

RECOMENDACIONES PARA EVITAR RIESGOS LABORALES DERIVADOS DEL OUTSOURCING: ESPECIAL ATENCIÓN A LA CESIÓN ILEGAL



Antonio Pedrajas Quiles. Socio Director Organización Abdón Pedrajas & Molero.
Abogado.

La globalización de la economía, la introducción de las nuevas tecnologías en los procesos productivos y las nuevas exigencias derivadas de la mayor competitividad entre las empresas, ha determinado, entre otras consecuencias, la necesidad de evitar rigideces en el mercado de trabajo. La flexibilidad laboral se convierte en clave para el buen funcionamiento de las empresas. Por ello son cada vez más frecuentes, dentro de las actuaciones de los grandes grupos empresariales, las prácticas de externalización de sus tareas o trabajos, de modo que buena parte de la realización de las obras o servicios cuya ejecución forma parte, en principio, del contenido de su actividad normal, es encomendada a empresas externas o a personas físicas no vinculadas laboralmente.

La subcontratación de obras o servicios, no es sino un modelo lícito de organizar la producción (art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET). Se caracteriza por la transferencia de actividades desde una empresa (principal) a otras empresas (contratistas o auxiliares), a través de un tipo de contrato entre empresas, normalmente de naturaleza mercantil, conocido como “contrata” (por todas, SSTS UD de 17 diciembre 2001 ó 4 de marzo de 2008).

CONSIDERACIONES GENERALES

A través de la técnica de la “contrata” o subcontrata (cuando hay “encadenamiento” de contratas), se produce una exteriorización del em-

pleo, que permite el aprovechamiento del trabajo de quienes no están en la plantilla de la empresa principal. Por este motivo, **la legislación laboral ha establecido ciertas precauciones y garantías en materia sala-**

rial, de Seguridad Social, de seguridad y salud laboral, para los trabajadores de las empresas contratistas que afectan a la empresa principal. Las garantías despliegan efectos de manera especialmente in-

tensos, cuando lo que es objeto de la contrata corresponde a la “*propia actividad*” de la empresa principal (respecto al tratamiento jurisprudencial del concepto “*propia actividad*”, entre otras, SSTS UD 10 julio 2000 ó 22 noviembre 2002).

Tales prácticas de externalización (o, por utilizar la expresión anglosajona de moda, de *outsourcing*) son contempladas, en general, con extremada reticencia por parte de los sindicatos, en cuanto que señalan que las mismas, muy frecuentemente, se utilizan de modo abusivo por las empresas y son, en el fondo, instrumentos de defraudación de los derechos laborales de los trabajadores implicados en esos procesos. Fundamentalmente porque, sostienen que mediante tales mecanismos, la empresa principal pretendería eludir las consecuencias de la aplicación de su Convenio Colectivo –que resultaría más gravoso–, además de obtener otros beneficios indirectos (disminución del número de representantes de los trabajadores, debilitamiento de la capacidad reivindicativa colectiva de los sindicatos, etc.) que perjudican la posición y derechos de los propios trabajadores afectados y de su fuerza sindical misma.

Desde la perspectiva individual de los trabajadores afectados por los procesos de externalización, resulta perfectamente comprensible que éstos se marquen como objetivo, aunque sea en el plano puramente ideal, el de su incorporación a la empresa principal. Evi-



LEGISLACIÓN

www.bdifusion.es

- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Normas básicas. Marginal: 68). Arts.; 42 y 43.

“Existe tráfico o cesión ilegal de trabajadores siempre que la empresa contratista es una empresa aparente”

dentemente, desde su óptica, es mucho más interesante pertenecer a una gran empresa que figurar en la nómina de una pequeña empresa contratista. Esa aspiración, además, se refuerza en aquellas situaciones en las que los trabajadores “externos” –en muchos casos, de modo irregular– efectúan su trabajo dentro de la organización de la empresa principal y con notable coincidencia con el de los trabajadores pertenecientes a la plantilla de esta última, aunque sin gozar de los beneficios que les supondría su integración en ella.

A pesar de todo lo anterior y por encima de la posición crítica sindical y de las posibles actitudes individuales de los trabajadores afectados, se trata de fenómenos, los de externalización, perfectamente legales, siempre y cuando, claro está, su utilización

se produzca con respeto total a las normas que los regulan. Ocurre, no obstante, **que el interés empresarial en la utilización de los dispositivos previstos puede, en ocasiones, excederse, actuando fuera de los límites legales. Tal sucede tanto cuando se aplican mecanismos externalizadores para su puestos que la ley no autoriza** (por ej., utilizando una ETT para situaciones no previstas en la Ley que las regula), **como en los casos en que, aun acogiéndose a un mecanismo legalmente correcto, no obstante, en la práctica, su utilización cotidiana es incorrecta** (SSTS UD 10 de junio de 2003, 26 de septiembre de 2006 ó 3 de noviembre de 2008).

En estos casos, y aunque la cuestión pueda ser mucho más compleja,

es importante conocer que la respuesta de la normativa laboral ante esas prácticas abusivas empresariales, puede ser la de integrar al trabajador

“externo”, como fijo, en la plantilla de la empresa principal, además de otras consecuencias adicionales; retribuciones o Seguridad Social. **En situa-**

ciones extremas, estos fenómenos de “tráfico” de trabajadores, pueden incluso ser considerados como un delito, tipificado en el Código Penal. Lo que se acaba de señalar, unido a la realidad, ya indicada, de que en esta materia existe una confrontación clara de intereses entre los sindicatos y los trabajadores afectados por las externalizaciones, de una parte, y las empresas, de otra, determina que deba extremarse al máximo el rigor legal en la utilización de estos dispositivos.

Pero no es la finalidad de este comentario adentrarse en toda la densa y complicadísima problemática que, desde el punto de vista laboral, suscita la utilización de la técnica de la contrata o subcontrata. Por ello, centraré los desarrollos siguientes en ofrecer recomendaciones para intentar evitar que pueda producirse una acusación de cesión ilegal de mano de obra (art. 43 ET).

Ello implicaría que los trabajadores de la empresa contratista no serían destinados por su empresa para la ejecución de la “obra o servicio” objeto de la contrata, sino que serían utilizados por la principal, a la que habrían sido cedidos, para la realización de actividades propias y bajo su directa dirección. De ser real tal situación de cesión ilegal, **los trabajadores de la contratista objeto de ese “tráfico ilícito” tendrían derecho a incorporarse a su elección, como trabajadores fijos en la plantilla de la empresa contratista o la principal** (art.43.4 ET). Ello, con independencia de que la contrata fuese o no de la propia actividad (SSTS UD 25 de junio de 2009 ó 4 de marzo de 2008).

Consecuentemente, a partir de la idea central de que cualquier contrata puede estar ocultando un fenómeno de cesión ilegal, lo que importa es conocer cuáles son las claves para de-

JURISPRUDENCIA

www.bdifusion.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de diciembre de 2001, N° Rec. 244/2001, (Marginal: 2441222).
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de marzo de 2008, N° Rec. 1310/2007, (Marginal: 299704).
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de julio de 2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de noviembre de 2002.
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de junio de 2003, N° Rec. 1783/2002, (Marginal: 225690).
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de septiembre de 2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de noviembre de 2008, N° Rec. 3883/2007, (Marginal: 308795).
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de junio de 2009, N° Rec. 57/2008, (Marginal: 343776).
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de enero de 1991, (Marginal: 2441223).
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de octubre de 2003.
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de diciembre de 2007, N° Rec. 1377/2006, (Marginal: 294492).
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de diciembre de 2008, N° Rec. 4624/2007, (Marginal: 308768).
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2006, N° Rec. 4927/2005, (Marginal: 285934).
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de abril de 2007, N° Rec. 504/2006, (Marginal: 286257).
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de septiembre de 2001, N° Rec. 2142/2000, (Marginal: 2441221).
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de mayo de 2002, N° Rec. 1945/2001, (Marginal: 2441220).
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de junio de 2002, N° Rec. 3846/2001, (Marginal: 2441224).

tectar esa situación y para evitar que se produzca.

LA NECESARIA REALIDAD DE LA EMPRESA CONTRATISTA

Tradicionalmente los Tribunales laborales vienen considerando que **existe tráfico o cesión ilegal de trabajadores siempre que la empresa contratista es una “empresa aparente”**. La expresión entrecomillada es técnica, pero fácil de entender: se refiere a lo que es una mera apariencia de empresa, pura fachada, pero sin infraestructura y consistencia real. Referida a personas físicas, empresarios aparentes son, por ejemplo, los que, en el argot de la construcción son conocidos como “piratas” -puros intermediarios, que contratan a otros trabajadores como si fuesen empresarios; referido a personas jurídicas (sociedades), se trata de esas situaciones en que lo único que hay es la constitución formal de una sociedad (escritura pública, inscrita en el Registro) pero sin auténtica sede social, medios, contabilidad organizada, etc...

Es evidente que si estamos ante una empresa ficticia (pura apariencia) la misma no estará en condiciones de ejecutar realmente la obra o servicio objeto de la contrata. Por ello, **cuando la contrata se concluye con una empresa aparente, siempre hay cesión ilegal** (por todas, SSTS UD 17 de enero de 1991, 20 de octubre de 2003, 4 de diciembre de 2007 ó 11 de diciembre de 2008).

Ahora bien, si siempre que estamos ante una empresa aparente existe tráfico de mano de obra en las contratas, sin embargo no es ésta la única situación contemplable. La Jurisprudencia viene señalando que **también una empresa real y adecuada puede incurrir en fenómenos de cesión**

“Una empresa real y adecuada puede incurrir en fenómenos de cesión ilegal, en las hipótesis en que, a pesar de tener infraestructura y medios, falta una auténtica actividad gestora de la contratista y/o se produce una desconexión fáctica entre el objeto de la contrata y la actividad real de los trabajadores”

ilegal, en las hipótesis en que, a pesar de tener infraestructura y medios, falta una auténtica actividad gestora de la contratista y/o se produce una desconexión fáctica entre el objeto de la contrata y la actividad real de los trabajadores (STS UD 4 de marzo de 2008).

En general, es poco aconsejable celebrar una contrata con una empresa cuyo titular sea persona física. En todo caso, **si se decidiese su celebración deberían comprobarse el cumplimiento de los requisitos legales** (alta en IAE, inscripción en Seguridad Social como empresario, etc...) y, además, todo lo que a continuación se señala respecto de las personas jurídicas.

Tratándose de personas jurídicas (sociedades), es necesario atender a:

- Su constitución regular (escritura pública inscrita en el Registro).
- Que quienes intervengan en su nombre sean apoderados con facultades suficientes.
- Que el objeto social se adecue al objeto de la contrata.

- Que el capital social sea significativo (y no ínfimo, si se trata de una SRL).
- Que venga cumpliendo regularmente sus obligaciones fiscales, mercantiles, etc. (pagos de impuestos, depósito de cuentas, contabilidad, etc..).
- Que venga cumpliendo con sus obligaciones con la Seguridad Social (recabar certificación negativa de descubiertos de la Seguridad Social, art. 42.1 ET).
- Que cuente con todos los requisitos exigibles para el desarrollo de sus actividades (licencias de apertura y establecimiento, autorizaciones administrativas para efectuar cierto tipo de trabajos, etc.).
- Que además de tener un capital social significativo tenga un patrimonio suficiente (locales, vehículos, herramientas u otros dispositivos necesarios, etc).
- Que cuente con una plantilla de trabajadores suficiente en número, formada, contratada regularmente, con una estructura organizada y con cierta antigüedad.

- Que viene realizando actividades en el mercado con anterioridad. En general, es muy perturbador que la Sociedad contratista se constituya expresamente con ocasión de la contrata y para ejecutar la misma.

LA SUSTANTIVIDAD DE LA OBRA O SERVICIO OBJETO DE LA CONTRATA

Según se ha indicado, es indiferente que la contrata tenga como objeto la ejecución de obras o servicios que correspondan a la “propia actividad” o que no correspondan a su actividad propia (SSTS UD 5 de diciembre de 2006 ó 17 de abril de 2007).

Son rechazables las contratas en que esté planteándose que lo que se precisa es una persona. **El único planteamiento que justifica la celebración de una contrata es, que se precisa que nos ejecuten una “obra” o nos realicen un “servicio”.**

De aquí que sean criticables las contratas en las que nos referimos a la cobertura de un número determinado de puestos, medimos la ejecución o relación en función del número de personas y/o fijamos el precio atendiendo a criterios como el de persona/día o persona/hora (STS 14 de septiembre de 2001).

EL LUGAR DE EJECUCIÓN DE LA OBRA O SERVICIO OBJETO DE LA CONTRATA

Parece claro que, en principio, existen tres tipos de situaciones:

- Obras o servicios que, por su naturaleza, han de ser realizados en centros de la empresa principal (por ej., la limpieza o vigilancia).
- Obras o servicios que, también por naturaleza, deben ser realizados en un lugar determinado y que no puede ser variado (por ej., el traslado de fondos).
- Obras o servicios que pueden ser realizados en cualquier lugar, sin que, por ello, el lugar de realización de los trabajos sea determinante para la consecución del objeto perseguido.

Pues bien, partiendo de lo que se acaba de afirmar, resulta conveniente señalar los siguientes criterios (SSTS 30 de mayo ó 19 de junio de 2002):

- Sólo se deberían ejecutar dentro de los centros de la empresa principal aquellas obras o servicios que, por su naturaleza, resulte absolutamente imprescindible que se efectúen en ese lugar.**

- La presencia constante** (o incluso frecuente) **de trabajadores de las empresas contratistas dentro de los centros de la empresa principal, cuando no viene exigida por la naturaleza de la contrata, es indicio importante** (valorado como tal por los Tribunales Laborales) **de un funcionamiento irregular** de la contrata y de un posible tráfico ilegal de mano de obra.

- Cuando sea imprescindible que la obra o servicio contratado se **ejecute dentro de los centros de la empresa principal, han de extremarse al máximo las cautelas**, atendiendo, en cuanto sea posible, a lo siguiente:

- Ubicación física en una dependencia específica donde no haya, simultáneamente, otro personal de la principal.
- Presencia de un responsable, supervisor, etc... de la contratista que dé instrucciones a los trabajadores de la misma.
- Encargo de los trabajos y recepción de los resultados a través del responsable.
- Nunca, existencia de instrucciones directas desde la empresa principal (mucho menos mediante notas escritas) a los trabajadores de base de la contratista.
- Mucho menos, reproches o apercibimientos directos a esos mismos trabajadores. En general, fuera de las exigencias de cortesía, no debe haber relación con los trabajadores de la contratista.
- El trabajo concreto a realizar se organiza y dirige por la contratista.

”La presencia constante de trabajadores de las empresas contratistas dentro de los centros de la empresa principal, cuando no viene exigida por la naturaleza de la contrata, es indicio importante de un funcionamiento irregular de la contrata”

- Siempre que sea posible, la contratista aporta todos los medios (aparatos, herramientas, materiales) para la ejecución de la obra contratada.
- Jamás se deben encomendar por la empresa principal tareas distintas de las que constituyen el objeto de la contrata.
- A ser posible, los trabajadores de la contratista aparecen externamente diferenciados (por ej., uniformes o insignias de su empresa). También en los materiales (por ej., escritos con anagrama de la contratista).
- Es muy buena medida (a ella se refieren algunas sentencias) que la contratista cuente con medios propios de relación externa (por ej. líneas propias –o de uso exclusivo y pagadas por ella– de teléfono).
- Los trabajadores de la contratista no aparecen en listines telefónicos internos (etc...).
- Cualquier control (por ej., de cumplimiento del horario) sobre el personal de la contratista, lo realizará ésta, con sus responsables y medios.
- Es bueno, cuando resulte posible, la diferenciación de regímenes de trabajo (por ej., en el horario).
- Si el personal de la contratista tiene carnet para acceder al centro, debe ser diferente del habitual y figurar que se trata de “personal de la contratista X”.
- Cualquier incidencia imprevista en relación con este personal, debe ser resuelto a través de los responsables de la contratista. ■

BIBLIOGRAFÍA

www.bdifusion.es

BIBLIOTECA:

- ESCURA SERÉS, FERNANDO. *Lo que interesa conocer sobre la subcontratación en el sector de la construcción*. Madrid. Ed. Hispajuris. 2008.

ARTÍCULOS JURÍDICOS:

- GIL MINGORANCE, JONATHAN. *Cesión ilegal de trabajadores en el marco de una contrata administrativa*. Fiscal-Laboral al Día Nº 196. Junio 2011. (www.fiscalaldia.es).
- TOLEDO, ALBERT, y ROVIRA, JORDI. *Construcción: responsabilidad de contratistas y subcontratistas*. Inmueble Nº 122. Junio 2012. (www.revistainmueble.es).
- PARDO GATO, JOSÉ RICARDO. *La coordinación de actividades empresariales y la subcontratación en el ámbito de la construcción*. Inmueble Nº 84. Septiembre 2008. (www.revistainmueble.es).
- GÓMEZ, ANA MARÍA. *Subcontratación en el sector de la construcción*. Fiscal-Laboral al Día Nº 159. Octubre 2007. (www.fiscalaldia.es).
- ARROYO VILORIA, FELISA. *Nueva Ley de Subcontratación en el sector de la Construcción*. Economist&Jurist Nº 107. Febrero 2007. (www.economistjurist.es).
- CARAL, MERCÈ, y BASSAS, XAVIER. *¡Atención! Novedades legislativas en el sector de la subcontratación. La nueva ley 32/2006 reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*. Inmueble Nº 67. Diciembre 2006-enero 2007. (www.revistainmueble.es).