento de los restantes puestos de trabajo.⁵² Esta solución serviría para imponer un límite claro a la utilización en estos casos de la potestad extintiva en clave puramente expulsiva de los trabajadores de las empresas que deciden recurrir a estas prácticas. Con ello, las externalizaciones no fundadas en motivos técnicos u organizativos verían elevado su coste,

49 Como apuntan R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, op. cit., pág. 123, indicando que el objetivo perseguido en este caso no es “crear obstáculos de manera general” a estas prácticas, sino “seleccionar ciertos procesos sobre la base del tipo de ventaja deseado”.

50 De acuerdo con la expresión utilizada por R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, op. cit., pág. 122.

51 No debe perderse de vista que la decisión de recurrir al *outsourcing* o a la filialización es una de carácter discrecional, no sujeta en principio a exigencia alguna en lo que a su motivación se refiere.

52 Vid., con mayor amplitud, W. SANGUINETI RAYMOND, “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?”, cit., págs. 236-237, así como la bibliografía y jurisprudencia allí citadas.

pero sin que aquellas que si lo estén tengan por qué verse dificultadas.⁵³

Otro tanto ocurre con la garantía de continuidad de los contratos de trabajo en caso de transferencia total o parcial de la empresa, presente también en numerosos ordenamientos. Diseñada con el propósito de asegurar la permanencia en el empleo de los trabajadores cuando su fuente cambie de titular, esta regla ha terminado por convertirse, como consecuencia de un llamativo proceso de “torsión semántica e interpretativa”,⁵⁴ en “un mecanismo económico al servicio del mercado”, a través del cual se consigue imponer a los trabajadores afectados por los procesos de externalización su traslado forzoso a la entidad a la que se haya decidido encargar el desarrollo de la actividad y traspasarle los activos en los que ésta se sustenta. Y es que, aplicada a esta clase de situaciones, el efecto de la misma no es otro que el de permitir a los empresarios interesados en fragmentar la empresa “liberarse de los trabajadores incorporados a ella transfiriéndolos a otro empresario”. La disgregación de los procesos productivos queda, con ello, plenamente legitimada a efectos laborales.⁵⁵

La solución descrita no es, sin embargo, la única posible en estos casos. Para tomar cuenta de ello basta con observar que el problema de fondo que se plantea aquí es, finalmente, también el de la incoherencia que supone admitir que el traspaso de los contratos debe producirse de manera perentoria pese

a que las necesidades productivas que justificaron su celebración siguen siendo precisas para la empresa matriz. De allí que se haya afirmado que “en los casos de descentralización productiva, dada la continuidad de la empresa ‘madre’, teóricamente cabría asegurar la continuidad de los contratos de trabajo” mediante su mantenimiento “frente al empresario originario, pues éste, pese a la externalización parcial de actividades, prosigue la producción”. Al “interés de este empresario de descentralizar, jurídicamente tutelado desde la libertad de empresa”, cabría por ello oponer “el interés de los trabajadores a no ser externalizados”. Una situación que no se compadece “con la unilateralidad de perspectiva con que opera la regla sucesoria”.⁵⁶ Esto debería conducir a evaluar la posibilidad de introducir aquí mecanismos de protección individual de dicho personal, como puede ser por ejemplo el de condicionar la aplicación del efecto subrogatorio a su consentimiento, garantizándosele su permanencia en la principal o una extinción convenientemente indemnizada de sus contratos en caso contrario.⁵⁷ De este modo podría limitarse el juego de esta regla “a los solos casos en que la transferencia produzca efectos positivos sobre la relación de trabajo o represente en todo caso una *extrema ratio* frente al despido por terminación de la actividad de la parte cedente”.⁵⁸ El efecto desalentador de las transmisiones que no persigan esa finalidad es evidente.

Ahora bien, como se dejó dicho, este tipo de intervenciones, dirigidas a fomentar un uso “virtuoso”

53 Entre nosotros, el Tribunal Supremo ha mantenido tradicionalmente una postura ambigua sobre esta cuestión, al indicar a partir de su Sentencia de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/2615) que “únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata” constituye un “medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad”, la externalización de la actividad productiva “puede jugar como causa legitimadora de la decisión extintiva”, siendo decisorio a estos efectos que la misma “constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial”. Con todo, pronunciamientos más recientes parecen evolucionar hacia una visión más estricta del problema. Éste es el caso de la Sentencia de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006/7694), a través de la cual el máximo órgano judicial declara que para que dicha decisión sea capaz de justificar una extinción de los contratos de trabajo ex artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores son precisas dos condiciones: a) que existan “dificultades” que “impidan” el “buen funcionamiento de la empresa” (“problemas de gestión o pérdidas de eficiencia”) “de entidad suficiente como para justificar la amortización” de los puestos de trabajo; y b) que “la subcontratación o exteriorización de actividades” constituya una “respuesta o reacción razonable a tales dificultades, de acuerdo con el patrón de conducta del buen comerciante”. Sobre esta última sentencia, aunque poniendo el énfasis esencialmente en la seguridad jurídica que aporta el doble juicio de razonabilidad y adecuación de la medida empresarial, vid. J. LAHERA FORTEZA, “Procedencia del despido objetivo por externalización de actividad: la juridificación del interés empresarial en el despido (STS 4.ª de 10 de mayo de 2006)”, **Relaciones Laborales**, 2007, núm. 1, págs. 41 y sigs.

54 Sobre el que llaman la atención R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, op. cit., pág. 126.

55 Los pasajes entrecuadrados, todos ellos referidos al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que es la norma que cumple dentro de nuestro ordenamiento esa función, pertenecen a M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ (Coordinadora), **Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas**, cit., págs. 213 y 226.

56 Las citas textuales tienen su origen, nuevamente, en el trabajo de M. RODRÍGUEZ-PIÑERO citado en la nota anterior, pág. 234.

57 Sobre esta propuesta se remite nuevamente a W. SANGUINETI RAYMOND, “Descentralización productiva, subcontratación ...”, cit., págs. 242-243. En la misma dirección, vid. también R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, op. cit., pág. 126, así como el trabajo referenciado en la nota siguiente, pág. 1221.

58 Conforme postula A. PERULLI, “Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione”, **Il Diritto del Lavoro**, 2004, núm. 3-4, pág. 1222.

de las técnicas de descentralización mediante la imposición de trabas a todas aquellas operaciones de segmentación que no respondan a propósitos legítimos desde el punto de vista productivo, deberían verse complementadas por otras encaminadas a dificultar la consecución por parte de quienes recurren a estas técnicas de los efectos precarizadores del empleo y degradatorios de las condiciones de trabajo que suelen alentar su utilización. Ello debería conducir a repensar igualmente la manera de operar de ciertos mecanismos jurídicos que en la actualidad permiten —e incluso puede decirse que favorecen— en determinados ordenamientos la obtención de dichos resultados. E incluso a examinar la conveniencia de introducir medidas que impongan límites expresos a esa posibilidad.

Lo anterior atañe, en un primer y más destacado lugar, a la óptica desde la que ha de contemplarse la aplicación de la exigencia de causalidad de la contratación temporal en aquellos sistemas en los que se encuentra reconocida.⁵⁹ Ha de tenerse presente que, como se ha anticipado, los procesos de descentralización, sea ese o no su propósito, terminan por fomentar el establecimiento de una relación de correspondencia entre la duración, normalmente limitada en el tiempo, de la contratación civil o mercantil que los sustenta y la de los contratos de trabajo.⁶⁰ Esto se debe a que, dado que los empresarios que recurren a la subcontratación suelen conferir carácter temporal a los encargos que efectúan a las empresas auxiliares incluso cuando las tareas a atender responden a una necesidad constante, éstas tienden, a su vez, en aplicación de una elemental lógica de limitación de riesgos, a vincularse con su personal mediante contratos de duración determinada

cuyo plazo de vigencia coincide con el del contrato que los une con la principal.

El dilema que ello plantea no es otro que el siguiente: cuál debe ser el criterio a adoptar para la determinación de la duración de los contratos de dicho personal. Si ha de atenderse al puramente formal de la duración limitada del vínculo que une a su empleador con la empresa principal. O debe tenerse en cuenta el elemento sustancial que atiende al carácter permanente de la necesidad de fuerza de trabajo que se satisface. Pues bien, frente a este dilema, como se ha afirmado, un respeto sustancial al principio de causalidad de la contratación temporal, que tenga en cuenta además a los efectos que la aceptación del criterio contrario estaría en condiciones de producir sobre el mercado de trabajo, debería conducir a establecer una conexión directa entre la continuidad de la relación laboral y la de la actividad productiva descentralizada por la empresa principal, al margen del contenido del pacto celebrado entre ésta y la contratista⁶¹. Cuando dicha actividad sea permanente, dependiendo su temporalidad exclusivamente del recurso a técnicas de externalización de actividades, la celebración de contratos de trabajo de duración determinada no debería, en consecuencia, ser admitida,⁶² so pena de dejar a la mera voluntad, no ya del contratista sino de la empresa principal, beneficiaria primordial de este tipo de operaciones, la salvaguardia del principio de estabilidad en el empleo.⁶³ Naturalmente, ello implica que la aplicación del principio de causalidad trasciende, con el fin de salvaguardar su eficacia, la esfera jurídica del empleador, para tener en cuenta la dinámica de conjunto de los procesos de producción en que se inserta la actividad del trabajador.⁶⁴

59 Como es el caso del nuestro, a tenor de lo previsto por el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, que permite la celebración de contratos de duración determinada solamente en supuestos excepcionales, todos ellos cualificados por la naturaleza temporal de la necesidad de fuerza de trabajo a cuya atención se dirigen.

60 J. Cruz Villalón, "Outsourcing y relaciones laborales", en AEDTSS, **Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo**, Madrid, MTAS, 2000, pág. 276.

61 Nuevamente, J. CRUZ VILLALÓN, loc. ult. cit., pág. 278.

62 J. I. GARCÍA NINET Y A. VICENTE PALACIO, **Contrato temporal para obra o servicio determinado: nueva legislación y jurisprudencia**, Valencia, Tirant lo blanch, 1998, pág. 57.

63 Una vez más, J. CRUZ VILLALÓN, loc. ult. cit.

64 No es éste, como es sabido, el criterio sustentado entre nosotros por la jurisprudencia. En efecto, el Tribunal Supremo, a partir de su Sentencia de 18 de diciembre de 1998 (RJ 1999\307), ha venido sosteniendo que la celebración en estos supuestos de un contrato temporal para obra o servicio determinado resulta legítima en la medida en que existe "una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida" que opera "como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste". Ésta es, por lo demás, una conclusión que no se ve alterada por el hecho de que el servicio contratado "pueda responder a una exigencia permanente de la empresa comitente", toda vez que "lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo", para lo cual "lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición de empresario en ese contrato". Éste es un punto de vista que, con escasas excepciones, ha sido objeto de crítica a nivel doctrinal. Vid. en este sentido, entre los estudios más recientes, vid. D. MONTROYA MEDINA, "La discutida admisibilidad de la contratación para obra o servicio determinado en el marco de la contratación y subcontratación de actividades productivas", **Relaciones Laborales**, 2006, núm. 6, págs. 11 y sigs.

Es importante advertir, en cualquier caso, que lo anterior no supone que se desconozca la incertidumbre que afecta al contratista. Lo que ocurre es que se entiende que dicho riesgo debería ser afrontado a través de otro tipo de medidas, que no impliquen su traslado inmediato al trabajador, como pueden ser la extinción de los contratos de trabajo por razones vinculadas con el funcionamiento de la empresa, cuando se produzca el fin del encargo y no exista la posibilidad de asignar otras tareas a los afectados; o, mejor aún, el establecimiento por vía legal o convencional del deber del empresario auxiliar que continúe con la actividad de subrogarse en la posición jurídica del que lo antecedió, asumiendo los contratos de trabajo de su personal⁶⁵. En especial, este último es un mecanismo que estaría en condiciones de asegurar en la mayor parte de los casos la continuidad en el empleo de los trabajadores, evitando la extinción de sus contratos por falta de objeto. El recurso a esta clase de instrumentos en sustitución de la temporalidad permitiría un reparto más equilibrado del riesgo de terminación de la actividad que la pura aceptación de la contratación temporal. A la vez que contribuiría a poner freno a esa fatal tendencia a favorecer la precariedad que caracteriza a los procesos de descentralización productiva.⁶⁶

Ahora bien, al lado de lo anterior, es evidente que debe también prestarse atención a la diferencia de condiciones entre trabajadores “internos” o “de núcleo” y trabajadores “externos” o “de contrata” que la descentralización está en condiciones de promover de manera generalizada.

Éste es, como salta a la vista, un efecto de los procesos de externalización que resulta bastante más difícil de combatir desde la ley. Aun siendo así, tampoco parece que los ordenamientos laborales tengan que

resignarse a admitir que la segmentación de las tareas que en última instancia forman parte de un único ciclo de producción permite eludir sin dificultad alguna el orden normativo aplicable al personal de la empresa principal. Antes bien, la constatación de la existencia de dicha unidad sustancial debería ser capaz de permitir avanzar en la construcción de mecanismos que permitan cerrar –o al menos acortar– la brecha que normalmente separa a ambos colectivos.

El instrumento más idóneo para ello estaría constituido por el establecimiento de una obligación de igualdad de trato entre los trabajadores dependientes de la empresa contratista y aquellos que laboran para la empresa que se beneficia indirectamente de su trabajo. Además de proteger el interés de los trabajadores afectados por estos procesos, esta regla contribuiría de manera decisiva a frenar los intentos de segmentar los ciclos de producción con el solo propósito de disminuir los costes laborales, puesto que a partir de su introducción los únicos supuestos de externalización que resultarían convenientes serían “aquellos dictados por oportunidades de especialización y de optimización de la producción”. Al operar de tal modo, la obligación de paridad de trato estaría en condiciones de excluir “un modelo de competitividad fundado en costes del trabajo más bajos” y de estimular “los procesos de descentralización con la finalidad de mejorar la calidad del servicio o del producto”.⁶⁷

La aplicación de esta propuesta se ve dificultada, no obstante, por importantes obstáculos formales. En especial, por la diferencia que puede existir entre las funciones que realizan los empleados de la empresa auxiliar y aquellas que corresponden a los de la principal, máxime cuando las actividades externalizadas, como ocurre con frecuencia,

65 La referencia conjunta a ambas opciones en J. I. GARCÍA NINET y A. VICENTE PALACIO, op. cit., págs. 57-58.

66 De hecho, en diversos sectores productivos en los que la sucesión de contratistas es frecuente ha venido constituyendo un típico contenido convencional la inclusión de cláusulas en virtud de las cuales se impone a los empresarios que sucedan a otros en el desarrollo de las mismas labores la obligación de absorber al personal de estos últimos. Ésta es una tendencia que afectó inicialmente a sólo a ciertas actividades del sector servicios, como la limpieza de edificios y locales, la hostelería o la vigilancia privada, pero que se ha ido extendiendo a muchas otras, como la entrega de paquetería a domicilio, las residencias privadas para mayores, las empresas organizadoras del juego de bingo o incluso la construcción o la siderometalurgia. En todos estos casos, la negociación colectiva se ha venido ocupando de garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores implicados en este tipo de operaciones, protegiéndolos de las vicisitudes que en la continuidad de sus contratos de trabajo pudieran introducir los cambios de titularidad en el desarrollo de las actividades productivas, mediante la previsión de supuestos específicos de subrogación convencional. Para una aproximación general a estas cláusulas y su tratamiento jurisprudencial en sucesivos periodos, vid. R. MENÉNDEZ CALVO, “Descentralización productiva y subcontratación”, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (Coordinador), **La negociación colectiva en España: una visión cualitativa**, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, págs. 268-279; y W. SANGUINETI RAYMOND, “Las cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales”, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coordinador), **La negociación colectiva en España: una mirada crítica**, Valencia, Tirant lo blanch, 2006, págs. 99 y sigs.

67 Sobre esta propuesta y sus ventajas desde la perspectiva del fomento de un uso “virtuoso” del mecanismo, vid. R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, “Descentralización productiva”, cit., págs. 20, 79-80 y 123. Las citas textuales corresponden a la página 20.

pertenecen a sectores mercantiles distintos y se rigen por convenios colectivos diferentes. A pesar de ello, la introducción del canon paritario resulta perfectamente posible –y además plenamente legítima– al menos cuando unos y otros realizan funciones semejantes. Y más aún si, como empieza a ocurrir con frecuencia como resultado de la tendencia externalizar funciones que integran el núcleo mismo de la actividad productiva de la empresa principal, los trabajadores de la auxiliar desarrollan además esas tareas “en contacto estrecho con los del adjudicador” o en los locales de éste.⁶⁸ La adopción de este criterio supondría, por lo demás, un verdadero “salto cualitativo” en la aplicación del principio de igualdad, que terminaría por superar el “corsé” de la personificación empresarial para prestar atención a datos de carácter sustancial, como son la identidad de las funciones que se realizan y la participación en actividades que integran un mismo ciclo de producción.⁶⁹

De todas formas, la resistencia que una propuesta de este tipo está en condiciones de generar, en especial por parte de los sectores empresariales habituados al empleo de este mecanismo en clave puramente abarataadora de costes laborales, así como los límites intrínsecos de su aplicación, aconsejan tener en cuenta de forma complementaria otras opciones que contribuyan, si no a generar un resultado similar, al menos a aproximarse a él.

Aquí el papel estelar lo tendría, naturalmente, la autonomía colectiva. Las fórmulas susceptibles de ser utilizadas para ello pueden ser de muy diversa factura y calado. Entre ellas puede ser mencionada, antes que nada, la creación de nuevas unidades sectoriales de negociación, que proporcionen una regulación laboral uniforme al desarrollo de determinadas actividades

empresariales de nuevo cuño generadas por los procesos de descentralización que se encuentran en la actualidad en una situación de anomia normativa, sólo limitada por la aplicación de la reglas de alcance general.⁷⁰ Esto permitiría sustraer de la competencia interempresarial las condiciones de trabajo del personal que desarrolla este tipo de actividades, permitiendo así que estas puedan ser más fácilmente objeto de mejora. Un paso más en la dirección apuntada podría venir dado por la reformulación de los ámbitos funcionales de los convenios colectivos con el fin de incluir ciertas actividades que, como consecuencia de los procesos de fragmentación productiva, han terminado por situarse fuera de los mismos.⁷¹ Como consecuencia ello, los trabajadores de la empresa principal y la empresa contratista terminarían por estar regidos por el mismo convenio colectivo (o, en todo caso, por contar los segundos con el respaldo de la norma convencional del sector productivo de la primera), con lo que la posibilidad de introducir distinciones de carácter peyorativo entre ambos se vería limitada de forma importante.

Las soluciones descritas, sin embargo, no son las únicas posibles. Ni tampoco, al menos necesariamente, las más adecuadas. En realidad, como se ha apuntado, la emergencia del nuevo modelo de empresa debería impulsar la realización de un examen de las condiciones de trabajo en términos de ciclo productivo, capaz de identificar la totalidad de los procesos que intervienen en la producción de los bienes o servicios de los que se trate, con el fin de desarrollar procesos de negociación que, abarcándolos en su integridad, aseguren beneficios aceptables para todos.⁷² Aunque la adopción de esta perspectiva no es capaz de justificar una negociación directa de las condiciones de trabajo entre la empresa principal y los representantes

68 Nuevamente se siguen aquí las observaciones de R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, op. cit., pág. 79.

69 La aplicación de esta regla a trabajadores dependientes de empleadores distintos tiene un antecedente en el Derecho español, dentro del cual resulta exigible tratándose del personal cedido a otro por una empresa dedicada de manera específica a actividades de prestamismo laboral. En este sentido, como indica el artículo 11 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, “los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias” tienen derecho a percibir a lo largo de todo el período de la cesión “la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, calculada por unidad de tiempo”. El supuesto no resulta, de todas formas, idéntico al que se contempla en la propuesta, toda vez que en este caso, a la similitud de funciones y normal coincidencia en el centro de trabajo de los trabajadores cedidos, se añade el hecho de que se encuentran sometidos al poder de dirección de la empresa cesionaria, lo mismo que el personal de ésta. Cosa que no ocurre, como es evidente, en las hipótesis de descentralización productiva.

70 Éste es el caso, entre nosotros, del sector de las denominadas “empresas multiservicios”, en franco proceso de crecimiento como consecuencia de la generalización de los procesos de externalización de actividades. Vid. en esta dirección J. RIVERO LAMAS, “Las empresas de servicios a terceros y la negociación colectiva”, en AA.VV., **Nuevos problemas de la negociación colectiva. XVI Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva**, Madrid, MTAS, 2003, pág. 235; así como M. C. LÓPEZ SANCHEZ, **El empleador ...**, cit., págs. 231, 234.

71 Vid. en esta dirección, nuevamente, M. C. LÓPEZ SANCHEZ, op. cit., pág. 230, con referencia, entre otras, a la inclusión de las empresas prestadoras de los servicios de informática y de investigación de mercados y de la opinión pública dentro del ámbito del Convenio Interprovincial de Empresas Consultoras.

72 A. RECIO, “Empresa red ...”, cit., pág. 232.

de los trabajadores de la contratista, si conduce a plantearse la posibilidad de articular ámbitos transversales de negociación y formas de contratación colectiva reticular, en las que el protagonismo venga asumido por la negociación entre las empresas principales y contratistas antes que entre éstas últimas y su personal.⁷³ Naturalmente, tampoco éste es un itinerario fácil de seguir. De allí que deba postularse la necesidad de una decidida intervención “de soporte” del legislador dirigida a afirmar la legitimidad de estas formas novedosas de negociación y los productos que de ellas puedan derivarse.

IV. La recuperación de la unidad en medio de la fragmentación: una valiosa contribución del Derecho del Trabajo a la eficiencia económica y (no sólo) el equilibrio social

Como se habrá podido comprobar, aunque a través de procedimientos distintos, las dos vías de vías de respuesta a los desafíos planteados por la generalización del nuevo modelo flexible y reticular de organización empresarial que de momento vienen perfilándose se encaminan en última instancia hacia la consecución un objetivo muy similar: tratar de reconstruir desde una base distinta los vínculos entre el sujeto empleador y la organización que sustenta el desarrollo de la actividad productiva sobre los que ha estado apoyada la construcción del Derecho del Trabajo. Unos vínculos que, como se ha podido comprobar, han saltado por los aires en las últimas décadas. La primera contraponiendo a la fragmentación actual un concepto más amplio y complejo de empleador, capaz de articular a su interior las, a su vez, también más complejas e intensas formas de colaboración a las que los procesos de cooperación interempresarial están dando lugar. La segunda tratando de recuperar la función tradicional de la noción de empresa, convenientemente independizada a estos efectos

de la de empleador y de su personificación, como ámbito de aplicación de algunas de las más relevantes instituciones jurídico-laborales, así como de ejercicio de la autonomía colectiva.

Ambos son, por lo demás, como se ha dejado apuntado, senderos que pueden ser recorridos por los ordenamientos laborales tanto de manera independiente como simultánea. Al fin y al cabo, mientras la recomposición dogmática del concepto de empleador persigue hacer frente “desde el interior del contrato” a aquellos supuestos en los que la interpenetración entre los sujetos que colaboran entre sí adquiere por su intensidad trascendencia en dicho ámbito, la reconstrucción sistemática de las instituciones apunta a favorecer una aplicación de las normas laborales congruente con la “unidad de destino económico” de las actividades de aquellos sujetos que mantienen entre sí vínculos de una trascendencia más limitada, intentando evitar que la diversidad de personificaciones pueda ser utilizada en como una herramienta para la degradación de los tratamientos normativos aplicables a los trabajadores implicados en estos procesos de cooperación.

Lo que de este modo parece entrar en crisis –o, en todo caso, encontrarse en cuestión– es precisamente aquel mecanismo cuya instrumentalización se sitúa en la base de los efectos laborales indeseables de la descentralización. Es decir, el papel de “diafragma” o “barrera infranqueable” entre sujetos formalmente distintos atribuido hasta el momento a la noción de personalidad jurídica. Así, ésta no parece resultar ya útil, ni para marcar de forma concluyente las fronteras del concepto de empleador; ni para actuar como límite idóneo para la operatividad de las instituciones jurídico-laborales. Superar dicho efecto, recurriendo para ello a nociones más amplias y flexibles, tanto de empleador como de empresa,⁷⁴ en línea con lo apuntado en las páginas anteriores, se convierte por

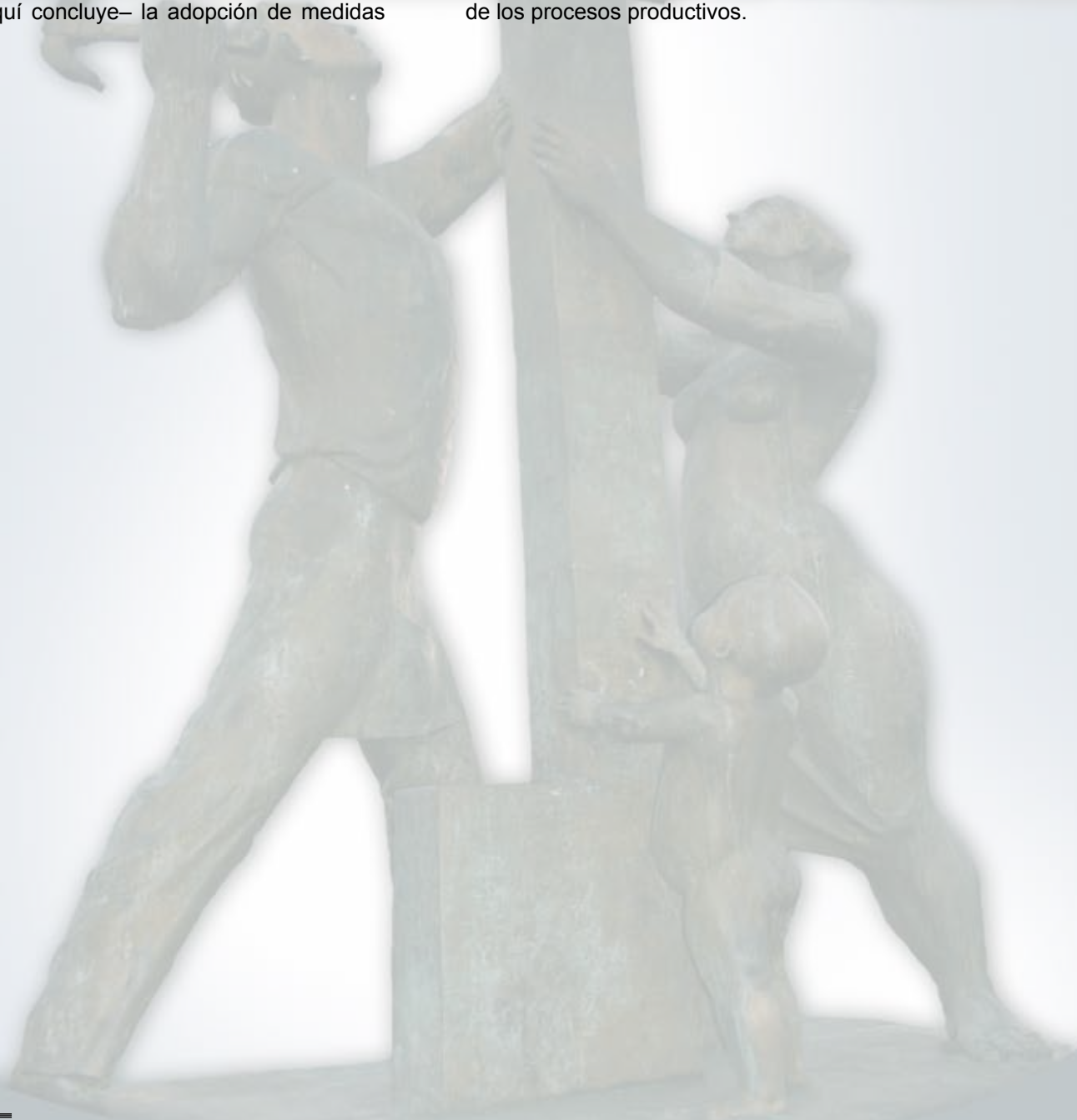
73 Vid. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo”, cit., págs. 67-69. Para un ejemplo de negociación colectiva de este tipo procedente de la experiencia española, vid. M. L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “La eficacia de la negociación colectiva sectorial de carácter transversal: el ejemplo de los acuerdos para empresas contratistas y subcontratistas de REPSOL-YPF”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2004, núm. 7. Por lo demás, tampoco puede ser desdeñada la importancia de los procesos de negociación colectiva que, desde hace ya algún tiempo, vienen desarrollándose en el marco de los grupos de empresas, en la medida en que éstos se encuentran en condiciones de operar como “un mecanismo altamente eficaz para contrarrestar la degradación de las condiciones de trabajo que potencialmente acarrearán estos episodios de descentralización productiva” cuando ésta tiene lugar a través de procesos de filialización, como apunta J. BAZ RODRÍGUEZ, *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, cit., pág. 462. En general sobre el tema, vid., del mismo autor, “Participación y negociación colectiva en las empresas de grupo: balance de situación y cuestiones problemáticas”, *Revista de Derecho Social*, 2006, núm. 34, págs. 181 y sigs.

74 Como postulan R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, “Descentralización productiva”, cit., pag. 130.

ello en un imperativo ineludible para que el Derecho del Trabajo pueda estar en condiciones de afrontar con éxito los desafíos que le plantea dicha situación.

Por lo demás, el servicio que de tal modo puede prestar nuestra disciplina no es solamente uno a la equidad y el equilibrio social, a los que la generalización las consecuencias negativas de los procesos de fragmentación empresarial someten a una dura prueba. Conforme se ha destacado –y ha habido además ocasión de comprobar a lo largo del estudio que aquí concluye– la adopción de medidas

como las propuestas contribuye también a “determinar de manera relevante los comportamientos de los operadores económicos”, de un lado desalentando “la vía baja de la descentralización productiva determinada por la pura voluntad de reducir los costes”, y del otro “favoreciendo la vía alta o virtuosa de la reorganización orientada hacia la especialización flexible”⁷⁵ Por ello, de decidirse a iniciar esta andadura, difícil pero perfectamente posible, el Derecho del Trabajo estará en condiciones de efectuar igualmente una valiosa contribución al funcionamiento eficiente y equilibrado de los procesos productivos.



75 Según apuntan, nuevamente, R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, op. cit., pág. 25.