

Artículos 42,43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores. Outsourcing.

Externalización VS prestamismo laboral// Sucesión de empresa VS cambio de contratatas. ¿Cómo afectan estas figuras jurídicas en nuestra actividad?

11 de Agosto de 2011.

I.- EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS VS PRESTAMISMO LABORAL

Hoy en día en la propia realidad práctica empresarial surgen actividades económicas en las que los procedimientos productivos son muy complejos y que por tanto hacen muy difícil que una sola empresa pueda o deba comprenderlos todos en su conjunto.

A estos efectos, el término “contrata” se identifica con el contrato de arrendamiento de servicios o adjudicación administrativa (regulados en el Código civil y mercantil y en la Ley de Contratos con el Sector Público, respectivamente) y que implica la realización de una obra o servicio determinado por el contratista así como la obligación correlativa de un pago cierto y determinado por parte del empresario comitente. Asimismo el que presta el servicio ha de poseer la organización propia de medios personales y materiales para poder desempeñarlo.

Está permitido por nuestra Jurisprudencia recurrir a la figura del contrato laboral temporal de obra y servicio para cubrir la vigencia de arrendamientos de servicios o concesiones administrativas que aunque estables en el tiempo tienen una vigencia definida.

El contrato de trabajo de obra y servicio asociado a la vigencia de un contrato de arrendamiento de servicios en el ámbito del Outsourcing o Externalización de servicios es plenamente válido como reiteradamente ha manifestado nuestro TS en numerosas sentencias que dan como válida la finalización de contrato al expirar el periodo de vigencia del contrato de arrendamiento de servicios. Podemos citar entre otras: STS 15/1/97, 14/6/07, 4/10/07, 6/6/2008).

Así pues es perfectamente válido rescindir el contrato de trabajo de obra y servicio conforme al art 49.1.c) ET por finalización de contrato en los supuestos en los que se rescinde el contrato de arrendamiento de servicios por finalización del término, y siempre que la finalización del servicio no sea anticipadamente decidida por la propia contrata.

El propio art 42 ET define que será **responsabilidad del empresario principal, en el caso de que contratara o subcontratara servicios correspondientes a la “propia actividad”, comprobar que los contratistas estén al corriente de los pagos a Seguridad Social, haciéndose corresponsables solidarios respecto a las obligaciones salariales y de Seguridad Social** que se hayan originado durante el período de vigencia de la contrata, ni antes, ni después; responsabilidad que se extendería y podría hacerse efectiva hasta un año después de finalizada la obra o servicio contratados. **Dicha responsabilidad no englobaría a los conceptos de naturaleza compensatoria, indemnizatoria o de mejora social.**

Transcurridos los treinta días improrrogables de que la TGSS dispone para librar la certificación negativa de descubiertos sin que la misma haya sido expedida, el empresario principal se exonera de responsabilidad (art. 42.1 ET, último inciso).

La normativa de Seguridad Social insiste en que «si se extendiere certificación negativa o transcurriere el indicado plazo sin haberse expedido la misma, el empresario solicitante quedará exonerado de la responsabilidad solidaria a que se refiere el apartado 2 del art. 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».

A la vista de lo anterior puede concluirse que el empresario principal se libera de responsabilidad, tanto si se certifica que el contratista está al día en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, como si la certificación no se expide en el plazo estipulado; y que la responsabilidad de la que queda exonerado es la solidaria derivada de las deudas de Seguridad Social correspondientes al período de vigencia de la contrata que el contratista haya contraído en relación con sus propios trabajadores. Así parece corroborarlo una constante jurisprudencia de la Sala 3ª, de lo Contencioso-administrativo, del TS (STS 30/7/2006 y STS 4/3/2007).

Queda fuera del ámbito de aplicación del art. 42 ET la contratación de tareas que no sean consustanciales a la actividad productiva de la empresa principal o comitente, porque no pertenezcan a su propio ciclo productivo y no se incorporen al resultado final del mismo. En concreto, las labores complementarias, accesorias o instrumentales, por muy necesarias que sean para la empresa que las encarga.

Se entiende por el TS, por tanto, que configura la “propia actividad” todas aquellas operaciones o labores que son inherentes a la producción de los bienes o servicios específicos que se propone prestar al público o colocar en el mercado, es lo que configura la “teoría del ciclo productivo del TS”.

Por tanto el TS excluye de la “propia actividad de la empresa principal” las actividades complementarias inespecíficas. En particular, se entiende que quedan extramuros del art. 42 ET las contrataciones referidas a las siguientes tareas:

–Infraestructura, construcción, reparación y mantenimiento de las instalaciones de la empresa.

–Promoción, comercialización, distribución, transporte.

–Vigilancia y seguridad, limpieza, servicios de comedor y cafetería (STS 10-7-2000]), en relación con las funciones de vigilancia contratadas por una compañía eléctrica; o la STS 18-1-1995], respecto de las mismas tareas, contratadas por una Administración pública).

No obstante p ej en el ámbito de las deudas de seguridad social el empresario principal seguiría teniendo una responsabilidad subsidiaria en estos casos ajenos al 42 ET.

Asimismo en el ámbito de las contrataciones existen deberes de información a los trabajadores de la contrata sobre la identidad y datos de la principal. También deberes de información a la TGSS y deberes de coordinación en materia de Prevención de riesgos laborales que en caso de incumplimiento pueden determinar responsabilidad solidaria para empresario principal, p ej: recargo de prestaciones de Seguridad Social en caso de accidente de trabajador de la contrata en el que haya habido falta de medidas de seguridad y falta de coordinación preventiva entre empresas.

Asimismo es importante subrayar que **no es válido incluir cláusulas en el contrato temporal de obra o servicio en las que se condicione la duración del contrato a que la empresa principal no rescinda en todo o en parte el servicio que le presta la contrata.**

Y esto es así porque se trata de una cláusula claramente abusiva por parte de la empresa (**sent. del TS de 8.11.10, en unificación de doctrina**).

En esta sentencia una trabajadora fue contratada con un contrato de obra o servicio por una empresa contratista para prestar servicios de limpiadora en una empresa cliente.

Inicialmente tenía un contrato a tiempo parcial que fue ampliándose progresivamente hasta convertirse en un contrato a tiempo completo. Un tiempo después, la empresa contratista le comunicó la rescisión de su contrato debido a que la empresa principal para la que prestaba sus servicios había rescindido parcialmente el servicio de limpieza. En el contrato que se había suscrito con la limpiadora se incluía una cláusula por la que la empresa se reservaba el derecho a dar por finalizado el contrato si la empresa principal rescindía o disminuía los servicios contratados.

La trabajadora recurrió a los tribunales. Aunque el Juzgado de lo Social falló a favor de la empresa, reconociendo la validez de la cláusula que estipulaba que “la reducción del volumen de trabajo de la contrata por decisión de la empresa principal, aunque siga vigente la contrata, determinará la extinción del contrato”, no lo hacen así ni el TSJ, ni el Tribunal Supremo.

En su sentencia, el TS considera, a pesar de lo que establece el Estatuto de los Trabajadores sobre la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de establecer las causas de extinción del contrato de trabajo (art. 49.1.b del ET), que no es admisible entender como válida cualquier tipo de cláusula de extinción contractual que contemple la finalización de un contrato de obra. Entender lo contrario “*implicaría dejar al arbitrio de uno solo de los contratantes, en este caso el empleador, la apreciación acerca de la validez y el cumplimiento del contrato*”.

En este caso, no es posible aceptar la licitud de una cláusula en la que se condiciona la duración del contrato temporal a la “descontratación total o parcial del servicio por parte de la empresa cliente en cuyas dependencias se efectuaba la limpieza”, puesto que sería una posición de abuso de derecho por parte de la empresa y se crearía una “situación de indefensión para el trabajador”. En concreto, hablar de “descontratación parcial del servicio” es una cláusula genérica que no indica exactamente ni la causa del contrato ni su temporalidad, requisitos indispensables para considerar válido el contrato temporal.

Por todo ello, el TS confirma la sentencia que declaraba la improcedencia del despido y obliga a la empresa a readmitir o a indemnizar a la trabajadora.

¡ATENCIÓN!: Como se ve, se trata de un nuevo bofetón (esta vez del Tribunal Supremo y en unificación de doctrina) a los contratos por obra y servicio, que ya salieron bastante malparados tras la Reforma Laboral, que limitó a tres años su duración máxima (cuando antes no tenían limitación temporal).

Por otro lado vemos que pueden existir problemas si no se respetan las premisas establecidas en el art 42 ET con respecto a la relación de Outsourcing. Estaríamos hablando de la **cesión ilegal de trabajadores o prestamismo laboral (art 43 ET)**.

Se entiende según el art 43 ET que **hay cesión ilegal de trabajadores** cuando se da alguna de las siguientes circunstancias:

1. Cuando la subcontrata realiza una actividad permanente de la principal de manera indiferenciada.
2. Cuando la actividad descentralizada de la principal (outsourcing) se realiza en las propias instalaciones de la usuaria, instalaciones cedidas gratuitamente indiferenciadamente.
3. Cuando los medios y herramientas de trabajo son cedidos por la principal.
4. Cuando existe un control y supervisión por parte de la principal.
5. Cuando la subcontrata no asume riesgos.
6. Cuando la subcontrata no tiene la dirección y control de la actividad.
7. Cuando se carece de infraestructura propia.
8. Cuando se factura por la contrata a la empresa principal por unidad de tiempo de trabajo y no por el precio pactado de servicio

Sin embargo estaríamos ante una válida relación de contrata según el art 42 ET cuando:

1. Cuando existe una justificación técnica de la contrata.
2. Cuando existe autonomía de la actividad principal y permanente de la principal.
3. Cuando existe una aportación de medios productivos propios.
4. Cuando se desarrolla el ejercicio de los poderes empresariales “dirección y control de la actividad” por parte de la empresa contratista y no por la principal.
5. Cuando existe una realidad empresarial del contratista que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico “capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva ...”
6. Cuando la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia, y cuenta por tanto con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estable, aparte de mantener a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección.
7. No sirve con tener la mera figura de un “delegado” para acreditar la dirección y control de la actividad, sino que es necesario acreditar un funcionamiento organizacional real y un procedimiento operativo autónomo.

8. La realización de la obra o servicio debe estar perfectamente delimitada, ser específica y ostentar una funcionalidad instrumental.

Es importante recordar que las **posibles responsabilidades** en las que se puede incurrir por **cesión ilegal de mano de obra** son las siguientes:

- **Laboral:** Responsabilidad solidaria de ambas empresas que alcanza a todas las obligaciones contraídas con el trabajador cedido (salariales e indemnizatorias). Además durante la vigencia de la relación laboral el trabajador podrá reclamar la condición de fijo.

- **Sancionador-administrativa:** Se considera sanción muy grave según el TR LISOS sancionable con multa según el art 40 que va desde los 6251 € hasta los 187.515 €.

- **Penal:** art. 312,1 c.P. – Pena de prisión de 2 a 5 años y multa de 6 a 12 meses para los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.

Es vital por consiguiente poder tener controladas todas las variables que enunciamos anteriormente con el objeto de garantizar que estemos ante una relación de outsourcing correcta desde el punto de vista legal y no incurramos en prestamismo laboral, con el riesgo que ello lleva aparejado.

II) SUCESIÓN DE EMPRESAS VS CAMBIO DE CONTRATAS

En el Derecho Comunitario, la Directiva 77/187/CEE de 14 de febrero de 1997, sobre “mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centro de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad”, sustituida por la Directiva 98/50/CEE de 29 de junio de 1998, refundidas por la Directiva 2001/23/CE, no se refiere expresamente a las sucesiones de contratatas, dando únicamente una definición de traspaso al que se refiere su ámbito de aplicación. En este sentido señala que *“se considera traspaso en el sentido de la presente Directiva el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como conjunto de medios organizados, a fin de llevar una actividad económica, ya fuere esencial o accesoría”*.

Ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Comunitario la que, respondiendo a distintas cuestiones prejudiciales a él planteadas por los Tribunales Nacionales, ha creado una doctrina jurisprudencial, no exenta de dudas, acerca de si la sucesión de contratatas constituye o no un traspaso total o parcial de empresa y en que circunstancias.

Inicialmente el TJCE se inclinó por una interpretación amplia del concepto de empresa y de transmisión de empresa, identificándola con la mera *“sucesión en la actividad”* realizada, sin exigir la transmisión de una organización productiva.

Más adelante, el TJCE matizó el criterio mencionado estableciendo que para aplicar la Directiva y entender que había transmisión de empresa era necesaria *“la paralela transmisión de un conjunto de elementos que permitan continuidad de las actividades o de algunas actividades de la empresa cedente de forma estable”*.

No obstante vino a establecer *“que en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos (del activo material o inmaterial) se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallen específicamente destinados de forma duradera a una actividad común pueden constituir una entidad económica cuando no están otros factores de producción”*.

Del conjunto jurisprudencial descrito, es posible apreciar la doctrina, según la cual, para estimar la existencia de una transmisión de empresa en una sucesión de contrata y aplicar por tanto la Directiva comunitaria, habrá que valorar las circunstancias que se den en cada caso, esto es, habrá que tener en cuenta si se trata de una contrata de obra o servicio y si, en este último supuesto, los elementos organizativos empresariales o factores de producción materiales o inmateriales se reducen o no a su mínima expresión cuando la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. **En este último caso, habrá que admitir la existencia de transmisión de empresa cuando haya un traspaso de un volumen cuantitativo y cualitativo relevante de una contrata a otra, dado que la empresa en cuanto a organización se identifica fundamentalmente con la actividad llevada a cabo por los trabajadores.**

La consolidación por parte del Tribunal de Justicia Comunitario de la doctrina de la sucesión de plantilla para estimar la existencia de una transmisión de empresa en una sucesión de contrata, **obligó a nuestro Tribunal Supremo a variar su doctrina anterior y aceptar la Doctrina del Tribunal Comunitario.**

La **Sentencia del TS de fecha 27 de octubre de 2004** así lo hizo, entendiendo que basta con contratar a la mayoría de esos trabajadores y en la mayoría de perfiles profesionales para que se califique el supuesto de transmisión de empresa con los efectos legales que ello conlleva.

Asimismo una nueva línea jurisprudencial iniciada por la **Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2009**, ha establecido que como consecuencia de la garantía de conservación del contrato con subrogación del nuevo empresario que impone el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, el vínculo contractual que existía entre el actor y la empresa se debe mantener, con la única variación de que ha cambiado el empresario.

Como consecuencia de lo anterior, la negativa de la empresa a incorporar los trabajadores en el marco del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, es decir contratarles "ex novo" sin reconocerles la subrogación, se califica como despido improcedente del que sería responsable la nueva contrata. Lo que se produce según el alto Tribunal es una novación subjetiva del contrato, no pudiendo alegarse falta de acción o inadecuación de procedimiento si se plantea una acción de despido con respecto a la nueva contrata.

La nueva contratación no enerva el efecto extintivo, sino que lo confirma; no hay continuidad de la relación laboral, sino una nueva relación que excluye a la primera. La negativa a incorporar al actor por la vía del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores es una decisión de quien ya tenía la condición de empleador como consecuencia del efecto automático de la sucesión de empresa establecido como criterio comentado, al inicio de este informe por parte del Tribunal Supremo.

En consecuencia en los supuestos del traspaso de casi la totalidad de la plantilla se produce una subrogación y la negativa a reconocer la antigüedad en virtud del art. 44 supone un despido, dado que no existe un efecto extintivo sino novativo. Por despido debe entenderse toda extinción del contrato de trabajo que se produce por iniciativa del empleador. La expresión despido no debe entenderse constreñida al que tenga origen disciplinario ya que su significado también comprende cualquier otro cese unilateralmente impuesto por el empresario al trabajador.

En resumen, la sucesión empresarial viene definida en el art 44 TRET habiendo sido matizado este tema por las directivas europeas 77/187/CE, 98/50/CE, así como en la Ley 12/2001 y Directiva 2001/23/CE.

Por tanto y tras el análisis de las referidas normas **cabe concluir que sólo caben cinco maneras de entender que existe subrogación empresarial:**

1- Si existe cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma.

Esto es algo que no tiene porque suceder en el caso del **cambio de la posición de contratista**, ya que se supone que se trata de dos empresas totalmente diferenciadas y que no tienen nada que ver porque además suelen ser empresas competidoras directas. Asimismo este supuesto precisa de la entrega o aporte de elementos patrimoniales para la continuidad de la actividad productiva. La continuidad en el servicio no supone ni mucho menos la existencia de subrogación tal y como ya recoge el propio TJCE en numerosas sentencias tales como TJCE 11/3/97 C- 13/95 (Ayse Suzen) fundamento 15, o TJCE 10/12/98 C-127/96, C-229/96 y C-74/97 fundamento 30 (Hernandez Vidal) o TJCE 25/1/01 C-172/99 fundamento 34 (Liikene).

Todas estas referencias asumidas por nuestro TS dicen claramente que la mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica, ya que una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa. A mayor ahondamiento, según la STS 10/7/2000 no sería de aplicación el art 44 TRET en las situaciones de cambio entre contratas o concesiones administrativas. La subrogación no opera si no se ha producido una transmisión de elementos patrimoniales (como también dice la STS 22/5/2000) en consonancia con las directivas europeas que desarrollan esta materia como son Dir 77/187/CE o 98/50/CE que dicen textualmente que NO HAY SUBROGACION “*si la operación no va acompañada de de una cesión entre ambos empresarios, de elementos significativos del activo material o inmaterial, ni el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencias, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata*”.

2- Si en el pliego de condiciones técnicas se estableciera la obligación de subrogación, en el caso de las concesiones administrativas.

3- Sucesión empresarial determinada en el texto del Convenio colectivo.

4- Si existe sucesión empresarial de mutuo acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria, aun no concurriendo los requisitos del art 44 TRET, requiriéndose el consentimiento de los trabajadores.

5- Sucesión de plantillas aun no dándose los supuestos del art 44 TRET en el caso de que la nueva empresa contratista continuara la actividad asumiendo o incorporando un número significativo de trabajadores de la empresa cesante (tanto cuantitativamente como cualitativamente). Según la línea judicial de algunos TSJ se entiende que existiría sucesión de empresa por sucesión de plantillas si el número de trabajadores asumidos fuera de la mitad más uno (requisito cuantitativo) y cubriendo los perfiles profesionales necesarios para el desarrollo de la actividad (requisito cualitativo).