



UNIÓN SINDICAL OBRERA

www.uso.es

Afiliada a la
CONFEDERACIÓN MUNDIAL
DEL TRABAJO (C.M.T.)



DELIMITACIÓN DE LA FRONTERA ENTRE CONTRATAS Y SUBCONTRATAS Y LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

TRES SENTENCIAS DE DISTINTOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA ABORDAN ESTE TEMA:

- STSJ ASTURIAS, DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2004, (AS 2005/206);
- PAÍS VASCO, DE 21 DE DICIEMBRE DE 2004 (AS 2005/209)
- C. VALENCIANA, DE 13 DE ENERO DE 2005 (AS 20057207)

DELIMITANDO LA FRONTERA ENTRE LA CONTRATA LEGAL REGULADA EN EL ART. 42 ET Y LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES DEL ART. 43 ET.

La nueva realidad organizativa empresarial, denominada descentralización externalización productiva, estos nuevos fenómenos económicos-jurídicos empresariales que engloban la contratación y subcontratación de obras y servicios, los fenómenos de los grupos de empresa, la franquicia, el teletrabajo, el contrato de puesta a disposición por empresas de trabajo temporal y empresas usuarias o nuevas formas de arrendamientos de servicios, han de conjugarse con los derechos laborales, sindicales, de seguridad social de los trabajadores y de seguridad y salud laboral, para evitar que tal forma de actuación empresarial encubra un fraude de Ley, constituyendo materia especialmente compleja la delimitación de las formas lícitas y su deslinde de las figuras ilícitas.

Al análisis de esta cuestión en un intento de esclarecer las líneas delimitadoras entre las figuras lícitas de externalización de servicios y aquellas que pretenden a través de diferentes subterfugio burlar la normativa laboral, dedicamos el presente comentario, abordándose el estudio de la figura de descentralización productiva empresarial, que con mayor implantación tiene lugar en nuestro entorno empresarial: **La contratación de obras y servicios.**

LA CONTRATA:

En los supuestos de contrata se está ante una cesión indirecta, en que la transmisión se realiza respecto de los resultados y no de la actividad misma, así como en que es esencial que el contratista asuma los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias de la condición de empresario y que tenga una organización y gestión propias **1**, es decir, concurre verdadera contrata cuando la empresa auxiliar cuente con patrimonio **2**, organización y medios de producción propios -personales y materiales- **3**, sin que se trate de una mera ficción o apariencia, aportando su propia organización y gestión, ejerciendo los poderes empresariales que les son propios **4**, así como asumiendo el riesgo

inherente a su condición de verdadero actuante en el tráfico empresarial, presumiéndose lo contrario en los casos en los que la empresa cedente no cuente con una infraestructura empresarial propia e independiente **5**.

1 F. SALINAS MOLINA: «Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora», cit., pg. 204 (BIB 2002, 1829) .

2 STS 11 octubre 1993 (RJ 1993, 7586) .

3 STS 7 marzo 1988 (RJ 1988, 1863) .

4 STS 12 septiembre 1988 (RJ 1988, 6877) .

5 A. V. SEMPERE NAVARRO: «Fenómenos interempresariales», en VV AA: La Reforma Laboral de 2001 (Análisis del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo), (A. V. SEMPERE NAVARRO, coord.), Elcano 2001, pg. 99, y L. R. MARTÍNEZ GARRIDO: «Contratas, cesión ilegal de trabajadores y cooperativas de trabajo asociado», cit., pg. 233 (BIB 2002, 1830) .

Esto no significa, tal y como recoge la STS 16 junio 2003 (RJ 2003, 7092) **6**, que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión **7**. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la cesión también puede tener lugar aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta **8**, afirmándose que los problemas de delimitación más difíciles jurídicamente suelen surgir cuando la empresa contratista sea una empresa real y cuente con una organización e infraestructura propias **9**. En tales casos, debe acudir con tal fin delimitador a determinar la concurrencia de otras notas, como podrían ser la que el objeto de la contrata sea una actividad específica diferenciable de la propia actividad de la empresa principal o que el contratista asuma un verdadero riesgo empresarial, o incluso, aun tratándose de empresas reales, cuando el trabajador de una empresa se limite de hecho a trabajar para la otra, pues la cesión ilegal también se produce cuando tal organización empresarial no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra necesaria para el desarrollo del servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la empresa contratante.

6 (RJ 2003, 7092) .

7SSTS 14 septiembre 2001 (RJ 2002, 582) y 17 enero 2002 (RJ 2002, 3755) .

8STS 16 febrero 1989 (RJ 1989, 874) .

9STS 25 octubre 1999 (RJ 1999, 8152) .

Así, la contrata se ha definido como aquel tipo contractual «en virtud del cual una parte llamada contratista, asume la obligación de realizar una obra o servicio determinados a favor del empresario principal o comitente, que asume a su vez la obligación de pagar por ello un precio» **10**.

10 L. R. MARTÍNEZ GARRIDO: Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas, Barcelona, 1998, pg. 17, citado por F. SALINAS MOLINA: «Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora», cit., pgs. 203-204 (BIB 2002, 1829) .

Aun a pesar de esta conceptualización de la contrata y de los indicios anteriormente relacionados al objeto de identificar la contrata de obra y servicios y el establecimiento de la presunción de que en los casos en los que la empresa cedente no cuente con una infraestructura empresarial propia e independiente se está ante un supuesto de cesión ilegal de trabajadores, uno de los problemas más importantes en esta delimitación con la figura de la cesión ilegal de trabajadores tiene lugar cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, esto es, en sus propias dependencias físicas y con empleo de su material e instrumental, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular un acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer, en las circunstancias de cada caso, el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita **11**, por lo que habrá de determinar como elemento clave para tal clasificación la actuación empresarial en el marco de la contrata, el ejercicio de las potestades empresariales **12**.

11STS 14 septiembre 2001 (RJ 2002, 582) .

12STSJ Madrid 6 octubre 2003 (AS 2003, 3824) .

La actuación empresarial en el marco de la contrata es, por tanto, un elemento clave de calificación y delimitación respecto a la cesión ilegal de trabajadores, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal **13**.

13SSTS 17 julio (RJ 1993, 5688) y 15 noviembre 1993 (RJ 1993, 8693) .

En este marco no resulta decisivo el que la contratista retenga algunas facultades empresariales porque esa disociación o retención de facultades empresariales es compatible en determinados casos con la cesión **14**

14STS 12 diciembre 1997 (RJ 1997, 9315) .

Tal y como ha afirmado la mejor doctrina **15**, el ejercicio del poder directivo empresarial en las estructuras empresariales complejas corresponde únicamente al contratista, mientras que el empresario principal es un tercero frente a los trabajadores contratados por el principal; al no ostentar respecto de ellos la condición de empleador carece de título contractual para dirigir su trabajo.

15 A. MONTOYA MELGAR: «El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas», RMTyAS -Derecho del Trabajo-, núm. 48 (2004), pgs. 137.

Dicho claramente, los trabajadores del contratista sólo tienen un empresario, que es éste; en la estructura productiva compleja que componen la empresa principal y la contratista no existen, pues, dos empresarios laborales sino sólo uno, en tanto que la facultad civil del empresario principal de controlar la prestación del contratista no se extiende ni lleva incluida la posibilidad de control de la prestación de los trabajadores del contratista, careciendo de título jurídico originario para ejercitar funciones directivas sobre los trabajadores del contratista **16**

16 Sobre la posibilidad de habilitar al empresario principal para el ejercicio de modo directo del poder directivo sobre los trabajadores de la empresa contratista a través de contrato de trabajo o del convenio colectivo, siempre y cuando se respete el poder directivo del contratista, ibídem nota anterior, pgs. 138-139.

De cuanto antecede cabe concluir que la doctrina judicial emanada de las Sentencias de los distintos Tribunales Superiores de Justicia es la correcta, ya que se afirma en ellas la concurrencia no de contratas, sino de cesión ilegal de trabajadores, en tanto que en todos y cada uno de los supuestos analizados la facultad organizativa y directiva empresarial no era ejecutada por la empresa contratista, sino por la principal, independientemente de que se emplearan o se dispusieran de medios materiales propios o la empresa cedente careciera de la más mínima infraestructura en la zona geográfica en la que sus trabajadores desempeñaran sus servicios, por cuanto mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma; quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial o quien tiene fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal **17**.

17 Criterio reiterado por una amplia doctrina judicial, SSTSJ Comunidad Valenciana 26 noviembre 1998 (AS 1998, 4668) ; Cataluña 12 julio 2001 (AS 2001, 3534) y 20 noviembre 2002 (AS 2003, 106) ; La Rioja 6 junio 2002 (AS 2002, 1947) ; Canarias/ Santa Cruz de Tenerife 3 enero 2003 (AS 2003, 551) y Madrid 6 octubre 2003 (AS 2003, 3824) .

Madrid – Mayo 2005

Secretaría de Acción Sindical