

COMENTARIOS NORMATIVOS

Recomendaciones para evitar riesgos laborales derivados del outsourcing: especial atención a la cesión ilegal

Antonio Pedrajas Quiles

MISCELÁNEA NORMATIVA

Parejas de hecho y pensión de viudedad

Teresa Trigueros Ramos

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Nueva regulación jurídica del despido objetivo por absentismo tras la reforma laboral

Beatriz Rodríguez Patiño

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

Antonio Pedrajas Quiles,

Socio Abdón Pedrajas & Molero.

I.-CONSIDERACIONES GENERALES

La subcontratación de obras o servicios no es sino un modelo lícito de organizar la producción (art. 42 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”.

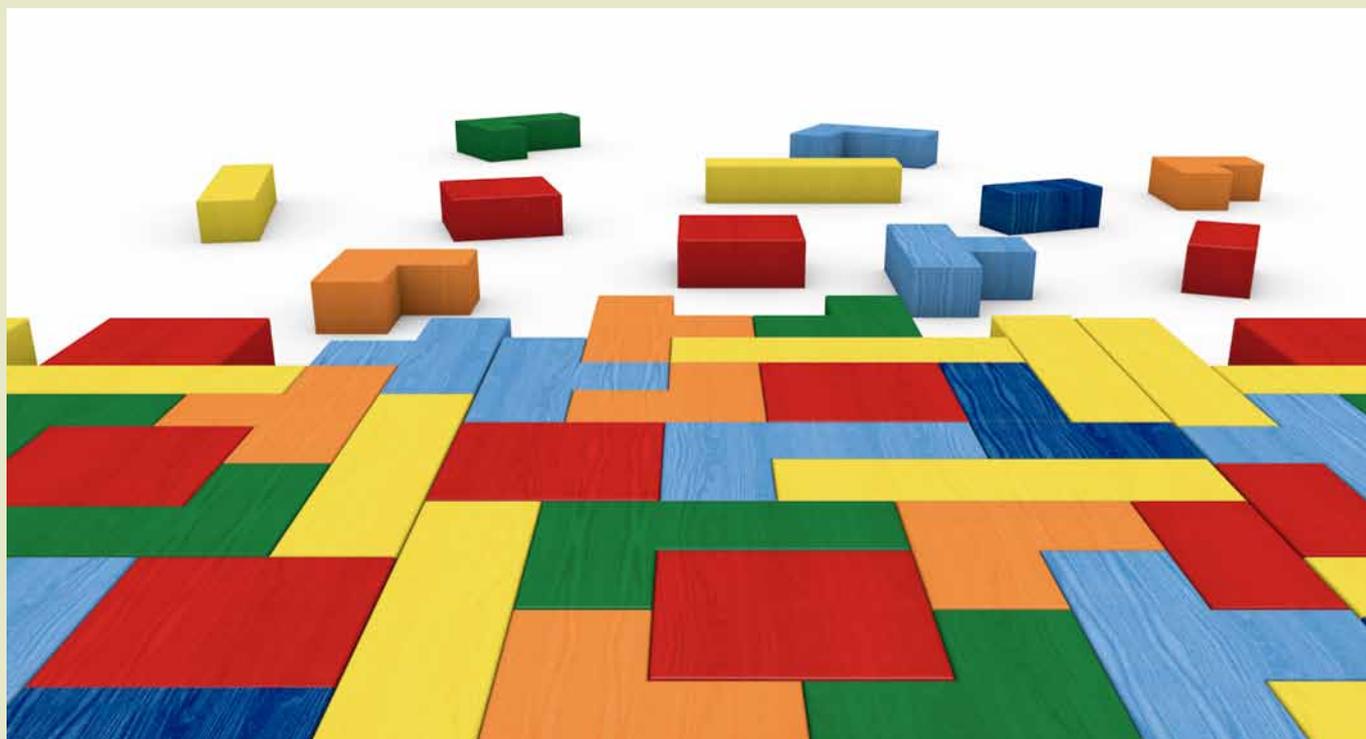
A través de la técnica de la “contrata” o subcontrata (cuando hay “encadenamiento” de contratas), se produce una exteriorización del empleo, que permite el aprovechamiento del trabajo de quienes no están en la plantilla de la empresa principal.

Por este motivo, la legislación laboral ha establecido ciertas precauciones y garantías en materia salarial, 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 intensos, cuando lo que es objeto de la contrata corresponde a la “propia actividad” de la empresa principal.

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.

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, como trabajadores fijos, en la plantilla de la empresa principal.

Consiguiente, a partir de la idea central de que cualquier contrata con una empresa auxiliar externa puede estar ocultando un fenómeno de cesión ilegal, lo que importa es conocer cuáles son las claves para detectar esa situación y para evitar que se produzca.



De ser real la cesión ilegal, los trabajadores de la contratista objeto de ese “tráfico ilícito” tendrían derecho a incorporarse, como trabajadores fijos, en la plantilla de la empresa principal)

II.- LA NECESARIA REALIDAD DE LA EMPRESA CONTRATISTA

Siempre que estamos ante una empresa aparente (por ser ficticia o por ser inadecuada) existe tráfico de mano de obra en las contrata.

Sin embargo, no es ésta la única situación contemplable. También una empresa real y adecuada puede incurrir en fenómenos de cesión ilegal de trabajadores, en las hipótesis en que, a pesar de tener infraestructura y medios:

- **Falta una auténtica actividad gestora**, de modo que la empresa contratista se desentiende, dejando la dirección y coordinación de la obra o servicio contratados en manos de la empresa principal.

- Se produce una **desconexión fáctica** entre lo que constituía el objeto de la contrata y la concreta y real actividad de los trabajadores contratados (el ejemplo de los camareros).

III.-EL LUGAR DE EJECUCIÓN DE LA OBRA O SERVICIO OBJETO DE LA CONTRATA

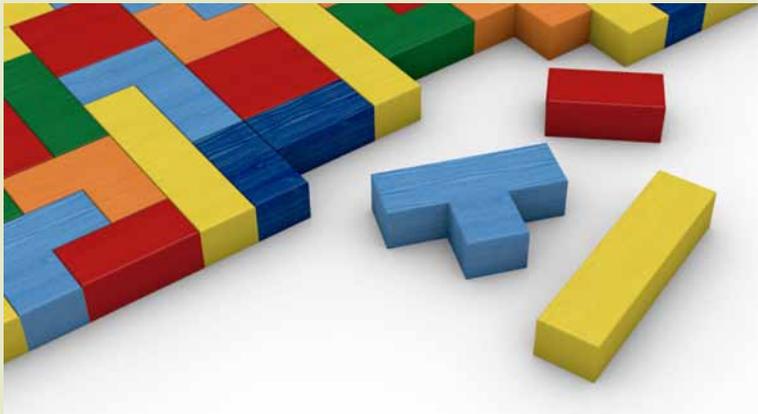
Parece claro que, en principio, existen tres tipos de situaciones:

- 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:



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

a) 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.

b) 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.

c) 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 en 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.

■ 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.)

Parejas de hecho y pensión de viudedad

Teresa Trigueros Ramos,

Abogada Abdón Pedrajas & Molero.

SENTENCIA EN RECURSO DE CASACIÓN DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 28 DE FEBRERO DE 2012. PONENTE EXCMA SRA. D^a. MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN.

Resumen: Sentencia del Tribunal Supremo que confirma la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, respecto a los medios de acreditación de constitución de pareja de hecho a los efectos de percepción de una pensión de viudedad.

Supuesto de hecho: Por el Juzgado de lo Social nº 2 de Oviedo se dicta Sentencia por la que, estimando la demanda interpuesta contra el INSS y la TGSS, se declara el derecho de la actora a percibir la pensión de viudedad.

La demandante, soltera, convivió maritalmente con una persona igualmente soltera, con la que tuvo dos hijas, sin que figuren inscritos como pareja de hecho en registro alguno. Fallecida esta persona, la actora solicita la pensión de viudedad que le fue denegada, y frente a cuya denegación presentó reclamación previa, también desestimada al no aportar la certificación de la inscripción como pareja de hecho en los registros específicos. Esta Sentencia fue recurrida por el INSS, ante el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó Sentencia en la que, estimando el recurso, declaró que la actora no tiene derecho a percibir la pensión de viudedad.

Fundamentos de derecho: El recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la demandante contenía dos motivos: el primero, la acreditación de la existencia de pareja de hecho del párrafo cuarto del artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social y, el segundo, la naturaleza de la legislación del Principado de Asturias a los efectos del párrafo quinto del mismo precepto que establece que, en las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a la legislación específica.

Como ya hemos señalado, la demandante solicitó pensión de viudedad tras el fallecimiento de su pareja, que le fue denegada por no aportar certificación de la inscripción como pareja de hecho con los requisitos específicos.

La Sentencia del Juzgado de Instancia reconoció la pensión señalando que había que acudir a la legislación del Principado de Asturias sobre Parejas Estables, considerándola Derecho Civil Propio, que permite cualquier medio de prueba para la acreditación de la existencia pareja estable. Sin embargo, el TSJ discrepa de lo anterior, y declara que no hay que confundir el Derecho Civil propio con la posibilidad de que las comunidades autónomas legislen sobre determinadas materias.

Sobre este punto, el TS entiende que la Sentencia señalada de contrate no resulta hábil para la unificación de doctrina, por no existir contradicción, pero plantea cuestión de inconstitucionalidad sobre el citado precepto autonómico por establecer requisitos y medios de acreditación diferentes en atención al ámbito de aplicación de las leyes autonómicas.

En lo que se refiere al otro motivo, esto es, los medios de acreditación de la constitución de la pareja de hecho ex artículo 174.3 LGSS, se señala por la recurrente de contraste, Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Baleares, por la que desestima el recurso del INSS y se señala que la existencia de pareja de hecho puede acreditarse por otros medios.

Sobre este motivo señala el TS que esta cuestión debe ser resuelta en el sentido en que se pronuncia la Sentencia del TSJ de Asturias recurrida, siendo doctrina reiterada la de que la existencia de pareja de hecho ha de acreditarse en los términos del artículo 174.3 LGSS, pues la voluntad de la ley es limitar la atribución de la pensión a las parejas de hecho regularizadas, de ahí que los elementos de acreditación de la constitución de las mencionadas parejas hayan de ser los que el precepto legalmente establece.)

Nueva regulación jurídica del despido objetivo por absentismo tras la reforma laboral

Beatriz Rodríguez Patiño,

Abogada de Abdón Pedrajas & Molero.



Una de las principales preocupaciones expresadas tradicionalmente por los empresarios va referida al alto índice de absentismo. En este sentido, el Gobierno, a través de la aprobación de RDley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ha introducido una modificación sustancial en las causas para poder implementar un despido objetivo por absentismo, rebajando la rigidez de su antigua redacción, la cual, en la práctica, devenía como una medida difícil de aplicar (vid nuevo art. 52 d) ET).

En la redacción anterior a la reforma, la extinción basada en el absentismo iba condicionada a dos factores concurrentes. Por un lado, no sólo era necesario que concurriera un número de ausencias, aun justificadas pero intermitentes, de un trabajador que superara los plazos previstos, sino que debía igualmente demostrarse un “índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo.” Este índice general de absentismo era históricamente del 5%, habiendo sido rebajado tras la Ley 35/2010 al 2,5 %.

Es ésta, precisamente, la eliminación de la referencia al absentismo total de la plantilla del

centro de trabajo, la modificación introducida respecto a la regulación del despido objetivo por absentismo, habiendo por ello quedado redactado del siguiente tenor literal:

Se podrá extinguir el contrato de trabajo por causas objetivas “por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda”.

Haciendo una aproximación práctica a los efectos derivados de esta medida, cabe destacarse:

- Quedan fuera de esta medida todas las ausencias derivadas de derechos conciliadores (maternidad, paternidad, lactancia, etc.), las licencias o vacaciones, así como las bajas derivadas de accidente laboral.

- Igualmente, quedan excluidas las bajas de larga duración sufridas por los trabajadores, es decir, que superen los 20 días consecutivos.

De este modo, la medida va dirigida en exclusiva a las bajas justificadas de corta duración. Sin embargo, debemos recordar que el presente

Si un trabajador sufre dos o más bajas que superan los 10 días de jornadas laborales, podría procederse a su despido objetivo con independencia del índice general de absentismo)

precepto tampoco habilita para extinguir el contrato de trabajadores que hayan sufrido una baja temporal inferior a los 20 días si la misma ha sido consecutiva. Así, es necesario que las ausencias sean intermitentes o discontinuas. En este sentido, debemos señalar que el Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 26 de julio de 2005) tiene establecido que para que las faltas de asistencia entren dentro del supuesto del art. 52.d) deben de ser, aun justificadas, intermitentes. De acuerdo con dicho criterio jurisprudencial, el concepto de intermitencia hace referencia a unas ausencias motivadas por causas que se interrumpen y vuel-

ven a intervalos con cierta periodicidad, a la pérdida de jornadas laborales debidas a la reiteración en ausencias de cortas enfermedades, de difícil comprobación por su brevedad.

Por ello, si el trabajador despedido por esta causa hubiera sufrido una única baja de 15 días consecutivos, dicho despido sería injustificado. Sin embargo, si un trabajador sufriera dos o más bajas que superaran los 10 días de jornadas laborales, podría procederse a su despido objetivo con independencia del índice general de absentismo de la plantilla.)

BREVES

* **RÉGIMEN RETRIBUTIVO DIRECTIVOS SECTOR PÚBLICO.** Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades. *BOE 6 de marzo 2012.*)

* **MEDIDAS URGENTES.** Resolución de 8 de marzo de 2012, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. *BOE 13 de marzo 2012.*)

* **REGULACIÓN DE EMPLEO.** Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, sobre vigencia transitoria de determinados

artículos del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, aprobado por Real Decreto 801/2011, de 10 de junio. *BOE 13 de marzo 2012.*)

* **EMPLEO.** Ley 15/2011, de 15 de diciembre, de Emprendedores, Autónomos y Pymes. *BOE 27 de marzo 2012.*)

* **SERVICIOS MÍNIMOS.** Resolución de 26 de marzo de 2012, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se determina el porcentaje del personal de seguridad privada adscrito a los servicios declarados esenciales, durante el desarrollo de la huelga general, convocada en el ámbito nacional, para el día 29 de marzo de 2012. *BOE 27 de marzo 2012.*)

Información elaborada por:

Abdón Pedrajas & Molero
ABOGADOS & ASESORES TRIBUTARIOS

www.abdonpedrajas.com