

PRÓLOGO

“Mas nunca se delibera sobre cosas que no pueden ser de otra manera que como son, ni sobre cosas en las que no hay un fin a que aspirar, es decir, un bien que pueda ser objeto de nuestra actividad”

Si se entiende por sabiduría el discernimiento de la propia conveniencia, del propio interés, será preciso reconocer entonces muchas especies diferentes de sabiduría”

Aristóteles
Ética a Nicómaco

El desarrollo de las relaciones laborales en el marco de contratas y subcontratas de obras y servicios constituye hoy en día uno de los aspectos de mayor relevancia en el funcionamiento de nuestro mercado de trabajo y, en especial, en lo que afecta a las condiciones de empleo y de trabajo en ese ámbito. La universalización de los procesos de descentralización productiva tiene una intensa repercusión sobre esta materia, por cuanto que no sólo provoca un incremento cuantitativo de las fórmulas de subcontratación entre empresas, sino que por añadidura comporta una nueva lectura cualitativamente diferente del conjunto de las instituciones laborales y no sólo de las tradicionalmente implicadas en la materia. Son, por tanto, fenómenos generalizados en todas las economías modernas, y no exclusivamente en las más desarrolladas, los que provocan este resultado de impacto tan fuerte sobre el conjunto de las relaciones laborales, si bien puede intuirse que se trata de una tendencia que en nuestro país ha alcanzado dosis incluso más elevadas comparativamente con lo que sucede en otros países limítrofes bastante similares en cuanto al modelo económico y de relaciones laborales imperante. Puede que en esta vertiente en España se hayan acentuado, aun más si cabe, las estrategias organizativas empresariales, por tanto concentrando en la descentralización productiva las vías de salidas a las opciones de flexibili-

dad buscadas por las empresas, en detrimento de otras alternativas posibles y complementarias a la misma.

Más allá de las valoraciones que se puedan realizar sobre el impacto de estas transformaciones, lo que es indiscutible es la necesidad y oportunidad de que los laboristas sigamos centrando nuestra atención sobre la respuesta del ordenamiento laboral a la realidad compleja de las contratas y subcontratas de obras y servicios. De ahí que resulte fácil comprender la enorme utilidad y actualidad de proceder a efectuar una descripción y análisis general de las múltiples vertientes institucionales que presenta el trabajo en contratas de obras y servicios. Ese es precisamente el objetivo bien logrado del libro que ahora se prologa de Dulce Soriano Cortés, donde se ofrece desde una perspectiva eminentemente jurídica, esa necesaria visión de conjunto plenamente actualizada, con enfoque señaladamente práctico de resolución de problemas interpretativos y con sugerentes propuestas de reforma legislativa.

Sean cuáles sean tanto las causas determinantes como la intensidad del fenómeno, lo que no cabe la menor duda es el importantísimo impacto que ello está teniendo sobre el funcionamiento en su conjunto de las relaciones laborales en España. Por ello, aunque refiere ya a una realidad ampliamente consolidada entre nosotros desde cierto tiempo atrás, no por ello deja de suscitar un manifiesto desconcierto entre los estudiosos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Como todo fenómeno complejo y de amplias aristas, el diagnóstico de la situación no resulta sencillo y con seguridad se incurrirá en errores si se pretenden hacer análisis simplificadores, particularmente si los mismos vienen seguidos de recetas unidireccionales, que no tomen en consideración la variedad de condicionantes y de intereses en juego. Aun cuando a estas alturas es de común aceptación que nos enfrentamos a un escenario asentado, con raíces estructurales en el largo plazo y, por tanto, impensable que sea reversible, se advierte desde la perspectiva laboral una actitud de respuesta meramente defensiva y sin voluntad de afrontar el fenómeno con una comprensión global de su alcance, sin reconocer que no basta con medidas parciales. Dicho de otro modo, se percibe un cierto bloqueo, derivado de un modo de atrincheramiento en posiciones clásicas. Para unos, el conjunto de transformaciones derivadas de la descentralización productiva se viene concibiendo como esencialmente patológico y negativo para el correcto funcionamiento de nuestro sistema de relaciones laborales, por lo que todo se trata de ponerles frenos y cotos en la medida de lo posible a estas transformaciones de nuestro sistema productivo. Para otros, tales transformaciones sólo incorporan virtudes y beneficios para todos, de modo que cualquier regulación o intervención desde ordenamiento laboral es percibida como factor de distorsión y empeoramiento de lo que debe discurrir con naturalidad por sí mismo.

Frente a ello, a mi juicio personal, lo oportuno es tomar en consideración todas las perspectivas en juego. De un lado, sin necesidad de minusvalorar los retos y

complicaciones que derivan de este nuevo escenario de una estructura empresarial basada en la descentralización productiva, creo que conviene partir como idea de arranque de los efectos positivos que en su comprensión global está provocando esta fórmula; efectos positivos particularmente constatables en lo que incide sobre un funcionamiento flexible de las empresas, una superior especialización de las empresas, una potencialidad de mejor competitividad de nuestra economía, una más rápida respuesta a las demandas del mercado, un más ágil desarrollo de nuestro mercado de trabajo y, en definitiva, unas mayores expectativas de sólido incremento del empleo. La clave, por tanto, se encuentra en valorar estos elementos positivos, por tanto situando el fenómeno dentro de una percepción fisiológica del mismo. Eso sí, al propio tiempo y de otro lado, siendo conscientes de los efectos que la descentralización productiva provoca sobre la llamada desorganización del Derecho del Trabajo y, en particular, la pérdida de efectividad de instituciones laborales clásicas concebidas tradicionalmente para corregir los desarrollos propios del trabajo subordinado. Por tanto, haciendo compatible esa comprensión fisiológica de las contrataciones con lo que tradicionalmente ha constituido la seña de identidad de la intervención del ordenamiento laboral en el funcionamiento del mercado de trabajo: la tutela de los intereses de los trabajadores y la corrección de las situaciones de desigualdad social que provoca un desarrollo de las relaciones laborales bajo las exclusivas premisas de las reglas propias de la economía del mercado. Eso sí, ahora con la necesidad de proceder a un *aggiornamento* de las técnicas tradicionales que han devenido ineficaces, cuando no el ensayo de técnicas nuevas. Indiscutiblemente, dentro de esta realidad aceptada como fisiológica, ha de reconocerse que van a surgir manifestaciones eminentemente patológicas y de ellas también deberá dar cumplida cuenta el ordenamiento jurídico, pero sobre la idea de que estas manifestaciones indeseables surgen en el contexto de la descentralización productiva como pueden estar presentes en cualquier otra realidad social compleja en donde siempre habrá conductas perseguibles a resulta de actitudes de ventajismo siempre extendidas en la actividad económica, pero que no derivan por propia naturaleza del fenómeno en cuestión. El hecho de que las relaciones triangulares a las que da lugar un sistema de subcontratación empresarial introduzca dosis superiores de complejidad en las relaciones laborales no comporta por sí mismo en estos momentos por sí sola una expresión patológica, siempre que ello se efectúe con transparencia, con el debido control y sin voluntad de utilizarlo fraudulentamente. Sin descartar tampoco que la presencia de manifestaciones patológicas de la descentralización productiva pueda derivarse de unas resistencias a aceptar las consecuencias necesarias de las exigencias actuales de flexibilidad en el funcionamiento del sistema económico, que se expresan así por no acudir a otras alternativas más razonables, sin saber abordar debidamente la gestión de dicha flexibilidad.

Ahora bien, lo que puede afirmarse con cierto grado de sencillez y común aceptación, presenta en su concreción para cada una de las materias una indiscutible

dificultad práctica, no sólo porque sean muchos los factores sobre los que inciden las opciones empresariales de subcontratación, sino particularmente porque la tensión de los intereses en juego es especialmente aguda en estos casos. Así, sin grado alguno de exageración, puede afirmarse que hoy en día, entre nosotros, esta temática constituye el prototipo por excelencia en el que se manifiesta la dificultad de lograr el necesario equilibrio entre las exigencias de flexibilidad por parte de las empresas y las pretensiones de seguridad por parte de los trabajadores.

Esa actitud antes calificada de atrincheramiento en las posiciones clásicas ha dado lugar a una cierta neutralización de las iniciativas de reforma de las tradicionales reglas del juego y, en concreto, de adaptación del conjunto del sistema laboral a la nueva realidad. Bien la propuesta de medidas aisladas o bien la resistencia a poner todas las cartas sobre la mesa ha impedido llegar al consenso necesario que abordara de frente la necesaria reforma laboral.

Ejemplo paradigmático de ello puede encontrarse en la subyacente discusión en la última reforma laboral en torno a la cuestión relativa a la correlación entre la duración de los contratos de trabajo temporales celebrados por las empresas auxiliares con sus empleados y la contratación mercantil concertada por la misma empresa auxiliar con la empresa principal, justamente cuando se pretende vincular la duración de la relación laboral al compromiso mercantil temporal existente entre las dos empresas; fórmula que, como es sabido, ha sido aceptada como lícita por parte de nuestro Tribunal Supremo. A pesar de las variadas propuestas que se han barajado al efecto, en orden a que los procesos de descentralización productiva no favorezcan aún más si cabe las altas tasas de temporalidad en nuestro mercado de trabajo, poco se ha incorporado en esta reforma laboral de manera directa por lo que afecta a las contrataciones de obras y servicios. Ciertamente en este resultado han incidido factores de muy diversa naturaleza, que no es ocasión de abordarlo con el detalle que merece en este momento. Eso sí, uno de los factores que parece que ha influido decisivamente ha sido la incapacidad de lograr el necesario punto de equilibrio en esta materia, para lo cuál hubiera sido preciso tomar en consideración una vez más el conjunto del sistema y no aislar ni parcializar el problema en la redacción de la regulación de las causas de contratación temporal para obra o servicio determinado. En todo caso, aun es pronto para hacer un balance certero de ciertas medidas de la reforma verificada, pues en concreto habrá que estar atentos a los efectos que producen las nuevas reglas, legales y previsiblemente también convencionales, sobre topes máximos temporales en el encadenamiento de contratos temporales sucesivos, reglas que si bien están concebidas con carácter general pueden tener también un impacto inmediato sobre los contratos temporales en el marco de un régimen de subcontratación empresarial.

Y cuando me refiero a las reformas en la materia y a la falta de voluntad de poner en juego todos los instrumentos que inciden sobre la misma no quiero aludir exclusivamente a la normativa estatal, pues también presenta una importancia

sobresaliente tanto el contenido como la estructura de los convenios colectivos. Piénsese, por ejemplo, en los muy importantes efectos que los mecanismos de descentralización productiva producen sobre la cuantía de los salarios de los trabajadores externalizados comparativamente con los de los empleados que mantienen su vinculación a la empresa principal, con resultados evidentes de ampliación del abanico salarial entre los unos y los otros. En ello, más allá de la normativa estatal sobre el salario mínimo, las reglas provienen esencialmente de la negociación colectiva, donde es obligado tomar en consideración tanto la estructura de la negociación colectiva que da lugar a la aplicación de convenios diferenciados para unas y otras empresas, como a los contenidos mismos de dichos convenios referidos al de las empresas auxiliares pero también al de la empresa principal. Valga la insistencia, mientras que no haya una comprensión de conjunto de todos los elementos en juego, difícilmente se podrá ofrecer una respuesta aceptable por unos y por otros, que logre un razonable equilibrio entre flexibilidad y seguridad.

Incluso en ese juego de piezas del puzzle no sólo es obligado traer a colación el escenario derivado del conjunto de las reglas abstractas al respecto, sino también el modo como las mismas están siendo objeto de aplicación, desde la evolución interpretativa por parte de la jurisprudencia hasta las opciones de gestión laboral adoptadas por parte de las empresas. De ahí, una vez más, la enorme utilidad de la obra de Dulce Soriano, en la medida en que aborda en su totalidad los elementos más prácticos aplicativos de la normativa en cuestión.

Probablemente ésta sea una de las razones principales por las que se observa cómo, a pesar de las muchas reformas laborales abordadas en los últimos tiempos, éstas escasamente han incidido sobre las materias que más directamente inciden sobre el régimen de las contrataciones de obras y servicios. La última de las reformas, la correspondiente al año 2006, constituye a nuestro juicio un claro exponente de ello, por lo que puede aventurarse que en esta materia se puede calificar como un cierre en falso de la referida reforma laboral. Es cierto que, a pesar de todo, comienza a abordarse la materia en diversos frentes y ya se advierten los primeros ensayos de reformas legales en esta materia, si bien lo siguen siendo sobre aspectos no centrales de lo que más preocupa al respecto. Dicho con cierta superficialidad, a la vista de que no se pueden afrontar los nudos gordianos de la cuestión, se desvía la atención hacia la labor de control por parte de los representantes de los trabajadores. En suma, tarde o temprano habrá que volver a reconsiderar los resultados de esta reforma en sus diversos objetivos, lo que es bastante previsible que exija de nuevos debates de reforma laboral.

Pero, sobre todo, el carácter relativamente secundario de los cambios ensayados hasta el presente, contrasta con la profundidad de las transformaciones que se están produciendo en la realidad social sobre la que inciden prescripciones clásicas en la materia. Cada vez resulta más fácil percibir como la funcionalidad de

las normas tradicionales invariables en lo formal han dejado de tener el impacto del pasado, porque al actuar sobre un contexto notablemente diverso han devenido inaplicables, cuando no pasan a desplegar efectos diversos respecto a los que fueron concebidos. Para unos el resultado puede resultar muy cómodo analizado desde sus particulares intereses, porque esa obsolescencia de la norma neutraliza los efectos para los que en su momento se incorporó al ordenamiento laboral. Para otros ocasiona una superior preocupación por el deterioro y particularmente por la segmentación que trae consigo; pero sin capacidad de respuesta idónea en el terreno de lo propositivo y, en particular, de lo propositivo materializable en la práctica en el escenario en el que nos desenvolvemos.

Véase el claro ejemplo de lo que está sucediendo con el ámbito aplicativo de la norma provocada por el requisito de la «propia actividad» sobre las responsabilidades económicas introducidas por la legislación laboral. El proceso generalizado de externalización de las empresas, con mayor evidencia en el ámbito del sector servicios, provoca que la idea de la «propia actividad» no sólo se encuentre notablemente superada en el nuevo contexto, sino que derivado de la aplicación práctica de la misma dé el resultado contradictorio de amparar a los grupos que menos lo necesitan y excluir a los que se sitúan en las zonas de mayor debilidad contractual. Al final resulta pírrico cualquier esfuerzo de actualizar el concepto de «propia actividad» para adaptarlo a la nueva realidad, por cuanto que se trata de un condicionante pensado para un modelo empresarial esencialmente centralizado y de producción industrial en masa que hoy en día no es el prevalente. En esta línea, la obra de Dulce Soriano tiene la enorme virtud de la ponderación, sacando a la luz lo intrincado del problema y cómo las propuestas extremas son escasamente realistas. Así, sin dejarlo de tomar en consideración, acaba rechazando tanto la opción de la eliminación de raíz de la «propia actividad» como requisito presupuesto para la imposición de la responsabilidad solidaria, como la otra variante del mantenimiento del *statu quo*, formalmente inmovilista, pero que en la práctica escora el resultado hacia la inoperatividad aplicativa de la norma. Probablemente, también se trate de buscar una respuesta diversificada a actuaciones sobre materias diferentes, por cuanto que no es lo mismo por ejemplo el ámbito de la responsabilidad salarial que el correspondiente a la prevención de riesgos laborales en contextos de coordinación de actividades empresariales. De igual forma, habría que preguntarse si es idónea la situación actual de plena extensión de responsabilidad cuando se trata de contrataciones de la propia actividad y de total exención de dichas responsabilidades cuando estas contrataciones se desenvuelven extramuros de la propia actividad, de modo que podría debatirse en torno a la oportunidad de tratamientos escalonados que vayan hacia una diversa intensidad de tales responsabilidades según la mayor o menor proximidad al núcleo central del objeto social de la empresa, pero no a su ausencia total.

De otro lado, como ya hemos tenido ocasión de resaltar en otras ocasiones, la incorporación de instituciones en otros ámbitos, como son el Fondo de Garantía

Salarial o el principio de automaticidad de las prestaciones en el ámbito de la Seguridad Social, provoca que la funcionalidad de las reglas de responsabilidad económica desempeñen un impacto de todo punto diverso al que desplegaron en su origen; el resultado es que cada vez más se trata de reglas cuya funcionalidad pivota más sobre la tutela de los fondos públicos que en relación con los intereses de los trabajadores, cuando todos coinciden en que ésta ha sido la razón histórica de la imposición de este tipo de responsabilidades. Pero, de nuevo, afrontar una reforma aislada sobre el particular no es tarea fácil al respecto, pues el equilibrio del conjunto se resiente; la situación de bloqueo de posiciones dificulta enormemente la búsqueda de un nuevo punto de equilibrio en esta materia y el logro de una legislación más acorde con los tiempos que vivimos.

Incluso, prescripciones legales que desde sus orígenes han concitado común acuerdo en cuanto a la confusión técnica de su redacción y la dificultad de ofrecer una interpretación asumible de forma mínimamente coherente, resulta poco factible en este escenario proceder a formular una propuesta razonable de reforma de la misma. Baste con citar al efecto lo previsto en relación con la solicitud de certificado de descubierto por parte de la empresa principal respecto del cumplimiento de las obligaciones de cotización a la Seguridad Social de la empresa auxiliar, que ha dado lugar a tantas variantes interpretativas como autores se han aproximado a la lectura de la misma. El esfuerzo de Dulce Soriano a estos efectos es encomiable, presentando en la obra todas las variantes interpretativas posibles y decantándose argumentadamente por la que considera más razonable contextual y teleológicamente. Eso sí, más allá de la utilísima labor hermenéutica dirigida a los profesionales del Derecho en su labor cotidiana, el debate propositivo deja de situarse en el plano meramente técnico de la más coherente de las interpretaciones, para convertirse en un elemento más de distorsión del conjunto del sistema legal, que a la postre sólo acaba siendo percibido por algunos como un engorro burocrático más que pesa sobre las empresas involucradas.

A la postre, de toda esta regulación superada por la realidad y su aplicación distorsionada en su funcionalidad, lo más preocupante se cifra en los efectos perversos que está provocando, pues el resultado perceptible es que el proceso de descentralización productiva viene acentuando la segmentación de nuestro mercado de trabajo; una segmentación del mercado de trabajo con una deriva cada vez más intensa hacia el modelo que con acierto se ha denominado de «flexibilidad en el margen». En efecto, se advierte una fuerte tendencia a la dualización de la población asalariada, con unos trabajadores que gozan de una situación de intensa protección de su seguridad laboral frente a otros que se sitúan en gran medida en condiciones de precariedad laboral; los primeros incorporados a las empresas principales, que suelen ser de mayores dimensiones, frente a los segundos vinculados a las empresas auxiliares. A mayor abundamiento, en esa periferia sobre todo de las empresas auxiliares con uso intensivo de mano de obra, baja productividad y menor aportación de valor añadido, tienden a concentrarse un

perfil más o menos identificado de asalariados, caracterizado por tratarse de trabajadores con escasos niveles de cualificación profesional, con una presencia mayor de mujeres trabajadoras y, como una de las nuevas realidades a seguir atentamente a partir de ahora, donde va incrementándose notablemente la incorporación de la población inmigrante. De este modo, el resultado puede ser desequilibrado entre quienes se sitúan en el terreno de las empresas principales y quienes se ubican en el ámbito de las empresas auxiliares. Con seguridad no es el modelo más deseable de reparto de la «flexiseguridad» en nuestro sistema de relaciones laborales, pues se trata de un sistema de reparto subjetivo de colectivos sociales y no por equilibrios internos dentro de cada contrato de trabajo. Por ello, resulta oportuno buscar vías alternativas que superen este tipo de tendencias hacia la segmentación laboral; cuando menos, en ese terreno de compensación de las desigualdades y evitación de los efectos de marginación de los grupos más débiles contractualmente es donde ha encontrado mayor legitimación desde sus orígenes nuestra legislación laboral y, en general, las políticas públicas de actuación sobre el Estado social.

La obra que el lector tiene en sus manos tiene la valentía de afrontar con decisión y criterio personal la enorme complejidad de la materia tratada. A pesar de los riesgos que comporta la opción elegida, la obra se decanta por ofrecer una visión global de la materia, por medio de la cual se abordan los contenidos laborales y de Seguridad Social sobre los que mayor repercusión tiene el fenómeno de las contrata. De este modo, se afrontan tanto los límites conceptuales de la institución central de las contrata (contrastada con figuras afines y su amplia tipología legal) como el régimen jurídico previsto para las diversas manifestaciones de la misma; se estudia tanto la posición jurídica del trabajador en el seno de la relación laboral en su perspectiva individual, como la vertiente colectiva de las facultades de control por parte de los representantes de los trabajadores incluyendo el espacio que desempeña la negociación colectiva; se aborda tanto el régimen de derechos y facultades de las partes, como el amplio abanico de responsabilidades económicas establecidas al efecto; se toman en consideración tanto los elementos de derechos sustantivo como los instrumentos procedimentales de control del cumplimiento de la normativa; se analizan tanto las manifestaciones de funcionamiento fisiológico de la institución como las respuestas a las expresiones patológicas del uso de los diferentes tipos legales.

Otro de los méritos de la obra es que se ha efectuado un esfuerzo final de plena actualización de la monografía respecto de su texto original. En particular, es digno de mención como el trabajo sale a la luz plenamente al día, incorporando las últimas novedades. De este modo, el lector podrá encontrar una ajustada explicación de las novedades incorporadas por la reforma laboral del último año (Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo), así como por las muy interesantes fórmulas ensayadas en el ámbito de la construcción (Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el

sector de la construcción). De igual forma, el libro da cumplida cuenta de la jurisprudencia más reciente interpretativa de la normativa tomada en consideración.

No quisiera concluir sin dejar constancia que el libro que se prologa tuvo su origen en la elaboración de la tesis doctoral de la autora, defendida ante un Tribunal compuesto por los profesores Dres. D^a María Fernanda Fernández López, D. José Luis Monereo Pérez, D. José María Göerlich Peset, D^a Teresa Pérez del Río y D^a Patrocinio Rodríguez Ramos, que tuvieron a bien concederle la calificación de sobresaliente cum laude por unanimidad. Sus atinadas observaciones en el momento de la lectura han permitido corregir y mejorar la obra en este momento de su publicación, motivo redoblado para expresar mi agradecimiento personal a las sugerencias realizadas en su momento. Prueba a la postre de la valía de la obra es que la misma ha merecido el ya bien prestigiado premio de tesis doctoral otorgado por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Sólo me resta agradecer muy sinceramente la confianza depositada en mi como director de la tesis por parte de la autora, que a partir de ahora se incorpora con todo reconocimiento de méritos a la doctrina laboralista de nuestro país.

Jesús Cruz Villalón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla