

LAS RELACIONES DE TRABAJO TRIANGULARES Y EL LIBRO VERDE SOBRE LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

Fernando Valdés Dal-Re

Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad Complutense de Madrid

Sumario: 1. La modernización del Derecho del Trabajo propuesta por el Libro Verde: entre la ideología y la banalidad 2. El Libro Verde y las relaciones laborales triangulares 3. La centralidad del establecimiento de fórmulas de co-responsabilidad empresarial A) La figura de un solo empresario como único centro de imputación de responsabilidades. a) La dogmática tradicional. b) Su progresiva moderación. El recurso a las técnicas de co-responsabilidad entre distintos empresarios. B) La ordenación jurídico-positiva de la co-responsabilidad empresarial: apuntes críticos. a) La insatisfactoria solución de la garantía de la responsabilidad subsidiaria en el régimen de las Empresas de Trabajo Temporal. b) La obsolescencia social de la garantía de la responsabilidad solidaria en el régimen de contratas y subcontratas. Nota bibliográfica

1. LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO PROPUESTA POR EL LIBRO VERDE: ENTRE LA IDEOLOGÍA Y LA BANALIDAD

1. En noviembre de 2006, la Comisión Europea da a conocer un Libro Verde intitulado “*Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*” cuya genérica finalidad, por formularlo con las propias palabras del docu-

mento, es ofrecer un marco de reflexión “sobre cómo modernizar el Derecho laboral para sostener el objetivo de la Estrategia de Lisboa de crecer de manera sostenible con más y mejores empleos”². El declarado objetivo se asienta sobre una doble y combinada premisa, que cumple la muy relevante función de delimitar desde un principio y sin ambigüedades o equívocos el entorno ideológico en el que se mueve y desde el que se ha elaborado el Libro Verde. La primera premisa es la configuración del ordenamiento laboral (de los ordenamientos

laborales) como un mero instrumento puesto al servicio del funcionamiento del orden económico; esto es, del mercado. La consecuencia principal de semejante concepción es la privación al derecho del trabajo (a sus principios, a sus instituciones, a sus reglas y a sus técnicas de regulación) de una lógica propia y diferenciada de la que definen los entornos macroeconómicos. La segunda premisa que sostiene la finalidad que se confiesa perseguir con la consulta promovida por y desde el Libro Verde traduce una negativa valoración sobre la eficacia del derecho del trabajo al crecimiento económico y, más en general, al desarrollo dinámico y sostenido de la economía de mercado. La necesidad o, al menos, la conveniencia de “modernizar” el derecho del trabajo trae causa y se debe a la falta de adecuación de éste, en su vigente conformación, a las demandas económicas; a la obsolescencia o arcaísmo del denominado modelo tradicional de la relación individual de trabajo, articulado sobre un empleo permanente a tiempo completo, unas relaciones laborales regidas por una legislación laboral que ofrece una sólida red de garantías y protección y un empleador único, responsable de la observancia de las obligaciones laborales³.

No son estos momento y lugar adecuados para discutir el marco conceptual y el contexto analítico de ambas premisas, bastando a los efectos que aquí interesan recordar su lecho ideológico. El razonamiento del Libro Verde hunde sus raíces en una bien conocida corriente de pensamiento económico para la que las medidas de protección al empleo, constitutivas del armazón del derecho del trabajo, son constricciones exógenas al mercado de trabajo, que frenan su eficaz marcha, impiden su adaptación a los cambios, obstaculizan el progreso económico, encarecen desmedidamente la propia actividad productiva y restringen la libre competencia. Desde esta concepción, que niega toda sustantividad funcional a las reglas e instituciones jurídico-laborales, reduciéndolas a la condición de instrumento al servicio del funcionamiento de la economía, es desde la que aflora sin ambigüedad alguna el profundo sesgo ideológico del objetivo consistente

en la “modernización del derecho del trabajo”, entendida como una condición necesaria para la transformación de los mercados de trabajo, como “un elemento clave para el éxito de la adaptabilidad de los trabajadores y de las empresas”. La formulación de este objetivo se asienta implícitamente en algunas hipótesis sobre las que, ahora sí, conviene reflexionar de manera crítica⁴, aunque sea sumariamente.

2. La primera hipótesis y, desde luego, la esencial, aquella que nutre y alimenta tanto el desarrollo argumental como las preguntas del propio “Libro Verde” es la falta de adecuación de las reglas jurídicas (las legales y las convencionales) que estructuran el que se denomina, alternativamente, “modelo tradicional” de derecho del trabajo o “contrato de trabajo clásico” a los desafíos derivados de los formidables cambios tecnológicos, económicos, demográficos u organizativos de nuestra sociedad. Es esta falta de adecuación la que justifica la necesidad de actualización o “modernización”.

La idea que ampara esta hipótesis no puede dejar de compartirse. De entre todas las ramas del ordenamiento jurídico, la laboral es, sin duda alguna, la más expuesta a la acción de factores exteriores. Por consiguiente, la necesidad de adaptarse a las mudanzas de su entorno forma parte del código genético del propio derecho del trabajo. Pero una cosa es aceptar la exigencia de una adaptación dinámica del derecho del trabajo, y otra bien diferente definir como obligado horizonte de las acciones de política laboral la “modernización del derecho del trabajo”. Con semejante formulación, el “Libro Verde” hace tabla rasa de la historia más reciente, la de los últimos treinta años, del derecho del trabajo en Europa; al menos, en los ordenamientos laborales de los Estados de la UE-15. Cualquier observador social medianamente avezado sabe que ha sido ésta una historia jalonada por una ininterrumpida sucesión de reformas legislativas que, en líneas generales, han tenido el efecto de instalar ese “modelo tradicional” en un estadio próximo a la arqueología jurídico-laboral. Al margen de la diversidad de las concretas modificaciones introducidas en aquél modelo tradicional y con

independencia de los ritmos y de la intensidad de las modificaciones mismas, la práctica totalidad de los ordenamientos europeos ha venido acomodando, ya desde hace bastantes años, sus instituciones y estructuras jurídico-laborales a los desafíos que imponen aquellos cambios; o por decirlo con el recurso al lenguaje del Libro Verde, ha venido modernizando el derecho del trabajo. Para corroborar esta conclusión de manera irrefutable, bastan rudimentarios empirismos; basta, en efecto, recordar los ya inabarcables catálogos de leyes aprobadas y de acuerdos sociales y convenios colectivos negociados en el curso del último cuarto de siglo con la expresa finalidad de facilitar la organización del trabajo a los cambiantes requerimientos del mercado. Siendo todo ello así, como es, el propósito general del Libro Verde, el relativo a la “modernización del derecho del trabajo”, no hace justicia a la realidad de los derechos europeos del trabajo; muy antes al contrario, pretende reescribir su historia, ofreciendo una lectura torcida y retorcida de la misma.

Los anteriores desajustes trascienden el entorno fáctico que dibuja el Libro Verde, incidiendo en el escenario ideológico que ha informado la elaboración tanto de su parte argumentativa como de sus preguntas. Como ya se ha hecho notar, el propósito que anima el documento no puede dejar de compartirse. Es éste un juicio que también puede extenderse a la gran opción de política de derecho que, en el decir del Libro Verde, debería inspirar las medidas adaptativas del derecho del trabajo: la simultánea procura de flexibilidad y seguridad en el empleo. La argumentación que acompaña y, en buena medida, sostiene esa gran opción no se encuentra, sin embargo, al abrigo de algunas serias objeciones críticas. En tal sentido y por ejemplo, resulta discutible la notable relevancia atribuida a la regla jurídica (a la legislación laboral) para lograr un crecimiento económico duradero y generador de empleos. E incluso más discutible es, desde una perspectiva metodológica, la decisión de encarar la compleja problemática de la “flexiseguridad”⁵ desde visiones que incurren, por su carácter groseramente unitario, en un doble error: la

simplificación y la parcialidad. La sesgada concepción con la que se trata un tema de tanta complejidad como el apuntado se evidencia en el dato de que el Libro Verde no ha logrado resistirse a la seducción del modelo danés de *flexicurity* (propuesta 5)⁶, presentándolo, no tanto como ejemplo de buena práctica cuanto como sistema listo para su obligada exportación a terceros países. Pero en todo caso, la primera y, acaso, la principal objeción afecta a las relaciones entre los términos que forman el par flexibilidad/seguridad.

En su versión esencial, la flexibilidad alude a la capacidad de las organizaciones empresariales de gestionar la mano de obra a fin de hacer frente a las mudables condiciones del mercado, integrando un muy variado conjunto de medidas que van desde el ajuste del volumen de empleo hasta la organización funcional de la empresa, pasando por la movilidad geográfica, la remuneración o la ordenación del tiempo de trabajo. Por consiguiente, la flexibilidad no se limita a las facilidades que disponen los empresarios para contratar y, sobre todo y como simplifica el Libro Verde, para despedir; comprende, antes al contrario, otras muchas manifestaciones. No obstante ello, lo cierto es, como el propio Libro Verde reconoce, que un relevante número de reformas llevadas a cabo por los diversos países europeos en las décadas de los 80 y 90 concentró las medidas de flexibilidad en la vertiente externa o “numérica”. Estas decisiones produjeron, al menos, tres relevantes consecuencias, combinadas entre sí, que aún perviven, en buena medida, en los mercados de trabajo y en los ordenamientos de numerosos Estados miembros de la UE. Las acciones de flexibilidad en el “margen”, de un lado, segmentaron el mercado de trabajo; de otro, redujeron drásticamente para determinados colectivos de trabajadores (los excluidos) la protección en el empleo y, finalmente, contribuyeron a “banalizar” la tarea misma de gestión de los recursos humanos en una economía globalizada, tarea ésta reducida, en buena parte, al diseño de confortables operaciones de celebración y extinción de contratos atípicos.

En un contexto como el sumariamente descrito, dominado por una inequitativa distribución de la flexibilidad y de la seguridad, el propósito de la “modernización” del derecho del trabajo no puede centrarse en medidas destinadas a “incrementar la flexibilidad” de los contratos de duración indeterminada y determinada (pregunta 4). A lo largo de las tres últimas décadas, poderes públicos e interlocutores sociales han procurado, con mayor o menor éxito, adaptar las estructuras tradicionales del derecho del trabajo a los cambios de toda índole que se han ido produciendo. Enjuiciado desde el par flexibilidad/seguridad, este proceso dinámico de adaptación ha desarmado y desactivado buen número de las tradicionales garantías de empleo para un colectivo importante cuantitativa y cualitativamente de población laboral europea. A corto y medio plazo, la solución no pasa por profundizar aun más en ese desarme, sino —y ello es bien diferente— por adoptar medidas destinadas, de un lado, a reequilibrar la seguridad perdida y, de otro, a redistribuir la flexibilidad introducida. El objetivo primero y esencial consiste en recuperar para ese casi 40 por 100 de trabajadores europeos en situación de precariedad laboral⁷ unos niveles decentes de protección en el empleo.

2. EL LIBRO VERDE Y LAS RELACIONES LABORALES TRIANGULARES

3. El Libro Verde se estructura en torno a cuatro grandes apartados. En el primero, al tiempo de enunciarse su ya mencionada finalidad, la de abrir un debate público sobre los criterios para la modernización del derecho del trabajo con vistas a lograr una mejor contribución de éste a la consecución de los objetivos de la estrategia lisboeta, se da a conocer el plan de acciones que se pretende llevar a cabo una vez concluida esa consulta. Más allá de sus concretas rotulaciones, a menudo equívocas, los apartados segundo y tercero intentan ofrecer, respectivamente, una evolución del derecho del trabajo en Europa y un diagnós-

tico sobre los resultados de esa evolución. Finalmente, el apartado cuarto es el que formula la mayor parte de las preguntas que componen el cuestionario a debate, ordenándose estas en torno a seis grupos temáticos: transiciones profesionales, inseguridad jurídica, relaciones de trabajo triangulares, ordenación del tiempo de trabajo, movilidad de los trabajadores y, en fin, control de la aplicación de la legislación y trabajo no declarado.

A lo largo de todos estos apartados, el documento de la Comisión hace gala una y otro vez de esos atributos que informan su contenido, señaladamente la acusada simplificación, de matriz resueltamente ideológica, de la función, fines, estructura y contenido de la legislación laboral o, tal vez y por decirlo desde otro ángulo, de los problemas del mercado de trabajo y de las medidas que han de adoptarse para su solución. La mención en el mismo pórtico del Libro Verde de la propuesta formulada en el Informe Win Kok a los Estados miembros sobre la necesidad de evaluación y, en su caso, revisión del grado de flexibilidad previsto en los contratos clásicos respecto de los plazos de preaviso, los costes y los procedimientos de despido individual o colectivo y la definición del despido improcedente⁸ evidencia el sesgo ideológico y la parcialidad que define el marco conceptual y analítico del mercado de trabajo y del empleo. La noción y la práctica de la flexibilidad quedan agotadas en la figura del despido.

No es cuestión ahora de insistir en la crítica a las opciones político-ideológicas sobre las que se asienta el documento a examen, bastando por destacar el corto recorrido que las mismas han tenido en el debate sobre flexibilidad y seguridad mantenido en el propio ámbito institucional europeo. Para no razonar en el vacío, bastará traer a colación dos concretos intentos destinados al objetivo de rectificar esas opciones, presentando un contenido de la flexibilidad “socialmente amable”⁹. De un lado, el Grupo Europeo de Expertos sobre flexibilidad, en el informe final de junio de 2007, bajo la expresiva rúbrica *on path dependence: not one way to Rome*, no dudará en reconocer

que, a resultas de las negociaciones y consultas habidas en los niveles nacionales, las manifestaciones de flexibilidad y seguridad adoptan distintas formas de país a país¹⁰. Por su parte, la propia Comisión, en una Comunicación de junio de 2007 sobre los principios comunes de la flexiseguridad, también reconocerá que la flexibilidad no se limita a la mayor libertad de las empresas “para contratar o despedir y no significa que los contratos por tiempo indefinido hayan quedado obsoletos”, comprendiendo también “la progresión de los trabajadores hacia mejores empleos, la movilidad ascendente y el desarrollo óptimo del talento”¹¹. Por lo demás, es esta noción amplia de flexiseguridad, que parte de la atribución al contrato de duración indefinida de la condición de contrato tipo, la que ha sido finalmente asumida por el Consejo con motivo de la aprobación de los denominados principios comunes de la flexiseguridad¹². De conformidad con el contenido del principio cuarto, “las medidas de flexiseguridad no deben plantearse desde la perspectiva de un modelo único de mercado de trabajo o de vida laboral, ni de una única estrategia de actuación; antes bien, deben adaptarse a las circunstancias específicas de cada Estado miembro”, que es el encargado de elaborar sus propias medidas y de evaluar su resultado.

4. El Libro Verde, tras afirmar que la “existencia de un empleador único y responsable del respeto de las obligaciones correspondientes a los empleadores”¹³ es una de las tres características del modelo tradicional de relaciones laborales, dedica su atención, dentro del epígrafe dedicado a reflexionar sobre los criterios que pueden contribuir a la modernización del derecho del trabajo, a las “relaciones laborales triangulares”¹⁴. La lectura de la sumaria argumentación que precede a la formulación de las preguntas que versan sobre este tipo de relaciones laborales ya anuncia el contenido de éstas; contenido éste, por otra parte, que, en buena medida y de manera excepcional, se salva del marco que define el Libro Verde. Las preguntas que se enuncian y la argumentación que las justifican ni están sesgadas ideológicamente ni incurrir en una desconcertante banalidad.

En concreto, dos son las grandes preocupaciones del Libro Verde respecto de las también dos grandes manifestaciones de triangularidad laboral: de un lado la triangularidad contractual, que se expresa a través de las empresas de trabajo temporal (ETT) y, de otro, la triangularidad organizativa, representada por los fenómenos de descentralización productiva, señaladamente los que se instrumentan a través de la figura de las contratistas y de las subcontratistas. La primera preocupación atiende a la delimitación de las responsabilidades que corresponden a los titulares de las organizaciones de empresa que intervienen en estas modalidades de prestación laboral. En tal sentido, el Libro Verde recuerda que “el desarrollo del trabajo mediante empresas de trabajo temporal ha conducido a la modificación de las legislaciones laborales de determinados Estados miembros para definir las responsabilidades respectivas del cesionario y de la empresa usuaria, con objeto de proteger los derechos de los trabajadores”¹⁵. Y también hace notar que problemas similares se plantean “cuando los trabajadores se ven inmersos en largas cadenas de subcontratación”. De ahí, la decisión de algunos Estados miembros de solventar esos problemas “mediante un sistema de responsabilidad conjunta y solidaria de los contratistas principales con respecto a las obligaciones de sus subcontratistas”. A juicio del Libro Verde, este sistema, aunque estimula a los contratistas principales a “vigilar el cumplimiento de la legislación laboral por parte de sus socios comerciales”, podría afectar, al restringir la subcontratación por parte de empresas extranjeras, a la libre prestación de servicios en el mercado interior¹⁶, riesgo éste que parece, siempre en el decir del documento, haber sido conjurado por la jurisprudencia comunitaria¹⁷.

Un alcance más limitado desde una perspectiva temática, ya que mira exclusivamente a las EETT, tiene la segunda de las preocupaciones que manifiesta el Libro Verde al encarar los problemas de las relaciones laborales triangulares, centrada ahora en la identificación del modo de asegurar el principio de no discriminación que garantice un trato no menos favo-

table, en las empresas usuarias, entre los trabajadores puestos a disposición y los trabajadores directamente contratados por las empresas usuarias. En todo caso y al margen de que esta segunda preocupación afecte exclusivamente a las EETT y no a las contratas y subcontratas, no puede dejar de resaltarse que *el travail intérimaire* constituye una de las cuatro únicas materias en las que el Libro Verde menciona posibles acciones comunitarias¹⁸, alcanzado las otras tres restantes a la organización del tiempo de trabajo (último inciso de la pregunta 11)¹⁹, a la movilidad de los trabajadores (pregunta 12)²⁰ y, en fin, al control de la aplicación de la legislación en el trabajo no declarado (preguntas 13 y 14)²¹.

Sobre la base de esta doble preocupación, el Libro Verde formula las dos siguientes preguntas en el epígrafe de “relaciones laborales triangulares”:

“9. *¿Piensa que deberían precisarse las responsabilidades de las distintas partes en las relaciones laborales múltiples para determinar quién es responsable del cumplimiento de los derechos de los trabajadores? ¿Sería factible y eficaz recurrir a la responsabilidad subsidiaria para determinar esta responsabilidad en el caso de los subcontratistas? En caso negativo, ¿cree que existen otros medios que permitan garantizar una protección suficiente de los trabajadores participantes en relaciones de trabajo triangulares?*

10. *¿Es necesario clarificar el estatuto de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal?”*

5. En octubre de 2007, la Comisión publica una Comunicación en la que da cuenta del resultado de la consulta pública promovida por el Libro Verde²². La Comisión recibió, en concreto, 450 respuestas²³ procedentes de las más variadas instituciones europeas y nacionales, públicas y privadas. Conforme reconoce la citada comunicación, “la mayor parte de estas respuestas refleja una conciencia profunda de los retos con que se enfrenta el nuevo mercado laboral europeo, al que van dando forma la creciente movilidad laboral y la actividad empresarial transnacional”²⁴.

En lo que concierne a la primera de las preguntas contenidas en el cuestionario sobre relaciones de trabajo triangulares, las instituciones europeas manifiestan su neto apoyo a las medidas de “responsabilidad conjunta y solidaria” entre las empresas principales y de trabajo temporal, de un lado, y las entidades colaboradoras y las empresas usuarias, de otro. Tal es, por ejemplo, la posición mantenida por el Parlamento Europeo en la resolución de julio de 2007 adoptada sobre el Libro Verde; tesis ésta que se fundamenta en la necesidad de hacer frente a los abusos de la subcontratación y externalización así como en la exigencia de asegurar condiciones equitativas de competencia para las empresas²⁵. Y también es la tesis defendida por la CES que ha venido manifestando, ya desde hace tiempo, su favorable posición a la adopción de medidas legislativas de responsabilidad solidaria entre las organizaciones de empresa que intervienen en las dos modalidades de relaciones de trabajo triangulares no solo en el ámbito de los Estados miembros sino, adicionalmente, en el de la propia UE. En todo caso, la CES insta a la Comisión a que, de un lado, incentive a los Estados miembros que todavía no han introducido en sus sistemas jurídicos este tipo de medidas a que lo hagan de manera inmediata y, de otro, adopte un instrumento comunitario para regular la responsabilidad en cadena de dichas organizaciones²⁶. No es ésta, sin embargo y como no sorprende, la tesis mantenida por Business-europe (antigua UNICE), para la que resulta dudosa la eficacia de una propuesta semejante, entendiéndose que son las empresas usuarias y las subcontratistas las que han de asumir sus responsabilidades en materia laboral y de seguridad social²⁷.

Respecto de la segunda pregunta, la relativa a la conveniencia de clarificar a nivel comunitario el estatuto de los trabajadores cedidos, los Estados miembros se limitaron a reiterar, en sus contestaciones al Libro Verde, los argumentos favorables y las reservas que han venido manifestando a lo largo de los últimos años a la propuesta de Directiva de empresas de trabajo temporal²⁸. De su lado, la CES y, en

general, los sindicatos europeos expresaron la necesidad de la adopción de este instrumento comunitario, que vendría así a complementar las directivas sobre desplazamiento de trabajadores y de servicios. Las organizaciones empresariales europeas, en cambio, consideraron que la situación del trabajador cedido se encuentra bien definida en los derechos nacionales, no siendo necesario, en aplicación del principio de subsidiariedad, contar con una ordenación jurídica de ámbito comunitario.

6. En las consideraciones que a continuación siguen me voy a ocupar, en el doble plano de la formulación teórica y de su plasmación positiva, de los problemas de distribución de responsabilidades en el ámbito de las grandes organizaciones de empresa que articulan relaciones de trabajo triangulares; esto es, las EETT y las contratadas y subcontratadas. Antes de ello, no puede por menos de criticarse la decisión del Libro Verde de marginar de los debates que ha pretendido abrir la dimensión colectiva de las relaciones laborales, dimensión ésta que se encuentra por completo ausente en todas y cada una de las materias que recorren el documento y, por consiguiente y también, de las relaciones de trabajo triangulares²⁹.

3. LA CENTRALIDAD DEL ESTABLECIMIENTO DE FÓRMULAS DE CO-RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

A) LA FIGURA DE UN SOLO EMPRESARIO COMO ÚNICO CENTRO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDADES

a) La dogmática tradicional

7. La comparecencia de dos únicas partes en el proceso de formación del contrato de trabajo, cuyo concurso de voluntades da vida a una relación jurídica obligatoria, es un dato que pertenece a la fenomenología jurídica y, como tal, verificable a partir de simples obser-

vaciones de hecho. Referida la noción al número de partes y no al de obligaciones que el contrato crea y a la estructura de las mismas, el carácter bilateral de aquel negocio jurídico no es sólo una máxima de experiencia, que traduce la forma socialmente típica de prestación del trabajo por cuenta ajena y dependiente. La bilateralidad del contrato de trabajo ha sido un constante compañero de viaje del Derecho del Trabajo; de su teoría y de su práctica normativa³⁰.

Por lo pronto, esta nota ha servido al legislador para definir las posiciones jurídicas, activas y pasivas, de los contratantes — sus prestaciones y contraprestaciones, derechos y deberes, facultades y responsabilidades — y, en razón de ello, deducir las oportunas consecuencias jurídicas. En tal sentido, el que merece el calificativo de nuestro primer gran texto legal con vocación, bien que en gran parte frustrada, de juridificar la relación laboral individual, el Código de Trabajo de 1926, definiría el contrato de trabajo como aquél “por virtud del cual un obrero se obliga a ejecutar una obra o un servicio a un patrono por precio cierto” (art. 1). La utilización del número singular para identificar a las partes contratantes no proviene de una mera razón de economía de lenguaje; trae causa, antes al contrario, en una bien concreta opción de política de Derecho: la de configurar una determinada forma de trabajar como tipo contractual, erigiéndola en obligado referente de la acción normativa. Pero la bilateralidad también ha sido la característica que más ha contribuido a la construcción dogmática de la estructura del contrato de trabajo; a una construcción elaborada por los fundadores de la ciencia jurídico-laboral y que ha perdurado sin solución de continuidad hasta nuestros días³¹. Desde esta óptica, le asiste la razón al Libro Verde al afirmar que la “existencia de un empleador único y responsable del respeto de las obligaciones correspondientes a los empleadores” constituye una de las características del modelo tradicional del contrato de trabajo³².

Conferida, pues, a la relación obligatoria nacida de un contrato concertado entre un trabajador y un empresario la condición de

forma tipo de trabajar, las legislaciones de la práctica totalidad de los países de cultura jurídica germanista o romanista responderán de manera bastante uniforme frente a los supuestos de quiebra o ruptura de la bilateralidad de la relación laboral. La prestación de trabajo ejecutada en favor de un empresario por una pluralidad de trabajadores, constituida en grupo antes de la conclusión del contrato, queda en ocasiones incluida en el ordenamiento laboral y, en otras, excluida. En todo caso, el tratamiento de esta modalidad de trabajo se resuelve y disuelve en un problema de simple calificación jurídica de la relación obligatoria. Ésta será tipificada como una relación extralaboral, reconducible, por ejemplo, a los esquemas civilistas del mandato o de la ejecución de obra; pero también será configurada por los ordenamientos, en ocasiones, como una relación laboral, común o especial (de grupo, *d'équipe*, *di squadra* o *Eigengruppe*), cuando el empresario contrata con el grupo en conjunto y le asigna la realización de una obra o de un servicio común, instituyéndose entonces un vínculo "unitario y único" entre el grupo de trabajadores y el empresario³³.

Radicalmente distinto es el tratamiento normativo dispensado a los casos de desdoblamiento jurídico de la figura del empresario; es decir, a aquellos supuestos en los que el trabajador concierne la relación con un empresario que, no obstante, procede a desplazar o transferir a otro sujeto, que permanece encubierto y oculto, las posiciones jurídicas asociadas a la condición de parte del contrato en calidad de empleador. Estas situaciones quedan sistemáticamente prohibidas en el tráfico jurídico, al ser calificadas como maquinaciones o engaños enderezados a defraudar los derechos de los trabajadores. O como razonara, entre nosotros, el Preámbulo del Decreto-Ley de 15 de febrero de 1952, es necesario abortar "un sistema o procedimiento de contratación de mano de obra que, si se extendiera, por no ser atajado y reprimido con todo el rigor de la Ley, podría dejar prácticamente sin efectos todos los beneficios de amparo, tutela y protección" de los trabajadores. Las prácticas de transformación

del contrato de trabajo de negocio angular en negocio triangular atraen hacia sí severos reproches jurídicos, que a menudo trascienden el plano contractual para constituir tipos delictivos reprimidos en la vía penal.

Dando de lado la reacción penal, la respuesta de los ordenamientos eurocontinentales a los fenómenos de cesión de mano de obra que empiezan a emerger, aún de forma esporádica, durante las décadas inmediatamente posteriores a la terminación de la II Guerra Mundial, es contundente y, en lo esencial, unánime. Aún cuando pudieran diverger en su articulación jurídica, en la práctica totalidad de estos ordenamientos se dicta un *corpus* normativo armonizado que comparte una misma fundamentación jurídica y persigue un común objetivo. Aquella primera, que no hace sino traducir los postulados dogmáticos del contrato de trabajo, puede enunciarse de manera sencilla: quien hace suya la *utilitas* del trabajo por cuenta ajena y dependiente adquiere las posiciones de crédito y débito normativamente asociadas a la figura del empresario. Para los ordenamientos eurocontinentales, la condición de empresario es indivisible; no cabe compartirla jurídicamente con otro, so pena de instalarse en el borde exterior del tráfico jurídico. De su lado, el objetivo al que sirven las medidas adoptadas no es otro que la quiebra del mecanismo interpositorio y la restauración del efecto jurídico derivado de la bilateralidad del vínculo contractual.

b) Su progresiva moderación. El recurso a las técnicas de co-responsabilidad entre distintos empresarios

8. Estos mismos ordenamientos, los ordenamientos europeos, van a percatarse de inmediato, no obstante, de que para combatir el *marchandage* de mano de obra no basta rehacer la angularidad genética de la relación laboral, desterrando al empresario aparente y reinstalando, en su lugar, al empresario real. Simultáneamente y para preservar los derechos de los trabajadores que se hubieren visto perjudicados, es preciso reconstruir su angularidad funcional mediante

el recurso a las técnicas propias utilizadas por el derecho de obligaciones en los casos en los que la relación jurídica se encuentra integrada por una pluralidad de personas.

Bien mirado, la aplicación de fórmulas de co-responsabilidad pasiva empresarial no vendría a aportar novedad alguna en el panorama legislativo europeo. Las primeras leyes sobre seguros sociales, sobre todo en materia de accidentes de trabajo, ya habían consagrado la responsabilidad del empresario principal respecto de los trabajadores del contratista de obra y servicio por el pago de las cuotas y, en su caso, de las indemnizaciones o subsidios a que diere lugar. Con todo, la adopción por las legislaciones de la época de una serie de medidas ordenadas a la represión del tráfico de mano de obra aparejará importantes consecuencias, apreciables en el doble plano normativo y teórico o constructivo.

En el plano normativo, estas medidas acometen una profunda reordenación del régimen jurídico de las contrataciones de obras y servicios vigente. Ante el temor de que las aún contenidas prácticas empresariales de descentralización de parte de su ciclo productivo pudieran ser utilizadas como vías encubiertas de prestamismo laboral, las legislaciones europeas de inicios de la segunda mitad del siglo pasado establecen mecanismos de refuerzo de los créditos laborales de titularidad de los trabajadores al servicio de los contratistas y subcontratistas. La imputación de responsabilidades típicamente contractuales más allá de la esfera patrimonial de quien es parte de la relación obligatoria no persigue, a la postre, sino localizar, a través de un encadenamiento de eventuales responsables, un último que sea solvente³⁴. A partir de entonces y hasta nuestros días, la contratación de obras y servicios y la cesión de mano de obra son instituciones que pasan a ser objeto de una regulación conjunta en algunos ordenamientos. Ello sucederá, de manera paradigmática, en el nuestro. Y así, el Decreto 3667/1970, de 17 de diciembre, con independencia de la muy diversa calificación jurídica que efectúa de una y otra institución, las emparejará con fundamento en la característica común que ambas

comparten; a saber: la disociación, indirecta en la contratación y directa en la cesión, entre quien asume la condición de empresario y quien se beneficia de la prestación de trabajo.

En el plano teórico, la adopción de aquellas medidas promoverá, probablemente por vez primera desde la aparición del Derecho del Trabajo y su consagración como un sector del ordenamiento jurídico dotado de autonomía y sustantividad, la apertura de un fecundo debate sobre la figura del empresario. Si bien es cierto, como ya advirtiera SINZHEIMER en 1922, que el contrato de trabajo “no es el Derecho del Trabajo”³⁵, no es menos verdad que la dogmática de éste se fue construyendo sobre las bases de aquel otro, elaborada, muy señaladamente, a partir de la posición jurídica del trabajador. En la década de los años cincuenta y sesenta, esta dogmática experimenta, si no un cambio, sí al menos un enfoque más plural; un enfoque que, de alguna manera, ya anticipa o, tal vez, prepara el camino para la recepción por los ordenamientos laborales de la institución que habría de conmocionar, un cuarto de siglo más tarde, los cimientos de la dogmática más tradicional del contrato de trabajo. Me refiero, claro es, a las Empresas de Trabajo Temporal.

Entendida en su acepción más generalizada como aquella empresa que dedica su actividad principal a poner a disposición de otros empresarios, de manera provisional o transitoria, a trabajadores a los que previamente se ha contratado para esa finalidad, la figura de la ETT pone entre paréntesis la estructura clásica del contrato de trabajo. La dualidad de partes contratantes y, lo que es más importante, la radical unidad y unicidad de la relación obligatoria por ellos creada desaparece y, en su lugar, surge una tríada de sujetos que interrelacionan entre sí. Por este lado, el trabajo prestado a través de las ETT no sólo rompe la configuración de la relación laboral como una relación entre dos partes; al multiplicar las relaciones jurídicas, la forma de trabajar que la ETT instrumenta quiebra la noción misma del contrato de trabajo celebrado entre un trabajador y un empresario como fuente única de derechos y obligaciones, de poderes y responsabilidades.

De conformidad con una opinión unánimemente mantenida por nuestra doctrina científica, tres son las relaciones jurídicas a que da lugar la ejecución de una prestación de trabajo mediante la ETT. La primera relación es la que se instaura entre el trabajador y la ETT que le contrata para ponerle a disposición, retribuyendo sus servicios. La segunda es la que se entabla entre ese mismo trabajador y la empresa que recibe la prestación de trabajo (empresa usuaria, en el lenguaje normativo). A estas dos relaciones, en fin, se yuxtapone y superpone una tercera, existente entre la ETT y la empresa usuaria de sus servicios, nacida de un contrato nominado: el contrato de puesta a disposición.

En un contexto como el tan sumariamente descrito, no es de extrañar que el principal problema o uno de los principales problemas que surgiera con motivo de la emergencia, primero, y de la consolidación, más tarde, del trabajo *interimaire* es el referido a la distribución de las responsabilidades entre la ETT y la empresa usuaria, campo éste al que se añade el otro gran grupo de supuestos en el que los ordenamientos comparados aplican por vez primera, en el contrato de trabajo, las viejas fórmulas de la pluralidad de responsables, procedentes del derecho común de las obligaciones y contratos. Por todo ello, la opción contenida en el Libro Verde de instalar los problemas de determinación de responsabilidades en el centro del debate de las relaciones de trabajo triangulares ha de ser valorada positivamente

B) LA ORDENACIÓN JURÍDICO-POSITIVA DE LA CO-RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL: APUNTES CRÍTICOS

a) La insatisfactoria solución de la garantía de la responsabilidad subsidiaria en el régimen de las Empresas de Trabajo Temporal

9. Desde que la Ley 14/1994 otorgara carta de ciudadanía legal al ejercicio de la actividad de suministro de mano de obra, las EETT han sido objeto de una constante atención doctrinal.

Ello se debe, desde luego, a la novedad que el estatuto jurídico del trabajo ejecutado a través de las propias EETT introduce en nuestro panorama legislativo. Pero también trae causa en un dato menos oportunista y coyuntural, aunque no siempre haya sido adecuadamente ponderado: la consideración de la ETT como una nueva forma de organización jurídica del trabajo. Sólo desde una configuración semejante es dable apreciar, en sus complejas dimensiones, el impacto del trabajo *interimaire* en la dogmática más tradicional del contrato de trabajo. El contrato de trabajo temporal es, de seguro, un contrato sinalagmático, que rompe, sin embargo, el esquema del sinalagma funcional ideado por esa dogmática. Y es que, como ya se ha indicado, la característica más acusada del trabajo temporal estriba en su novedosa estructura contractual; en una estructura que reordena, con arreglo a pautas diferentes y predeterminadas legalmente, el conjunto de prestaciones y contraprestaciones, derechos y obligaciones, facultades y responsabilidades.

En el esquema de la forma jurídica típica de trabajar, en lo que con calculada crítica el Libro Verde denomina como “modelo tradicional del Derecho laboral”, los problemas aplicativos de la deuda y de la responsabilidad empresarial, entendidos una y otra como los elementos institucionales de las obligaciones del empresario, se resuelven de conformidad con el principio de bilateralidad que informa la estructura contractual de aquel tipo. Es ésta, sin embargo, una solución difícilmente aplicable al trabajo temporal, pues en él las posiciones de crédito del trabajador puesto a disposición podrían hacerse valer, al menos en principio, frente a quienes, en la compleja estructura contractual anudada, aparecen como sus deudores. Tal es, como no podía ser de otro modo, la solución legalmente establecida y en virtud de la cual de las obligaciones laborales y de Seguridad Social nacidas de la relación de trabajo temporal son deudores la ETT y la empresa receptora de la prestación de trabajo.

Este escenario apenas insinuado ya denota la relevancia que la responsabilidad empresarial asume en la unidad jurídica contractual

en que el trabajo temporal consiste. En primer lugar, relevancia teórica, pues la responsabilidad, en su calidad de elemento de la obligación, forma parte de la compleja estructura contractual de esta nueva forma jurídica de trabajar. En segundo lugar, relevancia práctica o aplicativa, pues del modo como el legislador regule este aspecto de las obligaciones laborales dependerá, en gran medida, la intensidad del poder que asiste al trabajador de satisfacer de una manera efectiva y real sus créditos en el supuesto de que tenga que exigir coactivamente su cumplimiento.

En las relaciones triangulares, el fundamento de la imputación de responsabilidad a quien no ostenta la condición contractual de empleador reside en un principio de justicia conmutativa. Cuantos se benefician de los resultados del trabajo por cuenta ajena, han de soportar las correlativas posiciones de débito derivadas de la relación laboral. En el trabajo temporal, bien que no sólo en él, la extensión de la responsabilidad a la empresa usuaria cumple así una primera función manifiesta, cual es la de garantizar al trabajador en misión la satisfacción de sus créditos laborales y de Seguridad Social. Y también cumple una segunda función de saneamiento del mercado, evitando la aparición de EETT insolventes. Es ésta, sin embargo, una función muy secundaria, pues en nuestro ordenamiento la solvencia económica de la ETT pretende asegurarse, ante todo, mediante la constitución y actualización anual de una garantía financiera (art. 2.1 LETT). Por este lado, pues, el trabajador dispone de un doble mecanismo para satisfacer sus deudas. Acreditada la insolvencia de la ETT, el trabajador puesto a disposición puede instar, en primer lugar, la ejecución de la citada garantía; y, de no resultar ésta suficiente, puede activar el sistema de responsabilidad frente a la empresa usuaria. No es cuestión ahora de entrar a examinar el funcionamiento de la garantía financiera, cuyo régimen jurídico dista de responder a la función asignada. Lo que me interesa destacar es la correlación que, en nuestro ordenamiento, existe entre la tan mencionada garantía y el tipo de responsabilidad que

legalmente se ha asignado a la empresa usuaria: la responsabilidad subsidiaria.

La regla de la responsabilidad subsidiaria beneficia, en primer lugar, a la empresa usuaria, inicialmente liberada de las responsabilidades laborales de los trabajadores que prestan servicios en su organización. Pero dicha regla también favorece a las EETT, pues constituye un estímulo directo a la contratación de sus servicios, mejorando, incluso, el tipo de responsabilidad previsto para los casos de contratos de obras y servicios³⁶.

Desde estas premisas, no pueden dejar de compartirse las contundentes y argumentadas críticas de un destacado sector de nuestra doctrina científica a la decisión normativa adoptada. En primer lugar, por cuanto la regla de la responsabilidad subsidiaria quiebra la tradición normativa y jurisprudencial establecida en materia de responsabilidades empresariales en las relaciones triangulares y que no es otra que la responsabilidad solidaria. La distinta solución dada al trabajo temporal y al trabajo en las contrata y subcontratas no es razonable desde una perspectiva de equidad, resultando paradójica la falta de correspondencia entre vinculación del trabajador y tipo de responsabilidad: a mayor vinculación, la responsabilidad establecida, en lugar de extremarse, se atenúa y modera. Pero aquella decisión es igualmente reprochable por una segunda razón; a saber: las mayores y más complejas cargas procedimentales que el trabajador ha de soportar para hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria frente a la empresa usuaria y que se concretan en la previa ejecución de la garantía financiera³⁷.

b) La obsolescencia social de la garantía de la responsabilidad solidaria en el régimen de contrata y subcontratas

10. El art. 42 ET, en la versión introducida en 1980 por el primer ET, establecía, en los dos apartados en que entonces se estructuraba, una garantía en favor de los créditos salariales y de los derechos de Seguridad Social de los trabajadores del empresario contratista o sub-

contratista, frente a su eventual insolvencia, a cargo del empresario principal. Con semejanza, aquél precepto, en realidad, venía a mantener, en lo esencial, un conjunto de reglas ya vigentes en nuestro ordenamiento laboral desde hacía una década; en concreto, desde la promulgación del Decreto 1677/1970 y la ulterior Ley de Relaciones de Trabajo de 1976. En todo caso, y es ello lo que importa destacar, el contenido de la garantía legal quedaba sustanciado en la asunción por el empresario principal, siempre y cuando contratase obras o servicios correspondientes a su *propia actividad*, de una responsabilidad solidaria “de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata (y durante el año siguiente a la terminación del encargo) con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo”. El elemento clave del entero mecanismo de garantía instituido por el art. 42 ET lo aportaba, así pues, la noción de contrata y subcontrata manejada, coincidente con un tipo restrictivo de contrato de ejecución de obra o de prestación de servicio definido por referencia a la contratación de la propia actividad del empresario principal.

Desde 1980 hasta nuestros días, el sistema de protección predispuesto por el art. 42 ET a fin de proteger a los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas ha conocido un doble y combinado proceso de cambio³⁸. En primer lugar, las decisiones empresariales de descentralización productiva, que forman el sustrato contemplado por aquel pasaje legal como base del entero sistema de protección, han experimentado un proceso de extensión y generalización tan intenso como extenso. Hasta tal punto, que el recurso por parte de las empresas a formas de externalización de actividades ha propiciado la aparición de un nuevo modelo de organización empresarial (empresa-red), que ha dado al traste y arrumbado el modelo anterior de empresa fordista. Esta formidable expansión de la descentralización productiva ha aumentado de manera expo-

nencial el recurso por parte de las empresas a las fórmulas de la subcontratación y, por consiguiente, ha incrementado con igual intensidad la población laboral que presta su trabajo en empresas que contratan o subcontratan con otra principal.

No obstante ello y en segundo lugar, el concepto de propia actividad, determinante para la aplicación de la protección legalmente prevista en el art. 42. ET, ha experimentado una evolución reductora por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Una vez descartadas las primeras lecturas restrictivas, las lecturas derivadas en buena medida de una concepción patológica de los fenómenos de contratación o subcontratación y que se sustentan en la exigencia, a efectos de aplicación del sistema de responsabilidad solidaria, de una rigurosa identidad o coincidencia funcional entre la actividad principal de la empresa principal y la de la empresa contratista, la jurisprudencia opta de manera resuelta por una inteligencia amplia y flexible de la noción “propia actividad”, articulada a través del denominado criterio de *sustituibilidad*. De conformidad con éste criterio, la empresa contratista participa en la propia actividad del empresario principal cuando éste, de no celebrar la correspondiente contrata, se encuentre forzado a ejecutar por sí mismo y, por tanto, con personal por él empleado la obra o servicio concertado. Con semejante inteligencia de la noción de propia actividad, el art. 42 incorporaba en su ámbito de imputación normativa, en primer lugar, aquellas actividades que, aun no formando parte de la función productiva del empresario principal, resultan necesarias para la producción del bien o la prestación del servicio, constitutivo de su objeto social, o, más en general, para el cumplimiento de los fines empresariales perseguidos (administración gestión comercial o financiera, atención a los clientes o, en fin, informática, por ilustrar el criterio con algunos significativos ejemplos)³⁹. Pero también integraba, en segundo lugar, las contratas y subcontratas que tienen por objeto servicios comunes o generales, tales como la limpieza de locales empresariales, la vigilancia y seguridad de los centros de trabajo (senten-

cia del TSJ del País Vasco de 16-7-1991), los servicios de comedor o de cafetería (sentencia del TS de 27-6-1991), el transporte (Sentencia del TSJ de Madrid de 2-4-1991) o los servicios de envío de correspondencia o mensajería. En consecuencia, solo quedan excluidas de la noción legal y, por tanto, del ámbito del art. 42.1 ET las actividades privadas de conexión, por colateral que sea, con el fin productivo de la empresa.

Esta primera y extensiva interpretación irá siendo sustituida de manera progresiva pero firme por otra distinta, a tenor de la cual solamente las actividades que se corresponden con el objetivo productivo de la empresa y resultan esenciales para la consecución del mismo pueden entenderse como pertenecientes al tipo legal de “propia actividad” (sentencia de TS de 18-1-1995). Por este lado, quedan extramuros del ámbito de aplicación del tan mencionado art. 42 ET todas aquellas actividades, principales o accesorias, que no sean absolutamente indispensables no ya para el funcionamiento de la actividad normal de la empresa principal sino para el desarrollo de su propia actividad, en cuanto garantía de su finalidad productiva⁴⁰.

11. La acción combinada de estos dos procesos, el de generalización de la descentralización productiva y el de reducción del ámbito de protección dispensado por el art. 42 ET, arroja un saldo resueltamente negativo, formulado éste juicio en términos de protección de los trabajadores. A medida que la descentralización productiva se expande y generaliza, convirtiéndose en una fórmula de recurrente utilización, y, como consecuencia de esa expansión, se amplía el volumen de trabajadores incluidos en las plantillas de empresas contratistas y subcontratistas; mientras esos cambios se van sucediendo en nuestra realidad económica, el ámbito de protección previsto por el legislador a favor de este colectivo se va estrechando y reduciendo.

Y es que la evolución jurisprudencial en la interpretación del concepto de propia actividad lleva asociados dos efectos, directamente combinados. De un lado, un efecto *dique*, ya

que deja fuera del mecanismo de garantía, impidiendo su disfrute, a los trabajadores de las empresas que comienzan a ofertar la ejecución de obras o la prestación de servicios de actividades que forman parte de la segunda y ulteriores generaciones de los procesos de descentralización productiva. De otro y adicionalmente, un efecto *expulsión*, pues destierra del ámbito subjetivo de aplicación del tan citado pasaje legal a un buen número de trabajadores que, hasta entonces, habían venido beneficiándose de la garantía de la responsabilidad solidaria al amparo de la interpretación dominante en la jurisprudencia. El giro jurisprudencial habido en el concepto de propia actividad actuará, en suma, como un factor de estímulo y desarrollo de las decisiones empresariales de externalización de actividades.

Pero una exacta comprensión de la significación cuantitativa y cualitativa de las consecuencias derivadas de los cambios habidos en la doctrina jurisprudencial solo puede entenderse a la luz de una segunda y coetánea evolución, igualmente liderada por nuestra jurisprudencia. Este nuevo giro interpretativo va a afectar, ahora, al alcance de la causa de los contratos temporales de obra o servicio determinado (art. 15.1.a. ET) o, por mejor enunciarlo, a la conexión jurídica entre duración de los contratos temporales y vigencia de la contrata o de la concesión administrativa, que igual da. En un primer momento, la Sala de lo Social del TS sostendrá la independencia entre el carácter temporal de los contratos y la duración de las contrataciones civiles o mercantiles (las concesiones administrativas), de manera que la finalización o extinción de éstas constituye una circunstancia ajena a la vigencia de los contratos de trabajo de los trabajadores de las empresas contratistas subcontratistas (entre otras muchas, sentencias del TS de 26-9-1992, 11-11-1992, 17-3-1993 y 4-5-1995). La legalidad de los contratos de obra o servicio determinado dependerá, así, de la naturaleza de la tarea concertada y no de la temporalidad de la prestación de un servicio a un tercero⁴¹. Modificando esta interpretación, la posterior jurisprudencia en unificación de doctrina

(sentencias del TS, entre otras, de 15-1-1999 y 20-11-2000) considerará como causa válida para el concierto de contratos de trabajo de carácter temporal la duración determinada de los contratos civiles, mercantiles o administrativos celebrados entre la empresa comitente (o la entidad pública concesionaria) y la empresa contratista (o concesionaria). En el decir de la jurisprudencia, en suma, la naturaleza temporal de los negocios interempresariales dota así de fundamento bastante a la celebración de contratos temporales de trabajo.

Esta segunda evolución de la doctrina jurisprudencial termina así poniendo, a disposición de las organizaciones empresariales, nuevas y potentes herramientas para una gestión flexible de la mano de obra, aportando adicionalmente muy relevantes razones para una masiva utilización, por parte de las empresas (sobre todo, de las grandes corporaciones industriales o de servicios), de los procesos de descentralización productiva. Para las empresas que de manera creciente recurren a formas de descentralizan productiva, el cambio en el concepto de “propia actividad” las libera de los riesgos y costes de la asunción de una responsabilidad solidaria encadenada. Y, para las empresas contratistas, el giro en la causa del contrato temporal de obra o servicio determinado disminuye y aligera los riesgos y costes

de protección. Y en un momento como el presente, hacerlo adicionalmente sin dilaciones ni demoras.

laborales derivados de la colaboración en proyectos empresariales ajenos.

La conclusión que puede extraerse de las anteriores consideraciones no es difícil de adivinar. Nuestro ordenamiento positivo cuenta con una norma destinada aparentemente a garantizar los derechos de los trabajadores de los contratistas y subcontratistas. No obstante ello, la garantía de responsabilidad solidaria instituida por el art. 42 ET se encuentra instalada en una situación de obsolescencia social debido a determinadas interpretaciones jurisprudenciales, que reflejan definidas opciones de política de derecho. En lugar de aunar de manera equilibrada flexibilidad para los empresarios y seguridad para los trabajadores, esas interpretaciones han multiplicando las medidas de flexibilidad a favor de los empresarios mediante el expediente de reducir el ámbito de imputación del art. 42 ET y ampliar la causa de la contratación temporal por obra o servicio determinado. La inexistencia de medidas normativas en la Ley 43/2006 (y en el acuerdo social que le precedió) puede calificarse como una oportunidad perdida de haber logrado introducir un principio de mayor equilibrio entre seguridad y flexibilidad en la aplicación del régimen de las contrataciones y subcontratas. En un contexto como el descrito, de seguridad perdida, resulta de todo punto necesario intentar recuperar para el reseñado pasaje legal su fun-

NOTAS

1. Bruselas, 22-11-2006, COM (2006) 708.

2. Cfr. Libro Verde, p. 1.

3. Cfr. Libro Verde, 2.a.

4. Para una visión crítica general del Libro Verde, me remito a la contestación elaborada por la CES. Vid. CONFÉDÉRATION EUROPÉENNE DES SYNDICATS (CES), *Consultation des Partenaires Sociaux européens sur le Livre Vert de la comisión européenne, Position de la CES adoptée par el Comité Exécutif les 20 et 21 mars à Rome*, COM (2006) 708 final.

5. Vid., por todos, WILTHAGEN/TROS (2004), RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER (2007) y LAULON (2007).
6. Sobre el modelo danés de *flexicurity*, MADSEN (2004). Para una visión crítica, CONCIALDI (2007, 203).
7. Medida a través de parámetros diversos, tales como la estabilidad en el puesto de trabajo, la cuantía salarial o el ámbito objetivo de protección social.
8. Informe del Grupo Europeo de Empleo, *Trabajo, trabajo, trabajo: creando más empleo en Europa*, noviembre de 2003, p.9.
9. Cfr. MONTOYA MELGAR (2008, 86).
10. *Flexicurity Pathways. Turning hurdles into stepping stones*, Report by the European Expert Group on Flexicurity, June 2007, p. 17.
11. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Hacia los principios comunes de la flexiguridad: mas y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*, Bruselas 27-6-2007, COM (2007) 359 final.
12. Consejo Europeo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores, *Hacia los principios comunes de flexiguridad*, diciembre 2007.
13. Cfr. Libro Verde, p. 5.
14. Cfr. Libro Verde, punto 5.c.
15. Cfr. Libro Verde, p.13.
16. Todos los entrecuadrados últimamente citados en Libro Verde, p.14.
17. La jurisprudencia relativa al desplazamiento de trabajadores ha hecho notar que el sistema de responsabilidad solidaria constituye una medida de protección resulta aceptable y es necesaria y proporcionada, ya que salvaguarda el derecho de los trabajadores de los subcontratistas al salario mínimo. Vid. sentencia TJCE de 12-10-2004, asunto C-60/03 *Wolff y Müller*, Rec. I-9553. Vid., igualmente, art. 5 de la Directiva 96/71/CE.
18. Vid. la propuesta modificada de Directiva del parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal. COM/2002/701 final.
19. “¿Qué aspectos organizativos del ordenamiento del tiempo de trabajo debe abordar prioritariamente la Comunidad?”.
20. “¿Cómo pueden garantizarse en toda la Comunidad los derechos laborales de los trabajadores que efectúan prestaciones en un contexto transnacional, especialmente los trabajadores fronterizos? ¿Piensa que es necesario mejorar la coherencia de las definiciones de «trabajador» que figuran en las directivas europeas para garantizar que esos trabajadores puedan gozar de sus derechos laborales con independencia del estado miembros en que se encuentren trabajando? ¿O estima que los Estados miembros deberían mantener su autoridad en este ámbito?”.
21. “13. ¿Piensa que es necesario reforzar la cooperación administrativa entre las autoridades competentes para que puedan controlar más eficazmente el respeto del Derecho laboral comunitario? ¿Piensa que los interlocutores sociales pueden desempeñar un papel en esta cooperación?”
14. ¿Opina que son necesarias otras iniciativas a escala de la UE para sostener la acción de los Estados miembros en la lucha contra el trabajo no declarado?”.
22. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Resultado de la consulta pública sobre el Libro Verde de la Comisión “Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, Bruselas 24-10-2007, COM (2007) 627 final, p. 2.
23. Las respuestas se pueden consultar en la web: http://employment_social/labour_law/green_paper_reponses_en.htm.
24. Para un estudio más detenido del mercado laboral europeo, vid. por todos, VALDES DAL-RÉ /ZUFIAUR NARVAIZA (2006).

25. Parlamento Europeo, Resolución sobre el Libro Verde “Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, P6_TA-PROV (2007) 0339 de 11-7-2007.
26. CONFÉDERATION EUROPÉENNE DES SYNDICATS (CES), *Consultation des Partenaires Sociaux européens sur le Livre Vert de la comisión européenne, Position de la CES adoptée par el Comité Exécutif les 20 et 21 mars à Rome*, Resume des points clés, p. 31.
27. Vid. BUSINESSEUROPE, *Position Paper on Green Paper modernising Labour Law to meet the challenge of the 21^a Century*, Mars 2007.
28. Vid. nota (18).
29. Vid. VERGARA DEL RÍO (2005).
30. Vid. VALDÉS DAL-RÉ (2005).
31. La contundente crítica que en su día hiciera la primera generación de grandes laboristas españoles a la noción de contrato de trabajo contenida en el art. 1 de la LCT 1944 por el giro gramatical empleado al aludir al empresario (“uno o varios patronos o empresarios”) es tributaria de esta tradición dogmática. Por todos, vid. ALONSO OLEA (1968, 4), quien califica la expresión como “desafortunada y tediosa”.
32. Cfr. Libro Verde, p. 5.
33. Vid. ALONSO OLEA (1955, 161).
34. Entre la muy abundante bibliografía, vid: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER (1972); MARTÍN VALVERDE/GARCÍA MURCIA (1982), MONEREO PÉREZ (1994) y LLANO SÁNCHEZ, (1999).
35. Cfr. SINZHEIMER (1984, 49).
36. Cfr. MOLERO MARAÑÓN (2001, 58).
37. Vid. MOLERO MARAÑÓN (2001, 60).
38. Vid. VALDÉS DAL-RÉ (2007).
39. Vid. LLANO SÁNCHEZ (1999, 40). También GOELLICH PESET (2000) y MOLERO MARAÑÓN (2003).
40. Vid. LLANO SÁNCHEZ (1999, 63) y MOLERO MARAÑÓN (2003, 76).
41. Por todos, LAHERA FORTEZA (2001, 74)

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ALONSO OLEA, Manuel (1955): *Pactos colectivos y contratos de grupos*, Madrid (IEP)
- ALONSO OLEA, Manuel (1968): *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 2º ed., Madrid (Pub. Facultad de Derecho)
- CONCIALDI, Pierre (2007): *Non à la precarité*, Paris (Mango)
- GOERLICH PESET, José María (2000): “Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios”, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), pp. 78-107
- LAHERA FORTEZA, Jesús (2001): *Los contratos temporales en la unificación de doctrina*, Madrid (Ed. La Ley)
- LAULOM, Silvan (2007): “El enfoque comunitario del concepto de flexiseguridad”, *Relaciones Laborales (RL)*, núm. 15/16, pp. 29-46
- LLANO SÁNCHEZ, Mónica (1999): *Responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas*, Madrid (Ed. La Ley)
- MADSEN, Kongshoj (2004): “The Danish model of flexicurity: experiences and lessons”, *Transfer*, vol. 10, núm. 2, pp. 187-207

- MARTÍN VALVERDE, Antonio/GARCÍA MURCIA, Joaquín (1982): "La responsabilidad en caso de subcontrata de obras y servicios y cesión de trabajadores", en Efrén Borrajo (Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales. Estatuto de los Trabajadores*, t.VIII, Madrid (Ed. Edersa), pp. 221-270
- MONEREO PÉREZ, José Luis (1994): *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, Madrid (Ed. Ibidem)
- MOLERO MARAÑÓN, María Luisa (2001): *La responsabilidad empresarial frente al personal de las Empresas de Trabajo temporal*, Madrid (Ed. La Ley)
- MOLERO MARAÑÓN, María Luisa (2003): *La descentralización productiva en la unificación de doctrina*, Madrid (Ed. la Ley)
- MONTOYA MELGAR, Alfredo (2008): "Sobre globalización, «flexiguridad» y estabilidad en el empleo", *Aranzadi Social*, núm. 6, pp. 75-93
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel (1972): "La regulación protectora del trabajo en contratas", *Revista de Política Social*, núm. 93, pp. 5-66
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel (2007): "Flexiseguridad: el debate europeo en curso", *RL* núm. 15/16, pp. 3-28
- SINZHEIMER, Hugo (1984): *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, Madrid (IELSS)
- VALDÉS DAL-RE, Fernando (2001): "Poderes y responsabilidades en una nueva forma jurídica de trabajar: el trabajo temporal", *RL* núm. 14, pp. 1-10
- VALDÉS DAL-RE, Fernando (2007): "Contratas y subcontratas: las reformas pendientes", *RL* núm. 2, pp. 1-10
- VALDÉS DAL-RE, Fernando/ZUFIAUR NARVAIZA, José María (Directores) (2006): *Hacia un mercado europeo de empleo*, Madrid (Ed. MTAS)
- VERGARA DEL RÍO Mónica (2005): *Empresas de trabajo temporal (representación de los trabajadores y negociación colectiva)*, Madrid (CES)
- WILTHAGEN, Ton/TROS, Frank (2004): "The concept of flexicurity. A new approach to regulating employment and labor markets", *Transfer*, vol. 10, núm. 2, pp. 166-186

Fecha de recepción de originales: 14 de octubre de 2008

Fecha de aceptación de originales: 5 de noviembre de 2008