

“CONSECUENCIAS LABORALES DE LA SUBCONTRATACIÓN: UNA EXPLICACIÓN DE CONJUNTO”

Wilfredo Sanguinetti Raymond
Profesor Titular y Catedrático Habilitado
Departamento de Derecho del Trabajo y
Trabajo Social
Universidad de Salamanca ¹

Sumario: I. El nuevo papel de la subcontratación dentro del modelo productivo emergente. II. Las indiscutibles repercusiones laborales de un fenómeno organizativo en principio puramente mercantil: la precariedad laboral y salarial como posibles secuelas de la operación descentralizadora. A. La sustitución del contrato de trabajo por formas externas de vinculación a los procesos productivos como premisa. B. Una forma sencilla de transformar puestos permanentes en temporales, eludir el marco normativo que les es aplicable y restar efectividad a los mecanismos de acción colectiva de los trabajadores. III. Una explicación de conjunto: la subcontratación como instrumento capaz de “poner entre paréntesis” la aplicación del Derecho del Trabajo y sus principios tutelares.

I. El nuevo papel de la subcontratación dentro del modelo productivo emergente

En poco menos de dos décadas, la subcontratación de las actividades empresariales ha pasado, de ser un componente ocasional y poco trascendente de los procesos de producción, destinado a satisfacer necesidades esporádicas de labores especializadas de escasa trascendencia o a cubrir parcelas muy limitadas de la actividad productiva, a convertirse en un componente estructural de los mismos.

En la base de este espectacular crecimiento de la importancia de la subcontratación se encuentran, como a estas alturas es de sobra conocido, los cambios experimentados en las últimas décadas en el entorno económico en el que deben desarrollar su actividad las empresas. Estos cambios, y en especial la necesidad de adaptar las estrategias de gestión empresarial a un contexto más inestable y competitivo que en el pasado, han 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 im-

¹ El presente texto, que el autor tiene el agrado de presentar a los colegas que integran la red de laboristas coordinada por Pedro Guglielmetti, será defendido en la **III Conferencia de Economía Laboral**, a celebrarse en Lima los días 29 y 30 de octubre de 2009.

puestos por la nueva situación, modalidades de gestión de los procesos de producción desconocidas en el pasado, 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 centrales 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*².

Como salta a la vista, el funcionamiento de este nuevo modelo organizativo se basa en la interacción de dos elementos complementarios: la especialización de las distintas unidades productivas y la coordinación de sus aportaciones parciales para la consecución de los objetivos globales del proyecto empresarial. El relieve asumido en los últimos años por la subcontratación se debe a que constituye, precisamente, la forma principal, si bien no única, de hacer efectiva esa coordinación entre organizaciones productivas en principio independientes, sin la cual el funcionamiento integrado de las diversas actividades implicadas no sería posible. Ha de tenerse en cuenta que, si bien la empresa red es capaz de asumir formas distintas dependiendo de las peculiares características de los sectores y actividades a los que se aplique, sus principales manifestaciones se sirven de la subcontratación para conseguir la conjunción de los diferentes proyectos empresariales implicados. Este es el caso del denominado *modelo de empresa flexible*, propio de los grandes sectores industriales, que se caracteriza por incorporar al proceso productivo, al lado de la aportación central de un núcleo duro de trabajadores estables cada vez más reducido, las aportaciones parciales de numerosas empresas contratistas especializadas, con las que se establece un estrecho sistema de cooperación para garantizar el adecuado funcionamiento de las cadenas de producción. Y también del *modelo de empresa contratista*, típico de la construcción y otros sectores dedicados a la ejecución de obras o no sujetos a un ciclo productivo continuo, para el cual la subcontratación constituye una herramienta fundamental, al extremo de llegar a copar en algunos casos la integridad del desarrollo de las actividades productivas, pasando a ocuparse la empresa comitente casi de manera exclusiva del planeamiento y la coordinación general de las mismas. Más alejados de este paradigma se encuentran, en cambio, los distintos *modelos de red empresarial*, en los que la coordinación entre las entidades implicadas se lleva a cabo a través de mecanismos diferentes de la subcontratación, como la franquicia, o a partir de la esfera comercial, como ocurre por ejemplo en el caso de las grandes cadenas comerciales³. Estos últimos asumen, sin embargo, un papel menos relevante que los

² De acuerdo con la terminología empleada por 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.

³ Para hacer esta descripción se ha seguido la enumeración, no necesariamente exhaustiva, de distintas formas de estructuración de la empresa red propuesta por A. Recio, op. cit., págs. 220-224. Como apunta este autor, op. cit., pág. 220, el denominado modelo de empresa red no es en realidad "un modelo común de empresa, en la medida en que cada sector y actividad tiene unas características propias –tecnológicas, de ciclo productivo, etc.– que condicionan su desarrollo. Se trata más bien de un conjunto de modelos organizativos que tienen en común unos elementos característicos" entre los cuales destaca el hecho de que la empresa deje de ser concebida "como un conjunto de actividades integradas" y pase a constituirse en "un complejo entramado de unidades empresariales que tienen un conjunto de nexos de conexión entre sí, una red de relaciones bien definida en las que la gran empresa actúa como elemento central de la red, como la instancia que le da sentido". Estas características básicas se encuentran presentes en los cuatro modelos de empresa red a los que se ha hecho alusión en el

dos modelos anteriores, que operan en la práctica como las formas de expresión por excelencia del nuevo modelo de organización reticular de las actividades productivas.

Es importante advertir, en cualquier caso, que la subcontratación que se sitúa en la base del modelo productivo emergente se distingue claramente, tanto por su papel como por su configuración interna, de la contratación mercantil tradicional. De lo que se trata ahora no es ya, como ocurría en el pasado, de adquirir de forma ocasional bienes o servicios producidos de forma independiente por terceros para el mercado, sino más bien de comprometer su colaboración estable para el desarrollo de un proyecto empresarial propio. En función de ello, la prestación del contratista no se lleva a cabo aquí de manera singular o aislada, sino como un componente más de la actividad de la empresa comitente, a la cual se encuentra estratégicamente vinculada mediante la estipulación de un programa negocial, el cual debe ser cumplido en sus propios términos si se quiere conseguir el funcionamiento integrado del ciclo productivo⁴. La subcontratación opera en estos casos, así pues, como un medio para conseguir mantener, pese a la transferencia hacia el exterior de tareas o funciones concretas, el control global del proceso de producción⁵. El instrumento para ello está constituido por el establecimiento, a través del aludido programa negocial, de unas pautas precisas a las que deben ceñir su actuación las empresas contratistas. Se obtienen con ello resultados muy similares a los derivados de la organización y dirección del trabajo ajeno, pero sin dar lugar a un vínculo de subordinación jurídica.

De allí que, más que de subcontratación a secas, se prefiera hablar en estos casos de *descentralización productiva* u *outsourcing*, con el fin de destacar cómo la misma actúa como una herramienta el servicio de una estrategia global de gestión de los procesos productivos caracterizada por el recurso por parte de la empresa que asume el control de los mismos a empresas especializadas o colaboradores externos para la realización de algunas —y eventualmente todas o la mayor parte— las fases o actividades que forman parte de los mismos, en lugar de llevarlas a cabo de forma directa, mediante la contratación de personal sujeto a una relación de dependencia. La descentralización productiva constituye, de tal forma, una estrategia de gestión empresarial basada en la combinación de tres elementos: a) la fragmentación y externalización de las actividades que integran un único ciclo de producción; b) el empleo de empresas especializadas y proveedores externos, normalmente en régimen de subcontratación, para su atención; y c) la coordinación global de las actividad de estos últimos por parte de la empresa principal, que mantiene así el control del entero proceso de producción pese a su disgregación⁶. Esta estrategia se sitúa en la base de los dos principales modelos de empresa red a los que se ha hecho referencia antes: el de empresa flexible y el de empresa contratista, en la medida en que ambos se sirven de la subcontratación como forma privilegiada de vinculación de las aportaciones par-

texto, por más que la técnica de conexión utilizada no sea, como se ha podido comprobar, siempre la misma.

⁴ Como apuntara hace ya bastante tiempo A. Martín Valverde, “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”, en AA.VV., **Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo**, Madrid, MTSS, 1990, pág. 225.

⁵ Conforme observa 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.

⁶ Para una aproximación general a la descentralización productiva como fenómeno organizativo y estrategia empresarial, vid. W. Sanguinetti 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.

ciales de las diferentes organizaciones que forman parte de la red empresarial a la dirección y objetivos globales de aquella que se sitúa al frente de la misma. De allí que su importancia –y, con ella, la de la técnica contractual de la que normalmente se sirven– corra paralela al peso cada vez mayor que vienen adquiriendo esta clase de organizaciones en la actualidad.

Todo lo anterior nos permite apreciar hasta qué punto la subcontratación de actividades productivas ha pasado en pocos años, de situarse en la periferia de los procesos de producción, a integrarse en el núcleo de las estrategias empresariales de estructuración de los mismos. Ello nos induce a interrogarnos por las repercusiones laborales de tan espectacular transformación.

II. Las profundas repercusiones laborales de un fenómeno organizativo en principio puramente mercantil: la precariedad laboral y salarial como posibles secuelas de la operación descentralizadora

En principio, el propósito declarado de la puesta en marcha de las estrategias de externalización de las actividades productivas es incrementar la capacidad adaptativa de la empresa, haciéndola más ligera, ágil, eficiente, flexible y competitiva, al reducir sus dimensiones y concentrar su actividad en el desarrollo en lo que constituyen sus competencias básicas o nucleares⁷. Paralelamente, a través de ellas se buscaría también aprovechar la mayor capacidad de respuesta de las pequeñas y medianas empresas al cambio económico y tecnológico, sirviéndose de su actividad como eficaz complemento de la que se ha decidido ejecutar de forma directa. La consecución de objetivos en el plano laboral se sitúa, desde esta perspectiva, fuera del ámbito de la fundamentación nuclear de la conveniencia del recurso a la descentralización productiva.

Esta apreciación guarda coherencia, al menos desde el punto de vista formal, con la configuración técnica de este instrumento. En efecto, al basarse en la subcontratación de las actividades productivas, que pasan a ser realizadas por colaboradores externos o empresarios independientes contando con sus propios medios y personal, el *outsourcing* se configura como una técnica de gestión de los procesos productivos de naturaleza y alcances puramente mercantiles, sin incidencia directa sobre la aplicación de las normas laborales. Éste se sitúa, como se ha observado, en estadio previo a dicha aplicación, como es el de la estructuración de las actividades empresariales⁸, y no es capaz, por tanto, de ejercer influencia sobre ella.

A pesar de ello, son abrumadoras las evidencias que ponen de manifiesto cómo el encargo a terceros de parcelas la actividad productiva es percibido, en la práctica, esencialmente como un instrumento dirigido a conseguir una flexibilización notable de las formas de uso de la fuerza de trabajo y un ahorro significativo de los costes salariales a ellas asociados, soslayando los límites impuestos a estas operaciones por la legislación laboral vigente y los convenios colectivos de aplicación a la empresa⁹.

⁷ Como apunta F. Casani Fernández de Navarrete, “La descentralización productiva y la realidad económica”, en L. Gil Suárez (Director), **Descentralización productiva**, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pág. 199, “la principal fundamentación de las ventajas del *outsourcing* estratégico se basa en la importancia de concentrar los esfuerzos de la empresa en el mantenimiento y desarrollo de sus competencias nucleares (...). De esta forma se libera a la estructura de la empresa del resto de las actividades que son realizadas por especialistas externos y se mantiene una organización muy ágil y ligera, centrada en las actividades que sustentan su núcleo de competencias”.

⁸ Así, J. Cruz Villalón, “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”, **Revista de Trabajo**, 1994, núm. 13, pág. 22.

⁹ En este sentido, nuevamente F. Casani Fernández de Navarrete, op. cit., pág. 200.

¿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 producir efectos tan corrosivos sobre la aplicación de las normas laborales?

La explicación se encuentra, aunque a primera vista pueda parecer paradójico, en la propia técnica empleada para hacer efectivo dicho encargo. Es decir, en el recurso a la tantas veces mencionada subcontratación de actividades productivas. A continuación habrá ocasión de comprobarlo pasando revista a las consecuencias que la aplicación de este instrumento es capaz de generar sobre las relaciones laborales a las que afecta.

A. La sustitución del contrato de trabajo por formas externas de vinculación a los procesos productivos como premisa

El efecto más notorio de dicha opción es, como resulta fácil de aventurar, una masiva sustitución de relaciones de trabajo dependiente prestado de forma directa y regular por formas externas de relación con terceros para la realización de la misma actividad productiva.

En principio, la vinculación de la aportación de terceros al proceso productivo puede tener lugar de dos maneras distintas: bien mediante la contratación de colaboradores externos, los cuales desarrollan sus tareas de forma personal y directa contando con medios materiales propios, o bien a través del establecimiento de relaciones de colaboración con empresas auxiliares, que ejecutan la parcela de actividad que les ha sido encomendada con su propio personal. En el primer caso, la transferencia al exterior de la actividad se traduce en el reemplazo de la prestación de trabajo dependiente de los trabajadores de la empresa principal por formas de trabajo autónomo coordinado de acuerdo a las necesidades de la misma. En cambio, cuando se opta por el recurso a sociedades contratistas, la descentralización introduce una división del trabajo entre empresas en principio distintas ¹⁰, en tanto que cada una cuenta con su propia organización de medios y su propio personal, pero dentro de la cual aquella que es titular del proceso global de producción asume por lo general una posición de dominio de hecho o de derecho sobre las auxiliares con el fin de asegurarse la consecución de sus objetivos estratégicos. En los dos supuestos el efecto perseguido es, sin embargo, en última instancia el mismo: la sustitución del poder de dirección por otras formas de organización de la actividad ajena a través de las cuales se elude la configuración de un vínculo laboral con quienes atienden la actividad productiva, pero sin renunciar al control global de los procesos de producción, que se intenta mantener por otras vías.

Esta extensión del espacio de la contratación extralaboral conlleva, por lo demás, una ampliación de la zona fronteriza entre el trabajo subordinado, sujeto al Derecho del Trabajo, y el trabajo autónomo, excluido de él; así como entre los supuestos de externalización legítima, admitida de forma implícita por la mayor parte de ordenamientos, y los de mera interposición en la posición del empleador, prohibidos de manera prácticamente unánime ¹¹. Es así como, frente a la tradicional dicotomía tra-

¹⁰ 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),

¹¹ Vid., respectivamente, J. Cruz Villalón, "Descentralización productiva", cit., pág. 18; y F. Navarro Nieto, "Descentralización productiva y relaciones laborales", **Documentación Laboral**, 2004, núm. 71, págs. 46-48

bajo subordinado-trabajo autónomo hace su aparición una franja o categoría intermedia de sujetos, formalmente autónomos pero materialmente dependientes de la empresa comitente, cuyo encuadramiento en función de los criterios tradicionales resulta las más de las veces sumamente complejo, cuando no insatisfactorio en cuanto a sus resultados ¹². De igual forma, la clásica alternativa empresario real-empresario ficticio se ve también puesta a prueba por la emergencia de un nuevo tipo de empresa “dependiente”, funcionalmente subordinada a los designios de aquella que controla el proceso global de producción y dependiente además de ella desde el punto de vista económico, cuyo encaje en una u otra opción plantea dudas más que razonables.

A esta mayor dificultad calificatoria se añade, finalmente, la evidente posibilidad de utilización de estas nuevas modalidades de inserción en la actividad ajena como meras formas de encubrimiento de la existencia de relaciones de trabajo en régimen de dependencia en provecho de la empresa principal. Una posibilidad que se incrementa de forma notable como consecuencia de la evolución de las técnicas contractuales y la tendencia a asegurar a través de ellas resultados en última instancia semejantes a los que hasta el momento se habían venido garantizando mediante el poder de dirección. Las figuras del falso trabajador autónomo, así como de la empresa “pantalla” o interpuesta entre los trabajadores y aquella que organiza y dirige realmente su actividad, adquieren a partir de estos fenómenos mayores posibilidades de plasmación que en el pasado.

La utilización masiva de la subcontratación entraña, así pues, un primer riesgo para la aplicación de las normas laborales: el de su progresiva pérdida de virtualidad, como consecuencia de la creciente sustitución del contrato de trabajo por otras formas de vinculación del esfuerzo ajeno a los procesos productivos, todas ellas caracterizadas por combinar la independencia, al menos formal, en cuanto a la realización material de la actividad, con unos niveles más o menos intensos de sometimiento a los objetivos estratégicos de las empresas a las que se atiende.

B. Una forma sencilla de transformar puestos permanentes en temporales, eludir el marco normativo que les es aplicable y restar efectividad a los mecanismos de acción colectiva de los trabajadores

Pero la descentralización productiva no es solamente un mecanismo capaz de hacer posible la expulsión del ámbito de la laboralidad de determinadas relaciones. Más relevantes aún, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, son las consecuencias que se encuentra en condiciones de desplegar sobre aquellas las relaciones de trabajo que, permaneciendo dentro del espacio de aplicación de las normas laborales, se ven afectadas por ella. En estos casos, como apuntan con insistencia quienes en los últimos años vienen prestando atención a estos procesos, la externalización contribuye a reducir la seguridad, la estabilidad y las garantías que dichas normas han venido asegurando en el pasado a los trabajadores sujetos a una relación de dependencia ¹³. El trabajo pierde, así, aquellas garantías básicas que contribuyen a transformar su calidad, tornándose “precario e inseguro” ¹⁴.

¹² Sobre el particular, vid. W. Sanguinetti Raymond, “La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿Un criterio en crisis?”, **Temas Laborales**, 1996, núm. 40, págs. 59-68.

¹³ En este sentido, expresamente J. Rivero Lamas, “La descentralización productiva ...”, cit., pág. 33.

¹⁴ J. Raso Delgue, “Outsourcing”, cit., pág. 43.

El mecanismo a través del cual se consigue esta reducción de garantías es bastante simple. Consiste en la elusión, mediante el recurso a empresas auxiliares o colaboradores externos, del presupuesto sobre el que se sustenta la aplicación de las mismas: la existencia de una relación directa entre la empresa titular de la actividad productiva y los trabajadores que se encargan de atenderla. Este hecho, en principio formalmente intrascendente, como se dijo, abre la posibilidad de una intensa precarización de las relaciones de trabajo de dichos trabajadores, así como de una minoración significativa de sus condiciones de trabajo. Unos efectos, ambos, imposibles de conseguir de mantenerse las tareas expulsadas en el ámbito de la empresa principal. Esto es así en la medida en que, al evitarse la configuración de dicha relación, la duración de las relaciones de trabajo, lo mismo que las retribuciones y demás beneficios del personal que lleva a cabo las labores exteriorizadas, dejan de estar vinculadas a las condiciones de desarrollo de la actividad por parte de la empresa principal, en cuyo ciclo productivo se encuentran en última instancia integrados, para pasar a depender de las del contratista. Se posibilita con ello esa transferencia de riesgos al exterior y conversión de los costes fijos de la empresa principal en variables que normalmente se encuentran en la base del recurso a estas técnicas.

Dicha operación tiene consecuencias, antes que nada, sobre la aplicación del principio de estabilidad en el empleo. Para tomar cuenta de ello basta con reparar en que, como consecuencia de la misma, la vigencia de las relaciones de trabajo del personal al servicio de la empresa contratistas deja de estar sujeta exclusivamente a las vicisitudes del desenvolvimiento de la actividad productiva de la empresa principal, a la que finalmente sirven, como ocurre de ordinario, para vincularse también a las de la relación entre su empleador y la misma. El fin de la contrata se convierte, de este modo, en un motivo susceptible de ser alegado para la extinción de estos contratos, así la actividad que realizan sigan siendo necesaria para la empresa principal. En tanto que la presunta imposibilidad de garantizar el empleo más allá del plazo del encargo deviene en causa capaz de ser utilizada como fundamento para la celebración de contratos de trabajo de duración determinada por tal período, incluso cuando a través de ellos se satisfagan necesidades ordinarias y permanentes de la empresa principal, que ella debería cubrir, de asumir directamente su realización, por medio de contratos por tiempo indefinido.

Lo anterior supone que mediante la externalización, no sujeto a ninguna exigencia causal, es posible fundamentar la conversión de puestos permanentes en temporales. Y también justificar su extinción por causas ajenas al funcionamiento de la actividad productiva a la que sirven. Todo ello, naturalmente, a falta de una intervención normativa o jurisprudencial que, trascendiendo los aspectos formales de la contratación, atienda al elemento sustancial de la persistencia de la necesidad de fuerza de trabajo que se atiende a pesar de los avatares de las relaciones entre la empresa comitente y contratista. De allí que se suela identificar a la sustitución de empleo fijo por temporal como uno de los principales efectos de la descentralización productiva y se ponga el acento en la precariedad como uno de los rasgos más característicos de la condición de los trabajadores que laboran para estas empresas.

A este efecto precarizador se añaden las consecuencias degradatorias que la operación externalizadora está en condiciones de desplegar sobre los salarios y las demás condiciones de trabajo de los trabajadores de las empresas contratistas. Ha de tenerse en cuenta que, al no poseer vínculo alguno con la empresa principal, dichas condiciones no han de adecuarse ya a los módulos uniformes aplicables al personal interno de ésta, sino que pasan a depender de la contratista. Una contratista creada por lo general para atender las necesidades de la mayor, de la que depende, y que debe ofrecer el

servicio a ésta en unas condiciones que hagan más provechoso recurrir a ella que contratar personal de forma directa. La respuesta previsible a esta tensión no es otra que la devaluación de las condiciones de trabajo del personal de contrata respecto del interno de la empresa principal. Una devaluación que viene facilitada por la no aplicación a dicho personal del convenio al que se encuentran sujetos los trabajadores de la empresa principal, bien por ser éste uno de empresa, o bien por situarse la empresa contratista, debido a su especialización, fuera de su ámbito funcional de aplicación, cuando se trata de un convenio sectorial. Ello abre la puerta a la posibilidad de sustituir dicho convenio por otro menos garantista, negociado con el propósito de favorecer un empobrecimiento de los derechos reconocidos a los trabajadores de las empresas contratistas comparados con los de los trabajadores de la principal, cuando no a la fijación unilateral de las condiciones de trabajo ¹⁵.

Es más, las consecuencias de esta operación pueden llegar a alcanzar a la elusión de la aplicación de la legislación laboral del país en el que se sitúa la empresa principal, cuando ésta opte por recurrir a la subcontratación de la actividad productiva con empresas situadas fuera del territorio nacional ¹⁶. Entonces, por aplicación del principio de territorialidad consagrado por la mayor parte de las legislaciones nacionales y los convenios internacionales sobre la materia, resultan de aplicación las normas laborales y convenios colectivos vigentes en el país en el que se realiza la prestación laboral y no en aquél en el que se aprovechan sus resultados. El recurso a la subcontratación permite, de tal manera, a las empresas comitentes la contratación del trabajo al precio del Estado menos protector, sin que la distancia sea un inconveniente decisivo para ello, dada la reducción de los costes de transporte y las facilidades que las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones ofrecen para la coordinación global desde destinos remotos de los procesos de producción ¹⁷.

Algo semejante ocurre también, aunque desde una perspectiva distinta, cuando la externalización tiene como destinatarios a trabajadores autónomos, ya que entonces la exclusión no afecta solamente a la aplicación de lo previsto en los convenios colectivos aplicables a la empresa principal sino a la legislación laboral misma. Estos trabajadores se ven privados, por la propia naturaleza del vínculo que los une a la empresa principal, de los más elementales derechos laborales, debiendo asumir las condiciones previstas en sus respectivos contratos, de naturaleza no laboral, sin importar si éstas son superiores, inferiores o distintas a las que la empresa comitente ofrece a su personal.

¹⁵ 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. Como apunta este autor, op. cit., pág. 50, en los últimos años asistimos a un proceso de “deliberada elusión de aquellos convenios caracterizados por dispensar un mayor nivel de protección de los derechos de los trabajadores a favor de otros nuevos —o de algunos ya existentes, convenientemente modificados en sus ámbitos funcionales— que tienen un contenido más débil desde el punto de vista de las condiciones laborales que ellos garantizan”, estando los primeros “reservados, a modo de coto cerrado, a los trabajadores contratados por las empresas principales”, en tanto que “los segundos pasan a ser de aplicación a los de las empresas contratistas”.

¹⁶ La transnacionalización de las empresas puede ser considerada, desde esta perspectiva, conforme observa A. Recio, “Empresa red ..”, cit., pág. 228, como “una de las fórmulas que adquiere este proceso, en la medida en que les permite diferenciar sus pagos salariales en función de las condiciones sociales (leyes, presencia sindical, convenciones ...) existentes en cada país”.

¹⁷ Sobre este fenómeno, con especial atención al trabajo a distancia habilitado por el uso de dichas tecnologías, vid. W. Sanguinetti Raymond, **Teletrabajo y globalización**, Madrid, MTAS, 2003, passim.

Puede afirmarse, en consecuencia, que la decisión de proceder a la segmentación del proceso productivo constituye también en un instrumento capaz de permitir a quienes optan por ella una fácil elusión del convenio colectivo que les es aplicable. E incluso de la propia legislación laboral. Estas pueden, como resultado de su empleo, ver significativamente reducida su estructura de costes, al poder disponer a través de las empresas subcontratistas de prestaciones llevadas a cabo por trabajadores sujetos a unas condiciones de trabajo bastante inferiores que las que les corresponderían si estuviesen insertos dentro de su plantilla. A la posible precariedad laboral se añade, de este modo, una paralela degradación salarial. Una degradación salarial cuyo único límite se encuentra, cuando las relaciones de trabajo continúan estando regidas por la legislación laboral, por el salario mínimo interprofesional. Pero que no encuentra cortapisa alguna de situarse la fuera de su ámbito de aplicación.

De lo que expuesto se desprende que la generalización de las estrategias descentralizadoras entraña un segundo y muy importante riesgo para el Derecho del Trabajo, que se añade al de su potencial pérdida de virtualidad: el de la degradación de la función protectora y homogeneizadora de las condiciones de trabajo que tradicionalmente han venido desempeñando las normas laborales, tanto de origen legal como convencional, como resultado del auge de modalidades precarias de contratación para la atención de todo tipo de necesidades productivas, sujetas además por lo general a convenios colectivos de mínimos, al menos frente a aquellos que resultarían de aplicación de no optarse por este tipo de soluciones, cuando no al puro imperio de la autonomía individual.

La descentralización productiva posee, de este modo, un inquietante efecto dualizador sobre el mercado de trabajo ¹⁸, en la medida en que alienta el desequilibrio entre trabajadores integrados en los mismos procesos productivos ¹⁹, en función de una opción puramente organizativa, como es la de proceder o no a su disgregación. Esto nos sitúa delante de un modelo de empresa no sólo “escueta” ²⁰, sino también “mezquina”, en la medida en que basa buena parte de su capacidad competitiva, cuando no toda, en ahorros en los costes de la mano de obra generados a través del empleo masivo de trabajo subcontratado, prestado en régimen de precariedad laboral y salarial ²¹.

Naturalmente, frente a ello existe siempre la posibilidad de recurrir a los mecanismos tradicionalmente empleados para compensar la desigualdad de posiciones en el ámbito de las relaciones laborales: la acción sindical y la negociación colectiva. No debe perderse de vista, no obstante, que las propias características de los procesos descentralizadores contribuyen igualmente a reducir el espacio de actuación y la efectividad de estos instrumentos. En este sentido, la descentralización productiva no sólo acentúa las dificultades de sindicación de los trabajadores a los que afecta, sino que obstaculiza la articulación de los intereses profesionales a niveles superiores. Las razones de este doble efecto hay que buscarlas, tanto en la minoración de las dimensiones de las empresas y el incremento de la precariedad laboral que suelen acompañar

¹⁸ Como apunta F. Valdés Dal-Ré, “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”, **Relaciones Laborales**, 2001, núm. 20, pág. 8.

¹⁹ J. Raso Delgue, “Outsourcing”, cit., p 43.

²⁰ En palabras de J. Rivero Lamas, “La descentralización productiva ...”, cit., pág. 22.

²¹ Nuevamente, F. Valdés Dal-Ré, op. cit., pág. 7.

a este tipo de fenómenos, como en el paralelo ensanchamiento del espacio para la individualización que a partir de ello se genera ²².

Esto se refleja en la negociación colectiva. A la inviabilidad de la empresa como unidad de negociación, que no es más que una consecuencia de su atomización, se suma una paralela dificultad para llevar a cabo una negociación razonablemente equilibrada a nivel sectorial, dada la reducida base organizativa y de representación de la se parte, así como las limitaciones de la posición de las empresas negociadoras, vista su dependencia respecto de las que les proveen de encargos. El resultado de todo esto no es otro, como se ha apuntado, que la suscripción de convenios colectivos de mínimos, incapaces de aproximarse a los aplicables a los trabajadores de la empresa principal.

III. Una explicación de conjunto: la subcontratación como instrumento capaz de “poner entre paréntesis” la aplicación del Derecho del Trabajo y sus principios tutelares

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 costos 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 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 posible sino 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. ²³

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 quienes 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 po-

²² J. Cruz Villalón, “Descentralización productiva ...”, cit., pág. 20.

²³ J. RIVERO LAMAS, “La descentralización productiva ...”, cit., pág. 81.

líticos 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”²⁴ 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 en condiciones además de reportar beneficios laborales superiores a los trabajadores que en él intervienen.²⁵ 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 simple pero eficaz instrumento al servicio de una política de abaratamiento abusivo de los costos laborales.

Si el panorama que acaba de ser descrito se aproxima a la realidad, no parece descabellado considerar como uno de los desafíos más importantes –sino el que más– 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 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.²⁶

²⁴ J. RASO DELGUE, “Outsourcing”, cit., pág. 44, que emplea entrecomillado el anglicismo “*bypass*”.

²⁵ Precisamente, como anota A. RECIO, “Empresa red ...”, 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”.

²⁶ Según propondría ya a principios de la década pasada J. CRUZ VILLALÓN, “Descentralización productiva ...”, cit., pág. 23.

