

El derecho del trabajo y las relaciones jurídicas calificadas como «zonas grises»

(El empresario plural: hacia un nuevo concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral)

Francisco Javier Arrieta Idiakez

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Deusto

Recibido: 29.10.09

Aceptado: 16.11.09

Resumen: En este estudio se aborda el supuesto del empresario plural, como particular zona gris del Derecho del Trabajo. Para ello, previamente, se lleva a cabo una contextualización de las zonas grises. Precisamente, dentro de dicho contexto, la figura del empresario plural llama la atención como relación triangular compuesta por dos empresarios y un trabajador. Al contrario de lo que ocurre con el resto de figuras ubicadas en las zonas grises, en su caso deben analizarse las características del Derecho del Trabajo y, en especial, la ajenidad y la dependencia desde el punto de vista de un concepto de empresario laboral distorsionado. Posteriormente, tomando como ejemplo el sector de la Marina mercante, y más concretamente, el ámbito de los pabellones de conveniencia, en el que se relacionan los navieros, los administradores de buques y los marinos, se describe la figura del empresario plural, y se indican los problemas que suscita y se proponen su correcta interpretación y sus posibles soluciones.

Palabras clave: Zonas grises del Derecho del Trabajo, empresario plural, Marina mercante, administradores de buques, marinos, pabellones de conveniencia.

Abstract: *This study addresses the figure of the plural employer, since it is a particularly grey area to Employment Law. In order to achieve this, the grey areas are set in context, and it is within this context, that the figure of the plural employer draws one's attention as a triangular relationship between two employers and a worker. Notwithstanding the foregoing to the contrary, as regards other figures that may be found within these grey areas, the characteristics of Employment Law, and in particular, dependency and the provision to work under a contract of service, must be contemplated, taking into account a distorted employer perspective. Having done this, the figure of the plural employer is described pointing out its problems and offering possible solutions and its correct interpretation, following the guidelines found in the Merchant Shipping sector, and in particular, that of the flags of convenience, where the figure of the ship owner, ship administrator and sailor can all be closely interlinked.*

Key words: *Employment Law grey areas, plural employer, Merchant Shipping, ship administrator, sailor and flag of convenience.*

Sumario: 1. Contextualización de la problemática. 1.1. «Zonas claras» y «zonas grises» del Derecho del Trabajo. 1.2. Las relaciones labo-

rales entre la atipicidad y la tipicidad. 1.3. Derecho del Trabajo y nueva realidad.—2. Hacia un nuevo concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral. El sector de la Marina mercante como paradigma. 2.1. La problemática determinación del empresario laboral a partir de la descentralización productiva y de la huida del Derecho del Trabajo. 2.2. El empresario plural como nuevo concepto en la dimensión jurídico-laboral.

1. Contextualización de la problemática

1.1. «Zonas claras» y «zonas grises» del Derecho del Trabajo

1. La propia existencia de relaciones jurídicas calificadas como «zonas grises» respecto al Derecho del Trabajo presupone la existencia previa de una «zona clara» en la que parece no cuestionarse la aplicación de esta rama del ordenamiento jurídico¹.

Por ello, el análisis de lo que se entiende por «zonas grises» requiere una referencia previa de lo que pueda entenderse por «zona clara».

2. En este sentido, en principio, dicha «zona clara» puede deducirse del ámbito establecido por el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET) para su aplicación. Concretamente, el artículo 1.1 del TRLET, bajo la rúbrica «ámbito de aplicación», recoge las notas a tener en cuenta para determinar la aplicación del Derecho del Trabajo. Precisamente, son esas notas las que caracterizan el contrato de trabajo y las diferencian de otros contratos de naturaleza civil o mercantil.

Ciertamente, el contrato de trabajo, construido a partir de las notas que lo caracterizan, se erige en la principal institución del Derecho del Trabajo, sobre la que se construye, posteriormente, el resto de relaciones individuales, así como las relaciones colectivas. Con otras palabras, la existencia de las notas características del contrato de trabajo es lo que permite hablar de «zona clara», siendo estas las que actúan como «llave maestra» para la aplicación de los mecanismos del Derecho laboral.

¹ Las «zonas grises» se consideran «uno de los aspectos más controvertidos en el Derecho del Trabajo actual», en cuanto eventual «quebra del modelo subjetivo de aplicación del ordenamiento jurídico laboral [VV. AA., *Estatuto de los Trabajadores. Comentario y con jurisprudencia*, Del Rey Guanter, S. (Dir.). Madrid, La Ley, 2005, p. 37. Siguiendo a Martín Valverde, «se ha acuñado la expresión zonas grises del Derecho del Trabajo para designar a determinadas situaciones o supuestos típicos de prestación de servicios que se encuentran en las fronteras del campo de aplicación de la legislación de trabajo y de Derecho del Trabajo, ubicándose unas veces dentro de él y otras veces fuera del mismo» [Martín Valverde, A., «Fronteras y “zonas grises” del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)», in *RMTAS*, 2002, núm. 38, p. 30].

Nos referimos al carácter voluntario, retribuido, por cuenta ajena, dependiente o subordinado y personalísimo del contrato de trabajo, aunque es cierto que el carácter personalísimo o *intuitu personae*, que no consta en la definición dada por el artículo 1.1 del TRLET, se añadió hace tiempo por la jurisprudencia y sigue exigiéndose reiteradamente².

Igualmente, son esas notas las que sirven para definir al trabajador, en sentido estricto, es decir, desde el punto de vista del Derecho del Trabajo.

Así, debe recordarse que, primero, se produjo la extensión en la sociedad, a finales del siglo XIX, del trabajo que presentaba dichas características y, después, su institucionalización como contrato típico, diferenciado del resto de contratos civiles de la época. Fue, además, a raíz de dicha institucionalización, cuando comenzó a construirse el Derecho del Trabajo, como rama independiente del ordenamiento jurídico.

Con ello, se trataba de acercar el Derecho a la realidad, puesto que bajo los principios liberales, y sobre todo de la autonomía de la voluntad, se había producido el fenómeno opuesto.

Los intereses contrapuestos entre empresarios y trabajadores, como sujetos del contrato de trabajo, y el carácter de parte débil de estos últimos, a la hora de establecer las condiciones de trabajo, pusieron en evidencia la necesidad de equilibrar las relaciones entre ambas partes, en aras de mantener la paz social y apaciguar la cuestión social surgida.

Es así como, definitivamente, el Derecho del Trabajo surge como un Derecho tuitivo o protector del trabajador, con el fin último de equilibrar los intereses contrapuestos entre trabajadores y empresarios, y hacer efectivo el principio de igualdad material. Por consiguiente, si bien se reconoce el poder de dirección del empresario para quien se prestan los servicios a cambio del salario, se establecen ciertos límites al ejercicio de dicho poder, límites que se tornan en garantías para el trabajador.

3. De este modo, inicialmente, y hasta mediados de la década de los setenta del siglo XX, las notas características del contrato de trabajo y, por extensión, también del Derecho del Trabajo, resultan fácilmente identificables, dentro de los modelos de producción taylorista y fordista predominantes por aquel entonces³.

Además, «en la medida en que también en otros contratos no laborales se prestan servicios personales retribuidos, resulta que son la notas de depen-

² Por todas, STS de 12 de septiembre de 1988 (núm. 1342/1988); STS de 22 de enero de 2001 (núm. 1860/2000); STS de 16 de diciembre de 2008 (núm. 4301/2007); STS de 11 de mayo de 2009 (núm. 3704/2007); STCT de 25 de abril de 1989; STSJ de La Rioja, de 24 de octubre de 2000 (núm. 321/2000); y STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de junio de 2005 (núm. 3912/2004).

³ En relación con el sistema taylorista-fordista, consúltese Coriat, B., *El taller y el cronómetro: ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa*, Madrid, Siglo Veintiuno, 1982.

dencia y ajenidad las estrictamente definitorias y diferenciadoras del contrato de trabajo frente a otros contratos»⁴.

Básicamente, la facilidad para identificar las notas de dependencia y ajenidad se produce porque estas se vinculan de manera rígida y estática a unos determinados criterios (se trabaja en un mismo centro de trabajo, bajo la sujeción estricta a órdenes e instrucciones del empresario; se trabaja dentro de una jornada completa y un horario regular; se trabaja única y exclusivamente para un mismo empresario; se trabaja con un contrato de duración indefinida)⁵.

4. No obstante, a partir del año 1973 se aglutinan una serie de factores o circunstancias que influyen en el devenir del Derecho del Trabajo. Es a partir de ese momento cuando, dentro de la que hasta entonces podría haberse calificado como «zona clara» del Derecho del Trabajo, comienzan a vislumbrarse espectros grisáceos⁶.

Por una parte, se produce la crisis económica, y, posteriormente, el cambio de estructura del mercado de trabajo junto a la internacionalización del mercado y la enorme competencia mundial⁷.

En este contexto, la crisis económica, que tiene su principal causa en la crisis del petróleo, trae consigo la disminución de las tasas de crecimiento económico, con un aumento alarmante del desempleo.

Como consecuencia de la crisis, los empresarios comienzan a echar mano de la flexibilización, en sus dos vertientes, interna y externa, con el objetivo de mantener su posición en el mercado⁸. En sintonía con la postura adoptada por los empresarios, muchos Gobiernos, y entre ellos el español, apuestan por fomentar de manera exorbitante dicha flexibilización, como apuesta de política de empleo. Concretamente, dentro del amplio abanico de

⁴ VV. AA., *Curso de Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, 15.ª edición, p. 252.

⁵ Actualmente, recuerdan dichos criterios, entre otras, las siguientes sentencias: STS de 9 de diciembre de 2004 (núm. 5319/2003); STS de 27 de noviembre de 2007 (núm. 2211/2006); STS de 6 de noviembre de 2008 (núm. 407/2008); STS de 18 de marzo de 2009 (núm. 1709/2007); STS de 11 de mayo de 2009 (núm. 3704/2007); STSJ de Cataluña, de 18 de septiembre de 2002 (núm. 8093/2001).

⁶ Luján Alcaraz, J., *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo: contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, 1994, p. 5.

⁷ Ortiz Lallana, C., «La supervivencia del Derecho del Trabajo», in *AL*, 1999, vol. III, pp. 813-818.

⁸ Martín Ariles, A., *Flexibilidad y relaciones laborales. Estrategias empresariales y acción sindical*, Madrid, CES, 1995. Asimismo, se realizan apreciaciones de gran interés en Fernández Domínguez, J. J., Martínez Barroso, M. R. y Rodríguez Escarciano, S., *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas «flexibilizadoras» de la relación laboral*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1998, pp. 169-442.

medidas flexibilizadoras, destaca la apuesta por la descentralización productiva y el aumento inusitado de la contratación temporal⁹.

Por otra parte, el cambio de estructura del mercado de trabajo se produce como consecuencia de varios factores, entre los que destacan su terciarización, el desarrollo de nuevas tecnologías y el surgimiento de la era postfordista, con modelos tan novedosos como el toyotista¹⁰.

Todos estos factores se traducen en la internacionalización del mercado y en el aumento de la competencia mundial, lo que ha dado lugar al fenómeno de la globalización económica y con ella, en muchos casos, a la deslocalización de empresas¹¹.

En resumen, a la luz de todas estas circunstancias se advierten unas tendencias comunes para poder mantenerse en el mercado, como son la reducción de costes en la producción, la especialización del trabajo, la adaptabilidad de los trabajadores a las demandas del mercado, la optimización de la eficiencia empresarial mediante la flexibilización de las estructuras productivas y la calidad de los productos y servicios ofrecidos fruto de la constante innovación.

1.2. *Las relaciones laborales entre la atipicidad y la tipicidad*

5. A partir de la década de los ochenta del siglo XX surge una amplia gama de relaciones laborales atípicas, en comparación con las relaciones típicas incluidas en la que hemos denominado «zona clara» del Derecho del Trabajo, hasta entonces predominante, con la finalidad de responder a las tendencias del momento¹².

⁹ Sempere Navarro, A.V., «Sobre el concepto del Derecho del Trabajo», in *REDT*, 1986, núm. 16, pp. 190-194. Respecto al origen y justificación de la descentralización productiva, véase Herraiz Marín, M. S., «Nuevas formas de organización productiva: la denominada descentralización y sus manifestaciones», in *TS*, 2004, núm. 167, pp. 15-18.

¹⁰ Respecto a la concurrencia de todas estas circunstancias consúltese Belzunegui Eraso, A., *Teletabajo. Estrategias de flexibilidad*, Madrid, CES, 2002, pp. 77-128. Para profundizar en lo que supone el paso del fordismo al posfordismo, véase Cruz Villalón, J., «El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado», in *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 169-192. Más concretamente, en relación con el paso del fordismo al toyotismo, Selma Penalva, A., *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 25-53.

¹¹ En torno al fenómeno de la deslocalización, véase Pérez de los Cobos Orihuel, F., «Problemas laborales de la deslocalización de empresas», in *AL*, 2006, vol. i, pp. 242-264.

¹² Vid. Rivero Lamas, J., «La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo», in *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, pp. 17-94.

La atipicidad de las nuevas relaciones de trabajo supone el encaje forzado o, simplemente, su no encaje en las notas caracterizadoras del contrato de trabajo, tal y como venían entendiéndose, es decir, de manera rígida y estática, dentro de un contexto de «trabajo estable y a tiempo completo, prestado habitualmente [para un único empresario] en el lugar previamente acondicionado para el desarrollo de la prestación de servicios, esto es, la empresa o, para ser más correctos, en el lugar diseñado por la misma para la producción de bienes y servicios (fábrica, factoría, buque, parcela, etcétera; en fin, en lugar de trabajo)»¹³.

Por tanto, la atipicidad de las relaciones de trabajo comienza a quebrar el modelo subjetivo de aplicación del ordenamiento jurídico laboral. Irrumpen las dudas y surge entonces un constante «tira y afloja» entre las tendencias expansionistas y reduccionistas, que conducen, respectivamente, a la laboralización o deslaboralización de las distintas relaciones¹⁴. En último término, los ámbitos en los que se produce esta situación se convierten en «zonas grises»¹⁵.

6. No obstante, la mayoría de las relaciones de trabajo atípico son acogidas por el Derecho del Trabajo (a) dentro de la empresa y para un único empresario: contrato de duración determinada por razones económicas o estructurales; contrato de duración determinada para el fomento del empleo; contrato de duración determinada de aprendizaje o formación; contratos a tiempo parcial; (b) fuera de la empresa: subcontratación y empresas de tra-

¹³ García Murcia, J., «El trabajo atípico en la jurisprudencia más reciente: Notas más destacadas», in *RL*, 1989, vol. I, p. 418. Más extensamente, Cordova, E., «Las relaciones de trabajo atípico (I) y (II)», in *RL*, 1986, vol. I, pp. 239-283.

¹⁴ En la actualidad, así lo entiende también Montoya Melgar al afirmar que «atendiendo a categorías concretas de prestadores de servicios se observa en nuestros días un doble fenómeno contrapuesto de reducción y expansión del ámbito personal del Derecho del Trabajo», centrando su exposición en dichas tendencias (Montoya Melgar, A., «El ámbito personal del Derecho del Trabajo: tendencias actuales», in *AS*, 2006, vol. V, pp. 473-478). Respecto al pasado, para una aproximación a dichas tendencias a través del análisis de la jurisprudencia, durante el período de 1982 a 1992, consúltese Riera Vayreda, C., «El contrato de trabajo en las llamadas zonas grises. Recopilación jurisprudencial», in *TS*, núms. 35 y 36 (1993) y núms. 37, 40 y 41 (1994). Del mismo modo, puede observarse la evolución de los supuestos considerados como «zonas grises» en Martín Valverde, A., *ob. cit.*, pp. 34-36. Igualmente, véase Souto Prieto, J., «Las zonas grises en la frontera del Derecho del Trabajo, trabajo/contrato de arrendamiento de servicios, los autónomos, la precariedad laboral, la paralarobalidad», in *Congreso de Magistrados del orden social: el futuro de la jurisdicción social*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 143-163.

¹⁵ Algunos autores han subrayado la conexión existente entre las relaciones laborales especiales y las «zonas grises» del contrato de trabajo, al entender que aquellas cumplen una función integradora de las relaciones de trabajo ubicadas en dichas «zonas grises». Por todos, Luján Alcaraz, J., «El ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores», in *RMTAS*, 2005, núm. 58, p. 17.

bajo temporal¹⁶, y la problemática se reduce a una serie de situaciones. En consecuencia, las relaciones de trabajo atípicas y las denominadas «zonas grises» no son siempre coincidentes.

Entre las situaciones que dan lugar a relaciones de trabajo atípicas y que acaban creando «zonas grises» destacan el teletrabajo y la eventual configuración del empresario plural, figura esta última en la que nos centraremos.

Aunque ambas constituyen formas de descentralización productiva, también presentan importantes diferencias. Mientras que el teletrabajo se caracteriza por la prestación de servicios laborales fuera del centro del trabajo, la figura del empresario plural obedece al hecho de que un mismo trabajador presta un único servicio laboral del que se lucran dos empresarios diferentes.

Además de las relaciones atípicas mencionadas, resulta conveniente advertir cómo determinadas relaciones, que comienzan a extenderse, en puridad no pueden considerarse atípicas, sencillamente porque nunca partieron de la caracterización típica del contrato de trabajo, sino que, en contraposición a este, presentan especificidades que dan lugar a auténticos «sectores informales» (v. gr. trabajo autónomo y becas) o «modelos de producción alternativos» (cooperativas de trabajo asociado)¹⁷. Lo que sucede es que en los últimos tiempos se discute su posible laboralización y se plantean distintas alternativas al respecto¹⁸.

Ciertamente, tanto las relaciones de trabajo atípico que dan lugar a «zonas grises», como esas otras relaciones que comienzan a extenderse tie-

¹⁶ Al respecto, véase García Murcia, J., *ob. cit.*, pp. 417-419.

¹⁷ Una caracterización de lo que se entiende por «sector informal» en Páramo Montero, P., «Las zonas grises en la frontera del Derecho del Trabajo, trabajo/contrato de arrendamientos de servicios, los autónomos, la precariedad laboral, la paralarobalidad», in *Congreso de Magistrados del orden social: el futuro de la jurisdicción social*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 246-249.

¹⁸ Defendiendo la extensión del Derecho del Trabajo a situaciones que nunca estuvieron dentro del ámbito de aplicación, Ermida Uriarte y Hernández Álvarez hablan de «extensión modulada, fraccionada o diferenciada», caracterizada por «establecer diversos niveles o umbrales de protección para las diversas categorías diferentes al clásico –y reducido– trabajo subordinado *stricto sensu*» (Ermida Uriarte O. y Hernández Álvarez, O., «Crítica de la subordinación», in *REDT*, 2003, núm. 116, p. 186). Por su parte, Molina Navarrete y García Jiménez centran su atención en la necesidad de diferenciar el ámbito laboral de otros ámbitos, como el de los empleados públicos o los autónomos, en lo que se refiere a la regulación de las relaciones de prestación profesional de servicios, para huir de la progresiva «laboralización» de las zonas grises (Molina Navarrete, C. y García Jiménez, M., *El estatuto profesional del trabajo autónomo: diferenciando lo verdadero de lo falso*, Madrid, Tecnos, 2008, pp. 46 y 47). Precisamente, la tendencia actual, tal y como lo demuestran el Estatuto Básico del Empleo y el Estatuto del Trabajo Autónomo, parece inclinarse por la creación, junto al TRLET, de una serie de «bloques normativos» reguladores de otras formas de trabajar, independientemente de que estos se inspiren, sin lugar a dudas, en el carácter tuitivo-protector del Derecho laboral.

nen en común su efecto centrífugo respecto al trabajo considerado típico y del que derivaba la naturaleza rígida y estática de las notas características del contrato laboral¹⁹.

1.3. *Derecho del Trabajo y nueva realidad*

7. Todos estos cambios ponen de manifiesto la necesidad que presenta el Derecho del Trabajo de adaptarse a la nueva realidad, y ello con una doble finalidad²⁰.

En primer lugar, para regularizar aquellas situaciones que en los últimos tiempos han escapado de su ámbito, en lo que ha venido denominándose la «huida del Derecho del Trabajo»²¹.

En segundo lugar, para que pueda servir de referente en áreas no laboralizadas, pero que requieren cierta protección social. Además, todo ello resulta acorde con la «flexiseguridad» que, tras las experiencias holandesa (de corte neoliberal) y danesa (de corte socialdemócrata)²², parece requerirse,

¹⁹ Ese efecto centrífugo fue magistralmente explicado por Bayón Chacón, a través de una comparación que además de hacer historia sigue vigente, y que se refiere «a las ondas concéntricas que produce la piedra que cae sobre el agua». Así, conforme a dicha comparación, «primero, se produce un impacto fuerte, directo, rotundo, que en nuestra disciplina fue la protección legislativa al obrero manual...; luego, advertimos una expansión de aquellas ondas que se producen posteriormente, pero de forma claramente perceptible: es la protección posterior del empleado administrativo o del trabajador intelectual; por fin, hay otras ondas más extensas, pero débiles y un tanto borrosas, que son equiparables a la protección de las zonas grises..., que marcan la frontera entre el agua agitada y el agua inmóvil. Pero aunque nuestra vista no las perciba, sobre la superficie del agua hay aún otras ondas, tan débiles, que no nos damos cuenta de su existencia y que encierran los ámbitos futuros de vigencia del Derecho del Trabajo: nuevos sectores de actividad que aun hoy no concebimos como propios del Derecho del Trabajo, pero que encierran tal vez su futuro» (Bayón Chacón, G., «El ámbito de aplicación personal de las normas de Derecho del Trabajo», in *RPS*, 1966, núm. 71, pp. 8-9).

²⁰ Respecto a la necesidad de dicha adaptabilidad véase Del Valle Villar, J. M. «Evolución doctrinal sobre el concepto de trabajador en el Derecho del Trabajo español», in *RT*, 1988, núm. 89, p. 96.

²¹ Rodríguez-Piñero, M., «La huida del Derecho del Trabajo», in *RL*, 1992, vol. I, pp. 85-88. En el mismo sentido, Durán López, F., «El futuro del Derecho del Trabajo», in *REDT*, 1996, núm. 78, p. 609. Conforme a Luján Alcaraz «además de las actuales y muy numerosas manifestaciones de la tradicional huida del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social propia de la economía sumergida y el empleo clandestino..., la principal vía de escape del ordenamiento laboral sigue siendo la que se produce en zonas grises del contrato de trabajo» (Luján Alcaraz, J., *ob. cit.*, p. 34).

²² Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., «Flexiseguridad: el debate europeo en curso», in *Aportaciones al debate comunitario sobre Flexiseguridad* (Escudero Rodríguez, R., Coord., Madrid, La Ley, colección Relaciones Laborales, 2007, pp. 13-15. Siguiendo a dicho autor, ambas experiencias nos sitúan ante dos enfoques posibles de la flexiseguridad: o hacer el empleo más flexible, en términos de adaptabilidad, sin suprimir seguridad (ten-

ahora, desde la Unión Europea, dentro de las realidades y posibilidades de cada Estado miembro²³. En verdad, la «flexiseguridad» debería entenderse en el sentido de mantener el fin último del Derecho del Trabajo, pero superando ahora su ámbito de aplicación, esto es, el trabajo por cuenta ajena y dependiente, para extenderlo, en sus justos términos, a otras formas de producción, por las semejanzas que en ciertos aspectos estas presentan respecto a aquel²⁴.

8. De este modo, en relación con el proceso de adaptación del Derecho del Trabajo, resulta imprescindible considerar que la definición más cercana a la realidad de las nociones de ajenidad y dependencia constituye la piedra angular sobre la que debe asentarse el Derecho del Trabajo.

dencia neoliberal holandesa), o hacer el trabajo flexible más normal en términos de seguridad sin suprimir la flexibilidad (tendencia socialdemócrata danesa).

²³ Respecto a la evolución del término «flexiseguridad» en el seno de la Unión Europea, desde el Consejo Extraordinario de Lisboa de marzo de 2000 hasta la actualidad, véase Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., *ob. cit.*, pp. 17-20. Igualmente, resulta interesante, Laulom, S. «El enfoque comunitario del concepto de flexiseguridad», in *Aportaciones al debate comunitario sobre Flexiseguridad* (Escudero Rodríguez, R. Coord.). Madrid: La Ley, colección Relaciones Laborales, 2007, pp. 32-46.

²⁴ Del Rey Guanter parece «profetizar» lo que debería mantenerse en la actualidad por «flexiseguridad», al definir la «flexibilidad» como «un proceso de revisión del patrimonio normativo en el ámbito laboral, a fin de adaptar el contenido, el alcance y la aplicación de la norma a las nuevas necesidades del sistema de relaciones laborales, y sin por ello cuestionar la función esencialmente protectora del Derecho del Trabajo en todo Estado social y su consideración como expresión de equilibrio de intereses entre los sujetos de dicho sistema» (Del Rey Guanter, S. «Desregularización, juridificación y flexibilidad en el Derecho del Trabajo», in *RL*, 1989, núm. 10, p. 295). Precisamente, en la actualidad, el término «seguridad» vendría a impedir que la «flexibilidad» se entendiera solamente de manera unidireccional, y, por tanto, reduciendo drásticamente los niveles de protección garantizados por el Derecho del Trabajo, así como cuestionando los principios, funciones o instituciones que fundamentan el Derecho del Trabajo. De ahí el nuevo término «flexiseguridad», que trata de abrirse paso, aunque con un contenido todavía poco definido que produce cierta reticencia. Concretamente, debe ser dicha reticencia la que nos haga plantear cuál deber ser el verdadero sentido de la «flexiseguridad», siempre desde una crítica constructiva.

En la actualidad, en torno a la defensa de esta interpretación, véase Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. «Flexiseguridad: el debate europeo en curso», in *Aportaciones al debate comunitario sobre Flexiseguridad* (Escudero Rodríguez, R. Coord.). Madrid: La Ley, colección Relaciones Laborales, 2007, p. 12. Igualmente, Laulom, al referirse a la flexiseguridad, en su versión más simplificada, señala que «la flexiseguridad se concibe como la necesidad de buscar un equilibrio entre la flexibilidad (para las empresas) y seguridad (para los trabajadores)», y acto seguido reflexiona sobre la cuestión planteando los siguientes interrogantes: «¿La novedad del término no oculta un debate tan antiguo como el propio Derecho del Trabajo? ¿El objeto del Derecho del Trabajo no es prever normas destinadas a establecer un cierto equilibrio entre los derechos del empresario y de los trabajadores, entre una determinada forma de flexibilidad y seguridad, garantizada también por las normas consustanciales al Derecho de la Seguridad Social?» (Laulom S., *ob. cit.*, p. 30).

La doctrina y jurisprudencia de los distintos Estados han debatido incesantemente sobre cuál de las dos notas constituye el criterio determinante de la relación laboral. En el ordenamiento jurídico español parece ser que el problema se ha solventado por «vía ecléctica, exigiendo ambos criterios conjuntamente»²⁵. En ese sentido, se somete a la legislación laboral la prestación de servicios realizada «por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona».

La dependencia y la ajenidad se encuentran estrechamente vinculadas, porque, mientras la dependencia hace referencia a la propia concepción y ejecución del trabajo, la ajenidad se refiere a su destino o aprovechamiento²⁶.

9. El término ajenidad solamente cobra sentido si especificamos el ámbito en el que se proyecta, es decir, si nos referimos a la ajenidad en el mercado como indicio que sirve para determinar la existencia de un contrato de trabajo.

La ajenidad en el mercado significa que entre el trabajador directo, que produce un bien o presta un servicio, y el consumidor, que lo recibe, se interpone jurídicamente un tercero (el empresario), que podrá cobrar el precio de ese bien o de ese servicio, que tendrá que pagar al trabajador un salario y que tendrá la posibilidad de realizar un beneficio. Esta desconexión entre el trabajador y el destinatario final del producto de su trabajo (bien o servicio) es la que define el trabajo en sentido estricto (que interesa al Derecho del Trabajo) y el trabajo en sentido amplio. El empresario que se interpone entre el trabajador y el mercado resulta ser, primero, el titular de los resultados del proceso productivo (bienes o servicios) y, posteriormente, el sujeto que adquiere una utilidad patrimonial, como consecuencia de la venta de los bienes o servicios cuya titularidad le corresponde²⁷.

10. Por su parte, la dependencia puede ser definida como una consecuencia de la ajenidad, en el sentido de que el empresario tiene la posibilidad de dirigir y controlar la prestación laboral del trabajador para conseguir sus

²⁵ Ojeda Avilés, A. «Encuadramiento profesional y ámbito del Derecho del Trabajo», in *RL*, 1988, vol. I, p. 148.

²⁶ Sempere Navarro, A.V., *ob. cit.*, p. 184.

²⁷ Alarcón Caracuel, M.R. «La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo», in *REDT*, 1986, núm. 28, p. 515. A partir de la creación doctrinal de este indicio, es abundante la jurisprudencia que se basa en él. Por todas, STSJ de Castilla-La Mancha, de 8 de mayo de 2001 (núm. 526/2001), con mención expresa a Alarcón Caracuel, para explicar la ajenidad en el mercado; STSJ de Cataluña de 14 de enero de 2003 (núm. 5614/2003); STSJ de Madrid, de 23 de julio de 2007 (núm. 2081/2007); STSJ de Asturias, de 31 de octubre de 2008 (núm. 1396/2008).

objetivos²⁸. El TRLET identifica la dependencia con la prestación de servicios «dentro del ámbito de organización y dirección» del empresario, viniendo a consagrar la definición jurisprudencial de dependencia, consistente en la inclusión del trabajador en el «círculo rector y organicista del empresario»²⁹. Todo ello pone de manifiesto la necesidad de adoptar un criterio flexible de dependencia que rompa con las manifestaciones tradicionales y se sitúe entre el mero cumplimiento de los encargos contractuales (con lo que se generalizaría el criterio de dependencia adoptado por el TRLET, hasta el punto de llegar a desnaturalizarlo) y «la subordinación rigurosa y absoluta» del trabajador respecto al empresario (con lo que se restringiría en demasía el criterio de dependencia adoptado por el TRLET)³⁰.

11. Ciertamente, esta actualización de las nociones de ajenidad y dependencia significa una nueva dimensión para el Derecho del Trabajo, conforme a la cual podrá desenvolverse en las «zonas grises» aportando importantes dosis de claridad.

En particular, existe una «zona gris» muy concreta, a saber, la relativa a la figura del empresario plural, que, de momento, se limita, prácticamente, al sector de la Marina mercante, que bien merece un análisis, por lo novedoso que puede suponer a la hora de adoptar un nuevo concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral. Curiosamente, en este supuesto, se trata de abordar el concepto de empresario, y no el del trabajador, como sucede en el resto de «zonas grises».

²⁸ Montoya Melgar, A. «Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo», in *REDT*, 1998, núm. 91, pp. 713-714. Por su parte, Ruiz Castillo se refiere a las «quebras fundamentales que presenta la noción jurídica de subordinación como parámetro de aplicación del ordenamiento laboral» (Ruiz Castillo, M. M. «Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo», in *RL*, 1991, núm. 15-16, p. 136). Más recientemente, Palomino Saurina mantiene que aunque la dependencia constituye un elemento definidor de la laboralidad de una relación de trabajo, «en la actualidad no se entiende como una subordinación rigurosa del trabajador... sometido a la vigilancia del empresario» (Palomino Saurina, P. «El concepto de dependencia como criterio determinante de la naturaleza civil o laboral de la prestación de servicios», in *AS*, 2007, núms. 7 y 8, pp. 37-38).

²⁹ Entre las primeras sentencias que consagraron la «espiritualización» del concepto de dependencia o subordinación jurídica se encuentra la STS de 10 de mayo de 1966, Ar. 2293. Posteriormente, puede apreciarse la misma idea en la STS de 29 de noviembre de 1979 (núm. 279/1979); en la STS de 27 de junio de 1980 (núm. 1066/1980); y, más recientemente, en la STS de 29 de diciembre de 1999 (núm. 1093/1999).

³⁰ Ruiz Castillo, M. M., *ob. cit.*, p. 180.

2. Hacia un nuevo concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral. El sector de la Marina mercante como paradigma

2.1. La problemática determinación del empresario laboral a partir de la descentralización productiva y de la huida del Derecho del Trabajo

12. La necesidad de plantear un nuevo concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral se relaciona con el fenómeno de la descentralización productiva y, más concretamente, con una de sus consecuencias, a saber, la huida del Derecho del Trabajo.

Las nuevas condiciones de competencia y globalización económica hacen que las empresas deban responder con dinamismo a las circunstancias del mercado y por ello resulta imprescindible que las empresas agilicen y flexibilicen todas sus estructuras. La descentralización constituye la vía adecuada para conseguir el dinamismo de la empresa, y sus estructuras quedan en manos de auténticos especialistas.

De este modo, se llega a un entresijo de relaciones entre empresarios mercantiles que, aunque se sirven de unos mismos trabajadores, procurarán evadirse de su situación de empresario laboral, entrando en una dinámica de «peloteo»³¹, en la que la pelota viene a estar formada por las notas de ajenidad y dependencia, y dejando en el aire las siguientes preguntas: ¿para quién trabaja realmente el trabajador?, ¿a quién pertenece el ámbito de organización y dirección en el que el trabajador presta sus servicios laborales?, en suma, ¿quién es el verdadero empresario del trabajador?

Por ello, al final, «el empresario desde la perspectiva laboral se nos presenta como un personaje de rostro sin facciones»³². Ciertamente, la dificultad de determinar quién es el empresario trae consigo, ya de partida, una situación de incertidumbre, sumergiendo a los trabajadores en un sinfín de dudas respecto a quién demandar ante los tribunales para poder satisfacer sus pretensiones.

13. Pues bien, el paradigma de este problema lo constituye, sin lugar a dudas, el supuesto de los trabajadores españoles que son contratados en Espa-

³¹ Pedrajas Moreno, A. «Relaciones de carácter interempresarial: subcontratación, cesión, sucesión, grupos de empresa», in *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral: estudios en homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz* (Ramírez Martínez, J. M.^a y Sala Franco, T., Coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 228.

³² Cruz Villalón, J. «Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales», in VV. AA. *El empleador en el Derecho del Trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (Rodríguez-Piñero Royo, M. C., Coord.). Madrid: Tecnos, 1999, p. 33. Incidiendo en la misma idea Desdentado Bonete, A. «¿Qué hacer con el Derecho del Trabajo? Una reflexión sobre el futuro desde la práctica judicial», in *Derecho laboral del siglo XXI*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 35-37.

ña por auténticos administradores de buques, para prestar sus servicios en buques pertenecientes a navieros extranjeros, principalmente bajo pabellones de conveniencia. Tales administradores de buques suelen estar domiciliados en España con distintas denominaciones de carácter general (v. gr. «agencias marítimas», «agencias de embarque» o «consignatarias de buques»).

Así, a pesar de que tradicionalmente el naviero ha sido el único empresario del marino, a medida que se ha ido complicando el ejercicio de las actividades que constituyen el giro o tráfico de la empresa naviera, el naviero ha requerido la colaboración de unos terceros cada vez más especializados. La consecuencia principal de esta colaboración ha sido el desglose de funciones empresariales desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, con el ulterior problema de determinar quién es el verdadero empresario del marino-trabajador³³.

Además, no debe olvidarse que el supuesto planteado, de entrada, nos sitúa ante una serie de elementos de extranjería (pabellón de conveniencia, naviero extranjero constituido a través de una red de empresas sitas en distintos Estados, mayoritariamente subdesarrollados) que dificultarán, en su caso, la determinación de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable.

En consecuencia, ante este supuesto, ya no sirve la relación bipolar empresario-trabajador o, en nuestro caso, naviero-marino, derivada del concepto de empresario laboral establecida de manera traslativa o refleja en el artículo 1.2 del TRLET³⁴. Concretamente, dicho precepto se centra en una relación bipolar entre el trabajador, que presta voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y de forma subordinada, y un sujeto que por el mero hecho de recibirlos se convierte en empresario, asumiendo las responsabilidades plasmadas «en un Sistema jurídico sobre condiciones de trabajo y Seguridad Social o en el propio contrato de trabajo»³⁵.

³³ Así, en relación con la «creciente segmentación de atributos y responsabilidades propios de la condición del empleador... entre distintos sujetos contractuales» véase Goldin, A. O. «Las fronteras de la dependencia», in *RL*, 2001, vol. II, p. 315.

³⁴ El TRLET trata de definir la figura del empresario laboral en su artículo 1.2 al establecer que «a los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas». En realidad, esta definición, como puede extraerse de sus propios términos literales, resulta incompleta, es decir, carece de sentido por sí sola, puesto que toma como elemento esencial la recepción de servicios prestados por unos sujetos no especificados más por una mera remisión. Por tanto, habrá que conjugar, necesariamente, los apartados primero y segundo del artículo primero para concluir que la consideración de empresario requiere la recepción de unos servicios prestados no por cualquier sujeto, sino por uno o varios trabajadores que los presten voluntariamente retribuidos por cuenta ajena y de forma subordinada.

³⁵ Palomeque López, M. C. y Álvarez De La Rosa, M. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Acero, S. A., 2004, 12.ª edición, p. 510.

En verdad, dicha relación bipolar se complica en la relación naviero-marino, al interferir en la figura del empresario otros sujetos distintos al naviero, pero que traen consigo el desglose de las características de los servicios –retribuidos, por cuenta ajena y dependientes– que vienen tradicionalmente atribuyendo al naviero la cualidad de empresario. Ello nos sitúa directamente ante la figura de los «administradores de buques» y ante la posibilidad de hablar de un empresario plural³⁶, constituido, precisamente, por el naviero y dichos «administradores de buques».

Ello es posible porque las funciones de los administradores de buques, como colaboradores externos del naviero, «exceden con mucho de la actividad de un simple representante»³⁷.

14. El «administrador del buque» es una figura de reciente creación, atípica en el ordenamiento jurídico español, pero muy utilizada en la práctica internacional tras su regulación en el Derecho de los formularios³⁸.

El administrador de buques aparece, las más de las veces, constituido en forma de sociedad mercantil, con distintas denominaciones, como se ha indicado anteriormente, y con un objeto social que abarca actividades marítimas muy diversas –v. gr. «el comercio marítimo, armamento y consignación de buques, agencia y representaciones marítimas e industriales...» o «las consignaciones y despachos de buques, tanto nacionales como extranjeros, de cualquier navegación y mercancías; la representación de sus armadores, navieras, empresas o sociedades a las que pertenezcan...»–. Tras una somera apreciación del *modus operandi* de los administradores de buques podemos concluir que se trata de profesionales independientes que se relacionan con el naviero de forma continuada o estable. Precisamente, estas notas han servido a la doctrina para intentar encuadrar a esta figura en alguna otra de las previstas en el ordenamiento español, así como para excluirla de otras³⁹.

Como empresarios independientes que asumen los correspondientes riesgos empresariales, los administradores de buques se diferencian, por una parte, del naviero, con el que colaboran, o de los representantes orgánicos de las sociedades navieras –administradores únicos, miembros del consejo de administración– y, por otra parte, de los auxiliares o dependientes del navie-

³⁶ Sobre el empresario plural pueden consultarse, por ejemplo, Molero Manglano, C. «Una configuración actualizada de la noción de empleador y sus problemas básicos», in *AL*, 1996, vol. II, núm. 38, p. 518. Cruz Villalón, J. «Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales», in *ob. cit.*, pp. 55-56. Molero Marañón, M. L. «Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral», in *RL*, 2001, núm. 7, pp. 54-57.

³⁷ Ruiz Soroa, J. M.^a y Díaz Sánchez, J. «Reflexiones sobre las banderas de conveniencia y el Derecho marítimo y laboral español», in *ADM*, 1986, vol. IV, p. 120.

³⁸ Dejan constancia de la atipicidad de esta figura Ruiz Soroa, J. M.^a y Díaz Sánchez, J., *ob. cit.*, p. 122. y Arroyo Martínez, I. *Curso de Derecho Marítimo*. Barcelona: J. M.^a Bosch editor, 2001, p. 298.

ro, entre los que destaca el gestor naval como director general de la empresa marítima.

Por otro lado, se ha llegado a identificar a los administradores de buques con la figura del naviero gestor recogida en el Código de Comercio, considerando a este como un colaborador independiente de carácter duradero. De ese modo, la relación existente entre el naviero y el administrador del buque se regiría por los preceptos reguladores del contrato de agencia y, en último término, en lo no previsto, por los relativos contratos de comisión.

Por el contrario, esta interpretación que identifica al administrador del buque con el naviero gestor del Código de Comercio debe ser matizada.

La posible interpretación en el sentido de considerar al naviero gestor como un empresario independiente se extrae del artículo 594 y siguientes, ya que estos lo identifican como naviero al referirse a la copropiedad naval. Pero esta interpretación olvida que la calificación de naviero gestor y su posible encuadramiento como empresario independiente se debe, probablemente, a un lapsus del legislador, que en unos pocos artículos olvida que esta figura, en realidad y teniendo en cuenta la época en que se procedió a su regulación, se encuentra más cerca del gestor auxiliar del naviero. Así lo corroboran, además, otros artículos del propio Código de Comercio (artículos 597 y ss.)⁴⁰.

Por lo demás, a pesar de que, atendiendo a las circunstancias actuales, la figura del administrador del buque podría tener cabida en la interpretación del naviero gestor como empresario independiente de carácter permanente, tampoco, por ello, cabría aplicar directamente las regulaciones referentes a los contratos de agencia y comisión, pues, de cara a la relación interna entre el naviero y el administrador del buque, dicha normativa es de carácter dispositivo, más si cabe, teniendo en cuenta que la regulación de la figura del administrador del buque se ha llevado a cabo a través del Derecho de los formularios.

De este modo, resulta imprescindible recurrir al Derecho de los formularios para comprender las funciones y la naturaleza jurídica de esta figura, y posteriormente, determinar si es posible afirmar su cualidad de empresario laboral respecto de los marinos.

15. En la actualidad, los formularios que se han encargado de regular la actividad de los administradores de buques son los acuerdos-tipo *Standard Ship Management Agreement (Shipman)* y *Standard Crew Management Agreement (Crewman)* elaborados en el seno de la Baltic and International Maritime Council (BIMCO).

³⁹ Gabaldón García, J. L. y Ruiz Soroa, J. M.^a *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*. Madrid: Marcial Pons, 2006, 3.^a edición, pp. 427-428.

⁴⁰ Arroyo Martínez, I., *ob. cit.*, pp. 296-297.

Estos acuerdos-tipo tienen su origen en la crisis sufrida por las empresas navieras a finales del siglo xx⁴¹, a raíz de la cual muchos navieros no pudieron hacer frente a los préstamos hipotecarios y hubo de procederse a la correspondiente ejecución judicial sobre el buque, con lo que adquirieron la condición de navieros empresas carentes de los conocimientos y de la organización necesaria para explotar el buque –v. gr. los bancos acreedores–.

En este entorno surge, en principio, la figura del administrador del buque como profesional especializado que a cambio de precios competitivos conseguirá dar una respuesta adecuada a las demandas de los nuevos navieros. Posteriormente, sin embargo, el administrador del buque se extenderá a todo tipo de empresa naviera, por ser considerada su labor como indispensable para adecuarse a la constante mutabilidad del entorno naviero, que requiere políticas empresariales dinámicas, capaces de hacer frente a los ciclos económicos⁴².

En definitiva, la expansión de la figura del administrador del buque supone una auténtica revolución en el ámbito marítimo, porque se consagra como un nuevo colaborador terrestre e independiente del naviero y, además, al encargarse de la administración del buque, entra de lleno en la esfera de unas facultades tradicionalmente pertenecientes al naviero.

Como es obvio, las relaciones entre el naviero y este nuevo y especial colaborador requerían urgentemente una regulación ágil y moderna. Realmente, este puede ser el motivo por el cual las partes interesadas han decidido acudir al Derecho de los formularios de ámbito internacional, sin esperar a los procesos legislativos internos, mucho más lentos y rígidos.

16. Centrándonos en el estudio del Derecho de los formularios, y en particular de los acuerdos-tipo *Shipman* y *Crewman*, debemos partir de la concreción de las funciones correspondientes al administrador del buque, que grosso modo se califican de administración o gestión de buque.

El primero de los acuerdos-tipo, el *Shipman*, fue aprobado en 1988 a petición de las partes interesadas del sector. Su versión actual es de 1998 y a través de él se regula un contrato de mandato mercantil por el cual el administrador del buque –denominado *shipmanager*– se obliga, a cambio de un precio, a llevar a cabo los actos materiales y jurídicos necesarios para la adecuada explotación del buque en nombre y por cuenta del naviero, de acuerdo con lo establecido en el acuerdo *Shipman*.

En ese sentido, el acuerdo *Shipman* parte de una cláusula general, mediante la cual el administrador puede realizar cualquier acto que estime

⁴¹ En torno al origen de estos acuerdos-tipo *vid.* Gorrioz López, C. «Análisis comparativo entre los acuerdos-tipo *Shipman*, para la gestión de buques, *Crewman*, para la gestión de la tripulación», in *ADM*, 1998, vol. xv, p. 422; Gabaldón García, J. L. y Ruiz Soroa, J. M.^a, *ob. cit.*, p. 428.

⁴² González-Lebrero, R.A. *Curso de Derecho de la Navegación*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1998, p. 250.

oportuno para llevar a cabo la correcta administración del buque, y a continuación pasa a definir y concretar, con carácter de *numerus apertus*, las diversas funciones que componen la genérica función de administrar el buque, entre las que se encuentran la administración de la tripulación (*crew management*); la administración técnica (*technical management*) y la administración comercial (*comercial management*).

En lo que se refiere a la administración de la tripulación (*crew management*), las funciones del *shipmanager* se concretan en: (a) seleccionar y contratar una tripulación adecuada en cantidad y calidad; (b) ocuparse de los viajes, embarques, desembarques y repatriaciones; (c) preparar la documentación relativa a la Seguridad Social, seguros, certificados médicos y demás que resulte aplicable de acuerdo con la normativa del Estado de pabellón; (d) llevar a cabo la formación e inspección de las tareas profesionales de los marinos; y (e) negociar con los sindicatos (ITF).

El segundo de los acuerdos-tipo, el *Crewman*, fue elaborado en 1994 y tiene su razón de ser, especialmente, en la necesidad de responder adecuadamente a la rápida evolución del sector de la administración de la tripulación, que había llegado a dejar en evidencia las insuficiencias o el carácter demasiado general de las cláusulas *Shipman* en lo referente a ese ámbito. Por todo ello, el *Crewman* es un formulario mucho más concreto en lo que respecta a la administración de la tripulación, y se utiliza por los navieros exclusivamente o como complemento del *Shipman* (excluyendo de este acuerdo el apartado relativo a la administración de la tripulación)⁴³.

Ahora bien, la única diferencia existente entre los acuerdos *Shipman* y *Crewman* no se reduce al carácter más específico del segundo respecto al primero. La principal diferencia entre ambos acuerdos-tipo radica en la diferente forma en la que se relacionan el *shipmanager* y el *crewmanager* con los marinos-trabajadores. Mientras que el *shipmanager* actúa por cuenta y, en la mayoría de los casos, en nombre del naviero, el *crewmanager* lo hace también por cuenta del naviero, pero siempre en nombre propio.

Todo ello nos situaría, en principio, en el ámbito de la representación y, en virtud de ello, podríamos concluir que mientras que en el acuerdo *Shipman* la cualidad de empresario laboral recae directamente en la persona del naviero, por recaer en su persona los efectos de lo actuado por el *shipmanager*, en el acuerdo *Crewman* tal cualidad solamente recaería en el naviero cuando, acudiendo a los artículos 1717.2 del Código Civil y 287 del Código de Comercio, se probase que el *crewmanager* actúa frente a los marinos *cum contemplatio domini ex facti circumstantiis* o, lo que es lo mismo, administrando cosas propias del naviero.

⁴³ Gabaldón García J. L. y Ruiz Soroa, J. M.^a, *ob. cit.*, p. 429.

17. Sin embargo, desde un punto de vista exclusivamente laboral, no podemos limitarnos a aceptar el juego impuesto por el instituto de la representación para determinar la existencia o inexistencia de la cualidad de empresario en la figura del administrador del buque –actúe este como *ship-manager* o *crewmanager*–. En este supuesto es preciso ir más allá.

Efectivamente, la relación del administrador del buque respecto a los marinos no se limita a un momento concreto, como puede ser la contratación, sino que, por el contrario, dicha relación se prolonga por el tiempo que dure el contrato y toca todos los aspectos de este, desde la retribución hasta el despido, pasando por las obligaciones para con la Seguridad Social.

Por otra parte, no se trataría ya de acudir a la teoría del empresario aparente, con el fin de esclarecer cierto ánimo fraudulento, consistente en ocultar la existencia del auténtico empresario que pretende evitar todo tipo de responsabilidad con los trabajadores, mediante la interposición entre estos y aquél de un tercero que actúa como un auténtico empresario⁴⁴. De lo que se trata es de justificar la existencia de un empresario plural que ponga fin a la «distorsión»⁴⁵ que supone la relación mercantil existente entre el naviero y el administrador del buque, a la hora de determinar quién es el empresario del marino.

Esta distorsión se sustenta en la justa y razonable necesidad de descentralizar la organización de la empresa naviera con el objetivo de ajustarse a las circunstancias del mercado y no en una práctica fraudulenta, como ocurre en los supuestos de interposición de un empresario aparente. Pero dicha distorsión puede provocar una «huida del Derecho del Trabajo», primero, por las dificultades para determinar quién es el empresario del marino y, segundo, por los intentos de los empresarios mercantiles, que se sirven de unos mismos trabajadores, de evadirse de toda responsabilidad laboral, atribuyéndose los unos a los otros la cualidad de empresario laboral.

2.2. *El empresario plural como nuevo concepto en la dimensión jurídico-laboral*

18. La existencia de la figura del empresario plural, compuesta en nuestro supuesto por el naviero y el administrador del buque, tiene las ventajas de hacer posible la descentralización y evitar la «huida de Derecho del Trabajo», y de proteger los intereses tanto de los navieros como de los marinos. La aceptación de la figura del empresario plural hace posible que sujetos

⁴⁴ Respecto a la teoría del empresario aparente y sus diversas manifestaciones, *vid.* Martínez Girón, J. *El empresario aparente*. Madrid: Civitas, 1992.

⁴⁵ La idea de la figura distorsionada del empresario es utilizada por Bornaecha Fernández, J. I. «Contrato de embarco entre trabajador español y armador extranjero, interviniendo consignataria española», in *RL*, 1985 tomo II, p. 815.

diversos asuman responsabilidades laborales⁴⁶, de forma que en estos supuestos «no cabe atrincherarse en los viejos esquemas que mantienen a toda costa la estructura bilateral del contrato de trabajo»⁴⁷.

Así, la determinación de un empresario plural requiere que por lo menos dos empresarios se distribuyan entre sí las notas de ajenidad y dependencia concurrentes en los servicios laborales recibidos de los trabajadores. Esta distribución también se produce entre el naviero y el administrador del buque.

19. En lo que se refiere a la nota de ajenidad, el naviero puede ejercer la navegación y utilizar la correspondiente utilidad patrimonial gracias a los servicios prestados a bordo por el marino; pero el administrador del buque también se beneficia de los servicios prestados a bordo por el marino, pues, al administrar la tripulación en todos sus aspectos laborales y ejercer así funciones que de por sí corresponden al naviero, recibe de este un plus de retribución que supera toda comisión por actuar en nombre ajeno⁴⁸.

Y en cuanto a la nota de dependencia, el poder de dirección respecto a todos los aspectos laborales de administración de la tripulación lo posee el administrador del buque, ya que, a pesar de las lógicas y elementales instrucciones del naviero, lo ejerce de una manera que sobrepasa ampliamente al representante⁴⁹. En lo referente al hecho de la navegación, sin embargo, es el naviero quien ejerce el poder de dirección, a través del capitán.

En resumen, en las relaciones entre el naviero y el administrador del buque cabe hablar de la existencia de un empresario plural para con el marino-trabajador, debido a que tanto el naviero como el administrador del buque son indispensables para el funcionamiento de la empresa naviera y ambos se distribuyen las funciones de empresario laboral. Por todo ello, el naviero y el administrador del buque se constituyen en responsables solidarios respecto a los marinos, pues, en definitiva, ambos forman un tándem inescindible.

Ante la dificultad para determinar quién es el empresario laboral del marino, la figura del empresario plural se manifiesta como un bloque de cara al marino, pues al repartirse las funciones de empresario laboral entre el naviero y el administrador del buque existe una conexión interna entre estos y, en último término, una unidad de obligación empresarial para con el marino. Todo ello justifica el carácter solidario de la responsabilidad de los sujetos que componen la figura del empresario plural –el naviero y el administrador del buque– y supone para el marino la gran ventaja de poder demandar solamente a un sujeto para poder satisfacer sus pretensiones.

⁴⁶ Cruz Villalón, J., *ob. cit.*, p. 56.

⁴⁷ Molero Marañón, M.^a L., *ob. cit.*, p. 56.

⁴⁸ Ruiz Soroa, J. M.^a y Díaz Sánchez, J., *ob. cit.*, p. 129.

⁴⁹ Bornaecha Fernández, J. I., *ob. cit.*, p. 814.

Además, hay que tener en cuenta que en el ámbito civil y mercantil la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado la vuelta al principio en cuya virtud la solidaridad no se presume. Se supera así la presunción a favor de la mancomunidad, y se alegan a favor de la primacía de la solidaridad factores realistas y funcionales como pueden ser la intencionalidad de las partes de un contrato, la naturaleza del contrato, la salvaguarda de un interés social, la identidad del fin de los sujetos responsables, la interpretación correctora del artículo 1137 del Código Civil o el hecho de que la tutela judicial efectiva así lo requiera⁵⁰. En consecuencia, y atendiendo al carácter tuitivo que el Derecho del Trabajo posee para con el trabajador, se justifica, más si cabe, en este ámbito del Derecho, el carácter solidario de la responsabilidad de los sujetos que constituyen el lado pasivo de la obligación –en nuestro caso el naviero y el administrador del buque que constituyen la figura del empresario plural–.

Concretamente, a ello parece responder la vigente redacción del artículo 10 del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1994, en su apartado cuarto, al señalar lo siguiente:

tienen la consideración de empresarios a efectos de la inclusión en... [el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar] las consignatarias de buques, agencias de embarque marítimo o cuantas otras personas físicas o jurídicas con domicilio en España contraten y remuneren a trabajadores residentes en España para prestar servicios en buques de pabellón extranjero, incluidas las empresas españolas participantes en sociedades pesqueras mixtas constituidas en otros países; todo ello sin perjuicio de lo que pueda resultar de los convenios o acuerdos internacionales suscritos por España⁵¹.

No obstante, este precepto necesariamente debe abrir las puertas a su interpretación, puesto que nos presenta una relación de trabajo triangular. De este modo, pueden realizarse las siguientes interpretaciones⁵²:

⁵⁰ Respecto a la crisis de la idea de que en la obligación pluripersonal la mancomunidad es la regla y la solidaridad la excepción, y defendiendo la primacía de la solidaridad, véase Díaz De Lezcano, I. *La no presunción de solidaridad en las obligaciones. Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

⁵¹ Redacción dada por el Real Decreto 1.041/2005, de 5 de septiembre (BOE de 16 de septiembre de 2005, núm. 222).

⁵² Arrieta Idiákez, F. J. «'Ratio Decidendi' de la consideración de empresarios de las consignatarias de buques y de las agencias de embarque marítimo», in *ADM*, 2006, vol. xxiii, pp. 159-165.

a) considerarla una cesión ilegal de trabajadores, por vulnerar tal precepto el artículo 43 del TRLET y la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal⁵³;

b) conforme a una interpretación más prudente, en principio, cabría la posibilidad de que la caracterización del contrato de embarco como relación laboral especial justificase la cesión de personal; pero en la actualidad no se da esa premisa, al constituir el de embarco un contrato de trabajo común con especialidades y no una relación laboral especial;

c) la tercera y última interpretación posible se caracteriza por alejarse de la regulación que de las cesiones de personal se realiza en el artículo 43 del TRLET, y reconocer la existencia de un empresario plural, en la medida en que esta figura, cuasiexclusiva del ámbito de los pabellones de conveniencia, demuestra la existencia de una serie de sujetos que asumen al mismo tiempo responsabilidades laborales para con un mismo marino.

⁵³ BOE de 2 de junio de 1994, núm. 131.