

**UNA APROXIMACIÓN PRELIMINAR A LA PROBLEMÁTICA DE LA
POSICIÓN EMPLEADORA PLURAL DESDE LA CONTROVERSIA DEL
ESTÁNDAR DEL *JOINT EMPLOYER* DE LA *NATIONAL LABOR RELATIONS
BOARD* DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (*NLRB*)
(AGOSTO 2015 - ABRIL 2019)¹**

Oriol Cremades Chueca
Doctorando en Derecho - Beca Fundación Ramón Areces-ESADE
Universitat Ramon Llull, ESADE

Abstract

La idea de la posición empleadora plural ha venido tomando creciente importancia en el Derecho del Trabajo a partir de la desvertebración jurídica de la empresa fordista junto con el crecimiento de la fragmentación empresarial (redes de empresas y grupos de empresas). A partir de este marco, el objeto de este artículo es el análisis jurídico de la doctrina del *joint employer* estadounidense y, específicamente, de la controversia jurídica iniciada en agosto de 2015 (y que todavía permanece abierta) sobre el estándar del *joint employer* de la *National Labor Relations Board* de los Estados Unidos de América (*NLRB*). El objetivo de ello es aproximarse preliminarmente a problemática de la posición empleadora plural y extraer lecciones jurídicas para su determinación y eventual tratamiento legislativo en España.

The idea of the plural employing position has been taking an increasing importance in labour law since the legal dismemberment of the fordist firm along with the growth of the enterprise's fragmentation (enterprises' networks and group of companies). Taking into consideration this framework, the aim of this paper is the legal analysis of the American joint employer doctrine and, particularly, of the legal controversy initiated in August 2015 (and still opened) regarding the joint-employer standard of the United States of America's National Labor Relations Board (NLRB). The objective is to approximate to the legal issue of the plural employing position and to extract legal lessons for its determination and eventual legislative treatment in Spain.

IUSLabor 2/2019, ISSN 1699-2938, p. 77-103
DOI 10.31009/IUSLabor.2019.i02.05

¹ Artículo derivado (versión revisada, actualizada y ampliada a 30 de abril de 2019) de la comunicación presentada en el *2nd SBRLab International Virtual Conference on Management, Law, Politics, Economics and Social Studies - Finding solutions to societal problems* (12-14 de diciembre de 2018, Tarragona) y que fue seleccionada para su publicación.

Title: A preliminary approximation to the plural employing position's issue through the controversy of the NLRB's joint-employer standard.

Palabras clave: redes de empresas, grupos de empresas, empleador, posición empleadora plural, doctrina del *joint employer*, *National Labor Relations Board* de los Estados Unidos de América (*NLRB*).

Key words: enterprises' networks, groups of companies, employer, plural employing position, joint employer doctrine, United States of America's National Labor Relations Board (NLRB).

Sumario

1. La problemática de la fragmentación empresarial y la posición empleadora plural en los ordenamientos laborales
2. El estándar del *joint employer* de la *National Labor Relations Board* de los Estados Unidos de América (agosto 2015 - abril 2019): intereses y giros
 - 2.1 La doctrina del *joint employer* en los Estados Unidos de América: función y distinción con otras doctrinas
 - 2.2 El caso *Browning-Ferris Industries* o el estándar del *joint employer* global en la *National Labor Relations Board* (agosto 2015)
 - 2.3 El caso *Hy-Brand* o la vuelta al estándar del *joint employer* directo (diciembre 2017)
 - 2.4 Vuelta al estándar del *joint employer* global (febrero de 2018) - o cuando la ética apareció - y anuncio de una futura regulación del estándar del *joint employer* en la *National Labor Relations Board* (mayo 2018)
 - 2.5 La propuesta reguladora del estándar del *joint employer* bajo la *National Labor Relations Act* (septiembre 2018), las prórrogas para enviar comentarios y una primera sentencia del caso *Browning-Ferris Industries* (diciembre 2018): hacia una consolidación del estándar del *joint employer* directo en la *National Labor Relations Board* ...o no
3. A modo de conclusión: algunas lecciones jurídicas a partir del estándar del *joint employer* de la *National Labor Relations Board* de los Estados Unidos de América
4. Bibliografía

1. La problemática de la fragmentación empresarial y la posición empleadora plural en los ordenamientos laborales

La idea de la posición empleadora plural, entendida aquí como que en un único contrato de trabajo por cuenta ajena dos o más sujetos jurídicamente independientes sean considerados empleadores², coge una importancia creciente en el Derecho del Trabajo a partir de la desvertebración jurídica de la empresa fordista³ y el palmario y exponencial crecimiento y normalización de la descentralización productiva.

La descentralización productiva, entendida como “*cualquier fenómeno u operación de traslación de una parte del proceso productivo o de distribución, en cualquiera de sus partes, de un empresario a otro a través de un contrato de colaboración o mediante la utilización de otra fórmula jurídica que sirva para alcanzar este resultado*”⁴, en realidad esconde el fenómeno más profundo de la fragmentación empresarial (de la estructura unitaria de la empresa) y que se bifurca en dos principales técnicas.

Una primera técnica es la red de empresas, donde se generan relaciones de colaboración más o menos intensas y con cierta estabilidad, sobre todo mediante vínculos contractuales (ej. contrato de franquicia), entre distintas empresas⁵. Por ello, la red de empresas es un concepto que debe ser enmarcado en la colaboración interempresarial y comprendida como una fragmentación empresarial tanto jurídica como económica.

La segunda técnica, en cambio es el grupo de empresas. En este caso la empresa pasa a estructurarse en forma de grupo, es decir, una única empresa se articula mediante distintas

² La eventual superación de la bilateralidad subjetiva (un trabajador - un empleador) en el contrato de trabajo, así como la existencia de un empleador configurado pluralmente ha sido apuntada, entre otros, por CRUZ VILLALÓN, J., “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales”, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. (Coord.), *El empleador en el Derecho del Trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho de Trabajo y Relaciones Laborales*, Editorial Tecnos - Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 1999, p. 56; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar”, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. (Coord.), *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Madrid: Editorial Trotta, Madrid, 2004, *passim* y SANGUINETI RAYMOND, W., “Fragmentación de la empresa y empleador plural”, *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, nº 41, 2018, *passim*.

³ *Vid.*, por todos, PIORE, M.J. y SABEL, C.F., *La segunda ruptura industrial*, Alianza Editorial, Madrid, 1990, *passim*.

⁴ ALCALÁ DÍAZ, M. Á., “Aspectos económicos e instrumentos jurídico-mercantiles de descentralización empresarial (outsourcing)”, *Revista de Derecho Social*, nº 23, 2003, p. 61.

⁵ RUIZ PERIS, J. I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, RUIZ PERIS, J.I. (Dir.), *Nuevas perspectivas del Derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 87.

personas jurídicamente independientes que funcionan bajo una dirección unitaria⁶. Ello es posible en la medida que la empresa, como agente económico que agrupa bienes materiales e inmateriales, no tiene por qué configurarse mediante un solo sujeto jurídico⁷. Consecuentemente, los grupos de empresas deben de ser conceptualizados como colaboración intraempresarial y fragmentación empresarial jurídica pero no económica.

Estos dos lazos de colaboración empresarial (red de empresas y grupo de empresas) fácilmente generan que el trabajador pueda ver condicionado internamente su contrato de trabajo por parte de sujetos jurídicos que formalmente no les es reconocida formalmente *a priori* la condición de empleador, pudiéndose desprotegerse los derechos individuales y colectivos de los trabajadores⁸.

Ante estas situaciones, el Derecho del Trabajo Español ha encontrado dos formas típicas de proceder para dotar de protección al trabajador:

- i. La aceptación de que los condicionamientos de un tercero externo a la relación laboral pueden ser válidos pero activándose, generalmente, mecanismos protectores legales *ad hoc* (la contrata – art. 42 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET), a no ser que se esté ante una mera interposición empresarial entre el trabajador y el empleador real (cesión ilegal de trabajadores - art. 43 ET).
- ii. La aplicación de una doctrina laboral de construcción jurisprudencial a partir de la técnica levantamiento del velo en los grupos de empresas⁹ para generar, sobre todo,

⁶ En sentido similar, EMBID IRUJO, J. M., Los grupos de sociedades y accionistas minoritarios: la tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 153.

⁷ ROBÉ, J. P., “The Legal structure of the firm”, *Accounting, Economics, and Law*, vol. 1, no. 1., 2011, pp. 3-9.

⁸ Entre otros, MONEREO PÉREZ, J.L., “Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (I). La empresa en transformación permanente”, *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, año 27, tomo I, nº 6, 2011, *passim* - versión electrónica (LA LEY 3440/2011) - y WEIL, D., *The fissured workplace: why work became so bad for so many and what can be done to improve it*. Harvard University Press, Cambridge - Massachusetts, 2014, p. 8.

⁹ Por todos, DE LOS COBOS ORIHUEL, F.P., “El desvelo de los grupos de empresa” *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 5, 1998, *pásim* - versión electrónica (BIB 1998/424) -.

responsabilidad solidaria entre distintos sujetos jurídicos o conseguir la nulidad de una decisión empleadora¹⁰.

A nuestro parecer, a pesar de que estos instrumentos jurídicos han tenido y continúan teniendo una vital función protectora de los derechos de los trabajadores, cada vez más puede ponerse en duda si su configuración es suficientemente protectora¹¹, así como que funcionan como meros remedios de protección *ex post* (función preventiva secundaria¹²) –cuando el daño jurídico seguramente ya se ha generado.

Por ello, pensamos que es importante buscar nuevas fórmulas *ex ante* de protección (función preventiva primaria¹³) ante la fragmentación empresarial ya que los mecanismos *ex post* pueden ser muy costosos para que lleguen a ser realmente efectivos (por ejemplo, costes de asistencia legal, institucionales y temporales)¹⁴. De hecho, puede llegarse a pensar que algunas situaciones podrían haber encontrado un mejor cauce legal protector si existiesen normas que incentivasen o generasen una protección *ex ante* y, seguramente, permitiéndolo a un menor coste social global (minimización conjunta de los costes primarios, secundarios y terciarios¹⁵).

¹⁰ Por todas, recientemente, STS, 4ª, Pleno, 20.06.2018 (Rec. Cas.168/2017) -caso Foisa Mediterráneo.

¹¹ No han faltado voces en el iuslaboralismo español sobre la necesidad de modificación legislativa profunda de la contrata (recientemente, por ejemplo, FALGUERA BARÓ, M. À., *La externalización y sus límites: reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación*, 1ª ed., Editorial Bomarzo, Albacete, 2015, pp. 99-111 y GÁRATE CASTRO, J., “Descentralización productiva y Derecho del Trabajo”, ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (AEDTSS) (Coord.), *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial - XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018, *passim*) y los grupos de empresas (destacándose, MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., *El modelo de regulación jurídico-laboral de los grupos de empresas: una propuesta de reforma*, Editorial Comares, Albolote (Granada), 2002, *passim*). Por otro lado, existió en la XII Legislatura de España una proposición de Ley de modificación del artículo 42.1 ET para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados (122/000015) que caducó.

¹² *Vid.* CALABRESI, G., *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, pp. 44-45.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Sobre la búsqueda de nuevas fórmulas que permitan un mejor engarce entre objetivos y medios en el Derecho del Trabajo, *vid.* DAVIDOV, G., *A purposive approach to labour law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 2-3 y 230-250.

¹⁵ CALABRESI, G., *op. cit.*

En este sentido, la posibilidad de un reconocimiento (*ex ante*) de la posición empleadora plural es una solución jurídica que consideramos que debe ser, como mínimo, explorada en el ordenamiento jurídico español. Pero para ello, una de las claves fundamentales es establecer límites entre cuándo se entiende que existe posición empleadora plural y cuando no y, en concreto, en qué medida los condicionamientos de un sujeto jurídico externo al contrato de trabajo pueden implicar que jurídicamente deba tener la consideración de empleador.

A estos efectos, el análisis jurídico de otros ordenamientos laborales puede permitirnos indagar sobre esta problemática, así como extraer lecciones jurídicas para un eventual tratamiento legislativo en España. En concreto, la experiencia de la llamada doctrina del *joint employer* utilizada por los tribunales de justicia y las agencias federales estadounidenses resulta especialmente interesante por dos razones.

La primera razón es que, a pesar de que la doctrina del *joint employer* es un instrumento jurídico de protección del trabajador *ex post* (si bien puede acabar teniendo un impacto disuasorio *ex ante* para los agentes económicos), ésta se pregunta qué debe ser considerado como ejercicio de poderes empleadores por sujetos jurídicos formalmente externos al contrato de trabajo. Por tanto, funcional y esencialmente se trata de la misma cuestión jurídica que anteriormente señalábamos como clave respecto la posición empleadora plural (en qué medida los condicionamientos de un sujeto jurídico externo al contrato de trabajo pueden implicar que jurídicamente deba tener la consideración de empleador).

La segunda razón es que el estándar del *joint employer* que aplica una de las agencias federales estadounidense, específicamente, la *National Labor Relations Board* de los Estados Unidos de América (en adelante, *NLRB*) ha sufrido importantes cambios y controversias, permitiendo explorar y analizar las cuestiones jurídicas, económicas e, incluso, ilustrar nítidamente los intereses político-económicos que rodean y están en juego sobre la posición empleadora plural.

2. El estándar del *joint employer* de la *National Labor Relations Board* de los Estados Unidos de América (agosto 2015 - abril 2019): intereses y giros

2.1. La doctrina del joint employer en los Estados Unidos de América: función y distinción con otras doctrinas

En los Estados Unidos de América la doctrina del *joint employer* es aplicada cuando varios sujetos jurídicamente independientes actúan conjunta y coordinadamente en el mercado (red de empresas) y sus interacciones económicas tienen tanta incidencia en las relaciones laborales, al compartir o codeterminar aspectos esenciales de las condiciones

de empleo y trabajo, que integran conjuntamente la posición empleadora en el contrato de trabajo¹⁶.

Esta integración es utilizada posteriormente para imponer eventualmente¹⁷ obligaciones legales previstas en distintas leyes al empleador¹⁸ y con ello obtener una mejor protección de los derechos de los trabajadores al ampliarse los sujetos de la posición empleadora.

De este modo, la determinación de la posición empleadora plural en el *joint employer* es utilizada más bien como un mecanismo instrumental de protección para dotar de eficacia a ciertos derechos laborales de concretas leyes¹⁹. Consecuentemente, no existe una doctrina totalmente unificada del *joint employer* sino que las agencias o departamentos encargados de velar por el cumplimiento de normas laborales (por ejemplo, el *U.S. Department of Labor* en el caso de la *Fair Labor Standards Act of 1938* o la *NLRB* para la *National Labor Relations Act* -en adelante, *NLRA*) y los tribunales de justicia aplican estándares jurídicos diferenciados del *joint employment* según la norma de la que se trate.

Por todo ello, se puede hablar de múltiples estándares del *joint employer* que tienen un núcleo común formado por dos elementos. El primero es el funcional: la función de todos los estándares del *joint employer* es permitir determinar la eventual existencia de una posición empleadora plural en el contrato de trabajo cuando varios sujetos jurídicos comparten o codeterminan los aspectos esenciales de las condiciones de trabajo²⁰. El segundo elemento común es aquel que podemos llamar objetivo-económico: el contexto económico subyacente para la aplicación de la doctrina del *joint employer* son las redes de empresas y no los grupos de empresas.

¹⁶ Entre otros, *NLRB v. Checker Cab Co.*, 367 F.2d 692, 698 (6th Cir. 1966); *NLRB v. Browning-Feris Ind.*, 691 F.2d 1117 (3rd Cir. 1982) y *Boire v. Greyhound Corp.*, 376 U.S. 473 (1964). Ver los siguientes apartados para más detalle sobre la doctrina reciente del *joint employer* en la *NLRB*.

¹⁷ La interacción entre la determinación de la existencia del *joint employer* y la eventual responsabilidad jurídica-laboral no es siempre automática. Sobre ello, *vid.*, extensamente, GALIATSOS, C. B., “Beyond joint employer statutes: a new analysis for employers’ unfair practice liability under the NLRA”, *Boston University Law Review*, vol. 95, 2015, pp. 2101-2108.

¹⁸ Por ejemplo, la *Fair Labor Standards Act of 1938* (*Title 29 U.S. Code, chapter 8*); la *Occupational Safety and Health Act* (*Title 29 U.S. Code, chapter 15*); y la *National Labor Relations Act* (*Title 29 U.S. Code, chapter 7, subchapter II*).

¹⁹ *Vid. Falk v. Brennan*, 414 U.S. 190 (1973) y *Lopez v. Silverman*, 14 F. Supp. 2d 405 (SDNY 1998).

²⁰ CARVELL, S. A. & SHERWYN, D. S., “It is time for something new: a 21st century joint-employer doctrine for 21st century franchising”, *American University Law Review*, vol. 5, no.1, 2015, pp. 12-13.

En el caso de los grupos de empresas la determinación de la existencia de una posición empleadora plural se consigue mediante la aplicación de una doctrina distinta a la del *joint employer*²¹: la doctrina del *single employer*.

En concreto, la doctrina del *single employer* es aplicada cuando entidades jurídicas diferenciadas son parte de una única empresa integrada por varios sujetos y, por tanto, actúan en el mercado de forma no competitiva (falta de *arm's length relationship*)²², extrayéndose de ello que eventualmente conforman una pluralidad empleadora para la aplicación de una concreta norma laboral²³. Los indicios que se han venido utilizando para identificar esta segunda situación son la integración funcional de las operaciones económicas; el control centralizado de las relaciones laborales y una dirección y propiedad comuna²⁴.

Finalmente, brevemente, debe ser apuntado que estas dos doctrinas (*joint employer* y *single employer*) son distintas a la del *alter ego*²⁵, siendo esta última similar a la del empresario oculto o aparente *cum contemplatione domini* en ordenamientos jurídicos europeos (subdoctrinas de la doctrina del levantamiento del velo)²⁶.

2.2. *El caso Browning-Ferris Industries o el estándar del joint employer global en la National Labor Relations Board (agosto 2015)*

La *NLRB*, agencia federal independiente encargada de controlar y dotar de efectividad derechos vinculados a la libertad sindical y la negociación colectiva y evitar prácticas ilícitas o discriminatorias vinculadas a éstos (tanto de los empleadores como de los sindicatos), es dirigida por una junta (la Junta de la *NLRB* - en adelante, la Junta)

²¹ *NLRB v. Browning-Ferris Indus, Inc.*, 619 F.2d 1117 (3rd Cir. 1982) pone en evidencia la distinción entre el *single* y el *joint employer*.

²² Entre otros, *vid. South Prairie Constr. V. Local no. 627, Int. Union Operating Enginners v. NLRB*, 518 F. 2d 1040 (D.C. Cir. 1975) y *NLRB v. Don Burgess Contr.*, 596 F.2d 378 (9th Cir. 1979).

²³ *Cook v. Arrowsmith Shelburne, Inc.* 69 F.3d 1235 (2nd Cir. 1995).

²⁴ Por todos, *Radio Union v. Broadcast Serv.* 380 U.S. 255 (1965).

²⁵ *Vid.*, por ejemplo, *NLRB v. Burns International Security Services*, 406, U.S. 272 (1972) y *NLRB v. Allcoast Transfer, Inc.*, 780 F.2d 576 (6th Cir. 1986). En la doctrina académica estadounidense, por todos, BLUMBERG, P. I., *The law of corporate groups: tort, contract, and other common law problems in the substantive law of parent and subsidiary corporations*, Little, Brown & Company, Boston and Toronto, 1987, pp. 118-122.

²⁶ Sobre estas subdoctrinas, entre otros, *vid. BIGIAVI, W., L'imprenditore occulto*, CEDAM-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1954, p. 20 y MARTÍNEZ GIRÓN, J., *El empresario aparente*, Editorial Civitas, Madrid, 1992, pp. 39 y 54.

compuesta por cinco miembros (uno de los cuales es su presidente) designados por el presidente de los Estados Unidos de América, previa aprobación del Senado de los Estados Unidos de América y cuyo mandato dura cinco años (arts. 153 (a); 157-158 y 160-162 del *U.S. Code*).

Asimismo, conforme el art. 153 (d) del *U.S. Code*, un secretario general de la agencia, elegido también por el mismo método y por un mandato de cuatro años, es responsable de la coordinación de la investigación de las prácticas ilícitas, así como de la supervisión general del personal de agencia federal, la cual tiene sedes regionales en el territorio estadounidense.

En fecha 27 de agosto de 2015, bajo el mandato del presidente Obama, la Junta emitió una resolución en la que revisaba una resolución previa emitida por un director regional de la *NLRB* en la que se había rechazado que *Leadpoint Business Services* (en adelante, *Leadpoint*) y *Browning-Ferris Industries of California - Newby Island Recyclery* (en adelante, *BFI*) fuesen *joint employer* de 240 trabajadores que el sindicato *International Brotherhood of Teamsters* (en adelante, el sindicato) había querido representar²⁷.

En concreto, en esta resolución, conocida como la del caso *Browning-Ferris*, la Junta examinó si el estándar de *joint employer* que había seguido hasta entonces debía ser modificado para dar efectividad a los objetivos de la *NLRA*.

Adelantamos ya ahora que la Junta, por una mayoría de tres a dos, decidió reinstaurar el estándar del *joint employer* de la *NLRB*: para la mayoría (el presidente Pearce y los miembros Hirozawa y McFerran) la resolución reinstauró el estándar del *joint employer* que había ido difuminándose y confundiéndose a partir de la década de 1980. En cambio, para la minoría discrepante (miembros Miscimarra y Johnson), se había modificado el estándar del *joint employer* de la *NLRB*, extralimitándose la Junta en sus funciones, realizando interpretaciones jurídicas erróneas, así como generando una grave incerteza jurídica y potencial masivo daño a la economía estadounidense.

Pero vayamos al origen de la controversia jurídica. La resolución del caso *Browning-Ferris* provenía de la decisión emitida por el director regional, la cual daba respuesta a una impugnación del sindicato de los resultados de unas elecciones de los representantes de los trabajadores que tuvieron lugar el 25 de abril de 2014.

²⁷ *Browning-Ferris Industries of California, Inc., d/b/a BFI Newby Island Recyclery, and FPR-II, LLC, d/b/a Leadpoint Business Services, and Sanitary Truck Drivers and Helpers Local 350, International Brotherhood of Teamsters, Petitioner. - Case 32-RC-109684 - Decision and order of August 27, 2015 – 362 NLRB No. 186 (2015).*

El sindicato entendía que un conjunto de trabajadores adscritos formalmente a *Leadpoint* en realidad tenían como empleadores conjuntos a *Leadpoint* y *BFI*, por aplicación del estándar del *joint employer* de la *NLRB*. De no ser así, el sindicato entendía que se estarían menoscabando los derechos de representación de los trabajadores puesto que se fragmentaban y segmentaban artificialmente las unidades de representación sindical y las condiciones de los trabajadores cuando conjuntamente *Leadpoint* y *BFI* ejercían poderes empleadores para dichos trabajadores.

El director regional, como resultado de su investigación, plasmó en su resolución que si bien era cierto que *BFI* subcontractaba a *Leadpoint* algunos de los servicios que se realizaban en la planta de reciclaje propiedad de *BFI*, no se podía concluir que ésta última compartiera o codeterminara con *Leadpoint* los aspectos esenciales y las condiciones de trabajo de dicho conjunto de trabajadores aplicando el estándar del *joint employer* de la *NLRB*.

Si bien existía una cláusula en el contrato de servicios entre *BFI* y *Leadpoint* que impedía que este último pagase un salario superior a sus trabajadores al que *BFI* pagaba a sus trabajadores por tareas similares, ello no conllevaba un control de *BFI* sobre los salarios puesto que dicha cláusula no impedía que *Leadpoint* disminuyese los salarios o que ofreciese beneficios sociales adicionales. Además, la mayor parte de los trabajadores de *Leadpoint* de la planta de reciclaje no se encontraban afectados por dicha cláusula ya que muchos trabajadores de *Leadpoint* no tenía trabajadores funcionalmente equivalentes en *BFI*.

Se concluyó también que no se evidenciaba que *BFI* participara directamente en los procesos de contratación de *Leadpoint* ni tampoco que ejerciera poder disciplinar sobre sus trabajadores e influenciara realmente en la finalización de sus contratos. Y es que a pesar de haberse obtenido pruebas de que un empleado de *BFI* había pedido que finalizasen varios contratos de algunos trabajadores de *Leadpoint* por supuestas malas conductas, *BFI* no ordenó o forzó a *Leadpoint* para que se llevasen a cabo extinciones (o despidos). Por ello se determinó que no podía extraerse que *BFI* tuviese autoridad o derecho de despedir a los trabajadores de *Leadpoint*.

Continuó el informe del director regional argumentado que *BFI* no controlaba o codeterminaba diariamente las tareas de los trabajadores de *Leadpoint* atendiendo a que quien venía supervisando los trabajadores de *Leadpoint* eran sus propios jefes de sección, los cuales recibían y gestionaban discrecionalmente eventuales quejas que trasmitía personal de *BFI*.

Tampoco se concluyó que existiera *joint employer* por el hecho de que *BFI* instruyera inicialmente a los trabajadores de *Leadpoint* ni tampoco porque *BFI* determinase cuándo la planta de reciclaje estaba abierta y los turnos de trabajo. Ello se consideró así en la medida que *Leadpoint* es quién ejercía el control de la jornada de sus trabajadores, quién determinaba si era necesario realizar o no horas extraordinarias y gestionaba totalmente aspectos como las vacaciones y las bajas por enfermedad.

Finalmente, el control de *BFI* sobre el nivel de rapidez del flujo de los procesos de reciclaje de los empleados de *Leadpoint* no había conllevado que *BFI* marcara directrices sobre cómo debían distribuirse funcionalmente los trabajadores de la otra empresa, no permitiéndose generar un control suficientemente directo e inmediato que permitiera entender que se estaba ante un contexto de *joint employer*.

El sindicato impugnó la resolución del director regional ante la Junta solicitando que se revertiera al haberse omitido algunas pruebas y haberse alcanzado la conclusión errónea de inexistencia de *joint employer* por una aplicación incorrecta de la doctrina seguida por la *NLRB*. Asimismo, adicionalmente, se solicitó que la Junta reconsiderara su estándar del *joint employer* y que determinara sus elementos configuradores.

El secretario general de la *NLRB* formuló conclusiones previas recomendando a la Junta que urgentemente abandonara el estándar existente de *joint employer* puesto que menoscababa el derecho de la negociación colectiva al requerirse para ser considerado *joint employer* evidencias de control directo, inmediato y substancial y no limitado y rutinario y se examinaban las prácticas empresariales y no las cláusulas contractuales pactadas entre empresarios.

En el proceso de consultas abierto, múltiples asociaciones, grupos de académicos y agencias federales, actuando como *amici* del sindicato, defendieron que era necesario entender que se estaba ante un contexto de *joint employer* cuando la influencia externa de las condiciones de trabajo de los trabajadores es incluso indirecta o generada vía derechos contractuales de naturaleza mercantil, debiéndose tener en cuenta, asimismo, los cambios acontecidos durante las últimas décadas en el mercado de trabajo y, específicamente, por el crecimiento exponencial de múltiples fórmulas de descentralización productiva.

Por otro lado, los *amici* de *BFI* y *Leadpoint*, entre los cuales se encontraba la *International Franchise Association*, entendían que el estándar del *joint employer* de la *NLRB* había venido dotando de previsibilidad y estabilidad a los agentes económicos, su eventual modificación expansiva generaría incerteza jurídica y económica y que ello además no encontraba fundamento jurídico en el *common law*.

Ante la tesitura planteada, la Junta realizó un análisis de sus resoluciones sobre el estándar del *joint employer* y determinó que su núcleo se remontaba a la resolución del caso *Greyhound* del año 1965²⁸. En ella se precisó que varios empleadores pueden ser conjuntamente empleadores de trabajadores si comparten y codeterminan aquellos aspectos que regulan los términos y condiciones esenciales de su trabajo.

Con posterioridad, hasta la década de 1980, la Junta entendió que siguió en esta misma línea doctrinal y que aquello que debía probarse para la existencia de *joint employer* era un derecho de control del trabajo de los trabajadores y de sus condiciones de trabajo, incluyendo un derecho de control indirecto o último, sin necesidad de un control diario sino basado, incluso, en cláusulas contractuales que permitiesen un control potencial.

Sin embargo, la mayoría de la Junta argumentó que partir del año 1984, con los casos *Laerco*²⁹ y *TLI*³⁰, seguidos, entre otros, por los casos *Airbone Express* en el 2002³¹ y *AM Property Holding Corp.* en el 2007³², se fueron desconfigurando los ejes del estándar de *joint employer* de la *NLRB* y agregándose condiciones adicionales para entender que existía *joint employer* sin que se detectase explicación o fundamento alguno para ello.

Estas condiciones adicionales, tales como que el control debía ser directo e inmediato, no limitado y rutinario, y que únicamente debían ser examinadas las prácticas empresariales de hecho y no las cláusulas contractuales que podían generar un potencial o indirecto control laboral sobre los trabajadores y sus condiciones de trabajo, para la mayoría de la Junta habían ido limitando el alcance de su estándar de *joint employer*.

La mayoría de la Junta también expuso que los datos del crecimiento exponencial de la descentralización productiva y el trabajo temporal producidos en las últimas décadas en el mercado de trabajo eran suficientes para que la Junta tuviese que revisar su estándar del *joint employer* para dar eficacia de los derechos colectivos previstos en la *NLRA*. Además, acogiéndose a una sentencia del Tribunal Supremo³³, la mayoría estimó que la su ley rectora tenía como objetivo propiciar un clima de relaciones laborales basados en la negociación.

²⁸ *Greyhound Corp.*, 153 *NLRB* 1488 (1965).

²⁹ *Laerco Transportation*, 269 *NLRB* 234 (1984).

³⁰ *TLI, Inc.*, 271 *NLRB* 798 (1984).

³¹ *Airbone Express*, 338 *NLRB* 597 (2002).

³² *AM Property Holding Corp.* 350 *NLRB* 998 (2007).

³³ *Fibreboard Corp. v. NLRB*, 379 *U.S.* 203 (1964).

Por todo ello, la mayoría de la Junta decidió que debía promoverse una comprensión del *joint employer* tan extensa como legalmente fuera posible para dotar de eficacia al derecho de la negociación colectiva.

Así, después de un completo análisis, se determinó que no existía limitación en el *common law* para que el término control hubiese de ser limitado a su ejercicio fáctico directo, sino que debía incluir tanto el control potencial como el ejercido directa o indirectamente y tampoco necesariamente de forma diaria y rutinaria.

Según la mayoría de la Junta, mediante su resolución, se pasaba a reinstaurar su estándar de *joint employer*: dos o más sujetos jurídicos son empleadores conjuntos de los trabajadores si directa, indirecta o potencialmente comparten o codeterminan aspectos esenciales de los términos y condiciones de trabajo y, en concreto, en materias como los salarios, los horarios, la contratación, el despido, el poder disciplinar, la dirección del trabajo, incluyendo la forma y método de su realización.

De este modo, el estándar del *joint employer* tenía que entenderse como global y no restringido y, consecuentemente, aplicando este estándar global al caso, *BFI* y *Leadpoint* debían ser considerados *joint employer* y realizarse un nuevo recuento de los resultados de las elecciones de los representantes de los trabajadores.

El voto particular de los miembros Miscimarra y Johnson, por su parte, fue una contraresolución en toda regla y un ataque frontal a las posiciones mantenidas por Pearce, Hirozawa y McFerran. Sus principales ejes argumentales fueron los siguientes:

- i. La extensión del estándar del *joint employer* basada en la realidad económica y el propósito de una ley supera los límites del *common law* que el Congreso y el Tribunal Supremo estadounidenses habían determinado.
- ii. La extensión del estándar del *joint employer* por parte de la mayoría de la Junta parte de una concepción de que las relaciones laborales no deben quedar afectadas por la descentralización productiva y esconde una añoranza de un modelo económico donde esta no existía.

Para el voto discrepante, justamente el Congreso y el Tribunal Supremo fueron abandonando esta concepción y asimilando con plena normalidad que terceros externos a una relación laboral pudieran influenciar las relaciones laborales sin que fuesen considerados empleadores.

- iii. No existe un mandato claro del Congreso de que la función de la *NLRB* sea establecer mayor poder de negociación o igualdad entre los múltiples sujetos jurídicos de la economía, incluyendo el poder negociador entre varios empresarios.
- iv. Bajo la tradición del *common law* es necesario el control y ejercicio directo para entender que se es empleador y las pruebas de control indirecto únicamente deben ser utilizadas como meros elementos adicionales a la existencia de un control directo.
- v. La mayoría de la Junta abandona un estándar de *joint employer* previsible para pasar a un nuevo test (y no una mera reinstauración) totalmente impredecible porque se basa no solo en un control directo, sino en un control potencial (un derecho que puede ser nunca ejercido) e indirecto de un conjunto de condiciones de trabajo muy extensos. Ello da lugar a un total 18 potenciales contextos que determinan ser considerado empleador (existen seis parámetros que pueden ser controlados directa, indirecta o potencialmente).
- vi. La mayoría de la Junta no ha ponderado el impacto en el empleo y el daño económico que puede generar el cambio del estándar en las redes de empresas, tales como las franquicias, teniendo afectación a pequeños negocios.

2.3. *El caso Hy-Brand o la vuelta al estándar del joint employer directo (diciembre 2017)*

Las críticas a la *NLRB* por el caso *Browning-Ferris* no se hicieron esperar, destacándose la realizada conjuntamente entre la *U.S. Chamber Commerce* y la *International Franchise Association* donde, entre otros aspectos, se atacaban al prof. Weil y sus trabajos³⁴ como verdadero padre intelectual de la expansión del estándar del *joint employer* de la *NLRB*³⁵.

De hecho, la institución de la franquicia es campo abonado para que surja una situación de *joint employer* ya que intrínsecamente se genera una alta codependencia entre el

³⁴ Por todos sus trabajos, WEIL, D., *op. cit.*, *passim*.

³⁵ U.S. CHAMBER COMMERCE & INTERNATIONAL FRANCHISE ASSOCIATION, *Main Street in Jeopardy: The Expanding Joint Employer Threat to Small Businesses*. International Franchise Association - U.S. Chamber of Commerce, Washington, 2016, pp. 4-5.

franquiciador, franquiciado y trabajador del franquiciado³⁶ y, por ello, el contrato de franquicia llega a ser el contrato mercantil que más se acerca a la relación laboral³⁷.

Ejemplo ilustrativo de ello es que la *NLRB* recibió más de 180 denuncias contra *McDonald's* y múltiples de sus franquiciadores, por haber llevado supuestamente conductas antisindicales entre 2012 y 2014 ante las protestas de trabajadores de los franquiciadores reivindicando un aumento salarial a 15 dólares por hora trabajada y donde se utilizaba la doctrina del *joint employer* para alcanzarlo³⁸.

No debe resultar extraño entonces que la franquicia, como modelo y sueño del emprendedor estadounidense³⁹, a pesar de que actualmente los franquiciados ya no pueden identificarse siempre con ese idealizado emprendedor sino también con grandes corporaciones⁴⁰, fueran rápidamente objeto de protección jurídica frente al estándar del *joint employer* global: el 9 de septiembre de 2015, menos de dos semanas después de la resolución *Browning-Ferris* de la *NLRB*, tuvo entrada en el Senado de los Estados Unidos una propuesta de las filas del partido republicano con el título de “*Protecting Local Business Opportunity Act*” que pretendía enmendar el estándar del *joint employer* global de la *NLRB*⁴¹ y paulatinamente en más de 15 estados federales se propusieron leyes con el mismo objetivo⁴².

³⁶OLMO GASCÓN, A.M, *La franquicia: un procedimiento de descentralización productiva desregulado laboralmente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 17.

³⁷RUBIN, P.H., “The theory of the firm and the structure of the franchise contract”, *Journal of Law and Economics*, vol. 21, no. 1, 1978, p. 225.

³⁸ *NLRB's Office of Public Affairs - NLRB Office of the General Counsel Authorizes Complaints Against McDonald's Franchisees and Determines McDonald's, USA, LLC is a Joint Employer - July 29, 2014* (www.nlr.gov/news-outreach/news-story/nlr-office-general-counsel-authorizes-complaints-against-mcdonalds) [última consulta: 13 de septiembre de 2018].

³⁹ BENDER, J.T. (2015). “Barking up the wrong tree: the NLRB’s joint-employer standard and the case for preserving the formalities of business format franchising”, *Franchise Law Journal*, vol. 35, no. 2, 2015, p. 225.

⁴⁰ CARVELL, S.A. & SHERWYN, D.S., *op. cit.*, p. 11.

⁴¹ *S.2015 - Protecting Local Business Opportunity Act* – «This bill amends the National Labor Relations Act to allow two or more employers to be considered joint employers for purposes of the Act only if each shares and exercises control over essential terms and conditions of employment and such control over these matters is actual, direct, and immediate» (www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/2015) [última consulta: 13 de septiembre de 2018].

⁴² Extensamente sobre esta cuestión, *vid.* GROW, A. R. & SALTZ, A. L., “Effectiveness of the legislative response to joint employer liability”, *Franchise Law Journal*, vol. 37, no. 3, 2018, *passim*.

Finalmente, bajo el mandato del presidente Trump y como presidente de la Junta el miembro Miscimarra, mediante la resolución del caso *Hy-Brand* de fecha 14 de diciembre de 2017, la mayoría de la Junta, por tres (presidente Miscimarra, miembros Kaplan y Emanuel) a dos (miembros Pearce y McFerran), se volvió al estándar del *joint employer* directo y se rechazó el criterio de *joint employer* global del caso *Browning Ferris*⁴³.

La nueva mayoría de la Junta declaró que la existencia de *joint employer* requiere prueba de que dos o más entidades jurídicas ejerzan realmente control conjuntamente sobre aquellos aspectos esenciales del contrato de trabajo (no solo un derecho de ejercer dicho control), además dicho control debe ser directo e inmediato (no indirecto) y siendo, en todo caso, el estatus de *joint employer* inalcanzable por un control limitado y no rutinario.

La resolución *Hy-Brand*, en la que la mayoría no cuestionó de que en el caso concreto se estuviese ante un contexto de *joint employer* sino sus fundamentos jurídicos, fue en su mayor parte el voto particular del caso *Browning-Ferris* convertido ahora en mayoría en la Junta. En cambio, el voto particular de caso *Hy-Brand* reflejaba el voto mayoritario del caso *Browning-Ferris* con el añadido de duras críticas:

- i. El caso *Hy-Brand*, en realidad, se trataba de un supuesto de *single employer*.
- ii. El cambio de estándar de *joint employer* no genera ningún efecto a las partes del caso.
- iii. Las partes no han solicitado que se revise el estándar del *joint employer* y su discusión jurídica se encuentra dentro de la plena aceptación del estándar del *joint employer* global.
- iv. La mayoría de la Junta, quebrantado su práctica tradicional, no ha puesto de manifiesto a las partes con anterioridad a la resolución, en un proceso de participación abierto, su eventual reconsideración del estándar del *joint employer*.

⁴³ *Hy-Brand Industrial Contractors, Ltd. and Brandt Construction Co., as a single employer and/or joint employers and Dakota Upshaw and David Newcomb and Ron Senteras and Austin Hovendon and Nicole Pinnick. Cases 25-CA-163189, 25-CA-163208, 25-CA-163297, 25-CA-163317, 25-CA-163373, 25-CA-163376, 25-CA-163398, 25-CA-163414, 25-CA-164941, and 25-CA-164945 - Decision and order of December 14, 2017 - 365 NLRB No. 156 (2017).*

2.4. *Vuelta al estándar del joint employer global (febrero de 2018) - o cuando la ética apareció - y anuncio de una futura regulación del estándar del joint employer en la National Labor Relations Board (mayo 2018)*

Aquello que puede ser eventualmente considerado como un “toma y daca” jurídico (la reciprocidad jurídica como respuesta cooperativa) en la *NLRB*, lejos de terminar, le esperaba un elemento sorpresa adicional: la ética.

Menos de dos meses después de la resolución de la Junta del caso *Hy-Brand*, en fecha 9 de febrero de 2018, el Inspector General de la *NLRB* emitía un informe estimando que en la resolución del anterior caso se habían cometido graves y flagrantes problemas y deficiencias en el proceso de su deliberación⁴⁴.

En concreto, el Inspector General exponía que el antiguo bufete de abogados en el que el miembro de la Junta Emanuel fue socio antes de ser miembro de la Junta había sido el despacho de abogados que asesoró a *Leadpoint*, una de las partes en el caso *Browning Ferris*.

Por tanto, la participación del miembro Emanuel en el proceso de deliberación del caso *Hy-Brand* ponía en duda la validez de la resolución del mencionado caso porque los casos *Browning-Ferris* y *Hy-Brand* no eran independientes, sino que forman parte de un todo indisoluble al resolver las mismas cuestiones jurídica. Por ello, el miembro Emanuel no debía haber formado parte del proceso de deliberación y debía haber sido recusado, conforme a la normativa interna de la *NLRB*.

En fecha 26 de febrero de 2018, la comisión de la *NLRB*, formada por el entonces presidente de la Junta Kaplan, los miembros Pearce y McFerran, anuló la resolución del caso *Hy-Brand* atendiendo al informe del Inspector General y, consecuentemente, se reinstauró el estándar del *joint employer* global del caso *Browning-Ferris*⁴⁵.

⁴⁴ *Memorandum of David P. Berry (Inspector General) to Chairmain Marvin E. Kaplan, Member Lauren McFerran and Member Mark Gaston Pearce about notification of a serious and flagrant problem and/or deficiency in the Board's Administration of its deliberative process and the National Labor Relations Act with respect to the deliberation of a particular matter - February 9, 2018. Disponible en: https://www.nlr.gov/sites/default/files/attachments/basic-page/node-1535/OIG_Report_Regarding_Hy_Brand_Deliberations.pdf [última consulta: 13 de septiembre de 2018].*

⁴⁵ *Hy-Brand Industrial Contractors, Ltd. and Brandt Construction Co., as a single employer and/or joint employers and Dakota Upshaw and David Newcomb and Ron Senteras and Austin Hovendon and Nicole Pinnick. Cases 25-CA-163189, 25-CA-163208, 25-CA-163297, 25-CA-163317, 25-CA-163373, 25-CA-163376, 25-CA-163398, 25-CA-163414, 25-CA-164941, and*

Posteriormente, ante los giros del estándar del *joint employer* de la *NLRB*, en fecha 9 de mayo de 2018, el nuevo presidente de la Junta Ring dio a conocer la intención de la *NLRB* de crear una normativa que determinase el estándar del *joint employer* en la *NLRB* para dar seguridad jurídica, conforme a su potestad normativa prevista en el U.S. Code⁴⁶. En concreto:

*“[W]hether one business is the joint employer of another business’s employees is one of the most critical issues in labor law today (...) The current uncertainty over the standard to be applied in determining joint-employer status under the Act undermines employers’ willingness to create jobs and expand business opportunities. In my view, notice-and-comment rulemaking offers the best vehicle to fully consider all views on what the standard ought to be. I am committed to working with my colleagues to issue a proposed rule as soon as possible, and I look forward to hearing from all interested parties on this important issue that affects millions of Americans in virtually every sector of the economy (...)”*⁴⁷.

Las palabras del nuevo presidente de la Junta fueron concebidas por varios senadores demócratas (Warren, Gillibrand y Sanders) como una forma de evitar responsabilidades éticas en el seno de la *NLRB*, así como una manera de prejuzgar aquello que iba a realizar la *NLRB*. El presidente respondió a ello argumentando que la *NLRB* asumiría todas las responsabilidades éticas necesarias y que sus palabras solo constataban la incerteza conocida por todos en el sector jurídico y que no se presumía el sentido de la futura normativa fruto de un proceso participativo abierto⁴⁸.

Asimismo, el presidente de la *NLRB* reconocía que, si bien los estándares jurídicos son generados y anunciados en resoluciones de casos concretos, algunas veces ello no permite exponerlos de una forma totalmente completa atendiendo a los hechos de los casos y que la aprobación de una normativa sobre el estándar del *joint employer* permitiría generar

25–CA–164945- February 26, 2018 - Order vacating decision and order and granting motion for reconsideration in part - 366 *NLRB* No. 26 (2018).

⁴⁶ Title 29 U.S. Code, chapter 7 - subchapter II - article 156 y Title 5, Part I, Chapter 5 - subchapter II - article 553.

⁴⁷ *NLRB’s Office of Public Affairs - NLRB Considering Rulemaking to Address Joint-Employer Standard - May 9, 2018* (www.nlr.gov/news-outreach/news-story/nlr-considering-rulemaking-address-joint-employer-standard) [última consulta: 30 de abril de 2019].

⁴⁸ *NLRB’s Office of Public Affairs - NLRB Chairman Provides Response to Senators Regarding Joint-Employer Inquiry - June 5, 2018* (<https://www.nlr.gov/news-outreach/news-story/nlr-chairman-provides-response-senators-regarding-joint-employer-inquiry>) [última consulta: 30 de abril de 2019].

más certeza jurídica, así como exponer situaciones donde debe considerarse que existe *joint employer* o no.

Tres días después de que se hiciera pública la respuesta del presidente Ring a los senadores demócratas (8 de junio de 2018), la *NLRB* anunciaba que emprendería un proceso de revisión exhaustivo de sus políticas y procedimientos respecto el comportamiento ético y requisitos de recusación con el objetivo de asegurar que todos los interesados y el pueblo estadounidense tuviesen plena confianza en la integridad de la Junta y sus procesos de recusación⁴⁹.

2.5. *La propuesta reguladora del estándar del joint employer bajo la National Labor Relations Act (septiembre 2018), las prórrogas para enviar comentarios y una primera sentencia del caso Browning-Ferris Industries (diciembre 2018): hacia una consolidación del estándar del joint employer directo en la National Labor Relations Board...o no*

Finalmente, en fecha 13 de septiembre de 2018, la *NLRB* anunciaba que al día siguiente entraría en el Registro Federal la propuesta de normativa sobre el estándar para determinar el *joint employer* bajo la *NLRA* y avanzaba sus ejes principales⁵⁰.

La actual propuesta de regulación del estándar del *joint employer* de la *NLRB*⁵¹ se autojustifica según la mayoría de la Junta (presidente Ring y los miembros Kaplan y Emanuel) para dar más efectividad al propósito de la *NLRA* y dotando de una mayor previsibilidad al estándar del *joint employer*. Asimismo, la cuestión clave de la anulación de la resolución del caso *Hy-Brand* por la intervención del miembro Emanuel es obviada en el relato.

La mayoría opta por un estándar del *joint employer* directo, concretándose en que existirá *joint employer* cuando “únicamente dos empleadores compartan o codeterminen los términos esenciales y condiciones de trabajo y empleo, como la contratación, el despido, la disciplina, la supervisión y la dirección” (traducción propia), debiéndose poseer y

⁴⁹ *NLRB's Office of Public Affairs - NLRB to Undertake Comprehensive Internal Ethics and Recusal Review - June 8, 2018* (www.nlr.gov/news-outreach/news-story/nlr-undertake-comprehensive-internal-ethics-and-recusal-review) [última consulta: 30 de abril de 2019].

⁵⁰ *NLRB's Office of Public Affairs - Board Proposes Rule to Change its Joint-Employer Standard - September 13, 2018* (www.nlr.gov/news-outreach/news-story/board-proposes-rule-change-its-joint-employer-standard) [última consulta: 30 de abril de 2019].

⁵¹ *The Standard for determining joint-employer status (RIN 3142-AA13) Federal Register – The Daily Journal of the United States Government - Vol 83, no. 179 / Friday, September 14, 2018 /Proposed Rues - pp. 46681- 46697.*

ejercitar un considerable control directo e inmediato de éstos de forma rutinaria y no limitada⁵². Asimismo, como complemento y forma de interpretación de dicho estándar se formulan hasta doce ejemplos vinculados a múltiples contextos económicos, tales como la franquicia y la subcontratación de servicios.

Finalmente, la miembro de la Junta McFerran expone su punto de vista discrepante de las acciones tomadas por la mayoría de la Junta: existe una predeterminación clara en el resultado de la futura normativa; la justificación para revisar el estándar del *joint employer* global y pasar a un estándar de *joint employer* directo resulta inadecuado jurídicamente y no aporta seguridad jurídica ya que puede ser cuestionada ante los tribunales federales; y se dará un falso proceso de debate abierto puesto que, realmente, no se dará audiencia pública a los interesados.

Respecto a esta última cuestión, debemos destacar que, según la propuesta reguladora la *NLRB* estaba abierta a recibir comentarios hasta el 13 de noviembre de 2018 y las respuestas a las respuestas de la *NLRB* a los primeros debían ser recibidos antes del 20 de noviembre. Sin embargo, esto no es lo que ha sucedido: hasta fecha 30 de abril de 2019⁵³ han existido tres prórrogas de dichos plazos.

La primera ampliación (hasta el 13 de diciembre de 2018 y hasta 20 de noviembre de 2018 de los plazos mencionados, respectivamente) fue propiciada por la solicitud de ampliación por parte de varios senadores y sindicatos y se estableció el 30 de octubre de 2018⁵⁴; y la segunda (hasta el 14 de enero de 2019 y 21 de enero de 2019, respectivamente) fue dictada el 10 de diciembre de 2018⁵⁵.

La tercera prórroga, la cual fue emitida el 11 de enero de 2019 y conllevó una ampliación de los anteriores plazos hasta el 28 de enero de 2019 y 11 de febrero de 2019 respectivamente, merece especial atención por su motivación. A diferencia de la segunda prórroga, esta tercera explicita su (relevante) justificación⁵⁶: *la United States Court of*

⁵² *The Standard for determining joint-employer status (RIN 3142-AA13)* - pp. 46696-46697.

⁵³ Fecha de la finalización de la redacción de este estudio.

⁵⁴ *NLRB Extends Time for Submitting Comments on Proposed Joint-Employer Rulemaking - October 30, 2018* (www.nlr.gov/news-outreach/news-story/nlr-extends-time-submitting-comments-proposed-joint-employer-rulemaking) [última consulta: 30 de abril de 2018].

⁵⁵ *NLRB Further Extends Time for Submitting Comments on Proposed Joint-Employer Rulemaking - December 10, 2018* (<https://www.nlr.gov/news-outreach/news-story/nlr-further-extends-time-submitting-comments-proposed-joint-employer>) [última consulta: 30 de abril de 2018].

⁵⁶ *NLRB Further Extends Time for Submitting Comments on Proposed Joint-Employer Rulemaking in Light of DC Circuit's Recent Browning-Ferris Decision - January 11, 2019*

Appelas for the District of Columbia Circuit dictó sentencia el 28 de diciembre de 2018 sobre el recurso que presentó *BFI* contra la resolución de la *NLRB*⁵⁷.

Dicha sentencia abre un nuevo frente del conflicto sobre el estándar del *joint employer* de la *NLRB*. La mayoría del Tribunal (los jueces Millett y Wilkins - existe un voto particular del juez Randolph) estima que el control indirecto que puede ejercer un tercero al contrato de trabajo puede ser relevante para el análisis del estándar del *joint employer* de la *NLRB* y, por tanto, acepta que dicho estándar pueda ser “global”. Ahora bien, entiende que la *NLRB* no ha articulado ni diferenciado (así como su aplicación en el caso concreto) las acciones o control que intrínsecamente puede realizar un tercero a otro sujeto sin que ello lleve a un contexto de *joint employer* vs. el eventual control indirecto que lleva a *joint employer*.

Así, a nuestro parecer, la mayoría del tribunal, ante la tesitura de dictaminar sobre la legalidad del estándar del *joint employer* global de la *NLRB* o su ilegalidad (eligiendo, de este modo, seguramente, el estándar del *joint employer* directo de la *NLRB*), opta por un camino del medio y que denominamos aquí como “estándar del *joint employer* global detallado”.

Este “nuevo” (y futurible) “estándar del *joint employer* global detallado” se basaría en tres ejes:

- i. La toma en consideración de eventuales mecanismos de control indirecto y potenciales de las condiciones de empleo y trabajo y no solo directos;
- ii. La necesaria delimitación y especificación de qué elementos permiten entender que se es un tercero totalmente ajeno al contrato de trabajo y que, sin embargo, pueden influenciar al empleador; y
- iii. La necesaria delimitación y especificación de cómo se ejerce el mencionado control indirecto y/o potencial, debiéndose en el caso concreto probar (para la aplicación este “nuevo” y futurible estándar).

Diferenciándose de la mayoría, en su voto particular el juez Randolph defiende que la mayoría no debería haber adoptado esta visión que considera ambigua y genera más

(<https://www.nlr.gov/news-outreach/news-story/nlr-further-extends-time-submitting-comments-proposed-joint-employer-1>) [última consulta: 30 de abril de 2018].

⁵⁷ *Browning-Ferris Industries of California v. NLRB*, --- F.3d ---, 2018 WL 6816542.

Sobre la resolución de la *NLRB* del caso *Browning-Ferris*, nos remitimos al análisis realizado apartado 2.2 de este estudio.

confusión respecto al estándar del *joint employer* de la *NLRB*. Además, remarca que debería de haberse tenido en cuenta la propuesta de normativa de la *NLRB* y defiende que, en todo caso, que no es acorde al *common law* que pueda tenerse en cuenta control indirecto alienándose así, en gran parte, con el argumentario y tesis de la mayoría del caso *Hy-Brand* y el voto particular del caso *Browning-Ferris*.

Finalmente, por otro lado, el presidente de la Junta Ring, en fecha 22 de marzo de 2019, dio respuesta a las preocupaciones del presidente del comité de Educación y Trabajo (el congresista demócrata Scott) y la presidenta del subcomité de Salud, Empleo, Trabajo y Pensiones (congresista demócrata Wilson) del 116º Congreso de los Estados Unidos sobre la eventual externalización del proceso de análisis de los comentarios sobre la propuesta de regulación del estándar del *joint employer* de la *NLRB*⁵⁸.

A estos efectos, el presidente Ring reconoce que algunas tareas vinculadas al proceso de análisis de los comentarios sobre la propuesta de regulación del estándar del *joint employer* de la *NLRB* se han externalizado o se externalizarán, pero solo la inicial clasificación y codificación de los comentarios - los cuales han llegado alcanzar la cifra de cerca 29.000 provenientes de patronales, sindicatos, otro tipo de organizaciones, académicos, empresarios y trabajadores a título individual -.

A estos efectos, asegura que estas dos tareas son un trabajo extremadamente mecánico y burocrático y que, atendiendo a criterios de eficiencia y capacidad profesional, no debería de realizarlos los funcionarios y personal de la *NLRB*. También asegura que el personal de la *NLRB* y los sindicatos no han mostrado reticencia alguna sobre esta externalización y, en todo caso, se asegura que el análisis interno y jurídico de los comentarios se realizará por personal de la *NLRB*.

3. A modo de conclusión: algunas lecciones jurídicas a partir del estándar del *joint employer* de la *National Labor Relations Board* de los Estados Unidos de América

La discusión del estándar del *joint employer* en la *NLRB* durante los últimos años ha venido girando alrededor de si en el marco de las redes empresariales solo el control de las condiciones de empleo y trabajo de forma directa, rutinaria o no limitada de los trabajadores debe llevar a la consideración de un sujeto jurídico jurídicamente independiente al empleador como coempleador para la aplicación de un norma concreta laboral (estándar del *joint employer* directo de la *NLRB*) o también debe tenerse en

⁵⁸ *NLRB Chairman Provides Response to Members of Congress Regarding Joint-Employer Rulemaking (March 22, 2019)* - <https://www.nlr.gov/news-outreach/news-story/nlr-chairman-provides-response-members-congress-regarding-joint-employer> [última consulta: 30 de abril de 2019].

consideración para ello los eventuales mecanismos de control indirecto o potencial de dichas materias (estándar del *joint employer* global de la *NLRB*). De momento, todo debería de hacer pensar que la primera alternativa habría vencido sobre la segunda, pero, como hemos visto, la cuestión no está ni mucho menos cerrada.

Varias lecciones jurídicas pueden extraerse a partir de los giros (hasta ahora producidos) del estándar del *joint employer* de la *NLRB*:

- i. La posición empleadora plural es una cuestión controvertida en la medida que tiene un eventual alcance subjetivo a muchísimos tipos de vinculaciones empresariales y consecuentemente resulta relativamente fácil la aparición de grupos de presión (*lobbies*), contrarrelatos y “tomas y dacas jurídicos” que pueden generar inseguridad al conjunto de los operadores jurídicos.

Por tanto, a nuestro parecer, una eventual legislación de la posición empleadora plural en España, tanto como mecanismo *ex post* como *ex ante*, debe intentar concretar con la mayor precisión posible qué tipo de control (ya sea directo, indirecto o potencial) es necesario para ser considerado empleador, teniendo en cuenta, además, que las estrategias de “tomas y dacas jurídicos” no son ajenas del todo al funcionamiento de los tribunales españoles - ejemplo paradigmático fueron los vaivenes en el despido colectivo de Celsa Atlantic en el Tribunal Supremo⁵⁹.

- ii. A pesar de que la eficiencia de una norma jurídica (en sentido amplio) no viene determinada *ex ante* por si se está ante un sistema de *common law* o de *civil law*⁶⁰, cuando existe alta probabilidad de graves “tomas y dacas jurídicos” y acción *lobbista* muy potente, puede llegar a resultar finalmente más adecuada una visión de *civil law*.

Como consecuencia, estimamos que la posición empleadora plural, si es que se estimare necesaria, debe tender a su legislación jurídica y no dejarla a criterio judicial atendiendo a que es una cuestión que atañe a una opción no solo jurídica sino intrínsecamente política, como se ha puesto de manifiesto en el estándar del *joint employer* de la *NLRB*.

⁵⁹ Vid. MOLINA NAVARRETE, C., “El «culebrón» del despido colectivo en Celsa Atlantic, SA: ¿A la segunda irá la vencida?”, *RTSS.CEF -Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 377-378, 2014, *passim*.

⁶⁰ GAROUPA, N., GÓMEZ LIGÜERRE, C. & MELÓN, L., *Legal origins and the efficiency dilemma*, Routledge - Taylor & Francis, London [etc.], 2017, pp. 14-21.

- iii. En la medida que el *joint employer* es una doctrina instrumental para conseguir la efectividad de una concreta norma laboral y no verdaderamente conformarse una posición empleadora plural a todos los efectos, puede llegar a resultar no adecuado que los tribunales españoles acojan criterios similares si dichos efectos pueden ser conseguidos en y mediante la institución de la contrata (o su eventual reforma).

Para ello sería necesario la consolidación de la contrata como un verdadero mecanismo de protección global de carácter objetivo ante todo fenómeno de descentralización productiva, con independencia de las razones jurídico-económicas subyacentes que justifiquen la responsabilidad laboral de un empresario que toma una posición líder frente a otro, puesto que pueden ser múltiples, de variada naturaleza e interconectadas⁶¹.

4. Bibliografía

ALCALÁ DÍAZ, M.Á., “Aspectos económicos e instrumentos jurídico-mercantiles de descentralización empresarial (outsourcing)”, *Revista de Derecho Social*, nº 23, 2003, pp. 61-99.

BENDER, J.T. (2015). “Barking up the wrong tree: the *NLRB*’s joint-employer standard and the case for preserving the formalities of business format franchising”, *Franchise Law Journal*, vol. 35, no. 2, 2015, pp. 209-235.

BIGIAMI, W., *L’imprenditore occulto*, CEDAM-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1954.

BLUMBERG, P.I., *The law of corporate groups: tort, contract, and other common law problems in the substantive law of parent and subsidiary corporations*, Little, Brown & Company, Boston and Toronto, 1987.

CALABRESI, G., *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984.

CARVELL, S.A. & SHERWYN, D.S., “It is time for something new: a 21st century joint-employer doctrine for 21st century franchising”, *American University Law Review*, vol. 5, no.1, 2015, pp. 5-36.

⁶¹ Vid. DAVIDOV, G., “Indirect employment: should lead companies be liable?”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, no. 37, 2015, *passim*.

CRUZ VILLALÓN, J., “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales”, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. (Coord.), *El empleador en el Derecho del Trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho de Trabajo y Relaciones Laborales*, Editorial Tecnos - Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 1999, pp. 29-57.

DAVIDOV, G., *A purposive approach to labour law*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

DAVIDOV, G., “Indirect employment: should lead companies be liable?”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, no. 37, 2015, pp. 5-36.

DE LOS COBOS ORIHUEL, F.P., “El desvelo de los grupos de empresa” *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 5, 1998, versión electrónica (BIB 1998/424).

EMBID IRUJO, J.M., *Los grupos de sociedades y accionistas minoritarios: la tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.

FALGUERA BARÓ, M.À., *La externalización y sus límites: reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación*, 1ª ed., Editorial Bomarzo, Albacete, 2015.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar”, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. (Coord.), *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Madrid: Editorial Trotta, Madrid, 2004, pp. 21-92.

GALIATSOS, C.B., “Beyond joint employer status: a new analysis for employers’ unfair practice liability under the NLRA”, *Boston University Law Review*, vol. 95, 2015, pp. 2083-2116.

GÁRATE CASTRO, J., “Descentralización productiva y Derecho del Trabajo”, ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (AEDTSS) (Coord.), *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial - XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018, pp. 25-68.

GROW, A.R. & SALTZ, A.L., “Effectiveness of the legislative response to joint employer liability”, *Franchise Law Journal*, vol. 37, no. 3, 2018, pp. 349-377.

MARTÍNEZ GIRÓN, J., *El empresario aparente*, Editorial Civitas, Madrid, 1992.

MOLINA NAVARRETE, C., “El «culebrón» del despido colectivo en Celsa Atlantic, SA: ¿A la segunda irá la vencida?”, *RTSS.CEF -Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 377–378, 2014, pp. 191-197.

MONEREO PÉREZ, J.L., “Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (I). La empresa en transformación permanente”, *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, año 27, tomo I, nº 6, 2011, versión electrónica (LA LEY 3440/2011).

MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., *El modelo de regulación jurídico-laboral de los grupos de empresas: una propuesta de reforma*, Editorial Comares, Albolote (Granada), 2002.

GAROUPA, N., GÓMEZ LIGÜERRE, C. & MELÓN, L., *Legal origins and the efficiency dilemma*, Routledge - Taylor & Francis, London [etc.], 2017.

OLMO GASCÓN, A.M, *La franquicia: un procedimiento de descentralización productiva desregulado laboralmente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

PIORE, M.J. y SABEL, C.F., *La segunda ruptura industrial*, Alianza Editorial, Madrid, 1990.

ROBÉ, J. P., “The Legal structure of the firm”, *Accounting, Economics, and Law*, vol. 1, no. 1., 2011, pp. 1-86.

RUBIN, P.H., “The theory of the firm and the structure of the franchise contract”, *Journal of Law and Economics*, vol. 21, no. 1, 1978, pp. 223-233.

RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, RUIZ PERIS, J.I. (Dir.), *Nuevas perspectivas del Derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 73-124.

SANGUINETI RAYMOND, W., “Fragmentación de la empresa y empleador plural”, *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, nº 41, 2018, pp. 9-14.

U.S. CHAMBER COMMERCE & INTERNATIONAL FRANCHISE ASSOCIATION, *Main Street in Jeopardy: The Expanding Joint Employer Threat to Small Businesses*. International Franchise Association - U.S. Chamber of Commerce, Washington, 2016.

WEIL, D., *The fissured workplace: why work became so bad for so many and what can be done to improve it*. Harvard University Press, Cambridge - Massachusetts, 2014.

Fecha recepción: 30.4.2019
Fecha aceptación: 20.6.2019