



VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

Jornada nuevas incógnitas en la descentralización laboral

Cesión ilegal y contratas: una frontera difusa

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

Profesor Agregado. Acreditado a Catedrático



28 noviembre 2022

Descentralización productiva

Opción empresarial lícita (art. 38 CE)

STS 27/10/1994 (r3724/1993), «el ordenamiento jurídico **no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa (...) la denominada descentralización productiva es lícita**».

La contrata de obras y servicios de la propia actividad no es una actuación tolerada (...), sino una actividad legalmente regulada, en desarrollo del **principio constitucional de libertad de empresa**.

STS 04/03/08 (r1310/07): mediante la lícita descentralización productiva, la empresa principal puede atribuir a una empresa contratista la realización de una parte de su actividad [siempre que sea suficientemente diferenciada], sin necesidad de que revista cualidad de complementaria o contingente, puesto que **también las actividades inherentes al ciclo productivo pueden ser objeto de contrata externa**''

Caracterización "contrata"

- Existe contrata y NO cesión ilegal de trabajadores cuando concurren los siguientes elementos (no son EXCLUYENTES SINO COMPLEMENTARIOS - con valor indicativo o orientador) - SSTS 03/10/05 (r3911/04); y 14/03/06 (r66/05):

- a. Disponer de una **organización con existencia autónoma e independiente** (debe estar válidamente constituida).
- b. Contar la empresa contratista con los **medios materiales y personales necesarios** para el desarrollo de su actividad (instalaciones, maquinaria y herramientas necesarias) - patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables
- c. **Organizar, dirigir y controlar efectivamente** la empresa contratista el desarrollo de su propia actividad, ejerciendo el contratista las funciones inherentes a su condición de empresario (ejercer funciones de empresario).
- d. Asumir las **responsabilidades y los riesgos** propios del desarrollo de una gestión empresarial.
- e. Desarrollar una actividad **lícita, propia y específica**, que sea diferente de la actividad de la empresa principal, aunque complementaria y de colaboración con aquélla

Proliferación descentralización productiva (lícita/legítima): distinción cesión/contrata difusa

«La realidad es que **la externalización de actividad ha ido en aumento**, se ha complicado y ha afectado a nuevos sectores... No es infrecuente encontrarse con **empresas principales o comitentes que carecen prácticamente de plantilla y tienen externalizada la producción**, utilizando el mecanismo de la contrata; así sucede en la construcción, por ejemplo, donde grandes empresas, de ámbito nacional o multinacional, se adjudican grandes obras públicas, subcontratando toda la ejecución de la obra que dirigen con un pequeño equipo de personal propio». (STSJ Can\Palmas 29/06/05, r814/04).

Proliferación descentralización productiva (lícita/legítima): distinción cesión/contrata difusa

Se admite:

Contratas inherentes al ciclo productivo (STS 4/3/08, r1310/07); y

Contratas con organización puesta a disposición de principal "muy simple" (STS 17/12/01, r244/01)

Contraste: STS 17/12/01 (r244/01) vs. Art. 5.2.f Ley 32/2006: "Asimismo, tampoco podrán subcontratar los subcontratistas, cuya organización productiva puesta en uso en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, entendiéndose por tal la que para la realización de la actividad contratada no utiliza más **equipos de trabajo propios que las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles**, aunque cuenten con el apoyo de otros equipos de trabajo distintos de los señalados, siempre que éstos pertenezcan a otras empresas, contratistas o subcontratistas, de la obra"

Entonces, ¿qué aportan? ¿No son ETTs?
[¿Un elefante en la habitación?]



Caracterización cesión ilegal

Superación concepción tradicional del "marchandage": no basta la existencia de un empresario real para excluir la interposición ilícita por parte del contratista (STS 19/01/1994, r3400/1992)

- "existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado **se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial**" y también,

- "mal puede ser empresario de una determinada explotación quien **carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma.**

También es difícil atribuir tal calidad a quien **no asume los riesgos** propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial.

Tampoco se compagina con la condición de empresario el **tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal**" (SSTS 17/07/1993, r1712/1992; y 17/ 12/01, r244/01).

Caracterización cesión ilegal

Elementos caracterizadores de contrata lícita vs. Cesión ilegal (SSTS 19/01/1994, r3400/1992; 16/06/03, r3054/01; y 14/03/06, r66/05):

- justificación o autonomía técnica de la contrata;
- la autonomía de su objeto;
- la aportación de medios de producción propios;
- la realidad empresarial del contratista manifestada a través de datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva, etc.

Si el empresario contratista es un mero delegado del empresario principal, el ejercicio formal del poder de dirección **no impide** que pueda entenderse la existencia de una cesión ilegal de trabajadores (SSTS 17/01/02, r3863/00; y 14/09/01, r2142/00).

Cesión ilegal (art. 43.2 ET ex Ley 43/2006)

Concurran **alguna** de estas circunstancias:

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

¿Autonomía técnica?

Omisión legal superada por jurisprudencia (STS 19/06/12, r2200/11) y la doctrina judicial (entre otras, STSJ Cat 8/7/16, r2706/16).

¿Cómo definirla?

¿Una propuesta? STSJ CAT 8/7/16 (r2703/16): La externalización es lícita cuando la contratista aporta no únicamente mano de obra (dado que esto está prohibido, salvo las ETT, en el apartado 1 del artículo 43 ET), sino también un valor añadido: su experiencia y organización en la concreta actividad ejercida, de tal modo que es ella quien corre con el riesgo y ventura del negocio en el mercado.

Autonomía técnica vs. Subordinación técnica

SSTSJ Galicia 04/02/16 (r5102/15); y
05/06/14 (r898/14): distinción entre:

- "**gestión empresarial inmediata**" (o poder empresarial de carácter inmediato); y
- "**gestión empresarial mediata**" (o poder empresarial de carácter mediato).

¿No se aproxima a la
"bicefalia" prototípica
de las ETT?

"**gestión empresarial inmediata**": se refiere a las potestades empresariales necesarias para la gestión diaria de la actividad (tales como la determinación del horario diario o semanal, la emisión de órdenes o instrucciones concretas sobre el cumplimiento de las obligaciones e incluso la vigilancia y control del trabajador para verificar el cumplimiento de sus obligaciones laborales). Y, la misma **no determina por sí sola la presencia de cesión ilegal**, sino que habrá de atenderse a la "**gestión empresarial mediata**", en donde se enmarca, tanto el poder disciplinario del empresario, u otros determinantes como la concesión de vacaciones y permisos, prevención de riesgos, etc.

"subordinación técnica", se enmarcaría en el ámbito de la gestión inmediata, de modo que **no sería sinónimo de falta de autonomía técnica**: subordinación a las órdenes del empresario principal en el aspecto técnico, o un poder de verificación o control por parte de la empresa contratante. Dichas instrucciones o normas de carácter técnico en modo alguno podrían ser dictadas por la contratista"

+ Entre otras, SSTSJ Madrid 22/12/2010 (r3102/10); And/Granada 02/04/20 (r1691/19)

Indicios "fuertes" para declarar cesión ilegal

EJERCICIO PODER ORGANIZATIVO Y DIRECCIÓN EMPRESARIAL

valoración de si las órdenes en la organización del trabajo las toma la principal o la contratista. SSTSJ And\Sev 11/05/17 (r1460/17); Mad 29/05/17 (r300/17); 28/04/17 (r145/17); 22/02/17 (rl 186/16); Cat 04/04/17 (r145/17); Ext 11/05/17 (rl 50/17); Nav 23/03/17 (r84/ 17); y 08/11/16 (r358/16); Ast 21/02/ 17 (r2455/16); Gal 27/02/17 (r4396/16);

AUTONOMÍA TÉCNICA DE LA CONTRATA (SSTS 3/10/05, r3911/04; 25/11/19, r81/18; 17/12/19, r2766/17).

USO DE LOS MEDIOS DE PRODUCCIÓN DE LA PRINCIPAL

si quién los aporta es la comitente existe cesión ilegal. STS 26/10/2016 (r2913/14); SSTSJ Cat 08/07/16, r2706/16); Mad 28/04/17 (r145/17); 28/09/16 (r398/16); Ast 13/06/17 (r1090/17); Nav 25/05/17 (r163/17); y 23/03/17 (r84/17);

Contratista aporta medios residuales:

FORMA DE PAGO DE LA CONTRATA

la retribución por **trabajador contratado o por unidad de producción o por horas de trabajo** constituye en indicio fuerte de cesión ilegal (STS 16/06/03).

por el contrario: un **precio fijo por la prestación** de servicios es un indicio favorable de correcta subcontratación (STSJ Com Val 29/09/04)

Criterios complementarios para declarar cesión ilegal (1 de 2)

Impartición de Formación por la principal: SSTS 6/5/20 (r2414/17); y 8/1/19 (r3784/16).

Prestación en locales de la principal: STS 26/10/16 (r2913/14).

Habitualidad / permanencia de la actividad objeto de la contrata STS 16/2/1989 (núm. 118)

Funciones reales de la coordinación de los trabajadores en la principal: SSTS 20/10/14 (r3291/13); 10/6/20 (r237/18).

Fijación diaria de diversos aspectos organizativos: STS 6/5/20 (r2414/17)

Utilización de claves de acceso y password al igual que los trabajadores de la empresa principal: STS 6/5/20 (r2414/17)

Utilización de los mismos uniformes: STS 6/5/20 (r2414/17)

Control de presencia lo realizara la empresa comitente: STS 6/5/20 (r2414/17)

Alquiler medios de producción a la contratista: STS 6/5/20 (r2414/17)

Crterios complementarios para declarar cesión ilegal (2 de 2)

Desarrollo labor en la empresa principal con el mismo horario que los demás empleados de esta última, participando en sus turnos de vacaciones (STSJ Can\Palmas 13/06/05)

Habitualidad o permanencia de la actividad que es objeto de la aparente contrata, así como la prestación de servicios del trabajador con carácter exclusivo para la empresa principal (STS 16/02/1989)

ETT pone a disposición de una empresa usuaria un trabajador que anteriormente ya había prestado servicios en la misma usuaria a través de una falsa contratista, sin solución de continuidad (STSJ Cant 03/03/05).

Elementos insuficientes para declarar cesión ilegal (1 de 2)

Facilitar equipos de protección individual: STS 25/11/19 (r81/18)

Prestación en locales de la principal: STS 25/11/9 (r81/18),

Uso de medios informáticos de la principal: SSTS 6/10/22 (r2498/21), 25/11/19 (r81/18);
10/1/17 (r1670/14)

Alquiler de herramientas técnicas de la principal: STS 10/6/20 (r237/18).

Instalación de los equipos de la principal: STS 10/6/20 (r237/18).

Rotular vehículos de la contrata con el logo de la principal: STS 6/10/22 (r2498/21)

Disciplinar aspectos sobre la forma de realizar las tareas: SSTS 24/5/22 (r694/20); (3) 12/1 y
21/1/22 (r1903/20; r1307/20; r2715/20; y r553/20); 7/2/22 (r175/20); y 6/4/22 (r2524/19);

VP a STS 21/1/22 (r553/20) (Magistrado S. Moralo)

Supuesto: tareas de asistencia y apoyo al alumnado con necesidades especiales que desarrollan los trabajadores de la subcontrata, consisten en acudir a los centros educativos en los que están escolarizados, dentro del horario escolar, y conforme a la programación de las actividades realizadas por el centro

“Es verdad que la **actividad objeto de contratación se sustenta esencialmente en la mano de obra, sin exigir medios materiales cualitativamente importantes, y debe además desempeñarse en las propias instalaciones de la principal con sujeción a la programación decidida por la misma.** Pero eso no desvirtúa la exigencia de que una posible subcontratación de esta clase de tareas haya de ajustarse necesariamente a las pautas que imperativamente impone el art. 43 ET, por lo que tan solo será posible cuando efectivamente pueda llevarse a término conforme a los requisitos y parámetros que dicho precepto legal establece, de tal forma que la subcontratación deba incluso descartarse si no hay espacio fáctico y jurídico para que la empresa contratista pueda poner realmente en juego alguna clase de infraestructura empresarial verdaderamente relevante.

Lo contrario supondría una contravención de esas normas legales, para convalidar indiscriminadamente la cesión ilegal de trabajadores en toda esta clase de actividades que no exigen la aportación de una infraestructura material importante, ni tampoco de una organización especializada en áreas de conocimientos profesionales o intelectuales singularmente cualificados, como pueda ser, por ejemplo, el caso de las empresas de apoyo y mantenimiento de los servicios informáticos o similares, en las que la alta especialización de los conocimientos de los trabajadores pudiere considerarse en sí misma como valor determinante de la infraestructura empresarial en juego”.

¡Elefante en la habitación!

Elementos insuficientes (2 de 2)

Utilización por la contratista de instrumentos de producción (muy específicos y relacionados con el sistema de producción) de la principal no significa necesariamente que exista cesión ilegal: STSJ Can\Palmas 14/06/05)

Tener un sistema de fichaje distinto y una tarjeta diferente de acceso al parking excluyen cesión ilegal. STSJ CyL\Vall 26/7/19 (r767/19).

OJO!

Existencia de coordinadores de la contrata dificulta identificación de cesión ilegal. STSJ And\Mál 19/04/17 (r387/17): no obstante, la clave está en evaluar el "grado de autonomía de dicho responsable del equipo respecto del control y dirección de la empresa cliente" SAN 30/04/14 (r90/2014).

¿Contratas multiservicio? ¿ETT?

Se ha pasado de ESPECIALIZACIÓN A (MULTI) POLIVALENCIA

Especialmente en aquellos servicios que prestan cuentan con escaso o nulo soporte material y organizativo, lo que hace discutible su autocalificación como contrata al amparo del artículo 42 ET

Realizan una «**función análoga a la desarrollada por las ETT**». Pero sin serlo (¿competencia desleal? ver SAN 30/04/14, r90/14). **Se está eludiendo efecto útil de la Directiva 2008/104 (el nuevo art. 42.6 ET no es suficiente)**

Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social (2000-04):

"la detenida lectura de los repertorios jurisprudenciales ya sugiere que en nuestro ordenamiento se están utilizando ciertos dispositivos legales con fines de suplantación de las ETT por las empresas de servicio, preocupante fenómeno éste en la medida en que puede estar propiciando la fuga de las normas laborales; es decir, la elusión de la legalidad vigente sobre el trabajo temporal".

DA 11ª Ley 27/2009 "medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas": El Gobierno, en el marco del diálogo social, analizará la actuación de las empresas de servicios cuya actividad real consiste en la contratación de trabajadores para cederlos a terceras empresas y, en función de los resultados del análisis, tomará medidas para evitar las prácticas ilegales y fraudulentas.

¿Multiservicios - cesión ilegal?

STJUE 17/11/16 (C-216/15), *Ruhrlandklinik*

¿D2008/104 (art. 5.1 igualdad) aplicable a multiservicios?

«**trabajador**»: toda persona que, en el Estado miembro en cuestión, esté protegida como trabajador en el marco de la legislación nacional sobre empleo;

«**empresa usuaria**»: toda persona física o jurídica para la cual y bajo el control y la dirección de la misma trabaja temporalmente un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal;

«**empresa de trabajo temporal**»: toda persona física o jurídica que celebre contratos de empleo o establezca relaciones de empleo con trabajadores, con arreglo al Derecho nacional, con vistas a destinarlos a empresas usuarias para que trabajen en ellas temporalmente bajo la dirección y control de estas;

«**misión**»: el período durante el cual el trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal tiene encomendada la misión de trabajar bajo la dirección y el control de la empresa usuaria;

¿Multiservicios - cesión ilegal?

SSAN (2) 30/05/14 (r90 y 92/14)

"La Directiva es aplicable a cualquier empresa, independientemente de que tenga o no autorización administrativa o esté formalmente reconocida como empresa de trabajo temporal, en la medida en que realice un acto de puesta a disposición de uno o varios trabajadores".



VNIVERSITAT ID VALÈNCIA

Jornada nuevas incógnitas en la descentralización laboral

Cesión ilegal y contratas: una frontera difusa

**¡Muchas
gracias!**

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz
Profesor Agregado. Acreditado a Catedrático



28 noviembre 2022