

# **ELS LÍMITS LEGALS I JURISPRUDENCIALS DE LA DESCENTRALITZACIÓ. EN ESPECIAL, LES EMPRESES MULTISERVEIS**

**MIQUEL ÀNGEL FALGUERA BARÓ**

○

○

## **ALGUNAS REFLEXIONES PREVIAS...**

- **EL OBJETIVO CENTRAL DE NUESTRA DISCIPLINA ES  
REGULAR EL PODER EN LA EMPRESA Y LA  
CONSECUCCIÓN DEL MANDATO CONSTITUCIONAL DE  
IGUALDAD EFECTIVA**
- **SIN EMBARGO...**

INFORME UNA ECONOMÍA AL SERVICIO DEL 1%

**España, el país de la OCDE donde más crece  
la desigualdad, sólo por debajo de Chipre**

Oxfam Intermón asegura que las diferencias entre los ricos y los pobres españoles supera hasta en  
catorce veces a la situación en Grecia

○

**A**ula  
Iuslaboralista-UAB

○

## ¿A QUÉ OBEDECE ESA REVERSIÓN DE DERECHOS?

- A LA CONCURRENCIA DE TRES REALIDADES SIGNIFICATIVAS:
  - LA CULTURA DE LA TEMPORALIDAD FUERTEMENTE ENQUISTADA EN NUESTRO MERCADO DE TRABAJO
  - A LAS POLÍTICAS GUBERNAMENTALES –DESDE HACE TRES DÉCADAS-DE POTENCIAR LAS CAPACIDADES DECISORIAS DE LOS EMPLEADORES
  - ... Y A LA GENERALIZACIÓN DE LA EXTERNALIZACIÓN (LA GRAN OLVIDADA)

## EL MARCO JURÍDICO GENERAL SOBRE EXTERNALIZACIÓN

## ¿QUÉ ES LA EXTERNALIZACIÓN?

- **REALIDAD POLIÉDRICA QUE SE HA IDO CONFORMANDO A LO LARGO DEL TIEMPO EN CUATRO ETAPAS:**
  - PROHIBICIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN SALVO EN LA GRAN OBRA PÚBLICA Y FERROVIARIA (LCT 31 Y 44 Y DL 15.02.52, REGULANDO LA CESIÓN ILEGAL): LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS PROPIAMENTE DICHAS
  - DECRETO 3677/70: SE ACEPTA, PERO LIMITADA A LA “PROPIA ACTIVIDAD”; COHETÁNEAMENTE APARECE LA EXTERNALIZACIÓN DE ACTIVIDADES ACCESORIAS
  - DÉCADA 70/80: GENERALIZACIÓN DEL OUTSOURCING EN EL SECTOR PRIVADO Y (A PARTIR DE LOS 90) EN LAS AP
  - LA EXTERNALIZACIÓN SIN LÍMITES (EMS, COOPERATIVAS DE AUTÓNOMOS, ETC.)

## LA RESPUESTA DEL LEGISLADOR

- **PESE AL PROGRESIVO INCREMENTO DEL FENÓMENO LA RESPUESTA HA SIDO LA ANOMIA COMO REGLA GENERAL:**
  - SI SE COMPARA EL RD 3677/70 CON EL ARTÍCULO 42 ET PUEDE COMPROBARSE COMO SU LÓGICA DE FONDO ES LA MISMA (SE SIGUE HABLANDO DE SUBCONTRATACIÓN)
  - NO SE HAN REGULADO LÍMITES, SALVO EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN (ILP) Y EN DETERMINADAS ACTIVIDADES
  - LOS ÚNICOS CAMBIOS SE HAN SITUADO EN ASPECTOS INCIDENTALES Y, EN FORMA INDETERMINADA, EN EL TERRENO DEL DERECHO COLECTIVO O RECOGIENDO CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

- NO HA EXISTIDO UNA VOLUNTAD DE REGULACIÓN DEL FENÓMENO EN BASE A NUEVOS PARÁMETROS OMNICOMPRESIVOS: REGULACIÓN DISPERSA Y CONTRADICTORIA (ART. 164 LGSS, ART. 24 LPRL...)
- PROPOSICIÓN DE LEY DEL GRUPO PARLAMENTARIO SOCIALISTA (REFERENCIA A “ACTIVIDADES NUCLEARES” Y EQUIPARACIÓN CONTRACTUAL Y CONVENCIONAL CON LA PRINCIPAL, ACEPTADA POR EL CONGRESO: CONFLICTO DE COMPETENCIAS ANTE EL TC POR EL ACTUAL GOBIERNO (al afectar, se dice, que conlleva un aumento de créditos presupuestados...))

## LA RESPUESTA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

- ANUARIO DE ESTADÍSTICAS LABORALES DEL MEYSS: SÓLO UN 2,90 % DE LOS CC REGULAN –AL MARGEN DE CONTENIDOS- LA EXTERNALIZACIÓN
- SE HAN NEGOCIADO CC SECTORIALES EN LOS QUE ES DUDOSO SI NOS HALLAMOS ANTE UNA CESIÓN ILEGAL (SERVICIOS A RENFE, REPOSICIÓN)
- LA REFORMA LABORAL DEL 2012 HA POTENCIADO LOS CC DE EMPRESA, LO QUE HA SIDO UTILIZADO TANTO PARA EL DESCUELGE DE LOS CC SECTORIALES DE ACTIVIDADES EXTERNALIZADAS, COMO PARA LA APARICIÓN DE MÚLTIPLES CC EN EMS (EN MUCHAS OCASIONES CONTRARIOS A LEGALIDAD)

## ¿CUÁL HA SIDO EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA?

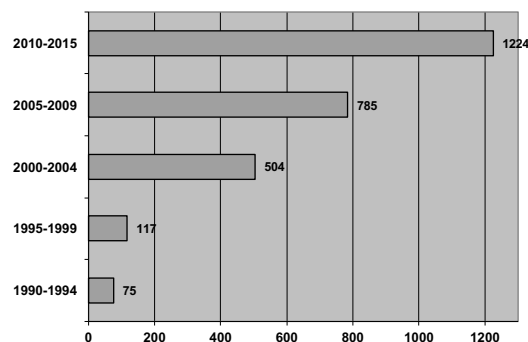
- LA ANOMÍA LEGAL Y CONVENCIONAL HA CONLLEVADO QUE LOS PROBLEMAS QUE ELLO COMPORTA HAYAN SIDO RESUELTOS (MAL QUE BIEN) POR LOS TRIBUNALES. LA DOCTRINA ACTUAL PUEDE SER RESUMIDA SOBRE TRES PARÁMETROS.
- PRIMERO.- LA ABSOLUTA LIBERTAD EMPRESARIAL DE EXTERNALIZAR (EN ALGUNAS SENTENCIAS EN CONEXIÓN CON EL ART. 38 CE), SALVO UNA INCONCRETA REFERENCIA A LA “VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES”

- SEGUNDO.-
  - PARA DIFERENCIAR ENTRE LA EXTERNALIZACIÓN LÍCITA E ILÍCITA SE HA ACUDIDO A LAS ENDEBLES FRONTERAS ENTRE LOS ARTS. 43 Y 43 ET, CON REGLAS NO SIEMPRE CLARAS.
  - ¿EXISTÍAN OTRAS ALTERNATIVAS?: SÍ. CON CRITERIOS CIVILISTAS ACUDIENDO AL FRAUDE DE LEY, EL ABUSO DE DERECHO, EL FRAUDE ACREEDORES Y LA SIMULACIÓN DE CONTRATOS. CON CRITERIOS CIVILISTAS: CON UNA HERMENÉUTICA AMPLIA DEL ART. 1.2 A FIN DE DETERMINAR QUIÉN EN EL EMPLEADOR REAL (LÓGICA QUE SE HA APLICADO PUNTUALMENTE EN AP)

- **TERCERO.- EN RELACIÓN A LAS GARANTÍAS DEL ART. 42 ET EL DEBATE HA PIBOTADO ESENCIALMENTE SOBRE QUÉ ES “PROPIA ACTIVIDAD” (TÉRMINO ORIGINALMENTE PENSADO COMO FRONTERA CON LA CESIÓN ILEGAL**
  - A PARTIR DE LA STS UD 18.01.1995 (Rec. 150/1994), SE EXCLUYERON LAS ACTIVIDADES “ACCESORIAS”
  - A PARTIR DE LA STS UD 24.11.1998 (Rec. 517/1998) SE DIFERENCIÓ ENTRE “ACTIVIDADES INDISPENSABLES” E “INHERENTES”, LO QUE HA SIDO POSTERIORMENTE APLICADO CON LÍMITES POCO CLAROS.
  - ELLO HA COMPORTADO QUE EN UN BUEN NÚMERO DE SUPUESTOS DE DESCENTRALIZACIÓN –LOS NO INHERENTES- NO EXISTA RESPONSABILIDAD ALGUNA DE LA PRINCIPAL

## EVOLUCION DE LA CONFLICTIVIDAD JUDICIAL EN LA MATERIA

SSTSJ SOBRE CESIÓN ILEGAL (número de recursos)



## LOS LÍMITES TRADICIONALES: LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

### ART. 42 vs. ART. 43 ET

- ESENCIALMENTE A PARTIR DE LA STS UD de 17 de julio de 1993 (Rec. 1712/1992) SE FIJAN UNA SERIE DE PARÁMETROS HERMENÉUTICOS
- ASÍ, EN PRIMER LUGAR SE SUPERA EL ANTERIOR CRITERIO QUE SÓLO EXISTÍA CESIÓN ILEGAL SI LA COMISIONISTA ERA UNA MERA PANTALLA, SIN UNA REALIDAD SOCIETARIA PREVIA.
- JUNTO A ELLO, A FIN DE DETERMINAR QUIÉN ES EL AUTÉNTICO EMPLEADOR SE PROPONE ACUDIR EN CADA CASO A LA VALORACIÓN DE UNOS DETERMINADOS INDICIOS, QUE PUEDEN SER CALIFICADOS COMO “DÉBILES” O “FUERTES”

## **LOS INDICIOS “DÉBILES”**

- **EL ELEMENTO LOCATIVO (EN ALGUNOS CASOS PUEDE SER “FUERTE”): LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA COMITENTE PUEDE TENER SIGNIFICANCIA EN DETERMINADOS CASOS**
- **OTROS ASPECTOS CONTRACTUALES VARIOS: SIMILITUD DE TIEMPOS DE TRABAJO CON LOS DE LA PRINCIPAL, ACCESO INFORMÁTICO A LA RED DE ÉSTA, UNIFORMES, TARJETAS**

## **LOS INDICIOS “FUERTES”**

- **INEXISTENCIA DE UNA REALIDAD EMPRESARIAL EN LA CEDENTE**
- **EL EJERCICIO DEL PODER DE DIRECCIÓN POR LA PRINCIPAL O LA CONTRATISTA (EN ESPECIAL: NECESIDAD QUE EXISTAN CARGOS INTERMEDIOS EN LA EMPRESA Y QUE EJERZAN COMO TALES)**
- **LA TITULARIDAD DE LOS MEDIOS DE PRODUCCIÓN (SALVO CUANDO SEAN IRRELEVANTES O EN AQUELLOS CASOS EN LOS QUE SEA NECESARIO SU USO POR LAS PERSONAS EN MISIÓN)**



## EN ESPECIAL: LA AUTONOMÍA TÉCNICA DE LA CONTRATA

- ES ÉSTE UN ELEMENTO RECURRENTE EN LA DOCTRINA DEL TS, QUE SE MANIFIESTA EN DOS VERTIENTES:
  - LA APORTACIÓN POR LA CONTRATISTA DE UN VALOR AÑADIDO COMO EMPRESA ESPECIALIZADA (SSTS UD San Bartolomé de Tirajana: “*organización productiva (y) gestión empresarial*” propias)
  - SUBSTANTIVIDAD PROPIA DEL SERVICIO QUE SE PRESTA, GESTIONÁNDOSE EN FORMA INDEPENDIENTE A LA PRINCIPAL Y CORRE CON EL RIESGO PROPIO (por todas: STS UD 18.05.2016 – Rec. 3435/2014-)

- EN UN ELEMENTO SIGNIFICATIVO: LA FORMA DE PAGO DE LA CONTRATA (si se vincula con la retribución de los trabajadores, concurre un indicio fuerte)
- EL RDL 5/2006 Y LA LEY 4/2006 VINIERON EN SU MOMENTO A RECOGER LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES MENTADOS... PERO “OLVIDARON” LA AUTONOMÍA TÉCNICA DE LA CONTRATA...
- NECESIDAD DE UN SALTO CUALITATIVO EN LA DOCTRINA JUDICIAL: LA CONCURRENCIA DE AUTONOMÍA TÉCNICA DE LA CONTRATA ES EL PRIMER JUICIO A EFECTUAR, SIENDO LA VALORACIÓN DEL RESTO DE INDICIOS POSTERIOR: LO QUE SE EXTERNALIZA ES UNA OBRA O SERVICIO, NO A LOS TRABAJADORES (SALVO ETT)

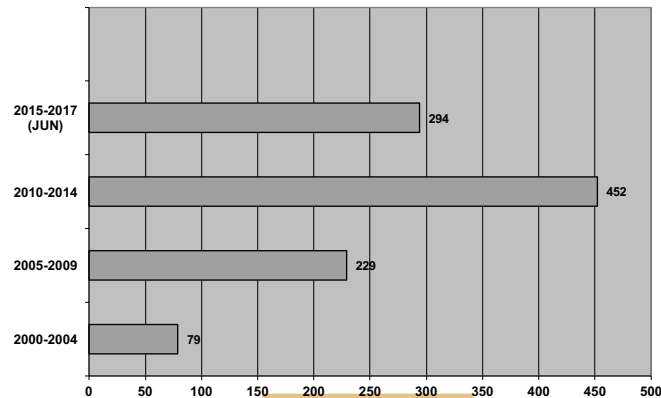
# **LAS EMPRESAS MULTISERVICIOS**

## **EVOLUCIÓN**

- **HASTA HACE RELATIVAMENTE POCO LAS EMPRESAS CUYA ACTIVIDAD ERA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA OTRAS ERAN MONOSERVICIOS (LIMPIEZA, SEGURIDAD, ETC.) Y SE REGÍAN POR LOS CC SECTORIALES**
- **EN LOS ÚLTIMOS TIEMPOS HAN APARECIDO EMS QUE, EN MUCHOS CASOS SE ASEMEJAN A ETT ENCUBIERTAS, ANTERIORES A LA REFORMA DE LA LETT (de hecho muchas ETT han creado EMS)**

## CONFLICTIVIDAD JUDICIAL EN LA MATERIA

SSTSJ QUE CONTIENEN MENCIÓN A "EMPRESA MULTISERVICIO"  
(número de recursos)



Aula  
Iuslaboralista-UAB

## ¿EXISTE CESIÓN ILEGAL?

- **NO ES UN TEMA ABORDADO AÚN POR EL TS. LA DOCTRINA DE SUPLICACIÓN ES DIVERSA**
  - EN ALGUNOS CASOS SE NIEGA LA APLICACIÓN DEL ART. 43 ET AL CONSIDERAR QUE SE TRATA DE SOCIEDADES REALES, SIN QUE CONCURRAN INDICIOS "FUERTES" (p. e.: STSJ Galicia 29.02.2000 -Rec. 223/2000 -)
  - SE HA LLEGADO A LA CONCLUSIÓN CONTRARIA EN OTROS PRONUNCIAMIENTOS, ESENCIALMENTE EN LA VALORACIÓN DE LOS INDICIOS "FUERTES" (p.e.: STSJ Castilla-La Mancha 13.01.2009 – Rec. 820/2008-)

Aula  
Iuslaboralista-UAB

- **PERO EXISTE OTRA POSIBILIDAD HERMENÉUTICA: LA VALORACIÓN DE LA AUTONOMÍA TÉCNICA DE LA CONTRATA (p.e.: STSJ Cataluña 05.03.2010 - 2865/2009-). POR TANTO: SI LA EMS APORTA UN VALOR AÑADIDO Y CORRE CON EL RIESGO, EN LÍNEA CON LAS PREVIAS REFLEXIONES**
- **EJEMPLO PARADIGMÁTICO DE ESTA POSIBILIDAD: LAS “KELLYS”**

## ¿CÓMO SE FIJAN LAS CONDICIONES CONTRACTUALES?

- **SI EXISTE CC DE EMPRESA ES ÉSTE OBTIAMENTE EL QUE SE APLICA, SIEMPRE QUE SE HAYA SUSCRITO CONFORME AL ET. EN PRÁCTICAMENTE TODOS LOS CC PUBLICADOS LAS CONDICIONES SON MUY PRECARIZADAS, MUY CERCANAS A LOS MÍNIMOS LEGALES**
- **EN LA PRÁCTICA HA SIDO MUY FRECUENTE LA FIRMA DE CC DE EMPRESA CONTRARIOS AL MARCO LEGAL. ES ESPECIAL, LA SUBSCRIPCIÓN DE UN CC POR UN COMITÉ DE EMPRESA QUE SE APLICA A ÁMBITOS SUPERIORES. LA RESPUESTA DEL TS HA SIDO LA APLICACIÓN DEL “PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA”, AUNQUE EN ALGUNA SENTENCIA SE HA RECONOCIDO EFICACIA AL MISMO EN EL ÁMBITO QUE SE FIRMÓ (STS 23.02.2017 – Rec. 146/2016-)**

## ¿Y SI NO EXISTE CC DE EMPRESA?

- EN LAS EMPRESAS MONOSERVICIOS NO EXISTEN EN GENERAL PROBLEMAS, AL EXISTIR CONVENIOS SECTORIALES. SIN EMBARGO, NO EXISTE CC SECTORIAL DE EMS.
- ELLO HA DADO LUGAR A VARIAS RESPUESTAS DE LA DOCTRINA JUDICIAL.
  - a) INAPLICACIÓN DE NINGÚN CC –RIGEN MÍNIMOS LEGALES-
  - b) EXTENSIÓN DEL CC DE LA PRINCIPAL A LA EMS POR APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA LETT
  - c) APLICACIÓN DE CC SECTORIAL QUE RIJA LA ACTIVIDAD QUE LLEVE A CABO EL TRABAJADOR EN LA PRINCIPAL: CCNCC

- POR ÚLTIMO, CABE OTRA OPCIÓN: ACUDIR A LA TRADICIONAL DOCTRINA DEL TS SOBRE LA UNIDAD DE EMPRESA Y LA ACTIVIDAD PREPONDERANTE...
- ESE PARECE SER EL CRITERIO FIJADO POR EL TS EN SU SENTENCIA 17.03.2015 (Rec. 1464/2014), AUNQUE EN DICHO SUPUESTO EXISTÍA UN CONTRATO INDIVIDUAL DE SOMETIMIENTO AL CC
- CRÍTICA DE ESTA OPCIÓN:
  - PROBLEMAS DE ÁMBITO TERRITORIAL
  - PROBLEMAS DE ENCUADRAMIENTO PROFESIONAL
  - ¿QUÉ OCURRE SI SE CAMBIA DE CONTRATISTA?
  - POSIBILIDAD DE VARIACIÓN DE LA ACTIVIDAD PREPONDERANTE

## LA POSIBLE REGULACIÓN EN EL CC DE LA PRINCIPAL

- LA REALIDAD DE LAS EMS –Y DE OTROS FENÓMENOS DE EXTERNALIZACIÓN- HA CONLLEVADO QUE EN MUY CONCRETOS CC –ESPECIALMENTE, CANARIOS- SE HAYAN ESTABLECIDOS CLÁUSULAS LIMITADORAS. CONCURREN, SIN EMBARGO, DOS TENDENCIAS
- PRIMERA TENDENCIA (TENERIFE).- LIMITAR LA POSIBILIDAD DE CONTRATACIÓN EN DETERMINADAS ACTIVIDADES.
  - ¿SE ADECUA A LEGALIDAD?: SÍ, AL RESPONDER A LA LIBERTAD DE NEGOCIACIÓN (arts. 1255 CC y 82.1 ET), SIN QUE CONCURRA PROHIBICIÓN LEGAL
  - PROBLEMÁTICA DERIVADA: ¿QUÉ OCURRE SI UNA EMPRESA LO INCUMPLE?

- SEGUNDA TENDENCIA (LAS PALMAS).- IMPONER LA APLICACIÓN DEL CC A LOS TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS Y EMS.
  - DICHAS CLÁUSULAS HAN SIDO VALIDADAS POR EL TSJ CANARIO, PERO NO, POR EL DE ANDALUCÍA
  - SIN EMBARGO, ES DUDOSO QUE ESA PUEDA SER LA HERMENÉUTICA DEL TS, EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL PRINCIPIO DE NO AFECTACIÓN A TERCEROS
  - POSIBLE SOLUCIÓN: COMPROMISO DE LAS EMPRESAS COMITENTES AFECTADAS POR EL CC DE CONTRATAR ÚNICAMENTE A CONTRATISTAS QUE SE COMPROMETAN A PAGAR A LAS PERSONAS ASALARIADAS LAS CONDICIONES DEL CC DE AQUÉLLAS (CON POSIBLES GARANTÍAS EN CASO DE INCUMPLIMIENTO)