

IV

ETT, CONTRATAS, SUBCONTRATAS, CESIÓN ILÍCITA DE TRABAJADORES/AS

Legislación aplicable:

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Estatuto de los Trabajadores.

Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

Código Civil, artículo 6.4.

Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal.

Ley 29/1999, de 16 de julio, de Modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal.

Directiva 2008/104/CE.

Directiva 2001/23/CE.

Directiva 98/50/CE.

Directiva 77/187/CEE.

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, Ley General de la Seguridad Social.

Código Penal, artículo 311.

1. INTRODUCCIÓN. REFLEXIONES SOBRE LA PRECARIEDAD EN EL TRABAJO

El camino desde el ET, año 1980, hasta este momento (reformas laborales del 84, 94, 97, 2001 y ley 45/2002, «Decreto»), es por sí solo bastante ilustrativo sobre el tratamiento jurídico que se da a las relaciones laborales. Se hacen desarrollos legislativos excepcionales (Reales Decretos Ley para fomentar la contratación de colectivos con «dificultades» para insertarse en el mundo del trabajo, ETT, reformas laborales «flexibilizadoras») imponiendo cambios profundos en la realidad laboral mediante una adecuación legislativa de las exigencias empresarial sobre la gestión del trabajo. Dando paso a un reordenamiento autoritario y continuo de las relaciones laborales, donde el principio de productividad y la lógica del beneficio, predomina sobre cualquier otra consideración.

Se convierte así, la «desregulación legislativa» en un instrumento técnico que acompaña los cambios producidos en las formas societarias y de empresa, permitiendo la disgregación de la relación salarial en cuanto a la fuerza de trabajo y permitiendo una individualización cada vez mayor de las relaciones laborales, así como, avanzar hacia la conversión del coste del factor trabajo en un

coste flexible y no fijo para las gerencias empresariales, trasladando el *riesgo* empresarial hacia los propios trabajadores/as.

Dentro de este capítulo se van a tratar determinadas figuras en relación con los métodos de descentralización productiva, producción flexible y subcontratación que comportan la consideración de los trabajadores/as como mera mercancía, así como una externalización creciente que supone el abaratamiento de los costes sociales y económicos de gestión de la mano de obra y la degradación de las condiciones de trabajo.

2. ETT (EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL)

El modelo de organización tradicional descansaba sobre tres pilares: el control entero del ciclo de producción de bienes y servicios (integración vertical), la autonomía de cada empresa en sus relaciones con otras y una gestión funcional jerárquica.

Este modelo tradicional se sustituye por su opuesto: fragmentación del ciclo productivo (integración horizontal), dependencia, coordinación y articulación en las relaciones inter-empresas y una gestión que prima la autonomía funcional.

El modelo de centralización organizativa, dará paso a la descentralización y la autonomía, a la interconexión interna y externa.

La estructura organizativa de este modelo se le denomina de «telaraña». No es un tipo de organización único. Las grandes empresas forman redes de subcontratación. Se constituyen, así mismo, redes horizontales que agregan pequeñas y medianas empresas en distritos industriales.

El elemento común en todas ellas es LA RED. Esta es la forma típica de organización empresarial en la economía globalizada. Conviven formas tradicionales de organización empresarial, pero la labor de los sindicalistas, —militantes sociales—, es detectar el modelo dominante hoy, y éste es el de la empresa – red.

Si nos situamos en la realidad de los hechos, la herramienta que mejor simboliza este fenómeno es la descentralización productiva.

Descentralización productiva es una forma de organizar el proceso de elaboración de bienes (producción de mercancías) y de prestación de servicios, recurriendo al recurso de proveedores y suministradores externos para la ejecución de ciertas fases o actividades. Es decir, transferir a diversas empresas parte de la actividad que antes se ejercía desde el gobierno supremo de una empresa.

Es un fenómeno de organización empresarial que comúnmente se le designa como «*outsourcing*». Esta expresión engloba cualquier fenómeno u operación de sacar fuera, trasladar, una parte del proceso productivo o de distribución de un empresario a otro.

Dos rasgos de identidad:

- La fragmentación o segmentación del ciclo productivo.
- La externalización, también denominada exteriorización o deslocalización de ciertas fases, funciones o actividades del ciclo.

Consecuencias que conlleva la descentralización productiva:

La primera es de carácter económico: se introduce un principio de división del trabajo entre las organizaciones empresariales, rompiendo de esa manera el viejo principio de división del trabajo intraempresarial, el cual se estructuraba en torno a la diversificación de las prestaciones de trabajo y a la estratificación jerárquica de los trabajadores en categorías monovalentes (especializaciones), dando paso a una nueva versión en la cual la especialización alcanza a la propia organización.

La segunda consecuencia afecta de lleno al tipo de *relaciones interempresariales (plano jurídico)* que se sustentan en vínculos de cooperación, de coordinación o de dependencia absoluta.

La descentralización productiva se ha generalizado y expandido. Se utiliza masivamente en la producción de toda suerte de bienes y en la prestación de todo tipo de servicios. Es hoy una realidad planetaria, visible en economías de muy distinta estructura y desarrollo y, utilizada en los más diversos sectores económicos que no sólo afecta a la producción de bienes o servicios, sino que actúa en su gestión y comercialización, llegando incluso a penetrar funciones empresariales que hasta este momento eran consideradas fundamentales o estratégicas por parte de las empresas, como por ejemplo, su dirección.

Una tercera consecuencia, se encuentra ligada al modelo de relaciones salariales. La persona asalariada asiste perpleja a la conversión que se ha llevado a efecto del trabajo. El trabajo especializado se ha convertido en mera disponibilidad para el empleo (empleabilidad). ¿Qué significa esto? Que al trabajador/a, hombre o mujer —que solamente poseen su capacidad de vender su fuerza de trabajo—, se les transforma su «naturaleza», es decir, su potencialidad (venta de fuerza de trabajo), en mera disponibilidad para el empleo. Se le individualiza respecto al mercado y se le hiper-socializa frente al proceso de trabajo.

Los trabajadores, las trabajadoras, son despersonalizados de un puesto de trabajo concreto, de una actividad específica; su única identidad es con un empleo, más bien tenemos que hablar de «disponibilidad» para cualquier empleo, lo cual le está negando cualquier identidad de posesión, negándole a sí mismo o mitigando hasta extremos de inexistencia, su poder de contratación a la hora de fijar sus condiciones de trabajo.

Las relaciones salariales modernas se sostienen sobre el principio neoliberal de la desregulación. Desregulación cuyo concepto contiene la flexibilización del mercado de trabajo y un reordenamiento autoritario de dichas relaciones. *La lógica donde se sustentan es la del cálculo económico: construir un tiempo íntegramente útil para la empresa, donde el tiempo de trabajo sea un tiempo plena y permanentemente productivo.*

2.1 CUESTIONES GENERALES

Las únicas empresas que pueden ceder trabajadores/as son las empresas de trabajo temporal. Así, es Cesión Lícita de Trabajadores/as la realizada por estas empresas. Se regula en el artículo 43 del ET. La relación entre empresas en la cesión lícita. La contratación de trabajadores/as para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de ETT debidamente autorizadas.

Las Empresas de Trabajo Temporal se encuentran reguladas en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal, reformada por la Ley 29/1999.

La Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal, y se autorizan las ETT, establece un trato diferente con ciertas contrataciones: legaliza la cesión de mano de obra que, hasta ese momento, nuestro ordenamiento laboral prohibía. Dicha diferenciación

de trato tiene un marcado carácter ideológico; se necesita que el mercado laboral se flexibilice para adaptarlo a la lógica de la economía. La versatilidad de este tipo de contrataciones, responde no sólo a un precio más barato (menores costes por unidad de tiempo de trabajo), sino, también, a la gran movilidad y oportunidad que tiene para el capital disponer de cualquier fuerza de trabajo, sin las mínimas garantías de los puestos fijos, estables y con derechos, así como externalizar los costes sociales de la gestión de esa mano de obra, permitiendo disciplinar dicha fuerza de trabajo.

Con la redacción que se ha dado al artículo 6.2 de la Ley 29/1999, de 16 de julio, de Modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal, solamente pueden celebrarse contratos de puesta a disposición entre una ETT y una empresa usuaria, en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada, conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del ET. Así, los supuestos posibles de contratación a través de ETT, son los siguientes:

- Para la realización de una obra o servicio determinado. Es muy importante que la obra o servicio determinado no se identifique con cualquier actividad ordinaria de la empresa, confundiendo con los trabajos habituales de la misma, pues en caso contrario, es decir, en su identificación y confusión con los trabajos habituales, nos encontraríamos en un fraude de ley en la contratación conforme al artículo 15 del ET, que en su epígrafe 3. dice que «(...)se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley (...)».
- Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, así lo exijan aun tratándose de la actividad normal de la empresa. Su duración máxima es de 6 meses dentro de un periodo de doce meses, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas.
- Cuando se trate de sustituir a trabajadores/as con derecho a reserva de puesto de trabajo.

La reforma laboral de 2010 ha incorporado la Directiva Comunitaria 2008/104/CE, y así en el artículo 18 de la referida norma se reforman tanto la Disposición Adicional Segunda como la Disposición Adicional Cuarta, en relación con la regulación del artículo 8 de la LETT, permitiéndose la utilización de ETT para determinados trabajos con riesgos para la salud y seguridad, por medio de la negociación colectiva (Acuerdos interprofesionales o convenios colectivos) en numerosas actividades como construcción, minería, trabajos con explosivos, en plataformas marinas o con riesgos eléctricos.

Igualmente se ha eliminado la proscripción de utilización de las ETT en las Administraciones Públicas que antes de la reforma únicamente podían celebrarse cuando se precisase la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos, lo que es difícil de coordinar con el acceso a la Administración por los principios de mérito, igualdad y capacidad.

Se mantiene las prohibiciones de utilizar las ETT para sustituir trabajadores/as de la empresa usuaria en huelga, ceder trabajadores/as a otra ETT o sustituir trabajadores/as de la empresa usuaria en puestos que en los doce meses inmediatamente anteriores hayan sido amortizados mediante despido improcedente, basados en causas de los artículos 50, 51 y 52 c), salvo fuerza mayor.

Hay que destacar que la reforma laboral del año 2010 ha incorporado como derechos de los trabajadores/as a la ya existente garantía de *igual salario* al que correspondería a un trabajador/a de la empresa usuaria en el mismo puesto de trabajo, el derecho a utilizar los servicios de transporte, comedor, guardería y otros servicios comunes e instalaciones colectivas de la empresa usuaria durante el plazo del contrato de puesta a disposición en las mismas condiciones que los trabajadores/as contratados directamente por la empresa usuaria.

También debe informarse a los trabajadores/as cedidos por ETT de la existencia de puestos de trabajo vacantes a fin de garantizarles la posibilidad de acceso a los mismos, si bien esta obligación puede cumplimentarse mediante anuncio público en lugar de la empresa o centro de trabajo o mediante otro medio que se pacte en la negociación colectiva, devaluándose el referido acceso a la información.

También hemos de señalar la aparición del primer convenio de ETT y, posteriormente, los II, III y IV convenio, y que partiendo del análisis de lo supuestamente *menos malo* posible, convalidaban una práctica que ajena a nuestro derecho laboral de prestamismo laboral, externalizando el riesgo y ventura empresarial a los propios trabajadores/as.

Dicha utilización del contrato de puesta a disposición supone que las propias gerencias empresariales gestionen el acceso al puesto de trabajo únicamente por el tiempo necesitado y con una relación a tres bandas en la que el empresario principal elude la gestión del personal y convierte el coste laboral en un coste variable dependiendo de las concretas necesidades de personal, en combinación con la permisividad jurisprudencial¹

2.2. IRREGULARIDADES MÁS HABITUALES

Las irregularidades más habituales en este tipo de contrataciones. Sintéticamente podemos resaltar las siguientes:

- Exceder los límites temporales previstos en el contrato de puesta a disposición o utilizar trabajadores/as de ETT en los supuestos excluidos. De suceder esto, se les considerará vinculados a la empresa usuaria por un contrato indefinido.
- La utilización de la contratación en fraude de ley, es decir, cuando se realicen contratos fuera de los estrictos supuestos del artículo 15 ET y cuando se contravengan las exclusiones ya mencionadas. Se considerarán los trabajadores/as vinculados por un contrato indefinido.

Es una práctica habitual de las empresas, hacer la contratación de forma correcta, pero durante el desarrollo de la relación laboral, el trabajador/a es dedicado a actividades distintas a las que fueron objeto del contrato. En principio, nos encontraríamos ante un supuesto de fraude de ley, con las consecuencias anteriormente explicadas.

La prolongación artificial la prestación de servicios de un trabajador/a de ETT, a través de mecanismos como los siguientes:

- Mediante su contratación por una nueva ETT, de modo que éste va pasando sucesivamente por distintas ETT.
- Mediante su contratación por una empresa contratista, que acoge al trabajador/a, le paga sus recibos de nómina, pero continúa haciendo lo mismo en la empresa principal lo que evidencia que la contrata es ficticia. Esto es sencillamente tráfico fraudulento de mano de obra.

1. Recordemos que es una construcción jurisprudencial sin aval normativo o legal el establecer como causa del contrato por obra o servicio determinado las contrataciones empresariales, de tal forma que la empresa principal no puede utilizar dicho contrato por tratarse de actividad habitual de la misma, pero al externalizar la actividad, la empresa subcontratada, si puede realizar dichos contratos temporales ligados en el tiempo a la finalización de dicha contrata, con el único límite actual de tres años, ampliable a 4 por negociación colectiva sectorial.

Ante supuestos de irregularidades como las que se han expuesto anteriormente se recomienda acudir a los gabinetes jurídicos de CGT, correspondiendo tanto la interposición de demanda ante la Jurisdicción laboral como la denuncia a Inspección de Trabajo.

También se recomienda la lectura de la Guía de ETT elaborada por la CGT, así como los Boletines referidos a estas materias.

3. CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

La contrata consiste en una empresa a la cual otra, denominada empresa principal, le encomienda la realización de una determinada actividad que deberá tener sustantividad propia. Posteriormente esta contrata podrá (convirtiéndose en *empresa principal* respecto de la subcontrata), a su vez, de nuevo, externalizar actividad a otra empresa, denominada subcontrata.

Las contratas, generan una cadena de reducción de derechos laborales que en algunos sectores llega a multiplicar las empresas cuando en realidad hablamos del mismo accionariado y mismo propietario (como en la construcción.)

Hemos de destacar la responsabilidad establecida en estos supuestos en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

El artículo 42 ET establece la responsabilidad de la empresa principal o la que subcontrata respecto de las deudas con la Seguridad Social, aunque puede exonerarse solicitando certificación negativa de descubierto a la Tesorería General de la Seguridad Social, certificado de que está al corriente de pago de las cuotas de la Seguridad Social. Si no se libra dicha certificación en el término de treinta días, también quedará exonerada.

En el mismo artículo 42.2 ET se establece la responsabilidad solidaria por parte del empresario principal, durante el año siguiente a la terminación de su encargo, respecto de las obligaciones salariales contraídas por contratistas y subcontratistas con sus trabajadores/as y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata.

El artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores establece taxativamente la responsabilidad de contratar y subcontratar con otros la realización de obras y servicios en relación con las medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

Existe responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales, tal y como establece el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que no hay que olvidar es trasposición del art. 6.4 de la Directiva Marco.

El referido artículo establece que las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales, según establece en su apartado tercero del referido artículo.

Los trabajadores/as del contratista o subcontratista deberán ser informados por escrito por su empresario de la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento. Dicha información deberá facilitarse antes del inicio de la respectiva prestación de servicios e incluirá el nombre o razón social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal. Asimismo, el contratista o subcontratista deberán informar de la identidad de la empresa principal a la Tesorería General de la Seguridad Social en los términos que reglamentariamente se determinen.

Cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a los representantes legales de sus trabajadores/as sobre los siguientes extremos:

- Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista.
- Objeto y duración de la contrata.
- Lugar de ejecución de la contrata.
- En su caso, número de trabajadores/as que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal.
- Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

Desde la reforma del 2006, es obligatorio, siempre que la empresa principal comparta, de forma continuada, centro de trabajo con las empresas contratista o subcontratista, tener un libro de registro a disposición de los representantes de los trabajadores/as en el que se refleje toda la información antes citada. Libro de Registro donde consten todos los datos que se fijan en el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, así como los específicos del artículo 42 del ET.

Debemos igualmente reseñar que el 17 de Noviembre de 2007, ha sido publicada en el BOE, la Ley 38/2007 por la cual se modifica el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores en materia de Derechos de Información y Consulta, aclarando en alguna medida que se entiende por Información «(...)la transmisión de datos por el empresario al Comité de Empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen» y, que se entiende por Consulta «(...)el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo ente el empresario y el Comité de Empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo».

La empresa contratista o subcontratista deberá informar igualmente a los representantes legales de sus trabajadores/as, antes del inicio de la ejecución de la contrata, sobre los mismos extremos a que se refieren el apartado 3 anterior y las letras b) a e) del apartado 4 del mismo artículo del ET.

A mayor abundamiento hemos de señalar que el empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores/as, tal y como establece el art. 24.2 LPRL.

En cuanto a la representación de los trabajadores/as, aunque en principio se establecerá una para cada una de las empresas (principal y contratista o subcontratista), se han producido una serie de reformas que, aunque parecen facilitar el ejercicio de la representación, no entran al fondo del problema, que no es otro que las dificultades (y en ocasiones impedimentos absolutos) que se plantean en la actividad sindical cuando los distintos trabajadores/as que prestan sus servicios en el mismo centro de trabajo mantienen vínculos formales con empleadores diferentes, coexistiendo dos y tres (o incluso más) representaciones de los trabajadores/as, lo que merma su capacidad de actuación.

Así pues, en relación a este asunto se han planteado dos innovaciones desde la reforma del 2006:

En primer lugar los trabajadores/as de las empresas contratistas o subcontratistas, cuando no tengan representación propia, podrán formular a los representantes unitarios o sindicales de la

empresa principal «consultas relativas a la ejecución de su actividad laboral», siempre que no sean relativas a la empresa de la que dependen directamente.

Por otro lado se establece que las representaciones de la principal y las contratistas o subcontratistas podrán reunirse para a efectos de coordinación entre ellas, dándose la posibilidad, de acuerdo a la nueva redacción del artículo 81 del ET, de que las representaciones legales de las contratistas o subcontratistas hagan uso de los locales que se ponen a disposición de las representaciones unitarias de la principal, en los términos que acuerden con la empresa.

La exteriorización desde la «norma», desde la perspectiva de la economía «moderna».

La norma, el ET, artículo 42, otorga al empresario la facultad de exteriorizar, sacar fuera de una empresa (denominada principal), una actividad o actividades que pertenecen al propio negocio de la misma. La fórmula del 42 ET es indeterminada: «(...) 1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad (...) 2. El empresario principal (...) responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial(...)».

La jurisprudencia ha declarado en términos generales que, «(...) el ordenamiento jurídico, no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar en su actividad productiva y, así lo reconoce el artículo 42.1 del ET, lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores (...)» (STS de 27 de octubre de 1994).

El negocio jurídico se realiza por medio de un contrato mercantil, entre la empresa principal y la contrata, la cual a su vez puede realizar otro contrato mercantil, con otra contrata, y así esta se convierte con respecto a la principal en subcontrata. Por medio de dichos contratos, la contrata se obliga a ejecutar una obra o realizar un servicio para la empresa principal.

La característica de este contrato reside en que el contratista se obliga a un resultado de la obra objeto del negocio. Ejemplos: construcción de partes de un edificio o su totalidad, limpieza de un centro de trabajo de empresa dedicada a otra actividad, elaboración de programas informáticos, etc. Es decir, la obligación trasciende a la actividad y se necesita un resultado.

No es la norma, sino la abundante *Jurisprudencia Menor* (reiteradas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia), que ha venido a fijar o exigir que en toda exteriorización, se tengan que dar una serie de requisitos para que el negocio sea lícito:

En primer lugar, que el empresario principal ha de ser un empresario (definido en el párrafo siguiente), y el encargo de la obra o servicio tiene que ser por su actividad principal. Por lo tanto nos tenemos que detener en la definición de empresario, por la importancia esencial que a posteriori veremos, es decir la licitud o no del negocio jurídico.

El artículo 1.2 del ET determina que «(...) a los efectos de la ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior (...)», es decir, de trabajadores/as por cuenta ajena, pues el artículo 42.1 se refiere precisamente a los empresarios como sujetos a los que se les imputa responsabilidad.

El concepto de empresario laboral sólo se alcanza por oposición al concepto de trabajador/a. Para el Derecho del Trabajo, trabajador/a es quien personal y *voluntariamente* presta servicios retribuidos por cuenta ajena dentro del ámbito de organización y dirección de la Empresa (artículo 1.1 del ET).

Lo que nos importa, en definitiva, es determinar quién resulta responsable frente al trabajador/a y tiene que cumplir con las obligaciones que la legislación laboral impone al empresario.

En segundo lugar que el contratista y/o subcontratista ha de ser un empresario, lo cual se desprende del mismo texto legal (artículo 42.1, «quienes contraten o subcontraten con otros obras o

servicios»). El contratista o subcontratista ha de ser un empresario real, titular de una organización productiva, etc. Pues de lo contrario sería muy fácil demostrar el prestamismo ilícito.

En tercer lugar un requisito de carácter objetivo: que el encargo corresponda a la propia actividad del empresario principal.

En cuarto lugar, tenemos el requisito de la capacidad directa y la gestión de personal, mediante la incorporación directa de personal.

Hasta aquí se ha definido la exteriorización desde la «norma», ahora lo abordamos desde el mundo de la economía *moderna, flexible,...* La organización de las relaciones laborales, se configuran desde la aplicación y, en consecuencia, la búsqueda de la mayor flexibilidad, cuyo fin último es lograr la más rápida y menos costosa adaptación al mercado, en el contexto de la globalización económica. La descentralización productiva ocupa un lugar destacado en este objetivo. No siendo el único mecanismo, pensemos en la polivalencia, la multifunción, la utilización flexible del tiempo de trabajo, las modalidades contractuales de contratación temporal, el trabajo en equipos con auto responsabilidad, el teletrabajo, el trabajo a domicilio, etc. ..., es sin duda la descentralización productiva el más extendido y el menos controlable.

Se produce un proceso de fragmentación y especialización de la actividad productiva, por el cual cada empresa se concentra en lo que ésta considera el núcleo central de su actividad, la cual le sirve para identificarla en el mercado y recurre a la externalización para la ejecución de todas aquellas tareas que aún siendo necesarias, considera que son ajenas a ese núcleo o bien medido en términos de coste económico o político, decide que así sean consideradas.

Se persiguen fundamentalmente fines económicos-políticos:

- Ahorro directo de gastos de personal, pues el precio del servicio es inferior al que debería soportar de producirlo directamente.
- Menores inversiones en maquinaria, tecnología, locales, etc.
- Adecuación de las plantillas al mínimo necesario y flexibilidad en el uso de la mano de obra en todo el resto de servicios.
- Debilitamiento, hasta extremos de inanición, de cualquier acción sindical.

Otro factor muy importante que ha contribuido al progreso de subcontratación, es la extensión a las empresas que constituyen un «grupo desde el punto de vista económico». Este es un problema muy serio, pues puede resultar muy difícil apreciar la bien la existencia de grupo de empresas a efectos laborales² o bien de cesión ilícita, en la medida en que la finalidad interpositoria propia de esta figura, no suele estar presente en la relación entre empresas de un mismo grupo. Suele darse con bastante frecuencia, la atribución a la empresa principal, por lo general, la cabecera del grupo, la condición de verdadero empresario de los trabajadores/as de las empresas filiales-contratistas.

2. Debemos recordar que para existir un grupo de empresas a efectos laborales se requiere una dirección unitaria del grupo, confusión de plantillas, unidad de caja y apariencia unitaria al exterior en su funcionamiento, lo que es muy difícil de existir y menos aún de probar. Ello no supone que haya empresas que son meras unidades de otras empresas o de grupos empresariales, sin que entre ellas haya responsabilidades, ni tengan las mismas condiciones laborales, careciendo, así mismo, de una representación conjunta de los trabajadores, al menos en las figuras reconocidas legalmente.

4. SUCESIÓN DE EMPRESAS

4.1. CUESTIONES GENERALES

Se introduce en este párrafo la sucesión de empresas por la importancia que tiene respecto de la transmisión de empresas, especialmente en relación con las empresas de servicios, así como por la importancia que tiene en relación con las garantías que se pueden reclamar respecto de los trabajadores/as que se ven transmitidos.

Existe sucesión de empresas cuando se produce un cambio de titularidad en una empresa, en un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma y se mantiene su identidad, entendida como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.

Esta sucesión de empresas no conlleva la extinción de la relación laboral con base en dicho hecho sino que el nuevo empresario queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones y, en general, de cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria exista adquirida por el cedente.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido exigiendo, si bien suavizada en la actualidad, pese a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por todas, citar la más clara respecto de ésta cuestión, STJCE 24.02.2002, asunto Temco), la transmisión de elementos patrimoniales entre las dos empresas.

No obstante lo anterior, y sin desarrollar esta cuestión más allá de unas nociones básicas, objeto de la presente Guía, si se ha admitido y establecido, la denominada como sucesión «por plantilla», es decir que se ha producido una sucesión de empresas cuando lo relevante es la mano de obra y no tanto los elementos patrimoniales, materiales o inmateriales, y se produce una contratación por parte de la nueva entidad de la plantilla anteriormente empleada por la transmitente, pudiendo citar en este sentido las SSTS 25.01.2006 y 12.07.2007.

4.1.1. Transmisión de empresas como elemento precarizador de las relaciones laborales

Debemos comenzar explicando que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores es un artículo garantista y destinado a la protección de los trabajadores y trabajadoras. Regula, de este modo, los supuestos de transmisión de empresas o de unidades productivas, de tal manera que sea como sea el negocio jurídico que lo ampare, y la fórmula elegida, ante una transmisión de actividad (unidad productiva autónoma o empresa), se mantengan en vigor tanto los contratos de los trabajadores/as afectados como las condiciones pactadas para dichos trabajadores/as.

No obstante lo anterior, la figura de la transmisión de empresas está siendo utilizada para expulsar a partes completas de plantillas de sectores regulados, sindicalizados y generalmente con unos estándares de condiciones laborales altos, para conseguir transformar rápidamente dicha situación en situaciones de mayor precariedad.

Así, el artículo 44 ET establece:

Artículo 44. «El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior; incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.»

2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio.

3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos intervivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito.

4. Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida.

Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

5. Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad.

6. El cedente y el cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad de los siguientes extremos:

Fecha prevista de la transmisión;

Motivos de la transmisión;

Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión, y Medidas previstas respecto de los trabajadores.

7. De no haber representantes legales de los trabajadores, el cedente y el cesionario deberán facilitar la información mencionada en el apartado anterior a los trabajadores que pudieren resultar afectados por la transmisión.

8. El cedente vendrá obligado a facilitar la información mencionada en los apartados anteriores con la suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión. El cesionario estará obligado a comunicar estas informaciones con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión.

En los supuestos de fusión y escisión de sociedades, el cedente y el cesionario habrán de proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos.

9. El cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 de la presente Ley.

10. Las obligaciones de información y consulta establecidas en el presente artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a la transmisión haya sido adoptada por los empresarios cedente y cesionario o por las empresas que ejerzan el control sobre ellos. Cualquier justificación de aquéllos basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no les ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto».

Se está produciendo así, la utilización masiva por las empresas de un elemento de protección de los trabajadores/as como elemento de externalización. El art. 44 establece que la externalización de la unidad productiva autónoma, de la actividad económica organizada, mantiene la vigencia de los contratos de los trabajadores/as afectados, de las condiciones que tuvieran previas al traspaso, pero también la obligatoriedad para trabajadores/as y empresarios de transmisión de los trabajadores/as afectos a la referida actividad. El problema es determinar cuándo nos encontramos ante dicha actividad económica organizada.

El mecanismo utilizado por las empresas viene a ser el siguiente. De una empresa matriz, normalmente estructurada, con unas relaciones laborales basadas en la negociación colectiva, con una fuerte estructura sindical y normas laborales paccionadas para dicho ámbito, que introducen mejoras respecto a la norma general (bien frente al convenio de sector, bien frente al convenio de la empresa considerada ésta en su totalidad), con grandes plantillas, se externaliza una parte de la actividad. Así, desgajada de la empresa principal, los trabajadores/as de la misma dejan de pertenecer a la empresa principal, de forma obligatoria, pues al producirse el fenómeno de la sucesión de empresas, existe obligatoriedad en el cambio de empresario para los trabajadores/as.

La consecuencia es que o bien pasa a constituirse dicha unidad productiva autónoma en una nueva empresa, o se traspasa a otra empresa, y dichos trabajadores/as afectados por la transmisión se introducen en otra empresa, más pequeña que la anterior, normalmente con unas peores condiciones laborales, con una escasa implantación de la representación colectiva, y sin experiencia práctica sindical.

Pese a que inicialmente, los trabajadores/as afectados de la transmisión mantienen las mismas condiciones de trabajo, garantizadas por el propio artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, posteriormente, ante la pérdida de capacidad de negociación en la nueva empresa, ante la desagregación de las plantillas que ya no se sienten depositarias de los mismos intereses ni conflictos, bien mediante la expiración del convenio precedente y la suscripción de nuevo convenio de aplicación a la unidad transmitida o a la nueva empresa que ha recepcionado a los trabajadores/as, bien ante la aparición de un horizonte con posibilidad de acudir a expediente de regulación de empleo, se produce una nueva regulación de las condiciones laborales, que precariza las mismas y que se encuentra ajena y alejada de la normas colectivas pactadas para la gran empresa matriz.

El TJCE ha interpretado los supuestos en los cuales nos encontramos ante una sucesión de empresas, pudiendo concretar la misma, en la consideración de que nos encontramos ante un supuesto de externalización, bien cuando se transmite la mayoría de la plantilla que es admitida por la nueva empresa, la denominada sucesión de empresas por transmisión de la plantilla (elemento que no es considerado individualmente, ni de forma única), así como la transmisión de un conjunto de actividades organizadas y que pueden funcionar en el mercado de bienes y servicios de forma autónoma, sin requerir, en aquellas actividades cuyos principales activos son la cartera de clientes y la propia actividad, y que no requieren una especial infraestructura productiva o elementos patrimoniales propios para su desarrollo (así, actividades de limpieza, comerciales, de telemarketing o atención y gestión telefónica, etc...) transmisión de elementos patrimoniales.

Dicha Jurisprudencia comunitaria, tendente a la protección del mantenimiento de los contratos de trabajo y de las condiciones laborales en supuestos de transmisiones de actividad, fundamentalmente en procesos de externalización y reintroducción de actividades en la órbita funcional de la empresa principal (actividades de limpieza respecto de la actividad principal de

la empresa), ha sido instrumentalizada por las gerencias empresariales para una descentralización expulsiva de convenios colectivos de empresa y de relaciones laborales estructuradas y fuertemente garantistas (así en empresas como El País, Logista, Gas Natural, etc.).

En el Estado español, como se ha dicho antes, dicha doctrina fue algo más restrictiva, al exigir el Tribunal Supremo para considerar que nos encontrábamos ante una sucesión de empresas, la existencia de transmisión de elementos patrimoniales, pero, finalmente ha admitido la referida doctrina comunitaria. En tal sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23.10.2004, establece la asunción de la denominada como sucesión de empresas basada en la transmisión de la plantilla, siendo éste uno de los elementos fundamentales para considerar la existencia de sucesión de empresas, lo que supone trasladar la voluntad de sucesión a los empresarios, que pueden o no acordar dicha transmisión de la plantilla.

No obstante, ligado además a intereses fiscales y/o mercantiles, las empresas venían salvando dicha exigencia mediante la transmisión de elementos patrimoniales no estrictamente ligados a la actividad, sino traspasados a meros efectos fiscales o de dotación de activos que conformen el capital social, tales como locales, subrogación en contratos de arrendamientos de servicios u otros bienes similares.

También, la referida figura ha servido para limitar la sucesión como elemento de transmisión de empresas en los supuestos de contratas y subcontratas, en el que pese a ser un supuesto discutido, la regla general de que no se produce sucesión de empresas salvo en las contratas en las que se sucede la misma empresa en idéntica actividad y centro de trabajo (existiendo algunas sentencias que admiten la sucesión en los traspasos de contratas según cada caso concreto).

Los fenómenos de externalización y deslocalización generan segmentación laboral, la sustitución de empleo estable por precario y la ligazón del contrato por obra y servicio a la duración de la contrata mercantil, lo que provoca trasladar la voluntad extintiva a la exclusiva voluntad del empresario en contratos interempresas a los que trabajadores/as y representantes son ajenos.

Se deberían generar técnicas e instrumentos de recomposición de una unidad en las situaciones de los trabajadores/as, de permitir la representación colectiva de los trabajadores/as que realizan la misma actividad articulados en una unidad de dirección y de poder negociar y enfrentarse a las verdaderas gerencias empresariales y no a un sin fin de empresas contratadas y subcontratadas que no son sino departamentos de una dirección invisibilizada y que ha eludido sus responsabilidad legal pero no su capacidad de decisión.

En este sentido podemos fijar cláusulas de protección, en los convenios colectivos de empresa, que establezcan la obligatoriedad de requerir pacto entre la representación empresarial y la de los trabajadores/as para poder realizar fenómenos sucesorios entre empresas, cláusulas de no externalización de actividades, cláusulas que establezcan el mantenimiento y aplicación de los convenios de la empresa de referencia en aquellas empresas en las cuales la empresa matriz tenga una determinada participación en el capital social, pactar por la representación empresarial la posibilidad de opción concedida al trabajador/a de solicitar recolocación en el caso de producirse el referido fenómeno.

4.2. RESPONSABILIDAD EN CASOS DE SUCESIÓN DE EMPRESAS

Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito.

4.3. CONDICIONES COLECTIVAS Y NORMA COLECTIVA DE APLICACIÓN

Respecto a las condiciones colectivas hay que destacar que el artículo 44 en su apartado 4 establece que se seguirán rigiendo las relaciones laborales de los trabajadores/as por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, aplicación que se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

4.4. CONCRETOS DERECHOS AFECTADOS POR LA SUCESIÓN DE EMPRESAS

Respecto a los concretos derechos, señalar tal y como taxativamente establecen las Sentencias de la Audiencia Nacional de fechas 09.01.2001 y 22.01.2001, y confirmatoria, también en el caso «Indra», la STS de fecha 19.02.2002, que se tiene el derecho a seguir disfrutando de las condiciones de jornada, horario, salario y antigüedad de las que se venía disfrutando.

La STS 22.06.2001 establece que la subrogación empresarial mantiene el régimen de billetes de tarifa gratuita o con descuento que los trabajadores/as ostentaban en la empresa cedente, mediante la tarjeta IB-49.

El nuevo titular de la empresa, o la nueva empresa debe respetar todas las cláusulas contractuales de los trabajadores/as de la empresa adquirida, tanto las pactadas expresamente como las concesiones unilaterales del anterior empresario, exigibles como condiciones más beneficiosas de origen contractual (en este sentido, STS 2.12.1992 y 10.12.1992).

La STS 06.06.2001 mantiene el plus o complemento establecido por acuerdo extraestatutario. En la misma línea argumental, la STSJ Madrid 16.02.1999 establece el deber de respetar la primitiva estructura salarial por la entidad subrogada vía art. 44, regulada por convenio colectivo no registrado, ni depositado, ni publicado, considerándolo como condición más beneficiosa.

No obstante, hay que hacer señalar la complejidad respecto a la distinción entre derechos ya englobados en el acervo patrimonial de los trabajadores/as que se encuentran protegidos por el artículo 44 y las meras expectativas de derecho que no se ven garantizadas por dicho artículo 44: en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 5.12.1992 y 10.12.1992, por las que se deniega el «premio de permanencia», estableciendo que no es aplicable, una vez producida la subrogación. Así, habría que ver hasta cuando permanece en vigor el convenio vigente para ver si está en el acervo patrimonial el citado premio de servicios prestados o es, en cambio una mera expectativa.

4.5. REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES/AS

Respecto a la representación de los trabajadores/as hay que decir que se mantiene esta institución, pero se requiere que en dicha entidad sigan concurriendo las condiciones necesarias para la formación de la representación de los trabajadores/as. Así lo establece taxativamente la STS 23.07.1990: «(...)

que lo determinante para que no se pierda la condición de miembro del Comité de Empresa, es la subsistencia del centro de trabajo para el que el trabajador fue elegido, y no la empresa, sin que dicho cometido se vea afectado por la integración o asunción de la titularidad por un nuevo empresario».

El cedente y el cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores/as respectivos afectados por el cambio de titularidad de los siguientes extremos:

- Fecha prevista de la transmisión;
- Motivos de la transmisión;
- Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores/as, de la transmisión,
- Medidas previstas respecto de los trabajadores/as.

De no haber representantes legales de los trabajadores/as, el cedente y el cesionario deberán facilitar la información mencionada en el apartado anterior a los trabajadores/as que pudieren resultar afectados por la transmisión.

El cedente vendrá obligado a facilitar la información mencionada en los apartados anteriores con la suficiente antelación y antes de la realización de la transmisión. A su vez, el cesionario también estará obligado a comunicar estas informaciones con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores/as se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión.

En los supuestos de fusión y escisión de sociedades, el cedente y el cesionario habrán de proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos.

El cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores/as vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores/as sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores/as.

Dicho período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 de la presente Ley.

Las obligaciones de información y consulta establecidas en el presente artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a la transmisión haya sido adoptada por los empresarios cedente y cesionario o por las empresas que ejerzan el control sobre ellos. Cualquier justificación de aquellos basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no les ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto.

5. CESIÓN ILÍCITA DE TRABAJADORES/AS

Las normas o reglas de juego se quiebran, pues se desprotege, en origen, a un sector muy importante de mano de obra. La Ley misma «dilapida» el Derecho Laboral, el cual nace como una variante del derecho civil, supuestamente protectora del factor más débil, precisamente para corregir la desigualdad entre trabajo y capital.

El derecho protege la flexibilidad laboral, la precariedad como disciplinamiento de la mano de obra y, la sujeción de ésta a los fines de la lógica económica: el beneficio, la desregulación e individualización de las relaciones salariales y la eliminación de cualquier posibilidad de gestión colectiva de las mismas por los trabajadores/as.

5.1. LA CESIÓN ILÍCITA DE TRABAJADORES/AS

Como señalábamos anteriormente, el artículo 43.1 del ET, «(...) *prohíbe la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otras empresas...*» salvo que dicha cesión se haga a través de ETT, autorizadas y en los supuestos que, la Ley 14/1994, modificada parcialmente por la Ley 29/1999 y Ley 35/2010, se especifican.

Tras la aparición de negocios jurídicos lícitos, como la subcontratación, se encuentra el puro y deleznable fenómeno social de tráfico prohibido de mano de obra.

La distinción aparentemente se muestra nítida en la contrata, el objeto contractual es la realización de una obra o servicio, de tal manera que el empresario es real y asume el encargo de realizarla a cambio de un precio que paga el principal, el cual ha externalizado parte de su actividad. En el lado contrario, la cesión se caracteriza por el hecho de que el objeto mismo del contrato es la cesión del trabajador/a por parte de quien aparece formalmente como empresario a quien recibe realmente la utilidad del trabajo de aquél. Así, «la actividad empresarial» del cedente, sólo consiste en contratar trabajadores/as para ceder o prestar, no cumpliendo los requisitos necesarios que antes veíamos deben darse en la externalización.

El artículo 43 del ET objetiva el ámbito de la prohibición legal y lo que resulta inequívoco es que la cesión temporal del trabajador/a no se encuentra amparada en la regulación estatutaria, si no es a través de los mecanismos previstos en la Ley de ETT. Por ello, que el que cede (cedente), carezca o tenga organización productiva propia no es obstáculo para que la cesión prohibida se pueda producir en un supuesto concreto y respecto de un concreto trabajador/a. En esta línea, la STSJ de Cataluña de 5 de octubre de 1996, establece que «(...) *habrá cesión ilícita de trabajadores, aun cuando el contratista cuente con medios productivos propios y actividad económica real y efectiva, si en el caso concreto se ha limitado a poner a disposición de la principal la mano de obra requerida, no implicándose realmente en la prestación del servicio llevado a cabo por los trabajadores formalmente adscritos a la plantilla...*».

Fijemos en consecuencia los elementos diferenciadores más relevantes:

- El contratista, para serlo, debe disponer de una organización productiva con existencia autónoma e independiente (SSTSJ del País Vasco de 22 de octubre de 1996, Cataluña de 13 de diciembre de 1996, Andalucía /Granada de 2 de mayo de 1996).
- Además de la organización productiva, anteriormente señalada, el contratista tiene que aportar en la ejecución de la obra o servicio, su propia dirección y gestión, asumiendo el riesgo correspondiente y ejercitando respecto de los trabajadores/as que ejecutan la obra, los derechos, obligaciones, riesgos, responsabilidades y poder de dirección que son inherentes a su condición de empresario (SSTS de 19 de enero de 1994 y SSTSJ de Andalucía / Málaga de 8 de marzo de 1996 y Aragón de 17 de julio de 1996).
- Complementado a los dos anteriores, nos encontramos con la habitualidad o permanencia del servicio que es objeto de la contrata.
- El abandono o la no-ejecución por parte del contratista de sus facultades de dirección, con todo lo que conlleva.

- Desconexión fáctica entre lo que constituye el objeto de la contrata y la concreta y real actividad de los trabajadores/as contratados.

5.1.1 Elementos indiciarios de la cesión ilegal de trabajadores/as

La reforma de la Ley 43/2006 estableció en la regulación estatutaria que nos encontramos ante un supuesto de cesión ilegal cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias:

- que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores/as de la empresa cedente a la empresa cesionaria,
- que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable,
- que la cedente no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario

Pese a lo anterior, que ha supuesto la codificación de lo que venía exigiendo la Jurisprudencia para considerar la existencia de cesión ilegal de trabajadores/as, es una cuestión muy ligada a la casuística y a un conjunto de elementos que compondrían los anteriores supuestos codificados, así y a modo meramente indicativo y/o indicarlo podemos reflejar una serie de factores que sirven para acreditar la existencia de cesión ilegal:

- Que el trabajo se haga en los locales o centros de trabajo de la empresa principal.
- Que la empresa principal tenga el control y ejerza la dirección de los trabajos.
- Que los trabajos se realicen, fundamentalmente, con medios materiales y herramientas de la principal.
- Que la contratista no asuma los riesgos inherentes a su función de empresa, con independencia de que tenga o no, patrimonio suficiente.
- Que se carezca por la contrata de una verdadera estructura empresarial, así como, que ésta se ponga efectivamente en juego en la concreta contrata.
- Que se utilicen medios humanos y departamentales de la principal conjuntamente por el personal subcontratado.
- Que el trabajo se realice indistintamente, bien por los contratistas (es decir, los trabajadores/as de éstos), bien por los trabajadores/as directos de la principal.
- Que se ejerza por la empresa principal el poder de dirección, poder sancionador, organización de jornada y de su distribución (sanciones, comunicaciones de bajas y abandonos del puesto de trabajo, amonestaciones, organización de vacaciones, organización del trabajo durante períodos de ausencia del personal subcontratado).
- Que los trabajadores/as de la empresa principal se encuentren mezclados de forma indistinta con los trabajadores/as de la principal.

5.2. LA RELACIÓN CON OTRAS EMPRESAS (CONTRATISTAS) QUE EJECUTAN DIRECTAMENTE OBRAS O SERVICIOS PRECISOS, ENCOMENDADOS POR LAS EMPRESAS PRINCIPALES

Lo que interesa desvelar en los contratos concertados por la empresa principal con las contratistas, es si son utilizados como mecanismos para ocultar un fenómeno de tráfico ilícito de mano de obra. De ser así, implica que los trabajadores/as de la empresa contratista no son destinados

por su empresa para la ejecución de una obra o servicio, objeto de la contrata, sino que son utilizados por la principal, para la realización de actividades propias y bajo su directa dirección.

Las claves ya se han señalado en el punto de Cesión Ilícita: la consistencia o no de la empresa contratista, la sustantividad o no de la obra o servicios contratados, la asunción de riesgos inherentes a la condición de empresario, etc.

En cuanto a la sustantividad de la obra o servicio objeto de la contrata, lo que nos da la clave de la ilegalidad es que el objeto de la contrata sea una obra o servicio con sustantividad propia. Se entiende por sustantividad aquella entidad que distinga una actividad del resto de actividades realizadas por la empresa con una entidad tal que se pueda identificar (ejemplo de esta sustantividad puede ser en el sector de la construcción, la instalación de la fontanería en una edificación, o el realizar toda la pintura de interiores...).

Dicho en términos legales «obras o servicios determinados, con autonomía o sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta» (artículo 15.1.a. de ET).

También hemos de decir que en la práctica no es tan sencilla la distinción entre la existencia o no de sustantividad teniendo en cuenta la flexibilización realizada por el Tribunal Supremo, admitiendo la sustantividad de actividades ligadas a dotaciones presupuestarias públicas en determinados supuestos, o la admisión como causa válida de las contratas realizadas entre empresas (si estas son ciertas y ligadas a objetos concretos).

Lo anterior es esencial, pues marca el límite o la frontera entre la contrata lícita o ilícita. No es posible usar la técnica de las contratas para tareas que no constituyan obras o servicios con sustantividad, lo cual ocurre frecuentemente, ya que el objeto de la contrata es el trabajo ordinario de la empresa principal, el cual carece de sustantividad propia y es indefinido en el tiempo.

Es decir, no cabe el uso de la contrata para lo que corresponde a las tareas habituales y permanentes de la empresa, ya que la obra ha de terminar en un momento indeterminado si, pero terminar, y tener especificidad.

En el diseño correcto de las contratas, la empresa principal contrata con la contratista la ejecución de una obra o servicio determinado y ésta, la contratista, lo realiza a través de sus propios trabajadores/as, bajo su dirección y entrega su resultado a la empresa principal.

Debe tenerse en cuenta la posibilidad de que se de la cesión ilegal dentro de un grupo desde el punto de vista económico. Este es un problema muy serio, pues puede resultar difícil apreciar la existencia de cesión ilícita, en la medida en que la finalidad interpositoria propia de esta figura, no suele estar presente en la relación entre empresas de un mismo grupo. El Tribunal Supremo ha considerado que existe cesión ilegal (SSTS 12.07.94, 22.12.95, 26.01.98, 18.05.98), en los supuestos de grupos de empresa, «(...) *los fenómenos de circulación de trabajadores dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador...*», en este sentido SSTS de 26.11.90 y 30.05.93.

En otros casos, la contratista cuenta con medios suficientes, pero ocurre que la falta de un auténtico objeto (no se busca que se efectúe una obra o servicio, sino que se incorpore una persona), o las desviaciones que en la ejecución práctica se producen (especialmente cuando los trabajadores/as de la contratista trabajan en centros de la empresa principal y utilizando sus medios), terminan provocando una situación de confusión entre los trabajadores/as propios y los de la contratista, todos ellos bajo la dirección de los mandos de la empresa principal.

En los casos de empresas reales (no ficticias o instrumentalizadas) la jurisprudencia viene señalando que se puede incurrir en fenómenos de cesión ilegal de trabajadores/as en aquellas hipótesis en que, a pesar de tener infraestructuras y medios:

En ocasiones hay falta una auténtica actividad gestora, de modo que, la empresa contratista se desentiende, dejando la dirección y coordinación de la obra o servicio contratado en manos de la empresa principal.

Se produce una desconexión de hecho (fáctica), entre lo que constituía el objeto de la contrata y la concreta y real actividad de los trabajadores/as contratados.

Se cita, a modo ilustrativo y por lo exhaustivo y claro de la misma, la Sentencia del Juzgado de lo Social número 25 de Madrid, en la cual se analizan los medios materiales, la pertenencia de la empresa Sítel al Grupo Iberdrola, el personal técnico de mantenimiento, los gastos de funcionamiento que abona la empresa cesionaria, la autonomía organizativa de la empresa cedente, el horario, los puestos a cubrir, las instrucciones al personal y las variaciones sobre éstas, la formación, la elaboración de los manuales de funcionamiento, el poder directivo sobre el personal de la cedente, los sujetos que realizan las instrucciones al margen del cauce para su comunicación.

También de gran interés es la sentencia del Juzgado de lo Social número 31 de Barcelona, de fecha 12 de Julio de 2002, en relación con la existencia de cesión ilícita para la atención de un «callcenter». Con una gran claridad de comprensión del problema y de análisis de la cuestión jurídica y social, expone en su Fundamento Jurídico Segundo, que *«(...) la figura de contrata de obras o servicios está prevista legalmente en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores para permitir que una empresa necesitada de realizar un conjunto de actividades plurales y diversificadas pueda contratar una o varias de esas actividades con empresas que ya se dedican a ello, en lugar de realizarlo con personal propio... Para que la contrata sea válida es imprescindible que la empresa contratista exista como tal, es decir, que posea un conjunto de medios materiales y humanos ordenados a un fin industrial o de servicios, así como que tenga unos clientes reales o potenciales entre los que la empresa contratante sea uno más y que, por tanto, no dependa de dicha contrata para su subsistencia por ser su único y exclusivo cliente».*

De otro lado, se advierte una tendencia en las grandes empresas a eliminar a una parte más o menos importante de sus recursos humanos, sustituyendo la labor que dichos trabajadores/as propios realizaban, por la contratación externa. Ello es debido a que estas grandes o medianas empresas tienen unos Convenios Colectivos que les obligan al pago a sus empleados de remuneraciones superiores a la media, de forma que una de las principales razones de dicha sustitución es el abaratamiento de los costes de personal, lo que se consigue con la contrata, al tener los trabajadores/as de la empresa contratista unas retribuciones ostensiblemente inferiores.

Dicha tendencia es cada día más acentuada y progresivamente se va forzando el concepto de la contrata para encuadrar en él actividades que no caben en el espíritu de la norma. De los transportes, la limpieza y los servicios de seguridad, actividades lícitamente contratables, se pasó después a otras actividades más atrevidas como el almacenaje, llevado a cabo por empresas que no tienen ningún almacén, sino que envían a sus trabajadores/as a gestionar los servicios de almacén a estas grandes empresas, lo que ya es mucho más dudoso. Ahora se da otro paso más, con un salto cualitativo y cuantitativo, creándose empresas sin más objeto social que la propia cesión de trabajadores/as y, en la convicción de que todo está permitido, no ocultan sus intenciones sino que en el propio nombre de la empresa ya figura la palabra «externalización». Se trata de empresas que no tienen ni actividad ni vida propia, que jamás subsistirían al margen de las contratas para las que son llamadas por las grandes empresas porque no existen clientes particulares. Las contratas son «a la carta», enviando a la empresa contratante a los trabajadores/as que necesiten, ya sea personal administrativo, ingenieros técnicos, telefonistas, ordenanzas, etc.. Esta forma de actuar es, evidentemente, la expresamente prohibida por el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, porque, en el fondo, por mucho que adornen el objeto de la contrata, por más que se simule ocultando los aspectos y apariencias que más ponen al descubierto sus irregularidades, sólo captan mano de obra para ser cedida, sin más, a la empresa que se la requiere.

En el mismo sentido, para el sector del telemarketing (actual contact center), ha confirmado el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 16.06.2003, apreciando así nuestro Alto Tribunal los argumentos de la CGT, en la que queda claro lo que suponen las subcontratas para el sector, sosteniendo que las empresas contratantes montan este subterfugio para no tener que emplear a los trabajadores/as directamente, abaratando costes, eliminando condiciones, sometiendo a la más absoluta temporalidad a los/as trabajadores/as y externalizando el posible coste social respecto a conflictos en la gestión de la mano de obra.

5.3 CONSECUENCIAS DE LA CESIÓN ILÍCITA.

Las consecuencias del reconocimiento de la cesión ilícita para los trabajadores/as, es el adquirir la condición de fijos, en la empresa cedente o cesionaria, a su elección. Además, adquiere la antigüedad desde el inicio de la cesión ilegal.

Se adquieren los derechos y obligaciones del trabajador/a en la empresa correspondientes a las de un trabajador/a que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, en condiciones ordinarias.

Actualmente, aunque existe alguna sentencia dubitativa al respecto, podemos concluir que se pueden reclamar los derechos que hubieran correspondido al trabajador/a cedido de forma ilícita, con el único límite de la prescripción, y pudiendo retrotraernos en función de la misma, hacia atrás, en los derechos reclamados. En este sentido podemos invocar las SSTs de fechas 3 Octubre 2005, 5 diciembre 2006 y 17 abril 2007.

Respecto de la prescripción, debemos citar la STSJ del País Vasco de fecha 09.10.2007 que clarificando la cuestión sostiene: *«La conclusión que ofrece la sentencia impugnada en cuanto al alcance de la prescripción es correcta y se acomoda a lo establecido en los artículos 59.2 del ET y 1973 del Código Civil, al haber transcurrido más de un año desde que la acción pudo ejercitarse respecto a las cantidades devengadas en periodo anterior a junio de 2005 —año anterior a la presentación de la papeleta de conciliación— ya que por más que exista conexión entre la sentencia que declara la cesión ilegal y la reclamación de cantidad a la empresa cedente y a la cesionaria, **la prescripción no comienza a computarse desde la sentencia declarativa de la cesión ilegal sino desde la fecha en que la retribución no se hizo efectiva en el momento legalmente previsto para su pago.** Y esta solución es la que se desprende de la doctrina unificada recogida en la sentencia de 24 de noviembre de 2004 (recurso 6369/2003) que cita en igual sentido las de 3 de julio de 1996 (recurso. 3685/1995), 1 de diciembre de 1993 (recurso 4203/1992), 23 de octubre de 1990, 5 de junio de 1992 (recurso 2314/1991), 23 de junio de 1994 (recurso 2410/1993), 29 de diciembre de 1995 (recurso 2213/1995), 21 de septiembre de 1999 (recurso 4162/1998) , 8 de febrero de 2000 (recurso 2134/1999) Y 24 de julio de 2000 (recurso 2845/1999)».* (negritas y subrayados propios).

Para la cesión ilegal en la Administración Pública debemos destacar la creación jurisprudencial de considerar al trabajador/a en dicha situación en la condición de «indefinidos no fijos» de la Administración (SSTs 27.05.2002; 12.03.02; 28.10.03; 11.11.03, reiterando lo ya dispuesto antes en STS 20-1-1998). Esto conlleva que el trabajador/a es indefinido pero hasta la cobertura reglamentaria de su puesto de trabajo, en que el mismo se extingue y sin tener derecho a indemnización alguna.

Antes no existía ninguna regulación que amparase dicha figura, y en la reforma laboral de 2010 (Ley 35/2010) se ha regulado expresamente la aplicabilidad de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos (15.1.a) y 15.5 ET reformados, si bien no tratan ambos de supuestos irregulares) a las Administraciones Públicas y sus

Organismos Autónomos, que establece que dicha regulación no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo a través de los procedimientos ordinarios y conforme a la normativa aplicable, en relación con dicha construcción jurisprudencial de dudosa legalidad.

La cesión ilegal de trabajadores/as es una infracción laboral muy grave (art. 8 LISOS), pudiendo corresponder una multa de 6.251 euros a 187.515 euros (art. 40 LISOS).

Es fundamental luchar contra esta forma de precariedad, existiendo, como se ha reflejado anteriormente, posibilidades de acompañar la estrategia sindical con la impugnación judicial de dichas prácticas, tratando de eliminar esta realidad como forma de actuación sindical, pero que también deben plantearse con carácter individual por aquellos trabajadores/as afectados en su caso concreto, debido a que se requiere la concreta demanda para verse afectado por el reconocimiento jurídico de la cesión ilegal.

Decir para concluir, que es difícil haber realizado un estudio en estas líneas que sirvan al caso concreto, debiendo acudir a los Servicios Jurídicos y Sindicales de la CGT para analizar el supuesto concreto y para la elaboración de la concreta estrategia a seguir.

Se recomienda no obstante, en relación con los elementos antes expuestos que distinguen la contrata lícita de la cesión ilegal de trabajadores/as, que se realice acopio de todo tipo de pruebas que luego serán fundamentales en su impugnación tanto judicial como ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, acumulando pruebas, documentos de la empresa cesionaria que prueben que gestiona la mano de obra y la titularidad de los medios de producción, que es quien envía las instrucciones de trabajo etc, y así con los diferentes elementos expuestos.

Es interesante poder recabar datos para presentar ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de tal modo que la propia Inspección eleve Acta de Infracción que recoja los elementos de la cesión ilícita, para posteriormente poder presentar ante la jurisdicción social, así como la posibilidad por la propia Inspección de plantear demanda de oficio ante dichos supuestos, como ejemplo STSJ Castilla y León de 11 de febrero de 2002, si bien se recomienda personarse por los afectados en los referidos procedimientos de oficio para acreditar cuanto extremo se considere necesario, y afianzar la prueba a realizar en el procedimiento.

Entre las sentencias de cierto interés sobre cesión ilícita señalamos la STSJ País Vasco de 13 de julio de 2001, que determina la existencia de cesión ilícita en el supuesto de trabajador/a que realiza su labor en dependencias municipales, ajustando su horario al del Ayuntamiento, recibiendo instrucciones del responsable de éste sin existir dato que lo diferencie del resto de trabajadores/as.

Otra sería la STSJ País Vasco, de 26 de junio de 2001, que declara la existencia de cesión ilícita en una empresa que realiza contratación para que sus trabajadores/as presten servicios en una unión temporal de empresas, no correspondiente a su empleadora, sino a otra persona jurídica que goza de autonomía.

La STSJ Cataluña de 12 de julio de 2001 determina la cesión ilícita en una empresa sin centro de trabajo propio donde desarrollar su actividad, cuyos trabajadores/as prestaban servicios en otras empresas pertenecientes al sector con maquinaria, con idénticas tareas que los trabajadores/as de las mismas y bajo las órdenes de sus mandos intermedios.

La STSJ Madrid de 22 de febrero de 2002, establece la existencia de cesión ilícita en trabajadores/as contratados para una contrata cuyas funciones eran realizar operaciones contables del Banco BSCH.

La STSJ de Castilla y León de 11 de febrero de 2002, califica de ilícita la cesión de trabajadores/as, a partir de demanda de oficio instada por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, entre dos empresas reales, pero una de las cuales pone personal al servicio de la otra, sin aportar organización empresarial, sin ejercer facultades de dirección.

La STSJ Madrid de 8 de febrero de 2002, en el supuesto de un contrato administrativo para la conservación y mantenimiento de instalaciones eléctricas en los edificios de RTVE en Madrid, meramente formal, produciéndose un caso de cesión ilegal.

La STSJ de Canarias de fecha 28.12.2009, en el supuesto de monitor en pabellón municipal realizando actividades para el propio Ayuntamiento.

La STSJ Madrid de fecha 22.12.2009, en supuesto de que la cesionaria (AENA) tiene a su cargo exclusivo o principal la estructura productiva, organizativa y de dirección.