

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

Directores Científicos

Mark S. Anner (Estados Unidos), Pablo Arellano Ortiz (Chile), Lance Compa (Estados Unidos), Jesús Cruz Villalón (España), Luis Enrique De la Villa Gil (España), Jordi Garcia Viña (España), Adrián Goldin (Argentina), Julio Armando Grisolia (Argentina), Óscar Hernández (Venezuela), María Patricia Kurczyn Villalobos (México), Lourdes Mella Méndez (España), Antonio Ojeda Avilés (España), Barbara Palli (Francia), Juan Raso Delgue (Uruguay), Carlos Reynoso Castillo (México), Raúl G. Saco Barrios (Perú), Alfredo Sánchez-Castañeda (México), Malcolm Sargeant (Reino Unido), Michele Tiraboschi (Italia), Anil Verma (Canada), Marcin Wujczyk (Polonia)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Esther Carrizosa Prieto (España), M^a José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), Rodrigo Garcia Schwarz (Brasil), José Luis Gil y Gil (España), Sandra Goldflus (Uruguay), Djamil Tony Kahale Carrillo (España), Gabriela Mendizábal Bermúdez (México), David Montoya Medina (España), María Ascensión Morales (México), Juan Manuel Moreno Díaz (España), Pilar Núñez-Cortés Contreras (España), Eleonora G. Peliza (Argentina), Salvador Perán Quesada (España), María Salas Porras (España), José Sánchez Pérez (España), Alma Elena Rueda (México), Esperanza Macarena Sierra Benítez (España)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (Colombia), Maria Alejandra Chacon Ospina (Colombia), Silvia Fernández Martínez (España), Paulina Galicia (México), Noemi Monroy (México), Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Lavinia Serrani (Italia), Carmen Solís Prieto (España), Marcela Vigna (Uruguay)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

Coordinador de este número especial sobre
REPERCUSIONES LABORALES DE LA
DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA:

David Montoya Medina

Profesor Titular de la Universidad de Alicante, España

ÍNDICE

David Montoya Medina, *Introducción al número especial sobre repercusiones laborales de la descentralización productiva por parte del Coordinador*..... **1**

Artículos

Patricia Nieto Rojas, *La protección de los trabajadores de las empresas multiservicios. Propuestas legales, convencionales y judiciales*..... **9**

Daniel Pérez del Prado, *Temporalidad y empresas multiservicios*..... **37**

Mario Garmendia Arigón, *Subcontratación laboral. Panorama del régimen legal uruguayo*..... **58**

Manoel Carlos Toledo Filho, *La intermediación de la mano de obra en el contexto de la reforma laboral brasileña* **80**

Javier H. Espinoza Escobar, *La descentralización productiva en el ordenamiento jurídico peruano*..... **97**

Katerine Bermúdez Alarcón, *La incidencia del TLC con EEUU en la normatividad de las Cooperativas de Trabajo Asociado en Colombia*..... **125**

Carlos Reynoso Castillo, *Notas sobre la subcontratación en México*..... **144**

César Arese, *Panorama de la externalización laboral y su tratamiento jurídico*..... **165**

Comentarios

Miguel Basterra Hernández, *El derecho a la huelga y la garantía de indemnidad del trabajador frente a la empresa principal de una contrata: entre el tribunal constitucional y la anomia*..... **203**

Jesús De Val Arnal, *La contratación pública de servicios en la administración como el gran mercado de la subcontratación y un problema: la práctica colusoria o del reparto de la tarta creando un monopsonio*..... **221**

Reseñas Bibliográficas

Esther Carrizosa Prieto, *La protección de datos de carácter personal en los procesos de búsqueda de empleo*, por Olga García Coca. Una reseña..... **235**

José Pablo Hernández Ramírez, *Labour in the Global South: Challenges and Alternatives for Workers*, por Sarah Mosoetsa y Michelle Williams (coords.). Una reseña..... **240**

Introducción al número especial sobre repercusiones laborales de la descentralización productiva por parte del Coordinador

El presente número 2 (volumen 6) de 2018, de la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* que tengo la satisfacción de presentar tiene como temática central la de la descentralización productiva y sus repercusiones de índole jurídico laboral. Sobre este específico ámbito temático versan la totalidad de las contribuciones del número. Se trata de aportaciones de excelentes juristas españoles y de otros países de la comunidad iberoamericana que gentilmente han aceptado la invitación para participar en este número monográfico. Dichos autores, y yo mismo, somos plenamente conscientes de que la descentralización productiva, si bien es una técnica de organización productiva generalizada y de uso común en las relaciones de producción, constituye, al tiempo, un fenómeno poliédrico que puede ser analizado desde muy diversas perspectivas.

Por lo que al Derecho del Trabajo concierne, la ordenación jurídica de determinadas cautelas legales asociadas a los fenómenos de descentralización productiva constituye una buena muestra del difícil equilibrio legal entre la libertad de empresa en una economía de mercado y la debida tutela a los derechos e intereses de los trabajadores. Si bien con diferentes matices y con diversas intensidades, esa pugna es común en la legislación española y en las legislaciones de los países de la comunidad iberoamericana a las que se refieren las contribuciones de este número. Debe subrayarse la oportunidad de la perspectiva de Derecho comparado que el estudio detenido de este número monográfico ofrecerá al lector especializado. Dicha lectura sosegada pone de manifiesto que buena parte

de los problemas objeto de regulación normativa son comunes; de aquí que sean análogos los mimbres con los que se han vertebrado las principales cautelas legales de protección de los intereses de los trabajadores. El análisis comparado pone, asimismo, en evidencia las carencias del ordenamiento jurídico propio y la insuficiencia de la respuesta del legislador ante fenómenos crecientes y relativamente novedosos como acontece, por ejemplo, en España con la problemática asociada a las denominadas empresas multiservicios.

Dentro de la sección correspondiente a artículos, las aportaciones españolas arrancan con el trabajo “*La protección de los trabajadores de las empresas multiservicios. Propuestas legales, convencionales y judiciales*”, a cargo de la profesora Patricia Nieto Rojas (Universidad Carlos III de Madrid). Este excelente estudio centra su foco de análisis en la acusada situación de precarización de las condiciones de trabajo a la que se ven sometidos los trabajadores de las denominadas empresas multiservicios y analiza críticamente las respuestas que se han ofrecido legal, convencional y judicialmente frente a dicho fenómeno.

Detiene la autora la atención en la reciente aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público y en la proposición de ley de reforma del art. 42 ET cuyo objetivo es dotar de seguridad jurídica a la subcontratación y evitar la competencia desleal entre empresas de un mismo sector, a través de la degradación de las condiciones laborales. El estudio da cuenta, asimismo, de la ofensiva judicial que las centrales sindicales mayoritarias (UGT y CCOO) han emprendido a través de la impugnación de multitud de los convenios de las empresas multiservicios. El estudio también se detiene en el juego de las cláusulas subrogatorias de los convenios colectivos sectoriales y su difícil aplicabilidad en algunos supuestos. También en los problemas asociados a la posible inclusión de las empresas multiservicios en el ámbito de aplicación funcional del convenio de sector con el objeto de evitar la competencia desleal de las empresas. Se razona, asimismo, sobre la legalidad de algunas cláusulas convencionales que bien vedan completamente el recurso a las empresas multiservicio, bien lo limitan para la ejecución de determinadas tareas. Por otra parte, apunta la conveniencia de la negociación de un convenio sectorial de empresas multiservicios sin desconocer la dificultad que ello conlleva pues su hipotética aprobación supondría un vaciamiento del ámbito funcional de buena parte de los convenios de sector vigentes. Por último, el estudio aborda la ofensiva frente a las empresas multiservicio emprendida por los tribunales de justicia que, por una parte, han declarado aplicable el convenio de sector incluso a empresas que cuentan con convenio colectivo propio y, por otra, no han dudado en declarar la nulidad de

multitud de convenios de empresas multiservicios por problemas relacionados con la legitimación de los sujetos negociadores y su correspondencia con el ámbito de aplicación del convenio.

Una segunda aportación española, “*Temporalidad y empresas multiservicios*”, a cargo del profesor Daniel Pérez del Prado (Universidad Carlos III de Madrid), pone también el punto de mira en las empresas multiservicios. Este valioso estudio se centra, sin embargo, en la cuestión relativa al recurrente abuso por estas empresas de la contratación por tiempo determinado.

Con el objetivo de analizar en qué medida la temporalidad está presente en este tipo de empresas, el estudio, por una parte, lleva a cabo un análisis cuantitativo de la situación y evolución de la contratación temporal en las empresas multiservicios. Por otra, aborda el modo en que la negociación colectiva en este sector está incidiendo en los diferentes tipos de contratos temporales y en la lucha contra la temporalidad. Constata el autor que si bien la temporalidad en el sector de las empresas multiservicios es elevada, no resulta superior a la media de empresas del país, respondiendo, por tanto, al patrón general de la contratación laboral en España. Por lo que concierne a la actuación de la negociación colectiva, reflexiona en torno a las llamadas “cláusulas de empleo” y “cláusulas de contratación” que pueden arbitrar los convenios colectivos con el objetivo de reforzar la estabilidad en el empleo. Sin embargo, a juicio del autor, la negociación colectiva de las empresas multiservicios no parece haberse mostrado sensible a la inclusión de mecanismos de lucha contra la temporalidad, al menos en mayor medida de lo que lo ha hecho la negociación colectiva general. De hecho, constata que el ámbito de las cláusulas contractuales, la tendencia ha sido más bien la contraria, esto es, aprovechar el margen permitido por la ley para flexibilizar la utilización de la contratación temporal en general y del contrato para obra o servicio determinado en particular.

En torno al modelo uruguayo, gira el estudio “*Subcontratación laboral. Panorama del régimen legal uruguayo*”, del profesor Mario Garmendia Arigón (Universidad CLAEH, Punta del Este). Esta excelente aportación ofrece un panorama general de la vigente ordenación jurídica de las implicaciones laborales de la subcontratación en Uruguay, a partir de la regulación contenida en la ley n° 18.099, de 24 de enero de 2007 y la ley n° 18.251, de 6 de enero de 2008. El trabajo discurre en torno a los elementos configuradores del concepto legal de subcontratación y refleja cómo dicho concepto es tributario de la legislación española, chilena y argentina. Por lo que concierne a las responsabilidades patrimoniales, el autor discurre sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad compartida de la empresa

usuaria y delimita los supuestos en que ésta es solidaria y aquellos en que es subsidiaria. También trata su ámbito objetivo y temporal. El estudio se detiene, asimismo, en los supuestos en que la legislación uruguaya veda el recurso a la subcontratación y que se refieren a la sustitución de perceptores de prestación por desempleo en la empresa usuaria y de trabajadores en conflicto colectivo.

Sobre el modelo brasileño versa el interesante estudio “*La intermediación de la mano de obra en el contexto de la reforma laboral brasileña*”, a cargo de Manoel Carlos Toledo Filho (Magistrado del Tribunal Regional de Trabajo de la 15ª Región). M.C Toledo efectúa un riguroso y oportuno análisis de las modificaciones legales que en Brasil se han acometido en materia de “*tercerización*”, es decir, subcontratación.

Hasta el año 2017 no se contaba en la legislación laboral brasileña con una regulación clara y general sobre los fenómenos de la intermediación en la mano de obra y la tercerización, siendo la jurisprudencia la que ha venido suministrando criterios en este ámbito. Las importantes Leyes números 6019, 13.429 y 13.467, de 2017, han venido a dotar a estos fenómenos de un marco normativo estable del que hasta entonces carecían pero, al tiempo, han suscitado muy diversos interrogantes y problemas aplicativos. Para el autor, el verdadero problema que plantea la denominada “*tercerización*”, es el relativo al grado de subordinación con que los trabajadores de la empresa contratista prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa principal. En este sentido, si bien la legislación brasileña exige que la empresa contratista organice y dirija la actividad laboral de sus trabajadores en el centro de trabajo de la empresa principal, para el autor resulta muy difícil que en la práctica ello sea realmente así porque, a su juicio, tal suerte de transferencia del poder directivo de la empresa principal a la empresa contratista pondría en riesgo la propia existencia del establecimiento empresarial. En cuanto a las responsabilidades, tomando como referencia modelos de otros ordenamientos jurídicos, el autor analiza el régimen de responsabilidad subsidiaria de la empresa principal por obligaciones laborales del contratista, regulado por el art. 5.A) de la Ley nº 6019. También se detiene en la responsabilidad directa que fija ese mismo precepto sobre la empresa principal en materia de seguridad y salud laboral. Asimismo, efectúa una interesante crítica sobre la ausencia en la legislación brasileña de reglas de paridad retributiva para los trabajadores afectos al proceso descentralizador.

El estudio “*La descentralización productiva en el ordenamiento jurídico peruano*”, de Javier H. Espinoza Escobar (Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo) se detiene sobre el modelo peruano. Esta interesante

contribución muestra la distinción que la legislación peruana efectúa entre la denominada intermediación laboral y la llamada tercerización de servicios (subcontratación de obras y servicios). Se trata de una distinción no siempre nítida, como pone de manifiesto en relación con la intermediación sobre servicios complementarios especializados ya que dicha figura se aproxima más a una verdadera subcontratación. En suma, el autor disecciona hábilmente ambas figuras jurídicas discutiendo sobre sus elementos característicos y requisitos configuradores, sus requisitos formales, sus modalidades, los derechos de los trabajadores sujetos a intermediación y a tercerización, y el régimen de responsabilidad solidaria disciplinado en la ley para la tutela de los intereses de los trabajadores. Reflexiona, asimismo, el autor sobre los supuestos de desnaturalización de ambas figuras dando cuenta de interesantes pronunciamientos de la jurisprudencia peruana sobre este concreto aspecto.

El estudio “*La incidencia del TLC con EEUU en la normatividad de las Cooperativas de Trabajo Asociado en Colombia*”, de la Dra. Katerine Bermúdez Alarcón (Universidad Externado), pone el foco sobre la realidad de la contratación indirecta en Colombia. Este país, con el objeto de la aprobación del Tratado de Libre Comercio con EEUU llevó a efecto importantes reformas de la legislación social. La autora detiene la atención en la incidencia de dichas reformas sobre las cooperativas de trabajo asociado. El estudio pone de manifiesto como las cooperativas de trabajo asociado venían funcionando como instrumento para la interposición fraudulenta en la contratación de mano de obra. El Decreto 2025 de 2011 introdujo un régimen legal dirigido a limitar su marco de actuación instaurando un importante régimen sancionador para los empleadores incumplidores y fomentando la contratación directa de los trabajadores a través de determinados incentivos económicos. Sin embargo, la declaración de nulidad, por *ultra vires*, de diversos preceptos de dicha norma reglamentaria, ha dejado, a juicio de la autora, en papel mojado buena parte de las garantías laborales arbitradas, retornándose, en cierta forma, a la situación de desprotección laboral existente con anterioridad.

Por su parte, el profesor Carlos Reynoso Castillo (Universidad Autónoma Metropolitana, Ciudad de México) en su trabajo “*Notas sobre la subcontratación en México*”, nos brinda un interesante encuentro con la realidad jurídico laboral mejicana. El estudio da cuenta de la novedad legislativa que en este ámbito representó la reforma laboral de 2012 que modificó la Ley Federal de Trabajo mejicana, entre otros aspectos, para regular el régimen jurídico laboral de la subcontratación. El estudio efectúa un interesante recorrido sobre los principales aspectos del mismo. Así se detiene en las importantes limitaciones cuantitativas que impiden

subcontratar la totalidad de las actividades desarrolladas en el centro de trabajo de la empresa principal, ahondando en el significado de esta enigmática limitación legal. También da cuenta de la importante limitación cualitativa que exige cierto grado de especialización de las tareas subcontratadas, reflexionando, asimismo, sobre los problemas aplicativos de dicha exigencia legal. El estudio también se detiene sobre las obligaciones del empresario principal, incluida la de vigilancia sobre el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones de Seguridad Social. También sobre las consecuencias aparejadas a su incumplimiento que, con deficiente técnica legislativa, el legislador supedita al incumplimiento de la totalidad de los condicionantes legales impuestos a la subcontratación de actividades productivas.

La sección de artículos se cierra con el trabajo *“Panorama de la externalización laboral y su tratamiento jurídico”*, del profesor César Arese (Universidad Nacional de Córdoba), centrado en el modelo argentino. El estudio discurre sobre los supuestos de “intermediación laboral” y de “solidaridad contractual” en la legislación y realidad social argentina. El autor se detiene, en primer lugar, en el examen del amplio abanico de supuestos lícitos de intermediación laboral así como los supuestos *contra legem* de intermediación en sentido estricto. Da cuenta asimismo del tratamiento jurídico de figuras autorizadas legalmente como las empresas de servicios especiales (ESE) y del régimen amplio de responsabilidad solidaria en materia laboral y de Seguridad Social previsto para la contrata de obras y servicios. El autor aborda la espinosa cuestión de si los contratos de franquicia encajan o no, al amparo de la legislación argentina, en los supuestos de intermediación y, por tanto, deben o no quedar sujetos al régimen de responsabilidades solidarias establecido legalmente. Cierra el estudio con un recorrido sobre diversos supuestos de intermediación e interposición fraudulenta contemplados por la jurisprudencia así como el alcance de la responsabilidad de los socios y administradores societarios en dichos supuestos.

La sección comentarios de jurisprudencia arranca con el trabajo *“El derecho a la huelga y la garantía de indemnidad del trabajador frente a la empresa principal de una contrata: entre el tribunal constitucional y la anomia”*, del profesor Miguel Basterra Hernández (Universidad de Alicante). Este brillante comentario analiza, a la luz de la jurisprudencia constitucional y ordinaria, la respuesta jurídica que debe darse a la eventual lesión del derecho de huelga y la garantía de indemnidad de los trabajadores de una empresa contratista por determinadas actuaciones de la empresa principal contrarias a los intereses de aquellos. El autor, con buen tino, pone de relieve la situación de anomia o falta de regulación que se produce en la legislación española en

la medida en que no existe norma alguna que proteja de un modo directo al trabajador ante la lesión de sus derechos fundamentales (en especial, el de huelga y la garantía de indemnidad) derivada de los actos llevados a cabo por la empresa principal. En este contexto, el trabajo pasa revista a diversos pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional y ordinaria en esta materia. La jurisprudencia ha puesto de relieve que debido a la posición de primacía que ostentan en nuestro ordenamiento jurídico los derechos fundamentales, no es dable dejar espacios inmunes a su vigencia. Es por ello por lo que privar de tutela jurisdiccional a los derechos fundamentales en los supuestos de descentralización productiva originaría una gravísima limitación de los mismos lo cual no es constitucionalmente aceptable. Por consiguiente la empresa principal debe responder de sus actos lesivos de los derechos fundamentales de los trabajadores de las empresas contratistas, sin que el hecho de no constituir su empresario directo pueda exonerarla de dicha responsabilidad. El autor comparte esta posición de la jurisprudencia y pone de manifiesto la necesidad de una intervención del legislador para la protección de los derechos fundamentales del trabajador en estos supuestos.

Un segundo comentario, por el profesor Jesús De Val Arnal (Universidad de Zaragoza), lleva por título “*La contratación pública de servicios en la administración como el gran mercado de la subcontratación y un problema: la práctica colusoria o del reparto de la tarta creando un monopsonio*”. Este interesante comentario discurre por las treinta sentencias dictadas por la Audiencia Nacional sobre la Resolución sancionadora de la *Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* de 15 de Enero del 2015, dictada en el sector de recogida y limpieza de residuos urbanos y residuos industriales. El autor analiza con profusión el texto de la Resolución administrativa sancionadora y el de las propias sentencias poniendo en evidencia como la extendida práctica interempresarial de reparto de las contrataciones y concesiones públicas puede incidir severamente la libre competencia. Pone, asimismo, de manifiesto la problemática que se deriva de la existencia de un comprador único (monopsonio), que ha imperado en la contratación administrativa para la recogida de residuos, y las evidentes repercusiones negativas sobre la estabilidad en el empleo de los trabajadores que puede acarrear la imposición de la sanción accesoria de prohibición de contratar con la Administración Pública.

El presente número se cierra con dos reseñas bibliográficas: la primera del libro de Olga García Coca, *La protección de datos de carácter personal en los procesos de búsqueda de empleo*, a cargo de la profesora Esther Carrizosa Prieto (Universidad Pablo de Olavide, España); la segunda de la obra coordinada por Sarah Mosoetsa y Michelle Williams, *Labour in the Global South*:

Challenges and Alternatives for Workers, a cargo de José Pablo Hernández Ramírez (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México).

David Montoya Medina
Profesor Titular de la Universidad de Alicante, España

La protección de los trabajadores de las empresas multiservicios. Propuestas legales, convencionales y judiciales

Patricia NIETO ROJAS*

RESUMEN: El presente artículo se centrará en las posibles propuestas de intervención ante la precariedad que define las condiciones laborales de muchos trabajadores que son contratados por empresas multiservicios, valorando, en primer lugar, los efectos de la reciente aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público y especialmente el impacto que tendrá el apuntalamiento del convenio sectorial sobre la licitación pública, para seguidamente analizar la proposición de ley dirigida a la reforma del art. 42 ET. Paralelamente, la segunda vía de protección está siendo articulada mediante la negociación colectiva y la tercera respuesta está siendo impulsada por la doctrina judicial: de un lado, identificando cuál es el convenio colectivo aplicable a esta actividad, incluso en empresas que cuentan con convenio colectivo propio y de otro, mediante la anulación en sede judicial de muchos convenios de empresas multiservicios por vulnerar el principio de correspondencia en relación al ámbito de afectación del convenio suscrito y la legitimidad del representante legal firmante.

Palabras clave: Empresas multiservicios; precariedad; reformas legales; negociación colectiva; descentralización productiva.

SUMARIO: 1. La precariedad de los trabajadores de las empresas multiservicios como punto de partida. 2. La respuesta legislativa. 2.1. La ley de Contratos del Sector Público. 2.1.1. La aplicación del convenio sectorial. 2.1.2. La adecuación de La Ley de Contratos del Sector Públicos al ordenamiento comunitario a la luz de la STJUE Ruffert. 2.2. La propuesta de modificación del art. 42 ET. 3. La respuesta convencional a las empresas multiservicios. 3.1. El plan de acción confederal de CCOO y UGT. 3.2. La respuesta sectorial. 3.3. Nuevos caminos a transitar: convenios de empresas vinculadas. 3.4. ¿Es posible una negociación sectorial en el ámbito de las empresas multiservicio? 4. La respuesta judicial. 4.1. La aplicación del convenio sectorial aun existiendo un convenio de empresa. 4.2. La anulación de los convenios de empresas multiservicios. 5. Algunas consideraciones finales. 6. Bibliografía.

* Profesora ayudante Doctora Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid. Patricia.nieto@uc3m.es.

The protection of employees of the “Service Businesses” Companies. Legal, collective bargaining and judicial proposals

ABSTRACT: This article focuses on the main principal answers articulated to a consolidated phenomenon: the job precariousness in most of the “service business” or “multiservice business”. First of all, we analyze the new law of public contracts, then the space of the statutory regulatory about contracts and suppliers and the possible effects for workers in “multiservice companies”. The second part of this article is the answer of collective bargaining to this phenomenon in the sectorial and the enterprise level and finally we focus in the judicial doctrine: on the one hand, identifying what is the collective agreement applicable to this activity, even in companies that have their own collective agreement and, on the other hand, by the annulment in the judicial seat of many conventions of Multiservice companies for violating the principle of correspondence in relation to the scope of impact of the signed agreement and the legitimacy of the legal representative signatory.

Key Words: “Service Business”; precariousness; legal reforms; collective bargaining; decentralization of production.

1. La precariedad de los trabajadores de las empresas multiservicios como punto de partida

Al igual que ocurrió a mediados de los años noventa con las empresas de trabajo temporal cuando su legalización se tradujo en una “clara diferencia de estatutos jurídicos entre los trabajadores de las empresas usuarias y los trabajadores cedidos”¹, en los últimos años se ha consolidado otro tipo de operador económico, el constituido por empresas multiservicios, cuya capacidad para actuar en el mercado deriva principalmente de su actuación sobre las variables económicas, generando una situación de rebaja clara de las condiciones laborales. Certeramente se ha señalado que “resulta preocupante la proliferación en el mercado de empresas de externalización de servicios que, basadas en un abaratamiento de los costes laborales por el sencillo mecanismo de constituir mercantiles a las que se dota de un convenio colectivo propio inferior siempre a los precios de los convenios de sector, compiten en condiciones ventajosas con otras empresas con costes más elevados (es palmario para las ETT que han de abonar el mismo salario que la usuaria) y se aprovechan en situación de crisis económica de la depreciación del valor de los recursos humanos. Ahora bien, quizá no sea la jurisdicción social (...) el cauce idóneo para que los poderes públicos puedan atajar estas prácticas ilícitas cuando efectivamente se produzcan”².

Su consolidación ha tenido un profundo impacto sobre la estabilidad en el empleo y sobre las condiciones de trabajo del personal contratado por estas empresas³. Ante esta realidad, ya en el Plan de Lucha contra el Empleo Irregular y el Fraude a la Seguridad Social 2012-2013, aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de abril de 2012, se alertaba de diversas disfunciones en el marco de las cadenas de subcontratación de configuración reticular o piramidal, singularmente derivada de la generalizada presencia de “empresas de servicios”, incluso de aquellas que no se dedican a una actividad concreta y específica, sino a varias (empresas “multiservicio”), que en realidad se dedican al prestamismo ilícito de mano de obra, ya que su función se limita única y exclusivamente al suministro de trabajadores, aplicándose a estos trabajadores convenios

¹ Vicente Palacio, A., *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 46.

² SAN 30.5.2014 (Proc. 99/2014).

³ Palomo Balda, E., “El estatus laboral de los trabajadores de las empresas multiservicios y la problemática de la determinación del convenio sectorial de referencia”, en CCOO (ed.), *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, Fundación 1º Mayo; Lefebvre el Derecho, Madrid, p. 15.

que establecen tablas salariales inferiores a las de la empresa cliente o principal⁴. Sobre esta variable, el recién aprobado Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2018-2020 incluye una evaluación del Plan de Lucha contra el Fraude, habida cuenta que desde su aprobación y hasta el pasado mes de febrero de 2018, la actuación inspectora ha hecho aflorar más de 7.029 empresas ficticias sin actividad real, creadas con el único objeto de facilitar el acceso indebido a prestaciones⁵, muchas de ellas multiservicios. A este respecto, el informe “*Condiciones salariales de una muestra de convenios multiservicios*”⁶, realizado por el Gabinete Técnico Confederal de la Unión General de Trabajadores, alerta del “debilitamiento de las condiciones de trabajo y la reducción tanto de los derechos laborales como de los salarios, a través simplemente de la creación de mercantiles a las que se les dota de un convenio colectivo propio, inferior siempre a los salarios de los convenios del sector”. Y más recientemente el estudio “*La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*”, elaborado en el seno del Observatorio de la Negociación Colectiva de Comisiones Obreras, destaca que los convenios firmados en estas empresas, normalmente con representaciones no sindicalizadas, facilitan la implantación de las estrategias empresariales, centradas en minorar drásticamente los salarios y las condiciones laborales, alejándose de las condiciones fijadas en los convenios sectoriales de referencia, cuando no autoexcluyéndose totalmente de ellos⁷.

El presente artículo se centrará en las posibles propuestas de intervención ante esta problemática, valorando, en primer lugar, los efectos de la reciente aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en lo sucesivo Ley de Contratos del Sector Público y especialmente el impacto que tendrá el apuntalamiento del convenio sectorial sobre la licitación pública, singularmente en relación a las empresas multiservicios, para

⁴ Criterio operativo 96/2015, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en el ámbito de las empresas de servicios.

⁵ Sobre este Pan (fecha de consulta: 9/4/2018):

http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/060418_planinspeccion.aspx.

⁶ El informe puede consultarse en el siguiente enlace (fecha de consulta: 23/2/2018):

<http://www.ugt.es/SitePages/NoticiaDetalle.aspx?idElemento=1297>.

⁷ González Calvo, M., “Presentación”, en CCOO (ed.), *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, Fundación 1º Mayo; Lefebvre el Derecho, Madrid, p. 9.

seguidamente analizar la proposición de ley⁸ dirigida a la reforma del art. 42 ET y la incidencia que pudiese tener su aprobación, debiendo anticipar que los efectos serán ciertamente reducidos, toda vez que circunscriben la extensión del convenio a las actividades subcontratadas que sean de la propia actividad de la principal lo que conscientemente limita su eficacia para los trabajadores de muchas de estas empresas multiservicios. Seguidamente se abordará la respuesta dada a estas empresas por la negociación colectiva tanto desde el nivel sectorial (ya hemos tenido ocasión de analizar la respuesta dada a esta problemática en algunas investigaciones previas⁹) como a través de una figura apenas transitada pero que, a nuestro juicio, podría resultar óptima, y que no es otra que la negociación de convenios estatutarios de redes de empresa, materializando así la posibilidad contenida en el RD Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (en lo sucesivo, RD Ley 7/2011), de negociar convenios colectivos estatutarios, cuyo ámbito alcance a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas. La tercera parte del artículo se centrará en la respuesta dada por la doctrina judicial.

2. La respuesta legislativa

Con el objetivo de evitar que la externalización productiva sea un medio para reducir costes empresariales, la recientemente aprobada Ley de Contratos del Sector Público obliga a las empresas concursantes a respetar las condiciones salariales previstas en el convenio colectivo sectorial de aplicación, incluso aunque cuenten con convenio propio. Esta regulación normativa, cuyo potencial “efecto arrastre”¹⁰ sobre el sector privado no cabe descartar, se ha completar de con la tramitación parlamentaria de la Proposición de Ley dirigida a la modificación del art. 42 ET para aplicar a los trabajadores de las empresas auxiliares el convenio de aplicación de la empresa principal, siempre, eso sí, que el objeto de la subcontratación corresponda a la propia actividad de la empresa principal.

⁸ Proposición de Ley de modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados (DOCG 9.9.2016).

⁹ Nieto Rojas, P., “La respuesta de la negociación colectiva sectorial a las empresas multiservicios”, *Información Laboral*, vol. 7, 2017.

¹⁰ Palomo Balda, E., “El estatus laboral de los trabajadores de las empresas multiservicios y la problemática de la determinación del convenio sectorial de referencia”, *op. cit.*, p. 17.

2.1. La ley de Contratos del Sector Público

La contratación pública tiene un peso considerable en la economía, estimándose que los bienes y servicios adquiridos por organismos públicos representan casi el 17% de Producto Interior Bruto de la Unión Europea y el 16% en España, habiéndose incrementado su volumen por la tendencia a las privatizaciones, la descentralización productiva y la externalización de actividades¹¹. Aun reconociendo a la libre competencia como uno de los principios que ha de ordenar el procedimiento de selección de contratistas en el seno de las Administraciones Públicas, no basta con que la actuación de estas se halle presidida por la búsqueda de la mayor eficiencia económica sino que la misma debiese tomar también en consideración principios que se corresponden con el interés general, especialmente por su gran potencialidad para incidir en las políticas económicas y sociales. “Por un lado, porque puede contribuir a alcanzar los objetivos sociales que se estimen prioritarios en cada momento y por otro, porque goza también de un papel promocional, ya que las prioridades de orden social señaladas en cada momento influyen decisivamente en los sujetos que actúan en el mercado”¹². La suma de ambos factores justifica que la Administración añada cláusulas de naturaleza social en los procedimientos de contratación con la finalidad de aunar la razón económica con objetivos de interés general y en el marco de esta reflexión se ha de enmarcar la apuesta hecha por la Ley de Contratos de Sector Público en relación a la aplicación de las condiciones salariales previstas en la negociación sectorial.

¹¹ Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Cláusulas sociales y contratación pública”, *Diario La Ley*, vol. 8776, 2016, p. 2. Otros informes cifran en el 18.5% el peso que supone la contratación pública en nuestro país, García Rubio, M. (coord.), *Declaración del Consejo Autonómico de Fundaciones del Principado de Asturias acerca de la contratación pública responsable y de las cláusulas sociales en los pliegos públicos de contratación*, Consejo Autonómico Fundaciones Principado de Asturias, Gijón, 2016, p. 7. En el seno de la UE se cifra en un 20% su peso relativo en el PIB, Miranda Boto, J.M., “Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, vol. 2, 2016, p. 73.

¹² Martínez Fons, D., *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*, Fundación Alternativas, Madrid, 2009, p. 5.

2.1.1. La aplicación del convenio sectorial en materia salarial

Es el art. 122.2 de la Ley el que determina que “en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirá la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación; y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos”. Por su parte, el art. 149.4 señala que “los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes” y finalmente el art. 202.2 señala que “los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos”. Entre las consideraciones de tipo social podrán introducirse, entre otras, el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales. Este nuevo marco normativo pretende evitar que la externalización sea un medio de reducir costes mediante la degradación de las condiciones retributivas.

La vía para neutralizar el *dumping social* se logra mediante la aplicación de la negociación sectorial, y en esta decisión subyace “la aplicación por analogía de las previsiones en materia de empresas de trabajo temporal (al considerar que dichas realidades multiservicios rozan el fraude de ley, siendo su única finalidad el descenso de costes salariales)”¹³. Con la redacción aprobada, la empresa contratista no podrá evitar la aplicación del convenio sectorial, normalmente con mayores garantías que el convenio de empresa. En el interés de sus defensores se encuentra, fundamentalmente, impedir de facto una competencia con rebaja de precios a cambio de devaluar las condiciones laborales en la adjudicación de contratos en el sector público, “corrigiendo” de este modo los efectos de la última reforma laboral que permite incondicionadamente la prioridad

¹³ Falguera Baró, M.A., *La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación*, Bomarzo, Albacete, 2015, p. 85.

del convenio de empresa en materia salarial¹⁴.

El problema está en determinar qué convenio sectorial es el aplicable si como será habitual esta realiza varias actividades en el marco de la contrata global, existiendo dos interpretaciones: bien la aplicación del convenio sectorial que corresponda a cada actividad, bien un único convenio correspondiente al de la actividad principal, aplicando la doctrina prevalente tras la celeberrima Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2015. Para tratar de arrojar algo de luz a esta cuestión, se ha de partir de la especial complejidad que plantea la determinación del convenio aplicable en lo que se “conoce como contratas globales, también llamadas de servicios integrales, cada vez más frecuentes en Administraciones públicas y empresas privadas. En estos casos, donde la atención de los servicios es muy diversa, desde limpieza, a mantenimiento de instalaciones de todo tipo (eléctricas, informáticas, elevadores, etc.), conserjería, vigilancia y seguridad, etc., el principio de especificidad resulta difícil de aplicar en la medida que no es sencillo determinar el objeto de la contrata, que a su vez, delimite el convenio aplicable a la empresa multiservicio”¹⁵, siendo además muy frecuente que un mismo trabajador realice su trabajo en actividades pertenecientes a distintos sectores

La doctrina ha tratado de sistematizar¹⁶ esta variadísima tipología de situaciones para determinar, en definitiva, cuál es el convenio colectivo aplicable.

Respecto a la primera interpretación, la misma comporta que se apliquen tantos convenios como actividades desarrolle la empresa, aplicándose uno u otro según la actividad contratada en cada momento por la empresa principal. Uno de los inconvenientes que plantea la aplicación del principio de especialidad es que hay trabajadores que prestan servicios en distintas actividades en el marco de la misma contrata, por lo cual podrían estar sometidos a distintos convenios. La respuesta aquí sería “como en cualquier otra empresa, la determinada por los criterios funcional y territorial de la norma paccionada”, pues estos serían “los que deben determinar su aplicabilidad”¹⁷.

¹⁴ Véanse las aportaciones de la profesora López Cumbre a la nueva ley, disponible en el siguiente enlace (fecha de consulta: 21/2/2018): <https://goo.gl/V3KVhr>.

¹⁵ Esteve Segarra, A., “La selección del convenio colectivo en empresas multiservicios. A propósito de la STS de 17 de marzo de 2015”, *Revista de información laboral*, vol. 9, 2015.

¹⁶ Siguiendo la construcción efectuada en la ponencia “Contratas y subcontratas” de la Magistrada M^a Luisa Segoviano dictada en las Jornadas Catalanas de Derecho Social, cuyo texto puede consultarse en: www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download-monitor/download.php?id=343.

¹⁷ STSJ Andalucía 21.6.2002 (R^o 3025/2010).

Cuando se trata de establecer el convenio aplicable a trabajadores de una empresa multiservicios deberemos determinar cada una de las actividades ofertadas para aplicar el convenio que se corresponda con esas actividades a los trabajadores ocupados en las tareas inherentes a aquellas. Serían de aplicación, por consiguiente, tantos convenios como actividades lleva a cabo la empresa multiservicios. Por esta vía se inclina parte de la doctrina, que, a falta de convenio colectivo propio de empresa, afirma aplicables tantos convenios colectivos sectoriales como actividades diversas se desarrollan. También esta es la solución adoptada por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos¹⁸. A partir de estos presupuestos, como en cualquier otra empresa, es la actividad preponderante de la empresa de servicios o multiservicios la que determina el convenio aplicable con el añadido de que, por aplicación del principio de especialidad o especificidad, como en este caso no existen actividades económicas razonablemente inescindibles, puede convivir más de una norma sectorial o incluso quedar una parte de los trabajadores de la empresa sin convenio colectivo alguno si se trata de una actividad que, además de perfectamente diferenciada, no está reglada¹⁹. “El objeto social de estas empresas es tan amplio que cabe entender que a su personal le son aplicables diversos convenios en función del tipo de actividad desarrollada, pues precisamente la empresa se caracteriza por su falta de homogeneidad productiva y el desarrollar actividades distintas según el cliente, proporcionando trabajadores de distintas categorías”²⁰. El criterio de especialidad solventa el problema que nos ocupa cuando la empresa multiservicio desarrolla una pluralidad de actividades, concurrentes o no, en el ámbito de una misma contrata, y todas ellas cuentan con cobertura sectorial, pero no permite solucionar la situación respecto a los trabajadores destinados a actividades carentes de protección convencional²¹.

La segunda interpretación vendría dada por la aplicación del convenio que corresponde con la actividad principal subcontratada en base al principio

¹⁸ El entrecomillado pertenece al Criterio operativo Inspección sobre cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en el ámbito de empresas de servicios. Y con múltiples referencias a Expedientes de la CCNCC que confirma esta interpretación, Falguera Baró, M.A., *La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación*, op. cit., p. 85; Vicente Palacio, A., *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, op. cit., p. 60.

¹⁹ STSJ Andalucía 21.6.2002 (R° 3025/2010).

²⁰ Esteve Segarra, A., “La selección del convenio colectivo en empresas multiservicios. A propósito de la STS de 17 de marzo de 2015”, op. cit.

²¹ Palomo Balda, E., “El estatus laboral de los trabajadores de las empresas multiservicios y la problemática de la determinación del convenio sectorial de referencia”, op. cit., p. 25.

de unidad de empresa²². El problema de esta última interpretación es que parece difícil de trasladar a una actividad tan singular como es la desarrollada por las empresas multiservicios.

2.1.2. La adecuación de La Ley de Contratos del Sector Públicos al ordenamiento comunitario a la luz de la STJUE Ruffert

La Directiva 96/71 permite que, bajo ciertas condiciones, en las prestaciones transnacionales con desplazamiento de trabajadores se imponga la aplicación de algunas normas de los convenios colectivos de trabajo del país de destino si bien el apartado 8 del art. 3 de esta Directiva 96/71 especifica que solo respecto a los convenios que tengan carácter de generalidad, es decir, solo los que deban ser aplicados por todas las empresas de un sector o profesión en el determinado ámbito territorial en el que la empresa desplaza trabajadores de otro país miembro. En defecto de un sistema que permita esta declaración de aplicación general para un convenio colectivo, la Directiva 96/71 prevé dos posibilidades adicionales; la primera es la generalidad de hecho, esto es, los que sin ser generales por imperativo legal, sean en la práctica de aplicación a todas las empresas del ámbito correspondiente. La segunda combina el criterio de aplicación ampliamente extendida con el hecho de haber sido firmado por organizaciones de los interlocutores sociales más representativas a escala nacional. Tanto en uno como en otro caso la aplicación imperativa de convenio colectivo del país de destino se realizará solo si las empresas que puedan competir con aquella que realiza el desplazamiento estén bajo la cobertura del convenio en cuestión, y exclusivamente en las materias incluidas en el apartado primero del mismo art. 3.

Aunque esta regulación pudiera dar a entender que no existen posibilidades reales para aprovechar costes laborales bajos en otro país de la Unión, toda vez que las empresas de otros países miembros siempre habrían de competir bajo las mismas reglas de juego que las nacionales, la diversidad de regímenes nacionales en materia de negociación colectiva, unida al celo que ha puesto el Tribunal de Justicia en defensa de la libertad de establecimiento, ponen en entredicho dicha afirmación²³, especialmente

²² Esta solución se ha aplicado, en el marco de la subcontratación, entre otras en la SSTS 17.3.2015 (R° 1464/2014), 29.1.2002 (R° 1068/2001), 17.7.2002 (R° 4859/2000), 31.10.2003 (R° 17/2002) y 31.1.2008 (R° 2604/2007).

²³ Gimeno Díaz de Atauri, P., “La aplicación de convenios colectivos en la prestación transnacional de servicios y el CETA ¿hay riesgo de nuevos “casos Ruffert”?”, en

tras la célebre STJUE de 3 de abril de 2008, C-346/06, Rüffert. Como es bien conocido, en dicho pronunciamiento se planteó si un determinado gobierno -en el supuesto de hecho, el de Baja Sajonia- podía imponer a las empresas contratistas de una obra pública el cumplimiento de las condiciones del convenio sectorial. El TJUE sostuvo que la remisión que hace la ley al convenio hace necesario valorar si en este último se dan las condiciones de generalidad antes referidas, y al no darse estimó que la no aplicación de dicho convenio sectorial por la empresa polaca no era contraria a la normativa comunitaria. Llegados a este punto, cabría plantearse si la vigente Ley de Contratos del Sector Público podría entenderse contraria a la legislación comunitaria por ser considerada impeditiva de la libertad de establecimiento de cualquier empresa de otro Estado Miembro que se vería obligada a aplicar en materia salarial el convenio sectorial, incluso aunque hubiese negociado en España un convenio estatutario de empresa. No parece que pueda prosperar esta interpretación no solo porque de ser así la legislación comunitaria pondría a empresas de otros estados miembros en mejor situación que a las nacionales, para los cuales es evidente que ley posterior prevalece sino porque el ya referido art. 3.8 Directiva expresamente contempla que las condiciones contenidas en convenios colectivos de aplicación general, entendiendo como tales aquellos que deben respetar “todas las empresas pertenecientes al sector o profesión del que se trate correspondientes al ámbito de aplicación territorial de estos”, podrán ser impuestas a empresas que desplacen a sus trabajadores a otros Estados Miembros.

Conviene recordar que en la tramitación parlamentaria de la ley no prosperaron las enmiendas que hizo el Grupo Parlamentario Popular²⁴ dirigidas a modificar la previsión que garantiza “la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación”, por el de “la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo que sea de aplicación”. A juicio de los redactores de estas enmiendas, el artículo 83.1 ET recoge lo que es un principio esencial de la negociación colectiva y que es no es otro que el de unidad de negociación, es decir, “los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden” y por ello entendían “que no puede establecerse en este artículo 122.2 que una empresa haya de

Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (ed.), *Balance y perspectivas de la política laboral y social europea*, Cinca, Madrid, 2017, p. 7.

²⁴ BOCG 4.10.2017. Las enmiendas incorporadas en el Senado fueron rechazadas por el Congreso por 171 votos en contra, frente a los 164 votos favorables obtenidos, siendo sin duda relevante el voto negativo de los diputados del Partido Nacionalista Vasco.

cumplir con lo establecido en el convenio sectorial si cuenta con un convenio colectivo propio. Incluso podría producirse el caso de que las condiciones salariales del convenio sectorial fueran inferiores a las del convenio de empresa aplicable”. Esta interpretación no prosperó en el texto finalmente aprobado.

2.2. La propuesta de modificación del art. 42 ET²⁵

La necesidad de regular la subcontratación de servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal tiene, a juicio de los promotores de la proposición de Ley de modificación del art. 42 ET, dos objetivos fundamentales: de un lado, dotar de seguridad jurídica a la propia subcontratación, definiendo el concepto de propia actividad y las obligaciones que ello conlleva; de otro, evitar la competencia desleal entre las empresas de un mismo sector, basada en la degradación de las condiciones laborales y en la rebaja de la calidad en la prestación de servicios²⁶. Reproduciendo la solución prevista en la normativa de empresas de trabajo temporal, la proposición pretende modificar el art. 42 ET²⁷ en el siguiente sentido:

“Las empresas contratistas y subcontratistas deberán garantizar a los trabajadores afectados por la contrata o subcontrata, durante el tiempo en que presten servicios adscritos a la misma, las condiciones laborales y de empleo esenciales previstas en el convenio colectivo que fuese de aplicación en la empresa principal o, en su caso, las que tendrían si fueran trabajadores contratados directamente por dicho empresario principal. A estos efectos se consideran condiciones laborales y de empleo esenciales las referidas a remuneración y cuantía salarial, condiciones de contratación, tiempo de trabajo y descanso, igualdad, protección de la maternidad, lactancia y paternidad y frente a riesgos laborales”. Aun aplaudiendo esta proposición de ley, sus efectos serían ciertamente limitados para los trabajadores de empresas multiservicios pues los mismos suelen realizar prestaciones que no forman parte de la propia actividad de la empresa principal, siendo este el presupuesto de

²⁵ Una versión preliminar de este apartado del artículo fue discutida en la comunicación presentada al Congreso sobre “Descentralización productiva y Transformaciones del Derecho del Trabajo”, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2017.

²⁶ Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista de modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados (DOCG 9.9.2016).

²⁷ Con carácter general, de obligada consulta, Montoya Medina, D., *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

aplicación del artículo 42 ET²⁸. Para tratar de dar respuesta a estos supuestos, el acuerdo alcanzado durante la tramitación de esta proposición legislativa distingue dos escenarios:

A) “Cuando el objeto de la obra o servicio contratado corresponda con la propia actividad de la principal, a los trabajadores que prestan servicios en la contrata o subcontrata les será de aplicación el convenio colectivo aplicable a la empresa principal, salvo que las condiciones laborales del propio convenio fueran equivalentes”.

B) “De no corresponder con la propia actividad, el convenio colectivo de aplicación será el del sector de la actividad ejecutada en la contrata o subcontrata, ello sin perjuicio de la aplicación en ambos supuestos, del convenio de la empresa si lo hubiere, cuando en su conjunto sea más favorable o en ausencia de los convenios anteriores señalados”. Con esta modificación, incorporada en sede de enmiendas, se preservaría el espacio del convenio de empresa siempre que, en su conjunto y cómputo global, fuese más favorable para los trabajadores que la aplicación del convenio sectorial lo que nuevamente plantea el problema de valorar en su integridad los textos convencionales sometidos a evaluación para determinar, en su caso, cuál es más favorable. Pero es que además la hipotética aprobación de esta reforma no pone el foco en las empresas multiservicios, habiendo sido calificado esta decisión como un “error estratégico y de punto de partida” pues es evidente que “el problema no está en las contrata ni en la externalización de actividad productiva, que forma parte de la organización de la empresa y funciona con razonabilidad en la mayor parte de ocasiones, sino en ciertos abusos localizados en las empresas multiservicios”, de ahí que se haya abogado por la necesidad de aislar el problema, centrarlo y solucionarlo, sin por ello poner obstáculos insalvables al “sistema de responsabilidades del artículo 42 ET, con perjuicios imprevisibles en el empleo y en un tejido productivo posindustrial habituado a estas formas de externalización”²⁹.

²⁸ Pero es que además esta proposición va a tener un breve recorrido o, al menos, así parece deducirse de la decisión adoptada por el Ejecutivo, toda vez que el Gobierno ha presentado un conflicto entre órganos constitucionales en relación con el Acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 18 de octubre de 2016, ratificado el 20 de diciembre de 2016, por el que, rechazando la disconformidad expresada por el Gobierno, se toma en consideración para su tramitación por el Pleno la Proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista sobre modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados²⁸. Ahora bien, a fecha de cierre de este artículo (abril de 2018), la tramitación parlamentaria de dicha iniciativa sigue en curso, véase la última referencia en el BOCG. Congreso de los Diputados, 3.5.2017.

²⁹ Véanse las atinadas propuestas del profesor Lahera Forteza en

3. La respuesta convencional a las empresas multiservicios

El Acuerdo para el Empleo y la negociación colectiva (en lo sucesivo, AENC)³⁰ señala que “en cuanto a la subcontratación y la externalización productiva y subrogación de actividades, empleo y condiciones de trabajo, ante la importancia y extensión adquirida por las distintas formas de organización productiva y societaria, en un contexto de externalización creciente de las actividades por parte de las empresas que ha dado lugar a regulaciones legales que establecen derechos de información para la representación de los trabajadores, los firmantes del presente acuerdo consideran necesario que la negociación colectiva contribuya a facilitar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42 del ET. Ello redundará en la seguridad del empleo y en el cumplimiento de las condiciones laborales establecidas legal y convencionalmente” al tiempo que hace un llamamiento específico al establecer que estas “nuevas modalidades de organización productiva y societaria que, en ocasiones revisten una notable complejidad, no deben suponer la inaplicación de la regulación convencional correspondiente, ni la cesión ilegal de trabajadores”.

El riesgo de inaplicación convencional o más frecuentemente la afectación de otro resultado pactado no ha podido ser minimizado con la suscripción del acuerdo lo cual parece especialmente lógico si tenemos en cuenta que uno de los aspectos más importantes de la Ley 3/2012 fue precisamente la modificación operada en el art. 84.2 ET para establecer una preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa en determinadas materias.

3.1. El plan de acción confederal de CCOO y UGT

Las federaciones sindicales mayoritarias han realizado, con buen criterio, una ofensiva judicial en aras a la impugnación de los convenios de empresas multiservicios, negociados claramente a la baja respecto a los estándares contenidos en la negociación sectorial de referencia. Esta decisión, coherente con la estrategia desarrollada en el ámbito sectorial, ha supuesto, en la práctica, su postergación como signatarios de estos

https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/09/19/midiner/1505846797_144222.html.

³⁰ BOE 20.6.2015.

convenios y aun así según estimaciones de la UGT “50.000 trabajadores ven reguladas sus condiciones por convenios de empresas multiservicios”³¹; convenios que, en su mayoría, solo prevén “cláusulas genéricas de remisión, en lo no previsto en ellos, al ordenamiento laboral común, sin hacer ninguna referencia a los convenios colectivos sectoriales que regulan las diferentes actividades que desarrollan ni establecer salvedad alguna al respecto”³², cuando sería muchísimo más efectivo para la protección de los trabajadores de estas empresas que se incorporase una remisión expresa al convenio sectorial como derecho supletorio, urgiendo a sus signatarios a tratar de incluir esta previsión en las futuras negociaciones.

3.2. La respuesta sectorial

La plena consolidación de las empresas multiservicios en el tráfico mercantil no solo ha generado una competencia desleal³³ sino una precarización de las condiciones de trabajo. Para tratar de enmendar esta situación, la negociación colectiva debiese tener un relevante papel en la regulación de múltiples aspectos afectantes a los procesos de subcontratación, significadamente si la externalización se ha instrumentalizado a través de una empresa multiservicio³⁴.

Hasta el momento, la negociación colectiva sectorial ha postulado tres vías de reacción:

La primera ha sido ideada en sectores muy afectados por la descentralización productiva, incluyendo mecanismos de subrogación convencional con el objetivo de garantizar el empleo de los trabajadores, siendo bastante frecuente que condicionen la aplicación de este mecanismo al cumplimiento de determinados requisitos de carácter formal (entre otros, exigir que el trabajador acredite una determinada antigüedad en la empresa o que esté vinculado a la misma por un determinado tipo de

³¹ Con un completo cuadro de los convenios de empresas multiservicios actualmente vigentes, UGT - Federación Servicios, Movilidad y Consumo, *Empresas multiservicios, o cómo precarizar el empleo Análisis de las empresas multiservicios 2016*, op. cit., p. 10.

³² Conferencia dictada por Emilio Palomo Balda en las Jornadas de Estudio organizadas por el Gabinete de Estudios Jurídicos de CCOO. Puntos Críticos en materia de Libertad Sindical y Negociación Colectiva (p. 21, original multicopiado).

³³ López Balaguer, M., “Empresas de trabajo temporal y empresas multiservicios: la historia que se repite”, *Documentación Laboral*, vol. 110, 2017, pp. 69-71.

³⁴ Ramos Quintana, M.I., “La condición de empresario en los procesos de descentralización productiva”, *Trabajo y Derecho*, vol. 25, 2016, p. 15, del documento electrónico.

contrato), de modo que la subrogación solo se produce si se cumplen las exigencias previstas en el convenio y con los efectos que en el mismo se disponen. La función de estas cláusulas es evitar que la continuidad de los contratos, en sectores fuertemente expuestos a la subcontratación, quede al albur de la voluntad del nuevo contratista, imponiéndole la obligatoria subrogación en los contratos de todos o parte de los trabajadores empleados por el anterior titular de la contrata.

La negociación colectiva ha ido dotando de mayor sofisticación y detalle la regulación de las cláusulas de subrogación convencional, delimitando con mayor o menor precisión los supuestos en que esta procede y los requisitos que deben cumplirse para que opere este mecanismo³⁵. Buen ejemplo de la afirmación anterior se observa en la cláusula de subrogación pactada en el convenio sectorial de limpieza³⁶, la cual no solo regula de manera muy detallada el proceso, previendo que “operará la subrogación del personal cuando tenga lugar un cambio de contratista o de subcontratista, en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional del artículo del presente convenio, en cualquier tipo de cliente, ya sea público o privado” sino que la misma ha sido modificada para garantizar la subrogación incluso aunque el servicio se haya visto reducido en la nueva adjudicación³⁷.

Mayores dudas de legalidad plantean las cláusulas contenidas en varios convenios de ámbito sectorial que contemplan la obligación de subrogación en los supuestos de reversión de la contrata o internalización del servicio. Pues bien, compartimos que este tipo de cláusulas solo serán aplicables en el caso en que la empresa cliente pertenezca al mismo sector de actividad que la empresa contratista, un supuesto, sin duda, muy excepcional, pues las empresas multiservicios suelen cubrir servicios de carácter auxiliar, normalmente ajenos al ciclo productivo de la empresa principal³⁸.

Otro problema que plantean estos mecanismos subrogatorios es su aplicabilidad cuando es una empresa multiservicio la adjudicataria y la misma cuenta con convenio de empresa propio, cronológicamente

³⁵ De la Puebla Pinilla, A., “Subrogación convencional y sucesión de empresas”, *Revista Gallega de Derecho Social*, vol. 1, 2017, p. 85.

³⁶ BOE 23.5.2013.

³⁷ El texto del convenio fue modificado en aras a garantizar la estabilidad en el empleo pues se acordó que el mecanismo de subrogación operará en todo caso. Véase el texto vigente en el BOE 17.10.2014.

³⁸ Véanse convenios citados en la nota 216, Aragón Gómez, C., “Cláusulas de subrogación convencional”, en CCOO (ed.), *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, Fundación 1º Mayo, Lefebvre el Derecho, Madrid, p. 443.

anterior al convenio de sector. Parte de la doctrina judicial ha entendido que si el convenio sectorial prevé la obligación de subrogación y el de empresa no, aunque este último sea anterior, estaríamos “ante un supuesto de concurrencia no conflictiva de normas, que no impediría la aplicación del sectorial”³⁹, esta interpretación, sin embargo, ha sido cuestionada por parte de la doctrina más solvente en la medida que considera que la misma parte de un presupuesto previo voluntarista: “que la no regulación de mecanismos regulatorios en el convenio empresarial constituye una laguna convencional que determina la aplicación de la cláusula general de supletoriedad de la normativa estatutaria, obviando que esa omisión convencional probablemente sea deliberada”⁴⁰, de ahí que entendamos que resultaría de aplicación el convenio de empresa, salvo que este remita expresamente a eventuales previsiones sectoriales en materia de subrogación⁴¹.

La segunda medida se dirige a la inclusión en el ámbito funcional del convenio sectorial a las empresas multiservicios; sirvan como ejemplo las tipologías de cláusulas contenidas en el convenio de hostelería de Málaga⁴² que prevé que las actividades desarrolladas por camareras de pisos, personal de restaurante, cocina y recepción, cualquiera que sea la empresa para la que presten sus servicios, les serán de aplicación las condiciones previstas en el convenio sectorial o la contenida en el CC de Hostelería de Las Palmas⁴³ que prevé que dicho texto se aplicará a todas aquellas empresas que, en virtud de cualquier tipo de contrato, siempre que sea con aportación de personal, realicen uno o varios servicios, actividades o tareas de los prestados en cualquier establecimiento sujeto al ámbito funcional del convenio sectorial, debiéndose en estos supuestos aplicar al personal puesto a disposición y durante el tiempo que estos se encuentren prestando tales servicios, las condiciones generales contenidas en el mismo, y en particular la tabla salarial que corresponda a la categoría del establecimiento, excluyendo «de esta obligación aquellos servicios o tareas especializadas, prestados por trabajadores o trabajadoras cuya categoría profesional y/o funciones no se encuentren incluidos en el Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal de Hostelería».

Esta decisión sindical no persigue tanto la inclusión de nuevas actividades

³⁹ STSJ Cataluña 20.1.2017 (R° 6643/2016) o STSJ Castilla la Mancha 18.2.2016 (R° 1801/2015).

⁴⁰ Vicente Palacio, A., *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subvuelto*, *op. cit.*, p. 111.

⁴¹ Aragón Gómez, C., “Cláusulas de subrogación convencional”, *op. cit.*, p. 445.

⁴² BOPMA 31.10.2014.

⁴³ BOP 1.2.2014.

sino la intención de vincular a empresas multiservicios, independiente del objeto social con el que dichas empresas operen en el sector, poniendo el acento en la actividad desarrollada, con independencia de la forma jurídica que la empresa adopte si bien esta redacción omnicomprendiva pudiese plantear problemas en lo que hace a la capacidad de la patronal pactante para representar a estas empresas multiservicios. Ahora bien, el art. 82.3 ET prevé que los “convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia” y del mandato estatutario se colige que el convenio ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Sentado lo anterior, la representación de los sujetos negociadores en los convenios colectivos estatutarios es legal y no voluntaria, es decir, la cuestión se plantea en relación a la representatividad de los sujetos negociadores⁴⁴.

Partiendo de la naturaleza legal de la representatividad patronal, una vez que una asociación empresarial acredita tener el porcentaje de empresas adheridas (y de trabajadores ocupados por ellas) que establecen dichos preceptos, la misma quedará legitimada para negociar en el marco del ET y, en razón de ello, el acuerdo o convenio colectivo alcanzado tendrá eficacia general⁴⁵. Con este tipo de cláusulas “no se produce extralimitación o intromisión alguna en el ámbito sectorial con infracción de las reglas de legitimación negociadora pues no se incluye a empresario y trabajadores ajenos a los legitimados para negociar”⁴⁶. Es más, si así fuera, la empresa multiservicio impugnaría el convenio, fundamentando su demanda en la jurisprudencia del TS⁴⁷ que señala que “la libertad que tienen las partes negociadoras de fijar el ámbito de aplicación del convenio colectivo que concierten, no puede ser entendida en términos absolutos, sino con relación a la unidad negociadora de que se trate y a la representatividad que ostentaren las partes intervinientes en la

⁴⁴ Esteve Segarra, A., “Las cláusulas de delimitación funcional inclusivas de las empresas multiservicios en convenios sectoriales”, *Revista de derecho social*, vol. 71, 2015, p. 47.

⁴⁵ En relación a los acuerdos fin de huelga pero cuyas conclusiones son trasladables al supuesto aquí analizado, Rodríguez Fernández, M.L., “La eficacia jurídica de la negociación colectiva sectorial de carácter transversal: el ejemplo de los acuerdos para empresas contratistas y subcontratistas de REPSOL-YPF”, *Iustel. RGSS*, vol. 7, 2004, p. 12.

⁴⁶ Palomo Balda, E., “El estatus laboral de los trabajadores de las empresas multiservicios y la problemática de la determinación del convenio sectorial de referencia”, *op. cit.*, p. 49.

⁴⁷ STS 21.1.2010 (R° 208/2009).

negociación”.

Para minimizar estos riesgos, debemos valorar como muy positiva la redacción de la cláusula prevista en el CC Hostelería de Alicante⁴⁸ a este respecto. Para evitar la competencia desleal obliga a todas las empresas incluidas en su ámbito funcional y que contraten o subcontraten con otras empresas actividades o servicios de las áreas de comedor-restaurante, bar, cocina, recepción, pisos y limpieza a incluir en el contrato mercantil “una cláusula por la que se obliga a la empresa externa a cumplir con todas las obligaciones de naturaleza salarial establecidas en el convenio de hostelería para todos los trabajadores que presten servicios en empresas que son objeto de dicho convenio colectivo, además de cumplir con los demás deberes previstos en el art. 42 y 64 ET”. Se cierra esta regulación con un sistema de garantía al prever que “la empresa principal responderá subsidiariamente y, en su caso, solidariamente de las obligaciones previstas en este artículo”. Dos son las razones que permiten afirmar la idoneidad de esta regulación convencional:

La primera, porque armoniza las condiciones económicas de la contrata con las condiciones laborales del personal llamado a ejecutarla, incorporando expresamente esta protección en el articulado del contrato mercantil lo que permite su aplicación, aun existiendo un convenio de empresa y, en segundo lugar, porque apuntala la protección al “disponer que la empresa principal responderá subsidiariamente y, en su caso, solidariamente de la obligación que establece, lo que significa que los trabajadores de la empresa contratista pueden accionar frente a la empresa comitente si su empleadora les sujeta a unas condiciones inferiores a las establecidas en el convenio sectorial”.

La tercera tipología de cláusulas se centra en establecer prohibiciones o limitaciones a la externalización de actividades, con cláusulas que bien contemplan una prohibición absoluta, tal es el caso del convenio de exhibición cinematográfica de Girona, Lleida y Tarragona⁴⁹ que taxativamente señala que “no se permite contratar a personal de empresas de servicios integrales o de empresas de servicios para prestar servicios en régimen de dependencia, es decir, dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa de exhibición” de aquellas otras cláusulas que optan por limitar los puestos susceptibles de externalización. Como ejemplo de esta otra tipología cabe referir el convenio de hostelería de Tenerife⁵⁰ que prohíbe a las empresas incluidas en su ámbito de aplicación

⁴⁸ BOP Alicante 28.9.2017.

⁴⁹ DOGC 29.8.2016.

⁵⁰ BO Tenerife 28.10.2015.

la subcontratación con otras empresas de “personal para los servicios de restaurantes, bares, cocinas, recepción y pisos”, admitiéndose, por el contrario, que sean objeto de contratación o subcontratación actividades profesionales, de carácter accesorio en el sector (seguridad, jardinería, animación, tareas específicas de mantenimiento técnico, servicios de socorrismo y especializadas de limpieza, etc.)⁵¹.

Al igual que ocurre con las empresas de trabajo temporal, las cláusulas que impongan la prohibición de recurrir a empresas multiservicios podrían considerarse contrarias a la legislación de competencia, habida cuenta que el art. 1.1 Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia⁵², expresamente declara que “se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional”. A este respecto, conviene recordar que la doctrina judicial ha validado regulaciones convencionales que si bien limitan el uso de la contratación indirecta a través de empresas de trabajo temporal condicionan la legalidad de dichas cláusulas a que las mismas no estableciesen limitaciones -ni mucho menos prohibiciones- sino mejoras de los derechos laborales de los trabajadores afectados por el convenio en la línea de lo que viene siendo un deseo del legislador de reducir la dualidad y temporalidad del mercado de trabajo⁵³.

3.3. Nuevos caminos a transitar: convenios de empresas vinculadas

El RD Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, dio carta de naturaleza a un nuevo ámbito al reconocer a los convenios de redes de empresas. Esta modificación normativa, muy aplaudida en el momento de aprobación de la reforma, permitiría una regulación convencional homogénea o al menos, equitativa de las condiciones laborales de los trabajadores afectados por la externalización productiva pues es evidente que el desigual tratamiento convencional es el mecanismo que materializa las diferencias de costes

⁵¹ UGT - Federación Servicios, Movilidad y Consumo, *Empresas multiservicios, o cómo precarizar el empleo Análisis de las empresas multiservicios 2016*, UGT, Madrid, 2016, p. 28.

⁵² BOE 4.7.2007.

⁵³ Muñoz Ruíz, A.B., “El contrato de apoyo a los emprendedores en la negociación colectiva: derecho necesario, mejora y libre competencia”, *Información Laboral*, vol. 9, 2015.

laborales entre los trabajadores de la principal, generalmente regidos por convenio propio, y los trabajadores de empresas auxiliares, cubiertos, por lo habitual, por convenios de carácter sectorial provincial, cuando no por convenios de empresas, negociados claramente a la baja. Lamentablemente este nuevo ámbito apenas ha tenido acogida en el mapa negociador español, en parte por la complejidad que plantea la articulación de una negociación colectiva susceptible de homogeneizar las condiciones laborales de los distintos trabajadores contratados por la pluralidad de empresas que conforman la red. El poder de negociación de muchas de las empresas contratistas -singularmente si estas son multiservicios- es extremadamente débil, de ahí que “fijar la unidad de negociación en función de estos criterios resulta inestable e inseguro”⁵⁴.

Una de las escasas experiencias en este sentido la ofrece el convenio suscrito entre Adecco Outsourcing S.A.U y Atlas Servicios Empresariales SAU que tiene por objeto regular las condiciones de trabajo entre las empresas citadas y los trabajadores de las mismas. A juicio de uno de los sindicatos firmantes de dicho convenio, su rúbrica se “enmarca dentro de la campaña confederal emprendida en el ámbito de las empresas multiservicios. En nombre de CCOO, ha firmado una representante de la Federación de Servicios, un representante de la Federación de Industria y un representante de la Federación de Servicios, lo que visibiliza la multisectorialidad en las que incurren estas empresas”⁵⁵.

Para calibrar su importancia, se ha de recordar que este acuerdo consolida la doctrina judicial⁵⁶ que entiende que cuando se trata de establecer el convenio aplicable a trabajadores de una empresa multiservicios se ha de determinar cada una de las actividades ofertadas para aplicar el convenio que se corresponda con esas actividades a los trabajadores ocupados en las tareas inherentes a aquellas; serían de aplicación, por consiguiente, tantos convenios como actividades lleva a cabo la empresa multiservicios. Solo en el caso de no existir convenio sectorial será de aplicación el convenio de empresas vinculadas suscrito, utilizando para ello la siguiente cláusula: “Y así, si la actividad a realizar tiene un carácter transversal y esta se regula

⁵⁴ Tomás Jiménez, N., *Los sujetos del convenio colectivo: partes negociadoras*, Comares, Granada, 2013, p. 206.

⁵⁵ BOE 4.7.2017.

⁵⁶ El entrecomillado pertenece al Criterio operativo Inspección sobre cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en el ámbito de empresas de servicios. Y con múltiples referencias a Expedientes de la CCNCC que confirma esta interpretación, Falguera Baró, M.A., *La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación*, op. cit., p. 85; Vicente Palacio, A., *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, op. cit., p. 60.

específicamente por un convenio colectivo sectorial de ámbito estatal, autonómico o provincial, será este el convenio colectivo que se tome como referencia de aplicación. (...) Para el caso de que la actividad a realizar no se encuentre en ninguno de los supuestos anteriores; es decir, cuando la actividad a realizar no esté regulada específicamente por un convenio se aplicarán en su integridad las condiciones establecidas en el presente convenio colectivo (v.gr.: servicios auxiliares de controles de acceso, conserjería, etc.)”.

3.4. ¿Es posible una negociación sectorial en el ámbito de las empresas multiservicio?

Es evidente que no existe una predisposición sindical a la suscripción de un convenio sectorial de empresas multiservicios que, en cualquiera de los ámbitos territoriales, estableciese un marco de regulación unitaria de relaciones laborales para el conjunto de empresas dedicadas a la gestión integral de servicios⁵⁷.

Sí que parece existir este interés del lado patronal como evidencia la creación de la “asociación de empresas de externalización de servicios auxiliares a la producción”⁵⁸. En lo que hace a su objeto fundacional, sus propios estatutos (art. 6) establecen como fines de la asociación los de representar, gestionar y defender los intereses empresariales o profesionales de sus asociados frente a sindicatos, pudiendo intervenir en negociaciones y adoptar las decisiones procedentes en la formalización de convenios, pactos y acuerdos administrativos, fiscales, laborales y de cualquier otro tipo. Con idénticos fines se acaba de constituir la “Asociación Nacional de Empresas de Multiservicios”⁵⁹. Tanto en uno como en otro caso, su creación pretende materializar una negociación colectiva sectorial que resuelva, de una vez por todas, cuál es el convenio aplicable a las empresas multiservicios de no existir convenio de empresa. Desde la perspectiva sindical, el principal elemento en contra de la apertura de este nuevo espacio de negociación es que su consolidación vaciaría de contenido buena parte de los actuales ámbitos funcionales

⁵⁷ Palomo Balda, E., “El estatus laboral de los trabajadores de las empresas multiservicios y la problemática de la determinación del convenio sectorial de referencia”, *op. cit.*, p. 18.

⁵⁸ BOE 19.8.2016. Promovida en representación de las siguientes multiservicios: Adecco Outsourcing, S.A.U., Grupo Norte Outsourcing Servicios Integrales, Clece, S.A., D. de Eulen, S.A., DAvanza Externalización de Servicios, Stock Uno Grupo de Servicios, Ate Sistemas y Proyectos Singulares, Ctc Externalización, S.L., Atlas Servicios Empresariales, S.A.U., Ilunion Outsourcing, Acciona Facility Service, Ferroviaal Servicios, S.A., y Adaptalia, Especialidades de Externalización, S.L.

⁵⁹ BOE 7.10.2017.

sectoriales, toda vez que las empresas multiservicio no crean una nueva actividad sino una forma de prestar la actividad, de modo que prácticamente todos los servicios que ofertan a terceras empresas (salvedad hecha del sector de control de acceso, huérfano de convenio) son, a su vez, actividades que cuentan con regulación sectorial. La hipotética aprobación de este convenio sectorial supondría un vaciamiento del ámbito funcional de algunos textos vigentes; ahora bien, si la apertura de este nuevo ámbito funcional mejorase las paupérrimas condiciones laborales de los trabajadores de este sector (aunque solo alcanzase a aquellos no regidos por convenios de empresa) podría suponer un tímido avance en la protección de este colectivo, máxime ante la falta de intervención legislativa en el sector privado.

La mejor doctrina⁶⁰ ha postulado una solución intermedia a este respecto mediante la utilización de una fórmula que “se revela especialmente útil para zanjar la cuestión, cual es la negociación de un Acuerdo Interprofesional, mecanismo que no solo es el que mejor se acomoda al principio de autonomía colectiva que informa nuestro sistema de relaciones laborales sino el que tiene la virtualidad necesaria para procurar una solución de eficacia general e inobjetable jurídicamente”.

4. La respuesta judicial

La última vía de protección de los trabajadores de las empresas multiservicios está siendo articulada por la doctrina judicial: de un lado, aplicando el convenio sectorial incluso a empresas que cuentan con convenio colectivo propio y, de otro, mediante la anulación en sede judicial de muchos convenios de empresas multiservicios por vulnerar el principio de correspondencia en relación al ámbito de afectación del convenio suscrito y la legitimidad del representante legal firmante.

4.1. La aplicación del convenio sectorial aun existiendo un convenio de empresa

La apelación al fraude de ley para justificar la aplicación del convenio sectorial ha sido el argumento esgrimido en la STSJ Andalucía (Málaga) de

⁶⁰ Palomo Balda, E., “El estatus laboral de los trabajadores de las empresas multiservicios y la problemática de la determinación del convenio sectorial de referencia”, *op. cit.*, p. 18.

19 de abril de 2017⁶¹ al entender que los servicios prestados por la demandante se encuentran dentro del ámbito de aplicación del convenio provincial de hostelería, citando en apoyo de su tesis las STJS Canarias de 4 de diciembre de 2015 -recurso 1063/2015-. El referido convenio dispone, en su artículo 1 que será de aplicación a las empresas y trabajadores del sector de la hostelería y que se incluyen en este sector todas las empresas que, independientemente de su titularidad y fines perseguidos, realicen en instalaciones fijas o móviles y tanto de manera permanente como eventual una serie de actividades, regulando en las secciones primera y segunda, los hoteles y en su artículo 3.1 que a las actividades desarrolladas por camareras de pisos, personal de restaurante, cocina y recepción, cualquiera que sea la empresa para la que presten sus servicios, les serán de aplicación las condiciones previstas en el convenio sectorial

Aunque la empresa multiservicio demandada cuenta con un convenio propio⁶², el TSJ sostiene que “el artículo 42 ET regula la subcontratación de obras o servicios entre empresas, permitiendo que el objeto de la misma sean obras o servicios correspondientes a la propia actividad desempeñada, estableciendo unas garantías para los trabajadores en estos supuestos. A su juicio, la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de la que es exponente la sentencia de 21 de julio de 2016 entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la misma, y sostiene que si la actividad subcontratada corresponde a la propia actividad de aquella, los trabajadores de esta tienen derecho al reconocimiento de las garantías establecidas en el artículo 42 ET, en concreto, de las obligaciones de seguridad social y de naturaleza salarial, en los términos establecidos en el apartado segundo del mismo”.

Para sostener este fallo, el TSJ considera que “esta conclusión viene avalada por el contenido del artículo 3.1 CC de hostelería de la provincia de Málaga, que reconoce a las camareras de pisos las condiciones que figuran en ese convenio colectivo con independencia de que la empresa que las haya contratado no sea la titular del hotel”, y “aunque no se argumente expresamente parece que es el fraude de ley la pértiga que permite a la Sala elevarse por encima de la previsión contenida en el art. 84.2 ET”⁶³. También la STSJ Canarias (Las Palmas) de 10 de febrero de

⁶¹ Recurso 387/2017. El TS ha inadmitido el recurso presentado por la empresa en un reciente Auto de 22.2.2018, confirmando así la sentencia del TSJ andaluz.

⁶² BOE 31.8.2009.

⁶³ Palomo Balda, E., “El estatus laboral de los trabajadores de las empresas multiservicios y la problemática de la determinación del convenio sectorial de referencia”, *op. cit.*, p. 44.

2017⁶⁴ entiende aplicable el convenio sectorial a pesar de la existencia de un convenio de empresa, entendiendo que “el artículo 1 del convenio provincial de hostelería establece que el mismo afectará a las empresas contratadas para prestar servicios en establecimientos sujetos al ámbito funcional del convenio que quedan obligadas a aplicar al personal puesto a disposición y durante el tiempo que éstos se encuentran prestando tales servicios, las condiciones generales contenidas en el mismo y en particular la tabla salarial que corresponda la categoría del establecimiento”.

A juicio de la Sala, esta previsión persigue evitar la utilización de la técnica de la contrata o subcontrata para burlar las exigencias legales tuitivas previstas a favor de los trabajadores cuando interviene una ETT, que sí tiene obligación expresa de respetar las condiciones de trabajo o salariales propias de los trabajadores de la misma categoría pertenecientes a la empresa principal.

Aun compartiendo que uno de los mayores desafíos para la protección de los trabajadores de las empresas multiservicios y, en consecuencia, para la acción sindical en este ámbito es “definir cómo dar respuesta a las formas de organización de las empresas que, a través del proceso de descentralización o externalización de actividades, tratan de soslayar la negociación colectiva, deteriorar las condiciones de trabajo y provocar la depresión de los salarios y los derechos laborales”⁶⁵, el vigente artículo 84.2 ET admite una negociación “*in peius*”⁶⁶, por ello y, aun pareciéndonos muy loables los pronunciamientos referidos, a la luz del derecho positivo parece que tendrán poco recorrido.

4.2. La anulación de los convenios de empresas multiservicios

Un completísimo análisis de la negociación colectiva desarrollada en este ámbito ha puesto el acento tanto en la elevada participación de sujetos independientes de naturaleza unitaria como signatarios del convenio como en la escasísima duración de los periodos de negociación⁶⁷. Con buen

⁶⁴ Recurso 1138/2016 y las SSTSJ Canarias 20.3.2017 (R° 1136/2016), 21.3.2017 (R° 3/2017), 13.6.2017 (R° 558/2017).

⁶⁵ UGT - Federación Servicios, Movilidad y Consumo, *Empresas multiservicios, o cómo precarizar el empleo Análisis de las empresas multiservicios 2016*, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁶ Muy crítico con la argumentación del TSJ, Palomo Balda, E., “El estatus laboral de los trabajadores de las empresas multiservicios y la problemática de la determinación del convenio sectorial de referencia”, *op. cit.*, p. 70.

⁶⁷ Vicente Palacio, A., *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*,

criterio, CCOO y UGT han realizado una ofensiva judicial en aras a la impugnación de estos convenios, alegando vulneración de las normas de capacidad y legitimación estatutarias, consiguiendo la anulación de muchos de ellos por conculcar el principio de correspondencia⁶⁸. La mayoría de estos convenios han sido negociados por delegados de personal elegidos en un único centro pero pretenden extenderse a todos los centros de la empresa, siendo anulados por los Tribunales, toda vez que el ámbito funcional del convenio tiene un alcance mayor que la representatividad legal que el delegado ostenta.

5. Algunas consideraciones finales

Es evidente que ante la plena consolidación de las empresas multiservicios y la anomia legal en la materia, el papel de la acción sindical y de la negociación colectiva sectorial devienen fundamentales, debiendo valorarse de forma muy positiva que tanto UGT como CCOO hayan acordado un plan de acción conjunta en relación a este nuevo operador jurídico, básicamente concretado en la no promoción de convenios en empresas multiservicios en tanto no se reforme el marco legal. Esta decisión, coherente con la estrategia sindical desarrollada en el ámbito sectorial, ha supuesto, en la práctica, su postergación como signatarios de estos convenios.

De manera más propositiva, existe un cierto consenso doctrinal y social en la necesidad de reformular el marco jurídico y para ello los sindicatos han instado a extender la solución arbitrada en la Ley de Contratos del Sector Público aunque, a nuestro juicio, sería más conveniente que se produjese una modificación legislativa que abordarse a las empresas multiservicios en su integridad, legislando allá donde la regulación convencional no ha llegado.

6. Bibliografía

Aragón Gómez, C., “Cláusulas de subrogación convencional”, en CCOO (ed.), *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, Fundación 1º Mayo, Lefebvre el Derecho, Madrid.

op. cit., p. 94.

⁶⁸ Puede consultarse el Informe elaborado por la Secretaría de Acción Sindical de UGT en relación a los convenios de empresa multiservicios anulados en: portal.ugt.org/actualidad/2015/diciembre/inf-03.pdf.

- De la Puebla Pinilla, A., “Subrogación convencional y sucesión de empresas”, *Revista Gallega de Derecho Social*, vol. 1, 2017.
- Esteve Segarra, A., “La selección del convenio colectivo en empresas multiservicios. A propósito de la STS de 17 de marzo de 2015”, *Revista de información laboral*, vol. 9, 2015, pp. 17-30.
- Esteve Segarra, A., “Las cláusulas de delimitación funcional inclusivas de las empresas multiservicios en convenios sectoriales”, *Revista de derecho social*, vol. 71, 2015, pp. 39-54.
- Falguera Baró, M.A., *La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación*, Bomarzo, Albacete, 2015.
- García Rubio, M. (coord.), *Declaración del Consejo Autonómico de Fundaciones del Principado de Asturias acerca de la contratación pública responsable y de las cláusulas sociales en los pliegos públicos de contratación*, Consejo Autonómico Fundaciones Principado de Asturias, Gijón, 2016.
- Gimeno Diaz de Atauri, P., “La aplicación de convenios colectivos en la prestación transnacional de servicios y el CETA ¿hay riesgo de nuevos “casos Ruffert”?”, en Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (ed.), *Balance y perspectivas de la política laboral y social europea*, Cinca, Madrid, 2017.
- González Calvo, M., “Presentación”, en CCOO (ed.), *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, Fundación 1º Mayo; Lefebvre el Derecho, Madrid.
- López Balaguer, M., “Empresas de trabajo temporal y empresas multiservicios: la historia que se repite”, *Documentación Laboral*, vol. 110, 2017.
- Martínez Fons, D., *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*, Fundación Alternativas, Madrid, 2009.
- Miranda Boto, J.M., “Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, vol. 2, 2016, pp. 69-91.
- Montoya Medina, D., *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Nieto Rojas, P., “La respuesta de la negociación colectiva sectorial a las empresas multiservicios”, *Información Laboral*, vol. 7, 2017, pp. 229-249.
- Palomo Balda, E., “El estatus laboral de los trabajadores de las empresas multiservicios y la problemática de la determinación del convenio sectorial de referencia”, en CCOO (ed.), *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, Fundación 1º Mayo; Lefebvre el Derecho, Madrid.

- Ramos Quintana, M.I., “La condición de empresario en los procesos de descentralización productiva”, *Trabajo y Derecho*, vol. 25, 2016.
- Rodríguez Fernández, M.L., “La eficacia jurídica de la negociación colectiva sectorial de carácter transversal: el ejemplo de los acuerdos para empresas contratistas y subcontratistas de REPSOL-YPF”, *Iustel. RGSS*, vol. 7, 2004.
- Rodríguez Fernández, M.L., *Negociación colectiva, igualdad y democracia*, Comares, Granada, 2016.
- Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Cláusulas sociales y contratación pública”, *Diario La Ley*, vol. 8776, 2016.
- Tomás Jiménez, N., *Los sujetos del convenio colectivo: partes negociadoras*, Comares, Granada, 2013.
- UGT - Federación Servicios, Movilidad y Consumo, *Empresas multiservicios, o cómo precarizar el empleo Análisis de las empresas multiservicios 2016*, UGT, Madrid, 2016.
- Vicente Palacio, A., *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, Atelier, Barcelona, 2016.

Temporalidad y empresas multiservicios*

Daniel PÉREZ DEL PRADO**

RESUMEN: Las llamadas empresas multiservicios se encuentran en el centro del debate político y social debido a su vinculación con diversos tipos de precariedad. Ello se explica, se dice, por su tendencia a escapar de la regulación del convenio colectivo de la empresa principal. A pesar de que el salario y la jornada son las condiciones de trabajo más frecuentemente afectadas, el abuso en la utilización de contratos temporales es también mencionado por la doctrina como otra vía de degradación. Este trabajo analiza si existe base empírica para esta última afirmación y el modo en que la negociación colectiva de este tipo de empresas está afrontando el problema de la temporalidad.

Palabras clave: Empresas multiservicios, temporalidad, negociación colectiva.

SUMARIO: 1. Temporalidad, precariedad y empresas multiservicios. 2. La temporalidad en el sector de las empresas multiservicios. 3. La actuación de la negociación colectiva frente a la temporalidad. 4. A modo de conclusiones: la temporalidad también está presente. 5. Bibliografía.

* Este artículo forma parte del proyecto de investigación “Un derecho del trabajo para la recuperación: competitividad empresarial y cohesión social” (DER2015-64676-C2-2-P). Su contenido se basa en la comunicación que, bajo el mismo título, se presentó al XXVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AEDTSS).

** Profesor titular acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid. daniel.perez.delprado@uc3m.es / [@dpprado](https://twitter.com/dpprado).

Temporality and Multi-utility Companies

ABSTRACT: Multi-utility companies, those whose provide different kinds of services to other companies, are on the core of both social and political debate. They are frequently shown as source of precariousness owed to usually skip from the collective bargaining agreements of the companies they serve.

Despite salary and working time are the most frequent working conditions affected, the massive use of fixed-term contracts is usually mentioned by the legal literature. This paper analyses if there is empirical base to support this kind of description and how collective bargaining of this companies is dealing with the problem of temporality.

Key Words: Multi-utility companies, temporality, collective bargaining.

1. Temporalidad, precariedad y empresas multiservicios

Que España tiene un importante (y antiguo) problema con la temporalidad en el empleo es algo de sobra conocido. Son innumerables los estudios que se han realizado desde sus albores en la década de los 80 hasta hoy en día, abordándose, desde muy diversas perspectivas y planos, sus múltiples manifestaciones en las más diversas áreas⁶⁹ y proponiendo, también, muy variopintas y, en algunas ocasiones, controvertidas soluciones⁷⁰.

Tampoco han faltado los llamamientos desde diversos organismos internacionales y, particularmente la Unión Europea, para que los diversos gobiernos redujeran nuestra anormalmente alta tasa de temporalidad⁷¹. En el plano político, aunque nunca ha dejado de ser un tema central en el ámbito de las condiciones de trabajo, lo cierto es que el debate parece haberse reavivado en los últimos años al calor de determinadas propuestas⁷².

Son múltiples los efectos negativos que la temporalidad conlleva en muy diversos ámbitos. Desde el empleo y los salarios, pasando por la formación, la productividad y la siniestralidad laboral, hasta alcanzar incluso las esferas más cercanas a la vida personal, como las que tienen

⁶⁹ Uno de los más recientes en el ámbito jurídico es Gómez Abelleira, F.J., *Contratos laborales y temporalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. El autor aborda las causas de la dualidad de nuestro mercado de trabajo y realiza un sucinto análisis de por qué las diversas reformas emprendidas han terminado en fracaso para concluir con algunas interesantes propuestas. Desde la perspectiva económica, resulta imprescindible aunque hayan pasado algunos años Toharia Cortés, L. (ed.), *El problema de la temporalidad en España: un diagnóstico*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Subdirección General de Publicaciones, 2005.

⁷⁰ Sin duda la más destacada es el conocido “contrato único”, aunque en sus diversas versiones haya cambiado de denominación. A este respecto véase Dolado Llobregad, J.J. y Felgueroso, F., *Propuesta para la reactivación laboral en España*, E-Book, 2009, fecha de consulta 21 abril 2018, en http://crisis09.fedea.net/propuesta/?page_id=755. Sobre la evolución experimentada por la propuesta, Jimeno Serrano, J.F., “La rocambolesca historia del contrato único”, *Nada es Gratis*, fecha de consulta 21 abril 2018, en <http://nadaesgratis.es/bentolila/la-rocambolesca-historia-del-contrato-unico>.

⁷¹ Quizá el más reciente, quejándose además de la poca efectividad de la respuesta española, Comisión Europea, *Country Report Spain 2018 Including an In-Depth Review on the prevention and correction of macroeconomic imbalances*, Comisión Europea, Bruselas, 2018.

⁷² Nos estamos refiriendo a Proposición de Ley de lucha contra la precariedad laboral (BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 223-1, de 09/03/2018) del grupo parlamentario de Ciudadanos y que se inspira, en la propuesta de contrato único. Puede consultarse el texto íntegro en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-223-1.PDF#page=1

que ver con la emancipación y la familia⁷³. Dicho de otra forma, la temporalidad tiene consecuencias nocivas tanto en el plano macroeconómico, afectando al propio funcionamiento del mercado de trabajo y del conjunto de la economía; como en el microeconómico, dejándose notar también en las condiciones no solo laborales, sino también sociales del conjunto de la población.

Frecuentemente buena parte de estos efectos negativos suelen agruparse bajo el término próximo de “dualidad”⁷⁴, que no viene más que a poner de manifiesto las muy diferentes condiciones de trabajadores, en nuestro caso, se dice, de fijos y temporales. Este doble estrato se explicaría, desde la perspectiva “insider-outsider”⁷⁵, como una suerte de “trade off” entre las condiciones de trabajo de aquéllos y éstos. Así, para el acceso al empleo y la mejora de las condiciones de trabajo de los temporales se requeriría, de acuerdo con este postulado, de una rebaja de las garantías alcanzadas por los indefinidos. Sin embargo, al oponerse éstos, vía sindicatos, a cualquier medida reductora de sus condiciones laborales, condenarían a los temporales a la permanencia en el empleo y la precariedad. Desde este enfoque, únicamente la cesión de los fijos, en particular en relación a los costes del despido o los salarios, puede contribuir a mejorar la situación de temporales⁷⁶.

Aunque no parece que haya evidencia empírica que vincule menores coste de despido y más empleo⁷⁷, lo cierto es que estos argumentos de

⁷³ Pérez del Prado, D., “Los efectos de la temporalidad más allá del mercado de trabajo”, en Gómez Abelleira, F.J. (ed.) *La temporalidad laboral como problema jurídico: diagnósticos y soluciones*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 61-96.

⁷⁴ Piore, M., “The Dual Labor Market: Theory and Implications”, en Gordon, D.M. (ed.), *Problems in political economy: an urban perspective*, 2nd ed, D.C. Heath, Lexington, Mass., 1977. La dualidad hunde sus raíces, a su vez, en la teoría de la segmentación. Un brillante síntesis puede encontrarse en Gómez Abelleira, F.J., *Contratos laborales y temporalidad*, op. cit., pp. 25-28. No obstante, incluso pueden encontrarse antecedentes más antiguos en Marx. Marx, K., *El capital: crítica de la economía política. Libro primero*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2002, p. 801.

⁷⁵ Lindbeck, A. and Snower, D.J., *The insider-outsider theory of employment and unemployment*, The MIT Press, Cambridge [etc], 1988. Solow, R.M., “Insiders and Outsiders in Wage Determination”, *The Scandinavian Journal of Economics*, vol. 87, 2, 1985, pp. 411-428.

⁷⁶ Ad. Ex. Bentolila, S. and Dolado, J.J., “Labour flexibility and wages: lessons from Spain”, *CEMFI, DT*, n. 9406, 1994.

⁷⁷ “Pese a la generalización de la idea de que los costes de desempleo [despido] suponen una rémora para el empleo, no existe un consenso científico al respecto; las divergencias se dan tanto en los planteamientos teórico como en las evaluaciones empíricas de los mismos modelos”. Gimeno Díaz de Atauri, P., *El coste del despido: y otras formas de terminación del contrato de trabajo por iniciativa empresarial: un análisis jurídico y económico*, Thomson Reuters Lex Nova, Valladolid, 2014, p. 61.

“pendiente resbaladiza” parecen haber calado de forma muy notable en el ámbito político y entre la opinión pública.

Sea como fuere, la revisión de los datos más recientes no deja de producir cierta zozobra⁷⁸, pues la reducción de la indemnización por despido articulada principalmente a través de la reforma laboral de 2012 no parece haber sido suficiente como para producir un punto de inflexión en el comportamiento de la temporalidad de nuestro país. Al contrario, parece más bien que fue la crisis económica la que propició una transitoria reducción en sus niveles, pues con la recuperación han vuelto a incrementarse⁷⁹.

En suma, la temporalidad parece ser un problema enquistado de nuestro sistema de relaciones laborales desde hace tres décadas⁸⁰, sin que ninguna de las medidas aplicadas hasta ahora haya logrado ponerle freno de una forma contundente. Es por ello, probablemente, la primera y principal manifestación de precariedad laboral en España.

De otra parte, a lo largo de las últimas décadas diversos tipos de empresas han sido objeto de atención como consecuencia de su vinculación con diversas manifestaciones de trabajo precario. Tal fue el caso de las ETTs en los 80, las contratas y subcontratas posteriormente y, como evolución de las anteriores, las denominadas como “empresas multiservicios” más recientemente⁸¹.

Éstas, también denominadas como “empresas de servicios múltiples”, de “gestión integral de servicios” o “outsourcing global”, han sido definidas como “sociedades con objeto social amplio”, que no están especializadas en una actividad o servicio concreto, sino, al contrario, prestan una pluralidad de servicios de muy diversa índole⁸².

⁷⁸ Goerlich Peset, J.M., “¿Es necesario revisar el marco normativo de la contratación temporal?”, *Documentación laboral*, 110, 2017, p. 13.

⁷⁹ De acuerdo con los datos del INE, la tasa de temporalidad tocó fondo en el primer trimestre de 2013, con un 21,9%. A partir de ese momento se ha venido incrementando, cerrando 2017 en el 26,7%. A este respecto, véase Gráfico 3.

⁸⁰ De un auténtico “cáncer”, se le ha calificado. Desdentado Bonete, A. y de la Puebla Pinilla, A., “La reforma del despido en la Ley 35/2010”, en Aragón Gómez, C., *La reforma del mercado de trabajo: Ley 35/2010, 17 de septiembre, 2010*, ISBN 978-84-9898-262-6, págs. 65-115, 2010, p. 71.

⁸¹ Explicando, entre otras cuestiones, las semejanzas y diferencias entre estas tres diferentes manifestaciones de descentralización productiva, Cavas Martínez, F., “Empresas multiservicios y empresas de trabajo temporal: una aproximación crítica a una realidad preocupante”, *Aranzadi social*, 5, 2007, pp. 825-838. Por su parte, poniendo el acento en el paralelismo existente entre la evolución de las ETTs y las multiservicios, López Balaguer, M., “Empresas de trabajo temporal y empresas multiservicios: la historia que se repite”, *Documentación laboral*, 110, 2017, pp. 57-76.

⁸² Alameda Castillo, M.T., “La cesión de trabajadores a través de empresas

Estas empresas nacen como una fórmula de descentralización productiva que tiene como fin último una gestión más eficiente de los recursos de la empresa, pues la principal podría centrarse en aquellas actividades que constituyen su núcleo esencial de acción, mientras que las adyacentes o subsidiarias pasarían a ser gestionadas por empresas especializadas. Desde una perspectiva teórica se alcanza una mayor eficiencia en un sentido doble, pues tanto la principal como la que asume las actividades externalizadas, en nuestro caso, la multiservicios, se dedican a las actividades en las que muestran una ventaja competitiva.

Sin embargo, la experiencia práctica ha mostrado unos resultados más bien contraproducentes, al menos en el caso de estas últimas. En efecto, las empresas multiservicios no se han especializado en ninguna actividad en particular. Más bien al contrario, han tendido a abarcar un cada vez mayor número de actividades con el fin de ofrecer “servicios integrales”. Es más, aunque en la mayor parte de los casos se trata de actividades auxiliares y de escasa cualificación, se ha observado también una tendencia por parte de las grandes empresas a externalizar otras de mayor requerimiento técnico, como el software, el asesoramiento jurídico, la consultoría, etc. Es aquí donde reside la “paradoja”⁸³ de las sociedades multiservicios porque su ventaja competitiva no se ha basado, como inicialmente se pensó, en la especialización, sino en la reducción de costes laborales. Es ahí donde estas empresas entroncan con la precariedad porque han basado su modelo de negocio en el “dumping social”⁸⁴.

En efecto, de los dos problemas básicos que se suelen vincular a la actividad de las empresas multiservicios, el primero de ellos tiene que ver con la cesión ilegal de trabajadores (art. 43 ET) y su relación con las ETTs. En síntesis, lo que se ha venido a subrayar es que, conforme se ha venido perfeccionando la regulación de las ETTs, afianzando las garantías a favor de los trabajadores, las empresas multiservicios han ganado protagonismo como perfectas sustitutas⁸⁵ de aquéllas que, aprovechando el vacío normativo, permiten una mayor flexibilidad en la gestión y menores costes. Bajo la cobertura de la contrata (art. 42 ET) logran

multiservicios”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2, 2005, p. 353. Cavas Martínez, F., “Empresas multiservicios y empresas de trabajo temporal”, *op. cit.*, p. 828.

⁸³ Fernández Avilés, J.A., “Empresas «multiservicios» y «dumping» social: Estado de la cuestión”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 405, 2016, p. 6.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 7.

⁸⁵ Llano Sánchez, M., “Empresas de servicios, prestamismo laboral y precariedad en el empleo”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1, 2006, p. 168. López Balaguer, M., “Empresas de trabajo temporal y empresas multiservicios”, *op. cit.*, p. 59.

sortear la prohibición de cesión ilegal. A la postre, las empresas multiservicios compiten deslealmente con las ETTs porque consiguen desarrollar una actividad próxima a la cesión de trabajadores, o al menos satisfaciendo las mismas necesidades, pero sin estar sujetas al corsé de la regulación de aquéllas y, por lo que ahora nos interesa, rebajando las condiciones laborales garantizada por esta misma regulación para el caso de las ETTs⁸⁶.

En segundo se relaciona con el convenio colectivo aplicable. Precisamente por dedicarse a diversas tareas, han solido emplear una estrategia tendente a evitar el convenio colectivo sectorial de aplicación a la empresa principal, bien manifestando que ninguno les era aplicable, que otro con menores garantías era aplicable, bien negociando y acordando su propio convenio colectivo de empresa, estableciendo aquí también unas condiciones de trabajo peores que las de sector, especialmente en aquellas áreas en las que el art. 84.2 ET atribuye preferencia aplicativa para esta modalidad de convenio⁸⁷. Ante esta situación, la negociación colectiva

⁸⁶ Los análisis doctrinales de este problema jurídico (y las propuestas para remediarlo) son ya relativamente abundantes, Nogueira Guastavino, M., “Ingeniería jurídica y Empresas de Trabajo Temporal: las difusas fronteras entre las contrataciones y la cesión de trabajadores”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 56, 2000, pp. 221-258. Goerlich Peset, J.M., “Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores”, *Actualidad laboral*, 1, 2001, pp. 39-56. Alameda Castillo, M.T., “La cesión de trabajadores a través de empresas multiservicios”, *op. cit.*, pp. 353-374. Llano Sánchez, M., “Empresas de servicios, prestamismo laboral y precariedad en el empleo”, *op. cit.*, pp. 167-189. Cavas Martínez, F., “Empresas multiservicios y empresas de trabajo temporal”, *op. cit.*, pp. 825-838. Esteve Segarra, M.A., “Las empresas multiservicios: entre las contrataciones de obras y servicios y la cesión ilegal”, en Camps Ruiz, L.M., Ramírez Martínez, J.M. y Sala Franco, T. (eds.), *Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo: estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos*, 2010, pp. 101-116. Esteve Segarra, M.A., *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, Atelier, Barcelona, 2016. Vicente Palacio, M.A., *Empresas multiservicios y precarización del empleo: el trabajador subcedido*, Atelier, Barcelona, 2016. Esteve Segarra, M.A., “Vías para atajar la precariedad en las empresas multiservicios: una contribución al debate”, *Revista de derecho social*, 77, 2017, pp. 215-238. Alfonso Mellado, C.L. y otros, *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, Francis Lefebvre, Fundación 1º de Mayo, 2018.

⁸⁷ También aquí los análisis doctrinales y las propuestas son abundantes. Además de los trabajos anteriores, puede consultarse, Escudero Rodríguez, R.J., “Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo”, en Escudero Rodríguez, R.J. (ed.), *Observatorio de la negociación colectiva*, Comisiones Obreras, CCOO, 2002, pp. 43-70. Rivero Lamas, J.B. (ed.), *La negociación colectiva en el sector de empresas multiservicios*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006. Thibault Aranda, J., “Convenio colectivo aplicable en las empresas de «multiservicios»”, *Actualidad laboral*, 8, 2008, pp. 1-8. Muñoz Ruíz, A.B., “Estrategias de negociación y empresas multiservicios: la problemática del convenio

sectorial ha reaccionado a través de tres mecanismos principales⁸⁸: a) la subrogación convencional para garantizar el empleo, b) la inclusión de las empresas multiservicios en el ámbito de aplicación del convenio, c) la introducción de las circunstancias en que se produce la subrogación. Sin embargo, no parece que esto sea suficiente para atajar éste y el anterior problema, por lo que se viene reclamando la intervención del legislador⁸⁹.

En suma, los análisis teóricos que sobre la negociación colectiva de este sector se han realizado ponen de manifiesto muy a las claras una deliberada estrategia de competencia en costes por parte de este tipo de empresas lo que, lógicamente, implica un fuerte deterioro de buena parte de las condiciones de trabajo de los trabajadores a su servicio. Por su parte, los estudios empíricos parecen corroborar esta última afirmación. Según estos análisis, el 94% de los convenios de empresas multiservicios analizados establecerían unos niveles salariales, al menos, un 20% inferior a los del sector. Asimismo, el 13% fijaría una retribución mínima equivalente al SMI⁹⁰.

Todo ello les ha situado, como decíamos, en el centro de la controversia. Por una parte, como es lógico, los trabajadores y sus representantes han puesto de manifiesto los nocivos efectos sociales y laborales que de esta práctica se derivan. Por otra, otras empresas, en particular las ETIs, han subrayado que la acción de las multiservicios constituye un caso claro

colectivo aplicable como telón de fondo”, *Revista de información laboral*, 7, 2014, pp. 277-286. Esteve Segarra, M.A., “Las cláusulas de delimitación funcional inclusivas de las empresas multiservicios en convenios sectoriales”, *Revista de derecho social*, 71, 2015, pp. 39-54. Muñoz Ruíz, A.B., “El convenio colectivo aplicable a las empresas multiservicios: situaciones posibles y criterios judiciales para su resolución”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 13, 2016, pp. 84-90. Nieto Rojas, P., “La negociación colectiva sectorial en las empresas multiservicios”, *Revista de información laboral*, vol. 7, Ejemplar Electrónico, 2017. Morán Roa, S., “Externalización en empresas multiservicios: la determinación del convenio colectivo aplicable”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 419, 2018, pp. 49-74.

⁸⁸ Nieto Rojas, P., “La negociación colectiva sectorial en las empresas multiservicios”, *op. cit.*

⁸⁹ De hecho, está en fase de tramitación la Proposición de Ley del grupo parlamentario socialista de modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados. Puede consultarse el texto íntegro y seguir su tramitación parlamentaria en: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28122%2F000015*.NDOC.%29

⁹⁰ UGT, *Condiciones salariales de una muestra de convenios de empresa multiservicios*, Secretaría de Acción Sindical, Madrid, 2015, p. 11.

competencia desleal, pues con ella se establecen unos costes laborales menores a las que ellas mismas han de soportar⁹¹. Por último, desde el ámbito científico, como se ha visto, frecuentemente se han destacado también los importantes problemas técnicos vinculados a esta práctica, proponiéndose algunas alternativas que garanticen unas adecuadas condiciones de trabajo.

En suma, las empresas multiservicios se han convertido en un foco de precariedad, especialmente en relación a los dos costes laborales fundamentales: salarios y jornada. Pero ¿qué ocurre en materia de contratación? ¿Están empleando las empresas multiservicios el especial caldo de cultivo que la temporalidad tiene nuestro país para ser flexibles también en ese ámbito?

Si bien los estudios en relación a las condiciones de trabajo mencionadas son relativamente abundantes, no ocurre lo mismo cuando de unir temporalidad y multiservicios se trata. Ello puede deberse, de una parte, a las dificultades para encontrar y analizar datos en materia de contratación para este concreto tipo de empresa. De otra, a que su estrategia de competencia en costes se ha basado fundamentalmente en la negociación colectiva y, en particular, se ha centrado en aquellas condiciones de trabajo que de forma más directa inciden en los costes. Por último, y conectado con lo anterior, a que la regulación de la contratación temporal es un área en el que la negociación colectiva tiene escaso margen de maniobra.

De ahí precisamente la necesidad de abordar el estudio de estas dos diferentes perspectivas que, de facto, confluyen en la realidad: la temporalidad y las empresas multiservicios. Nuestro objetivo fundamental es analizar en qué medida la temporalidad está presente en estas empresas como vía para determinar el grado en que emplean las modalidades contractuales temporales. Con ello, no solamente se cubre un área hasta ahora poco estudiada, sino que contribuimos a completar este ya bastante desarrollado campo de estudio.

Para ello, el presente trabajo continuará del siguiente modo. En el próximo apartado realizaremos un análisis cuantitativo de la situación y evolución de la contratación temporal en las empresas multiservicios. A continuación, se estudiará el modo en que la negociación colectiva en este sector está abordando la regulación de estos tipos contractuales y la lucha contra la temporalidad. Por último, sobre la base de todo lo anterior,

⁹¹ Ad. Ex. Goerlich Peset, J.M., “Competencia desleal, empresas de trabajo temporal y empresas de servicios. A propósito de las SSAN 104 y 105/2014, de 30 de mayo”, *Revista de información laboral*, 6, 2014, pp. 115-143.

delinearemos una serie de reflexiones finales a modo de conclusiones.

2. La temporalidad en el sector de las empresas multiservicios

Se ha dicho que “el análisis de la regulación convencional empresarial pone de manifiesto que, efectivamente, el contrato de obra y servicio vinculado a la duración del contrato con el cliente constituye la modalidad habitual de contratación de las empresas multiservicios para el personal operativo -en oposición al personal de estructura-, sin perjuicio de que, en muchos casos, esta regulación vaya acompañada de ampulosas declaraciones a favor de la estabilidad en el empleo⁹²”. A este papel central de esta modalidad contractual habría contribuido una interpretación, en cuanto a su uso, ciertamente favorable por parte del Tribunal Supremo, que permite que se vincule la duración del contrato a la de la propia contrata⁹³.

Ahora bien, ¿los resultados de este análisis jurídico coinciden con la realidad fáctica? ¿tienen las empresas multiservicios una tasa de temporalidad mayor que otras empresas? Pues bien, a la luz de los datos, lo cierto es que no puede afirmarse tal cosa, aunque tampoco presentan unas tasas menores. Tal y como tendremos ocasión de analizar en el presente apartado, la temporalidad en estas empresas se sitúa en niveles similares al del conjunto de la economía, lo cual implica que son ciertamente elevadas, aunque no podemos afirmar que vayan más allá. Sólo en los últimos años se observa un cierto distanciamiento, siendo pronto para saber si se trata de una tendencia estable.

Pero antes de ir al análisis de estos datos, debe realizarse una advertencia importante. Identificar estadísticamente las empresas multiservicios es una cuestión compleja⁹⁴ porque éstas no son clasificadas con exactitud, sino que debemos hacer una aproximación centrándonos en aquellos sectores de actividad donde su presencia es más importante. De ello se deriva que los datos que aquí reflejamos se refieren tanto a empresas multiservicios

⁹² Vicente Palacio, M.A., *Empresas multiservicios y precarización del empleo*, *op. cit.*, p. 97. En el mismo sentido, Rivero Lamas, J.B. (ed.), *La negociación colectiva en el sector de empresas multiservicios*, *op. cit.* También se ha dicho que “todo el personal operativo, el que atiende las contratas, suele estar vinculado mediante contratos temporales de obra o servicio determinados vinculados a contratas”. Esteve Segarra, M.A., “Vías para atajar la precariedad en las empresas multiservicios”, *op. cit.*, p. 216.

⁹³ SSTs 15 de enero 1997 (R.º 3827/1995), 8 de junio 1999 (R.º 3009/1998), 20 de noviembre 2000 (R.º 3134/1999), entre otras.

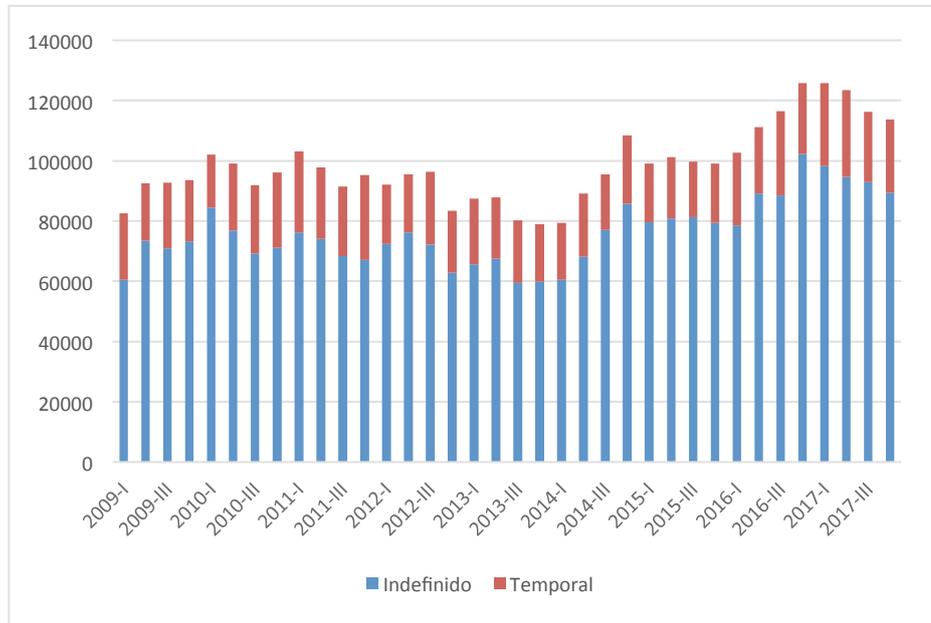
⁹⁴ A estas dificultades se refiere J. Rivero Lamas y otros, *La negociación colectiva en el sector de empresas multiservicios*, *op. cit.*, pp. 15-30.

como a otras que, sin serlo, operan en el mismo ámbito de actividad. Esto implica que los datos no son del todo fidedignos, si bien son una aproximación bastante ajustada, indicativa de cuál es la situación aproximada en que se encuentran estas empresas en materia de temporalidad.

En concreto, para su confección se han empleado los sectores que otros estudios previos en materia de negociación colectiva han identificado como propios de este tipo de empresas. En concreto se trataría, por código CNAE, del 702 (“actividades de consultoría y gestión empresarial”), 781 (“actividades de las agencias de colocación”), 783 (“otra provisión de recursos humanos”) y 829 (“actividades de apoyo a las empresas”)⁹⁵. A partir de ahí, hemos recurrido a los microdatos de la EPA para conocer el número de asalariados con contrato temporal e indefinido en cada uno de los sectores de actividad mencionados. A este respecto, debe recordarse que esta es una variable “stock”, es decir, mide el número de contratos existentes en un determinado momento temporal, pero no el número de contratos que se firman en un período de tiempo (variable flujo).

Pues bien, de los datos recogidos se desprenden dos conclusiones principales. En primer lugar, el peso de la contratación temporal en las empresas multiservicios se mantiene relativamente estable por encima del 20%, si bien se distinguen dos periodos diferenciados. De una parte, durante la crisis económica (en el período mostrado, de 2009 a 2013), la media de asalariados con contratos indefinidos fue de 70.090, mientras que la de contratos temporales se situó en los 21.916. De otra, a partir de 2014, el número de asalariados se incrementa, conforme aumenta el empleo, pero, curiosamente, con un tirón mayor de los contratos fijos, que pasan a una media de 84.152, mientras que los temporales crecen tan sólo hasta los 22.562. El gráfico 1 muestra claramente estos dos períodos y el mayor incremento, en términos absolutos, de la contratación indefinida.

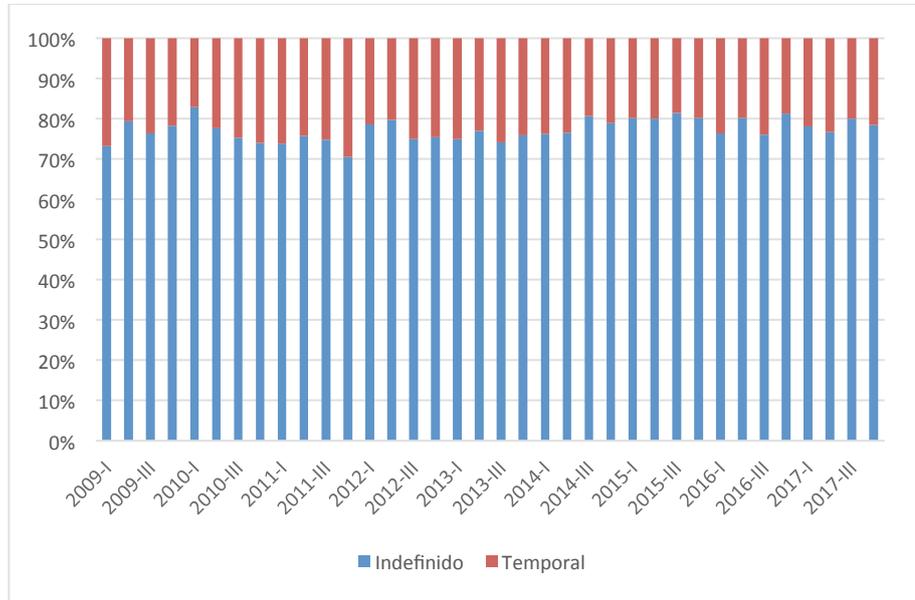
⁹⁵ Vicente Palacio, M.A., *Empresas multiservicios y precarización del empleo*, *op. cit.*, pp. 18-19. UGT, *Condiciones salariales de una muestra de convenios de empresa multiservicios*, *op. cit.*, p. 7. Estos análisis de la negociación colectiva, al identificar los convenios, suelen desagregar a cuatro dígitos CNAE, conforme a lo contemplado en el convenio de referencia. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la EPA sólo desagrega hasta tres dígitos, por lo que nos hemos centrado en el subgrupo inmediatamente anterior.

Gráfico 1. Número de contratos indefinidos y temporales en empresas multiservicios

Fuente: elaboración propia a partir de microdatos de la EPA.

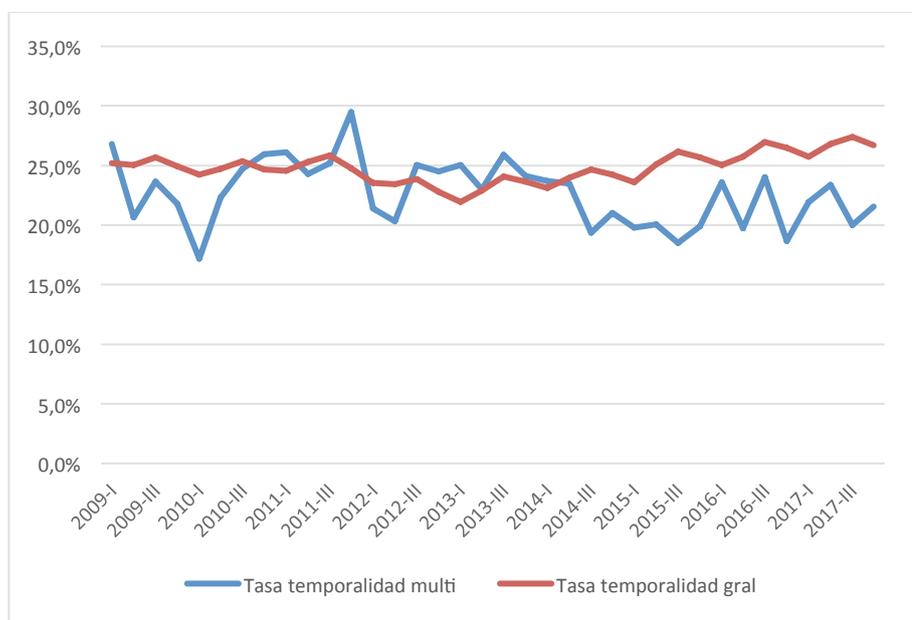
Este incremento más vigoroso de la contratación fija en la recuperación se traduce en un avance del peso relativo de los trabajadores con contrato indefinido respecto de los temporales, tal y como muestra el gráfico 2. Si utilizamos los mismos períodos antes señalados, 2009-2013 y 2014-2017, los contratados indefinidos en las empresas multiservicios pasan de representar el 76,2% del total, al 78,9%; mientras que los temporales retroceden desde el 23,8% al 21,1%, una variación de 2,7 puntos entre períodos.

Gráfico 2. Reparto porcentual de los contratos temporales e indefinidos en el sector multiservicios



Fuente: elaboración propia a partir de microdatos de la EPA.

En segundo lugar, este avance de la contratación indefinida en el período más reciente de análisis ha propiciado asimismo que la tasa de temporalidad, esto es, la proporción de asalariados con contrato temporal respecto del total, se haya apartado de la que venía siendo su caracterización general. En efecto, hasta el año 2013, la tasa de temporalidad de las empresas multiservicios se encontraba en unos niveles semejantes a los de la media nacional, en torno al 24%. Sin embargo, a partir de 2014 su tasa de temporalidad cayó al nivel del 21%, mientras que la general se incrementó ligeramente hasta situarse por encima del 25%.

Gráfico 3. Tasa de temporalidad general y en el sector multiservicios

Fuente: elaboración propia a partir de microdatos de la EPA.

En todo caso, esta reciente desviación no impide concluir que la caracterización general de las empresas multiservicios, en lo que a la temporalidad se refiere, es la de seguir la tendencia general del país. Por consiguiente, la temporalidad en estas empresas es alta, aunque no más que la media. Todo ello, teniendo en cuenta las particularidades de los datos a que hemos hecho referencia.

3. La actuación de la negociación colectiva frente a la temporalidad

Por consiguiente, si de acuerdo con los datos las empresas multiservicios presentan unos niveles de temporalidad, al menos, tan altos como los del conjunto de la economía, cabe preguntarse en qué medida la negociación colectiva, tal y como tuvimos ocasión de adelantar, contribuye a esa alta temporalidad o si, por el contrario, está promoviendo algún tipo de mecanismo corrector.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que, a pesar de las discrepancias doctrinales, suelen agruparse en torno a la noción de “cláusulas de

contratación y de empleo”⁹⁶ diferentes mecanismos convencionales relacionados con las políticas de empleo impulsadas desde la negociación colectiva y que tienen, entre otros objetivos, la garantía de la estabilidad en el empleo. Por consiguiente, dos son los ámbitos concretos en que debemos centrarnos. De una parte, las cláusulas contractuales; de otra, las de empleo en sentido amplio⁹⁷.

No obstante, previamente, debe tenerse en cuenta que la afectación de ambos tipos de cláusulas por parte de la negociación colectiva no es homogénea, máxime teniendo en cuenta las reglas preferencia aplicativa de los convenios de empresa contenidas en el art. 84.2 ET⁹⁸. Pues bien, el listado contenido en este precepto no incluye las cuestiones relativas al empleo, aunque sí las que tienen que ver con contratos, pues señala que tendrán prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior “e) la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa”.

Por consiguiente, como regla general, las cláusulas de empleo no se encontrarían entre las materias en las que la regulación a nivel de empresa goza de preferencia aplicativa, por lo que habría que aplicar las reglas generales del art. 84 ET en caso de concurrencia conflictiva, a saber y por este orden, las reglas de reparto dispuestas en convenio estatal (o atribuidas legalmente a éste, salvo pacto en contrario) o acuerdo interprofesional, convenio autonómico o el criterio *prior tempore*. Por lo que hace a las cláusulas contractuales, debe advertirse que la prioridad sólo opera en relación con la “adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa”, esto es, cuando exista una expresa atribución legal y ésta se haga al convenio de empresa.

De todo lo anterior se deduce que, *a priori*, ésta no es un área susceptible de ser empleada por la negociación colectiva de las empresas

⁹⁶ Prados de Reyes, F.J., “Cláusulas de contratación y empleo en la negociación colectiva”, *Documentación laboral*, 64, 2001, pp. 19-90.

⁹⁷ Por lo que hace a los límites de la noción de cláusula de empleo en sentido amplio, véase Guamán Hernández, A., “Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva”, en Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A., López Insúa, B.M. (eds.), *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, 2016, pp. 925-953. Los límites establecidos en este trabajo han sido seguidos en el presente.

⁹⁸ En detalle, Sanguinetti Raymond, W., Martín Hernández, M.L. y Muñoz Ruiz, A.B., “Las cláusulas sobre modalidades de contratación y empleo en los nuevos convenios de empresa”, en Confederación Sindical de Comisiones Obreras (ed.), *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, Spain, 2016, pp. 407-454.

multiservicios para rebajar las condiciones laborales del sector. Como acertadamente se ha subrayado, “la contratación y el empleo no son materias que se presten fácilmente y en todos los casos a una manipulación de tal naturaleza”. De hecho, en el caso del empleo, “no se trata de una materia que se preste con facilidad a operaciones degradatorias como las que sí pueden darse por ejemplo con respecto de los salarios”⁹⁹.

Aún así, como decíamos anteriormente, conviene observar qué está haciendo la negociación colectiva en este concreto ámbito, aunque sea sólo por contrastar si está actuando en sentido contrario, esto es, introduciendo mecanismos de garantía de la estabilidad en el empleo. De hecho, el último AENC¹⁰⁰ aboga expresamente por la incorporación de cláusulas que promuevan la creación y el mantenimiento del empleo (especialmente en los procesos de reestructuración), el fomento de la estabilidad del empleo y la reducción de la temporalidad, el desarrollo de instrumentos de información y de análisis para el seguimiento de lo pactado en la negociación colectiva (lo que es esencial para la efectividad de este tipo de cláusulas), entre las medidas que aquí interesan.

Pues bien, a pesar de esta clara directriz, nada de esto se observa en la negociación colectiva de las empresas multiservicio. Por lo que hace a las cláusulas de empleo, los estudios realizados señalan que línea de tendencia general se caracteriza por una muy escasa incorporación de las cláusulas de empleo en los convenios colectivos del sector de empresas multiservicios, situación que empeora, aún más si cabe, cuanto menor es el tamaño de la empresa en función del número de trabajadores. Así, tan sólo el 23% de los convenios incluirían algún tipo de cláusula de empleo, es decir, menos de uno de cada cuatro. En la mayor parte de los casos, además, las referencias son indirectas y frecuentemente conectadas con cláusulas genéricas relativas a igualdad y no discriminación¹⁰¹.

En esto, no obstante, las empresas multiservicios no se apartarían del tratamiento general que a esta materia le ha dado tradicionalmente la negociación colectiva, cuyas cláusulas frecuentemente se han descrito “meras recomendaciones programáticas o declaraciones de intenciones”¹⁰², cuya configuración práctica ha tendido hasta ahora a la

⁹⁹ *Ibid.*, p. 412 y 414.

¹⁰⁰ BOE 20-06-2015, núm. 147.

¹⁰¹ Muñoz Ruíz, A.B. y otros, “Las cláusulas convencionales sobre modalidades de contratación, empleo y subrogación en las empresas multiservicios”, en Alfonso Mellado, C.L. y otros, *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, Francis Lefebvre, Fundación 1° de Mayo, 2018, p. 433.

¹⁰² Morón Prieto, R., “El papel de la negociación colectiva en la contratación laboral y el

“escasez y parquedad”¹⁰³.

Junto a lo anterior, sin embargo, también se ha apuntado que la inclusión de cláusulas empleo es más frecuente y precisa cuanto mayores son las empresas. Así, desde una perspectiva meramente cuantitativa, el siguiente gráfico muestra cómo conforme mayor es el número de trabajadores, mayor es también la presencia de este tipo de cláusulas. El paso de la pequeña y mediana a la gran empresa implica que la presencia de estas cláusulas más que se triplique (pasando del 9,1% y 11,4% respectivamente, al 38,6%)¹⁰⁴.

Por lo que hace a las cláusulas contractuales, los estudios más recientes coinciden con lo apuntado anteriormente: la modalidad contractual protagonista para las empresas multiservicios es el contrato de obra o servicio determinado. Así, se destaca su fuerte presencia, la delimitación excesivamente amplia del objeto del contrato al objeto que tenga cabida por la mera existencia de la contrata y la ampliación del tiempo máximo de duración del contrato hasta los cuatro años (aunque esto se haría siguiendo la estela del convenio sectorial)¹⁰⁵. Por consiguiente, la conclusión principal que cabe extraer es que, a la luz de los estudios realizados, aquellos espacios en los que se permite la actuación de la negociación colectiva han sido aprovechados por los convenios colectivos de empresas multiservicios, en algunas ocasiones con la connivencia de los sectoriales, para flexibilizar la regulación en materia contractual.

Retornando a la pregunta inicial que nos hacíamos al inicio de este apartado, a la luz de los estudios que se han realizado hasta ahora, no se observa que la negociación colectiva de las empresas multiservicios tiendan a incluir mecanismos de lucha contra la temporalidad, al menos en mayor medida de lo que lo hace la negociación colectiva general. En el ámbito de las cláusulas contractuales, la tendencia es más bien la contraria: aprovechar el margen auspiciado por la ley para flexibilizar el uso de las modalidades contractuales temporales y, en particular, la de obra o servicio determinado.

empleo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 1, 2003, pp. 9-10.

¹⁰³ Sempere Navarro, A.V. y Nicolás Franco, A., “Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 33, 2001, p. 124.

¹⁰⁴ Muñoz Ruíz, A.B. y otros, “Las cláusulas convencionales sobre modalidades de contratación, empleo y subrogación en las empresas multiservicios”, *op. cit.*, p. 435.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 399-411.

4. A modo de conclusiones: la temporalidad también está presente

A lo largo de estas páginas hemos pretendido abordar una de las escasas áreas que, en el campo de estudio de las empresas multiservicios, aún no habían sido estudiadas en profundidad. Con carácter general se tiende a concluir que el de las multiservicios es un sector en el que la temporalidad es elevada. El marco jurídico y, en particular, el tratamiento jurisprudencial y convencional del contrato de obra y servicio determinado invitan a ello. Sin embargo, no contábamos con suficientes datos como para corroborar empíricamente esta percepción generalizada. Ello obedece en parte a las dificultades existentes para su obtención. Los problemas derivados de la delimitación legal de las empresas multiservicios se trasladan al ámbito estadístico casi miméticamente: al no tener un objeto de actividad unívoco, no resulta posible encuadrarlas en un tipo de actividad particular. Al contrario, se encuentran dispersas en diversos grupos dentro del Clasificación Nacional de Actividades Económicas, lo que dificulta su cuantificación.

Utilizando estudios previos sobre la negociación colectiva en estas empresas, hemos conseguido seleccionar aquellas actividades en que las sociedades multiservicios se encuentran más frecuentemente ubicadas y, a partir de ahí, hemos computado el número de asalariados según modalidad contractual. Obviamente, el indicador no es perfecto, pues dentro de esa actividad conviven empresas multiservicios con otras que no lo son, pero al menos nos proporciona una foto aproximada de cuál es el nivel de temporalidad entre las empresas multiservicios.

Pues bien, con las precauciones derivadas de las imperfecciones de nuestro indicador, resulta posible afirmar que las sociedades multiservicios muestran unos niveles de temporalidad que son, al menos, tan altos como los del conjunto del mercado de trabajo español. Dicho de otra forma, la temporalidad entre las empresas multiservicios es alta, aunque no se pueda demostrar, al menos de momento, que es mayor que la media (si en realidad lo es).

Esto nos permite corroborar, al menos en parte, afirmaciones como la anteriormente señalada. El empleo de datos más sofisticados y otros métodos de investigación podrían permitir a investigaciones futuras afinar aún más esta conclusión.

En todo caso, los estudios que se han realizado en torno a la negociación colectiva de las empresas multiservicios invitan a pensar que la foto fija aquí hallada no se aparta mucho de la realidad, pues los convenios colectivos de estas empresas no muestran un interés por garantizar la estabilidad en el empleo mucho mayor al de otros convenios,

especialmente dentro del sector servicios.

5. Bibliografía

- Alameda Castillo, M.T., “La cesión de trabajadores a través de empresas multiservicios”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n. 2, 2005, pp. 353-374.
- Alfonso Mellado, C.L., Almendros González, M.A., Cruz Villalón, J., Esteve Segarra, M.A., Merino Segovia, M.A., Monereo Pérez, J.L. y otros, *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, Francis Lefebvre, Fundación 1º de Mayo, 2018.
- Bentolila, S. and Dolado, J.J., “Labour flexibility and wages: lessons from Spain”, *CEMFI, DT*, n. 9406, 1994.
- Cavas Martínez, F., “Empresas multiservicios y empresas de trabajo temporal: una aproximación crítica a una realidad preocupante”, *Aranzadi social*, n. 5, 2007, pp. 825-838.
- Comisión Europea, *Country Report Spain 2018 Including an In-Depth Review on the prevention and correction of macroeconomic imbalances*, Comisión Europea, Bruselas, 2018.
- Desdentado Bonete, A. y De la Puebla Pinilla, A., “La reforma del despido en la Ley 35/2010”, en Aragón Gómez, C., *La reforma del mercado de trabajo: Ley 35/2010, 17 de septiembre, 2010*, ISBN 978-84-9898-262-6, pp. 65-115, 2010, pp. 65-115.
- Dolado Llobregad, J.J. y Felgueroso, F., *Propuesta para la reactivación laboral en España*, E-Book, 2009, fecha de consulta 21 abril 2018, en http://crisis09.fedea.net/propuesta/?page_id=755.
- Escudero Rodríguez, R.J., “Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo”, en Escudero Rodríguez, R.J. (ed.), *Observatorio de la negociación colectiva*, Comisiones Obreras, CCOO, 2002, pp. 43-70.
- Esteve Segarra, M.A., *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, Atelier, Barcelona, 2016.
- Esteve Segarra, M.A., “Las cláusulas de delimitación funcional inclusivas de las empresas multiservicios en convenios sectoriales”, *Revista de derecho social*, n. 71, 2015, pp. 39-54.
- Esteve Segarra, M.A., “Las empresas multiservicios: entre las contrataciones de obras y servicios y la cesión ilegal”, en Camps Ruiz, L.M., Ramírez Martínez, J.M. y Sala Franco, T. (eds.), *Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo: estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos*, 2010, pp. 101-116.
- Esteve Segarra, M.A., “Vías para atajar la precariedad en las empresas multiservicios: una contribución al debate”, *Revista de derecho social*, n. 77, 2017, pp. 215-238.

- Fernández Avilés, J.A., “Empresas «multiservicios» y «dumping» social: Estado de la cuestión”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n. 405, 2016, pp. 5-12.
- Gimeno Díaz de Atauri, P., *El coste del despido: y otras formas de terminación del contrato de trabajo por iniciativa empresarial: un análisis jurídico y económico*, Thomson Reuters Lex Nova, Valladolid, 2014.
- Goerlich Peset, J.M., “Competencia desleal, empresas de trabajo temporal y empresas de servicios. A propósito de las SSAN 104 y 105/2014, de 30 de mayo”, *Revista de información laboral*, n. 6, 2014, pp. 115-143.
- Goerlich Peset, J.M., “Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores”, *Actualidad laboral*, n. 1, 2001, pp. 39-56.
- Goerlich Peset, J.M., “¿Es necesario revisar el marco normativo de la contratación temporal?”, *Documentación laboral*, n. 110, 2017, pp. 9-25.
- Gómez Abelleira, F.J., *Contratos laborales y temporalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- Guamán Hernández, A., “Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva”, en Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A., López Insúa, B.M. (eds.), *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, 2016, pp. 925-953.
- Jimeno Serrano, J.F., “La rocambolesca historia del contrato único”, *Nada es Gratis*, fecha de consulta 21 abril 2018, en <http://nadaesgratis.es/bentolila/la-rocambolesca-historia-del-contrato-unico>.
- Lindbeck, A. and Snower, D.J., *The insider-outsider theory of employment and unemployment*, The MIT Press, Cambridge [etc.], 1988.
- Llano Sánchez, M., “Empresas de servicios, prestamismo laboral y precariedad en el empleo”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n. 1, 2006, pp. 167-189.
- López Balaguer, M., “Empresas de trabajo temporal y empresas multiservicios: la historia que se repite”, *Documentación laboral*, n. 110, 2017, pp. 57-76.
- Marx, K., *El capital: crítica de la economía política. Libro primero*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2002.
- Morán Roa, S., “Externalización en empresas multiservicios: la determinación del convenio colectivo aplicable”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n. 419, 2018, pp. 49-75.
- Morón Prieto, R., “El papel de la negociación colectiva en la contratación laboral y el empleo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 1, 2003, p. 14.
- Muñoz Ruíz, A.B., “El convenio colectivo aplicable a las empresas multiservicios: situaciones posibles y criterios judiciales para su resolución”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n. 13, 2016, pp. 84-90.
- Muñoz Ruíz, A.B., “Estrategias de negociación y empresas multiservicios: la problemática del convenio colectivo aplicable como telón de fondo”, *Revista de información laboral*, n. 7, 2014, pp. 277-286.

- Muñoz Ruíz, A.B., Sanguineti Raymond, W., Moreno Solana, A., Alvarez del Cuvillo, A., Pérez del Prado, D. y Aragón Gómez, C., “Las cláusulas convencionales sobre modalidades de contratación, empleo y subrogación en las empresas multiservicios”, en Alfonso Mellado, C.L. y otros, *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, Francis Lefebvre, Fundación 1º de Mayo, 2018, pp. 393-453.
- Nieto Rojas, P., “La negociación colectiva sectorial en las empresas multiservicios”, *Revista de información laboral*, vol. 7, n. Ejemplar Electrónico, 2017.
- Nogueira Guastavino, M., “Ingeniería jurídica y Empresas de Trabajo Temporal: las difusas fronteras entre las contrataciones y la cesión de trabajadores”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n. 56, 2000, pp. 221-258.
- Pérez del Prado, D., “Los efectos de la temporalidad más allá del mercado de trabajo”, en Gómez Abelleira, F.J. (ed.), *La temporalidad laboral como problema jurídico: diagnósticos y soluciones*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 61-96.
- Piore, M., “The Dual Labor Market: Theory and Implications”, en Gordon, D.M. (ed.), *Problems in political economy: an urban perspective*, 2nd ed, D.C. Heath, Lexington, Mass., 1977.
- Prados de Reyes, F.J., “Cláusulas de contratación y empleo en la negociación colectiva”, *Documentación laboral*, n. 64, 2001, pp. 19-90.
- Rivero Lamas, J.B. (ed.), *La negociación colectiva en el sector de empresas multiservicios*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.
- Rivero Lamas, J., *La negociación colectiva en el sector de empresas multiservicios*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.
- Sanguineti Raymond, W., Martín Hernández, M.L. y Muñoz Ruiz, A.B., “Las cláusulas sobre modalidades de contratación y empleo en los nuevos convenios de empresa”, en Confederación Sindical de Comisiones Obreras (ed.), *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, Spain, 2016.
- Sempere Navarro, A.V. y Nicolás Franco, A., “Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 33, 2001, pp. 123-150.
- Solow, R.M., “Insiders and Outsiders in Wage Determination”, *The Scandinavian Journal of Economics*, vol. 87, n. 2, 1985, p. 411.
- Thibault Aranda, J., “Convenio colectivo aplicable en las empresas de «multiservicios»”, *Actualidad laboral*, n. 8, 2008, p. 2.
- Toharia Cortés, L. (ed.), *El problema de la temporalidad en España: un diagnóstico*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, 2005.
- UGT, *Condiciones salariales de una muestra de convenios de empresa multiservicios*, Secretaría de Acción Sindical, Madrid, 2015.
- Vicente Palacio, M.A., *Empresas multiservicios y precarización del empleo: el trabajador subcedido*, Atelier, Barcelona, 2016.

Subcontratación laboral. Panorama del régimen legal uruguayo

Mario GARMENDIA ARIGÓN*

RESUMEN: El artículo presenta un panorama sinóptico de la regulación vigente en Uruguay en materia de subcontratación laboral, la que se encuentra desarrollada en dos normas legales (n° 18.099, de 24 de enero de 2007 y n° 18.251, de 6 de enero de 2008). Se exponen y comentan los elementos que conforman la definición legal de subcontratación, inspirada en la legislación extranjera (de Argentina, España y Chile), que el legislador uruguayo combinó y a las que, además, agregó otros ingredientes. Según esa definición, la subcontratación requiere un vínculo dotado de continuidad (no ocasional) entre un empleador que ejecuta obras o servicios por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una empresa usuaria en cuya organización dichas obras o servicios quedan integrados o forman parte de su actividad normal o propia, sea principal o accesoria (en este último caso, inequívocamente cuando se trata de mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia), sea que se cumplan dentro o fuera del establecimiento de la empresa usuaria. La responsabilidad de la empresa usuaria -que puede ser solidaria o subsidiaria, según se cumplan determinados requisitos- alcanza a las obligaciones laborales, de previsión social y la contratación del seguro de accidente de trabajo y enfermedades profesionales y queda delimitada por el tiempo en que los trabajadores realizaron tareas para la primera. La normativa proscribía la subcontratación en determinados supuestos.

Palabras clave: Tercerizaciones, Subcontratación laboral, Régimen legal uruguayo, Responsabilidad empresa usuaria, Solidaridad, Subsidiariedad, Obligaciones laborales, previsionales, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

SUMARIO: 1. Definición de subcontratación y análisis de sus elementos. 2. Exclusiones. 3. Materias alcanzadas por la responsabilidad. 4. Delimitación temporal de la responsabilidad. 5. Responsabilidad de la empresa usuaria: graduación de su intensidad. 6. Naturaleza jurídica de la responsabilidad de la empresa usuaria: solidaridad-subsidiariedad. 7. Derecho de retención y pagos por subrogación. 8. Prohibición de subcontratar en determinadas circunstancias. 9. Bibliografía.

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo (Universidad CLAEH, Punta del Este, Uruguay). Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad de la República, Montevideo, Uruguay).

Labor subcontract. Uruguayan legal regime

ABSTRACT: The article presents a synoptic panorama from the Uruguayan regulation about labor subcontract, which can be found developed in two laws (n° 18.099, from January 24th 2007 and n° 18.251, from January 6th 2008). The exposed and commented elements that compose the legal definition of subcontract, which were inspired by foreign legislation (Argentinian, Spanish and Chilean), were combined by the legislator who, besides, added other ingredients. According to the mentioned definition, subcontract requires a persistent hook up (not occasional) between an employer, who executes services on his own account and risk, with dependent workers, for a user company in which those works or services become integrated or are part of their normal activity, whatever is principal or accessory (the last, without any doubt, when it comes to maintenance, hygiene, security or vigilance) whether they are performed in or outside the user company's establishment. The company's responsibility -which can be solidary or subsidiary, depending on whether certain conditions are fulfilled- including labor obligations, social prevention as well as work accident and professional illness insurance, are delimited by the time in which workers carry out their duty. The law outlaw specific assumptions from the subcontracting.

Key Words: Outsourcing, Labor subcontract, Uruguay's legal regime, user company's responsibility, Solidarity, Subsidiarity, Labor obligations, social security, work accidents and professional illness.

1. Definición de subcontratación y análisis de sus elementos

En Uruguay, las leyes n° 18.099 (24 de enero de 2007) y n° 18.251 (6 de enero de 2008) consagran el régimen legal aplicable a *todo patrono o empresario* que utilice *subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra*. El presente artículo se enfoca en la figura de la *subcontratación*, definida en el artículo 1°, literal “A” de la ley mencionada en segundo término¹⁰⁶. La norma indica que “*Existe subcontratación cuando un empleador, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona física o jurídica, denominada patrono o empresa principal, cuando dichas obras o servicios se encuentren integrados en la organización de éstos o cuando formen parte de la actividad normal o propia del establecimiento, principal o accesoria (mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia), ya sea que se cumplan dentro o fuera del mismo*”.

El texto, denso y de difícil lectura, se inspira en la normativa argentina, española y chilena¹⁰⁷, a las que el legislador uruguayo adicionó algunos elementos de su propia cosecha.

¹⁰⁶ Antes de esta ley no existía una definición de la *subcontratación* en el Derecho positivo uruguayo, vacío que había provocado importantes controversias en la doctrina y la jurisprudencia. V.: Plá Rodríguez, A., *El salario en el Uruguay*, Tomo II, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1956, p. 428; Ameglio, E., *La subcontratación laboral: un intento para delimitar su marco jurídico*, IX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Minas, Lavalleja, diciembre 1997, p. 115; Racciatti, O., “Tercerización: Exteriorización del empleo y descentralización productiva”, *Derecho Laboral*, T. XL, n. 185, p. 173 y *Exteriorización del empleo: las relaciones de trabajo triangulares en la Ley N° 18.099*, XVIII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo, p. 99; Pérez del Castillo, S., “La subcontratación y otras formas atípicas de aportar trabajo a la empresa”, *Fallos de Casación*, 92-93, Montevideo, 1994, p. 320; Castello, A., *Responsabilidad Solidaria en el Derecho del Trabajo*, FCU, Montevideo, 2004, pp. 36 y ss.; Rosenbaum, J. y Castello, A., *Subcontratación e intermediación laboral*, FCU, Montevideo, 2007, pp. 134 y ss.; Raso Delgue, J., *La contratación atípica del trabajo*, 2ª edición, ampliada y actualizada, Amalio Fernández, Montevideo, 2009, pp. 316 y ss.; Grzetich, A., “El concepto de sub-contratación y algunas de sus consecuencias jurídicas”, *Derecho Laboral*, T. XXXV, n. 166, pp. 413-414; Ermida Uriarte, O. y Colotuzzo, N., *Descentralización, tercerización, subcontratación*, BIT, Lima, 2009, pp. 9-10 y pp. 13 y ss. Los debates eran bastante similares a los que se planteaban en la doctrina española: Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M.E., *Derecho del Trabajo*, 13ª. ed., Servicio de publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, p. 108; Monereo Pérez, J.L., *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, ed. Ibidem, Madrid 1994, p. 78, etc.

¹⁰⁷ La primera parte de la definición está inspirada en el Código de Trabajo chileno, según modificación que fuera introducida al mismo por la Ley N° 20.123, del 5 de octubre de 2006. En la parte final aparecen conceptos provenientes del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores de España y del artículo 30 de la Ley argentina de Contrato de Trabajo.

Como resultado de esta definición, puede señalarse que el *subcontratista* es un *empleador* que, actuando *por su cuenta y riesgo* y con *personal dependiente propio*, ejecuta *obras o servicios* para una *empresa principal*. A su vez, la *empresa principal* debe ser un *patrono o empresario* que recibe dichas *obras o servicios*¹⁰⁸. Veamos cuáles son los principales elementos que componen esta definición.

1.1. “Acuerdo contractual” entre la empresa usuaria y la subcontratista

Entre la empresa proveedora de los servicios (subcontratista) y la empresa usuaria debe existir “*un acuerdo contractual*”. Esto se ha interpretado como la exigencia de que dicho vínculo posea una cierta *continuidad*, o que al menos, tenga vocación de prolongarse en el tiempo¹⁰⁹. El requisito guarda relación con lo que indica en el artículo 2° de la misma Ley, que excluye de su ámbito de aplicación a las obras o servicios *ocasionales*. Existe consenso en cuanto a que no es necesario que el mentado *acuerdo contractual* cumpla con algún tipo de solemnidad (escrituración o similar) y, por consiguiente, su existencia puede inferirse de las circunstancias fácticas que estén presentes en cada caso concreto.

1.2. Ejecución de obras o servicios

La *subcontratación* tiene por objeto la *ejecución de obras o servicios*, quedan excluidos los de otra índole (por ejemplo: compraventa de bienes que no involucren la realización o ejecución de obras o servicios).

Esas obras o servicios deben ser cumplidas por el subcontratista “*por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia*”. Esto significa que la empresa prestadora de los servicios debe tener una existencia real e independiente de la usuaria. De lo contrario no habrá *subcontratación*, sino algún supuesto de simulación o encubrimiento, que involucrará la

¹⁰⁸ En este punto la definición se aparta del antecedente chileno. En el caso de este último, se requiere que la empresa principal sea, además, la dueña de la obra, empresa o faena en la que se desarrollan los servicios o se ejecutan las obras. Tal exigencia, que puede resultar decisiva a la hora de atribuir o excluir responsabilidades al patrono o empresa principal, ciertamente no integra la definición de subcontratación en el caso uruguayo.

¹⁰⁹ Garmendia Arigón, M. y Gauthier, G., *Tercerizaciones. Teoría y práctica del régimen legal uruguayo*, 3ª ed., Montevideo, 2017, pp. 92-93.

responsabilidad de las empresas por aplicación de otro tipo de figuras jurídicas¹¹⁰.

1.3. Integración a la organización del principal o ser parte de su actividad normal o propia, principal o accesoria, cumplida dentro o fuera del establecimiento

Las obras o servicios objeto de la *subcontratación* deben *integrarse* en la organización de la empresa usuaria o *formar parte de la actividad normal o propia* de esta última, pudiendo dicha actividad tener carácter *principal* o *accesorio* y ser cumplida *dentro o fuera* del establecimiento de la empresa principal.

Esta parte de la definición está inspirada en artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores español¹¹¹ y en el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo argentina¹¹². A dichos antecedentes se agrega la referencia "*principal o accesoria (mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia)*". Probablemente, fue con el afán de evitar la traspolación de las interpretaciones restrictivas que en la jurisprudencia de aquellos países se ha desarrollado al respecto, que el legislador uruguayo incorporó el elemento de que la actividad puede ser *accesoria* o *principal* en relación a la actividad normal, propia y específica de la empresa usuaria.

1.3.1. Integración de la obra o servicio en la organización del establecimiento principal

El requisito de la *integración a la organización* supone que las obras o servicios formen parte de un todo complejo, integral e interdependiente, que constituye la organización de la empresa principal. Cuando las obras o servicios no se incorporen en ese todo complejo, integral e interdependiente, que es la organización de la empresa principal, no se verificará una hipótesis de subcontratación.

¹¹⁰ P. ej.: conjunto económico, empleador complejo, etc. V. Garmendia, M., Gauthier, G., *op. cit.*, pp. 95-96.

¹¹¹ Que limita las hipótesis de la *subcontrata de obras o servicios* a los "*correspondientes a la propia actividad*" del empresario principal.

¹¹² Que refiere a "*trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito*".

1.3.2. Formar parte de la actividad normal o propia del establecimiento

Las obras o servicios pueden referir a actividades principales o accesorias. Con esta referencia -como ya se indicó- se buscó sortear las discusiones planteadas en los antecedentes argentino y español. En algunas decisiones recientes, los tribunales de trabajo han dejado expresamente consignado que no existen impedimentos jurídicos para que se proceda a la tercerización de actividades principales y que, en puridad, la distinción entre *actividad principal* versus *actividad secundaria*, no sirve a los efectos de delimitar el campo de la tercerización lícita¹¹³.

1.3.3. Mantenimiento, limpieza, seguridad y vigilancia

La preocupación porque determinadas actividades resultaran inequívocamente incluidas dentro del régimen legal, llevó al legislador uruguayo a incluir entre paréntesis la referencia a los servicios de *mantenimiento, limpieza, seguridad y vigilancia*. Con esto queda claro que estos servicios accesorios están incluidos en la ley. Doctrina y jurisprudencia mantienen posiciones diversas acerca del carácter enunciativo o taxativo de este listado de actividades¹¹⁴.

2. Exclusiones

Para quedar alcanzado por el régimen legal, el *usuario* o *principal* debe ostentar la calidad de *patrono* o *empresario*. La ley n° 18.251 también descarta las obras o servicios que se prestan de manera *ocasional* (art. 2°). Hay

¹¹³ Sentencia n° 20/2014, del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3° Turno. Según este pronunciamiento, es legítima la tercerización de una actividad principal del giro de la empresa, cuando dicha situación es verdadera, esto es, en palabras del tribunal “(...)cuando este segmento de la producción es efectivamente confiado para su realización a una empresa independiente externa”. En cambio, “Habrá (...) tercerización disfrazada cuando la empresa confía una actividad aún secundaria -por ejemplo, la limpieza o vigilancia- a una empresa “de fachada”, reteniendo el ejercicio del poder de dirección directamente sobre los trabajadores dependientes de la empresa tercera”. En la sentencia se remata señalando que “(...) el criterio de la “actividad principal” no es válido en nuestro derecho como límite a la tercerización, pudiendo a lo sumo constituir un indicador para presumir la dependencia de determinadas relaciones”.

¹¹⁴ Sobre las diferentes posiciones en la doctrina y la jurisprudencia, véase Garmendia, M. y Gauthier, G., *op. cit.*, p. 107.

posiciones diversas sobre si los *servicios de distribución de productos* están excluidos del sistema legal¹¹⁵.

3. Materias alcanzadas por la responsabilidad

La empresa usuaria responde por las *obligaciones laborales* que el subcontratista mantenga con sus dependientes, las *contribuciones a la seguridad social* que el subcontratista, intermediario o suministrador de mano de obra, adeude a la entidad previsional que corresponda (con exclusión de las contribuciones especiales de seguridad social relativas a la industria de la construcción), y la *prima de accidente de trabajo y enfermedad profesional*, así como las *sanciones y recuperos* que el subcontratista, intermediario o suministrador de mano de obra adeuden al Banco de Seguros del Estado en relación a sus dependientes.

3.1. Obligaciones laborales

La responsabilidad abarca las *obligaciones laborales* de cualquier naturaleza (p. ej.: salarial o indemnizatoria), incluyendo a las obligaciones *de dar* y también a las *de hacer*¹¹⁶. Dichas obligaciones laborales son las “...*derivadas de la relación de trabajo que surgen de las normas internacionales ratificadas, leyes, decretos, laudos o decisiones de los Consejos de Salarios, o de los convenios colectivos registrados, así como el deber del patrono o empresario principal de colaborar en la aplicación de las medidas previstas en el art. 1º de la Ley 5.032 de 21 de julio de 1914, sus decretos reglamentarios y convenios internacionales del trabajo vigentes*” (art. 7º de la ley n° 18.251).

Nótese que la responsabilidad de la empresa usuaria no sólo refiere a materias o condiciones de trabajo consagradas en normas de origen heterónomo, sino también a las que surjan de convenios colectivos registrados. También quedan alcanzadas las *obligaciones laborales* que tengan

¹¹⁵ V. Garmendia, M., Gauthier, G., *op. cit.*, Rosenbaum, J. y Castello, A., *op. cit.*, p. 154, Mangarelli, C., “Descentralización empresarial y responsabilidad laboral en Uruguay”, en AA.VV. (Tomás Sala, F., Mangarelli, C. y Tapia Guerrero, F.J. coords.), *La descentralización empresarial y la responsabilidad laboral en América Latina y España*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 373. A favor: Raso Delgue, J., *La contratación atípica del trabajo*, 2ª edición, Amalio Fernández, 2009, p. 395; Fernández, H., “El régimen jurídico sobre subcontratación e intermediación laboral. Leyes 18.099 y 18.251”, *Derecho Laboral*, tomo LI, n. 238, p. 494).

¹¹⁶ Contra: Rosenbaum, J. y Castello, A., *op. cit.*, p. 170.

origen en el contrato individual de trabajo, a condición de que éstas se trasuntan “*de la información que surja de la documentación a la que refiere el literal D) del artículo 4° de la presente ley*”. Si la *obligación laboral* emergente del contrato individual de trabajo no surge de dicha información, la empresa usuaria no responderá por la misma.

3.2. Obligaciones previsionales

La empresa usuaria también responde por las contribuciones de seguridad social adeudadas a la entidad previsional que corresponda. En este caso la beneficiaria será la entidad previsional. Quedan excluidas de dicha responsabilidad, las multas, los recargos, los impuestos y los adicionales recaudados por los organismos de seguridad social. También quedan excluidas (art. 7° de la Ley n° 18.099) las contribuciones especiales de seguridad social de la industria de la construcción, las que se rigen por normativa específica.

3.3. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

La responsabilidad también abarca diversas obligaciones relativas a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Una de ellas es la *prima de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, que corresponde a los seguros que otorgan cobertura a las referidas contingencias. Esta materia está regulada por la Ley 16.074, que declara obligatorio dicho seguro (art. 1°) y estableciendo que todo patrono es civilmente responsable por los accidentes o enfermedades profesionales que ocurran a sus obreros y empleados a causa del trabajo o en ocasión del mismo (art. 2°).

En este caso, el beneficiario de la responsabilidad que consagran las leyes 18.099 y 18.251 será el Banco de Seguros del Estado. La responsabilidad de la empresa principal por estas primas no solamente incluye las situaciones en que la empresa contratada (subcontratista, intermediaria o suministradora de mano de obra) omite cumplir con su obligación de contratar el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, sino que además abarca aquellos casos en que el seguro ha sido contratado pero luego no se hizo efectivo el pago de la prima pertinente o surgieron diferencias en el cálculo de la misma debido a la subdeclaración de remuneraciones.

En materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, también quedan incluidos dentro de la responsabilidad que se atribuye a la

empresa principal, las *sanciones y recuperos* que se adeuden al Banco de Seguros del Estado.

3.4. Deber de colaboración de la empresa usuaria en materia de prevención de accidentes de trabajo

El artículo 7° de la Ley n° 18.251 consagra el “*deber del patrono o empresario principal de colaborar en la aplicación de las medidas previstas en el artículo 1° de la Ley N° 5.032, de 21 de julio de 1914¹¹⁷, sus decretos reglamentarios y convenios internacionales del trabajo vigentes*”.

Cabe destacar que en este aspecto la responsabilidad de la empresa principal no es directa, en el sentido de estar obligado a adoptar medidas concretas para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores “subcontratados”, sino de *colaborar en la adopción de medidas de resguardo y seguridad a efectos de evitar accidentes*. Los contornos de esta obligación estarán determinados en gran parte por el tipo y las características que la descentralización o el recurso a la mano de obra revistan en cada caso.

3.5. Exclusión de sanciones administrativas por infracciones a las normas laborales

El artículo 7° de la Ley n° 18.251 excluyó expresamente de la responsabilidad atribuible a la empresa principal a las *sanciones administrativas por concepto de infracciones a las normas laborales*. La misma norma indica que dichas sanciones administrativas “*(...) se regularán en función del grado de responsabilidad que a cada empresa corresponda por el incumplimiento*”.

A partir de esto corresponde concluir que con respecto a las sanciones que la Administración pudiera imponer por el incumplimiento de normas laborales, la posible responsabilidad que por las mismas pudiera

¹¹⁷ Dispone el artículo 1° de la Ley n° 5.032: “*Los empresarios de establecimientos industriales, los directores de construcciones de todas clases, los que explotan minas y canteras o cualquier otro trabajo en que haya peligro para los operarios, quedan obligados, desde la promulgación de la presente ley, a tomar las medidas de resguardo y seguridad para el personal de trabajo, a efecto de evitar los accidentes originados en la utilización de máquinas, engranajes, etc., así como por deficiencias en las instalaciones en general. Esas medidas serán las indicadas por la reglamentación que compete al Poder Ejecutivo, la que deberá ser especial para cada industria o grupo de industrias análogas. Esa reglamentación será revisada periódicamente para incluir en ella las modificaciones y ampliaciones que aconsejen la ciencia y la práctica*”.

corresponderle a la empresa principal, no tendrá su fuente en el sistema que es implantado por las leyes n° 18.099 y n° 18.251, sino que, en todo caso, debería ser el resultado de que pudiera entenderse que dicha empresa principal ha tenido participación directa en la comisión de la infracción que se sanciona.

4. Delimitación temporal de la responsabilidad

El artículo 8° de la Ley N° 18.251 sustituyó el inciso tercero del artículo 1° de la Ley N° 18.099, dejándolo redactado así: *“La responsabilidad queda limitada a las obligaciones devengadas durante el período de subcontratación, intermediación o suministro de mano de obra por el personal comprendido en cualquiera de las modalidades de contratación referidas. Cuando se trate de obligaciones que se determinen en función de períodos mayores al de la subcontratación, intermediación o suministro, la cuantía máxima por la que responderá el patrono o el empresario principal o la empresa usuaria no podrá exceder el equivalente de lo que se hubiera devengado si los operarios trabajasen en forma directa para el mismo”*.

Por consiguiente, la empresa usuaria sólo responderá por el cumplimiento de aquellas obligaciones que se hubieran generado en el periodo durante el cual se desarrolló la subcontratación.

A este respecto, antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 18.251, la doctrina ya se había planteado la interrogante acerca de la forma en que debía aplicarse la responsabilidad en el caso de obligaciones laborales cuyo monto se determina en función de períodos mayores al de la duración de la subcontratación, intermediación o suministro de mano de obra. En particular, la cuestión apuntaba al ejemplo más típico de esta clase de obligaciones laborales: la indemnización por despido. Dicha indemnización se determina sobre la base de la antigüedad que el trabajador tiene en la empresa de la cual es dependiente, la que suele ser bastante más prolongada que el o los periodos concretos durante el cual ese trabajador se desempeñó para otra empresa en virtud de una relación de subcontratación, intermediación o suministro. La duda era, entonces, si el patrono o empresario principal debía responder por el total de dicha indemnización por despido o si, por el contrario, sólo respondería por este rubro en forma parcial, a prorrata del tiempo que el trabajador efectivamente se desempeñó para él en el marco de alguna de las figuras que movilizan la responsabilidad.

La nueva redacción que el artículo 8° de la Ley N° 18.251 le dio al inciso tercero de la Ley N° 18.099, por una parte, al referirse concretamente al *personal comprendido en cualquiera de las modalidades de contratación referidas*, dejó

aclarado que el patrono o empresario principal es exclusivamente responsable por aquellos trabajadores que directamente hubieran estado involucrados o afectados a la ejecución de la obra o servicio, quedando excluidos por tanto, aquellos otros que no prestaron servicios directamente para aquellos, por más que integren la nómina de dependientes del subcontratista, intermediario o suministrador de mano de obra.

Pero, sin dudas, el aspecto más significativo de la aclaración introducida por la Ley N° 18.251 es la que limita la responsabilidad de la empresa usuaria solamente al equivalente de lo que los operarios habrían generado (*devengado*, según la terminología que emplea la ley) si hubieran trabajado directamente para los primeros. Se crea una suerte de *ficción jurídica*: el patrono o empresario principal sólo responderá por las mismas obligaciones que se habrían generado a su cargo si los trabajadores hubieran laborado directamente para ellos.

5. Responsabilidad de la empresa usuaria: graduación de su intensidad

La responsabilidad de la empresa usuaria será *solidaria* sólo cuando ésta no ejerza sobre el subcontratista su “*derecho a ser informado por éstos sobre el monto y el estado de cumplimiento de las obligaciones laborales, previsionales, así como las correspondientes a la protección de la contingencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que a éstos correspondan respecto de sus trabajadores?*” (art. 4°).

La empresa usuaria tiene derecho a exigir cierta información del subcontratista y de su efectivo ejercicio por aquél, se deriva el beneficio de que su responsabilidad deja de ser *solidaria* para convertirse en *subsidiaria*. En puridad el patrono o empresario principal se encuentra a este respecto en una situación de *carga*, entendida esta expresión en su sentido jurídico clásico, es decir, como *el imperativo del propio interés*¹¹⁸.

Según el mecanismo consagrado por la Ley N° 18.251, para que la empresa principal se vea favorecida por tal mutación, alcanza con que ejerza efectivamente su *derecho a ser informada*, no siendo necesario, en rigor, que demuestre haber controlado la documentación recibida¹¹⁹. Desde

¹¹⁸ Couture, E., *Vocabulario Jurídico*, 4ª reimpresión, Depalma, Buenos Aires, 1991.

¹¹⁹ Contra: Rosenbaum, J. y Castello, A., *op. cit.*, p. 158. Estos autores entienden que para conseguir la mutación de su responsabilidad la empresa usuaria deberá, además, “(...) demostrar que ha realizado un examen razonable (control) de la misma”. Para profundizar en las razones de nuestra discrepancia con esta posición, v.: Garmendia, M. y Gauthier, G., *op.*

luego, esto no significa que la realización de esos controles sea indiferente al interés de la empresa usuaria. Antes bien, todo lo contrario. Está claro que el análisis de la documentación que recibe del subcontratista, será de gran interés para la empresa usuaria, pues a través del mismo podrá detectar incumplimientos y exigir que los mismos sean subsanados, logrando de este modo disminuir el riesgo de responder (incluso subsidiariamente) por obligaciones de aquéllos. Además, si como consecuencia de dichas verificaciones la empresa usuaria detectara incumplimientos, también quedará en condiciones de practicar retenciones de los pagos que deba realizar al subcontratista como contraprestación por los servicios que le brindan y destinarlas a satisfacer por subrogación a los correspondientes acreedores (art. 5° de la Ley N° 18.251)¹²⁰.

6. Naturaleza jurídica de la responsabilidad de la empresa usuaria: solidaridad-subsidiariedad

6.1. La *extraña* solidaridad resultante de las leyes 18.099 y 18.251

Las leyes 18.099 y 18.251 utilizan reiteradamente la expresión *solidaria* para referirse a una de las modalidades de responsabilidad que puede recaer sobre aquel patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra.

En algunos casos, las normas se limitan a emplear dicho calificativo, sin ingresar a la descripción de sus efectos. Así, por ejemplo, en la Ley 18.099, eso puede apreciarse en el inciso 1 del art. 1° (“*Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra, será responsable solidario de las obligaciones laborales...*”) y el inciso 2 del mismo artículo (cuando se establece que una serie de personas públicas estatales y no estatales “*...quedan incluidos en el régimen de responsabilidad solidaria regulado por esta ley*”). Por su parte, en la Ley 18.251, lo mismo se advierte en el

cit., pp. 166 y ss.

¹²⁰ El art. 5° de la Ley N° 18.251, dispone: “(Retención de los pagos). Cuando el subcontratista, el intermediario o la empresa suministradora no acredite oportunamente el cumplimiento de las obligaciones laborales y provisionales y del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales en la forma señalada, el patrono o empresario principal podrá retener de las obligaciones que tenga a favor de aquél o aquéllos, el monto correspondiente. El mismo derecho tendrá el contratista respecto de sus subcontratistas. Quien ejerza dicha facultad estará obligado a pagar con ella al trabajador, a la entidad provisional acreedora y al Banco de Seguros del Estado. En todo caso, el patrono o empresario podrá pagar por subrogación al trabajador, a la entidad previsional acreedora o al Banco de Seguros del Estado”.

inciso 2 del art. 6° (al establecer que la empresa que no ejerciera el derecho a ser informada “...será solidariamente responsable del cumplimiento de estas obligaciones”).

Sin embargo, en otras disposiciones, las normas ingresan a la sustancia de la figura y desarrollan cuáles son los efectos o cuál es el mecanismo de su funcionamiento. En particular, es posible detectar esto en el inciso final del artículo 1° y en el artículo 2° de la Ley 18.099.

En concreto, esta última norma contiene varias referencias importantes. Dice, en primer término, que los deudores solidarios, pueden convenir en qué forma habrán de dividirse entre ellos la deuda y, asimismo, que se pueden exigir las garantías que estimen convenientes. Pero inmediatamente agrega que tales “*pactos o contratos no son oponibles a los acreedores, quienes podrán demandar indistintamente a cualquiera de los codeudores solidarios por el total de las obligaciones referidas en el artículo 1° de esta ley*”. La primera parte (es decir, la referida a la posibilidad de que los codeudores pacten en qué forma soportará cada uno de ellos la deuda), sin lugar a dudas, apunta exclusivamente a ordenar las relaciones *de los deudores entre sí* y no afecta las relaciones entre el acreedor y los deudores. Se trata de un pacto similar al que está previsto en el art. 1404 del Código Civil uruguayo¹²¹. La inoponibilidad al acreedor de este tipo de pactos queda ratificada a texto expreso por lo que la norma establece a continuación, cuando dispone que los mismos no afectan a los acreedores *quienes podrán demandar indistintamente a cualquiera de los codeudores solidarios por el total de las obligaciones referidas en el artículo 1° de esta ley*.

Este último pasaje contiene una referencia importante, pues alude a la posibilidad de que el acreedor demande indistintamente a cualquiera de los codeudores el total de las obligaciones referidas en el art. 1° de la ley. La norma parece estar describiendo uno de los efectos típicos de la solidaridad, a saber: que cada uno de los deudores solidarios responde por sí mismo por el total de la deuda.

Y quizás eso fue lo que había quedado consagrado según la inteligencia originaria de la Ley 18.099. Sin embargo, la Ley 18.251 introdujo un cambio significativo a la redacción del último inciso del art. 1° de su predecesora, pues incorporó al sistema legal un mecanismo que consagra, precisamente, *la división de la deuda entre los deudores*, haciendo que cada uno de ellos, por imperio legal, no responda por el total de la deuda, sino sólo por una fracción de la misma. Es decir, se generó una figura que, en su sustancia y más allá de su denominación, resulta bastante distinta y

¹²¹ Art. 1404.- “La obligación contraída solidariamente respecto al acreedor se divide entre los deudores de la manera que ellos hayan establecido por pacto; y a falta de éste, por partes iguales”.

distante de la noción clásica de la *solidaridad*.

En tal sentido, el efecto típico de la *solidaridad pasiva* según el Código Civil (art. 1398, ord. 1° CC uruguayo) consiste en que todos y cada uno de los deudores solidarios responde por la totalidad de la deuda. Desde la perspectiva del acreedor esto implica que el crédito del que es titular puede exigirse íntegramente a cualquiera de los deudores que tiene por delante. Por su parte, desde el punto de vista de los deudores solidarios, significa que la deuda no resulta divisible o fraccionable entre ellos y que cada uno responde indistintamente y por el total.

Sin embargo, en el sistema de las leyes 18.099 y 18.251, este *efecto típico* de la *solidaridad pasiva* quedó completamente desdibujado, porque el régimen instaurado consagra la división de la obligación entre los distintos deudores, de tal suerte que, salvo casos excepcionalísimos, dichos deudores no responderán jamás ante el acreedor por una prestación idéntica y única. Esto es el resultado de la redacción del último inciso del artículo 1° de la Ley 18.099 (cuya actual redacción fue dada por el artículo 8° de la Ley 18.251).

De acuerdo al texto, la responsabilidad de la empresa principal queda limitada "(...) a las obligaciones devengadas durante el período de subcontratación, intermediación o suministro de mano de obra por el personal comprendido en cualquiera de las modalidades de contratación referidas", y se aclara a texto expreso que "cuando se trate de obligaciones que se determinen en función de períodos mayores al de la subcontratación, intermediación o suministro, la cuantía máxima por la que responderá el patrono o el empresario principal o la empresa usuaria, no podrá exceder el equivalente de lo que se hubiera devengado si los operarios trabajasen en forma directa para el mismo".

De modo que, como se puede apreciar, el sistema no funciona sobre la base de que el deudor (a nuestros efectos: la empresa usuaria) responda por el total de la deuda generada por el empleador directo, sino que el primero sólo responderá hasta el monto de la deuda que se habría generado a su cargo si los operarios hubieran sido sus dependientes.

Quedó así plasmado un régimen cuya principal característica consiste en que la obligación laboral resulta dividida entre diversos deudores, es decir, exactamente lo contrario de lo que aparece como el efecto principal de la *solidaridad* según las reglas del Derecho privado. Dicha división no se realiza por partes iguales (como es la regla general en el caso de las obligaciones divisibles, de acuerdo al art. 1379 del CC uruguayo), sino tomando como referencia el tiempo que cada trabajador se desempeñó efectivamente para cada una de las empresas principales a las que fue destinado por su empleador.

A partir de esto, la única situación en la que podrá existir coincidencia en

la deuda (es decir: que la deuda por la que responde el empleador directo sea la misma por la que responde la empresa usuaria), sería aquella en que el trabajador hubiese sido contratado por su empleador (es decir: el subcontratista, intermediario o suministrador de mano de obra) exclusivamente para cumplir con el encargo que a éste le ha realizado la empresa usuaria y con la condición de que sólo se haya desempeñado en esta última.

Como consecuencia de lo antedicho, también surge otro importante extremo a señalar. De acuerdo a este sistema, jamás existe vinculación de ninguna especie entre la deuda específica de cada una de las diversas empresas usuarias. Cada una de estas últimas compartirá *una porción* de la deuda total (que recae sobre la empleadora directa del trabajador) pero no responderá jamás por la porción que a su vez le pueda corresponder a otra empresa usuaria. No se generan, lazos de responsabilidad *cruzada* entre las distintas empresas usuarias. La insolvencia de alguna de ellas, no es soportada por las demás, pues cada una responde exclusivamente por su porción.

Entonces, si hubiera que encontrar una categoría que describiera lo que se plasma en las leyes 18.099 y 18.251, sería más asimilable a las obligaciones denominadas *simplemente mancomunadas*, pues es en dicha figura donde cada deudor sólo responde por una porción de la deuda total. El trabajador recibe el beneficio de que a su frente quedan ubicados múltiples deudores que (salvo cuando la responsabilidad es subsidiaria) se encuentran, todos ellos, en una misma línea o grado de responsabilidad. Estos diversos deudores son las empresas usuarias, que vienen a sumarse al deudor natural, que es la empresa que empleó directamente al trabajador. No hay un orden de prelación entre estos deudores, no hay entre ellos una relación de accesoriedad o de subsidiariedad. Todos se encuentran alineados ante el acreedor. Pero en puridad, no son deudores solidarios, pues con la única salvedad de su propio empleador, a ninguno de ellos podría reclamarle el trabajador la totalidad del crédito del que es titular, sino tan solo una porción del mismo.

Las leyes en cuestión se inspiraron en la finalidad de mejorar la situación del trabajador que se desempeña como dependiente para una empresa que ofrece sus servicios a otras. Y en los hechos se alcanza esa finalidad, pero en un grado inferior al que se habría obtenido si se hubiera consagrado un verdadero sistema de obligados solidarios (como fuera la intención originaria en la Ley 18.099). El trabajador tendrá más deudores a los que perseguir, pero si no logra obtener satisfacción de su empleador directo (que será el único deudor de la totalidad de la obligación), se verá obligado a ir contra todas y cada una de las empresas usuarias.

6.2. Responsabilidad subsidiaria

De acuerdo a lo establecido por el artículo 6° de la Ley N° 18.251, cuando el patrono o empresario principal ejerce su derecho a ser informado por parte del subcontratista, conseguirá mutar la naturaleza de la responsabilidad que podrá recaer sobre él, la que dejará de ser *solidaria* para pasar a ser *subsidiaria*.

La naturaleza *subsidiaria* de la responsabilidad, supone que el acreedor sólo podrá ir contra la empresa principal una vez que haya quedado probada la insolvencia del subcontratista, intermediario o suministrador de mano de obra, o al menos, cuando quede acreditada razonablemente la imposibilidad de cobrarle a este último¹²².

Para acreditar el agotamiento de la vía directa contra el empleador, la jurisprudencia ha exigido que el acreedor demuestre que, al menos, ha cumplido con la intimación de pago, seguida de traba de embargo genérico con su correspondiente inscripción registral. Recién cumplidas estas actividades, el acreedor queda habilitado para ejecutar al responsable subsidiario¹²³.

7. Derecho de retención y pagos por subrogación

El artículo 5° de la Ley N° 18.251 dispone que “*Cuando el subcontratista, el intermediario o la empresa suministradora no acredite oportunamente el cumplimiento de las obligaciones laborales y provisionales y del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales en la forma señalada, el patrono o empresario principal podrá retener de las obligaciones que tenga a favor de aquél o aquéllos, el monto correspondiente. El mismo derecho tendrá el contratista respecto de sus subcontratistas. Quien ejerza dicha facultad estará obligado a pagar con ella al trabajador, a la entidad provisional acreedora y al Banco de Seguros del Estado. En todo caso, el patrono o empresario podrá pagar por subrogación al trabajador, a la entidad provisional acreedora o al Banco de Seguros del Estado*”.

La norma consagra un derecho de retención a favor de la empresa principal que no consiga que el subcontratista le acredite el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

¹²² Plá Rodríguez, A., *Curso de Derecho Laboral*, tomo I, vol. 1, Acalí Editorial, 2ª edición, Montevideo, 1979, p. 157.

¹²³ Rosenbaum, J. y Castello, A., *op. cit.*, p. 160.

La retención procede “cuando el subcontratista, el intermediario o la empresa suministradora no acredite oportunamente el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales y del seguro de accidente del trabajo y enfermedades profesionales”.

Naturalmente, la retención también podrá hacerse efectiva si una vez recibida la información por parte de la empresa principal, surge de la misma que existen obligaciones incumplidas o pendientes de cumplimiento.

Quien hace efectiva la retención resulta automáticamente obligado a pagar con ella al acreedor correspondiente (trabajador, entidad previsional, Banco de Seguros del Estado). La Ley no ha determinado en qué forma debe procederse a los efectos de realizar dichos pagos. No se indica ningún orden de prioridades y tampoco se establece (ni se prohíbe) que quien ha retenido opte, por ejemplo, por prorratear la suma retenida entre los diversos acreedores. El silencio de la Ley a este respecto, determina que quede al arbitrio de la empresa principal que ha efectuado la retención, la decisión sobre la forma en que procederá a realizar los pagos a cada uno de los eventuales acreedores.

El artículo 5° de la Ley N° 18.251 también dispone que en todo caso, el patrono o empresario principal está en condiciones de realizar *pagos por subrogación*. El artículo 1568 del Código Civil define la *subrogación* como “(...) una ficción jurídica por la cual una obligación extinguida por el pago hecho por un tercero, se juzga que continúa a favor de éste, como si formase una misma persona con el acreedor”. En este caso, se tratará de una subrogación que tiene lugar por disposición de la Ley (artículo 1469 del Código Civil), porque así es consagrada por el ya mencionado artículo 5° de la Ley N° 18.251 y, asimismo, porque resulta “A favor del que estando obligado con otros o por otros al pago de la deuda, tenía interés en cubrirla” (artículo 1472, ordinal 2° del Código Civil). La consecuencia más importante de la subrogación, consiste en que por efecto de la misma se traspasan “(...) al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, así contra el deudor principal y codeudores, como contra los fiadores(...)” (artículo 1473 del Código Civil). Esto significa que la empresa principal que realiza el pago por subrogación queda ubicada en la misma posición que tenía el acreedor que recibe el pago, aunque con el límite equivalente a la suma que el primero ha desembolsado realmente para la liberación del deudor (artículo 1473, ordinal 1°). También debe tenerse en cuenta que por disposición del ordinal 3° del artículo 1473, “La subrogación legal, establecida en provecho de los que han pagado una deuda a la cual estaban obligados con otros, no los autoriza a ejercer los derechos a acciones del acreedor contra los coobligados, sino hasta la concurrencia de la parte por la cual cada uno de estos últimos era obligado a contribuir para el pago de la deuda”.

8. Prohibición de subcontratar en determinadas circunstancias

En el artículo 3° de la Ley N° 18.099, se estableció la prohibición de emplear la subcontratación para reemplazar trabajadores que se encuentren amparados al subsidio por desempleo por la causal de suspensión parcial o total de trabajo o en conflicto colectivo, sin perjuicio de las disposiciones especiales que rigen los servicios esenciales¹²⁴.

La norma prohíbe, en primer término, la utilización de la subcontratación para reemplazar trabajadores que estén amparados al subsidio por desempleo o seguro de paro. El decreto-ley N° 15.180, del 20 de julio de 1981, consagró un régimen de prestaciones con la finalidad de cubrir la contingencia del desempleo forzoso, abarcando a todos los trabajadores de la actividad privada que presten servicios remunerados a terceros. La interdicción creada por la Ley N° 18.099 abarca, tanto la causal de *suspensión total*, como la de *suspensión parcial* de trabajo, referencias que remiten al artículo 5° del decreto-Ley N° 15.180.

Esta última disposición determina las causales que habilitan el otorgamiento del subsidio por desempleo, las que consisten en el *despido*, la *suspensión en el trabajo* y la *reducción del total de las jornadas de trabajo o en el mes o del total de las horas trabajadas en el día, en un porcentaje de un 25% o más del legal o habitual en épocas normales, como consecuencia del despido o suspensión total en un empleo (cuando el trabajador desempeñare más de uno) o de la disminución de trabajo para un empleador, salvo, en este último caso, que se trate de trabajadores mensuales y con excepción de los casos en que el trabajo reducido sea consecuencia de un pacto expreso o sea característica de la profesión o empleo*.

De estas tres situaciones, el *despido* queda excluido de la hipótesis a la que hace referencia la Ley N° 18.099. La disposición legal apunta, por un lado, a evitar el empleo de la subcontratación en fraude hacia los trabajadores momentáneamente desempleados, pues no resultaría aceptable que éstos tuvieran que tolerar una disminución temporal de sus ingresos (resultante del periodo en que se encuentran amparados al subsidio de desempleo), mientras la empresa reemplaza o suple su labor acudiendo a *tercerizados*. Al mismo tiempo, la norma también busca evitar que las empresas puedan realizar maniobras perjudiciales para el propio Estado o de la sociedad en

¹²⁴ “Artículo 3°.- En ningún caso podrán emplearse las modalidades de contratación referidas en el artículo 1° de la presente Ley para reemplazar trabajadores que se encuentren amparados al subsidio por desempleo por la causal de suspensión parcial o total de trabajo o en conflicto colectivo, sin perjuicio de las disposiciones especiales que rigen los servicios esenciales”.

su conjunto, en el entendido de que es mediante los recursos generales que se financia el funcionamiento del régimen de los subsidios de los trabajadores amparados al seguro por desempleo.

La segunda hipótesis que de prohibición que establece la ley está referida a los trabajadores que se encuentren en situación de *conflicto colectivo*. Dice la norma, que queda prohibido emplear las modalidades de contratación aludidas para *reemplazar* trabajadores *en conflicto colectivo*.

La finalidad de esta norma también resulta bastante clara. Consiste en tratar de evitar que el recurso a la subcontratación se convierta en una vía sencilla que permita a las empresas eludir los efectos negativos que para ellas tienen o pueden tener las medidas de *conflicto colectivo* y con ello se consiga despojarlas de sus consecuencias e, indirectamente, se termine conculcando el ejercicio de las distintas formas de autotutela reconocidas a los trabajadores para la defensa de sus derechos.

El tema está claramente vinculado con otro, de dimensiones más amplias, que pasa por responder a la pregunta de si resulta lícito que una empresa pueda contratar a otros trabajadores para sustituir o *reemplazar* temporalmente a los propios que se encuentren en situación de huelga. El derecho positivo uruguayo (al contrario de lo que acontece en otros países) no contiene una solución expresa para el tema y la doctrina no ha brindado respuestas completamente alineadas¹²⁵. En todo caso, está claro que, salvo la referencia incorporada en el artículo 3° de la Ley N° 18.099, no existen otras normas positivas que inhiban a una empresa a sustituir temporalmente a sus trabajadores en huelga a través de la contratación de personal que sea dependiente directamente de aquella.

Pero el artículo 3° de la Ley 18.099 no alude al eventual *reemplazo* de trabajadores *en huelga*, sino al *reemplazo* de trabajadores *en conflicto colectivo*. Esta referencia es una fuente adicional de problemas en cuanto a su interpretación y alcance, especialmente si se tiene en cuenta que en el ordenamiento uruguayo no existe una definición expresa de tal concepto y mucho menos, una regulación del mismo (a no ser, naturalmente, el amplio reconocimiento del derecho de huelga a nivel constitucional). Uno de los problemas, entonces, estará en determinar cuándo se verifica o existe un “conflicto colectivo” que active la prohibición legal, impidiendo el recurso a las modalidades contractuales de descentralización empresarial reconocidas en la ley.

No obstante, resulta importante llamar la atención en el sentido de que, en rigor, la interdicción que impone la Ley también tiene límites bastante

¹²⁵ Una lograda síntesis de las diversas posiciones puede encontrarse en Ermida Uriarte, Ó., *Apuntes sobre la huelga*, 2ª edición, FCU, Montevideo, 1996, pp. 52 y ss.

precisos y que la propia prohibición, por ser tal, debe ser interpretada en sentido estricto. Para empezar, no sería aplicable esta disposición cuando el conflicto colectivo se hubiera originado con posterioridad al momento en que la empresa comenzó a hacer uso de la subcontratación. Es decir: si la utilización de las modalidades contractuales ya venía desarrollándose y es anterior al surgimiento de un conflicto colectivo, no sería lógico sostener que dicho conflicto ulterior hace devenir prohibidas a las primeras.

En segundo lugar, corresponde hacer notar que, conforme lo establecido en el artículo 1º de la Ley N° 18.099, la proscripción de las figuras contractuales en cuestión sólo opera en aquellos casos en que una empresa pretende *reemplazar* trabajadores mediante el recurso a las modalidades contractuales de la subcontratación, intermediación o suministro. Esto significa, a *contrario sensu*, que la prohibición no se activa en aquellas hipótesis en que el empleo de alguna de dichas figuras contractuales no tenga por objeto el *reemplazo* de trabajadores en conflicto colectivo.

La utilización en el texto de la norma del verbo “*reemplazar*”, como núcleo en torno al que gira la prohibición que se consagra, parece estar imponiendo la exigencia de que, en alguna medida, el conflicto colectivo se manifieste o se exteriorice mediante alguna modalidad que suponga una suspensión de la actividad por parte de los trabajadores. De lo contrario (es decir, si el conflicto no se manifiesta exteriormente mediante una medida de tal índole), no habría manera de *reemplazar* trabajadores. En este sentido, es necesario tener en cuenta que, de acuerdo al diccionario, “*reemplazar*” mienta “*sustituir una cosa por otra, poner en lugar de una cosa otra que haga sus veces*” y, todavía más aplicable a nuestro caso: “*suceder a uno en el empleo, cargo o comisión que tenía o hacer accidentalmente sus veces*”. De modo que, entonces, no podría, estrictamente, *reemplazarse* a ningún trabajador que, de hecho, continúe ocupando su lugar de trabajo y desarrollando sus labores, a pesar de que pueda *estar en conflicto*.

La prohibición, entonces, sólo opera cuando existe o pueda existir, riesgo de *reemplazar* trabajadores en *conflicto colectivo* y sólo existe dicha posibilidad en aquellos casos en que el conflicto se manifiesta a través de alguna medida que ponga a trabajador en situación de *ser reemplazado*.

Por último, cabe detenerse en la parte final del artículo 3º, que exceptúa de la prohibición de reemplazar trabajadores en los casos donde resulten de aplicación las “*disposiciones especiales que rigen los servicios esenciales*”. La referencia remite a la Ley N° 13.720 que constituye la normativa vigente en materia de servicios esenciales. De donde se puede deducir que en aquellos casos donde el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, haya

declarado la esencialidad de tal o cual servicio, determinando a su vez los turnos de emergencia a cumplir, es posible recurrir a las modalidades del artículo 1º, para permitir la continuidad del mismo, reemplazando a los trabajadores en conflicto, sin incumplir por ello con la norma del artículo 3º.

9. Bibliografía

- Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M.E., *Derecho del Trabajo*, 13ª. ed., Servicio de publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid.
- Ameglio, E., *La subcontratación laboral: un intento para delimitar su marco jurídico*, IX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Minas, Lavalleja, diciembre 1997.
- Castello, A., *Responsabilidad Solidaria en el Derecho del Trabajo*, FCU, Montevideo, 2004.
- Couture, E., *Vocabulario Jurídico*, 4ª reimpresión, Depalma, Buenos Aires, 1991.
- Ermida Uriarte, Ó. y Colotuzzo, N., *Descentralización, tercerización, subcontratación*, BIT, Lima, 2009.
- Ermida Uriarte, Ó., *Apuntes sobre la huelga*, 2ª edición, FCU, Montevideo, 1996.
- Fernández, H., “El régimen jurídico sobre subcontratación e intermediación laboral. Leyes 18.099 y 18.251”, *Derecho Laboral*, tomo LI, n. 238.
- Garmendia Arigón, M. y Gauthier, G., *Tercerizaciones. Teoría y práctica del régimen legal uruguayo*, 3ª ed., Montevideo, 2017.
- Grzetich, A., “El concepto de sub-contratación y algunas de sus consecuencias jurídicas”, *Derecho Laboral*, T. XXXV, n. 166.
- Mangarelli, C., “Descentralización empresarial y responsabilidad laboral en Uruguay”, en AA.VV. (Sala Franco, T., Mangarelli, C. y Tapia Guerrero, F.J. coords.), *La descentralización empresarial y la responsabilidad laboral en América Latina y España*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Monereo Pérez, J.L., *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, ed. Ibidem, Madrid 1994.
- Pérez del Castillo, S., “La subcontratación y otras formas atípicas de aportar trabajo a la empresa”, *Fallos de Casación*, 92-93, Montevideo, 1994.
- Plá Rodríguez, A., *Curso de Derecho Laboral*, tomo I, vol. 1, Acali Editorial, 2ª edición, Montevideo, 1979.
- Plá Rodríguez, A., *El salario en el Uruguay*, Tomo II, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1956.

- Racciatti, O., *Exteriorización del empleo: las relaciones de trabajo triangulares en la Ley N° 18.099*, XVIII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo.
- Racciatti, O., “Tercerización: Exteriorización del empleo y descentralización productiva”, *Derecho Laboral*, T. XL, n. 185.
- Raso Delgue, J., *La contratación atípica del trabajo*, 2ª edición, ampliada y actualizada, Amalio Fernández, Montevideo, 2009.
- Rosenbaum, J. y Castello, A., *Subcontratación e intermediación laboral*, FCU, Montevideo, 2007.

La intermediación de la mano de obra en el contexto de la reforma laboral brasileña

Manoel Carlos TOLEDO FILHO*

RESUMEN: El trabajo que se presenta tiene por su objetivo proceder a una evaluación preliminar de la reciente modificación de la legislación laboral de Brasil, en lo que específicamente se refiere a las hipótesis de intermediación o tercerización de la mano de obra de naturaleza dependiente.

Palabras clave: Brasil, Tercerización, Reforma Laboral, Derecho del Trabajo.

SUMARIO: 1. El origen fáctico del problema: la descentralización empresarial. 2. La situación jurídica en Brasil antes del año 2017. 3. La disciplina jurídica actual. 3.1. La paradoja legal. 3.2. El verdadero núcleo de la cuestión. 3.3. El régimen de responsabilidad empresarial. 4. Perspectivas preliminares y conclusión. 5. Bibliografía.

* Magistrado laboral desde 1990, ejerciendo actualmente el cargo de desembargador (camarista) del Tribunal Regional del Trabajo de la 15ª Región (Campinas) y de Director de la Escuela Judicial de ese mismo Tribunal. Bachiller, Master y Doctor en Derecho del Trabajo. Miembro de la AADTSS y de la AUDTSS. Miembro honorario de la Asociación de Abogados Laboralistas del Paraguay.

The intermediation of labor in the context of the Brazilian labor and employment law reform

ABSTRACT: This paper aims to produce a preliminary evaluation of the recent modification in Brazil's labor and employment law, specifically regarding the hypothesis of labor intermediation or labor outsourcing.

Key Words: Brazil, Outsourcing, Labor and Employment Law Reform, Labor and Employment Law.

1. El origen fáctico del problema: la descentralización empresarial¹²⁶

Como es sabido, en el principio del capitalismo industrial, la producción de bienes poseía una nítida naturaleza concentrada. La fábrica, en su concepción tradicional, respondía a una *lógica de verticalidad*, es decir, hacía o se apropiaba de todas las tareas necesarias para la consecución de su producto final.

Esa característica, en la misma medida en que propiciaba un amplio control del empresario sobre todas las etapas del desarrollo de su actividad, tornaba las relaciones de trabajo subjetivamente sencillas: era posible entonces identificar con facilidad quién era el responsable por la administración del emprendimiento y, como corolario, por la observancia o el respeto a los derechos de las personas que bajo su dirección prestaban servicios a cambio de una remuneración, es decir, los empleados del establecimiento productor.

Pero esa manera de organización de la empresa capitalista no perduraría.

Como ha expresado el Prof. Montoya Medina, “a lo largo de la década de los años setenta, se comienza a vislumbrar que el anterior modelo de organización productiva está en crisis. Las tradicionales estructuras fabriles basadas en los sistemas de concentración productiva que se inspiran en los sistemas taylorista-fordista de estandarización de procedimientos y producción en serie resultan pronto arcaicas para dar una respuesta ágil a las exigencias del mercado en términos de racionalización de costes y máxima productividad”¹²⁷.

En ese nuevo contexto la empresa pasa a concentrar “todos sus medios materiales y humanos en la realización de las tareas comprensivas de lo que constituye su “core business”, esto es, el corazón de sus negocios, que no viene a ser otra cosa que las actividades que identifican el fin productivo de dicha empresa, comprenden la esencia de su objeto social, y por esa razón, se llevan a cabo con sus propios medios”¹²⁸.

¹²⁶ Esa parte específica del texto fue en parte extraída de un nuestro trabajo anterior: “Derecho laboral y solidaridad: un abordaje desde la teoría de la relación de trabajo”, *Derecho Laboral*, 2011, vol. 240, pp. 697-707; *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2011, pp. 143-155.

¹²⁷ Montoya Medina, D., *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 34.

¹²⁸ *Ídem*, pp. 35-36. En ese mismo sentido, Mario Garmendia Arigón y Gustavo Gauthier afirman que “una vez identificado el corazón o baricentro de su actividad, la empresa ejecuta directamente las funciones necesarias para la óptima obtención de su objetivo y opta por encomendar a lo exterior las demás, controlando indirectamente su realización”. En *Tercerizaciones. Teoría y práctica del régimen legal uruguayo*, 3ª edición, revisada, actualizada y

Sin embargo, la descentralización trajo como *efecto irrefragable* la pulverización de los tomadores o beneficiados del servicio personal de carácter dependiente. La precisión de quien respondería por los derechos laborales conexos a las diversas y variadas etapas de producción dejó entonces de ser una tarea simple.

El sistema jurídico no podría permanecer completamente inerte o inerte al fenómeno en cuestión. Alguna manera o modo explícito de regulación se presentaba como imprescindible con el fin de evitar una completa precarización en la utilización de la fuerza de trabajo de los empleados involucrados en la nueva forma de pensar la producción.

A continuación, examinaremos como sucedió en Brasil, en las dimensiones legislativa y jurisdiccional, con el trato de ese tema tan relevante para las relaciones del trabajo dependiente en el mundo contemporáneo.

2. La situación jurídica en Brasil antes del año 2017

En Brasil, las normas relativas a la relación de trabajo dependiente o al contrato de trabajo se encuentran plasmadas, fundamentalmente, en la Consolidación de las Leyes del Trabajo (adelante: CLT), y en otras leyes menores que la complementan.

Además de las leyes ordinarias, asimismo existe, en el plan constitucional, una serie de previsiones o garantías mínimas, debidamente “listadas” en el artículo 7° de la Constitución Federal de Brasil¹²⁹, que constituyen, por así decir, la *espinha dorsal* o la *columna vertebral* de la normativa laboral en nuestro país.

Si bien la redacción original de la CLT sea del año 1943, es cierto que hubo, en las décadas que se le siguieron, diversas intervenciones legislativas puntuales en su contenido, en orden a intentar actualizarlo, incorporando figuras nuevas o perfeccionando a las antiguas.

Ahora bien, en lo que se refiere específicamente al fenómeno de la subcontratación o de la intermediación de la mano de obra de carácter dependiente -valiendo registrar que, en Brasil, no se hace una distinción legal o dogmática entre las figuras de la intermediación y de la subcontratación, que son ambas tratadas bajo la idea o el concepto general de la “tercerización”- nunca hubo una disciplina legal directa, explícita o

ampliada. Montevideo: FCU, marzo de 2017, p. 41.

¹²⁹ El art. 7° de la Constitución de Brasil tiene un rol muy similar al artículo 14-BIS de la Constitución Nacional de la República Argentina.

específica. La normativa brasileña, en ese punto, se reducía a aspectos periféricos del tema, sin buscar profundizar los límites o las consecuencias de esa suerte de relaciones laborales “triangulares”. Bien por eso, se decía, a modo de crítica, que existiría, en el derecho del trabajo de Brasil, una injustificable “anomia” en lo referente a ese tan importante y trascendente asunto.

Es cierto, sin embargo, que en algún momento sí se intentó disciplinar legalmente cuando menos una parte del problema. Eso se pasó en el año 1974, con la publicación de la Ley n° 6019.

Esa Ley tuvo por su objetivo primordial cuidar de la figura del trabajo *temporal o transitorio*, siempre y cuando fuera realizado por intermedio de una persona jurídica interpuesta entre el “receptor” de los servicios -la empresa principal- y el trabajador¹³⁰. Ella representó así, en su tiempo, una suerte de modulación o flexibilización de la CLT, en la cual la posibilidad de la celebración de contratos a tiempo cierto, si bien que existente desde siempre, partía de la premisa de relaciones de trabajo directas o duales, es decir, no triangulares.

La Ley n° 6019, por lo tanto, hizo una parcial regulación del fenómeno de la labor desarrollada con la participación de un intermediario entre el beneficiado por la prestación de servicios subordinados y la persona natural del trabajador que los ejecuta. Pero se continuó sin una previsión legal amplia o general a tal respecto, en la medida en que no se abarcó a las relaciones triangulares establecidas sin duración predeterminada, o sea, que fuesen revestidas de carácter ilimitado en el tiempo.

Como los conflictos generados por las intermediaciones eran muchos y recurrentes, cupo a la jurisprudencia intentar suplir la laguna dejada por el legislador. Y eso se consumó con la edición, por el Tribunal Superior del Trabajo de Brasil (adelante: TST), de una “Súmula”¹³¹ o tesis prevaleciente, que en aquella Corte recibió el número 331.

En resumen, lo que esta Súmula establecía era que:

1. La intermediación de la mano de obra dependiente sería, como regla

¹³⁰ Aun que se pueda intentar distinguir conceptualmente las figuras del trabajo de naturaleza temporal y de la subcontratación o intermediación de la labor de carácter subordinado, es cierto que, en cualquier caso, tratase de relaciones triangulares en cuyo centro o esencia existe una relación de trabajo dependiente. No es por acaso, así, que, en Chile, por ejemplo, el Código del Trabajo posee un Título denominado “Del trabajo en régimen de subcontratación y del trabajo en empresas de servicios transitorios”.

¹³¹ El TST es, en Brasil, la máxima instancia judicial para las causas laborales. Las Súmulas son una suerte de fallos plenarios o sentencias plenarios, editadas luego de muchos precedentes en una misma materia. Si bien no tengan un carácter vinculante para las instancias inferiores, sí actúan como una referencia trascendente o como una especie de “guion” para los jueces del trabajo que las integran.

- general, ilegal, excepto en las situaciones permitidas por la Ley n° 6019;
2. La violación de esa regla general sería considerada un fraude a la ley, de eso hecho entonces resultando la formación de un contrato de trabajo entre el trabajador y el tomador de sus servicios, es decir, la *trasmutación* de la *relación triangular* en una *relación bilateral*;
 3. No sería considerada fraude la intermediación realizada -aun cuando pactada sin límite de tiempo- en las actividades secundarias o no esenciales de la empresa “tomadora” o cliente, denominadas por la Súmula como las “actividades-medio”, en contraposición a la figura de la “actividad-fin”;
 4. El tomador de los servicios subordinados, en los casos de las intermediaciones consideradas lícitas o permitidas, sería de todo modo responsable subsidiario en lo referente a los derechos de los trabajadores cuya labor se tenga desarrollado en su provecho.

Como es fácil advertir, la jurisprudencia brasileña busco utilizar, bajo la idea de “actividad fin”, los conceptos que en las normativas argentina y española se entienden como “actividad normal y específica propia del establecimiento” (art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina) o “propia actividad” (art. 42 del Estatuto de los Trabajadores de España). Para nada sorprende, así, que, en la práctica, se tenga en Brasil propagado la misma confusión verificada en Argentina y España a tal respeto. Es que, como la realidad en todos esos países cuidó de demostrar, nos es sencillo distinguir o trazar líneas divisorias entre lo que sea una actividad “propia” o principal y lo que sea una actividad secundaria o accesorio. En un hospital, ¿el servicio de limpieza podrá ser considerado meramente accesorio? En una universidad, ¿los comedores integran a la propia actividad del establecimiento? En un Banco, ¿la labor de seguridad es complementar o esencial? Las interrogantes eran -y, en puridad, siguen siendo- infinitas.

No logrando entonces la jurisprudencia pacificar al tema, surgieron en el ámbito del Parlamento distintos proyectos de ley con el intento de resolver el problema. Uno de ellos -que estaba ya para examen en el Senado de la República- fue el resultado de mucho debate, y tenía, por eso mismo, un contenido bastante equilibrado (era un Proyecto de Ley enviado desde la Cámara de los Diputados -PLC- n° 30, del año 2015). Pero, desgraciadamente, los avatares políticos que contaminaran a Brasil en 2017 condujeron a la aprobación de otro proyecto de ley, bien más antiguo, del año 1998, que estaba completamente olvidado pero que fue “resucitado” en orden a atender a la conveniencia del gobierno que había en aquel entonces sido instaurado por cuenta del impedimento de la presidenta Dilma Rouseff.

Ese proyecto se ha convertido en la Ley n° 13.429, publicada en 31 de

marzo de 2017, que hizo alteraciones en el contenido de la Ley del trabajo temporario, a ya citada Ley n° 6019. Sin embargo, la Ley n° 13.429, justamente porque era consecuencia directa de un proyecto impreciso e inconsistente, fue en bien poco tiempo modificada por la Ley n° 13.467 - la Ley de la Reforma Laboral de Brasil- publicada en 13 de julio de 2017. De modo que, hoy, el tema de la intermediación de la mano de obra de carácter dependiente está, en Brasil, regulada por tres leyes que se confunden o interconectan: las Leyes números 6019, 13.429 y 13.467. Intentaremos, enseguida, explicar lo que se puede estimar que tenga resultado de esa verdadera *baraúnda legislativa*.

3. La disciplina jurídica actual

3.1. La paradoja legal

A nuestro juicio, el eje de las modificaciones realizadas en la Ley n° 6019 está en su actual artículo 4-A, introducido por la Ley 13.429, y cuyo contenido a continuación se reproduce, en traducción libre:

Art. 4-A. Se considera prestación de servicios a terceros la transferencia realizada por la contratante de la ejecución de cualesquiera de sus actividades, inclusive su actividad principal, a la persona jurídica de derecho privado prestadora de servicios que tenga capacidad económica compatible con su ejecución.

§ 1o La empresa prestadora de servicios contrata, remunera y dirige el trabajo realizado por sus trabajadores, o subcontrata a otras empresas para la realización de estos servicios.

§ 2o No se configura contrato de trabajo entre los trabajadores, o socios de las empresas prestadoras de servicios, cualquiera que sea su rama, y la empresa contratante.

El precepto bajo examen trabaja con las figuras de una empresa dicha “contratante” -que será la empresa tomadora de los servicios, o la empresa principal- y de una “empresa contratada” (o contratista), que corresponderá a la persona jurídica intermediaria entre el trabajador y la empresa principal.

Ahora bien, como fácilmente se advierte, la cabeza de la norma -que tuvo su redacción modificada o “mejorada” por la Ley 13.467- busca claramente huir del dilema conceptual que siempre se presenta cuando se intenta distinguir entre propia actividad o actividad principal y las actividades empresariales accesorias o secundarias, estableciendo, de modo incluso redundante, que será lícito a las empresas tomadoras delegar

a una empresa intermediaria cualquier parte o segmento de sus actividades, sin distinción alguna cuanto a la importancia que ella tenga en el contexto o la dinámica de su producción de bienes o servicios.

Eso significa entonces decir que, hoy, la normativa brasileña no contiene restricciones para la utilización de la subcontratación de servicios o para la tercerización de la mano de obra de carácter dependiente. Ella actualmente se aproxima bastante de lo que está previsto en las relativamente recientes normativas chilena¹³² y uruguaya¹³³, en las cuales tampoco se ha preocupado el legislador en poner barreras conceptuales para la intermediación del trabajo subordinado.

Desde esa mirada, se podrá inferir que hubo una suerte de retroceso en la disciplina legal brasileña, en la medida que la jurisprudencia -ante la anomia antecedente- vedaba que ocurriera intermediación en el ámbito de la actividad empresarial principal. Sin embargo, la verdad es que, como señalamos, en la práctica de las relaciones laborales esa limitación tendía a difuminarse, siendo así discutible su eficiencia en la prevención del fraude laboral.

El párrafo primero, a su turno, establece que la empresa intermediaria es quien “contrata, remunera y dirige el trabajo realizado por sus trabajadores”, es decir, la empresa intermediaria, en definitiva, es quien tiene o necesariamente debe tener el poder de dirección en el ámbito de la prestación de los servicios que le tengan sido delegados por la empresa principal. Y acá tenemos, sin duda, un punto de extremada relevancia para la adecuada comprensión de esa temática, o, en otras palabras, aquí está el verdadero centro de la problemática que envuelve el fenómeno de la descentralización empresarial, en todos los lugares donde se ha intentado promoverla o legalizarla.

Es que, a depender de que clase o dimensión de actividad empresarial estemos considerando, es muy difícil -para no decir virtualmente imposible- que la empresa principal delegue, con carácter amplio o definitivo, el poder de comando completo sobre los trabajadores involucrados en la producción o en las tareas respectivas. Y eso porque tal

¹³² La normativa chilena en ese tema es del año 2006 (Ley 20.123, que modificó al Código de Trabajo de Chile). A ese respecto, así comentan Sergio Gamonal Contreras y Caterina Guidi Moggia: “Las legislaciones de numerosos países limitan la posibilidad de recurrir a los servicios de subcontratación, por lo menos, respecto de las actividades vinculadas al giro principal de la empresa. En nuestro país la situación es distinta, ya que las empresas son libres de subcontratar incluso respecto de sus actividades principales. Esto conlleva precariedad laboral y muchas veces genera dos tipos de trabajadores: los de planta y los subcontratados”. *Manual de contrato de trabajo*, 3ª edición revisada y actualizada, Santiago: Legal Publishing, 2012, p. 54.

¹³³ Ley 18.251 del año 2008.

suerte de transferencia implicaría poner en riesgo la sobrevivencia misma del negocio o del establecimiento, en la medida en que, en tesis o en rigor, no existirían trabajadores subordinados -o sea, *empleados*, en el sentido jurídico del término- directamente vinculados al dueño o titular de la actividad empresarial. Pensemos, por ejemplo, en un hospital sin médicos, una escuela sin profesores, en una tienda de modas sin vendedores, en un banco sin cajeros, en una constructora sin albañiles, y tantas otras situaciones similares. Si la empresa principal no supervisar o direccionar la labor de esos trabajadores, perderá el control del rumbo o de la esencia de su emprendimiento, que, entonces, como que no sería más suyo, sino de la empresa contratada o intermediaria.

El resultado de lo que se acaba de registrar es que, al fin y al cabo, la nueva norma retorna, por vía transversa, al antiguo punto de distinción entre lo que se puede -o es posible- subcontratar o delegar, y lo que no lo es. En otras palabras: la ley sí abolió la prohibición “teórica”, mas siguió vinculada a la realidad de los hechos. Y no habría mismo como ser diferente. Después de todo, el legislador, por omnipotente que se pretenda o se imagine, no puede cambiar la naturaleza misma de las cosas.

3.2. El verdadero núcleo de la cuestión

A nuestro juicio, todo pasa por la definición o la premisa de que existe una clase de trabajo que se desarrolla en situación especial de dependencia; que ese trabajo merece una protección especial; y que, para que tal protección se haga efectiva, hay que legalmente vincularlo a quien de él extraía provecho directo o verdadero.

Las legislaciones nacionales buscaron concretar la directiva supra introduciendo en sus sistemas el concepto de contrato o de relación de trabajo, o, aun, adoptando la distinción entre la figura genérica del “trabajador” y la figura específica del trabajador en estado de dependencia o del trabajador “empleado”.

Así es que, en *España*, el Estatuto de los Trabajadores prescribe que su ámbito de aplicación alcanzará “los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario” (art. 1.1); en *México*, la Ley Federal del Trabajo establece que “trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado” (art. 8º); en *Argentina*, la Ley de Contrato de Trabajo esclarece que “habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a

realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta” (art. 21); en *Chile*, el Código del Trabajo define como trabajador “toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo” (art.3º, b); en *Colombia*, el Código Sustantivo del Trabajo afirma que “contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración” (art. 22.1); y, en *Brasil*, la CLT registra que “se considera empleado toda persona física que preste servicios de naturaleza no eventual al empleador, bajo la dependencia de éste y mediante salario” (art. 3º).

Como se observa, todas esas normativas se reportan a una misma idea, o a una *idea fuerza*, la cual pasa, necesariamente, por el concepto de *dependencia*, *subordinación* o de *ajenidad*. En otras palabras, todos esos sistemas admiten que sí existe una categoría de trabajadores merecedores de una disciplina legal diferenciada o especialmente protectora.

Ahora bien, parece claro que si ese es el núcleo o el corazón de los sistemas jurídicos laborales en general, él para nada podrá ser invalidado o desautorizado por otros aspectos circunstanciales o periféricos de esos mismos sistemas. Y es precisamente en ese punto que está la raíz de todo el problema.

Los sistemas laborales tradicionales, porque casi siempre demasiado “contaminados” por la idea civilista del “contrato”, no estaban debidamente preparados para el fenómeno de la descentralización productiva. Así, han pensado que podrían reglamentarlo o contenerlo solamente con algunos ajustes puntuales, los cuales, no obstante, acababan por negar a la propia esencia del ordenamiento laboral. Y eso el legislador ordinario no puede hacer, sin ingresar en un confronto abierto con las normativas constitucionales e internacionales, que asimismo garantizan al trabajo dependiente un grado superlativo de protección institucional¹³⁴.

En Brasil, la nueva legislación incidió en la misma trampa. Al intentar liberar el fenómeno, lo que hizo en la cabeza del artículo 4-A de la Ley nº 6019, lo redujo a la nada enseguida, ya en el párrafo primero de ese mismo

¹³⁴ Bien por eso que la Recomendación 198 de la OIT, en su art. 9º, prestigia los hechos ante las situaciones contractuales: “A los fines de la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes”.

dispositivo. Parafraseando a Lampedusa, el legislador brasileño todo cambió para que todo permaneciera igual. Pero hasta que la comunidad jurídica tome plena conciencia de ese hecho, mucha confusión seguramente habrá y muchos “cuerpos” -principalmente de trabajadores, pero de empleadores también- quedarán por el camino.

3.3. El régimen de la responsabilidad legal

Como el fenómeno de la descentralización empresarial asumió, con el tiempo, la perspectiva de un hecho materialmente inevitable, o de una imposición de orden práctica que no se podría contener, los sistemas jurídicos laborales empezaron a buscar fórmulas que pudiesen minimizar a sus efectos¹³⁵.

Como es natural, la extensión o los límites de la *reacción legal al hecho económico* tuvieron distintos grados de intervención en cada país. Sin embargo, parece correcto aseverar, como hacen Mario Garmendia Arigón y Gustavo Gauthier, que “la reacción del Derecho del Trabajo frente al fenómeno de la descentralización empresarial ha pasado, por un lado, por el intento de restringir su puesta en práctica en determinadas áreas o actividades de la empresa y por otro lado, mantener en cabeza de la empresa principal algún tipo de responsabilidad laboral respecto del personal de las empresas descentralizadas”¹³⁶.

A nuestro juicio personal, quizás una de las normas más adecuadas a ese efecto era la que constaba en el artículo 35, apartado 11, de la Constitución Republicana Ecuatoriana de 1998:

“Sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, *la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio será responsable solidaria* del cumplimiento de las obligaciones laborales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario”.

Como se advierte, era ese un precepto claro, directo y sencillo. Sin

¹³⁵ El siempre recordado maestro mexicano Mario de la Cueva hizo una muy dura referencia a la figura del intermediario en la dimensión laboral: “La intermediación ha sido una de las actividades más innobles de la historia, porque es la acción del comerciante cuya mercancía es el trabajo del hombre, para no decir que el hombre mismo, el mercader que compra la mercadería a bajo precio y la vende en una cantidad mayor, el traficante que sin inversión alguna obtiene una fácil y elevada plusvalía”. *Apud* De Buen L., N., *Derecho del trabajo*, Tomo I, 16ª edición revisada y actualizada, México: Editorial Porrúa, 2004, p. 508.

¹³⁶ *Op. cit.*, p. 47.

embargo, fue él reemplazado, en la vigente Constitución de 2008, por aquel del actual artículo 327:

“La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa. *Se prohíbe* toda forma de precarización, como *la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora*, la contratación laboral por horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva. El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley”.

El legislador ecuatoriano ha migrado, así, de una norma objetiva para un sistema de supuesta prohibición legal, que, sin embargo, se reporta a la insegura idea de actividades propias o habituales. Esa idea, como vimos, es asimismo utilizada por los ordenamientos de Argentina (LCT, art. 30) y España (ET, art. 42), países en los cuales, además, existiría una suerte de “responsabilidad solidaria mitigada”, en la medida que ella no abarcaría las hipótesis de intermediación verificadas en aquellas actividades empresariales consideradas accesorias o secundarias. Cosa distinta se ha pasado en el Perú, país donde la Ley n° 29245, que regula los servicios de tercerización, estableció, en su artículo 9°, la solidaridad como regla general¹³⁷.

Ya en Chile y también en Uruguay -que, en ese particular, claramente se ha inspirado en el modelo chileno- la opción del legislador fue por un régimen de responsabilidad “mista” o “dual”. En resumen, la empresa principal tendrá el deber de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones laborales por las empresas intermediarias, ejerciendo el derecho que la ley le confiere de ser informada sobre el contenido de las relaciones de trabajo respectivas. Si cumple con ese cometido, su responsabilidad será subsidiaria; si, todavía, adoptar una postura negligente en ese aspecto, su responsabilidad será entonces de naturaleza solidaria¹³⁸.

¹³⁷ “Art. 9. Responsabilidad de la empresa principal.

La empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral”.

¹³⁸ A ese respecto, Mario Garmendia y Gustavo Gauthier explican que “La responsabilidad que habrá de recaer sobre la empresa usuaria que acude a subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra, será *solidaria o subsidiaria*, en función de cuál sea la conducta que la primera desarrolle respecto al ejercicio de su *derecho a ser informada*. Si dicho derecho es efectivamente ejercido, la naturaleza de la responsabilidad

En Brasil, la norma correspondiente es el párrafo 5° del art. 5-A de la Ley n° 6019, incluido por la Ley n° 13.429, cuyo contenido se transcribe enseguida:

“La empresa contratante es *subsidiariamente responsable* de las obligaciones laborales referentes al período en que ocurra la prestación de servicios, y la retención de las cotizaciones previsionales observará lo dispuesto en el art. 31 de la Ley no 8.212, de 24 de julio de 1991”.

Se observa fácilmente que el legislador brasileño ha optado por la forma más amena de responsabilidad de la empresa principal. La alternativa en cuestión, es verdad, tiene la ventaja de poseer un carácter genérico e incondicional, eliminando la discusión sobre si hay o no responsabilidad de la empresa cliente de los servicios prestados por los trabajadores de la empresa intermediaria. Pero, de otro lado, irá obligar los trabajadores a demandar en juicio siempre contra las dos empresas -la intermediaria (su empleadora formal) y la empresa principal (la responsable solidaria o material)- o sea, creará un proceso más complejo y demorado, especialmente en la realidad de Brasil, donde es muy común que las empresas prestadoras de servicios desaparezcan sin dejar rastros o huellas. Sin embargo, sí hay una hipótesis de *responsabilidad directa* de la empresa principal, en los supuestos relativos a la salud y a la seguridad de los trabajadores. Es eso lo que se infiere del párrafo 3° del mismo art. 5°-A, que establece que “es responsabilidad del contratante garantizar las condiciones de seguridad, higiene y salubridad de los trabajadores, cuando el trabajo se realiza en sus dependencias o local previamente convenido en contrato” (párrafo incluido por la Ley 13.429). Ese es un punto que también está presente en la normativa chilena¹³⁹, una vez que el artículo 183-E del Código de Trabajo de Chile tiene un contenido muy similar¹⁴⁰.

será *subsidiaria*. En cambio, si el derecho a ser informado no se ejerce, o si fuera ejercido defectuosamente, la responsabilidad será *solidaria*”, *op. cit.*, p. 161. En ese mismo sentido se expresa el profesor uruguayo Alejandro Castelo: “La principal medida es la instauración de un régimen de responsabilidad compartida entre el empleador directo y la empresa principal o usuaria. La responsabilidad será subsidiaria si esta última ejerció su facultad de requerir información a la empresa proveedora, sobre el estado de cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales. Será solidaria si no hizo ejercicio de tal derecho”, *Derecho del trabajo: conceptos fundamentales, sujetos, contrato de trabajo y su dinamismo*, 1ª edición, Montevideo: FCU, marzo de 2012, p. 186.

¹³⁹ Conforme Araya Osorio; Gallo Cordero; León Moreira. *Análisis de la Nueva Ley de Subcontratación Ley N° 20.123*, Universidad de Chile, octubre de 2006, p. 292.

¹⁴⁰ “Art. 183-E. Sin perjuicio de las obligaciones de la empresa principal, contratista y subcontratista respecto de sus propios trabajadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 184, la empresa principal deberá adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 66 bis

A ese respecto, William Thayer Arteaga ha expresado que “El artículo 183-E, parte final del Párrafo 1, consagra un criterio no solo social, sino realista. Las medidas de seguridad social y salud son indivisibles. Ambas protegen a todos los que trabajan o, aun, visitan el lugar de trabajo. No podrían ser asunto privativo del empresario principal, del contratista o de un subcontratista. Todos están obligados a adoptar las medidas de protección de la vida, seguridad y salud que el artículo 184 del Código dispone en beneficio de todos sus trabajadores (...)”¹⁴¹.

Además, cabe registrar que el legislador de Brasil buscó garantizar que los trabajadores de las empresas intermediarias tengan las mismas condiciones generales de labor que los trabajadores de la empresa principal en lo que se refiere a alimentación, transporte, atendimento médico o de carácter ambulatorio, entrenamiento profesional y condiciones sanitarias (art. 4-C, inciso I, de la Ley n° 6019, introducido por la Ley n° 13.467). Pero, para nada ha garantizado lo que sería el derecho más importante de todos: el derecho a una *igualdad salarial*¹⁴².

Es esa una omisión muy grave. Como afirmado por el consagrado jurista chileno José Luis Ugarte Cataldo, el problema de la equiparación salarial “es un problema común al trabajo en régimen de subcontratación como al suministro de trabajadores. Uno de los aspectos más relevantes en el debate público del tema en Chile respecto de ambas figuras de trabajo triangular corresponde a las sensibles y discriminatorias condiciones de trabajo, especialmente salariales, en que se desempeñan los trabajadores subcontratados o suministrados respecto de los trabajadores directos de la empresa dueña de la obra o de las empresas usuarias que realizan el mismo trabajo”¹⁴³.

de la ley N° 16.744 y el artículo 3° del Decreto Supremo N° 594, de 1999, del Ministerio de Salud”.

¹⁴¹ Thayer Arteaga, W., *Texto, comentario y jurisprudencia del código del trabajo. 3ª edición actualizada*, Santiago: Ediciones UC, julio de 2013, p. 283. En ese mismo sentido: Rojas Miño, I., *Subcontratación laboral. Suministro de trabajo y cesión ilegal de trabajadores*, 1ª edición, Santiago: Legal Publishing Chile, agosto de 2011, p. 79; Walker Errázuriz, F. y Pérez Vega, G., *Derecho del trabajo. Relación del trabajo y externalización laboral en Chile a la luz de las orientaciones de la OIT*, 1ª edición, Santiago: Ediciones Copygraph, mayo de 2009, p. 148.

¹⁴² Como muy bien advirtió Alejandro Castello, en ponencia realizada en el Encuentro de Profesores de Derecho del Trabajo ocurrido en la ciudad de Campinas en febrero de 2008, existen, fundamentalmente, dos “vacunas” contra los efectos maléficos de la tercerización: la responsabilidad solidaria de la empresa principal y la garantía del pago de salarios iguales a los empleados involucrados en la subcontratación. El legislador brasileño ha ignorado a ambos los “antídotos”.

¹⁴³ Ugarte Cataldo, J.L., “Sobre relaciones laborales triangulares: la subcontratación y el suministro de trabajadores”, *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de ciencias jurídicas y sociales, Año 12, n. 1, Talca: 2006, p. 27.

Y proseguía el maestro chileno, hablando de la entonces modificación legislativa que se estaba a antever en su país: “Una solución, políticamente muy interesante y novedosa, expresión de un derecho fundamental en lo laboral de no discriminación arbitraria (“a igual trabajo, igual remuneración”), y que evita de paso que el negocio de la triangulación laboral se centre en la precariedad laboral, sería derechamente exigir en que se incorpore al proyecto de ley la denominada “*equiparación salarial para igual trabajo*”, de modo tal que, de realizar la misma tarea, el trabajador subcontratado o suministrado tenga derecho a recibir igual remuneraciones que el trabajador directamente contratado por la empresa mandante o usuaria”¹⁴⁴.

Es, en definitiva, una lástima que la muy lúcida y coherente sugerencia del profesor Ugarte Cataldo no tenga sido aprovechada por las legislaciones de Chile y Brasil¹⁴⁵.

4. Perspectivas preliminares y conclusión

El tema de la tercerización de la mano de obra asalariada o dependiente es, sin lugar a dudas, uno de los más grandes desafíos que el derecho del trabajo ha enfrentado desde su creación en los siglos XIX y XX.

De una manera general, sus consecuencias para nada han sido beneficiosas para los trabajadores. Precarización, desprotección, fraude, confusión legal e inseguridad jurídica, esos son los efectos más comunes de la intermediación, poco importando, en esa dimensión, la denominación que se desee utilizar para identificar a esa figura: subcontratación, tercerización, suministro de trabajo, en todos esos casos lo que hay es alguien que, si bien tenga el beneficio de la labor dependiente, no asume o pretende asumir la responsabilidad directa por los derechos que a ese mismo labor sean correspondientes.

Tampoco es correcto decir que la economía es favorecida por los métodos de intermediación. Si bien que, en algunos casos, sí se pueda hablar que ocurra un incremento en la oferta de puestos de trabajo, en muchos otros -que quizás sean mismo la mayoría- lo que sucede es el cambio de un empleado por dos subempleados, con rebaja de la masa salarial y, como

¹⁴⁴ *Op. cit.*, p. 28. El destaque es del propio autor.

¹⁴⁵ Lo que hizo el legislador de Brasil – para disfrazar su real intento, es decir, para guardar las apariencias – fue solamente estipular que la empresa principal y la empresa intermediaria pueden, en su contrato civil, establecer que los empleados de ambas tendrán salarios equivalentes (Ley n° 6019, Art. 4-C, párrafo 1°, asimismo inserido por la Ley n° 13.467). Parece obvio que, en la práctica, eso no irá a suceder, por la muy intuitiva razón de que irá aumentar el precio de la contratación o de la intermediación.

consecuencia, pérdida de consumidores, con disminución de las inversiones en el medio plazo.

Los legisladores, por su vez, no han logrado crear mecanismos eficaces de prevención contra los efectos aquí nominados. Ninguna normativa nacional -hasta donde nos es dado conocer- ha adoptado la fórmula dúplice de *solidaridad ilimitada* con *isonomía laboral integral*, la cual sería una óptima manera de reducir la utilización de los supuestos de tercerización solamente aquellas situaciones en que ellos sean realmente adecuados o necesarios.

En el caso específico de Brasil, no se pasó nada diferente. El legislador del año 2017 fue inepto, para decir lo menos, creando un sistema legal frágil, incompleto e inseguro. No es difícil prever lo que ocurrirá: muchas empresas irán, sin preocupación o pudor, subcontratar partes o mismo la integralidad de su planta productiva, incluso sustituyendo a sus empleados directos por los trabajadores de las personas jurídicas intermediarias. Los salarios serán rebajados, las condiciones de la labor empeoradas, los conflictos y los accidentes de trabajo van a aumentar, lo mismo se pasando, a su tiempo, con las demandas laborales (si bien que la ley de la reforma tenga buscado dificultar al máximo el acceso a la Justicia del Trabajo, nadie podrá contener el *alud* de procesos cuando este oportunamente se presente).

El legislador brasileño, en suma, ha abierto la caja de Pandora. Sin embargo, sirve de consolación que, como se cuenta en esa célebre leyenda griega, la esperanza es lo último que se pierde.

5. Bibliografía

Arevalo Vela, J., *Derecho del trabajo individual*, 1ª edición, Lima: FUP, setiembre de 2012.

Barros, A.M. de, *Curso de direito do trabalho*, 6ª edición, revisada y actualizada, São Paulo: LTr, 2010.

De Buen L., N., *Derecho del trabajo*, Tomo I, 16ª edición revisada y actualizada, México: Editorial Porrúa, 2004.

Del Rey Guanter, S. (dir.), Agote Eguizábal, R., Gala Durán, C. y Luque Parra, M. (coords.), *Estatuto de los trabajadores, comentado y con jurisprudencia*, 2ª edición. Madrid: La Ley, 2007.

Gamonal Contreras, S. y Guidi Moggia, C., *Manual de contrato de trabajo*, 3ª edición revisada y actualizada, Santiago: Legal Publishing, 2012.

- Garmendia Arigón, M. y Gauthier, G., *Tercerizaciones. Teoría y práctica del régimen legal uruguayo*, 3ª edición, revisada, actualizada y ampliada, Montevideo: FCU, marzo de 2017.
- Montoya Medina, D., *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- Raso Delgue, J. (dir.), Castello, A. (coord.), *Derecho del trabajo: conceptos fundamentales, sujetos, contrato de trabajo y su dinamismo*, 1ª edición, Montevideo: FCU, marzo de 2012.
- Rojas Miño, I., *Subcontratación laboral. Suministro de trabajo y cesión ilegal de trabajadores*, 1ª edición. Santiago: Legal Publishing Chile, agosto de 2011.
- Thayer Arteaga, W., *Texto, comentario y jurisprudencia del código del trabajo. 3ª edición actualizada*, Santiago: Ediciones UC, julio de 2013.
- Toledo Filho, M.C., “Derecho laboral y solidaridad: un abordaje desde la teoría de la relación de trabajo”, *Derecho Laboral*, 2011, vol. 240, pp. 697-707; *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2011, pp. 143-155.
- Ugarte Cataldo, J.L., “Sobre relaciones laborales triangulares: la subcontratación y el suministro de trabajadores”, *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de ciencias jurídicas y sociales, Año 12, n. 1. Talca: 2006.
- Walker Errázuriz, F., Pérez Vega, G., *Derecho del trabajo. Relación del trabajo y externalización laboral en Chile a la luz de las orientaciones de la OIT*, 1ª edición. Santiago: Ediciones Copygraph, mayo de 2009.

Web sites

- Araya Osorio, P.A., Gallo Cordero, C.E. y León Moreira, C.J., *Análisis de la Nueva Ley de Subcontratación Ley N° 20.123*, Universidad de Chile, octubre de 2006, Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-leon_c/pdfAmont/de-leon_c.pdf.

La descentralización productiva en el ordenamiento jurídico peruano

Javier H. ESPINOZA ESCOBAR*

RESUMEN: El presente artículo pretende brindar una visión general de la regulación jurídica de la descentralización productiva en el Perú. Para ello se mostrará la respuesta legislativa a una cuestión fáctica que -si bien inicialmente- estuvo prohibida, terminó incorporándose en el ordenamiento jurídico como consecuencia de la reforma laboral flexibilizadora de los años noventa bajo la idea de fomentar el empleo en el Perú. De esta forma, la subcontratación de mano de obra, primero, y la subcontratación de la producción de bienes y servicios, después; recibieron a inicios de este siglo una regulación específica que, a través de la inclusión de garantías sustanciales y formales, buscaban cautelar adecuadamente los derechos de los trabajadores y sancionar a las empresas que desnaturalizan el uso de estas formas de gestión empresarial. En relación con esto último, se mostrará algunos pronunciamientos de los Tribunales de justicia en lo que se evidencia que, a través de la labor jurisdiccional, se ha contribuido a la vigencia efectiva del principio protector -reconocido en el art. 23 de la Constitución peruana- también en este particular ámbito de la prestación laboral indirecta.

Palabras clave: Descentralización productiva, intermediación laboral, tercerización de servicios, ordenamiento jurídico peruano.

SUMARIO: 1. Una cuestión previa: El Derecho del Trabajo frente al reto de la descentralización productiva. 2. El derrotero de la regulación de la descentralización productiva en el Perú. 3. La Intermediación Laboral en el ordenamiento jurídico peruano. 3.1. Supuestos de intermediación laboral. 3.2. Ámbito subjetivo de la intermediación laboral: Sobre las empresas intermediadoras y las cooperativas de trabajadores. 3.3. Requerimientos formales para la actividad intermediadora. 3.4. Derechos y beneficios de los trabajadores destacados. 3.5. Desnaturalización de la intermediación laboral. 4. La tercerización de servicios en el ordenamiento jurídico peruano. 4.1. Requisitos esenciales. 4.2. Elementos característicos. 4.3. Tipos. 4.4. Requisitos formales. 4.5. Derechos Laborales de los Trabajadores de las Empresas Tercerizadoras. 4.6. Responsabilidad solidaria de la empresa principal. 4.7. Desnaturalización de la tercerización de servicios. 5. La actuación judicial en el ámbito de la descentralización productiva. 5.1. En la intermediación laboral. 5.2. En la tercerización de servicios. 6. Bibliografía.

* Profesor Principal de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo (Perú). Director del Laboratorio Hispano-Andino de Jurisprudencia Laboral y de la Seguridad Social – Sección Perú. Miembro Asociado de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

The Productive Decentralization in the Peruvian Legal System

ABSTRACT: This article aims to provide an overview of the legal regulation of productive decentralization in Peru. This will show the legislative response to a factual issue that -although initially believe- was prohibited, ended up being incorporated into the legal system as a result of the flexibilizing labor reform of the nineties under the idea of promoting jobs and employment in Peru. In this way, the subcontracting of labor, first, and the subcontracting of the production of goods and services, afterwards; they received at the beginning of this century a specific regulation that, through the inclusion of substantial and formal guarantees, sought to adequately protect workers rights and sanction companies that denaturalize the use of these forms of business management. In relation to the latter, it will show some pronouncements of the Courts of Justice in which it is evident that, through the jurisdictional work, it has contributed to the effective validity of the protective principle -recognized in art. 23 of the Peruvian Constitution, also, in this particular area of indirect labor benefit.

Key Words: Productive decentralization, labor intermediation, outsourcing of services, Peruvian legal system.

1. Una cuestión previa: El Derecho del Trabajo frente al reto de la descentralización productiva

El fenómeno de la descentralización productiva no solo quebró el modelo tradicional de empresa y de producción empresarial si no que logró convertirse en una forma legítima de gestión empresarial flexible que permite adaptar la empresa a las diversas exigencias del mercado y a los cambios impuestos por la economía, la tecnología y la globalización.

Más allá de que su implementación conceda innumerables ventajas a la empresa en la medida que le permite ser más competitiva al desprenderse de ciertas fases de su proceso de producción y concentrarse en el *core business*, sin que ello signifique que pierda completamente el control sobre las mismas¹⁴⁶; desde el lado del trabajador, la descentralización productiva genera reducciones de plantilla; abaratamiento de los costos de contratación de los nuevos servicios fragmentados por el incremento del número de empresas que compiten entre sí para ofrecerlo, afectándose con ello el ingreso económico de los trabajadores, reduciéndose “la seguridad, la estabilidad, y las garantías de igualdad que el ordenamiento protectorio ha tratado de imponer, partiendo de un modelo de trabajo subordinado a tiempo completo y en una misma empresa”¹⁴⁷.

Y es que el uso de esta herramienta genera la coexistencia de “trabajadores estables, vinculados por un contrato de tiempo completo, al que se unen diversos círculos de trabajadores inestables y de dependientes vinculados a otras empresas”, lo cual acentúa la discriminación y la sensación de injusticia entre los trabajadores; se incrementa considerablemente el número de trabajadores autónomos y de “zonas grises” que generan trabajadores semidependientes. Por el lado de las relaciones colectivas, se debilita el interlocutor colectivo pues no solo se atomiza la empresa sino también los trabajadores, dificultándose la afiliación sindical y afectándose la viabilidad y eficacia de la negociación colectiva. Por el lado de la salud y la seguridad en el trabajo, se genera incertidumbre respecto de quién debe asumir la implementación de las medidas de seguridad y salud en el

¹⁴⁶ Se genera un modelo organizativo de red o de grupos de empresas que se vinculan entre sí de forma coordinada y articulada Cfr. Mejía Madrid, R., “El alcance de la regulación laboral de la descentralización productiva”, *Themis*, 2014, n. 65, p. 98. En el mismo sentido, Valdés Dal Ré, F., “La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo”, en Pedrajas Moreno, A. (dir.), *La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinaria*, Lex Nova, Madrid, 2002, p. 30.

¹⁴⁷ Cfr. Álvarez, E., “Tercerización, descentralización productiva y Derecho del trabajo”, *Revista Derecho del Trabajo*, 2012, n. 1, mayo, p. 9.

trabajo en cumplimiento del deber de prevención¹⁴⁸.

En suma, la situación de vulnerabilidad a la que se someten los trabajadores constituye una razón suficiente para que el Derecho del Trabajo intervenga y -reafirmando su carácter tutelar- regule estas formas organizativas empresariales teniendo en cuenta que, sea cual fuere la coyuntura económico-social, debe dotar de adecuada protección al prestador de servicios buscando conservar unos mínimos irrenunciables.

2. El derrotero de la regulación de la descentralización productiva en el Perú

En el Perú, la regulación del fenómeno de la descentralización productiva no es de larga data. Después de un tímido reconocimiento a fines de la década de los setenta del siglo XX, en los años noventa, la descentralización productiva se convierte en una herramienta legislativa de flexibilización de las relaciones laborales y de precarización del empleo que, dadas las constantes críticas por su contribución a la vulneración de los derechos laborales de los trabajadores, generó que se dictaran leyes específicas sobre la intermediación laboral y la tercerización de servicios, en los años 2002 y 2008, respectivamente.

La intermediación laboral había sido prohibida hasta la entrada en vigor del Decreto Ley 22126 (21.03.1978) que ampara el derecho a mantener vínculo laboral y señala las causales de su rescisión. En el artículo 27° de esta norma se autoriza que el personal que mantenga vínculo laboral permanente con empresas de servicios labore en una empresa distinta siempre que realice actividades complementarias (mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad, eventos temporales y análogos). La Ley 24514 (4.06.1986) que regula el derecho de estabilidad en el trabajo, en su artículo 32° amplió dicha posibilidad a labores de carácter especializado. Asimismo, en caso de incumplimiento, esto es de utilización fraudulenta, la Autoridad Administrativa de Trabajo debía disponer la inscripción del trabajador en el libro de planillas del centro laboral en el que se encuentre realizando labores de carácter permanente, esto es, se reconocía el vínculo laboral directo.

So pretexto de combatir el “marco formal rígido e ineficiente” de las normas vigentes que impedían la generación de empleo, el Decreto Legislativo 728 (12.11.1991) estableció una serie de medidas destinadas a potenciar “las posibilidades de encuentro entre la oferta y la demanda

¹⁴⁸ Cfr. Álvarez, E., “Tercerización, descentralización (...)”, *op. cit.*, pp. 12 -15.

laboral, flexibilizando las modalidades y mecanismos de acceso al trabajo”¹⁴⁹ que, lamentablemente, no cumplió su cometido si no que generó el incremento del desempleo abierto y el trabajo precario¹⁵⁰.

En el Título VI de la citada norma se reguló la intermediación laboral en clave de flexibilización. Se alentó la creación de empresas de servicios temporales destinadas a colaborar temporalmente en el desarrollo de las actividades de las empresas usuarias hasta el límite del 20% del total de trabajadores de la usuaria, aun cuando se tratara de labores principales; y empresas de servicios complementarios destinadas a las actividades complementarias (como mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado) y actividades complementarias de carácter especializado que requiriesen de personal altamente calificado. Asimismo, como una forma de promoción del empleo autónomo se alentó la creación de cooperativas de trabajadores para la prestación de servicios temporales y complementarios. Para las cooperativas de trabajadores regía también el límite del 20% del total de trabajadores de la empresa usuaria.

A través del Decreto Legislativo 855 (04.10.1996) que modificó el Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo se amplió al límite del 50% el número de trabajadores de las cooperativas y de las empresas de servicios temporales que podían prestar servicios en las empresas usuarias. Con ello, se abrió la puerta para el uso indiscriminado de la intermediación con el propósito de eludir los efectos de la contratación directa.

Al margen de pequeñas medidas que buscaban reforzar la protección de los trabajadores¹⁵¹, tuvieron que transcurrir más de diez años para que se dictase una norma especial, la Ley 27626 (09.01.2002) que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de

¹⁴⁹ Ver parte Considerativa y la Exposición de motivos del Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo publicado en el Diario Oficial El Peruano el 12 de noviembre de 1991.

¹⁵⁰ Así se puede comprobar en el estudio de Alegre Escorza, M., Correa Salas, F. y otros, “La problemática de la intermediación laboral en el Perú”, *Ius et veritas*, 2001, n. 23, pp. 361 y ss. En el mismo sentido, la investigación de Vidal Bermúdez, A., Cuadros Luque, F. y Sánchez Reyes, C., *Flexibilización Laboral en el Perú y reformas de la protección social asociadas: Un balance tras 20 años*, CEPAL, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2012, pp. 9-10.

¹⁵¹ Tal como la establecida en el art. 2 de la Ley 26513 (27.07.1995) que modifica el Decreto Legislativo 728 y que obliga a las empresas de servicios y a las cooperativas a reconocer a sus trabajadores y socios trabajadores, respectivamente, “*ingresos y condiciones de trabajo no inferiores que los que correspondan a trabajadores pertenecientes a la empresa usuaria que realizan labores análogas. De no poderse efectuar la indicada comparación, el ingreso por socio trabajador no deberá ser inferior a una remuneración mínima vital mensual. Adicionalmente deberán reconocérseles todos los beneficios sociales establecidos en el régimen laboral de la actividad privada*”.

trabajadores (en adelante, LIL) y cuyo objeto es regular la intermediación laboral en el régimen laboral de la actividad privada y cautelar adecuadamente los derechos de los trabajadores. Dicha norma fue reglamentada mediante Decreto Supremo N° 003-2002-TR (en adelante, RLIL).

Por otro lado, es a través de la Ley 29245 (24.06.2008) que regula los servicios de tercerización (en adelante, LTS) que, por primera vez de forma expresa, se regulan los casos en que procede la tercerización, los requisitos, derechos y obligaciones, así como las sanciones aplicables a las empresas que desnaturalizan el uso de este método de vinculación empresarial. Dicha ley se reglamentó mediante Decreto Supremo N° 006-2008-TR (en adelante, RLTS).

En los siguientes apartados se revisará la regulación en ellas contenida para verificar si se ha otorgado una mínima protección a los trabajadores involucrados en ella.

3. La Intermediación Laboral en el ordenamiento jurídico peruano

La intermediación laboral implica la subcontratación de mano de obra con terceras empresas para la ejecución de servicios periféricos, esto es, aquellas actividades que si bien son necesarias para el funcionamiento de la empresa, no forman parte de los procesos productivos que constituyen su objeto social. Así se ha reconocido en el segundo párrafo del artículo 3° de la LIL al establecerse que los trabajadores destacados a una empresa usuaria “no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa”¹⁵².

La actividad principal que es aquella que “se relaciona con el ciclo productivo, tanto las propiamente principales como aquellas que sirven o colaboran para su cumplimiento; actividades inherentes al ciclo productivo de bienes y servicios; actividades inherentes para desempeñar adecuadamente las funciones, etc.”¹⁵³, constituye -

¹⁵² El RLIL también ha preciado los supuestos que no constituyen intermediación laboral. Así, en el artículo 4°, se establece: “No constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al Artículo 193 de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o sub contratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación”. Cabe precisar que estas actividades entrarán con posterioridad bajo el marco regulatorio concerniente a la tercerización de servicios.

¹⁵³ Cfr. Casación Laboral 1693-2012-Moquegua, considerando décimo. Es el artículo 1° del RLIL el que reconoce como actividad principal de la empresa usuaria a “aquella que es

tomada en sentido negativo- un elemento delimitador de la intermediación al que se suman la temporalidad, la complementariedad o la especialización que, de acuerdo con el artículo 3° de la LIL, son los supuestos de procedencia de la intermediación laboral.

En la configuración de la intermediación laboral debe tenerse en cuenta que se exige el destaque exclusivo de trabajadores al centro de trabajo o al radio de acción de la empresa usuaria¹⁵⁴. De allí que la intermediación suponga dos elementos claves, por un lado, que se produzca un destaque exclusivo de trabajadores al centro de trabajo -o radio de acción de la empresa- y que dichos trabajadores laboren bajo las órdenes de los jefes y supervisores de la empresa usuaria¹⁵⁵.

3.1. Supuestos de intermediación laboral

En el Perú, por mandato del artículo 3° de la LIL se restringe el campo de acción de la intermediación laboral a los supuestos de temporalidad, complementariedad y especialización, debiendo entenderse que:

- a) La intermediación de servicios temporales procede en aquellos supuestos en los que se emplea uno o más trabajadores con el fin de destacarlo temporalmente, mediante contratos de naturaleza ocasional o de suplencia, a una tercera persona natural o jurídica, denominada empresa usuaria que dirige y supervisa sus actividades. Según el artículo 3° de la LIL, si se contrata la intermediación de servicios temporales, el personal destacado no puede exceder del 20% del total de trabajadores que tengan vínculo laboral directo con la empresa usuaria, siempre que concurren los supuestos establecidos para los contratos ocasionales o de suplencia. De no respetarse este límite máximo se entenderá que la relación laboral se tiene con la empresa usuaria;
- b) La intermediación de servicios complementarios procede en aquellas actividades de carácter auxiliar, secundario o no vinculadas a la actividad principal, tales como la actividad de vigilancia, seguridad, mantenimiento,

consustancial al giro del negocio. Son actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa”.

¹⁵⁴ El artículo 3° de la Ley 27626 se refiere expresamente a que la intermediación laboral “involucra a personal que labora en el centro de trabajo o de operaciones de la empresa usuaria”.

¹⁵⁵ Cfr. Toyama Miyagusuku, J., “El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico”, 1ª. Edición, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2015, p. 215.

mensajería externa o limpieza. En este tipo de intermediación, la empresa usuaria no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado;

c) La intermediación de servicios especializados procede en aquellas actividades de carácter auxiliar, secundario o no vinculadas a la actividad principal que exige un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos, o particularmente calificados, tales como el mantenimiento y saneamiento especializados. En este tipo de intermediación, la empresa usuaria no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado¹⁵⁶.

Como se puede apreciar, si la intermediación laboral supone las facultades de la empresa usuaria de dirigir y supervisar las labores de los trabajadores destacados¹⁵⁷, en tanto es la empleadora real de los trabajadores, entonces el único supuesto de intermediación que debería ser considerado así es el de la intermediación de servicios temporales¹⁵⁸. Y esto porque, tal como lo ha destacado la Doctrina¹⁵⁹, la LIL no solo regula la subcontratación de mano de obra, esto es la intermediación propiamente dicha, como ocurre con la intermediación de servicios temporales; sino que también incluye supuestos de “tercerizaciones blandas”, en el caso de los servicios complementarios y altamente especializados, siempre y cuando, las empresas que los brinden asuman plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades, tal como lo establece el artículo 6° de la LIL.

La Corte Suprema de Justicia (en adelante, CSJ) también ha reconocido esta situación al mencionar que “*Las empresas de servicios complementarios no constituyen un supuesto de cesión de mano de obra legalizada, sino de subcontratación, la diferencia entre una y otra, además de la ya anotada, apunta a que una empresa de servicios complementarios es, en rigor, una contratista que establece una relación jurídica*

¹⁵⁶ Sobre la intermediación de servicios especializados, el artículo 11.3° de la LIL establece que la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados.

¹⁵⁷ El Convenio 181 de la OIT sobre las agencias de empleo privadas, al regular a las agencias de empleo privado se refiere a uno de los servicios que estas pueden prestar, esto es, “emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante, empresa usuaria) que determine sus tareas y supervise su ejecución” (ver art. 1.1° b).

¹⁵⁸ Sobre el particular, Villavicencio, considera que “la contratación de servicios complementarios y especializados se encuadra dentro del fenómeno de tercerización o descentralización productiva y no dentro de la intermediación laboral. Cfr. Villavicencio Ríos, A., “La intermediación laboral peruana: Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico”, *Ius et veritas*, 2004, n. 29, p. 149.

¹⁵⁹ Ver, por todos, Mejía Madrid, R., “El alcance de (...)”, *op. cit.*, pp. 102-104.

*civil con la usuaria, en virtud de un contrato civil o mercantil*¹⁶⁰.

El artículo 8° de la LIL establece una expresa prohibición dirigida a las empresas usuarias quienes están imposibilitadas de contratar una empresa de servicios o cooperativa, para cubrir personal que se encuentre ejerciendo el derecho de huelga o para cubrir personal en otra empresa de servicios o cooperativa de trabajadores.

3.2. Ámbito subjetivo de la intermediación laboral: Sobre las empresas intermediadoras y las cooperativas de trabajadores

De acuerdo con el artículo 2° de la LIL, la intermediación laboral solo puede prestarse por empresas de servicios constituidas como personas jurídicas, de acuerdo a la Ley General de Sociedades o como Cooperativas, conforme a la Ley General de Cooperativas. Ambas deben tener como objeto exclusivo la prestación de servicios de intermediación laboral.

De esta forma, en el Perú, las empresas que pueden prestar servicios de intermediación laboral pueden ser:

- Empresa de servicios temporales;
- Empresa de servicios complementarios;
- Empresa de servicios especializados;
- Cooperativas de Trabajo temporal;
- Cooperativas de trabajo y fomento del empleo.

Precisa el RLIL (art. 2°) que las empresas de servicios temporales, complementarios y especializados pueden desarrollar simultáneamente las actividades de intermediación previstas en la LIL, siempre que así se haya determinado en su estatuto y Registro. En cambio, las cooperativas de trabajo temporal, solo pueden intermediar para supuestos de temporalidad y las cooperativas de trabajo y fomento del empleo para actividades complementarias y de alta especialización.

3.3. Requerimientos formales para la actividad intermediadora

3.3.1. Sobre la inscripción en el Registro

Para la prestación del servicio de intermediación, la legislación peruana ha

¹⁶⁰ Cfr. Casación Laboral 1693-2012-Moquegua, considerando octavo.

establecido la obligación de las entidades de registrarse ante la Autoridad Administrativa de Trabajo (en adelante, la AAT) competente del lugar donde se encuentre la sede principal de la entidad; presentando para ello diversos documentos que acrediten su existencia, entre otros, la Copia de la escritura pública de constitución y sus modificaciones, debidamente inscritas ante la oficina registral correspondiente y su solvencia económica pues se exige que acredite y mantenga un capital social suscrito y pagado, mínimo de 45 UIT o su equivalente en certificados de aportaciones, al momento de su constitución.

Esta obligación formal debe entenderse como un mecanismo de protección a favor de los trabajadores destacados que posibilitará la intervención de la AAT para cautelar su cumplimiento y con ello el aseguramiento de los derechos de los trabajadores involucrados. En ese sentido, la CSJ ha precisado que la obligación de registro no solo involucra la publicitación de las entidades que prestan servicios de tercerización, sino que constituye *“un medio de control del cumplimiento de los requisitos exigidos por nuestra legislación para el ejercicio idóneo de este tipo de actividad; pues resulta claro que el acceso a la inscripción de una entidad en aquel abarca mínimamente la acreditación formal de los distintos requisitos previstos en la Ley N° 27626, el Decreto Supremo N° 003-2002-TR y demás normas de la materia para tal fin”*¹⁶¹.

La inscripción en el registro tiene una vigencia mínima de 12 meses, plazo a cuyo vencimiento quedará sin efecto de modo automático (art. 16° LIL). De así considerarlo, las entidades, antes del vencimiento de su inscripción, pueden solicitar su renovación para lo cual presentarán una declaración jurada de cumplimiento de los requisitos exigidos por ley, señalando el domicilio actual. La verificación de los requisitos se realiza mediante visita inspectiva. En este caso, la constancia de renovación de la inscripción consignará como fecha de inicio el día inmediato posterior al término de la vigencia de la anterior (art. 19° LIL).

Registrada la entidad, tiene la obligación de proporcionar información trimestral de acuerdo con los formatos establecidos por la AAT (art. 18° LIL).

Si la entidad varía su domicilio o razón social o amplía su objeto social, deberá comunicarlo a la AAT dentro de los cinco días hábiles de producido el hecho (art. 20° LIL).

Como parte de sus obligaciones y facultades, la AAT puede disponer la realización de las diligencias necesarias para constatar la veracidad de la información proporcionada por la entidad; de verificarse la falsedad de la

¹⁶¹ Casación N° 9877-2012-Lima (16.10.2014), considerando séptimo.

información, la inscripción solicitada será automáticamente denegada, o de ser el caso, cancelado el registro; sin perjuicio de las acciones legales que puedan derivarse (art. 15° LIL).

También se regula en la norma (art. 21° LIL) los supuestos que generan la pérdida de vigencia de la inscripción del registro de las entidades. Así, la inscripción queda sin efecto en caso de vencimiento del plazo sin que se haya renovado el registro; en caso de incumplimiento reiterado o de particular gravedad de sus obligaciones laborales, determinadas por la ley¹⁶²; en caso de incumplimiento del deber de información al cual se refiere la LIL; en caso de pérdida de alguno de los requisitos legales necesarios para su constitución o subsistencia; a solicitud de la propia entidad; y otras que se señalen con posterioridad¹⁶³.

3.3.2. Sobre los contratos celebrados con los trabajadores y el contrato suscrito entre la entidad y la empresa usuaria

De acuerdo con lo establecido en el RLIL (artículo 11°), los contratos de trabajo celebrados entre las entidades y los trabajadores, sea que se trate de contratos a plazo indeterminado o a plazo fijo, deben formalizarse por escrito y presentarse para su registro ante la AAT, dentro del plazo de 15 días naturales de suscritos.

En los casos de las Cooperativas de trabajo, la obligación se considera

¹⁶² La propia LIL precisa en su artículo 23°, a qué se consideran incumplimientos laborales. Estos son: el incumplimiento a los derechos y beneficios correspondientes al trabajador, constatados en un procedimiento inspectivo y que hayan dado lugar a la aplicación de una resolución de multa; el incumplimiento de un acuerdo conciliatorio en un procedimiento tramitado ante la Autoridad Administrativa de Trabajo; el incumplimiento de un laudo o resolución judicial firme que ordene el pago de derechos y beneficios a los trabajadores o de las obligaciones contenidas en el acta de conciliación suscrita de acuerdo a la Ley de conciliación extrajudicial; otros casos que se regulen en el reglamento.

¹⁶³ En todos los casos, salvo en el que la propia entidad lo solicita en el que la pérdida de la vigencia del registro se produce automáticamente, la AAT emitirá la resolución correspondiente que puede ser apelada dentro del plazo de tres días hábiles de su notificación, siendo resuelto dicho recurso en segunda y última instancia por la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo. Si la segunda instancia confirma la decisión que ordena la pérdida del registro, la entidad se encuentra legalmente impedida de realizar actividades de intermediación (art. 15° del RLIL).

La Dirección Nacional de Empleo y Formación Profesional publicará en el diario Oficial El Peruano, con periodicidad semestral, la relación de entidades cuyo registro haya sido cancelado o hubiere caducado (Artículo 10° del RLIL).

cumplida con la presentación de la declaración jurada ante la AAT en la que debe constar la nómina de los trabajadores destacados a la empresa usuaria, la misma que se presenta dentro de los quince días naturales de producido el destaque.

El contrato de locación de servicios suscrito entre la empresa usuaria y las entidades se presenta con la solicitud, según formato, dirigida a la Dirección de Empleo y Formación Profesional o dependencia que haga sus veces. El plazo para cumplir con dicha obligación es de quince días naturales desde su suscripción, si se presentara extemporáneamente, se abona la tasa respectiva, sin perjuicio de la multa correspondiente.

3.3.3. Sobre la carta fianza y la responsabilidad solidaria como mecanismos de protección de los trabajadores destacados

Además de la obligación de las entidades de contar con un capital mínimo como requisito para brindar servicios de intermediación, las entidades que suscriban contratos de intermediación están obligadas a conceder una fianza que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados a la empresa usuaria. La AAT establece los plazos, requisitos, porcentajes y mecanismos de ejecución y liberación de la garantía (art. 24° LIL).

Según el RLIL (art. 17°), la entidad podrá elegir entre conceder una fianza a nombre del Ministerio o a favor de la empresa usuaria.

La fianza a nombre del Ministerio¹⁶⁴ es otorgada por una institución bancaria o financiera a nombre del Ministerio de Trabajo y en favor de los trabajadores destacados. A su vez, puede ser fianza individual o global. Será individual cuando cubre independientemente cada contrato de locación de servicios que se celebre con las empresas usuarias; debe tener una vigencia mínima del plazo del contrato de locación de servicios celebrado entre la empresa usuaria y la entidad, más noventa días adicionales posteriores. Será global cuando cubre en conjunto a todos los contratos de locación de servicios celebrados con las empresas usuarias; su vigencia no puede ser inferior a tres meses debiendo renovarse al 31 de marzo, 30 de junio, 30 de setiembre y 31 de diciembre de cada año. Sea

¹⁶⁴ El RLIL efectúa precisiones respecto a la renovación y reajuste de la carta fianza a nombre del Ministerio; el requerimiento de reajuste a nombre del Ministerio; la presentación, recepción y custodia de la carta fianza a nombre del Ministerio; la devolución de la carta fianza y la ejecución de la carta fianza a nombre del Ministerio (Ver arts. 20°-25°).

individual o global, la carta fianza debe garantizar el pago de un mes de remuneraciones y la parte proporcional del mes de los derechos y beneficios laborales aplicables a la totalidad de trabajadores destacados, y las obligaciones previsionales respectivas.

En el segundo caso, se otorga para garantizar frente a la empresa usuaria el cumplimiento de las obligaciones laborales o previsionales, correspondientes a los trabajadores en ella destacados, su tipo, requisitos, plazos porcentaje de cobertura, mecanismo de ejecución, liberación de la garantía y demás elementos se rigen por lo que pacten las partes.

A fin de cautelar los derechos de los trabajadores, y además de la carta fianza, se establece en el artículo 25° de la LIL la responsabilidad solidaria¹⁶⁵ de la empresa usuaria en el caso de que la fianza otorgada por las entidades resulte insuficiente para el pago de los derechos laborales de los trabajadores destacados a la empresa usuaria. La responsabilidad se extiende por el tiempo de servicios laborados en la empresa usuaria. Además, el reglamento precisa que la solidaridad está referida tanto a los derechos laborales de origen legal como los convencionales (art. 26°).

La fianza cubre los adeudos laborales y de seguridad social, y la solidaridad se aplica a la falta de fianza y se extiende a los adeudos laborales y -aun cuando no exista mención expresa- consideramos que esta también se extiende a la deuda de seguridad social; en la medida que la expresión “obligaciones laborales” debe interpretarse de forma extensiva, atendiendo a que la solidaridad es un mecanismo protector de los derechos de los trabajadores, cuando menos, de los derechos surgidos de norma imperativa, como son los aportes a la seguridad social¹⁶⁶.

3.4. Derechos y beneficios de los trabajadores destacados

De acuerdo con la LIL, los trabajadores destacados en las empresas usuarias tienen derecho a percibir las remuneraciones y condiciones de trabajo que la empresa usuaria otorga a sus trabajadores. Este derecho debe aplicarse, fundamentalmente, a los trabajadores destacados de las empresas de servicios temporales que podrán tener un trabajador

¹⁶⁵ Tal como lo ha precisado la CSJ, “la solidaridad (o responsabilidad solidaria) en materia laboral, es un instrumento utilizado para mejorar los niveles de tutela de los trabajadores frente a procesos económicos complejos, como es el caso de la subcontratación, ante cuyo advenimiento carecen de control o poder de decisión alguno, y que más genera efectos negativos en sus relaciones de trabajo, tanto a nivel individual como colectiva”. Cfr. Casación Laboral N° 15953-2015, Lima (5.12.2016), Considerando sexto.

¹⁶⁶ En el mismo sentido, Toyama Miyagusuku, J., *El derecho individual (...), op. cit.*, p. 229.

referente dentro de la empresa por cuanto es complicado que se pueda extender a los trabajadores que prestan servicios complementarios o especializados quienes contarán con las remuneraciones y condiciones de trabajo que les fije su propio empleador¹⁶⁷.

3.5. Desnaturalización de la intermediación laboral

El artículo 5° de la LIL reconoce que la infracción a los supuestos de intermediación laboral que se establecen en la LIL, debidamente comprobada en un procedimiento inspectivo por la AAT determinará que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, se entienda que desde el inicio de la prestación de sus servicios los respectivos trabajadores han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria, esto es, que se desnatura la intermediación laboral.

El mandato legal es imperativo, de allí que el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) haya establecido que *“toda trasgresión a los supuestos de intermediación laboral determina la existencia de una relación laboral entre los trabajadores destacados y la empresa usuaria. Por ende, y de conformidad con el artículo 3° de la Ley 27626, se juzgará la existencia de relación laboral entre la empresa usuaria y el trabajador destacado, en aquellos casos en que se haya pactado la intermediación de servicios que no se caracterice por ser temporal, complementaria o de alta especialización, y, por el contrario, corresponda a un servicio que implique una actividad principal y permanente de la empresa usuaria”*.

Sin perjuicio de lo señalado en los artículos 4°¹⁶⁸ y 8°¹⁶⁹ de la LIL, el artículo 14° del RLIL desarrolla los supuestos de desnaturalización de la intermediación laboral en el supuesto de: a) El exceso de los porcentajes limitativos establecidos para la intermediación de servicios temporales; b) La intermediación para servicios temporales distintos de los que pueden ser cubiertos por los contratos de naturaleza ocasional o de suplencia; c) La intermediación para labores distintas de las reguladas en los artículos 11° y 12° de la Ley N° 27626, esto es para actividades temporales, complementarias o especializadas; y, d) La reiterancia del incumplimiento de no contar con la “Constancia de Inscripción” ante el Ministerio de

¹⁶⁷ Cfr. Villavicencio Ríos, A., “La intermediación laboral (...)”, *op. cit.*, p. 152.

¹⁶⁸ Se establece que es nula de pleno derecho la intermediación que haya tenido por objeto o efecto vulnerar o limitar el ejercicio de derechos colectivos de los trabajadores que pertenecen a la empresa usuaria o a las entidades a que se refiere el artículo 10°.

¹⁶⁹ Se considera como supuestos de intermediación prohibidos, la contratación de empresas de servicios o cooperativas para cubrir personal que se encuentre ejerciendo el derecho de huelga o para cubrir personal en otra empresa de servicios o cooperativa.

Trabajo y Promoción del Empleo; se verifica la reiterancia cuando persiste el incumplimiento y se constata en la visita de reinspección o cuando se constata que en un procedimiento de inspección anterior la empresa usuaria realiza tal incumplimiento.

Como consecuencia de la desnaturalización se configurará una relación directa entre el trabajador y la empresa usuaria.

4. La tercerización de servicios en el ordenamiento jurídico peruano

De acuerdo con el artículo 1° del RLTS, la tercerización es “*una forma de organización empresarial por la que una empresa principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más empresas tercerizadoras, que le proveen de obras o servicios vinculados o integrados a la misma*”. De allí que, según el artículo 2° de la LTS, el ámbito de aplicación de la ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores están sujetos al régimen laboral de la actividad privada que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores a las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas¹⁷⁰. El artículo 3° de la LTS muestra, a título de ejemplo, supuestos de tercerización de servicios, tales como los contratos de gerencia conforme a la Ley General de sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo.

Arce, comentando esta disposición manifiesta que el RLTS reduce el ámbito objetivo de la LTS pues establece que la tercerización “*solo involucra servicios de la contratista que cumple actividades principales de la empresa principal*”¹⁷¹. Consideramos que tal disposición reglamentaria no debe entenderse en ese sentido pues si se pueden tercerizar la actividad principal, también podría ocurrir lo mismo con las demás actividades complementarias, bajo el principio jurídico de que “el que puede lo más puede lo menos”; además, no debemos olvidar que la LIL regula las tercerizaciones de actividades complementarias.

En la definición del fenómeno de tercerización, la CSJ ha precisado que se

¹⁷⁰ El propio artículo 2 de la LTS excluye del ámbito de aplicación de la Ley a la tercerización de servicios en el sector público, la tercerización sin desplazamiento continuo y las provisiones de bienes y servicios sin tercerización.

¹⁷¹ Cfr. Arce Ortíz, E., *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*, Segunda Edición, Palestra, Lima, 2013, p. 144.

trata de “*un contrato de naturaleza civil por el cual una empresa principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad en otra empresa que cuenta con patrimonio y organización propia, dedicada a la producción de bienes o de servicios para que realice ciertas labores a favor de la contratante, sea dentro del centro de labores denominándosele «insourcing» o fuera del mismo, bajo la denominación de «outsourcing». En ambos casos la empresa prestadora de servicios actúa con personal propio bajo sus órdenes y control, delimitándose dicha actividad administrativa y funcionalmente con relación a las que realiza la empresa contratante, lo que no impide la fiscalización por parte de esta última*”¹⁷².

Establecidas las condiciones impuestas por la legislación para que se configure la tercerización, llama la atención que la CSJ, al describir las características principales de las empresas contratistas que se dedican a labores de tercerización, haya establecido en diversos pronunciamientos que deben “*tener funciones o actividades de una parte del ciclo productivo, siempre y cuando no estén circunscritas a las actividad principal de la empresa (empresa principal)*”¹⁷³. Esta opinión es directamente contraria a lo que establecen las normas pertinentes a las que recurre la CSJ para fundamentar su fallo y constituye también una violación de la libertad de empresa.

4.1. Requisitos esenciales

Tanto la LTS (artículo 2°) y el RLTS (artículo 4°) precisan los requisitos configuradores de la tercerización: que las empresas tercerizadoras asuman los servicios por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Tales requisitos, según el artículo 3° del RLTS son copulativos, pues la inexistencia de uno, cualquiera de ellos, desvirtúa la tercerización.

Esta última afirmación deja en evidencia que dichos requisitos son esenciales y que su presencia conjunta la dota de plena validez y la convierten en una tercerización lícita que “despeja cualquier duda de

¹⁷² Casación Laboral N° 3759-2015-La Libertad (29.03.2017) emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la CSJ, considerando tercero, literal a); publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de junio de 2017.

¹⁷³ Así se ha precisado en la Casación Laboral 5000-2014-Lima (07.06.2016) emitida por la segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la CSJ, considerando décimo primero. También, Casación Laboral N° 8983-2015-Del Santa (19.01.2017), emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la CSJ, considerando sétimo. La misma idea, en la Casación Laboral 5659-2016-Lima (31.10.2017), emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la CSJ, considerando sétimo.

fraude de la personalidad jurídica”¹⁷⁴ y no produce la infracción alguna del ordenamiento laboral vigente.

En relación con los elementos materiales a los que se hace referencia en el primer párrafo del artículo 2º, en un proceso en el que se reclamaba la desnaturalización de la tercerización porque se constató que la tercerizadora no proveía de materiales a sus trabajadores para la prestación de servicios sino que lo hacía la principal, la CSJ, siguiendo al Tribunal Constitucional, ha precisado que “(...) *todos los elementos esenciales exigidos en el marco de la Tercerización de servicios (...) no deben ser necesariamente entendidos como copulativos, pues, en el caso de los elementos materiales, estos podrían o no encontrarse presentes, o ser finalmente proveídos por la principal, sin que lo anterior suponga o conlleve a la desnaturalización del contrato (...)*”¹⁷⁵. Entiende la CSJ que, en cuanto al requisito de “contar con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales”, basta con contar con alguna de las alternativas.

4.2. Elementos característicos

De acuerdo con el artículo 2º de la LTS, constituyen elementos característicos de las actividades desarrolladas por una empresa tercerizadora, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio, bajo ninguna circunstancia la sola provisión de personal configura la tercerización.

Estos elementos característicos, según el artículo 4.1º del RLTS, constituyen, entre otros, indicios de la existencia de autonomía empresarial. Estos deben ser evaluados caso a caso y al momento de verificarlos en la realidad se deberá tener en cuenta la actividad económica, los antecedentes, el momento de inicio de la actividad empresarial, el tipo de actividad delegada y la dimensión de las empresas principal y tercerizadora.

Dentro de estos elementos característicos cobran relevancia: la pluralidad de clientes y el contar con equipamiento. El RLTS precisa, en su artículo

¹⁷⁴ Cfr. Arce Ortiz, E., “Derecho Individual del Trabajo (...)”, *op. cit.*, p. 145. En el mismo sentido, Mejía Madrid, R., “El alcance de (...)”, *op. cit.*, p. 104.

¹⁷⁵ Casación Laboral N° 135-2016-Lima (13.08.2016), emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la CSJ, fundamento décimo primero, numeral 5); publicado en el diario oficial El Peruano el 30 de noviembre de 2016. En esta casación, además, se hace referencia a la STC del Expediente N° 2698-2010-PA/TC, emitida por el Tribunal Constitucional.

4.2° que la pluralidad de clientes no será un indicio a valorar: a) Cuando el servicio objeto de tercerización sólo sea requerido por un número reducido de empresas o entidades dentro del ámbito geográfico, del mercado o del sector en que desarrolla sus actividades la empresa tercerizadora; b) Cuando, en base a la naturaleza del servicio u obra, existan motivos atendibles para el establecimiento de pacto de exclusividad entre la empresa principal y la tercerizadora; c) Cuando la empresa tercerizadora se encuentre acogida al régimen de la micro empresa”. Respecto al equipamiento, el artículo 4.3° del RLTS matiza dicha exigencia al establecer que se cumplirá con este requisito cuando las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquélla. Luego, apelando a la razonabilidad, se establece que la empresa tercerizadora podrá usar equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos se encuentren dentro de su ámbito de administración o formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral.

La CSJ refiriéndose a la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio considera que se trata de “elementos coadyuvantes”¹⁷⁶ o “características secundarias”¹⁷⁷ para la identificación de tales actividades que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal.

4.3. Tipos

Si bien se reconocen dos clases de tercerización, esto es, con desplazamiento continuo de personal y sin desplazamiento de personal, el artículo 2° del RLTS precisa que el ámbito de la tercerización regulada en la LRS comprende a aquella que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de la principal.

Según el artículo 6° del RLTS, un desplazamiento continuo de trabajadores será aquel realizado de forma regular entre la empresa tercerizadora y la empresa principal y que se configura la continuidad

¹⁷⁶ Casación Laboral N° 275-2015-La Libertad, citado por la Casación Laboral N° 8983-2015-Del Santa (19.01.2017), emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la CSJ, Considerando quinto, segundo párrafo; publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de abril de 2017.

¹⁷⁷ Casación Laboral 5659-2016-Lima (31.10.2017), emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la CSJ, considerando sétimo.

cuando: a) El desplazamiento ocurra cuando menos durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización; o, b) Exceda de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre.

Una cuestión regulada en el artículo 4° de la LTS que está referida a los trabajadores desplazados a la empresa principal es que en sus contratos debe especificarse cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza; asimismo, se precisa que los contratos no deben afectar los derechos laborales y de seguridad social de dichos trabajadores que mantienen su subordinación con la empresa principal¹⁷⁸.

4.4. Requisitos formales

En el Perú, las normas que regulan la tercerización “[...] prevén una serie de formalidades y cargas administrativas que las acercan a la intermediación laboral: un registro de contratistas, un contrato con cierto contenido y la obligación de informar al personal”¹⁷⁹.

Para iniciar y desarrollar sus actividades, las empresas tercerizadoras deben inscribirse en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras a cargo de la AAT competente del lugar donde la empresa desarrolla sus actividades, en un plazo de treinta (30) días hábiles de su constitución, quedando sujeta la vigencia de su autorización a la subsistencia de su registro (artículo 8° de la LTS).

El artículo 9° del RLTS establece las precisiones relacionadas con el registro de las empresas tercerizadoras. El registro sirve a la labor fiscalizadora de la AAT quien está facultada a supervisar el cumplimiento de los requisitos esenciales para realizar la labor de tercerización así como a verificar las posibles situaciones fraudulentas que se puedan presentar.

Otro aspecto formal a ser considerado por las empresas que realizan labor de tercerización es la relacionada con el contenido de los contratos y el derecho de información de los trabajadores desplazados. El artículo 8° del RLTS prevé que, sea a través de los contratos o mediante comunicación

¹⁷⁸ Según Toyama, estas precisiones no prescriben algo más allá de lo ya regulado en las normas generales pues ninguna relación puede afectar los derechos de los trabajadores y la tercerización importa la relación de sujeción del trabajador a la empresa contratista. Lo relevante, en todo caso, es la indicación del objeto específico de los servicios, así como los lugares de ejecución de los mismos. Cfr. Toyama Miyagusuku, J., “El Derecho Individual (...)”, *op. cit.*, pp. 202-203.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 202.

escrita se debe informar a los trabajadores sobre la actividad empresarial a ejecutar y a la unidad productiva o ámbito de la empresa principal en la que la misma será realizada.

Se establece también la obligación de la empresa tercerizadora de informar a los trabajadores de la tercerizadora y sus representantes así como a los sindicatos y a los trabajadores de la principal, antes del desplazamiento sobre la identidad de la empresa principal, las actividades que son objeto de contrato celebrado con la empresa principal y el lugar donde se ejecutarán las actividades mencionadas. En el caso de los trabajadores de la empresa principal, dicha obligación se cumple a través del empleador de los mismos.

4.5. Derechos Laborales de los Trabajadores de las Empresas Tercerizadoras

En lo referente a los derechos laborales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras rigen dos reglas fundamentales: 1) Tienen los mismos derechos que los establecidos para cualquier trabajador, de acuerdo con la legislación laboral vigente, y; 2) Opera el principio de igualdad de derechos para trabajadores de las empresas contratistas en relación con los trabajadores de las empresas usuarias.

Así lo ha establecido el artículo 7º de la LTS que reconoce que:

- Los trabajadores bajo contrato de trabajo sujetos a modalidad tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado. Este derecho se aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización, respecto de su empleador.
- Los trabajadores que realicen labores en las instalaciones de la empresa principal en una tercerización, cualquiera fuese la modalidad de contratación laboral utilizada, como todo trabajador contratado a tiempo indeterminado o bajo modalidad, tiene respecto de su empleador todos los derechos laborales individuales y colectivos establecidos en la normativa vigente; en consecuencia.
- La tercerización de servicios y la contratación sujeta a modalidad, incluyendo aquella realizada en la tercerización de servicios, no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical.

- Cuando corresponda, los trabajadores pueden interponer denuncias ante la AAT o recurrir al Poder Judicial, para solicitar la protección de sus derechos colectivos, a impugnar las prácticas antisindicales, incluyendo aquellas descritas en el párrafo anterior, a la verificación de la naturaleza de los contratos de trabajo sujetos a modalidad de acuerdo con la legislación laboral vigente, a impugnar la no renovación de un contrato para perjudicar el ejercicio del derecho de libertad sindical y de negociación colectiva o en violación del principio de no discriminación, y obtener, si correspondiera, su reposición en el puesto de trabajo, su reconocimiento como trabajador de la empresa principal, así como las indemnizaciones, costos y costas que corresponda declara en un proceso judicial, sin perjuicio de la aplicación de multas.

Como se puede apreciar se busca cautelar, de todas las formas posibles, los derechos de los trabajadores de las empresas que prestan servicios de tercerización; quienes, además, como se explicará más adelante, podrán solicitar la declaración de desnaturalización de la tercerización, de ser el caso.

Por otro lado, el “derecho a la información” regulado y reconocido en el artículo 6º de la LTS resulta ser una garantía a favor de los trabajadores, pues se trata de la información sobre los aspectos más relevantes que inciden en el ejercicio de sus derechos laborales. Así, para el personal destacado de la contratista, la información es relevante a efectos de ejercer cualquier acción de pago de los beneficios sociales contra la principal (solidaria) y, para el personal de la principal, tiene como finalidad fiscalizar los casos de utilización de la tercerización con el objetivo de limitar el ejercicio de derechos sindicales¹⁸⁰.

En consecuencia, en la tercerización no se limita el ejercicio de los derechos individuales o colectivos de los trabajadores, sino que se reconoce legalmente que estos tienen los mismos derechos y beneficios que los trabajadores sujetos al régimen laboral general de la actividad privada.

4.6. Responsabilidad solidaria de la empresa principal

El artículo 9º de la LTS establece que la empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la

¹⁸⁰ Cfr. Toyama Miyagusuku, J., “El Derecho Individual del Trabajo (...)”, *op. cit.*, p. 203.

empresa tercerizadora “*es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral*”.

Consecuentemente, la responsabilidad solidaria por las deudas laborales contraídas por las empresas tercerizadoras, permitirá a los trabajadores de estas últimas que puedan demandar indistintamente a su empleadora, a la empresa principal, o a ambas, simultáneamente. La responsabilidad solidaria se aplica en un supuesto de tercerización de dos empresas reales (principal y contratista) y, como se mencionó anteriormente, con ella se busca garantizar tanto derechos y obligaciones laborales como obligaciones de seguridad social¹⁸¹. La razón o motivo de la carga de solidaridad “[...] se impone a la principal por recibir servicios permanentes en sus instalaciones de la contratista y no realizar estas actividades directamente [...]”¹⁸².

Finalmente, es necesario mencionar que en los casos de solidaridad de la empresa principal en la tercerización, existen dos limitaciones relevantes introducidas por el Decreto Legislativo N° 1038. Por un lado, la responsabilidad solidaria comprende solamente los beneficios de origen legal, de tal manera que aquellos beneficios que tengan un origen distinto no deberían considerarse. Por otro lado, el plazo de prescripción de la responsabilidad solidaria solamente se extiende hasta el año de terminado el destaque de personal¹⁸³.

4.7. Desnaturalización de la tercerización de servicios

De acuerdo con el artículo 5° de la LTS, los contratos de tercerización que no cumplen con los requisitos señalados en los artículos 2° y 3° de la LTS y que impliquen una simple provisión de personal, originan la desnaturalización de la tercerización, entendiéndose, por tanto, que los trabajadores de la contratista mantienen una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal; además, se producirá la cancelación del registro de la empresa tercerizadora en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras que se encuentra a cargo de la AAT; sin perjuicio, además, de las multas a las que sean pasibles.

¹⁸¹ Cfr. Arce Ortiz, E., “Derecho Individual del Trabajo en el Perú (...)”, *op. cit.*, p. 146.

¹⁸² Toyama Miyagusuku, J., “El Derecho Individual del Trabajo (...)”, *op. cit.*, p. 205.

¹⁸³ Cfr. *Ibidem*, p. 206.

Dichas consecuencias legales son absolutamente legítimas pues una subcontratación fraudulenta se encuentra vedada cuando “no tiene otro fin que el aumento de las ganancias empresariales, a costa de la ilegítima disminución de los derechos de los trabajadores (y no mediante la búsqueda real de la eficiencia empresarial)”. Y es que, como ha precisado el TC, la actuación fraudulenta hace que desaparezca “la finalidad constitucional y legal que justifica la intervención en los derechos fundamentales de los trabajadores, que inevitablemente se produce con la utilización de la tercerización, sino porque la finalidad oculta tras el fraude en la subcontratación representa un supuesto de “instrumentalización” de la dignidad de los trabajadores, inadmisibles en el Estado Constitucional”¹⁸⁴.

Las causales o supuestos de hecho que producen la desnaturalización de la tercerización han sido desarrolladas en el artículo 5° del RLTS y son las siguientes: a) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2° y 3° de la LTS y 4° del RLTS indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora; b) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal; y, c) En caso que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9° del RLTS, cuando se produce la cancelación del registro.

Los dos primeros supuestos no constituyen propiamente una desnaturalización. El primero por cuanto, se carece de los requisitos esenciales para que se la considere como tal. El segundo porque rompe con el esquema básico de la tercerización que exige que se mantenga relación laboral entre la empresa tercerizadora y los trabajadores desplazados a los centros de trabajo o de operaciones de la empresa principal y no con esta. En este último caso, “lo importante es determinar si la prestación se desarrolla en autonomía, debido a que se está desglosando una parte de la actividad productiva de la empresa; en su defecto, sería defender la mera provisión de personal”¹⁸⁵. Respecto del último supuesto no se hace más que reafirmar lo establecido en el artículo 9° del RLTS que establece como consecuencia lógica del incumplimiento formal, la inclusión de los trabajadores destacados en la planilla de la principal.

¹⁸⁴ Cfr. STC recaída en el Expediente N° 02111-2010-PA/TC (24.01.2012), Caso sindicato Único de Trabajadores de la Electricidad y Actividades Conexas de Lima y Callao (SUTREL), fundamento jurídico 15.

¹⁸⁵ Gonzales Ramírez, L. y De Lama Laura, M., “Desnaturalización en las Relaciones Laborales situaciones de simulación y fraude en los contratos de trabajo, tercerización, intermediación, modalidades formativas y otros”, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2010, p. 152.

5. La actuación judicial en el ámbito de la descentralización productiva

Las posibilidades de hacer un uso fraudulento de la intermediación laboral y de la tercerización han quedado evidenciadas en el apartado 1 del presente artículo.

En el ordenamiento peruano, la desnaturalización de la intermediación y la tercerización está referida a aquellos supuestos legalmente establecidos que, de configurarse en la realidad, generan la declaración judicial de que los trabajadores de las entidades intermediadoras y de las empresas tercerizadoras han tenido vinculación directa e inmediata con la empresa usuaria o empresa principal, según corresponda. Detrás de esta regulación legislativa se encuentra el deber estatal de dotar de protección a los trabajadores, protección que se verá materializada por la labor de los Tribunales de Justicia. A continuación mostraremos algunas decisiones judiciales (tanto del TC como de la CSJ) en las que se declara la desnaturalización.

5.1. En la intermediación laboral

Como ya se ha precisado anteriormente, la intermediación laboral comprende el destaque del personal a la empresa usuaria, con la finalidad de realizar servicios que no impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa.

El TC se ha pronunciado sobre la desnaturalización de la intermediación laboral por vulneración del artículo 3° de la LIL y, en aplicación del principio de primacía de la realidad, ordenó la inclusión en la planilla de la empresa usuaria de un trabajador que, mediante acta de inspección de la AAT, logró demostrar que venía desarrollando “*labores de ejecución permanente y sin cuya ejecución se afectaría o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa usuaria*”¹⁸⁶.

Al referirse a los supuestos que habilitan a contratar vía intermediación de servicios complementarios, el TC concluyó que la trabajadora demandante tenía relación laboral con la empresa usuaria pues “*los servicios que ha venido prestando la demandante no obedecían a una necesidad complementaria de la entidad usuaria*” ya que existían suficientes elementos de prueba para concluir que las labores para las que había sido contratada la demandante, esto es, las

¹⁸⁶ Cfr. STC recaída en el Exp. N° 06000-2009-PA/TC (21.092.2010), caso Vera Castro, fundamento jurídico 7.

de nutricionista, eran *“labores que constituyen actividad principal y permanente de la empresa requirente, y están comprendidas en el Manual de Organización y Funciones y en el Manual de Operaciones del Servicio de Nutrición del Hospital III, Yanahuara”*¹⁸⁷.

En otro caso, el TC concluyó que no se había configurado un supuesto de fraude laboral que generase la desnaturalización del contrato de intermediación por cuanto se pudo verificar de las documentales aportadas al proceso que el demandante fue *“destacado a prestar sus servicios dentro de las instalaciones de la Sociedad demandada, sin haberse podido probar que el vínculo laboral lo mantuvo realmente con la Sociedad emplazada; por el contrario, conforme se advierte de las boletas de pago que obran de fojas 7 a 14 de autos, era Manpower Perú S.A. la que pagaba sus remuneraciones, consignándose además en éstas que era destacado a la Sociedad emplazada por ser su cliente”*¹⁸⁸.

Por su parte, la CSJ¹⁸⁹, en un caso en el que la empresa usuaria y la intermediado habían celebrado contratos de intermediación laboral por servicios temporales, complementarios y especializados en momentos diferentes e indistintamente, determinó que los supuestos contratados no estaban dentro del alcance de la LIL al no haberse probado que la labor era temporal, complementaria o especializada pues en las boletas de pago emitidas por la intermediadora se menciona que el trabajador realiza labores de analista en la usuaria *“y que resulta ser el mismo cargo que luego asumió bajo un contrato de trabajo a plazo indeterminado (boletas de fojas veinticuatro a veintiocho y certificado de fojas treinta)”*; además, continúa la CSJ, *“dicha labor se identifica con la actividad principal de la empresa usuaria (la demandada) y ello lo corrobora el hecho de que la demandada pretenda darle un matiz diferente a esa actividad atribuyéndole “labor vinculada” a la actividad principal y no labor de ejecución de la actividad principal”*, en ese sentido, la CSJ deja claramente establecido que *“las actividades vinculadas a su ejecución o colaboran para su cumplimiento forman parte de esa actividad principal y por lo tanto se encuentran dentro del ámbito de exclusión establecida en la norma legal denunciada”*.

En un caso en el que no se configuró la desnaturalización, la CSJ¹⁹⁰ verificando las boletas de pago concluyó que *“el actor prestó servicios como*

¹⁸⁷ Cfr. STC recaída en el Exp. N° 06371-2008-PA/TC (19.02.2011), caso Marín Meza, fundamento jurídico 18.

¹⁸⁸ Cfr. STC recaída en el Exp. N° 03793-2010-PA/TC (3.01.2011), caso Gencio Cáceres, fundamento jurídico 4.

¹⁸⁹ Casación Laboral 12670-2016- Lima (13.01.2017), considerando décimo sexto; publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, Sentencias en Casación, Cuadernillo Número 725 de fecha 30.03.2017.

¹⁹⁰ Cfr. Casación Laboral N° 5504-2015-Arequipa (3.12.2016), considerando vigésimo tercero.

asistente de obras, procesador de datos y no como ingeniero geólogo, y si bien ocupó el cargo de Jefe de División de Obras e Hidrología, lo hizo bajo un contrato de suplencia donde el trabajador permanente a ser reemplazado tenía dicho cargo”; además, del análisis del cuadro de asignación de personal de la usuaria, verificó que los cargos desempeñados por el demandante “no se encuentran dentro de la unidad denominada División de Obras e Hidrología dependencia estructural que cita el actor como sustento de la desnaturalización de sus contratos con la co-demandada”.

5.2. En la tercerización de servicios

El TC¹⁹¹, refiriéndose a las consecuencias de la desnaturalización de la tercerización, afirma que encuentran sustento en el propósito subalterno de “disminuir o anular los derechos laborales de los trabajadores” pues cuando una empresa principal subcontrata a la tercerizadora, “pero sigue manteniendo aquella el poder de dirección sobre los trabajadores, y la función o actividad tercerizada se sigue realizando en los ambientes de la empresa principal y con los bienes y recursos de esta, y a su cuenta y riesgo, resulta evidente que dicha subcontratación resulta incompatible con nuestra Constitución”.

Mediante Casación Laboral 014997-2014-La Libertad, la CSJ descartó la existencia de tercerización “pues ha quedado establecido que para la materialización de las labores contratadas, el único aporte de las empresas locadoras ha sido la de proporcionar el personal y que además las actividades laborales objeto del contrato se realizaron en las instalaciones de la empresa recurrente”¹⁹².

¹⁹¹ Cfr. STC recaída en el expediente N° 02111-2010-PA/TC (24.01.2012), caso Sindicato Único de Trabajadores de la Electricidad y Actividades conexas de Lima y Callao (SUTREL), fundamento jurídico 14.

¹⁹² Cfr. Casación Laboral N° 14997-2014- La Libertad, considerando noveno; publicada en el diario oficial El Peruano el 1 de agosto de 2016. Se precisa en la citada Resolución que “las codemandadas Tejidos de Polipropileno SAC y Plásticos Extruidos SAC no han aportado los medios técnicos y materiales para su concreción, siendo que los contratos de maquila, anexos, resoluciones y renovaciones se estableció que la materia prima era proporcionada por la entidad recurrente en su calidad de comitente y que según los contratos suscritos por ésta en su oportunidad con su codemandadas Tejidos de Polipropileno SAC y Plásticos Extruidos SAC ha sido solo de la provisión de personal, tal como es de verse de la cláusula cuarta del contrato (.), verificándose también que ha asumido la integridad de la parte del proceso productivo de maquila por su cuenta y riesgo”. Cfr. Considerando octavo, Casación Laboral N° 014997-2014-La Libertad (3.05.2016), publicada en el diario oficial El Peruano el 1 de agosto de 2016. En el mismo sentido en la Casación Laboral N° 5659-2016-Lima en el que se descartó la existencia de tercerización por cuanto “el único aporte de las empresas locadoras ha sido la de proporcionar el personal y que además las actividades laborales objeto del contrato se realizaron en el lugar donde se lleva a cabo la actividad principal de la empresa”. Cfr. Casación Laboral N° 5659-2016-Lima (31.10.2017), considerando noveno.

En otro caso, se declaró infundada la casación y se ratificó la sentencia de segunda instancia que declaró fundada la demanda de desnaturalización de la tercerización pues quedó demostrado que para la materialización de las labores contratadas, *“el único aporte de la empresa locadora ha sido la de proporcionar el personal quienes fueron dirigidos en el desarrollo de sus labores por la entidad usuaria, por lo que debe reconocerse la relación laboral de los accionantes con la demandada”*¹⁹³.

En los contratos de Tercerización, o mejor dicho en su ejecución, es importante prestar atención a las actividades que realizan los trabajadores destacados en la empresa principal y qué representan estas actividades para la empresa. Esto debido a que, según la CSJ, se desnaturaliza la tercerización si se demuestra que la trabajadora se encontraba bajo subordinación directa de la principal, *“como si fuera trabajadora directa de aquella”* y no de la tercerizadora¹⁹⁴.

Bajo el mismo razonamiento, la CSJ¹⁹⁵ declaró desnaturalizada la tercerización por incumplimiento de los requisitos esenciales por cuanto los servicios de maquila contratados *“estuvieron sujetos a las normas de producción de la principal (horarios, métodos, técnicas, Reglamento interno, instrucciones de uso de la maquinaria, asumiendo ésta íntegramente los gastos, así como la entrega de materiales y materia prima”*, además, el trabajador demandante estuvo sometido al reglamento interno e instrucciones de uso de las maquinarias de la principal, *“lo cual demuestra que no estuvo bajo exclusiva subordinación de las locadoras”*; de la misma forma, las locadoras no operaron con equipamiento propio pues los servicios fueron prestados *“con maquinaria, herramientas, materia prima, materiales auxiliares, de propiedad exclusiva”* de la principal *“otorgadas al locador solo en uso, en el local de producción de esta, que también tuvo a su cargo proporcionarle los repuestos y mantenimiento y*

¹⁹³ Casación Laboral N° 8983-2015-Del Santa (19.01.2017), emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la CSJ, considerando décimo segundo; publicada en el diario oficial El Peruano el 04 de abril de 2017. Según se menciona en la casación, la tercerizadora había operado con ausencia de autonomía empresarial, pues era la principal la que proporcionaba los recursos técnicos, materiales y demás para el desarrollo de las labores; asimismo, las labores que desempeñaban los trabajadores desplazados por la tercerizadora eran supervisados por la principal evidenciándose subordinación; la principal había emitido constancias de reconocimiento y felicitación a los trabajadores destacados por su valiosa colaboración con la principal. Cfr. Casación Laboral 8983-2015- Del Santa (19.01.2017), considerandos segundo y tercero.

¹⁹⁴ Casación Laboral N° 8333-2015-Junín (9.03.2017), emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia el 9 de marzo de 2017, publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de mayo de 2017, considerando décimo quinto.

¹⁹⁵ Cfr. Casación Laboral N° 12738-2014-La Libertad (13.04.2015), considerando décimo segundo.

asumió íntegramente los gastos que el locador efectuara por la prestación pactada”.

6. Bibliografía

- Alegre Escorza, M., Correa Salas, F. y otros, “La problemática de la intermediación laboral en el Perú”, *Ius et veritas*, 2001, n. 23, pp. 361-383.
- Álvarez, E., “Tercerización, descentralización productiva y Derecho del trabajo”, *Revista Derecho del Trabajo*, 2012, n. 1, mayo, pp. 3-18.
- Arce Ortiz, E., *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*, Segunda Edición, Palestra, Lima, 2013.
- Gonzales Ramírez, L. y De Lama Laura, M., “Desnaturalización en las Relaciones Laborales, situaciones de simulación y fraude en los contratos de trabajo, tercerización, intermediación, modalidades formativas y otros”, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2010.
- Mejía Madrid, R., “El alcance de la regulación laboral de la descentralización productiva”, *Themis*, 2014, n. 65, pp. 97-106.
- Toyama Miyagusuku, J., “El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico”, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2015.
- Valdés dal Ré, F., “La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo”, en Pedrajas Moreno, A. (dir.), *La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinaria*, Lex Nova, Madrid, 2002.
- Vidal Bermúdez, A., Cuadros Luque, F. y Sánchez Reyes, C., *Flexibilización Laboral en el Perú y reformas de la protección social asociadas: Un balance tras 20 años*, CEPAL, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2012.
- Villavicencio Ríos, A., “La intermediación laboral peruana: Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico”, *Ius et veritas*, 2004, n. 29, pp. 143-156.

La incidencia del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América en la normatividad de las Cooperativas de Trabajo Asociado en Colombia

Katerine BERMÚDEZ ALARCÓN*

RESUMEN: Colombia, debido a la necesidad de contar con un tratado de libre comercio con Estados Unidos realizó de manera paulatina algunas reformas a su legislación laboral, con miras a lograr la ratificación del Tratado de Libre Comercio (TLC) por parte del Congreso de este país. Dentro de dichas reformas, uno de los asuntos que más trabajó el Estado colombiano fue lo relacionado con las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA), las cuales en la práctica venían utilizándose indebidamente para permitir la contratación indirecta de trabajadores y ocultar al verdadero empleador, por lo cual, las reformas se encaminaron a limitar su marco de acción, sancionar a quienes incurrieran en estas conductas y promover la formalización laboral a través de la condonación de multas a cambio de una contratación directa del trabajador, sin que esto por sí solo haya logrado una solución de fondo al problema de la subcontratación viciosa para hacer fraude al contrato de trabajo y a las garantías de los trabajadores.

Palabras clave: Libre comercio, Contratación indirecta, Cooperativas de Trabajo Asociado, Reglamentación del Ejecutivo.

SUMARIO: 1. Antecedentes. 2. La legalidad de la contratación indirecta en Colombia. 3. La situación particular de las CTA. 4. La reforma hecha a la legislación sobre las CTA mediante el Decreto 2025 de 2011. 5. Nulidad de varias disposiciones del Decreto 2025 de 2011. 6. Epílogo. 7. Bibliografía.

* Abogada, especialista en derecho del trabajo y doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Directora del Centro de Investigaciones Laborales del Departamento de Derecho Laboral de la misma Universidad.

The incidence of the Free Trade Agreement in the regulations of the worker cooperatives in Colombia

ABSTRACT: Colombia, due to the need to have a free trade agreement with the United States, gradually made some reforms to its labor legislation, in order to achieve the ratification of the Free Trade Agreement by the Congress of this country. Within these reforms, one of the most relevant issues for the Colombian State, was related to the worker cooperatives, which in practice had been used improperly to allow the indirect hiring of workers and hide the true employer, for which, the reforms were directed to limit its framework of action, punish those who incurred in these behaviors and promote formalization of labor contracts through the forgiveness of fines in exchange for a direct hiring of the worker, without this was not enough to achieve a decision on the substance of the problem of the vicious subcontracting to make fraud to the work contract and to the guarantees of the workers.

Key Words: Free Trade Agreement, indirect contracting, worker cooperatives, Executive Regulation.

1. Antecedentes

Con el *Andean Trade Preference Act* -ATPA- de 1991, enmendado por el *Andean Trade Promotion and Drug Eradication Act* -APTDEA- de 2002, Colombia venía recibiendo desde 1991 unas preferencias arancelarias por parte de su principal socio comercial, los EE.UU., que le permitían exportar al mercado de ese país, más de 6000 partidas de productos colombianos sin pagar arancel¹⁹⁶.

A raíz de los cambios en la política comercial de los EE.UU., con la llegada al gobierno de George W. Bush, este país le anunció a Colombia que empezaría a promover la suscripción de tratados de libre comercio con varios países, entre ellos los Andinos y las preferencias arancelarias que se les venían dando a través del APTDEA, finalizarían a finales de 2006¹⁹⁷.

Ante ese escenario, Colombia inició la negociación de un tratado de libre comercio con Estados Unidos¹⁹⁸ en 2004, con el objetivo de permitirles a los empresarios colombianos conservar las ventajas arancelarias que estaban en riesgo de perderse, así como ampliar el número de partidas con que se contaba y con ello, las exportaciones a ese país, para así crecer en un punto anual en la economía del país y reducir en dos puntos en la tasa de desempleo, en un período de cinco años¹⁹⁹.

Pocos imaginaban que la negociación del TLC entre los dos países fuese a tener tantas dificultades para ser aprobado y mucho menos que esas dificultades tuvieran que ver con los asuntos laborales de Colombia. De hecho el tratado se firmó el 22 de noviembre de 2006, tuvo una modificación por unas exigencias de EE.UU. en junio de 2007, fue ratificado por EE.UU. en octubre de 2011 y entró en vigencia en mayo de

¹⁹⁶ SICE, *Tratado de libre comercio Colombia – Estados Unidos, resumen*, p. 5 consultado en http://www.sice.oas.org/TPD/AND_USA/Studies/COLResumen_s.pdf.

¹⁹⁷ Procolombia, *Aptdea*, disponible en <http://tlc-eeuu.procolombia.co/abc-del-tlc/atpdea>.

¹⁹⁸ Estas negociaciones eran en conjunto con Perú y Ecuador, y Bolivia participaba en calidad de observador y cada país tendría su propio TLC con EE. UU. Ecuador se retiró en 2006 y no siguió negociando, Bolivia fue excluida del acuerdo porque EE.UU. consideró que no había cumplido sus compromisos en la lucha contra el narcotráfico y Perú firmó el tratado en 2006 y entró en vigencia y fue implementado en febrero de 2009.

¹⁹⁹ Ministerio de Comercio, *Exportaciones, empleo y PIB, mayores crecimientos en TLC con Estados Unidos*, 8 de abril de 2011, consultado en http://www.mincit.gov.co/publicaciones/18038/exportaciones_empleo_y_pib_mayores_crecimientos_en_tlc_con_estados_unidos.

2012²⁰⁰, tiempo durante el cual, la vigencia del APTDEA se amplió en seis oportunidades.

Las razones laborales por las cuales los demócratas del Congreso de los EE.UU. se opusieron durante varios años a la ratificación del tratado tenían que ver con la violación de derechos humanos de los líderes sociales, entre ellos los sindicalistas, los mecanismos de contratación de personal que desincentivaban la afiliación a sindicatos, particularmente las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA), la ineficacia de varias normas laborales y la debilidad del sistema de inspección del trabajo, entre otros asuntos²⁰¹, de los cuales este artículo hará referencia al segundo, pues durante el proceso de negociación del tratado se hicieron varias reformas a la legislación relacionada con las cooperativas de trabajo asociado, que aportaron a la ratificación, pero hoy se evidencian retrocesos, como se explica más adelante.

Para explicar esta situación, este artículo empieza por mencionar las formas legales que permiten la contratación de trabajadores de manera indirecta, luego se hace referencia a una en particular, las Cooperativas de Trabajo Asociados que fueron las más cuestionadas en los últimos años y sobre las que exigió EE.UU. a Colombia que se les hiciera más control, por esto a continuación se expone la reglamentación que hizo el Gobierno colombiano para limitar su uso ilícito como parte de los compromisos del Plan de Acción Laboral para lograr la ratificación del TLC y por último, se menciona lo que sucedió con esa reglamentación cuando se revisó su legalidad por parte del órgano judicial competente.

2. La legalidad de la contratación indirecta en Colombia

En Colombia hay varias figuras legales que permiten la contratación indirecta de trabajadores, entendiendo esta como aquella contratación que hace una empresa para que otra empresa u otra persona le preste un servicio, le produzca bienes o incluso le provea mano de obra y a las cuales, la doctrina también identifica con el término subcontratación²⁰².

Esas figuras se encuentran en distintas fuentes normativas y a fin de

²⁰⁰ http://www.sice.oas.org/TPD/AND_USA/COL_USA_s.ASP.

²⁰¹ Bermúdez A., K. y otros, *Vínculo entre comercio internacional y derechos laborales, capítulos laborales en los TLC suscritos por EE.UU. con Colombia y con Perú*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 210-211.

²⁰² Sánchez Castañeda, A., Reynoso Castillo, C. y Palli, B., *La subcontratación: un fenómeno global, estudio de legislación comparada*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 7.

contextualizar sobre su alcance, en la tabla a continuación se indica lo relevante de cada una de ellas:

Figura y fuente legal	Concepto
<i>Contratista independiente</i> Artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo	Corresponde a aquellas personas naturales o jurídicas que prestan un servicio, ejecutan una obra o producen un bien con sus propios recursos, entre ellos sus trabajadores, actúan con autonomía técnica, directiva y administrativa y asumen los riesgos de su actividad. En la práctica estas figuras se conocen como un típico outsourcing.
<i>Contrato sindical</i> ²⁰³ Artículo 482 del Código Sustantivo del Trabajo	Es una forma de contratación colectiva, mediante la cual el sindicato contrata con un empleador la ejecución de obras o la prestación de servicios a través de sus propios afiliados, lo cual es bastante particular, pues la reglamentación de la figura ha referido a que los trabajadores no tienen un contrato de trabajo ni con el sindicato ni con el empleador, estos trabajadores simplemente ostentan la calidad de afiliados y se rigen por el reglamento que la asamblea del sindicato dicte cada vez que se obtiene un contrato sindical
<i>Empresas de servicios temporales</i>	Suministran personal en misión a empresas usuarias, para que adelanten labores temporales. Son verdaderos empleadores, aunque delegan en la

²⁰³ Esta figura ha sido cuestionada por la doctrina y los mismos trabajadores en la medida que no se dan las garantías del contrato de trabajo y en la forma en que se prestan los servicios puede haber una verdadera subordinación entre el trabajador y el sindicato o incluso entre el trabajador y el empleador que contrató al sindicato. En el informe de la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia -CUT- a la 106ª Conferencia de la OIT, enviado el 5 de junio de 2017 al Director General de la OIT, esta confederación sindical manifestó: “En Colombia se permite el Contrato Sindical, para la prestación de servicios de personal (tercerización) por medio de organizaciones sindicales, para los trabajadores que laboran mediante esta figura no es posible el derecho a la negociación colectiva porque con la empresa que prestan sus servicios no tienen vínculo alguno de forma tal que no pueden adelantar con ésta conflicto colectivo y, con el sindicato que intermedia su labor, no tienen vinculación laboral sino una supuesta afiliación sindical, así que tampoco pueden adelantar con éste una negociación colectiva”. <https://cut.org.co/informe-general-a-la-106-conferencia-oit-de-la-situacion-de-derechos-laborales-en-colombia/>.

Artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y artículo 2 del Decreto 4369 de 2006	empresa usuaria la subordinación sobre el trabajador en misión. Este tipo de servicios solo lo pueden ofrecer empresas autorizadas para ello por el Ministerio del Trabajo. La duración del vínculo del trabajador en misión no puede ser superior a un año, después de este tiempo la usuaria no puede contratar ese mismo servicio con la misma u otras empresas de servicios temporales.
<i>Simple intermediario</i> Artículo 35 del Código Sustantivo de Trabajo, artículo 95 de la Ley 50 de 1990 y artículo 32 del Decreto 722 de 2003	La norma lo concibe bajo dos ópticas. La primera, es la labor de intermediación de empleo, es decir, la contratación de trabajadores en beneficio y por cuenta de un patrono, con quien se suscribe el contrato de trabajo. La segunda óptica obedece a la consecuencia de contratar de manera indirecta para ocultar un contrato de trabajo realidad, en ese caso, lo que prevé el Código Sustantivo del Trabajo, es que se consideran simples intermediarios, así aparezcan como empresarios, las personas que coordinan o agrupan los servicios de trabajadores para trabajar a favor de un empleador con sus equipos, maquinarias, en sus locales y en actividades que son ordinarias, inherentes o conexas del mismo.
<i>Cooperativas de trabajo</i> Artículos 59 y 70 de la Ley 79 de 1988 y artículo 4588 de 2006	Son entidades del sector solidario, sin ánimo de lucro, en las cuales se asocian personas que aportan económicamente, también son trabajadores y gestores de la empresa, ellas vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios. Su objetivo es generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria con autonomía, autodeterminación y autogobierno.

Estas figuras han operado en el ordenamiento laboral colombiano en función de lo que requieren quienes las contratan y en algunas oportunidades han servido para disfrazar verdaderas relaciones de trabajo directas, ante lo cual, el trabajador afectado puede acudir a la jurisdicción laboral para que se declare quién es su verdadero empleador y reclamar los derechos que este le haya vulnerado.

De estas figuras, la CTA tuvo un auge exponencial desde inicios de este

siglo, pasando de 37.048 asociados en 572 CTA en 2000, a 378.933 asociados en 2.982 CTA en 2005 y a 610.526 afiliados en 4.307 CTA en 2010²⁰⁴, lo cual generó suspicacias sobre la verdadera vocación de asociatividad de los trabajadores y las razones por las cuáles se estaba contratando a través de ellas servicios, obras o producción de bienes.

3. La situación particular de las CTA

El argumento que se dio para explicar el auge de las CTA fue que estas eran tablas de salvación para las empresas que estaban cercanas a un cierre, pues permitían continuar con fuentes de empleo estable y con los beneficios tributarios propios de las entidades del sector cooperativo²⁰⁵.

Sin embargo, esta no era una opinión unánime, pues en la práctica se evidenciaba que estas se constituían para organizar mano de obra subordinada de una empresa cambiando el vínculo de empresa-asalariado a cliente-asociado, sin variaciones de orden productivo, organizacional o jerárquico, en tanto estos trabajadores no tenían vocación de autogestión o autogobierno, no eran dueños de los medios de producción, no adherían voluntariamente a las CTA y ni siquiera sabían qué derechos tenían como asociados; además, los sindicatos y los trabajadores denunciaban que esta figura servía para dificultar la acción sindical, disminuir los costos laborales²⁰⁶ y flexibilizar los despidos de los trabajadores.

El auge de las CTA coincide con el período de negociación del TLC entre Colombia y los Estados Unidos, en los dos períodos presidenciales de Álvaro Uribe y el primero de Juan Manuel Santos, tiempo en el que los sindicatos colombianos denunciaron ante la OIT que los empresarios estaban aplicando esa figura como un mecanismo de contratación que impedía el libre derecho de asociación sindical, el derecho de presentar pliegos de peticiones y el derecho de huelga, respecto a lo cual el Gobierno colombiano respondía que sólo los empleadores y trabajadores vinculados mediante un contrato de trabajo estaban facultados para

²⁰⁴ CONFECOOP, *Desempeño sector cooperativo colombiano*, años 2000, 2005 y 2010, consultados en <http://confecoop.coop/informes-anales/informes-anales/>.

²⁰⁵ Arenas Gallego, E., Piedrahita Vargas, C. y Plata López, J.M., “Marco Jurídico de las Cooperativas de Trabajo Asociado”, *Opinión Jurídica*, vol. 6, n. 11, enero-junio de 2007, Medellín, Universidad de Medellín, p. 35.

²⁰⁶ Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social, *Las cooperativas de trabajo asociado en Colombia*, Boletín n. 10, diciembre de 2007, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 17.

constituir sindicatos, pues “las demás personas que desarrollan actividades que no se derivan de un contrato de trabajo pueden organizarse en otra clase de asociaciones” y que los trabajadores de las cooperativas tiene su propia organización para la defensa de sus derechos que es la Confederación Nacional de Cooperativas²⁰⁷.

Al respecto, el Comité de Libertad Sindical le indicó al Gobierno colombiano que en virtud de lo previsto en el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT, los empleadores y trabajadores sin ninguna distinción y sin autorización previa tienen el derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes, lo que incluye no solo al trabajador dependiente sino al independiente o autónomo, por lo que consideró que los trabajadores de las CTA podían constituir sindicatos y le pidió que tomara las medidas para modificar la legislación en este sentido²⁰⁸.

Los sindicatos colombianos emprendieron en asocio con la AFL-CIO una estrategia que fue muy eficaz, consistente en hacer lobby ante los congresistas del partido demócrata de los Estados Unidos para que le exigieran al Gobierno colombiano cambios en la legislación para que estas figuras no afectaran los derechos de los trabajadores. Por ello, el Gobierno inició una serie de reformas desde 2006.

En primer lugar, se profirió el Decreto 4588 de 2006 para reglamentar la organización y el funcionamiento de las CTA. Este Decreto hace explícitas varias consideraciones respecto a las CTA, que eran obvias por tratarse de entidades del sector cooperativo como, por ejemplo, que no tienen ánimo de lucro, que sus asociados son personas naturales que a la vez son gestores, aportantes económicos y aportes de trabajo, que se constituyen para generar y mantener trabajo para sus asociados, que deben ser propietarias, poseedoras o tenedoras de los medios de producción y demás medios de trabajo, que no les aplican las normas de la legislación laboral sino la legislación cooperativa y solidaria, junto con los estatutos de la CTA en cuanto a compensaciones y régimen de trabajo asociado, que la afiliación a la CTA es libre y voluntaria, y que les está prohibido actuar como empresas de servicios temporales o como empresas de intermediación laboral, pues en caso que esto suceda, el contratante, la CTA y sus directivos serán solidariamente responsables por las obligaciones que se causen a favor del trabajador asociado, entre otras.

De dicho Decreto es importante destacar este último punto, pues el

²⁰⁷ OIT, *Seguimiento dado a las recomendaciones del Comité y del Consejo de Administración*, Informe núm. 335, noviembre 2004, caso 2237, Colombia, consultado en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::P50002_COMPL_AINT_TEXT_ID:2907475#.

²⁰⁸ *Ibidem*.

Gobierno consideró que al establecer que las CTA tenían prohibido actuar como simples intermediarios o como EST, fijando solidaridad entre quienes actuaban por parte de la CTA, la CTA misma y el contratante se controlaría el problema, sin embargo, esto no tuvo mayor impacto porque en el caso de que el trabajador considerara que la CTA a la que estaba afiliado realmente lo que estaba haciendo era una intermediación laboral o un suministro de personal, debía acudir al juez laboral e iniciar un proceso laboral para que se declarara un contrato de trabajo realidad con el contratante, lo cual por sí solo no fue disuasivo para quienes burlaban la contratación directa a través de las CTA, pues sabían que muchos trabajadores prefieren no demandar mientras se les permita continuar trabajando y por ello, el número de afiliados ni de CTA's no se redujo a partir de dicho Decreto y por el contrario, este continuó creciendo.

En segundo término, el Gobierno decidió adelantar un proyecto de ley por el cual las cargas tributarias de las CTA fueran superiores y con ello, no tuvieran tanta ventaja competitiva frente a las empresas contratistas con ánimo de lucro, que asumían un aporte parafiscal del 9% del valor de la nómina mensual de los salarios de sus trabajadores con destino a las Cajas de Compensación Familiar, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Servicio Nacional de Aprendizaje. Como consecuencia de esta iniciativa, el Congreso expidió la Ley 1233 de 2008 que estableció, además de una contribución especial consistente en que las CTA también pagarían un 9% sobre las compensaciones ordinarias y extraordinarias de sus afiliados, que estas debían pagarle como mínimo el salario mínimo a sus afiliados salvo los pagos proporcionales en función del tiempo laborado, asumir la afiliación y aportes a la seguridad social, reiteró la prohibición de hacer intermediación o suministro de personal y agregó que la potestad de disciplinar sobre los asociados a la CTA no podía estar en cabeza del contratante, pues si esto sucedía se configuraba de manera automática un contrato de trabajo realidad.

El problema de dicha ley, fue que en el Congreso durante el trámite legislativo de dicho proyecto decidieron agregar un artículo que no estaba previsto en lo que presentó el Gobierno y consistió en una excepción al pago de la contribución especial del 9% para aquellas CTA cuya facturación anual no excediera de 435 salarios mínimos legales vigentes, es decir, si no tenían ese monto de facturación, se les exoneraba de pagar la contribución., con lo cual, la intención del Gobierno quedó anulada en la medida que lo que sucedió es que las CTA se fragmentaron para reducirse en tamaño, disminuir su facturación y no tener que pagar el 9% de la contribución especial, pero a la vez aumentaron en número de CTA para poder continuar prestando los servicios que ya tenían con sus terceros

contratantes.

En los dos gobiernos de Álvaro Uribe no se logró la ratificación del TLC por el Congreso de los EE.UU. y por ello, el Gobierno de Juan Manuel Santos en el trámite de un proyecto de ley de iniciativa parlamentaria para la formalización y generación de empleo, incluyó un artículo en el cual se daba un plazo de un año para que las CTA se liquidaran y disolvieran, pero en el trámite ante la plenaria del Senado²⁰⁹, dicho artículo fue modificado y terminó como el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, que consagró:

Artículo 63. Contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado. El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

Sin perjuicio de los derechos mínimos irrenunciables previstos en el artículo tercero²¹⁰ de la Ley 1233 de 2008, las Precooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado, cuando en casos excepcionales previstos por la ley tengan trabajadores, retribuirán a estos y a los trabajadores asociados por las labores realizadas, de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo.

El Ministerio de la Protección Social a través de las Direcciones Territoriales, impondrá multas hasta de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las instituciones públicas y/o empresas privadas que no cumplan con las disposiciones descritas. Serán objeto de disolución y liquidación las Precooperativas y Cooperativas que incurran en falta al incumplir lo establecido en la presente ley. El Servidor Público que contrate con Cooperativas de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral para el desarrollo de actividades misionales permanentes incurrirá en falta grave.

Parágrafo transitorio. Esta disposición entrará en vigencia a partir del primero (1o) de julio de 2013.

El texto del artículo en general es desafortunado porque su redacción deja a la interpretación del lector lo que es una actividad misional permanente, expresión que nunca había estado en una ley anterior, así como no es claro porqué exige que lo misional permanente no se contrate con CTA

²⁰⁹ Gaceta del Congreso, Proyecto de Ley 187 de 2010 Senado, 057 de 2010 Cámara, Gaceta 1119 de 22 de diciembre de 2010.

²¹⁰ Véase http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1233_2008.html#1.

que hagan intermediación laboral, cuando está claro que ellas no están para hacer intermediación, entonces, queda la duda de si lo que quiso decir el primer párrafo es que si una CTA obra conforme a la ley, es decir, actúa con autonomía, autogestión, autogobierno y autodeterminación, ¿pueden ser contratadas para cumplir con el objeto misional de una empresa o entidad? O si ¿se debe entender que cuando una CTA cumple una actividad misional permanente de una empresa, es una forma de intermediación y por ello, está prohibido que hagan ese tipo de actividades?

El segundo párrafo del artículo fue demandado por inconstitucional y lo que determinó la Corte Constitucional es que sí era constitucional, pues no se partía de la mala fe de quienes contrataban con CTA sino que con la norma lo que se buscaba era evitar que se contrate a través de esta figura para hacer un fraude a la legislación laboral y garantizar a los trabajadores asociados que su retribución atienda al mínimo de condiciones que fija el Código Sustantivo del Trabajo²¹¹.

La tercera parte del artículo trajo una novedad en cuanto estableció a unas multas mucho más altas que las previstas en el Código Sustantivo del Trabajo, que establecía que las sanciones que imponía la autoridad administrativa del trabajo eran hasta por 100 salarios mínimos legales vigentes y esta vez, pueden llegar hasta 5.000 salarios mínimos para las empresas o instituciones que no cumplan lo que prevé el artículo, es decir, para los terceros contratantes, mientras que para las CTA, la sanción sería su disolución y liquidación. Cabe mencionar que el Código Sustantivo del Trabajo fue reformado en el año 2013 y el valor de las multas se incrementó también hasta el tope de 5000 salarios mínimos legales vigentes²¹².

El párrafo transitorio, fue criticado porque era permisivo con las CTA que estuvieran violando la ley, en cuanto pese a ser intermediarias o suministradoras de mano de obra, tenían casi tres años más para seguir violando la ley antes de ajustarse a lo previsto en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010. Sin embargo, dicho párrafo fue derogado por la Ley 1450 de 2011, a los seis meses de haberse proferido la Ley 1429 de 2010, por exigencia de los EE.UU, en el Plan de Acción Laboral, al que se hace referencia más adelante.

Es claro que el monto de las multas previsto en esta ley, junto con la

²¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-645 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²¹² En 2010 el salario mínimo en Colombia era de \$510.000 pesos, que a una tasa de cambio del dólar de \$2.027,33 por dólar, la multa de 5000 SMLMV podría ir hasta US\$1.257.812.

causal de disolución y liquidación de la CTA, son elementos disuasivos para no burlar la contratación directa de los trabajadores y dejar de usar para ello a estas cooperativas, sin embargo, ante las interpretaciones que se generaban con el primer párrafo del artículo 63, se consideró que este artículo por sí solo no era suficiente para solucionar las malas prácticas que se venían dando en contra de los derechos de los trabajadores gracias a las CTA.

4. La reforma hecha a la legislación sobre las CTA mediante el Decreto 2025 de 2011

Entonces, pese al cambio antes mencionado, el TLC seguía sin ser ratificado por el Congreso de los EE.UU., por lo cual, en abril de 2011 los Presidentes Obama y Santos suscribieron el Plan de Acción Laboral - PAL- mediante el cual el gobierno de Colombia adquirió unos compromisos en concreto y con unos plazos ciertos para hacer varios ajustes a los aspectos que en materia laboral le preocupaban a los Estados Unidos y que si se cumplían, generarían que el Presidente Obama presentara de nuevo al Congreso de su país, el TLC con Colombia para su ratificación.

Como parte de los compromisos del PAL, el Gobierno de Santos se obligó a modificar el párrafo transitorio del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, a expedir un decreto reglamentario para definir de forma “clara, amplia y suficiente” el concepto actividad misional permanente, fijar una estrategia de condonación de sanciones a quienes ocultaran contratos directos usando de manera ilegal las figuras de subcontratación a cambio de que los empleadores realizaran una contratación directa de los trabajadores afectados, establecer las presunciones de infracción por parte de las CTA a la normatividad vigente y establecer multas de mayor valor para los reincidentes a gran escala. El compromiso del Gobierno Colombiano fue elaborar el proyecto de reglamentación y trabajar con el gobierno de los Estados Unidos para “asegurar que los temas acordados se traten”, lo que implicaba enviar el borrador del proyecto de decreto a más tardar el 22 de abril de 2011 al Gobierno de los Estados Unidos²¹³.

La reglamentación se hizo efectiva mediante el Decreto 2025 de 2011, en el cual se incluyeron todos los compromisos adquiridos en el PAL

²¹³ Ministerio del Trabajo, *Plan de acción, Obama-Santos*, 2011, <http://www.mintrabajo.gov.co/relaciones-laborales/asuntos-internacionales/plan-de-accion-santos-obama>.

respecto a las CTA. En primer lugar, el Decreto indica que cuando el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 refiere a intermediación laboral esto se debe entender como el envío de trabajadores en misión, que es una actividad propia de las empresas de servicios temporales y por tanto, no está permitida a las CTA (artículo 1), de igual forma prohibió que se les contratara para realizar actividades misionales permanente (artículo 2), se establecieron las conductas de las CTA y de los terceros que las contraten que serían objeto de sanción (artículo 3), se reiteró que si hacían intermediación o incurrieran en las conductas prohibidas se les sancionaría tanto a las CTA como a los terceros que las contraten con multas hasta por 5000 SMLMV (artículo 4), para lo cual establecieron los parámetros bajo los cuales se fijaría la multa (artículo 9) y la forma en que se le podrían reducir o condonar (artículo 10), se previó que si las CTA actuaban como asociaciones para afiliar colectivamente a los trabajadores a la seguridad social también serían multadas con 5000 SMLMV (artículo 5), entre otros.

Lo más relevante de esta normatividad fue lo previsto en el artículo 3 respecto a las conductas por las que podían ser sancionadas las CTA, donde expresamente se hace referencia a las prácticas evidenciadas para hacer fraude al contrato de trabajo y refieren a los siguientes asuntos:

- Cuando la persona que se afilia a la CTA no lo hace de manera voluntaria, es decir, cuando lo hace porque así se lo exigen para poderle dar un trabajo en alguna empresa o entidad.
- Cuando la CTA no tiene independencia financiera, lo que corresponde a exigir que estas tengan capacidad económica para funcionar y que, por ejemplo, no dependan de un solo cliente, que es lo que sucede cuando una empresa decide crear una CTA para contratar a través de ella a todo su personal.
- Cuando la CTA no es propietaria y no tiene la autonomía en el uso de los medios de producción o de las actividades para las que se le contrata, lo que significó que ya las CTA no podían recibir de sus clientes los medios de producción mediante un comodato o un arrendamiento, pues claramente, si eran verdaderas cooperativas no era lógico que se hubiesen constituido para prestar un servicio, ejecutar una obra o producir un bien y no tuvieran con qué hacerlo, además, una empresa que hubiera contratado a una CTA para evitarse contratar directamente a los trabajadores tendría que darle a esta la propiedad de los medios de producción para que continuara prestándole servicios, condición que por supuesto no sucedió y por tanto, por lo que optaron muchas empresas fue buscar otros mecanismos de subcontratación, pero no asumir el contrato de trabajo

directo²¹⁴.

- Cuando la CTA tenga vinculación económica con el tercero que la contrata, es decir, sus recursos existen gracias a un tercero al que le presta servicios y no por lo que ella misma ha hecho con sus afiliados.
- Cuando quien impone reglamentos y medidas disciplinarias al trabajador asociado a la CTA no es esta, sino un tercero, lo cual podría suceder cuando el contratante ejerce una subordinación sobre esos trabajadores.
- Cuando la CTA no tiene la autonomía para determinar las circunstancias en que cumplen las actividades sus afiliados sino que por el contrario, es el tercero contratante el que da las instrucciones que estos deben cumplir.
- Cuando los órganos de gobierno corporativo no funcionan como legalmente corresponde, en tanto los trabajadores asociados a la CTA son los que deben tomar las decisiones al interior de esta y no un tercero; de igual forma, son aquellos los que deben determinar qué hacer con los excedentes o rendimientos que genere la actividad económica de la CTA y no otras personas.
- Cuando los trabajadores asociados no hacen un aporte social a la cooperativa, lo cual es muy frecuente cuando estas se usan para ocultar verdaderos contratos de trabajo, pues si además de que el trabajador es obligado a afiliarse a la misma para permitirle trabajar, le hicieran aportar a la CTA varios de ellos preferirán no participar de esa contratación, entonces, lo que hacen esas empresas que hacen

²¹⁴ Lo que han denunciado las organizaciones sindicales es que con los cambios en la normatividad a los trabajadores se les sigue contratando mediante subcontratación y no directamente, para lo cual, el contrato sindical reemplazó a las CTA. “Lo que ocurrió fue que las CTA que existían se cambiaron a “sindicatos” de fachada, a fin de poder seguir con la intermediación laboral mediante el esquema del contrato sindical. Y una situación similar se presenta en el sector salud de otros departamentos del país.

O sea que el cambio fue para que todo siguiera igual, que estamos ante falsos sindicatos que reemplazaron cooperativas para seguir explotando los y las trabajadoras de la salud; cooperativas que entre otras cosas también eran de fachada, porque no se comportaban como tales sino como simples bolsas de empleo.

En este sentido un dato elocuente es el que proporciona la Escuela Nacional Sindical: en el 2011 se crearon en Antioquia 24 sindicatos, de los cuales 20 eran antes CTA. (*Ver abajo el listado completo de estos sindicatos, con el nombre de las cooperativas de las cuales provienen y las entidades de salud a las cuales prestan servicios*). *Falsos Sindicatos reemplazan a Cooperativas de Trabajo Asociado para seguir explotando trabajadores de la salud*, consultado en <http://asmedasantioquia.org/magazines/articulos/38-magazin-no-13/2989-falsos-sindicatos-reemplazan-a-cooperativas-de-trabajo-asociado-para-seguir-explotando-trabajadores-de-la-salud>.

fraude al contrato de trabajo, es contratarlos a través de la CTA, pero no les hacen ningún descuento por aporte social, que además no se necesita porque el sostenimiento ya está garantizado con los recursos de esas empresas.

- Cuando la CTA no pague al trabajador asociado las compensaciones que le corresponden por la prestación de sus servicios ni los aportes a seguridad social.
- Cuando la CTA incurra en faltas previstas en otras normas legales.

A partir de esas conductas, las CTA y las empresas que habían aprovechado este mecanismo para ocultar contratos de trabajo con los trabajadores asociados a la cooperativa, empezaron a ser sancionadas con multas por el Ministerio del Trabajo, que a su vez les proponía la reducción o condonación de las mismas a través de acuerdos de formalización laboral, es decir, si el sancionado o el que estaba en el curso de una investigación del Ministerio para ser sancionado por haber incurrido en las conductas previstas en el Decreto, suscribía un acuerdo en el cual se comprometía a vincular con contrato de trabajo a los trabajadores que había contratado a través de la CTA, se suspendía el cobro de la multa o la investigación administrativa sancionatoria y cuando el Ministerio verificara que había cumplido lo previsto en el acuerdo de formalización, se daba por condonada la multa o se archivaba la investigación.

Según la información del Ministerio del Trabajo hasta abril de 2017, se habían suscrito 216 acuerdos de formalización laborales que han generado la contratación directa de 40.036 trabajadores²¹⁵.

5. Nulidad de varias disposiciones del Decreto 2025 de 2011

En el mismo año que fue expedido el Decreto 2025 de 2011 fue demandada la nulidad de sus artículos 1, 2, 4, 5, 9 y 10 debido a que los demandantes consideraron que el Gobierno extralimitó su facultad reglamentaria, en la medida que lo previsto en el Decreto contenía aspectos que no fueron parte del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y por tanto, el Ejecutivo carecía de competencia para llevar hasta ese punto la reglamentación.

²¹⁵ Escuela Nacional Sindical, *Relaciones laborales ilegales sujetas al marco de los acuerdos de formalización laboral*, 2017, p. 5, disponible en <http://calcolombia.co/wp-content/uploads/2017/08/RELACIONES-LABORALES-ILEGALES-SUJETAS-AL-MARCO-DE-LOS-ACUERDOS-DE-FORMALIZACION-LABORAL.pdf>.

Al respecto, el Consejo de Estado se pronunció el 19 de febrero de 2018²¹⁶, declarando la nulidad de los artículos 2, 4 (incisos primero y tercero), 5, 9 y 10 del Decreto 2025, en tanto que consideró que el Gobierno excedió la facultad que tenía para reglamentar el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010. Las consideraciones que hizo respecto a las partes anuladas refirieron a lo siguiente:

- Artículo 2: no se podía prohibir la contratación de actividades misionales permanentes con CTA, porque lo que previó el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 es que no se debe incurrir en la contratación con este tipo de cooperativas como simples intermediarias, vulnerando los derechos de los trabajadores, es decir, el Consejo de Estado resolvió la duda que había sobre dicho artículo y por ello, hoy se debe entender que se puede contratar con una CTA, incluso la actividad misional permanente de una empresa o entidad, siempre y cuando esta última obre como verdadera cooperativa y no como un simple intermediario que ayuda a ocultar quien es el verdadero empleador.
- Artículos 4, 5, y 9: el Consejo de Estado advirtió que en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, las sanciones de multa hasta por 5.000 salarios mínimos eran para los terceros contratantes mientras que para las CTA era su disolución y liquidación, por lo cual prever en los artículos 4, 5 y 9 del Decreto 2025 que dichas multas también eran aplicables a la CTA constituyeron un exceso en el poder reglamentario del ejecutivo, en tanto la extendió a quiénes no eran destinatarios de ella. También consideró un exceso de reglamentación el prever que serían multadas con 500 SMLMV las CTA que actuaban como asociaciones para afiliar colectivamente a los trabajadores a la seguridad social pues esta conducta no fue prevista en el artículo 63 de la citada Ley.
- Artículo 10: este artículo refería que los terceros contratantes que decidan formalizar voluntariamente mediante contratos de trabajo a término indefinido a los trabajadores que les prestaban servicios a través de mecanismos prohibidos en la ley, entiéndase para ese momento, haber contratado su actividad misional permanente con una CTA, se les reducirá la sanción en un 20% por cada año que la relación laboral subordinada se mantenga, para llegar una condonación del 100% luego del quinto año. Frente a este artículo, el Consejo de Estado afirmó que en la medida que ya no había lugar a las multas a la CTA por lo dicho respecto a los artículos 4, 5 y 9 tampoco

²¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 11001-03-25-000-2011-00390-00 (1482-2011) de 19 de febrero de 2018, Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.

habrá lugar a los descuentos o condonación de las mismas, pero además refirió que este artículo también desbordaba la función reglamentaria del ejecutivo porque este tema tampoco hizo parte del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.

La nulidad de estas disposiciones dejó al país en la misma condición normativa que había incluso antes del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, porque de nuevo es posible contratar con CTA actividades misionales permanentes, siempre y cuando estas actúen de manera autogestionaria con autonomía, autodeterminación y autogobierno, lo que por sí solo excluye que se puedan convertir en simples intermediarios, es decir, formas de contratación para eludir la contratación directa de trabajadores por parte de quien debe ser su verdadero empleador.

En la medida que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que las declaratorias de nulidad de un acto administrativo de carácter general tendrán efectos hacia el futuro²¹⁷, pero tienen incidencia en las situaciones que se encuentran en discusión ante las autoridades administrativas y jurisdiccionales, lo que debe suceder a partir de la declaración de nulidad parcial del Decreto 2025 de 2011, es que las investigaciones administrativas que esté adelantando el Ministerio del Trabajo e incluso las que estén en el trámite de algún recurso ante dicha entidad o ante la jurisdicción contenciosa administrativa, ya no podrán sancionar a una CTA o a un contratante por permitir que las actividades misionales se adelanten a través de estas formas de subcontratación, siempre y cuando estas se cumplan respetando las condiciones legales que se les exigen para actuar como tales y no haya afectación de los derechos de los trabajadores.

6. Epílogo

No siempre el fin justifica los medios. El Gobierno colombiano tenía el interés de lograr un TLC con los Estados Unidos a fin de no perder las

²¹⁷ El Consejo de Estado ha dicho “Anota la Sala adicionalmente, que como soporte de la hipótesis *«ex nunc»*, en algunos momentos la jurisprudencia de esta Corporación ha justificado el conferir alcances hacia adelante a las sentencias de nulidad bajo la consideración de que el control de legalidad de los actos administrativos, en especial de los de carácter general, se asemeja al examen de constitucionalidad de las leyes, a partir de lo cual se ha concluido, según esta variante de la regla *«ex nunc»*, que al igual que las sentencias que declaran la inexecutable de una ley, las que declaran la nulidad de un acto administrativo también debe tener efectos pro futuro”. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 11001-03-25-000-2013-01087-00(2512-13) de 27 de abril de 2017, Consejera Ponente: Santa Lisset Ibarra Vélez.

ventajas comerciales que tenía en virtud de las preferencias arancelarias que venía recibiendo gracias al APTDEA, sin embargo, la posibilidad de que este interés lo llevara a incluir en su agenda interna la revisión de asuntos laborales relacionados con la subcontratación de trabajadores, era más que remota.

Gracias al activismo de las organizaciones sindicales de Colombia y de los Estados Unidos, los temas laborales terminaron siendo una prioridad para lograr la ratificación del TLC en el Congreso de los EE.UU., al punto de suscribirse un plan de acción laboral entre Obama y Santos que obligó al Gobierno colombiano a actuar con rapidez, pero infortunadamente desconociendo los límites constitucionales y legales que tienen cada una de las ramas del poder público, pues generó una serie de reglamentaciones que por virtud del principio democrático debían ser de competencia del legislador, y que por la falta de voluntad política nunca se discutieron a tiempo, pues no era nuevo que el fenómeno de las CTA obedecía a un abuso de las mismas para burlar derechos de los trabajadores como por ejemplo, el de la asociación sindical, sin embargo, pese a que el trámite del TLC se venía adelantando desde 2004 solo hasta 2011, por la inminencia de la expiración de las preferencias arancelarias que le venía concediendo EE.UU. a Colombia, se tomaron medidas de fondo, respecto a ese problema.

Medidas que si bien en su momento lograron el fin que perseguían, principalmente que se ratificara el tratado, hoy han quedado anuladas por los excesos en la facultad reglamentaria del Ejecutivo y de nuevo ha quedado abierta la puerta a quienes amparándose en las figuras legales le dan un uso ilícito a las mismas para ocultar verdaderos contratos de trabajo y dejar a los trabajadores en un marco de protección reducido, para lo cual, será necesaria la intervención del Congreso en un tiempo que de seguro no será cercano, pues este año en Colombia hay cambio de Congreso y de Presidente, por lo cual, un proyecto de ley con este alcance no será prioridad ni del Gobierno saliente ni del que llegue en agosto de 2018.

7. Bibliografía

Arenas Gallego, E., Piedrahita Vargas, C. y Plata López, J.M., “Marco Jurídico de las Cooperativas de Trabajo Asociado”, *Opinión Jurídica*, vol. 6, n. 11, enero-junio de 2007, Medellín, Universidad de Medellín, p. 35.

ASMEDAS, *Falsos Sindicatos reemplazan a Cooperativas de Trabajo Asociado para seguir explotando trabajadores de la salud*, consultado en

<http://asmedasantioquia.org/magazines/articulos/38-magazin-no-13/2989-falsos-sindicatos-reemplazan-a-cooperativas-de-trabajo-asociado-para-seguir-explotando-trabajadores-de-la-salud>.

Bermúdez A.K. y otros, *Vínculo entre comercio internacional y derechos laborales, capítulos laborales en los TLC suscritos por EE.UU. con Colombia y con Perú*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 210-211.

CONFECOOP, *Desempeño sector cooperativo colombiano*, años 2000, 2005 y 2010, consultados en <http://confecoop.coop/informes-anuales/informes-anuales/>.

Escuela Nacional Sindical, *Relaciones laborales ilegales sujetas al marco de los acuerdos de formalización laboral*, 2017, p. 5, disponible en <http://calcolombia.co/wp-content/uploads/2017/08/RELACIONES-LABORALES-ILEGALES-SUJETAS-AL-MARCO-DE-LOS-ACUERDOS-DE-FORMALIZACION-LABORAL.pdf>

Ministerio de Comercio, *Exportaciones, empleo y PIB, mayores crecimientos en TLC con Estados Unidos*, 8 de abril de 2011, consultado en http://www.mincit.gov.co/publicaciones/18038/exportaciones_empleo_y_pib_mayores_crecimientos_en_tlc_con_estados_unidos.

Ministerio del Trabajo, *Plan de acción, Obama-Santos*, 2011, <http://www.mintrabajo.gov.co/relaciones-laborales/asuntos-internacionales/plan-de-accion-santos-obama>.

Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social, *Las cooperativas de trabajo asociado en Colombia*, Boletín n. 10, diciembre de 2007, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 17.

OIT, *Seguimiento dado a las recomendaciones del Comité y del Consejo de Administración*, Informe n. 335, noviembre 2004, caso 2237, Colombia, consultado en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2907475#.

Procolombia, *Aptidea*, disponible en <http://tlc-eeuu.procolombia.co/abc-del-tlc/atpdea>.

Sánchez Castañeda, A., Reynoso Castillo, C. y Palli, B., *La subcontratación: un fenómeno global, estudio de legislación comparada*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 7.

Central Unitaria de Trabajadores de Colombia – CUT, *Informe a la 106ª Conferencia de la OIT*, <https://cut.org.co/informe-general-a-la-106-conferencia-oit-de-la-situacion-de-derechos-laborales-en-colombia/>.

SICE, *Tratado de libre comercio Colombia – Estados Unidos, resumen*, p. 5 consultado en http://www.sice.oas.org/TPD/AND_USA/Studies/COLResumen_s.pdf.

Notas sobre la subcontratación en México

Carlos REYNOSO CASTILLO*

RESUMEN: El presente trabajo explica las características del marco jurídico laboral que rige la subcontratación en México; se presenta una actualización sobre la manera como este tema se ha venido discutiendo y aplicando a partir de su incorporación a la Ley Federal del Trabajo en el año 2012. De igual manera, el autor expone su opinión sobre los alcances y limitaciones de esta legislación, así como los retos que el tema presenta para el futuro.

Palabras clave: México, subcontratación, externalización, legislación laboral, contratista.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La evolución y los conceptos. 3. El régimen jurídico. 3.1. La extensión cuantitativa de las actividades subcontratadas. 3.2. La extensión cualitativa de las actividades subcontratadas. 3.3. Los límites de los trabajos a realizar. 3.4. Los efectos y consecuencias. 3.5. Las obligaciones de inicio a cargo del contratante. 3.6. Las obligaciones permanentes a cargo del contratante. 3.7. La subcontratación dolosa. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad Autónoma Metropolitana, Ciudad de México y asesor en materia laboral.

Notes on outsourcing in Mexico

ABSTRACT: This paper explains the main features of the labour law framework governing the outsourcing in Mexico. It presents an overview of how this subject has been applied since its incorporation to the Federal Labour Act in 2012, as well as the current discussion related. Finally, the autor exposes his opinión regarding the scopes, limitations and challenges for the next years of the current legislation.

Key Words: México, outsourcing, externalisation, labour legislation.

1. Introducción

La organización del trabajo ha evolucionado de manera vertiginosa en los últimos tiempos, la apertura de mercados luego del fin de la guerra fría, el creciente intercambio comercial entre las naciones, obligo a la comunidad internacional para avanzar en la construcción de un nuevo orden económico cuyo proceso aún está inacabado. Estos cambios en el contexto en el cual viven las relaciones de producción han derivado, a su vez, en cambios en las formas de organización del trabajo, pero también en la manera como esa organización del trabajo se encuentra regulada. Hay que recordar como el Derecho del Trabajo en los países latinoamericanos tendría sus primeros esbozos hacia fines del siglo XIX y de manera creciente y consolidada en la primera mitad del siglo XX, en donde se asiste a un desarrollo industrial que permitió, a su vez, un proceso de constitucionalización de las normas sobre el trabajo y una tendencia hacia la adopción de sendos códigos de trabajo en la región. Ese marco jurídico tenía como inspiración y objetivo de regulación a las relaciones laborales con características tradicionales y típicas, a saber, un lugar definido de trabajo, dos partes claramente ubicadas e identificadas en la relación laboral, patrón y empresa por un lado y trabajador y sindicatos por el otro, tareas a realizar claramente definidas, derechos y prestaciones mínimas reconocidas en la legislación, instancias especializadas para dirimir las diferencias entre las partes, etc. Ese marco jurídico fue funcional y adecuado mientras las condiciones y premisas sobre las cuales se construyó no variaban; sin embargo, a partir del momento en que la economía, la industria y con ella la organización del trabajo fue cambiando y presentado nuevas formas, aquellas normas dirigidas al trabajo y sus actores, empezaron a mostrar un distanciamiento creciente entre los conceptos y modelos incluidos en las leyes laborales y la realidad que pretendían regular. Este alejamiento asume rasgos particularmente graves en un área del derecho como la laboral, si se tiene en cuenta que la mayoría de la doctrina especializada siempre argumento a lo largo del siglo XX que el Derecho del trabajo justificaba su nacimiento y existencia en razón de que apareció como un contra derecho frente al derecho privado y con fines tuitivos y protectorios de la clase trabajadora. Ese derecho que se presentó teniendo como uno de sus rasgos la constante ampliación de su campo de aplicación, hoy aparece rebasado o francamente obsoleto frente a muchas de las nuevas realidades. El alejamiento entre el ser y el deber ser no es exclusivo de alguna institución jurídica particular, sino que ha venido a trastocar y cuestionar los principios mismos de las normas del trabajo; ideas como los derechos

adquiridos, los derechos mínimos en la relación laboral o la norma más favorable para el trabajador, aparecen hoy en día en los tribunales como conceptos inoperantes o francamente olvidados; ya algunos expertos describían desde hace años esta situación señalando que los fundamentos del Derecho del trabajo, relativamente inmutables, no habían seguido las mil y una formas en que el capital se reestructura²¹⁸.

Hoy el Derecho del trabajo busca, como tal vez lo hizo en otras etapas de su desarrollo, identificar, regular y hacer suyas las nuevas situaciones y modalidades de como se presenta el trabajo en las economías del siglo XXI, intentando conciliar su añeja aspiración protectoria con las necesidades de organización del trabajo de la empresa moderna. En este contexto varias son las situaciones que ilustran estas contradicciones y desafíos, una de los más importantes en sin duda el caso de la subcontratación, la cual por un lado se encuentra arraigada en corto tiempo en las prácticas de organización del trabajo en muchos países, y, por otro lado, en la búsqueda de un marco jurídico conveniente y adecuado.

La importancia de la subcontratación radica no sólo en el interés que conceptualmente plantea en muchos países²¹⁹, sino que su crecimiento y expansión, parecieran ir dando lugar a una especie de sub derecho laboral en el cual el interés del trabajador se mezcla con el interés patronal y donde los tradicionales derechos y protecciones del Derecho del trabajo aparecen difusos. El crecimiento de estas modalidades de relaciones de producción ha sido muy grande en los últimos años, aunque los estudios sobre el particular no son homogéneos en cuanto a sus dimensiones cuantitativas²²⁰.

²¹⁸ Cf. Lyon Caen, G., *Plasticité du capital et nouvelles formes de emploi*, en Libro homenaje al Mtro. Mario de la Cueva, México, UNAM, 1981, p. 266.

²¹⁹ En efecto, la subcontratación ha planteado a nivel conceptual un debate de gran interés ya que ha venido a cuestionar y poner en duda conceptos tradicionales en materia laboral como los de patrón, trabajador, subordinación, todos ellos pilares a partir de los cuales se construyó un Derecho del trabajo durante el siglo XX.

²²⁰ “De casi 900 empresas de outsourcing que hay en el país, solo 100 están registradas ante el IMSS -Instituto Mexicano del Seguro Social- y de éstas, únicamente 40 pagan los impuestos correspondientes, señaló Ernesto Mauleón, director de administración y finanzas de Manpower group”. Cf. Muños Ríos, P., “Sólo 100 de 900 empresas outsourcing están registradas ante el seguro Social”, *Diario La Jornada*, sábado 24 de febrero de 2018, México, p. 12. Otras opiniones de empresas vinculadas a esta práctica como Manpower señalan que en México entre enero y noviembre de 2017 la subcontratación laboral creció 5.4% y del cual poco más de la mitad se encuentra en las industrias automotriz, metálica y del plástico, además de que hay la expectativa de que en el año 2018 la subcontratación crezca un 7.0% aproximadamente. Cf. [https://www.eleconomista.com.mx/economía/Urgen-a-empresas-de-outsourcing-a-](https://www.eleconomista.com.mx/economía/Urgen-a-empresas-de-outsourcing-a)

Teniendo como marco estas ideas iniciales, en este trabajo se busca presentar un panorama general del marco jurídico que regula actualmente la subcontratación en México, a partir de su reconocimiento formal en la legislación laboral en el año de 2012; así mismo, se exponen los problemas que esta normatividad ha tenido para su aplicación e interpretación, actualizando la información que se tiene sobre el tema; de igual manera, se aportan algunas notas de derecho comparado y se reflexiona sobre sus retos a futuro.

2. La evolución y los conceptos

Resulta difícil identificar una fecha o periodo preciso para ubicar el surgimiento de la subcontratación, lo cierto es que se trata de una práctica que se ya se venía dando en varias partes del mundo en sectores específicos de la economía; sin embargo, lo relevante y novedoso del tema en el mundo del trabajo hoy en día, no radica en su “surgimiento” sino más bien en el uso intensivo y extensivo de estas formas de organización empresarial, las cuales algunos estudios las ubican como parte de los procesos de globalización que se vienen dando en las últimas décadas del siglo pasado y que afectan incluso a los principios del Derecho del trabajo²²¹. En efecto el aumento considerable de la subcontratación paso en pocos años de ser un mecanismo marginal y excepcional para convertirse en normal y común en varias economías²²². Algunos estudios señalan que más de la mitad de los negocios en América Latina utilizan la subcontratación, conocida generalmente con el anglicismo de “outsourcing”²²³.

En América Latina la subcontratación se encuentra como un fenómeno

cumplir-con-obligaciones-fiscales-20180303-0016.html.

²²¹ Cf. Curiel Sandoval, V.A., “La reforma a la Ley Federal del Trabajo en materia de subcontratación”, *Revista Alegatos*, n. 83, UAM, México, enero-abril 2013, pp. 214 y ss.

²²² Algunos estudios señalan que la subcontratación encuentra un terreno fértil en las denominadas “cadenas globales” en donde lo tradicional era destinar a la subcontratación los servicios conexos, aunque la tendencia ha sido a subcontratar cada vez más tareas que forman parte del “giro” principal de la empresa, transnacionales o en grandes empresas nacionales. Cf. De la Garza, T., “La subcontratación y la acumulación de capital en el nivel global”, en Celis Ospina, J.C. (coord.), *La subcontratación laboral en América Latina*, Escuela Nacional Sindical, Medellín, 2012, p. 22.

²²³ Thornton Grant, *Outsourcing: driving efficiency and growth*, en https://www.grantthornton.global/globalassets/1.-member-firms/global/insights/article-pdfs/2014/ibr2014_outsourcing_report_final.pdf, consultado en 29 enero 2018.

ampliamente expandido, en donde los estudios llevados a cabo desde diversas disciplinas coinciden en considerarlo teniendo diversas afectaciones a los trabajadores, donde si bien se pueden identificar intentos de regulación del mismo, éstos han sido insuficientes²²⁴. Los modelos usados para regular el outsourcing en la región han sido diversos pasando por ejemplo de la expresa prohibición como en Ecuador por medio de un Mandato Constituyente en 2008²²⁵, hasta casos como el de Chile y Perú en donde ya lleva tiempo el proceso de su reconocimiento legal²²⁶.

En México por ejemplo si bien existen diversos estudios que buscan dimensionar cuantitativamente el tema, no hay datos totalmente homogéneos, aunque todos coinciden en que se trata de una modalidad de empleo que ha venido creciendo de manera acelerada en el país²²⁷.

²²⁴ “(...) hay Estados en Latinoamérica que han comenzado a introducir políticas públicas que buscan acotar y regular el fenómeno, aun cuando todavía no se cumplan, así como hay empresarios que, sopesando los efectos negativos de la terciarización para el incremento de la productividad, se plantean reducir algunas de sus formas”. Cf. Celis Ospina, J.C., *op. cit.*, pp. 11 y ss.

²²⁵ El art. 1 del Mandato Constituyente n. 8 señala: “Se elimina y prohíbe la terciarización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador. La relación será directa y bilateral entre trabajador y empleador”. Como puede advertirse, si leemos el texto legal a contrario, se trata de una prohibición relativa y no absoluta ya que señala implícitamente las áreas en las que la subcontratación si podría llevarse a cabo.

²²⁶ Cf. Sanguinetti, W., *La nueva regulación de los efectos laborales de la subcontratación en América del Sur: posibilidades y límites*, en <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2010/04/10/la-nueva-regulacion-de-los-efectos-laborales-de-la-subcontratacion-en-america-del-sur-posibilidades-y-limites/>, consultado el 29 de enero de 2018.

²²⁷ Algunos expertos han opinado desde hace tiempo que más del 10 % de la totalidad de los trabajadores asalariados están en un esquema de este tipo. Cf. Bensusán, G., *La subcontratación laboral y sus consecuencias: ¿problemas de diseño institucional o de implementación?*, en www.juridicas.unam.mx, Biblioteca Jurídica Virtual del IJ-UNAM, consultado el 26 enero 2018. Así mismo, con datos estadísticos algunos estudios muestran el avance vertiginoso de la subcontratación, pasando por ejemplo en el periodo de 1998 a 2008 de 6.74 a 13.58 el personal ocupado no dependiente de la razón social que lo contrató. Cf. Curiel Sandoval, *op. cit.*, p. 232. De igual manera algunos reportes señalan que “México ocupa el quinto lugar en la industria de la subcontratación en América Latina, con un valor de mercado de 1,457 millones de dólares”, y que solo el 10 % de las empresas existentes tendrían un registro ante el Instituto Mexicano del Seguro Social; de igual manera, entre los países con mayor subcontratación estarían Brasil y Colombia. Cf. BEI, *México, en el top 5 de outsourcing en América latina*, en expansion.mx/.../mexico-en-el-top-5-de-outsourcing-en-america-latina, consultado en 26 de enero 2018. En otros casos se señalan que en México la subcontratación (outsourcing) creció en 155% entre 2004 y 2016. Cf. Forbes, *Este es el hombre del outsourcing en América Latina*, en

Pero con independencia de las fechas que la historia legislativa de un tema puede tener, la subcontratación puede ser vista como una etapa en la evolución del concepto de empresa, ya que si bien en sus inicios y reconocimiento legal se le vio como un ente monolítico al cual se le atribuían derechos pero sobre todo obligaciones sociales, en poco tiempo, tal vez cien años en varios países latinoamericanos, se pasó a un concepto de empresa diverso en donde ésta se presenta fragmentada y en ocasiones identificada y ubicada por otras áreas del derecho como el corporativo y fiscal, pero con severas dificultades para el Derecho del trabajo para poder reconocerla²²⁸.

En el caso de México la idea primaria de que la empresa puede asumir diversas manifestaciones, no solo conceptuales y jurídicas sino concretas y tangibles estuvo siempre presente en las discusiones de la Constitución de 1917 y su emblemático artículo 123, así como también en lo que sería, años después, la primera Ley Federal del Trabajo de 1931 en la cual si bien no se tuvo un concepto de empresa si estaba implícito en el desarrollo de varias instituciones como el sindicato y los contratos colectivos; así mismo también en la Ley Federal del Trabajo de 1970 (LFT en lo sucesivo) en la cual se avanzó en la distinción de una empresa de un “establecimiento”, como una muestra de lo que entonces se vio como la “expansión constante de la empresa”²²⁹. Desde este punto de vista, pareciera advertirse la subsistencia histórica de una larga lucha, por un lado entre las maneras como la empresa se organiza y se relaciona con sus trabajadores, y por otro un intento del legislador por reconocer y darle forma jurídica a esas nuevas modalidades. Hay que recordar por ejemplo como el art.16 de la LFT pareciera ser una muestra de ello, al tratar de reconocer la existencia de la empresa como una unidad económica y a las sucursales como unidades técnicas, pero formando parte de un todo²³⁰.

Así mismo, hay que recordar que desde mediados del siglo pasado en muchos países ya se visualizaba la necesidad de establecer reglas sobre la relación entre una empresa que prestaba servicios en forma exclusiva o principal para otra, para lo cual se incorporaron conceptos como el de

<https://www.forbes.com.mx/el-hombre-del-outsourcing-en-america-latina/>, consultado el 29 de enero 2018.

²²⁸ Cf. Reynoso Castillo, C., “Las transformaciones del concepto de empresa”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n. 18, 2014, México.

²²⁹ Cf. De la Cueva, M., *El Nuevo derecho mexicano del trabajo*, vol. I, 6ª ed, Ed. Porrúa, México 1980, p. 168-169.

²³⁰ El vigente art. 16 de la LFT señala “Para los efectos de las normas del trabajo, se entiende por empresa la unidad económica de producción y distribución de bienes o servicios y por establecimiento la unidad técnica que como sucursal, agencia u otra forma semejante, sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la empresa”.

solidaridad entre empresas frente a los derechos de los trabajadores, tal fue el caso de Argentina, Colombia y México, entre otros²³¹.

Teniendo como marco y antecedentes estas ideas, en este trabajo se exponen las características jurídicas que presenta México actualmente la subcontratación, señalando los problemas que viene presentando su regulación y aplicación para, posteriormente, reflexionar sobre los desafíos que se tienen a futuro en el tema. Por ahora se centra la atención en el marco jurídico laboral, sin desconocer la trascendencia e implicaciones que el tema tiene también en otras áreas jurídicas en las cuales ha sido regulado, como la materia fiscal y la seguridad social, en donde la regulación de la subcontratación ha sido más bien poco coherente²³².

Si bien el término “subcontratación” ha sido objeto de diversas definiciones y asimilaciones terminológicas, lo cual a su vez es objeto de una abundante bibliografía que aborda este debate conceptual, para efectos de este trabajo, se ha considerado conveniente partir de concepto jurídico que de subcontratación asumió el legislador mexicano a partir de 2012, sin desconocer las limitaciones y ambigüedades que plantea²³³.

En efecto, luego de un intenso debate el legislador mexicano incorporó a la LFT un concepto de subcontratación en el nuevo Art. 15-A en los siguientes términos: “El trabajo en régimen de subcontratación es aquel por medio del cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo su dependencia, a favor de un contratante, persona física o moral, la cual fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas”.

Se trata de un concepto con el cual se busca “dibujar” un tipo de subcontratación, estableciendo quienes son los principales actores de esta y las tareas básicas que en el modelo realiza cada uno de los participantes. A partir de esta definición, son varios los elementos y aspectos que conviene revisar:

²³¹ Cf. Barbagelata, H.H., *Introduction aux institutions du droit du travail en Amérique latine*, Press Universitaires de Louvain, Louvain 1980, p. 101.

²³² Cf. López Lozano, E., “Situación actual del outsourcing en México en julio 2017”, CROSS, julio 2017-03, en <http://www.ccpq.org.mx/images/fondo-editorial/biblioteca/CROSS/CROSS-Infom-2017-3.pdf>, consultado el 1 de febrero 2018. Cf. <https://contadormx.com/2017/01/27/outourcing-en-2017-deducción-paraisr-y-acreditamiento-de-iva/>, consultado el 1 de febrero 2018.

²³³ Hay que recordar como desde hace años se planteaba ya la posibilidad de hablar de diferentes tipos de subcontratación: de producción de bienes y servicios, de personal, de mano de obra (propuesta por la OIT), la industrial, la de mercado, etc. Cf. Sánchez Castañeda, A. y otros, *La subcontratación: un fenómeno global, estudio de legislación comparada*, IJ-UNAM, Serie Estudios Jurídicos, n. 185, México, 2011. pp. 6 y ss.

El patrón contratista que ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores que dependen de él, presenta algunos rasgos interesantes, por ejemplo la calidad de patrón es una categoría estrictamente laboral que se encuentra definida en la propia legislación mexicana como aquella persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores según señala el art. 10 de la Ley Federal del Trabajo (LFT): se trata, en la construcción del modelo laboral, de un concepto clave para la identificación de una serie de obligaciones a su cargo y en contraparte de un conjunto de prerrogativas y derechos para los trabajadores que “utiliza”; de esta manera, el ser patrón acarrea todo un complejo entramado de situaciones derivadas de su carácter de propietario y organizador de los procesos productivos; sin embargo, por otra parte la calidad de contratista no es una categoría reconocida y menos regulada en la normativa del trabajo, se trata más bien del uso que hizo el legislador mexicano de un término que si tiene un significado en el derecho privado como aquella persona física o moral que forma parte de una relación contractual en esos ámbitos, que si bien se usa regularmente en áreas de la economía como el de la construcción, pero que no se encuentra entre los conceptos básicos de las relaciones laborales, y más bien remite al origen privado de su condición.

Esta ambigüedad entre conceptos propios del Derecho del trabajo y conceptos propios del derecho privado es uno de los rasgos que está omnipresente en toda la construcción de los esquemas jurídicos de la subcontratación desde el campo de la legislación laboral. Se trata de situaciones en las cuales coexisten en los hechos relaciones que involucran diferentes ramas del derecho que se traducen en una dificultad para su regulación, en ambigüedades sobre las normas jurídicas involucradas, y lo más preocupante en una desprotección de los trabajadores participantes en estos esquemas al momento de litigar los asuntos ante los tribunales competentes.

De esta manera con la regulación de la subcontratación en México se dejaron intactos otros conceptos de la Ley como el de intermediación con los cuales el legislador no hizo un esfuerzo de compatibilidad y coherencia entre ellos, que si bien es cierto se refiere a otras situaciones, en los hechos puede prestarse a confusiones.

Por otra parte, el denominado contratista ejecuta obras o trabajos para un tercero, que no figura en principio en la relación laboral, es decir los compromisos que asume el contratista con el contratante se dan en un terreno ajeno al laboral, más bien en el derecho privado, en donde la autonomía de la voluntad de las partes permite un amplio margen de maniobra para que el contratante señale las obligaciones de hacer a cargo

del contratista y sus trabajadores. La aparición, en este caso de un tercero a la relación digamos “tradicional” del trabajo, no es algo nuevo en el Derecho del trabajo, hay que recordar como en muchas legislaciones latinoamericanas, la responsabilidad solidaria o subsidiaria está reconocida desde hace tiempo como una posibilidad para garantizar el cumplimiento de obligaciones asumidas en una relación laboral²³⁴; sin embargo, en materia de subcontratación las características como ésta se presenta no necesariamente se refieren a aquellos casos en que la legislación las prevé²³⁵. Pero aquel reconocimiento de responsabilidades solidarias y subsidiarias entre empresas y personas frente a los derechos de los trabajadores sobre a lo largo del siglo XX, se dio de manera amplia y genérica sin precisar los conceptos y alcances de estas; la evolución que este tipo de responsabilidades en materia laboral ha venido teniendo se caracteriza por ir avanzando en una mayor claridad en la delimitación de sus alcances.

Estas tareas las llevara a cabo el contratista con sus propios trabajadores, es decir el contratista contrata trabajadores para que lleven a cabo labores cuyo beneficiario no es él sino es el contratante. En estricto sentido y en este aspecto, tal es el modelo tradicional de cualquier empresa y patrón, ya que en principio toda empresa produce productos o servicios para un tercero, sin embargo esta manera realizar los trabajos, rompe con los moldes de la organización del trabajo que regulaba tradicionalmente el Derecho del trabajo, ya que el tercero y ahora beneficiario tiene ahora una injerencia directa en el desarrollo de los trabajos y las relaciones laborales, y esa injerencia, en la mayoría de los casos, está escapando al terreno del Derecho del trabajo.

Por su parte el contratante, persona física o moral, fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas; en un escenario ideal para muchas empresas, la subcontratación puede presentarse como el modelo óptimo en una economía de mercado, ya que podría dirigir las relaciones laborales, las supervisa incluso, pero no asume ninguna responsabilidad social ni laboral, y este ha sido tal vez uno de los espacios en donde la legislación

²³⁴ En el caso de Argentina por ejemplo desde la Ley 20,744 de 1976 se estableció una responsabilidad solidaria entre aquéllos que contrataran o subcontrataran obras o trabajos.

²³⁵ La LFT en México prevé en su art. 15 el caso en que una empresa que ejecute obras o servicios en forma exclusiva o principal para otras y que, llegado el caso no disponga de los elementos que le permitan cumplir con sus obligaciones laborales, podrán reclamársele de manera solidaria esas mismas junto con la empresa que se está beneficiando.

laboral está dando una batalla orientada a tratar de que aquél que se beneficia de los esquemas de subcontratación, asuma algún tipo de responsabilidad, en el caso de México esta aspiración encontró eco en el legislador quien intentó incorporar una serie de requisitos y limitaciones, a las que nos referimos más adelante.

Para algunos especialistas la consolidación de la subcontratación como parte de un modelo de relaciones laborales como el mexicano y latinoamericano, forma parte de un proceso de externalización, tanto nacional como internacional de los procesos productivos que se ha venido dando en los últimos años en la región como parte de un proceso de adaptación a las nuevas condiciones económicas de apertura de mercados tanto a nivel nacional como internacional, y donde la regulación jurídica sobre el particular, sobre todo en materia laboral, se presenta como limitada e insuficiente. En el caso de México, las reformas legales al marco jurídico laboral no fueron acompañando gradualmente este proceso de cambios y adaptación a las reglas del mercado de trabajo, lo cual provocó un gran alejamiento entre el marco jurídico y la realidad. De esta manera se presentaron dos características que distinguen la regulación de la subcontratación en su evolución reciente, por un lado ante la ausencia de un marco jurídico, se fueron dando prácticas nocivas y abusivas donde la simulación de fragilidad en el respeto de los derechos de los trabajadores fue mayor, y por otra parte en los primeros esfuerzos por regular la subcontratación en México no se contó con una estrategia integral y articulada para atender el tema en sus diferentes aristas, lo cual derivó en regulaciones primero en el terreno fiscal luego en el de la seguridad social, y eventualmente en el penal, para finalmente llegar al laboral, lo cual dio lugar a un modelo jurídico desarticulado y en ocasiones contradictorio²³⁶.

3. El régimen jurídico

En esta evolución un momento importante fue el año 2012, ya que luego de un largo debate la LFT fue objeto de diversas reformas y adiciones en los más variados temas, y uno de ellos fue precisamente haber incorporado un concepto y criterios en materia de subcontratación²³⁷. Se

²³⁶ Tal vez uno de los campos en donde se han hecho más avances es precisamente en el terreno fiscal, en donde las autoridades hacendarias mexicanas han diseñado e implementado recientemente mecanismos con las nuevas tecnologías de la información, con la finalidad de que este tipo de empresas cumplan con más facilidad sus obligaciones fiscales.

²³⁷ La reforma laboral de 2012 en México se ocupó de muy variados temas, entre los que

trata de una reforma que involucró varios temas pero que se inscribe en un largo proceso de reformas laborales que ya se venían dando en América Latina, pero en donde México llega de manera tardía. Hay que recordar que desde fines de los años ochenta del siglo pasado varios países latinoamericanos participaron en un amplio proceso de reformas que tocó temas importantes y sensibles para el laboralismo de la región como por ejemplo la denominada estabilidad en el empleo según la cual el trabajador debía de permanecer el mayor tiempo posible en la empresa y solo por excepción podría ser separado de la misma; este tema junto con otros permitieron identificar a las reformas laborales de la región como procesos de flexibilización del marco jurídico laboral, en donde México no participaba con reformas de la misma intensidad como lo venían haciendo muchos de los países de la región²³⁸.

El concepto mexicano de subcontratación señala que el patrón denominado contratista ejecuta las obras o servicios con trabajadores bajo su “dependencia”. Este rasgo es interesante ya que el actual art. 20 de la LFT señala que se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, “la prestación de un trabajo personal subordinado una persona, mediante el pago de un salario”, se trata de un concepto importante que parte de los cimientos del Derecho del trabajo en México y que se incorporó a la Ley en 1970, de tal manera que a partir de entonces la “subordinación” se convirtió en el elemento más importante para identificar una relación de trabajo de aquellas que no lo son y se rigen por otra rama del derecho, y con ello la aplicación de todo el estatuto laboral. De tal manera que hablar hoy de una relación de “dependencia” entre el contratista con sus trabajadores, no solo podría considerarse como una regresión conceptual²³⁹, sino que se podría estar sembrando una

están los siguientes: en materia de principios generales, incorporó el concepto de trabajo digno o decente, incorporó un concepto de hostigamiento y acoso sexual; en materia de condiciones de trabajo introdujo la flexibilidad interna, polivalencia y polifuncionalidad del trabajador, incorporó la idea de pago por horas, se reconoció la licencia por paternidad, en caso de trabajo de menores se reconoció una amplia lista de labores insalubres y peligrosas, se incorporó un capítulo sobre trabajo en las minas, se incorporó el concepto de productividad, se adoptó un nuevo modelo para reconocer los riesgos de trabajo, se limitó el monto de los “salarios caídos” que son aquellos que el patrón tendría que pagar si despido ilegalmente a un trabajador, se elevaron los montos de las sanciones por incumplimiento de la legislación laboral, etc. Cf. Sánchez Castañeda, A., Reynoso Castillo, C., *La nueva legislación laboral mexicana*, IJ-UNAM, Serie: Estudios Jurídicos, n. 215, México 2013, pp. 93-97.

²³⁸ Cf. Hernández Álvarez, O., *La reforma laboral en América Latina*, Memoria del III Congreso Venezolano de Derecho Social, Barquisimeto, Venezuela, 1995.

²³⁹ Cabe señalar que en el caso mexicano antes del año 1970 regía la Ley Federal del Trabajo expedida en el año de 1931, se trató de una ley que fue el producto de una serie

duda sobre la naturaleza jurídica y características que tiene esa relación. Por su parte los tribunales mexicanos han emitido criterios aislados que no han constituido jurisprudencia, y se encuentran aún en una etapa de construcción sobre los alcances, significados e implicaciones de la subcontratación en México; sin embargo, en los años recientes participaron en el debate asumiendo una posición que validaba y justificaba la subcontratación, al señalar que no se violaba “el principio de seguridad jurídica por el hecho de que se otorgue al patrón contratante la facultad de fijar las tareas del contratista y supervisar ese trabajo”²⁴⁰, como tampoco se viola la libertad de trabajo ya, con estas normas, se busca “(...) cumplir con un mínimo de condiciones que permitan que su actividad se realice con la debida protección de los derechos laborales de los trabajadores”²⁴¹.

Por otra parte, la legislación mexicana a partir de 2012 estableció un marco jurídico de la subcontratación sujetándolo a ciertas condiciones y límites objetivos que son la que siguen.

3.1. La extensión cuantitativa de las actividades subcontratadas

En efecto el nuevo marco jurídico de la subcontratación en México

de problemáticas derivadas de la construcción de un modelo federal e institucional de la legislación laboral, propias de la etapa inicial de construcción del modelo laboral mexicano emanado de la revolución de 1910. Y en esta ley de 1931 se estableció el concepto de contrato de trabajo como aquél en virtud del cual una persona se obligaba a prestar a otra, bajo su “dirección y dependencia”, un servicio personal mediante una retribución convenida; de esta manera, el nexo entre un patrón y un trabajador se reducía a un aspecto técnico como es la dirección del primero frente al segundo y a un aspecto material como lo es la dependencia, la cual fue interpretada en esa época por los tribunales mexicanos como una dependencia de tipo económico.

²⁴⁰ “Lo anterior en virtud de que el legislador no elimina de la esfera jurídica del contratista el derecho de supervisar y asignar las tareas a sus empleados, pues las seguirá teniendo conforme a la relación laboral que rige entre él y sus trabajadores, ni está defraudando expectativas legítimas que a aquél se le hubiesen creado (derecho que previamente había adquirido); solo se trata de una medida legislativa razonable emitida y regulada, principalmente, en beneficio y protección de los derechos de los trabajadores”. Ver este criterio: Amparo en revisión 206/2015. Outplacement y Suministro de Personal SA de CV, 24 de junio 2015, Cinco votos Semanario Judicial de la Federación del 28 de agosto 2015. Tesis 2ª. LXXXIV/2015, Segunda Sala, SCJN.

²⁴¹ Ver este criterio: Amparo en revisión 244/2015, Outplacement y Suministro de Personal SA de CV. Tesis 2ª. LXXXIII/2015, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 21, agosto 2015.

estableció que uno de los límites y controles importantes en este tema era el relacionado con las actividades involucradas en la subcontratación; de tal manera que, dice la Ley, la subcontratación “no podrá abarcar la totalidad de las actividades, iguales o similares en su totalidad, que se desarrollen en el centro de trabajo”. Como puede advertirse se trata de una redacción tal vez bien intencionada pero poco afortunada ya que da lugar a una serie de ambigüedades que en la práctica permiten diversas interpretaciones, con lo cual se deja al tema en un alto grado de incertidumbre. La idea inicial era acotar a las empresas que recurran a la subcontratación, señalándoles que sí y que no pueden “enviar” a un esquema de subcontratación; de esta manera al indicar que no se puede subcontratar la totalidad de las actividades, el legislador mexicano pareciera ir en contra de muchos casos en donde se da una simulación con empresas que no tiene trabajadores con lo que se distorsiona el modelo evadiendo la legalidad, lo cual es loable y conveniente, pero la manera de atenderlo permitiría por ejemplo que si bien la prohibición expresa es que no sea la totalidad de los trabajadores la que este subcontratada, pero bastaría entonces que un trabajador si permanezca en una relación laboral con la empresa para que pueda subcontratar al resto de la plantilla, lo cual sería absurdo pero, en estricto sentido, legal. Sobre este punto vale la pena señalar cómo en algunos criterios aislados los tribunales mexicanos han actuado de manera errática al señalar que, por ejemplo, cuando un trabajador demanda el reconocimiento de su relación laboral a una empresa y ésta niega dicha relación laboral argumentando que “no tiene trabajadores”, le corresponderá a dicha empresa la carga de la prueba para demostrar que no se trata de un patrón sino de “cualquier otra figura jurídica prevista en la Ley, que le permita que sea una persona distinta a la empresa quien tiene a su cargo el personal necesario para prestar sus servicios”²⁴², con lo cual pareciera indirectamente estarse reconociendo la posibilidad de que existen empresas sin trabajadores, como en efecto viene sucediendo en muchos casos.

Así mismo, cuando la norma dice que no se puede subcontratar actividades “iguales” o “similares” en su totalidad, aquéllas que se desarrollen en el centro de trabajo, pareciera referirse a que la empresa que con la cual se relacionará no podría llevar a cabo tareas y trabajos iguales a aquellos que lleva a cabo la empresa, ni siquiera similares. Esta preocupación buscaba que los trabajos que se subcontrataran no fueran

²⁴² Ver este criterio en: Amparo directo 1058/2014 Teresa Degollado Sandoval, 2 de julio de 2015. Unanimidad de votos, Ponente: Guillermo Erick Silva González. Secretaria: Blanca Patricia Pérez Pérez. Semanario Judicial de la Federación de 16 de octubre de 2015.

una manera en que la empresa inicial delegara o transfiriera trabajos que le son propios, y mucho menos que transfiriera trabajos iguales a los que lleve a cabo o que incluso fueran similares a los que normalmente ejecuta; sin embargo cuando la Ley agrega al final de estas expresiones que no sean ni iguales ni similares “en su totalidad” se incorpora un elemento de gran incertidumbre y ambigüedad, ya que la igualdad y la eventual similitud, tendría que ser en su totalidad, es decir que la prohibición de subcontratación, en este caso, se refiere a trabajos que fueran totalmente similares o totalmente iguales; esta fórmula usada por el legislador mexicano es una invitación a la violación de la norma ya que para evitar que se presente en los hechos esa similitud o igualdad “total”, bastaría hacer alguna modificación en alguna etapa del proceso productivo o de las características del producto o servicio para evitar que esos rasgos que la Ley prohíbe se presenten, y así poder estar en el terreno de la legalidad, con lo cual se estaría fracasando en el intento por regular estos esquemas.

3.2. La extensión cualitativa de las actividades subcontratadas

Otro de los mecanismos que se incorporaron a la legislación para regular la subcontratación, tiene que ver con los aspectos técnicos involucrados en los procesos y productos que se estarían subcontratando; en efecto la Ley señala expresamente que se “deberá justificar por su carácter especializado”, se refiere por supuesto a las materia o procesos objeto de una subcontratación. De esta manera el legislador mexicano trato de asumir una posición conceptual y estructural en el modelo de relaciones de producción, según el cual la subcontratación no puede ser extensiva a cualquier proceso productivo que lleve a cabo una empresa y le dio, de esta manera, un carácter excepcional al señalar que las tareas objeto de subcontratación deberán tener cierto grado de especialización, de tal manera que se parte de la idea de que existen procesos productivos o trabajo de carácter general y otros de carácter excepcional o especializado, que estarían justificando y explicando que una empresa acuda a un esquema de subcontratación. Esta manera de presentar las cosas ha sido recurrente en varios países latinoamericanos en varios momentos y coincide con otros modelos y maneras de abordar el tema que se han dado en otras latitudes²⁴³. Se trata de una manera por medio de la cual,

²⁴³ Esta parece haber sido el criterio por ejemplo en la Ley no. 16.757 desde el año de 1968 en Chile, en la cual se señaló, en su art. 1 que los trabajos inherentes a la

desde hace años, se buscaba acotar el recurrir a mecanismos de organización productiva que pudieran afectar los derechos de los trabajadores. Sin embargo, aunque la idea es conveniente y adecuada en la medida que busca evitar la discrecionalidad y evasión de obligaciones de diversa índole empezando por las laborales, los problemas para concretar este requisito se presentan al momento de su implementación, ya que no queda claro donde habrá que plasmarse la justificación pedida y ante quien sería reclamable la misma. Hay que insistir en que si bien la legislación laboral exige en el caso mexicano que la subcontratación debe ser objeto de un contrato, dicho contrato se daría en el terreno del derecho privado entre las empresas o personas interesadas en el mismo y que solo sería en el ámbito de ese derecho en donde tal vez podría reclamarse el cabal cumplimiento de la especialidad solicitada; de igual manera, queda la duda de si en los tribunales laborales se podría denunciar la nulidad de un contrato de este tipo al que le faltara este requisito. Por otra parte se podría suponer que la verificación del cumplimiento del requisitos de especialidad podría estar a cargo de la inspección del trabajo, la cual en una labor preventiva y acorde con sus facultades pudiera analizar en contrato de subcontratación, advertir la falta del requisito de especialidad y de no encontrarlo fincar algún tipo de responsabilidad administrativa al infractor; si bien esta posibilidad está formalmente abierta y pudiera darse, lo cierto es que la participación de la inspección del trabajo en el modelo laboral mexicano, es muy limitada. Todo ello con independencia de que la expresión misma de "carácter especializado" puede ser objeto de diversos significados y modulaciones.

3.3. Los límites de los trabajos a realizar

Adicionalmente a lo comentado, la Ley señala que los trabajos subcontratados no podrán comprender "tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante". Una vez más, el legislador busco establecer límites a la subcontratación, en este caso, por la vía de evitar que los trabajadores involucrados con el contratista como con el contratante no lleven a cabo tareas "iguales o similares", de tal manera que de alguna forma se preserve el carácter especializado de las labores subcontratadas y no se trate de una mecanismo para evadir obligaciones; pero en este caso una vez más para

producción principal de una industria no podían ser ejecutados a través de contratistas o concesionarios.

considerar trabajos o tareas “iguales o similares” supone un ejercicio de comparación realizado de cierta manera que permita llegar a una conclusión y calificación detectando o descartando la igualdad o la similitud y aquí el cómo hacerlo y quién ha de hacerlo no queda claro dando así espacios amplios a la discrecionalidad de las partes en el contrato privado de subcontratación.

3.4. Los efectos y consecuencias

Finalmente, el legislador mexicano consideró conveniente incluir algunas consecuencias y sanciones ante el incumplimiento de los requisitos a cumplir en la subcontratación y estableció, con una técnica legislativa deficiente, que de no cumplirse “todas estas condiciones”, el contratante se considerará patrón para todos los efectos legales, incluyendo los relacionados con la seguridad social. Como puede observarse la sanción mayor sería se considere como patrón aquél que de inicio se buscaba que no lo fuera; pero esta consecuencia solo se dará en el momento en que se incumplan todas las condiciones que la Ley le estableció a la subcontratación, de tal suerte que la posibilidad de incumplimiento de “todas” las condiciones y requisitos no es evidente, y bastaría entonces con que un contratante cumpla parcialmente las condiciones señaladas por la Ley para que dicha sanción no opere.

Cabe señalar que solo para el caso de que la subcontratación no se formalice por medio de un contrato se prevé una sanción específica de 250 a 2500 veces el salario mínimo general (aproximadamente entre mil y 2,500 dólares).

3.5. Las obligaciones de inicio a cargo del contratante

Con independencia de que el contrato de subcontratación deberá ser por escrito, la Ley impuso al contratante la obligación de verificar en el momento en que se firma dicho contrato que “el contratista cuenta con la documentación y los elementos propios y suficientes para cumplir con las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores”, se trata de una medida preventiva señalada con la finalidad de que al momento de un reclamo por alguno de los trabajadores del contratista éste esté en la posibilidad de asumir y hacer frente a sus obligaciones. En la manera como se redactó esta obligación y la manera como se incluye en el modelo, pareciera más bien una recomendación dirigida al contratante que

no trae una sanción aparejada y no quedaría claro como se podría comprobar que la verificación solicitada en la Ley realmente se llevó a cabo. En su momento los tribunales, concretamente la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje interpreto por la vía administrativa por medio de un acuerdo de su Pleno, que si en un juicio la parte demandada niega la relación de trabajo argumentando que existe una subcontratación, en principio es el contratista el responsable del cumplimiento de las obligaciones laborales, pero en caso de que éste incumpla corresponderá al contratante como beneficiario de las obras ejecutadas o los servicios prestados, responder de las obligaciones laborales²⁴⁴, con lo cual se estaría reconociendo una responsabilidad subsidiaria entre el contratante frente al contratista²⁴⁵.

3.6. Las obligaciones permanentes a cargo del contratante

Por otra parte, la Ley estableció que la empresa contratante deberá “cerciorarse permanentemente” que la empresa contratista, cumple sus obligaciones en los temas de seguridad social en el trabajo respecto de sus trabajadores. De esta manera se busca que los trabajadores participantes en la subcontratación tengan el reconocimiento y disfrute pleno de sus derechos sociales, aunque se deja abierta la posibilidad para explorar las formas como podría llevarse a cabo esa tarea permanente a cargo del contratante, si bien la misma Ley señaló que se podría cumplir por medio de un tercero denominado “unidad de verificación” debidamente acreditada y autorizada para tal efecto. Se trata de un modelo de verificación del cumplimiento de las normas laborales, en este caso particular del cumplimiento de las normas en materia de seguridad en el trabajo, que involucra a empresas privadas en una labor que originalmente corresponde realizar al Estado; su actuación está sujeta a un marco jurídico administrativo específico, desde su funcionamiento y ejecución de trabajos, y que llevarían en lo cotidiano actividades similares a las que realiza la inspección del trabajo, elaborando actas de verificación y emitiendo dictámenes sobre el cumplimiento o no de una empresa de la

²⁴⁴ Pleno de la JFCyA, boletín n. 72 del 15 de abril de 2014.

²⁴⁵ Uno de los temas indirectos relacionados con la subcontratación, no tratados por ahora en este trabajo, y que se encuentra en plena evolución no sólo en México sino en varios países de la región, es el relativo a la protección de datos de los trabajadores inmersos en la subcontratación, en donde de manera lenta pareciera irse construyendo un conjunto de disposiciones, en un principio de tipo administrativo, con la finalidad de que las empresas protejan la información y datos de los trabajadores involucrados.

normativa correspondiente²⁴⁶.

3.7. La subcontratación dolosa

Finalmente hay que anotar que la Ley estableció la prohibición expresa de que la subcontratación no se permitiría cuando se transfieran de manera deliberada trabajadores de la contratante a la subcontratista con el único fin de disminuir derechos laborales, y que tal situación de presentarse se sancionaría con una multa de 259 a 5000 veces el salario mínimo general (aproximadamente de dos mil a 21 mil dólares).

4. Conclusiones

Como puede advertirse la subcontratación en varias partes del mundo y México no escapa a ello, ha venido a cambiar el panorama laboral, en la medida que paso en muy poco tiempo de ser un mecanismo de organización de la producción mínimamente previsto en la legislación laboral, a convertirse en una manera normal de hacerlo; frente a ello la legislación laboral, como ya se anotaba ha mostrado sus limitaciones en diferentes órdenes, empezando por el conceptual, en donde los conceptos básicos y tradicionales del Derecho del trabajo, como son el trabajador, el patrón y la subordinación parecieran dejar de haber sido funcionales y suficientes para la protección de los trabajadores. Así mismo el Derecho del trabajo pareciera, como en otros temas, estar en la búsqueda de nuevas maneras de abordar, las a su vez, también nuevas maneras de organización de la producción como lo es la subcontratación.

México se encuentra en un periodo de transición hacia la construcción de un marco jurídico conveniente, adecuado y funcional para regular el tema, con resultados por ahora más bien discretos y limitados, entre otras razones por que la manera como el Estado mexicano ha tratado de abordar el tema se ha dado de manera desarticulada y parcial, desde diferentes áreas jurídicas como la fiscal, la seguridad social y ahora la laboral, lo cual ha traído como resultado una proliferación de formas de subcontratación, no necesariamente ilegales, pero si con una ausencia total

²⁴⁶ En este tema cabe señalar la existencia de una norma específica que regula el funcionamiento de estas unidades de verificación; se trata de la NMX-EC-17020-IMNC-2000 sobre "Criterios generales para la operación de varios tipos de unidades (organismos) que desarrollan la verificación". Esta norma señala una serie de requisitos y criterios para que estos organismos operen de manera adecuada.

o parcial de regulación y control²⁴⁷. Así mismo, desde hace tiempo se vio a la subcontratación como un mecanismo de evasión de obligaciones jurídicas de diversa índole e incluso se ha llegado a considerar como una “actividad vulnerable”²⁴⁸.

El gran reto que tiene México, así como otros países de la región en este tema es, en lo general, poder acompañar con mayor prontitud y eficiencia las nuevas formas de organización de la producción, con el fin de evitar que estos mecanismos se conviertan en formas legalizadas de evasión de obligaciones sociales; y en lo particular, contar con un marco jurídico integral que de manera articulada y coherente regule la subcontratación, particularmente en materia laboral.

5. Bibliografía

Barbagelata, H.H., *Introduction aux institutions du droit du travail en Amérique latine*, Press Universitaires de Louvain, Louvain 1980.

Celis Ospina, J.C. (coord.), *La subcontratación laboral en América Latina*, Escuela Nacional Sindical, Medellín, 2012.

Curiel Sandoval, V.A., “La reforma a la Ley Federal del Trabajo en materia de subcontratación”, *Revista Alegatos*, n. 83, UAM, México, enero-abril 2013.

De la Cueva, M., *El Nuevo derecho mexicano del trabajo*, vol. I, 6ª ed, Ed. Porrúa, México 1980.

²⁴⁷ Cabe señalar que la regulación de la subcontratación sigue siendo objeto de debates en la actualidad (abril de 2018); en la Cámara de Diputados se encuentran presentados diversos proyectos legislativos que buscan precisar y regular de mejor manera el tema; dichos proyectos oscilan entre la posición de una absoluta libertad y cero control a las empresas involucradas en la subcontratación, hasta las propuestas que pasan por limitar los temas objeto de subcontratación y una supervisión más estricta de su funcionamiento. Habrá que estar atentos para ver si en los próximos meses, asistimos a una nueva etapa en la regulación de la subcontratación en el caso mexicano. Así mismo cabe anotar que en algunas publicaciones especializadas en materia contable se puede leer que: “En materia fiscal, en los impuestos sobre la renta y al valor agregado, se han emitido resoluciones contradictorias tanto en los tribunales administrativos como federales, que han generado incertidumbre para los contratantes (...)”. El Financiero, *Legisladores van por ajustes en 'outsourcing'*. Ver <http://www.elfinanciero.com.mx/economia/legisladores-van-por-ajustes-en-outsourcing>, consultado el 16 febrero 2018.

²⁴⁸ Una “actividad vulnerable” es un concepto incluido expresamente en la Ley Federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita (conocida como “Ley antilavado de dinero” del año 2012).

- Hernández Álvarez, O., *La reforma laboral en América Latina*, Memoria del III Congreso Venezolano de Derecho Social, Barquisimeto, Venezuela, 1995.
- Reynoso Castillo, C., “Las transformaciones del concepto de empresa”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n. 18, México, 2014.
- Sánchez Castañeda, A., Reynoso, C. y Palli, B., *La subcontratación: un fenómeno global, estudio de legislación comparada*, IJ-UNAM, Serie: Estudios Jurídicos n. 185, México, 2011.
- Sánchez Castañeda, A. y Reynoso Castillo, C., *La nueva legislación laboral mexicana*, IJ-UNAM, Serie: Estudios Jurídicos no. 215, México, 2013.
- UNAM, *Libro homenaje al Maestro Mario de la Cueva*, Libro colectivo UNAM, México 1981.

Web sites

- Bensusán, G., *La subcontratación laboral y sus consecuencias: ¿problemas de diseño institucional o de implementación?*, en: www.juridicas.unam.mx. Biblioteca Jurídica Virtual del IJ-UNAM.
- Hernández Cota, J.P., *Outsourcing en 2017-deducción para ISR y acreditamiento de IVA*, en: <https://contadormx.com/2017/01/27/outsourcing-en-2017-deducion-para-isr-y-acreditamiento-de-iva/>.
- López Lozano, E., “Situación actual del outsourcing en México en julio 2017”, CROSS, julio 2017-03, en: <http://www.ccpq.org.mx/images/fondo-editorial/biblioteca/CROSS/CROSS-Infom-2017-3.pdf>.
- Sanguinetti, W., *La nueva regulación de los efectos laborales de la subcontratación en América del Sur: posibilidades y límites*, en: <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2010/04/10/la-nueva-regulacion-de-los-efectos-laborales-de-la-subcontratacion-en-america-del-sur-posibilidades-y-limites/>.

Panorama de la externalización laboral y su tratamiento jurídico

César ARESE*

RESUMEN: Descripción del tratamiento normativo establecido en la legislación de Argentina respecto del fenómeno de la externalización laboral y sus consecuencias jurídicas. A partir de la prohibición general de la intermediación de mano de obra, se presentan diversidad de alternativas jurídicas como considerar al trabajador externalizado como empleado directo del empleador principal así como su responsabilidad solidaria directa. Se trata en forma especial el caso de las Empresas de Servicios Eventuales. También se consideran diversidad de hipótesis de intermediación fraudulenta. Entre estos supuestos, figura el socio aparente o presta nombre y la del socio oculto, la última configuración normativa relativa al fraude societario.

Palabras clave: Externalización, solidaridad, fraude, intermediación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Tratamientos jurídicos. 3. Empleado directo. 3.1. La titularidad real del nexo de trabajo. 3.2. Socio Empleado. 3.3. Auxiliares del Trabajador. 3.4. Contrato de trabajo de grupo o por equipo. 3.5. Contrato prestado por integrante de una sociedad. 4. La intermediación de mano de obra en sentido estricto. Contratación de mano de obra para proporcionarla a terceros. 4.1. Tratamiento jurídico general. 4.2. Reglamentación especial. 4.2.1. Conceptos y limitaciones en trabajo eventual. 4.2.2. Empleadores habilitados. 4.2.3. Relaciones laborales de las Empresas de Servicios Eventuales (ESE). 4.2.4. Codificación de las eventualidades. 4.2.5. Actividades especiales. 4.2.6. Controles y sanciones. 5. Interposición y solidaridad. 5.1. Los vastos alcances de la interposición. 5.2. Cesión, contratación y subcontratación. 5.2.1. Círculos de responsabilidad solidaria. 5.2.2. Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de Argentina. 6. Intermediación por grupo económico. 7. La solidaridad en las franquicias. 8. Transferencias de empresas y de personal. 9. Interposición sospechosa o fraudulenta. 10. Intermediación insolvente o fraudulenta y responsabilidad solidaria de socios, controlantes y administradores sociales. 11. Conclusiones. 12. Bibliografía.

* Doctor en derecho y ciencias sociales, post doctorado y profesor de grado y postgrado de Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina y ex presidente de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social Córdoba.

Overview of the labor outsourcing and its legal treatment

ABSTRACT: Description of the regulatory treatment established in Argentine legislation regarding the phenomenon of labor outsourcing and its legal consequences. From the general prohibition of labor intermediation, there are a variety of legal alternatives such as considering the outsourced worker as a direct employee of the main employer as well as their direct joint and several liability. The case of the Eventual Service Companies is dealt with in a special way. Diversity of fraudulent intermediation hypotheses are also considered. Among these assumptions, the apparent or named partner and the hidden partner figure, the last normative configuration relative to corporate fraud.

Key Words: Outsourcing, solidarity, fraud, intermediation.

1. Introducción

La intermediación de mano de obra es un tema tradicional en el Derecho del Trabajo ya que se conecta reflejamente, podría decirse, con el recurrente asunto del fraude laboral. En ese rango de ideas se colocan además la generación de figuras no laborales, precarias o simuladas como en los casos de vinculaciones pseudo autónomas, de supuestas becas, pasantías, aprendizajes y prácticas ocultistas de un vínculo laboral. A estas formas de eliminar, oscurecer, enrarecer la responsabilidad y la identificación misma del empleador, se agregan los llamados fraudes societarios: sociedades “cáscaras” o simples fachadas; interposición societaria de fácil volatilidad y descapitalización empresarial.

Las transformaciones productivas de las últimas dos décadas han agregado nuevos motivos de preocupación. El tratamiento prioritario del tema de la descentralización productiva y la pérdida o deformaciones de la protección laboral, revelan la universalidad de la cuestión²⁴⁹. La fragmentación, externalización, diversificación y deslocalización productivas o la generación de redes societarias, diluyen la identificación misma del sujeto empleador que parece haber quedado nublada por la diversidad de apariencias que adquiere el fenómeno.

En definitiva, la intermediación laboral y la solidaridad contractual, son temas polisémicos que habilitan una galáctica cantidad de posibilidades. Se intentará no obstante, un recorrido sobre las manifestaciones más importantes de ambas categorías relacionadas y sobre la base de un concepto amplio de intermediación laboral.

Un caso especial es el de los efectos de la llamada Sociedad de la Información o, ya a esta altura, del algoritmo aplicado a las relaciones de prestaciones de servicios. Se pueden advertir nuevas experiencias de desgranamientos productivos, en donde pueden convivir formas de autonomización, un neo trabajo a domicilio y formas de intermediación en cadena. En este punto, los esquemas clásicos de intermediación y solidaridad convencional encuentran serias trabas para su aplicación. Naturalmente que la envergadura de la intermediación encubierta o instalada a través de la relacionada fractura o externalización productiva aparece como mucho más vasta y de difícil ponderación. De tal forma, la intermediación y la provisión de mano de obra aparece con una relevancia obvia dentro del panorama laboral.

²⁴⁹ Por ejemplo, fue tema central del XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo, París, 2006.

Sintéticamente, la externalización presenta los siguientes síntomas²⁵⁰: a) Nuevas formas de contratación interempresarias²⁵¹; b) Pérdida de fronteras entre trabajo autónomo y dependiente o fraude; c) Temporalización, subcontratación e intermediación laboral; d) Nuevas formas de grupos de empresas o conjuntos económicos²⁵²; e) Creación de formas empresarias externalizantes²⁵³; f) Fugacidad laboral (especialmente juvenil) y creación de figuras no laborales; g) Desresponsabilización fraudulenta: sociedades off shore, máscaras, controles fraudulentos, etc.; h) Cambios en el sistema sindical y convencional.

2. Tratamientos jurídicos

La cuestión de la intermediación de mano de obra puede considerarse peyorativamente como “tráfico de mano de obra” o, más amablemente, “selección de personal”, “gestión de trabajadores para terceros”. También es avistable como la simple interposición de sujetos empleadores.

En el panorama normativo de Argentina y en especial la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) Nro. 20.744, el Código Civil y Comercial y la Ley de Sociedades Comerciales Nro. 19.550, se prevén, a grandes rasgos, dos tratamientos jurídicos:

- 1) Atribución al trabajador del carácter de empleado directo del principal;
- 2) Generación de responsabilidad solidaria laboral a los sujetos principal e interpuesto.

Otra clasificación más detallada de las formas de conformación de la interposición:

²⁵⁰ De Luca-Tamajo, R. y Perulli, A., *Repercusiones de la descentralización productiva en las relaciones laborales y las relaciones profesionales*, Informe general, XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo, París, 2006; Castello, A., *La Solidaridad en las Obligaciones Laborales*, XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social XIII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 26 al 28 de agosto de 2004 y *La subcontratación y las relaciones de trabajo en Uruguay*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx, 2009.

²⁵¹ Técnicas y sistemas de cooperación, colaboración e interconexión empresarial como sucede con el franchising, la transferencia tecnológica, la asistencia técnica y financiera, unión transitorias de empresas, fideicomisos, redes, etc. Estrategia empresarial orientada hacia la sustitución de las relaciones subordinadas por redes contractuales de tipo comercial (*subcontracting, franchising, concessions, etc.*).

²⁵² Fraccionamiento del ciclo productivo implica un adelgazamiento formal pero no sustancial de la empresa, que se divide solo en el plano formal pero mantiene lazos de dependencia, control y dirección entre las distintas unidades que se crean para realizar la actividad económica. *Just in time*, coordinación, complementación productiva.

²⁵³ Cooperativas, sociedades laborales, pequeñas empresas, etc.

1. La intermediación que identifica a intermediario y principal como empleadores. Son las siguientes hipótesis:
 - a) El empleado directo;
 - b) El socio empleado;
 - c) Los auxiliares del trabajador;
 - d) El contrato de trabajo por grupo o equipo;
 - e) El contrato prestado por integrante de una sociedad;
 - f) Intermediación en sentido estricto (Contratación de mano de obra para proporcionarla a terceros):
 - Trabajador intermediado como empleado directo del principal;
 - Trabajador de Empresas de Servicios Eventuales (ESE).
2. La intermediación a través de la cesión, contratación y subcontratación.
3. La intermediación englobada dentro del concepto de actividad normal específica propia del establecimiento cedente.
4. La intermediación ajena a la hipótesis anterior, esto es, en caso de inexistencia de unidad técnica ni comunidad de rubros de actividad.
5. La interposición a través del grupo económico.
6. La Transferencia de establecimiento y de personal.
7. La Intermediación fraudulenta.
8. La interposición fraudulenta a través de empresas descapitalizadas o inexistentes.

3. Empleado directo

3.1. La titularidad real del nexo de trabajo

La posibilidad de que el trabajador sea considerado empleado directo de quién requiere, dirige o se beneficia con sus servicios fluye ab initio de la presunción de laboralidad contractual subordinada que supone toda relación laboral dependiente, más allá de las formas.

En primer término, porque una simulación o fraude acerca de la existencia o rol de empleador, con apariencia de tal, que sostenga un carácter no laboral o que se manifieste interpuesto lleva a la aplicación del principio de laboralidad dependiente y la nulidad de la interposición (art. 5 y 14 de Ley de Contrato de Trabajo, LCT).

En segundo lugar, porque la condición de empleador se consagra más allá del sujeto de carácter físico o jurídico, en tanto requiera los servicios del trabajador. Se opera en este caso con los conceptos de “empresario” o “empleador” para atribuir la titularidad de la relación de trabajo. En el primer caso, asume esa condición la persona física o jurídica que “dirige

la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la empresa” (art. 5 LCT). Se considera “empleador” a “la persona física o conjunto de ellas, o jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia, que requiera los servicios de un trabajador” (art. 26 LCT).

De tal forma, más allá y con indiferencia por las formas, ropajes o figuras empleadas, será titular de la relación laboral el sujeto jurídico que requiera los servicios y asuma, directa o indirectamente, abierta o encubiertamente, la relación jerárquica y la titularidad de la comunicación de instrucciones hacia el trabajador.

De otro lado, la legislación argentina adscribe a la tesis relacionista para revelar la incubación y desarrollo del contrato de trabajo. El hecho de la prestación de servicios dependiente implica el nacimiento del contrato de trabajo. La realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicio en favor de otra persona, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen, “hace presumir la existencia de un contrato de trabajo” lo que se debe aplicarse extensivamente “aún cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio” (arts. 22 y 23 LCT).

Este sería el primer acercamiento al tema: la posible intercalación de una persona física o jurídica se esfuma en tanto se verifican los presupuestos esenciales y básicos de la prestación laboral dependiente.

3.2. Socio Empleado

La otra hipótesis liminar del tratamiento de la posible generación de figuras no dependientes mediante una especie de falsa autoempleo, sería la situación de la integración como parte de una sociedad con prestación de servicios de forma personal y habitual y bajo las instrucciones o directivas de aquella. Igualmente en este caso, la condición de socio del trabajador, no le quita el carácter de dependiente de la sociedad, sujeto de la relación de trabajo y objeto de la aplicación de las normas laborales y convencionales protectorias de la prestación en relación de dependencia (art. 27 LCT).

Quedan al margen de este tratamiento los integrantes de las sociedades cooperativas de trabajo ya que, a pesar de la apariencia de su prestación de servicios dependientes, integran con ese aporte personal la esencia de la

institución (Ley 20.337).

No obstante, la figura de “cooperativización” del trabajo dependiente ha generado resistencia por hacerse evidente, en muchos casos, una simple operación de bastardeo o desnaturalización de los dignos objetivos del sistema cooperativo como alternativa social frente al capitalismo lucrativo, sus selváticas reglas de juego y la imposibilidad de que los trabajadores se constituyan en empresarios.

El fraude laboral cooperativo consistente en su conformación o funcionamiento irregular encubriendo la existencia de un sujeto empleador real o su actuación como empresas de provisión de servicios eventuales, de temporada o brindando servicios propios de las agencias de colocación. Su existencia lleva de forma automática a que los trabajadores sean considerados trabajadores dependientes de la empresa usuaria para la cual presten servicios, a los efectos de la aplicación de la legislación laboral y de la seguridad social (art. 40 Ley 25.877). Es decir, la supresión del empleador aparente y fraudulento que ha intermediado mediante la forma cooperativa (art. 27 LCT).

Con todo, en “Lago Castro, Andrés Manuel c. Cooperativa Nueva Salvia Limitada y otros”, 24-11-09, la Corte Suprema de Justicia Argentina trazó una línea jurisprudencia admitiendo la extralaboralidad de las relaciones entre trabajadores y cooperativas en tanto se verifique las condiciones de autenticidad y legalidad del vínculo²⁵⁴.

²⁵⁴ “1 - Proceden los agravios relativos a la determinación imperativa de la calidad de empleado del socio de una cooperativa de trabajo y a la inexistencia de norma que torne inaplicable el art. 27 de la ley de contrato de trabajo, a los fines del reclamo indemnizatorio con base en la legislación laboral, si se prescindió de examinar el sentido y esencia del tipo societario al que aquéllas se adecuan y el régimen establecido por la ley 20.337, pues, ninguna consideración merecieron los caracteres y concepto de estas entidades, “fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua para organizar y prestar servicios” -art. 2-, sus particulares formas de constitución, las condiciones de ingreso y los derechos de los “asociados”, así como las modalidades de retiro y, sobre todo, de exclusión de éstos -arts. 23 y 62, la formación del capital, las cuotas sociales, los caracteres de los bienes aportables, el régimen de gobierno, de administración y de representación, y la fiscalización pública a la se encuentran sometidas”.

“2 - Debe dejarse sin efecto la sentencia que hizo lugar al reclamo indemnizatorio, con fundamento en que el actor revistió el carácter de “socio-empleado” previsto en el art. 27 de la ley de contrato de trabajo respecto de la cooperativa demandada, toda vez que no se consideraron expedidas por el INAC -en ejercicio de sus facultades reglamentarias- tales como, el art. 1 de la resolución 183/92, que tuvo como objeto reafirmar “que el vínculo jurídico entre el asociado y la cooperativa de trabajo es de naturaleza asociativa y está exento, por lo tanto, de toda connotación de dependencia, encuadrado en el derecho laboral”, y la resolución 360/75, que determinó las excepciones al principio de “mutualidad rigurosa” en las cooperativas de trabajo, autorizando a que éstas pudieran utilizar servicios de personal en relación de dependencia sólo en los supuestos que

3.3. Auxiliares del Trabajador

Otra forma de interposición y mediación laboral puede verificarse mediante figuras que pretendan desnaturalizar o desconocer la morfología personalizada del contrato de trabajo. El propio trabajador dependiente puede valerse de otros trabajadores auxiliares para la prestación de servicios, los que, de cualquier modo y salvo excepción expresa legal o convencional, serán considerados igualmente dependientes del empleador (art. 28 LCT).

Con todo, esta aparentemente simple forma de hacer surgir el nexo laboral, ha tenido su meneo jurisprudencial. Es el caso conocido caso de los fleteros, es decir, titulares o propietarios de vehículos utilizados en la distribución de mercaderías, ligados al establecimiento y empleador principal por un contrato de locación de servicios o de obra que ocupan a ayudante, conductores y peones para cumplir las funciones específicas.

El punto se relaciona con la cesión, contratación y subcontratación de estas tareas de distribución que, en realidad, involucra en el debate el régimen específico de solidaridad y controles del art. 30 de la LCT. Lo que ocurre es que, establecida la laboralidad dependiente del estos intermediarios, los trabajadores auxiliares corren la misma suerte respecto del titular de la explotación involucrada.

3.4. Contrato de trabajo de grupo o por equipo

El hecho de que el trabajador no contrate, no sea organizado ni dirigido directamente por el principal sino en forma intermediada o delegada, no implica que se esfume la existencia del contrato de trabajo. Clásicamente se referencia esta hipótesis con el caso de la orquesta de música, cuyo director o representante, asume la condición de delegado para la contratación con quién se convertirá en titular de un nexo de trabajo dependiente con respecto a cada uno de los trabajadores.

La figura es aplicable a todo grupo o equipo de trabajo (común en la

enuncia, resoluciones que fueron expresamente declaradas vigentes por el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social –INAES-, continuador del INAC”.

Es apuntar que en “Pessina, Jorge Eduardo c/ Luis Frisman y otros”, 10-10-17, el máximo tribunal se abstuvo de avocarse en un caso similar confirmando la sentencia que había considerado que se verificó un vínculo laboral dependiente de quién trabajaba igualmente para una cooperativa de trabajo.

industria de la construcción, agrupamiento de técnicos, etc.) en que existe una suerte de “gestor”, manager, representante, profesional o técnico que estructura el equipo. Naturalmente que las líneas divisorias respecto de la alternativa de una empresa autónoma proveedora de servicios e integrada con su propio plantel, dependerá de la prueba y el grado de traba de las relaciones entre las partes. De hecho y en definitiva, queda en el fondo y más allá de la consideración de la dependencia directa, la posibilidad de la aplicación del sistema de responsabilidad solidaria del principal.

En definitiva, el art. 101 de la LCT estima que existe “contrato de trabajo de grupo o por equipo”, cuando “se celebre por un empleador con un grupo de trabajadores que, actuando por intermedio de un delegado o representante, se obligue a la prestación de servicios propios de la actividad de aquél”. En tal caso, “el empleador tendrá respecto de cada uno de los integrantes del grupo, individualmente, los mismos deberes y obligaciones previstos en esta ley, con las limitaciones que resulten de la modalidad de las tareas a efectuarse y la conformación del grupo”.

La norma indica que “el salario pactado “en forma colectiva” otorga derecho a cada trabajador a la participación que les corresponda según su contribución al resultado del trabajo”. Sin embargo, una interpretación sistemática de la regla obliga a advertir que, en tanto existe una pluralidad contractual laboral individual, se debe partir de la base de la aplicación de las reglas básicas y generales sobre salario y lo que prevea en todo caso la convención colectiva del sector.

3.5. Contrato prestado por integrante de una sociedad

Una figura normativa que no ha tenido demasiado desarrollo jurisprudencial a pesar de su rigurosidad e indudable impacto práctico, es la del art. 102 LCT: “El contrato por el cual una sociedad, asociación, comunidad o grupo de personas, con o sin personalidad jurídica, se obligue a la prestación de servicios, obras o actos propios de una relación de trabajo por parte de sus integrantes, a favor de un tercero, en forma permanente y exclusiva, será considerado contrato de trabajo por equipo, y cada uno de sus integrantes, trabajador dependiente del tercero a quien se hubieran prestado efectivamente los mismos”.

Esta hipótesis legal puede ser extensible a diversidad de proveedores de servicios agrupados mediante formas societarias o asociacionales de ocasión (grupo de monotributistas, por ejemplo) y destinadas a evitar la responsabilidad y vinculación directa con el principal.

La disposición exige dos parámetros. Por un lado, descarta la eventualidad

de una prestación laboral a favor del tercero beneficiario y destinatario de la actividad societaria o grupal a los fines de su consideración como dependiente directo. También aparta de esta condición a quienes son proveedores de servicios para diversidad de destinatarios. Ambas condiciones deben darse en forma aparentemente conjunta según la redacción de la norma y por supuesto, pueden prestarse a diversidad de interpretaciones.

El mismo art. 102, arrastra a los auxiliares del trabajador hacia la relación de dependencia en tanto se reúnan las condiciones del primer párrafo, admitiéndose excepciones por vía legal, estatutaria o convencional. No se comprende a qué se alude en este último caso porque una convención colectiva no puede perforar el orden público general indisponible. Una CC que albergue excepciones contractuales para formas de trabajo autónomo o no contractualizado, sería seguramente nula.

4. La intermediación de mano de obra en sentido estricto. Contratación de mano de obra para proporcionarla a terceros

4.1. Tratamiento jurídico general

La intermediación en sentido estricto se verifica cuando la mediación de un empleador es expresa y pactada y merece un tratamiento normativo específico. Por definición legal, la intermediación de mano de obra no es permitida por la legislación argentina ya que en todo caso operan varios resguardos, según las reglas específicas de los arts. 29 y 29 bis de la LCT:

- a) Los trabajadores intermediados de manera tal que son contratados para ser proporcionados a terceros se consideran empleados directos del usuario principal²⁵⁵.
- b) La solidaridad plena y amplia, laboral y de la seguridad social del contratante inmediato y de la empresa para la cual se presten servicios.

²⁵⁵ Ley de Contrato de Trabajo, art. 29: "Interposición y mediación-Solidaridad. Los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación. En tal supuesto, y cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto concierten, los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social. Los trabajadores contratados por empresas de servicios eventuales habilitadas por la autoridad competente para desempeñarse en los términos de los artículos 99 de la presente y 77 a 80 de la Ley Nacional de Empleo, serán considerados en relación de dependencia, con carácter permanente continuo o discontinuo, con dichas empresas".

c) Régimen de control y reglamentación especial de Empresas de Servicios Eventuales (ESE), sin perjuicio de la responsabilidad solidaria²⁵⁶.

De tal manera parecería, tal como se verá en el punto siguiente, que el problema de la intermediación de mano de obra se encuentra perseguido, controlado, acotado y en todo caso, desalentado por el sistema normativo. Una contratación con el fin de proporcionar al trabajador a otro sujeto y para prestar servicios para necesidades permanentes, no se encuentra permitido como contrato intermediado. Cae por imperio de la ley y se lleva a la relación de dependencia directa con el principal.

Esto no quiere decir que no se admita la constitución de empresas especiales dedicadas a la selección de personal, es decir, a receptor el pedido de empleados, efectuar la búsqueda, seleccionarlos según las especificaciones requeridas y proporcionarlos al usuario. En este caso, se trata de agencias de colocaciones privadas, al igual que las que cumple el estado con los servicios de empleo, las organizaciones no gubernamentales y los sindicatos, aunque perciben los honorarios por los servicios de escoger el personal apropiado a la demanda.

No se encuentra permitido mantener bajo relación de dependencia a ese personal mientras no exista causa de carácter eventual que justifique la contratación bajo una modalidad especial, distinta a la regla general de la indeterminación del plazo contractual (art. 90, 91 y conc. LCT).

Las ESE cuya habilitación está férreamente reglamentada según el tercer párrafo del art. 29, el art. 29 bis de la LCT y normas concordantes, pueden mantener bajo su relación de dependencia personal proporcionado o intermediado.

4.2. Reglamentación especial

4.2.1. Conceptos y limitaciones en trabajo eventual

El art. 99 de la LCT establece la moldura normativa sobre la que debe

²⁵⁶ Art. 29 bis LCT. “El empleador que ocupe trabajadores a través de una empresa de servicios eventuales habilitada por la autoridad competente, será solidariamente responsable con aquella por todas las obligaciones laborales y deberá retener de los pagos que efectúe a la empresa de servicios eventuales los aportes y contribuciones respectivos para los organismos de la Seguridad Social y depositarlos en término. El trabajador contratado a través de una empresa de servicios eventuales estará regido por la Convención Colectiva, será representado por el Sindicato y beneficiado por la Obra Social de la actividad o categoría en la que efectivamente preste servicios en la empresa usuaria”.

actuar la empresa intermediaria en caso de existir una vinculación de carácter eventual. Es el primer foco restrictivo de la contratación por tiempo determinado como excepción a la permanencia y estabilidad contractual está en los arts. 90 y 91 LCT y 27 de la Ley Nacional de Empleo Nro. 24.013 (LNE). Como reglas generales de las modalidades especiales de contratación que excepcionan el principio de estabilidad o permanencia laboral, el art. 90 LCT exige:

“a) Que se haya fijado en forma expresa y por escrito el tiempo de su duración”.

“b) Que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas, así lo justifiquen”.

La trasgresión a los requisitos formales (plazo cierto instrumentado de forma escrita) y sustanciales (causalidad especial), convierte al contrato de trabajo de modalidad especial, en uno normal, es decir, por tiempo indeterminado y con acarreo de la aplicación del conjunto de reglas de protección contra el despido arbitrario.

El mencionado art. 99 es el que regula la modalidad especial de contrato de trabajo eventual: “Cualquiera sea su denominación, se considerará que media contrato de trabajo eventual cuando la actividad del trabajador se ejerce bajo la dependencia de un empleador para la satisfacción de resultados concretos, tenidos en vista por éste, con relación a servicios extraordinarios determinados de antemano o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, toda vez que no pueda preverse un plazo cierto para la finalización del contrato. Se entenderá además que media tal tipo de relación cuando el vínculo comienza y termina con la realización de la obra, la ejecución del acto o la prestación del servicio para el que fue contratado el trabajador”. Se agrega a esta definición genérica el contrato de reemplazo o suplencia (art. 69 LNE).

La modalidad especial de contratación eventual está limitada no sólo causalmente, sino en otros tres puntos vitales: a) Utilización antisindical; b) Frente a las contingencias de crisis empresaria; y c) Uso excesivo o de larga duración.

En el primer aspecto, el art. 70 LNE indica: “Se prohíbe la contratación de trabajadores bajo esta modalidad para sustituir trabajadores que no prestaran servicios normalmente en virtud del ejercicio de medidas legítimas de acción sindical” (art. 70 LNE);

La segunda limitación articula dos órdenes normativos. La LCT (art. 217 a 224 y 247) y la LNE (art. 98 a 104) permiten al empleador repartir riesgos en caso de crisis productivas, previo cumplimiento de los requisitos sustanciales y procesales que justifiquen la aplicación de suspensiones y

despidos. Sin embargo, no podrán apelar a la modalidad del contrato eventual para salvar los baches productivo: “Las empresas que hayan producido suspensiones o despidos de trabajadores por falta o disminución de trabajo durante los seis (6) meses anteriores, no podrán ejercer esta modalidad para reemplazar al personal afectado por esas medidas” (art. 71 LNE).

Finalmente, las eventualidades ligadas a las exigencias extraordinarias del mercado previstas la definición del contrato de trabajo eventual, ostenta dos previsiones legales limitativas: “a) En el contrato se consignará con precisión y claridad la causa que lo justifique; b) La duración de la causa que diera origen a estos contratos no podrá exceder de seis (6) meses por año y hasta un máximo de un (1) año en un período de tres (3) años” (art. 72 LNE).

La trasgresión de estas reglas traerá como consecuencia, en el plano de las relaciones colectivas, posibles acciones por práctica desleal o mala fe en la negociación colectiva (art. 53 Ley 23.551; art. 4 Ley 23.546); en el orden administrativo, sanciones contravencionales (Anexo II, Ley 25.212, Régimen General de Sanciones de Infracciones laborales) y en la órbita individual, la consideración de los contratos de trabajo como transmutados en por tiempo indeterminados con la consecuencia indemnizatorias ordinarias y por irregularidad registral (art. 90 y conc. LCT, LNE y 25.323).

4.2.2. Empleadores habilitados

Solo pueden constituirse como intermediarias, las ESE constituidas “con objeto único”, las que “sólo podrán mediar en la contratación de trabajadores bajo la modalidad de trabajo eventual” (art. 77 LNE). Su actuación está rígidamente controlada por los arts. 29 y 29 bis LCT, los arts. 78 a 80 de la LNE, el Dec. 1694 de 2006 y la Resolución del Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social (MTESS) Nro. 1225 de 2007.

Por el art. 2 de la segunda norma se definen a estas empresas intermediarias: “Se considera Empresa de Servicios Eventuales a la entidad que, constituida como persona jurídica, tenga por objeto exclusivo poner a disposición de terceras personas -en adelante empresas usuarias- a personal industrial, administrativo, técnico, comercial o profesional, para cumplir, en forma temporaria, servicios extraordinarios determinados de antemano o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, toda vez que no pueda preverse un plazo

cierto para la finalización del contrato”.

La norma fusiona los conceptos de individualidad y excepcionalidad de la actuación empresaria en este tipo de contrataciones y destino específico del este nexo especial. Como puede apreciarse el concepto admite únicamente empresas de objeto exclusivo referido a la administración de contratos de trabajo eventual según la reglamentación del art. 99 LCT.

4.2.3. Relaciones laborales de las Empresas de Servicios Eventuales (ESE)

Las empresas de servicios eventuales pueden sostener dos clases de relaciones laborales (art. 4 Dec. 1694/06): a) El personal interno que mantienen un “contrato de trabajo permanente continuo”; y b) El personal destinado a prestar servicios eventuales para las empresas usuarias con “un contrato de trabajo permanente discontinuo”.

En el segundo supuesto, la prestación laboral no podrá ser suspendida por más de 45 días corridos o los 90 días alternados en un año aniversario. Se cuida el principio de igualdad laboral ya que conforme el art. 29 bis de la LCT y los arts. 5 y 6 de la reglamentación, el trabajador debe ser incluido en el convenio o estatuto y remuneraciones que corresponda a la empresa usuaria de destino. Puede no obstante, introducirse un *jus variandi* empresario en cuanto al régimen y el horario laboral debido a la naturaleza mutable y ocasional de las prestaciones laborales.

Dice la norma reglamentaria: “El nuevo destino de trabajo que otorgue la empresa de servicios eventuales podrá comprender otra actividad o convenio colectivo sin menoscabo de los derechos correspondientes del trabajador” (art. 5). La interpretación de ese detrimento, no resulta materia fácil. Si varía el CCT varía el nivel de protección o de derechos y condiciones laborales.

El trabajador eventual puede ser destinado, por ejemplo, a una suplencia en la actividad metalúrgica y, una vez concluida, a la actividad de la construcción. En ese caso, se le aplicarán dos CCT sucesivos y con desniveles en las condiciones laborales. Los desniveles de ingresos y beneficios pueden llegar a significar un “menoscabo” de carácter objetivo con afectación de derechos individuales y la necesaria intangibilidad salarial. Si en cualquier trabajador una reducción salarial puede significar un autodespido o la acción de reinstalación por variación de condiciones esenciales del contrato de trabajo (art. 66 LCT), la situación de eventual es más débil en ese punto. De cualquier forma, si la disminución de derechos se topa con una trayectoria laboral fijada en determinadas condiciones,

seguramente podrán ejercer las acciones defensivas de tales mejores condiciones.

Se detallan en el reglamento las posibilidades de variaciones en condiciones de trabajo:

a) Se puede modificar el horario pero “el trabajador no estará obligado a aceptar un trabajo nocturno o insalubre, o a tiempo total o parcial cuando no lo haya aceptado anteriormente”;

b) El lugar de prestación de tareas deberá estar comprendido dentro de un radio de 30 kilómetros del domicilio del trabajador.

La continuidad está garantizada por la obligación del empleador de notificar fehacientemente el nuevo destino y la posibilidad de que el trabajador se considere despedido si no se le otorgan tareas una vez transcurrido el plazo máximo de suspensión o receso laboral, previa intimación en forma fehaciente por un plazo de 24 horas.

4.2.4. Codificación de las eventualidades

Se ha introducido una especie de codificación de las causas de contratación de personal por las empresas habilitadas (art. 6 Dec. 1.694/06), las que deben ser apreciadas con criterios de proporcionalidad y justificación respecto del personal total de la empresa usuaria (art. 7°):

“a) Ante la ausencia de un trabajador permanente, durante ese período”.

“b) En caso de licencias o suspensiones legales o convencionales, durante el período en que se extiendan, excepto cuando la suspensión sea producto de una huelga o por fuerza mayor, falta o disminución de trabajo”.

“c) Cuando se tratase de un incremento en la actividad de la empresa usuaria que requiera, en forma ocasional y extraordinaria, un mayor número de trabajadores”.

“d) Cuando deba organizar o participar en congresos, conferencias, ferias, exposiciones o programaciones”.

“e) Cuando se requiera la ejecución inaplazable de un trabajo para prevenir accidentes, por medidas de seguridad urgentes o para reparar equipos del establecimiento, instalaciones o edificios que hagan peligrar a los trabajadores o a terceros, siempre que las tareas no puedan ser realizadas por personal regular de la empresa usuaria”.

“f) En general, cuando por necesidades extraordinarias o transitorias deban cumplirse tareas ajenas al giro normal y habitual de la empresa usuaria”.

Es claro que fuera de esta media docena de posibilidades, la aplicación del

régimen de trabajador eventual a otras actividades o en otras circunstancias, lleva a que titular directo y solidario del nexo de trabajo sean responsables por la conversión del contrato de trabajo en por tiempo indeterminado. Al mismo tiempo, el trabajador o la entidad sindical representativa pueden accionar reclamando la correcta registración y eventualmente, la aplicación de la normativa persecutoria de la irregularidad registral (arts. 7 a 17 LNE y art. 1 Ley 25.323).

La empresa usuaria y la de servicios eventuales también podrán ser sancionadas administrativamente (arts. 20 y 25 del Dec. 1694/06).

4.2.5. Actividades especiales

El Dec. 1694/06 prevé la situación especial de los trabajadores de los llamados “eventos temporarios de las actividades de publicidad y promoción” cuyo crecimiento en los últimos años es obvio y que permanece en gran parte en la irregularidad.

En su art. 8 se indica: “Cuando el empleador requiera de trabajadores para destinarlos a prestar servicios en eventos temporarios de exhibición, promoción o venta de sus productos, ya sea en ferias, congresos, conferencias, exposiciones o programaciones, deberá optar por: a) contratarlos y registrarlos como trabajadores propios con las modalidades permitidas en la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificaciones; o b) contratar sus servicios a través de una empresa de servicios eventuales, adecuando esta contratación a las normas que regula esta última actividad; o c) subcontratar el evento a terceras empresas, cuya actividad sea de publicidad y promoción”²⁵⁷.

Esta prescripción excede la reglamentación referida estrictamente a empresas de servicios eventuales e incluye programación de las posibilidades de los empleadores frente a esta especial forma de trabajo ocasional. Se introduce aquí la alternativa de procurar la contratación con empresas del ramo de la publicidad y promoción, no aclarándose si en este caso, las vinculaciones tienen carácter de permanentes o eventuales. En todo caso, se genera la responsabilidad solidaria de comitente y proveedor

²⁵⁷ Agrega la norma: “En este caso la contratante deberá, además de cumplir con los recaudos del artículo, 30 segundo párrafo, de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976), retener las contribuciones con destino a la Seguridad Social que deban efectuarse por los trabajadores destinados a la promoción, exhibición y venta de sus productos, conforme a la normativa que a tal efecto dicte la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.), entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía y Producción”.

de trabajadores según el art. 30 de la LCT.

4.2.6. Controles y sanciones

Las reglamentaciones del Dec. 1294/06 (arts. 11 a 25) y la Res. 1225/07 del MTESS contienen un meticuloso sistema de control de funcionamiento de las ESE en los aspectos constitutivos, documentales, registrales, informativos y sancionatorios.

Es interesante resaltar que, según el art. 12 del primer reglamento, se implanta un doble sistema de ingreso de aportes y contribuciones. Las empresas usuarias se constituyen en “agentes de retención de las obligaciones derivadas de los regímenes de la Seguridad Social”, lo que implica que, al liquidar los costos del servicio, se hacen responsables del ingreso de aquellos fondos. Las ESE son obligadas ante los sindicatos por “cuotas sindicales, los aportes empresariales y las retenciones a los trabajadores que resulten del convenio colectivo de trabajo aplicable a la actividad de la empresa usuaria”.

Esta duplicidad de actuación parece asegurar la imposibilidad de que en definitiva se perjudique a los trabajadores en el sensible aspecto de la antigüedad previsional y, a la vez, procura un mayor control sobre el cumplimiento de las obligaciones solidarias. Esta responsabilidad puede alcanzar no sólo a las indemnizaciones por despido, sino también a la sanción del art. 2 de la Ley 25.323 referida al agravamiento por omisión de su pago y a la sanción conminatoria del art. 132 bis de la LCT cuando se ha omitido el ingreso de aportes previsionales del trabajador (Corte Suprema de Mendoza, “Michiels, Oscar c/Impel SRL y ot.”, 27/3/07).

5. Interposición y solidaridad

5.1. Los vastos alcances de la interposición

La intermediación o interposición del sujeto empleador puede resultar de manera ampliada a través de diversidad de supuestos tratados básicamente a través del instituto de la solidaridad laboral. La cuestión está ligada al fenómeno definido de manera corriente como descentralización y deslocalización productivas y que tiene una gran variedad de manifestaciones prácticas y jurídicas.

Según los relevamientos y estudios de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en el informe nacional

presentado ante el XVIII Congreso Mundial de la Derecho del Trabajo (Paris 2006) y el Grupo de Análisis Críticos dirigido por Ricardo A. Guibourg en Análisis de Criterios de decisión Jurisprudencia, Art. 30 LCT (UBA, Buenos Aires, 2003), hay un espectro difícilmente aprehensible de actividades.

El primer trabajo indica que son especialmente proclives a esas estructuras los sectores de telefonía y comunicaciones; industria automotriz; suministro de electricidad; atención de la salud en sanatorios y hospitales; obras sociales; bancos; empresas de transporte público de pasajeros (buses, trenes, aviones, buques); entidades deportivas; asociaciones civiles; hotelería; televisión por cable; empresas petroleras; barrios cerrados o countries y estaciones de servicio. Agrega que debe prestarse especial atención a las tareas delegadas como el zanjeo, colocación de caños, y tendido de cables (empresas de telefonía, y empresas que prestan servicio de internet); el tendido de cables es contratado también por las empresas de televisión por cable; el servicio telefónico para atención de clientes que incluye reclamos, pagos de facturas, consultas, etc. (empresas de servicios en general); impresión y distribución de guías telefónicas (empresas de telefonía); venta telefónica de pasajes (empresas de transporte aéreo); limpieza (es generalizada la contratación del servicio de limpieza, sin que se destaque ningún sector específico); vigilancia y seguridad; provisión de autopartes y ensamble de las mismas (industria automotriz); colocación y mantenimiento de medidores (empresas de electricidad, gas y agua); facturación (muchas empresas delegan en terceros su facturación sin que se destaque ningún sector en particular); servicios de informática (bancos, sanatorios, estudios de profesionales, etc.); servicio de comedor; tareas de mantenimiento, etc.

El segundo estudio en cambio, efectuó una división en casos relacionados con la estiba, el transporte y la distribución con siete hipótesis posibles; servicio de gastronomía; limpieza; Producción, promoción y venta; servicios varios; vigilancia, y cesiones (dos hipótesis) y de desempeño múltiple. En total se estudiaron sesenta y ocho casos de solidaridad laboral derivadas de la intermediación.

5.2. Cesión, contratación y subcontratación

5.2.1. Círculos de responsabilidad solidaria

La legislación referente a la cesión (total o parcial), contratación, subcontratación y delegación de establecimientos establecida en los arts.

30²⁵⁸ y 136 LCT establece dos círculos de responsabilidad entre el empleador principal y el interpuesto, delimitados por la “actividad normal y específica propia del establecimiento” (“A.N.E.P.E.”), según la expresión legal.

La esfera más observada normativamente y en la que se presume la solidaridad, es la que involucra esa ANEPE ya que el cedente o contratante principal está obligado al control de los contratistas o subcontratistas respecto del cumplimiento de las normas relativas al trabajo y la seguridad social, tanto de modo genérico como mediante pautas especiales de la norma. Según esta disposición, la omisión de control documental de la principal sobre empresa delegada, hace surgir su responsabilidad solidaria de forma automática (art. 30 LCT).

La responsabilidad del principal se extiende a la obligación de retención de remuneraciones y otros créditos laborales de los montos percibidos por los intermediarios, en caso de ser exigido por el trabajador y la posibilidad practicar iguales retenciones de obligaciones de la seguridad social (art. 136 LCT).

De otro lado, las actividades delegadas que no conciernen a la ANEPE están en principio exentas de generar responsabilidades solidarias, salvo que se verifique fraude o incumplimiento laboral por parte del empleador directo delegado. La multiplicidad de lecturas de lo que debe entenderse por ANEPE y la laxitud normativa ha sido puesta en cuestión por la

²⁵⁸ “Art. 30. Subcontratación y delegación. Solidaridad. Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social. Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo. Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa. El incumplimiento de alguno de los requisitos harán responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social. Las disposiciones insertas en este artículo resultan aplicables al régimen de solidaridad específico previsto en el artículo 32 de la Ley 22.250”.

jurisprudencia, reticente para admitir la degradación de la responsabilidad de los empleadores dirigen, organizan y se benefician con la actividad laboral.

Se discute en concreto si todo se agota en la actividad de control o vigilancia del principal o se trata en definitiva de una responsabilidad plena de resultado hacia la efectiva protección de los créditos laborales de los trabajadores intermediados.

El incremento de las hipótesis de descentralización, fragmentación y delegación productiva ha excitado la actividad jurisdiccional de tal forma que se generó, especialmente a partir de la década del noventa una profusa doctrina acerca de esos círculos de responsabilidad.

5.2.2. Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de Argentina

En el contexto de transformaciones económicas estructurales dentro de la economía regional, debate sobre la fragmentación productiva ocupó arduamente a la doctrina y jurisprudencia nacional de la década del noventa. No obstante, la coherencia de los pronunciamientos producidos en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los tribunales inferiores mantuvieron diversidad de criterios, frente a un espectro de posibilidades de aplicación normativa igualmente diversa.

En “Rodríguez, Juan c/ Cía. Embotelladora Argentina SA” (15/4/93), la CSJN desestimó la responsabilidad solidaria de una empresa de bebidas gaseosas con respecto a sus distribuidoras. Sostuvo que para que nazca la responsabilidad del art. 30 LCT es necesaria la existencia de una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista, de acuerdo a la implícita remisión que hace la norma en cuestión al art. 6° del mismo ordenamiento laboral. Fue llamativo en el fallo, la apelación al balance de economía y derecho en la aceptación de la solución dada al caso. En el caso se dio prioridad al concepto de libertad económica y libre circulación de las mercancías.

Por la misma época y con igual integración de sus miembros, el alto tribunal sostuvo en (CSJN “Luna, Antonio c/ Agencia Marítima Rigel SA y otros” (2/7/93): “(...) las directivas del art. 30 LCT no implican que todo empresario deba responder por las relaciones laborales que tengan todos aquellos otros empresarios con quienes establece contratos que atañen a la cadena de comercialización o producción de bienes o servicios que elabore. El sentido de la norma es que las empresas que, teniendo una actividad propia, normal y específica y estimando conveniente o

pertinente no realizarla por sí, en todo o en parte, no puedan desligarse de sus obligaciones laborales, mas sin que corresponda ampliar las previsiones de tal regla (...)"

En la misma dirección se pronunció el alto cuerpo en las causas "Aguirre, Jorge A. y otros c/ Agencia Marítima Rigel S.A. y otros" (2/7/93); "Gauna, Tolentino y otros c/Agencia Marítima Rigel S.A. y otros" (14/3/95); "Sandoval, Daniel O. y otro c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otros" (18/7/95) y "Vuoto, Vicente y otro c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otros" (25/6/96).

En "Rojas, Faustino c/ Cía. Embotelladora Argentina SA s/ despido" (13/8/98), la CSJN se pronunció por la inexistencia de solidaridad laboral y consecuente eximición de responsabilidad por las relaciones laborales anteriores por parte adquirente de la explotación de un establecimiento en el marco de un concurso.

A finales del siglo pasado, la CSJN desestimó la solidaridad contractual en el caso de la tradicional entidad representativa de los productores agropecuarios, la Sociedad Rural. Precisamente, indicó que al ser ese su carácter es ajena a la prestación de servicios gastronómicos a cargo de una concesionarias co demandada. En "Escudero, Segundo y otros c/ Nuave A SA y otro" (14/9/00) sostuvo que esa evidencia desautoriza la consideración del carácter de "actividad normal y específica propia del establecimiento (...)", en el marco de una "(...) unidad técnica de ejecución (...)" entre una empresa y su contratista (arts. 6 y 30 de la LCT). Asimismo, la actividad gastronómica coadyuvante se dirigió a brindar "una estada gratificante" en el predio de la entidad rural, no es fundamental para su actividad.

En igual sentido, se pronunció en "Fernández c/Buenos Aires Magic" de 2002, donde entendió que el despliegue por la contratista de una actividad coadyuvante o de colaboración con la actividad principal (en este caso de los vendedores de bebidas en estado del Club deportivo Boca Juniors de Buenos Aires), no es suficiente como establecer la solidaridad prevista en el art. 30 LCT.

Con posteridad, la CSJN se abstuvo de pronunciarse explícitamente, a pesar de que ha venido revisando -en algunos casos por mayoría- el conjunto de criterios laborales de la anterior línea jurisprudencial expuesta en los fallos de referencia. Sin embargo en "Páez, Augusto y otro c/ Sindicato del Seguro de la República Argentina y otros" (18/10/06) se advirtió un cambio de dirección jurisprudencial al desestimar un recurso interpuesto por la demandada, pretendiendo la revocación de una sentencia dictada por el TSJ de Córdoba en la que se había condenado solidariamente a un sindicato y una obra social en forma conjunta con el

concesionario del hotel de su propiedad.

En “Ajís de Caamaño. María Rosa y otros c/Lubeko SRL y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA” del 26/2/08, la CS denegó por mayoría el recurso extraordinario interpuesto por la co-demandada contratante de servicios de limpieza en contra del pronunciamiento que la condenó solidariamente. De tal manera, dejó en firme tal condena. Se trataba de la responsabilidad de YPF por las tareas contratadas con Lubeko SRL consistentes en “servicios de limpieza, atención de edificios, oficinas, pabellones, locales en campamentos, zona central, servicios de parques y jardines en la sub administración Chubut”.

Sin embargo, en “Benítez, Horacio Osvaldo c/ Plataforma Cero SA y otros”, 22/12/09, la CSJN revocó un fallo que había aplicado la doctrina “Rodríguez” asumiendo la siguiente posición: “(...) en suma, cabe entender configurada la “inconveniencia” de mantener la *ratio decidendi* de “Rodríguez, Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro” (Fallos: 316:713) para habilitar esta instancia y para asentar la exégesis de normas de derecho no federal, en el caso, el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo (doctrina de Fallos: 183:409, 413)”.

Fallo de C.S.J.N. “Gómez, Claudia Patricia c/ Saden S.A. y otro s/ despido”, 30/12/14 La Corte, por mayoría, revocó la sentencia de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que resolvió que, en virtud de lo previsto por el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), la Obra Social OSSEG era solidariamente responsable del pago de los créditos laborales adeudados a la actora por su ex empleadora SADEN S.A., empresa que la obra social había contratado para que prestara servicios de atención odontológica a sus afiliados.

En primer lugar aclaró que aunque los argumentos del recurso extraordinario remiten al examen de temas de índole fáctica y de derecho común que, como regla, no son susceptibles de revisión por la vía prevista en el art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a tal premisa cuando, como acontece en este caso, la sentencia apelada se apoya en meras consideraciones dogmáticas sin dar un tratamiento adecuado a las cuestiones planteadas.

En cuanto al fondo, destacó que la aplicación de los recursos económicos de las obras sociales de garantizar la prestación de servicios de asistencia médica es una condición indispensable para que éstas puedan cumplir adecuadamente con su función de agentes naturales de una sistema de seguro cuyo objetivo fundamental es proveer el otorgamiento de prestaciones tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad posible, lo cual se ve afectado si decisiones judiciales arbitrarias como la apelada, le

atribuyen responsabilidad solidaria por obligaciones laborales ajenas, como es –en el caso- la prestación de los servicios odontológicos contratados a cargo de SADEN S.A., no compartiendo el criterio de la Cámara que afirmó que la prestación de servicios odontológicos era una actividad propia de la obra social recurrente delegada a la codemandada y que por ello se verificaban los supuestos fácticos que dan lugar a la responsabilidad solidaria del art. 30 de la LCT.

Finalmente, por su trascendencia, es oportuno recordar que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Argentina²⁵⁹, declaró la solidaridad laboral de Wal Mart Argentina S.R.L. respecto del pleito planteado por el empleado de una cerrajería y compostura de calzado que se desarrollaba en el local emplazado en el interior de aquel mega establecimiento comercial²⁶⁰.

6. Intermediación por grupo económico

Ya se alertó sobre la cláusula antifraude general del art. 14 de la LCT que pone en observación las normas contractuales no laborales, la interposición de personas o la utilización de cualquier medio para la elusión de las reglas protectorias laborales. Sin embargo la complejidad de

²⁵⁹ Posee jurisdicción sobre un 40 % de la población del país.

²⁶⁰ SCJBA, “Ballerena, Enrique Eberardo contra Pascual, Graciela Mónica y otro/a. Despido”, 10/12/14. Voto del ministro Juan Carlos Hitters: “En ese sentido, interpretando el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo ha declarado esta Corte que, en tanto “la primera hipótesis legal contemplada en la normativa de aplicación, responsabiliza a quien cede total o parcialmente el establecimiento habilitado a su nombre”, es solidariamente responsable de los créditos laborales adeudados por la codemandada a sus dependientes, “la empresa que cedió parcialmente a esta última la explotación del establecimiento habilitado a su nombre a través del cual la firma cedente perseguía la concreción de su objeto social, conservando la titularidad del establecimiento” (art. 30, primera parte, L.C.T; conf. causa L. 35.280, “Patiño Martínez”, sent. del 23-IV-1986, publicada en “Acuerdos y Sentencias”, T° 1986-III, pág. 287). En tal supuesto -ha precisado este superior Tribunal-, el empresario principal cede a otro su establecimiento a través del cual procura la concreción de sus fines pero reservándose la titularidad, de modo tal que no se produce desprendimiento patrimonial (conf. causas L. 46.372, “Medina”, sent. del 5-III-1991; L. 41.495, “Saulino”, sent. del 29-V-1990; L. 42.689, “Delucchi”, sent. del 22-VIII-1989; L. 35.562, “Abiatti”, sent. del 22-III-1988). En suma, y con arreglo a los lineamientos que emanan de la doctrina legal de esta Corte, estimo que en situaciones fácticas como las que se verificaron en el presente caso -hipermercado que delega a un tercero la explotación de uno de los locales ubicada dentro de sus instalaciones- se configura la cesión parcial de establecimiento regulada en la primera parte del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo”. Ver texto art. 30 LCT en <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>

las relaciones económicas, comerciales y financieras ha generado un enmarañado sistema de conexión, muchas veces fuera del alcance de los operadores jurídicos laborales. La vieja unidad productiva dirigida por una persona, un grupo de personas o una sociedad, parece haberse convertido en algunos casos en vagas redes o cadenas de sociedades, muchas facilitadas por la laxitud de la legislación societaria.

La ley de Sociedades Nro. 19.550 prevé el régimen específico en los arts. 31 a 34, indicando limitaciones para las participaciones societarias, las participaciones recíprocas, el control y vinculación societaria y las especialidades de los socios aparentes, ocultos y socios de socios. La dirección normativa se orienta hacia separación o independencia societaria frente a los terceros. Pero a la vez, los principios de libertad asociacional y de comercio, sumados a los nuevos entramados económicos en los ámbitos transnacionales y nacionales y las propias previsiones legales societarias y fiscales, admiten los sistemas de interrelación empresarios.

La posible sustracción de responsabilidades o de la descapitalización de las empresas que se convierten en primer empleador del trabajador, ocultando una intermediación destinada a velar la presencia de una empresa o empleador real no expuesto, alertan a los controles legales. Sin embargo, el bisturí normativo no llegaría sino a introducirse en caso de anomalías societarias.

El tratamiento laboral, corre por cuenta del art. 31 LCT: “Siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, serán a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria”.

La norma parece exigir dos requisitos, aparte del mero control o relación societarios: la conformación de un conjunto económico de carácter permanente y la existencia de maniobras fraudulentas y conducción temeraria que, naturalmente, produzcan perjuicios laborales o de la seguridad social. Se ha dicho que aquel control debe significar un dominio y una relación jerárquica permanente, un concepto respaldado por una amplia doctrinaria y jurisprudencia²⁶¹.

Sin embargo, el concepto debe tomarse con flexibilidad y atendiendo a la realidad de cada situación concreta. Las cuantificaciones de permanencia y

²⁶¹ Una reseña puede verse en *Informe nacional argentino ante el Congreso Mundial de Derecho del Trabajo*, Parías, 2006, producido por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo.

dominio pueden adquirir carácter relativo. Por ejemplo, las vinculaciones de control episódicas son idóneas para incidir total o parcialmente en el perjuicio laboral; el dominio o control puede ser parcial y sin embargo producir el mencionado perjuicio laboral. La complejidad de las relaciones sociales lleva a que no siempre se entiendan claramente determinadas decisiones adoptadas por grupos. Menos aún por parte del trabajador que queda sin puesto cuando la empresa controlada, empleadora y que cumple un rol intermediario se encuentra vaciada y no hay posibilidades de encontrar nexos permanentes y de control que satisfagan su crédito de manera solidaria.

En todo caso, como se dijo, hay que apelar a los principios de protección y primacía de la realidad laboral y a los conceptos básicos de empleador real y de fraude laboral (arts. 14 bis CN, arts. 5, 6, 14, 26, 29 y conc. LCT), para encontrar en el tejido intersocietario el hilo de responsabilidad solidaria que lleva al real empleador.

7. La solidaridad en las franquicias

¿El contrato entre franquiciante u otorgante de una marca o denominación comercial, derechos de industrialización, promoción, comercialización y distribución y métodos operativos o asistencia productiva, por un lado, y el franquiciado o tomador de esos derechos, implica una forma de intermediación respecto de los trabajadores del último contratante respecto del primero generando responsabilidad solidaria?

La creciente y sofisticada relación contractual que se implanta entre ambas puntas de la relación llega a identificarlas. Ambos ostentan iguales productos o servicios; se mimetizan locales, vestimenta de personal, procedimientos de comercialización o fabricación, etc.

No existe una reglamentación específica laboral de un fenómeno de reciente data. Parecería que la línea divisoria para la aplicación de los arts. 30 y 31 LCT en términos de solidaridad contractual, pasa por distinguir una simple vinculación comercial y una relación asociativa, de control o de unidad técnica económica y comercial.

Si el franquiciado actúa como unidad empresarial autónoma, con inversiones, establecimiento, dirige su explotación, asume controles directo, riesgos y se atribuye ganancias, el sistema de coordinación que lo une al titular de la marca no debería implicar necesariamente una mera intermediación. En todo caso, el franquiciante impone condiciones que no son esenciales al giro de la explotación sino una asistencia y coordinación

técnica y organizativa impuesta a cambio de la conservación de la explotación de la marca. En este caso, la solidaridad opera por vía de los arts. 30 o 31 LCT.

Por el contrario, si la relación es condicionante esencial de la actividad del franquiciado, no posee capital propio, autonomía en su capitalización y funcionalidad, organización y conformación societaria, es decir, se trata de una extensión o dependencia del negocio principal, la situación cambia y no hay dudas de que se deben aplicar cuanto menos, las previsiones de las empresas controladas (art. 31 LCT), sin perjuicio del tratamiento de empleador directo (arts. 5, 6, 14 y 29 LCT) o solidario (art. 30 LCT). Ese fue el resultado por ejemplo de “Pereyra Liliana María del Milagro c/ Arista, Marcelo Daniel y otro” (21/9/05) de la Sala VII de la CNAT²⁶².

Queda igualmente en pie la imputación de solidaridad en caso de franquicias convertidas en simples recursos fraudulentos en que la solidaridad opera francamente según el art. 30 LCT, tal como se resolvió la Sala III de la CNAT en “Fernández, Mirta L. C/Aquino, Marciana y ot.” (28/02/07).

El Código Civil y Comercial (vigente desde el 1/8/15), introdujo una reglamentación específica sobre el tema: “Responsabilidad. Las partes del contrato son independientes, y no existen relación laboral entre ellas. En consecuencia: a) el franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado, excepto disposición legal expresa en contrario; b) los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral (...)” (art. 1520).

Los principios y criterio del Derecho del Trabajo con su orden especial,

²⁶² “Con denodado esfuerzo, la franquiciante intenta oponer el contrato de franquicia como un elemento defensivo determinante que, a su modo de ver, permitiría apartarse del principio general en materia de solidaridad regido por el art. 30 de la L.C.T. En el caso de autos- no se trata de un empresario que “suministra a otro un producto determinado, desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución (...)” (como sostuvo nuestra Corte Suprema en el mentado fallo “Rodríguez...” Fallos 316:713) sino que la venta por terceros de los productos que ella elabora (y de los que se reserva también la posibilidad de “comercializar y distribuir”) hace a su actividad propia y específica y al cumplimiento de ese objeto social para el cual fue creada Franquicias Argentinas SA: está entonces a la vista que ésta no se limita pura y exclusivamente a la fabricación de productos alimenticios sino que se concreta y nutre esencialmente con la comercialización de los mismos, sin los cuales -hasta parece obvio- no tendría ningún sentido producirlos (cfme. arg. art. 30 de la L.C.T.)”; “Admitir lo contrario implicaría aceptar que un fraccionamiento artificial del ciclo comercial le permitiría a la apelante desentenderse de obligaciones que la legislación laboral y previsional ponían a su cargo (v. de esta Sala, en: “Escalante, Patricia Susana c/ Grupo Meffur S.A. y otro s/ Despido”; S.D. 37.545 del 19.05.04)”.

colisionarán con esta disposición del derecho civil. Por lo pronto, se advierte una clara incursión del derecho común en el derecho particular que será seguramente resistida. Se viene una larga batalla de dos órdenes jurídicos.

8. Transferencias de empresas y de personal

Con especial incidencia en el rubro comercio y gran cantidad de controversias, la transferencia del contrato de trabajo, genera a su vez, posibilidades de intermediación y solidaridad laboral. Así lo prevén los arts. 225 a 229 de la LCT. Conforme estas reglas, la transferencia del establecimiento o del personal solamente, abren la responsabilidad solidaria amplia de cedente y cesionario.

Debe apartarse de la hipótesis legal la transferencia de determinados elementos aislados que no conforman el fondo de comercio o el simple realquiler del inmueble donde funciona el establecimiento. Los alquileres sucesivos de establecimientos no generan transferencia del contrato si se trata del inmueble sin aditamentos importantes, salvo que tenga un fin e instalaciones específicas que hagan al giro empresario (estaciones de servicios, salas de espectáculos, gastronomía, etc.). En estos casos, el acto secuencial de la transferencia y la continuidad suele ser un elemento dirimente para arrastrar la continuidad del contrato de trabajo.

Es de destacar que se considera transferido el vínculo laboral con criterio de amplitud ya que el art. 225 comprende cesiones totales o parciales de unidades productivas sin importar el título o tracto realizado entre las partes. En esta definición ingresan la venta, el comodato, el alquiler, el usufructo, fusión, escisión, etc. (arts. 225, 227 y 228). Se incluyen todas las propiedades del contrato de trabajo, incluyendo la antigüedad, principal motivo de conflicto en estos casos por su incidencia en un posible posterior despido del trabajador transferido. En ello se incluyen los mejores beneficios derivados del contrato individual de trabajo, los estatutos profesionales, los acuerdos de empresa o la CCT aplicada hasta la transferencia.

Así surge del art. 225 LCT: “En caso de transferencia por cualquier título del establecimiento, pasarán al sucesor o adquirente todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo que el transmitente tuviera con el trabajador al tiempo de la transferencia, aun aquéllas que se originen con motivo de la misma. El contrato de trabajo, en tales casos, continuará con el sucesor o adquirente, y el trabajador conservará la antigüedad adquirida con el transmitente y los derechos que de ella se deriven”.

La asegurada por la amplia solidaridad del art. 228 LCT destinada a reglar los casos de transferencia de personal. La norma refiere a una solidaridad amplia centrada en las obligaciones “existentes a la época de la transmisión” y que afectaren al trabajador, aun en caso de transmisión temporal. Tan es así que el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en “Baglieri Osvaldo D. c/ Nemecc Francisco y Cía. SRL y otro” (18/8/97) precisó: “El adquirente de un establecimiento en las condiciones previstas en el art. 228 de la Ley de Contrato de Trabajo es responsable por las obligaciones del transmitente derivadas de relaciones laborales extinguidas con anterioridad a la transmisión”.

En caso de que la transferencia implicara un ejercicio abusivo del *jus variandi* del empleador el trabajador podrá intentar la acción de reinstalación o bien considerarse en situación de despido indirecto (arts. 66 y 226 LCT). En principio, el empleador puede disponer la transferencia porque estaría dentro de las facultades organizativas y directivas y aparece avalado por los arts. 64, 65, 66 y 225 LCT. Empero si la cesión es irrazonable, incide en las condiciones esenciales del contrato de trabajo, provoca perjuicio material o moral (art. 66 LCT), se alteran las funciones, cargo o empleo o una disminución patrimonial del empleador (arts. 68 y 226 LCT), el trabajador puede intentar la acción sumaria de reinstalación con cese provisorio de la disposición del empleador o el despido indirecto (art. 66 y 226 LCT).

Es de señalar que los agravios que la transferencia pueden producir al trabajador son parte también de un ejercicio directivo y organizativo del empleador original y esta conducta aparece reglamentada por el capítulo VII de la LCT referido a los derechos y obligaciones de las partes y no únicamente por las disposiciones especiales de la transferencia del contrato de trabajo.

Finalmente, la situación de cesión de personal acumula la necesidad de que el trabajador preste un consentimiento expreso y la solidaridad amplia por el nexo laboral cedido (art. 229).

9. Interposición sospechosa o fraudulenta

En “Gil Combes, Eduardo Ignacio y otro c/ Atento Argentina S.A. y otros s/ despido” y “Vallejos, Rosana Lía c/ Atento Argentina S.A. y otros s/ ordinario – despido”, del 12/4/16, la Corte Suprema de Justicia anuló sendos fallos que habían denegado la responsabilidad solidaria en caso de cesión de actividades propias y específicas y la aplicación del Convenio Colectivo de Trabajo que rige las empresas telefónicas

concesionarias del servicio. En estos casos, a diferencia de muchos otros en que el máximo tribunal evitó ingresar en el fondo del asunto, metió mano, sintética pero firmemente a una idea central en el Derecho del Trabajo: el fraude laboral.

En los casos “Gil Combes” y “Vallejos” de 2016 de la CS, se analizó la responsabilidad solidaria de Telecom SA con respecto al centro de atención a clientes Atento Argentina SA, pero como derivación, el encuadramiento convencional y sus consecuentes consecuencias en diferencias de haberes. Recuértese que al producirse la privatización de los servicios telefónicos que prestaba monopólicamente la ex ENTEL y previo a suspender el convenio vigente, todo esto a comienzos de la década de los noventa, se suscribió el CCT 201/92 con empresas que se hicieron cargo de aquel servicio, Telefónica de Argentina S.A.; Telecom Argentina Stet France, Telecom S.A.; Startel S.A. y Telintar S.A. (art. 1).

En el caso “Vallejos” resuelto primariamente por la Sala VI de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba y confirmado por el Tribunal Superior de Justicia de esta provincia, se había establecido que la actora trabajaba exclusivamente para atender clientes de la empresa Telefónica Móviles Argentina S.A. incluida en el CCT 201/92 e inclusive admitiendo “la hipótesis que se tratara de una actividad normal y específica propia de esta última empresa”. Sin embargo, se descartó la aplicación del convenio telefónico y se encuadró el caso en convenio de empleados de comercio, sector contactos para terceros con remuneraciones inferiores, sobre la base de los principios de proximidad y especialidad convencional. Es decir, se prefirió desestimar la solidaridad de Telefónica Móviles Argentina SA y la aplicación del convenio telefónico a esta empresa en virtud de la contratación de la actividad cedida por parte de Atento Argentina S.A. y Córdoba Gestiones y Contactos S.A.

Terció en el tema la CSJ de Mendoza en “Escudero, Paola Flavia Vanesa vs. Stratton Argentina S.A. y otros s. Despido -Recurso de casación”, 19/8/14²⁶³, en que se debatió también la aplicación del CCT 201/92 frente al convenio 130/75 de empleados de comercio de una trabajadora que realizaba tareas de Telefónica de Argentina SA. El voto central del fallo se plantea “si es suficiente la respuesta que da la LCT, en término de exclusiva solidaridad, cuando a través de la intermediación se termina infrasalariando y desprotegiendo al trabajador por el encuadre legal y

²⁶³ La misma empresa también radicada en Córdoba recibió fallos favorables, por ejemplo, de la Sala X de la Cámara del Trabajo de Córdoba. en “Vicente Facundo D. C/Stratton Argentina SA” del 17/8/12 sobre la base, entre otros fundamentos, la línea jurisprudencial del TSJ restrictiva de la aplicación del CCT 201/92 de telefónicos a los call centers que sirven a empresa telefónica (caso “Schuerer”).

convencional que se realiza en función de la actividad principal de su empleador cuando ésta no coincide con la actividad realmente cumplida a favor de la empresa contratante principal”.

Aparte de la norma específica que veda la provisión de mano de obra por medio de la tercerización de los trabajos y servicios propios de la actividad (art. 4, 108, 110 del CCT 201/92), se agregó que la actividad puede ser cumplida por Telefónica con sus medios propios y la intermediación operada se tornó en una descentralización de su propio servicio por razones de mera política de conveniencia empresaria (ya que no se ha invocado o demostrado ningún otro motivo justificado). Se agregó: “No se ha acreditado que la subcontratación estuviera justificada por tratarse de la realización de una obra o la prestación de un servicio que por tratarse de una tarea extraña a su giro comercial o que por su complejidad -en razón de las modernas tecnologías exigen un mayor grado de especialización. En consecuencia, al producirse la intermediación o tercerización el tema se deriva a si se justifica el encuadre legal del trabajador en el estatuto especial y convenio colectivo que rige la actividad de la empresa empleadora cuando la misma, en la práctica, no se corresponde con ella”²⁶⁴.

Mientras tanto, en el fuero de Córdoba, la cuestión continuaba obteniendo soluciones diversas. Por ejemplo, en “Peralta Tomás, Silvia Karina c/Task Solutions SA y ot.”, 19/8/15 de la Sala VII de la Cámara del Trabajo de Córdoba en similares circunstancias de trabajo de la actora como telefónica para la demandada solidariamente Telecom Personal SA, con la intermediación quién apareció como empleado directo. El encuadramiento convencional en telefónicos se derivó de las tareas desarrolladas por la actora a favor de la telefónica siendo indiferente el encuadramiento de la demandada en el convenio metalúrgico Nro. 260/75. La falta de participación negocial de Task Solutions SA como contratante del CCT 201/92, no impidió la aplicación de este convenio sobre la base de la doctrina establecida a su vez por la CSJN, “Asociación de Supervisores de la Industria Metalmeccánica de la República Argentina A.S.I.M.R.A. c/ Volkswagen Argentina S.A.” del 10/12/13. Este fallo trajo a colación el concepto de “representación abstracta u objetiva” a los fines de resolver en definitiva sobre la aplicación de un CCT no obstante en que la empresa no estuvo representada al momento de su aprobación y puesta en vigencia y en que se comprendería la actividad y categoría prevista en esa norma²⁶⁵.

²⁶⁴ Rubinzal Online, RC J: 6723/14.

²⁶⁵ Dictamen de Procuración fiscal que hizo suyo la CS: “No obstante, es del caso aclarar

Pues bien, al adoptar los fundamentos de la Procuradora Fiscal, en los referidos casos “Vallejos Rosana Lía” y “Gil Combes Eduardo” dirigidos en contra Atento S.A. y Telefónica Movistar SA, la Corte Suprema reprocha al tribunal provincial “un excesivo rigor formal al no tratar una cuestión conducente que había sido planteada en forma oportuna”. En concreto, “le correspondía determinar si las codemandadas incurrieron en una interposición fraudulenta de personas, en perjuicio del trabajador - abonándole una remuneración inferior a la que, alega, tenía derecho a percibir- y con el fin de disminuir sus costos laborales”.

Ese es el punto central de la cuestión, al margen de la existencia de externalización de actividades propias y las consecuencias en materia de solidaridad (art 30 y conc LCT). En dos puntos del párrafo aparece lo que, en criterio del que escribe, sitúan correctamente la cuestión. La CSJN advierte, con la Procuración Fiscal, que la tercerización, fragmentación o especialización de actividades de la empresa suscriptora de un determinado convenio colectivo, trasladando los trabajadores a otro convenio más desfavorable implica ahorrarse parte del salario mediante la interposición de otro sujeto y, a la vez, otro convenio colectivo. Es decir, disponer un vaciamiento convencional disvalioso.

En forma inmediata, comenzó a variar la jurisprudencia local. En “Coppari, Claudia Patricia c/Task Solutions SA y otro” de la Sala VI de la Cámara del Trabajo de Córdoba 12/5/16, se volvió sobre el centro de decisión, en tanto la actora realizaba tareas de atención al cliente de los usuarios de la empresa Telecom Personal S.A., su actividad normal y específica, a tal punto que en caso de incumplimiento o mala calidad de esa atención puede ser sancionado, pero estaba encuadrada el CCT 260/75 metalúrgico aplicado en la demandada, una intermediaria en definitiva frente a la empresa principal. Sobre la base de referidos fallos de Mendoza (“Escudero” y CS (“Vallejos” y “Gil Combes”), afirmó: “Las personas así contratadas ingresan a lo que en doctrina se denomina “categoría sospechosa” que unido a la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, determinan que es la parte demandada, quien en mejores condiciones está de justificar la necesidad de la tercerización de su

que las circunstancias debatidas en el plenario no trataban respecto a una posible representación abstracta, sino de un supuesto en que la empresa no estuvo representada de ninguna manera, en cambio en el presente caso, la discusión estriba en determinar si existió, o no, una “representación abstracta u objetiva”; además, el convenio cuya aplicación se pretende, contempla una categoría laboral que, a diferencia del plenario, la parte alegó se corresponde con la actividad de la empresa demandada. Todo ello impone su análisis en virtud de las normas invocadas, tema que no fue abordado acabadamente por la sentencia en crisis”.

actividad normal y específica, considerando que venía prestando la misma actividad de atención al cliente (impuesta por la normativa citada) con anterioridad, a estar a la fecha de constitución de su contrato social (06/7/1994) y del inicio de la concesión de los servicios de telecomunicaciones (14/8/1997)”.

En la decisión externalizadora de actividades intervienen diversidad de factores como es la especialización técnica y organizativa. La optimización productiva, en un mundo globalizado y en feroz competencia en calidad y cantidad de productos y servicios, es una razón lógica ineludible. Es más, existen explicaciones relativas a escalas económicas que, bien vistas, significan un beneficio para los usuarios y consumidores, Al disminuirse los costos, pueden acceder a más y mejores servicios y productos.

De lo anterior se deriva que existe la necesidad de una mayor maleabilidad del sistema de negociación colectiva mediante su ejercicio corriente, para acoger las transformaciones que significan nuevas actividades, oficios y profesiones expresados en nuevos sujetos colectivos (sindicatos y cámaras empresarias) y nuevos acuerdos colectivos. La actividad de atención a distancia de clientes de diversidad empresas y actividades, productoras a su vez de diversidad de productos y servicios, no aparecía contenida en los convenios colectivos tradicionales o, al menos, no se ajustaban a sus ideas originales.

Empero, todo tiene límites y, sólo con buenas razones técnicas y económicas, no se puede saltar o eludir, el orden esencial del Derecho del Trabajo sino también las propias fuentes contractuales autónomas. En el caso de las telefónicas, se trata de grandes empresas concesionarias y explotadoras de servicios de tecnología sofisticada y ultra dinámica. Es por ello que el convenio colectivo, como conjunto normativo producto de diversidad de factores, entre ellos la modificación de la realidad económica, la organización productiva, las relaciones de fuerza y las escalas y poder económico de las empresas, se ajusta a esa realidad.

Existe un sistema de negociación colectiva que, felizmente, ha cumplido décadas de funcionamiento más o menos libre. Nada impide a las empresas y sindicatos negociar y acordar las adaptaciones y modificaciones que la realidad del mundo productivo exige respecto del convenio del sector telefónico, el 201/92 (o cualquier otro).

Existen a disposición de los actores laborales el camino de la negociación colectiva con los sujetos representativos del sector; la forma elíptica y dispersa de elegir el convenio que establezca ventajas económicas más desfavorables para los trabajadores (aquí, claramente el convenio 130 de Comercio) o en todo caso inducir un ámbito y un interlocutor para establecer las condiciones convencionales más beneficiosas para el sector

empresarial. La elección fue aquí vaciar la actividad principal que se rige con un convenio colectivo hacia empresas satélites que realizan en la práctica la actividad normal y específica de la principal constituyendo unidades económicas, organizativas y técnicas inescindibles. Esto constituye una cesión, en principio “sospechosa” cuando un trabajador gana menos que otro que realiza la misma tarea en la misma actividad y se sella todo con un convenio colectivo que disminuye salarios comparativamente. Eso tiene un nombre en Derecho del Trabajo, es el fraude y toda situación de hecho (externalización, interposición de personas, etc.) o acuerdo individual o colectivo que pretendan ocultarlo o desdibujarlo, deben ser, primero etiquetados jurídicamente así, como fraudulentos y, luego, anulados para preservar la esencia de la protección e irrenunciabilidad laboral y evitar el desguace del sistema de negociación colectiva y la disminución de salarios y condiciones laborales.

La Corte Suprema ha dado un paso, concreto e sintético, en la materia. En “Gil Combes” y “Vallejos”, puede leerse claramente: no se justifica la interposición fraudulenta para reducir costos laborales.

10. Intermediación insolvente o fraudulenta y responsabilidad solidaria de socios, controlantes y administradores sociales

Esta patología no es novedosa e involucra diversidad de supuestos de conformaciones y comportamientos ilícitos de las sociedades comerciales. La aplicación e interpretación de las reglas receptadas en los arts. 54, 59, 157 y 274²⁶⁶ de la Ley de Sociedades Nro. 19550, referida a la actuación de

²⁶⁶ Art. 54. “El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios. El socio o controlante que aplicará los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

Art. 59. “Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”.

Art. 157. “(...) Los gerentes serán responsables individual o solidariamente, según la organización de la gerencia y la reglamentación de su funcionamiento establecidas en el contrato. Si una pluralidad de gerentes participaron en los mismos hechos generadores de

socios y administradores, resultaron el instrumento esencial de resolución de causas laborales en que se reclamaron créditos derivados de irregularidades registrales o insuficiencia patrimonial de las sociedades que aparecieron como empleadoras.

Lenta pero sostenidamente, se alinearon las corrientes restrictivas y amplias sobre descorrimiento del velo societario y la penetración. Las primeras sostienen: a) El factor de atribución de responsabilidad directo o solidaria del administrador por actos ilícitos societarios es subjetivo e individual y fundado en la culpa y con la carga probatoria respectiva (arts. 54, 59, 157, 274 Ley 19.550); b) No hay responsabilidad automática ni objetiva del órgano social responsable de las irregularidades sino que cada administrador responde por su omisión y en la medida del daño a terceros; c) Para la inoponibilidad de la personalidad jurídica societarias es necesario demostrar la constitución una sociedad como mero recurso para violar la ley, el orden público y la buena fe; no es suficiente la demostración de fraudes y maniobras destinadas a perjudicar los derechos laborales o de la seguridad social. Esta posición adquirió un mayor predicamento en el ámbito doctrinario comercial y societario.

La corriente amplia, sostenida por un sector de tribunales laborales, puntualiza: a) La actuación o conducta con fines extra societarios como recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe en el orden de las relaciones laborales, es suficiente para la responsabilidad de los socios y controlantes (art. 54 LC); b) La responsabilidad de los administradores y representantes sociales surge en la medida que no actúen con la “lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios” haciendo surgir de manera objetiva su responsabilidad ilimitada y solidaria “por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión” (art. 59, 157 y 274 LS); c) El sometimiento del trabajador a la irregularidad total o parcial o la interposición de figuras societarias, no sólo importa transgresiones societarias según la normativa citada, sino fundamentalmente fraudes laborales y provisionales y son actuaciones contrarias al orden público y a la buena fe y nulas (arts. 7, 12, 13 14 y 63 LCT).

La Corte Suprema de Justicia de Argentina desarrolló una línea jurisprudencial de carácter restrictivo. Comenzó con “Cingiale, María C. y

responsabilidad, el Juez puede fijar la parte que a cada uno corresponde en la reparación de los perjuicios, atendiendo a su actuación personal. Son de aplicación las disposiciones relativas a la responsabilidad de los directores cuando la gerencia fuere colegiada”.

Art. 274. “Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave”.

otro c. Polledo Agropecuaria S.A. y otros” (15/3/02). Se indicó que la extensión de la responsabilidad sólo es posible por la utilización ilegal del contrato de sociedad, pero no por la ilegalidad de determinados actos que la sociedad realice. En otras palabras, debería probarse que la sociedad se constituyó en un simple instrumento para realizar actos ilícitos sin asumir sus consecuencias.

Prosiguió con “Carballo, Atilano c. Kammar S.A.” (31/10/03). Se dejó sin efecto un pronunciamiento en que se condenó a un administrador social sobre la base del art. 59 de la L.S. referida al estándar jurídico del buen hombre de negocios, que “la personalidad diferenciada de la sociedad y sus administradores constituye el eje sobre el cual se asienta la normativa sobre sociedades anónimas y ésta conforma un régimen especial que se explica porque aquéllas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los principales motores de la economía”. En el mismo año judicial, en “Palomeque, Aldo R. c. Benemeth S.A. y otro” se dijo: “Es improcedente la resolución que extendió solidariamente la condena a los directivos y socios de la sociedad anónima empleadora por la falta de registración de una parte del salario convenido y pagado al trabajador, si no fue acreditado que se trataba de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley y que, prevaliéndose de la personalidad, afecta el orden público laboral o evade normas legales”. Remarcó además el “carácter excepcional de la responsabilidad solidaria en materia societaria”. En “Tazzoli, Jorge Laberto C/Fibracentro y ot.” (4/7/03) se ratificó la dirección jurisprudencial impresa sobre el tema.

Los decisorios se centraron en referencias al art. 54 de la LC y obviaron la aplicación de las normas especiales de trabajo que hubiera acarreado la nulidad de los actos objeto de análisis (art. 14 LCT, por ejemplo).

Luego de un lapso relativamente prolongado de mutismo sobre la cuestión y, renovada en su mayoría de integrantes, la CSJN emitió pareció adscribir a la tesis amplia en materia de responsabilidad de los administradores sociales. En “Davedere, Ana María c/Mediconex S.A. y otros” (29/5/07), se pronunció por mayoría denegando un recurso de queda contra la sentencia que condeno solidariamente de la sociedad demandada y a un director. En este caso se había apelado al art. 54 de la LC para condenar una falencia registral entendiéndose que esta era suficiente para la atribución de responsabilidad.

La única disidencia fue la del ministro Ricardo Lorenzetti que recuerda los precedentes restrictivos del cuerpo, sosteniendo que la responsabilidad personal habilitada por el art. 54 se dirige a sancionar el empleo instrumental de la sociedad para realizar actos ilícitos y no los que ésta

realiza. Afirmando que la ley responsabiliza a los socios “únicamente en los supuestos de uso desviado de la figura societaria, en las que ésta encubre situaciones ajenas al objetivo social, como lo son las hipótesis relativas a la utilización para posibilitar la evasión impositiva, la legítima hereditaria, el régimen patrimonial del matrimonio o la responsabilidad de una parte del patrimonio ajeno a la sociedad. Por lo tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma los incumplimientos a las obligaciones legales que, aunque causen daños a terceros, no tienen su origen en el uso indebido de la personalidad” (considerando 9º, lo subrayado es nuestro).

En especial remarco el juez disidente que aun en este supuesto de insolvencia del deudor “es preciso acreditar el uso abusivo de la personalidad, pues no cabe descartar que la impotencia patrimonial haya obedecido el riesgo propio de la actividad empresarial”. En otro pasaje interpreta que los arts. 59 y 274 de la ley 19.550 señalando que resulta imprescindible “demostrar el daño que ha mediado mal desempeño, violación de la ley, estatuto, reglamento, dolo, abuso de facultades y culpa grave”.

La misma discrepancia se verificó en “Bresciani, José Felipe c. Expreso San Antonio S.R.L. y otros” del 26/2/08 y “Ventura, Guillermo Salvador C/Organización de Remises Universal SRL y ot.” del 27/2/08, en que se confirmaron fallos condenatorio de administradores sociales. En estos casos, el ministro Lorenzetti reiteró los fundamentos de los precedentes “Carballo, Atilano c. Kanmar S.A. (en liquidación) y otros”; “Palomeque, Aldo René c. Benemeth S.A. y otro” y “Tazzoli, Jorge Alberto c. Fibracentro S.A. y otros” y la necesidad de la demostración de daño por parte de los codemandados solidariamente.

En “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Benítez, Horacio Osvaldo c/ Plataforma Cero SA y otros” del 22/12/09, la CS avanzó aun más hacia la solidaridad contractual descartando la aplicación del precedente “Rodríguez” de la década del 90. Sin definir la cuestión de fondo dijo: “En suma, cabe entender configurada la “inconveniencia” de mantener la *ratio decidendi* de “Rodríguez, Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro” (Fallos: 316:713) para habilitar esta instancia y para asentar la exégesis de normas de derecho no federal, en el caso, el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo (doctrina de Fallos: 183:409, 413)”.

Es de destacar que el Código Civil y Comercial estableció en 2015, la “inoponibilidad de la personalidad jurídica” de los entes societarios comerciales y civiles (asociaciones, mutuales, sindicatos, fundaciones, obras sociales, cooperativas, etc.), en los siguientes casos: “La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica,

constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados” (art. 144).

De otro lado, por Decreto Nro. 27 de 2018, se introdujo la siguiente prohibición: “Queda prohibida la actuación societaria del socio aparente o presta nombre y la del socio oculto” (art. 34 de la Ley de Sociedades Comerciales) y una nueva responsabilidad por fraude: “La infracción de lo establecido en el artículo anterior, hará al socio aparente o prestanombres y al socio oculto, responsables en forma subsidiaria, solidaria e ilimitada de conformidad con lo establecido por el artículo 125 de esta Ley” (art. 35 de la misma ley).

De tal forma, los casos de trabajo irregular o intermediado simuladamente se abren varias posibilidad de responsabilidad personal y solidaria de los quienes han sido protagonistas reales de estos fraudes.

11. Conclusiones

A. La clásica bilateralidad del contrato de trabajo aparecen en muchos casos inmersos o diluidos en una franca multilateralidad o atrapada en un juego de espejos que reflejan imágenes falsas, deformadas y hasta inexistentes de un titular del nexo laboral. En ocasiones, el trabajador ve a su empleador como fondo de un loco e imaginativo calidoscopio. La realidad económica del mercado permeabiliza las instituciones jurídicas más previsoras y astutas. Ello obliga a una alerta permanente sobre las mutaciones cotidianas de la que fuera en otros tiempos una relación permanente, personal y tangible entre un empleador y un trabajador.

B. La responsabilidad solidaria constituye la herramienta que la legislación laboral pone a disposición del trabajador para asegurar sus créditos y en ciertas ocasiones se reconoce su eficacia y amplitud.

C. El Código Civil y Comercial y la Ley de Sociedades Comerciales han extendido la responsabilidad personal y solidaria de los administradores, socios y controlantes de entes civiles no comerciales y en los casos del presta nombre y del socio oculto cuando existe fraude laboral. Pero a la vez, se ha reducido responsabilidades laborales en los casos de figuras comerciales como la franquicia.

12. Bibliografía

- Arese, C., *Código Civil y Comercial y Derecho del Trabajo*, con la colaboración de Daniel Machado, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As., 2017.
- Arese, C., “Solidaridad “convencional” y el cambio de doctrina de la Corte Suprema con “Benítez”, *Revista Laboral y Seguridad Social*, Lexis Nexis, 2010.
- Arese, C., “Intermediación de mano de obra responsabilidad solidaria”, *Revista Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, 2008.
- Arese, C., *Derecho de la Negociación Colectiva*, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2008, Cap. XIV.
- Arese, C., “Interposición sospechosa o fraudulenta y encuadramiento convencional”, *Revista Doctrina Laboral, La solidaridad en el contrato de trabajo II*, 2016, 2, p. 35.
- Castello, A., *La Solidaridad en las Obligaciones Laborales*, XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social XIII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 26 al 28 de agosto de 2004.
- Castello, A., *La subcontratación y las relaciones de trabajo en Uruguay*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx, 2009.
- De Luca-Tamajo, R. y Perulli, A., *Repercusiones de la descentralización productiva en las relaciones laborales y las relaciones profesionales*, Informe general, XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo, París, 2006.

El derecho a la huelga y la garantía de indemnidad del trabajador frente a la empresa principal de una contrata: entre el Tribunal Constitucional y la anomia

Miguel BASTERRA HERNÁNDEZ*

RESUMEN: Como se sabe, el ordenamiento jurídico prevé toda una serie de medidas dirigidas a garantizar los créditos salariales, las deudas en materia de Seguridad Social y la salud y seguridad en el trabajo de aquellos trabajadores que prestan sus servicios en el marco de la externalización productiva; bajo el entendimiento de que su situación lleva aparejado un elemento específico de vulnerabilidad. El problema es que la lesión de los derechos fundamentales del trabajador que derivase de los actos llevados a cabo por la empresa principal queda, en principio, fuera de este manto protector. Así pues, en el presente trabajo se analiza la referida cuestión, a la luz de la jurisprudencia, en búsqueda de posibles soluciones.

Palabras clave: Huelga, garantía de indemnidad, derechos fundamentales, descentralización productiva, contrata.

SUMARIO: 1. Introducción: la lesión de derechos fundamentales derivada de los actos de la empresa principal en el marco de una contrata. 2. Hitos jurisprudenciales sobre el particular. 3. Situación actual: entre el Tribunal Constitucional y la anomia. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Profesor Ayudante Doctor. Depto. de Derecho del Trabajo y de la S.S. Universidad de Alicante.

The strike and the guarantee of indemnity versus the client in a contract: between the Constitutional Court and the anomie

ABSTRACT: As known, the legal system foresees different measures aimed at guaranteeing salaries, Social Security debts and health and safety at work of those workers who provide their services in a context of outsourcing; understanding that their situation bears a specific element of vulnerability. The problem is that the injury of the worker's fundamental rights that derive from the acts carried out by the main company (the client) would, in principle, be outside this protective mantle. Therefore, in the present work, the aforementioned question is analyzed, under the light of the jurisprudence, looking for possible solutions.

Key Words: Strike, guarantee of indemnity, fundamental rights, outsourcing.

1. Introducción: la lesión de derechos fundamentales derivada de los actos de la empresa principal en el marco de una contrata

Como se sabe, el fenómeno de la externalización productiva introduce un importante factor de complejidad en el esquema intersubjetivo de las relaciones de trabajo, en el sentido de que la posición jurídica típica y habitual del empresario se divide entre la empresa contratista, con la que el trabajador celebra un contrato de trabajo, y la empresa principal, que es la que aprovecha de una forma inmediata los frutos del trabajo. Y es que, a través de este mecanismo, un empresario mercantil puede llevar a cabo su actividad -o, lo que es más habitual, una parte de ella- sin ser empresario laboral; ya que una o varias de sus tareas son llevadas a cabo por otra empresa distinta a través de sus propios trabajadores. De esta forma, en el fondo, la empresa principal en el marco de una contrata pasa a ser una suerte de “empresario potencial” de aquellos trabajadores a los que pudo haber contratado de forma directa pero que, en cambio, empleó de forma indirecta a través de la celebración de una contrata de obras o servicios con la empresa contratista.

Pues bien, el ordenamiento jurídico prevé, como bien se sabe, toda una serie de medidas dirigidas a garantizar los créditos salariales, las deudas en materia de Seguridad Social y la salud y seguridad en el trabajo de aquellos trabajadores que prestasen sus servicios en este contexto productivo; bajo el entendimiento de que su situación lleva aparejado un elemento específico de vulnerabilidad. En realidad, estas medidas van dirigidas, sobre todo, a neutralizar los posibles abusos cometidos por la empresa contratista mediante la corresponsabilización de la empresa principal, por presumírsele a ésta una mayor solvencia y estabilidad.

Sin embargo, entre las distintas lagunas que pueda dejar sin cobertura la vigente estructura legal, aparece una especialmente relevante: no existe norma alguna que proteja de un modo directo al trabajador ante aquella lesión de sus derechos fundamentales que derivase de los actos llevados a cabo por la empresa principal. Piénsese, en especial, en una vulneración del derecho a la huelga o de la garantía de indemnidad en la que la actuación de la empresa principal resultase determinante. Así pues, esta situación de anomia o desregulación ha dado pie a una importante labor interpretativa a cargo de la jurisprudencia; cuyos efectos, soluciones y carencias serán analizados en el presente trabajo.

2. Hitos jurisprudenciales sobre el particular

a) Asunto SAMOA

Pues bien, a este respecto, la atención debe dirigirse, en primer lugar, hacia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acuñada en torno al célebre asunto SAMOA²⁶⁷. Sucintamente, el supuesto de hecho compartido por todas las sentencias del TC integradas en esta línea jurisprudencial sería el siguiente: Unigel S.L. suscribe un contrato mercantil de arrendamiento de servicios con Samoa S.A., destinando a un total de veinticuatro trabajadores en las instalaciones de Samoa S.A. para ejecutar dicha prestación de servicios; en un momento dado, los trabajadores de Unigel destinados en Samoa plantean toda una serie de medidas dirigidas a lograr la equiparación de sus condiciones de trabajo con las de los trabajadores contratados directamente por la empresa principal²⁶⁸ (negociaciones, huelgas y, por último, una denuncia ante la Inspección de Trabajo en la que exponían que, en virtud del art. 43 del ET, su cesión en la empresa Samoa era ilegal); ante esta situación, Unigel, empresario directo de estos trabajadores, les advierte del elevado riesgo de que, a raíz de sus reivindicaciones y ante el temor a que el servicio se encareciese, Samoa rescindiese el contrato mercantil en el que, a su vez, se enmarcaban sus contratos de trabajo; finalmente, Samoa, la empresa principal, rescinde por completo el contrato de arrendamiento de servicios celebrado en su día con Unigel, la que, a su vez y amparándose en esa finalización de la contrata, extingue el contrato de trabajo de los trabajadores empleados en la misma.

A raíz de estos hechos, y tras ser desestimadas, en un principio, las pretensiones de los trabajadores tanto por el Juzgado de lo Social como por el TSJ de Asturias, se interpone un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La parte recurrente aduce la vulneración de los arts. 28.2

²⁶⁷ Compuesta por las SSTC de 19/10/2012 (núms. 75/2010 y 76/2010) y de 16/10/2010 (núms. 98/2010 a 112/2010).

²⁶⁸ Obsérvese cómo este caso ilustra con toda claridad cuáles son los postulados socio-económicos que subyacen en el fenómeno de la externalización productiva y cuál es el problema dogmático que se presenta en relación a la actual (des)protección de los derechos fundamentales de los trabajadores. En efecto, los hechos se desarrollan en el marco de una contrata a través de la cual la empresa principal, como es lógico y así está permitido en Derecho, encuentra unas condiciones más ventajosas que si hubiese contratado directamente a estos trabajadores; pero parece muy significativo que la lesión de los derechos fundamentales de los trabajadores afectados se desencadene, precisamente, por una movilización que tenía por objeto la equiparación de sus condiciones laborales con las de los trabajadores contratados de forma directa por la principal.

de la CE -derecho a huelga- y 24.1 de la CE -en relación a la garantía de indemnidad contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva-; ya que, a su entender, la decisión adoptada por Unigel, de extinguir los contratos de trabajo, constituyó una represalia frente al ejercicio de los citados derechos fundamentales²⁶⁹. Pero, además, se solicita que la empresa Samoa sea condenada, de forma solidaria junto a la propia Unigel, a reparar el daño causado; puesto que, a juicio de los recurrentes, participó de forma directa en la vulneración de estos derechos fundamentales.

Pues bien, lo cierto es que el TC estima las pretensiones planteadas en este recurso de amparo; y, para llegar a tal decisión, el Alto Tribunal diseña un sofisticado andamiaje argumental. En primer lugar, el TC concluye que cualquier decisión extintiva del empresario que -tal y como queda acreditado en el supuesto de hecho juzgado- constituyese una represalia frente a unas movilizaciones materializadas en el ejercicio del derecho a la huelga y a la tutela judicial efectiva hubiese recibido, sin ningún género de dudas, una declaración radical de nulidad. Y, por lo tanto, el hecho de que tanto la sentencia de instancia como la de suplicación, en este caso, rechazasen tal calificación de nulidad se debe, única y exclusivamente, a la *peculiar relación triangular entre la empresa principal, la empresa contratista y los trabajadores que caracteriza la técnica de la subcontratación*. En efecto, resulta que quien reacciona frente a las reivindicaciones de los trabajadores no es el empresario de los propios trabajadores (en este caso, Unigel), sino un tercero (Samoa); y la decisión adoptada por ese tercero, de rescindir el contrato mercantil, es la que termina por desencadenar, ulteriormente, el despido de los trabajadores por parte -aquí sí- de su empresario directo (Unigel). De modo que la causa por la que ni la sentencia de instancia ni la de suplicación declararon la nulidad del despido fue, únicamente, esa fragmentación de la posición empresarial típica de la subcontratación; donde quien asume esa posición de empresario directo del trabajador no es, en cambio, quien recibe de forma efectiva la prestación de los servicios. Así, el TC identifica, con innegable acierto, que lo que se trata de dilucidar aquí es si las garantías de indemnidad que reconocen la Constitución y la Ley a los trabajadores asalariados en el ejercicio de sus derechos fundamentales se mantienen, o no, en los supuestos de subcontratación.

²⁶⁹ En realidad, la demanda también imputa a las resoluciones judiciales recurridas una vulneración de la tutela judicial efectiva -derivada del rechazo de una prueba consistente en una grabación magnetofónica- y también alude a una vulneración del art. 14 de la CE en relación con el despido por represalia que, a su juicio, supusieron las extinciones. La cuestión es que el verdadero interés de este caso se centra en la citada lesión de los arts. 24.1 y 28.2 de la CE; que es, de hecho, hacia donde reconduce su análisis el propio TC.

A continuación, el TC reconoce la existencia de una situación de anomia en este punto, ya que, como se sabe, la legislación vigente no articula ningún mecanismo específico para la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores ante los actos de la empresa principal de una contrata; y es que la corresponsabilización de la empresa principal se reduce a determinados incumplimientos de la contratista en materia salarial, de Seguridad Social y de salud y seguridad en el trabajo. Sin embargo, el TC recuerda que, debido a la posición privilegiada que ocupan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, su tutela debe garantizarse sin dejar lugar a *espacios inmunes a su vigencia*. Y, por ello, privar de tutela jurisdiccional a los derechos fundamentales en los supuestos de descentralización productiva originaría una gravísima limitación de los mismos -cuando no su completa eliminación-; lo que, en palabras del propio tribunal, resultaría *constitucionalmente inaceptable*.

Así, el TC aprecia, acertadamente a mi juicio, que las resoluciones de instancia y suplicación, al negar la declaración de nulidad solicitada en la demanda, incurrieron, en efecto, en una vulneración de los derechos fundamentales recogidos en los arts. 28.2 y 24.1 de la CE. Por lo que se refiere al ejercicio de la huelga, es evidente que sus efectos han de proyectarse, eminentemente, sobre la actividad productiva de la empresa principal. De modo que, en el contexto de una contrata, las distintas garantías y tutelas previstas en la legislación laboral no servirían, en la práctica, de nada si solo alcanzan al contratista -empresario directo del trabajador huelguista- pero no al principal, que *podrá estar igual o más interesado que el propio contratista en combatir la huelga*. Y, en relación a la tutela judicial efectiva, de la que se desprende la garantía de indemnidad, el supuesto de autos refleja muy gráficamente que eximir de responsabilidad a la empresa principal vaciaría de contenido este derecho fundamental; ya que el factor determinante en la decisión de Samoa de rescindir el contrato mercantil -lo que a su vez produjo la extinción de los contratos de trabajo- fue una denuncia de cesión ilegal que, de prosperar, habría impactado en la esfera jurídica de la propia Samoa.

Por lo tanto, el TC no puede sino estimar que las resoluciones judiciales recurridas vulneraron -al no ampararlo adecuadamente- el derecho a la tutela judicial efectiva de los trabajadores que actuaron como recurrentes en la línea de Sentencias dictadas al hilo del caso Samoa²⁷⁰; y, así, se declara la nulidad radical de los despidos llevados a cabo²⁷¹. La cuestión es

²⁷⁰ Como se sabe, las SSTC de 19/10/2012 (núms. 75/2010 y 76/2010) y de 16/10/2010 (núms. 98/2010 a 112/2010).

²⁷¹ En cualquier caso, es necesario referir que la decisión mayoritaria del Tribunal Constitucional contó con tres votos particulares a los que se adhirieron otros dos

que, tal y como reconoce el Alto Tribunal, las especiales circunstancias concurrentes en el caso (sobre todo, la finalización del contrato mercantil entre la contratista y la principal) implican una notoria dificultad para ejecutar la sentencia en sus propios términos; por lo que el TC se remite al Juzgado de lo Social para que sea éste el órgano que, en incidente de ejecución, valore si la efectiva readmisión del trabajador en su puesto es posible o, de no serlo, determine la indemnización que procediera abonar, así como los salarios de tramitación. En efecto, resulta que el propio TC concluye que no existe una situación de cesión ilegal ex art. 43 ET, por lo que no cabría, aquí, aplicar la jurisprudencia acuñada por el Tribunal Supremo²⁷² a este respecto²⁷³. De este modo, lo más lógico hubiera sido atribuir el pronunciamiento de nulidad radical al acto mismo de la rescisión del contrato mercantil entre las dos empresas y a partir de ahí imponer las consecuencias oportunas (entre las que podría estar la restauración de la relación laboral entre el trabajador y la contratista, al reavivarse la contrata mercantil rescindida); o, cuando menos, que el TC hubiera concretado la indemnización compensatoria por violación del derecho fundamental del trabajador, de la que hubiera sido responsable, en exclusiva, la empresa principal²⁷⁴. En fin, sea como fuere, resulta evidente que esta incertidumbre en cuanto a la ejecución del fallo proyecta una de las principales sombras que se ciernen sobre la referida postura del TC en el asunto Samoa.

b) Asunto PRESSPRINT

El siguiente hito a analizar en relación con el tema abordado en este estudio es la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 (Rec. 95/2014), en la que el TS hace suyos los criterios sentados por el Constitucional en el asunto Samoa. Los hechos del caso son, en realidad,

Magistrados. Para un análisis exhaustivo de los argumentos esgrimidos en estos votos particulares, véase: Moreno Cáliz, S., “Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga. Comentario a la sentencia del pleno del Tribunal Constitucional 75/2010, de 19 de octubre de 2010”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 24/2011.

²⁷² SSTs de 11/12/2012 (Rec. 271/2012), de 03/10/2012 (Rec. 4286/2011), de 20/12/2016 (Rec. 1794/2015) y de 31/05/2017 (Rec. 3599/2015).

²⁷³ Sobre esta cuestión me detengo en: Basterra Hernández, M., “La ejecución de la sentencia firme de cesión ilegal una vez se ha extinguido la relación laboral”, en AA.VV., *Descentralización productiva y transformación del derecho del trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, en proceso de edición.

²⁷⁴ Durán López, F., García-Perrote Escartín, I., Rey Guanter, S., Sagardoy Bengoechea, J.A., Villa Gil, L.E., “Los derechos fundamentales, el despido y las contratas”, *La Ley*, 7428/2012, edición digital.

sencillos: Diario El País S.L. ostenta el 100% del capital social de Pressprint S.L.U., y ambas sociedades se integran dentro del Grupo PRISA²⁷⁵; Pressprint tiene suscritos contratos mercantiles con diversas empresas del Grupo PRISA, en virtud de los cuales lleva a cabo la impresión y difusión de todas las publicaciones de prensa diaria del grupo (El País, As, Cinco Días, etc.)²⁷⁶; con motivo de un proceso de reestructuración empresarial, que terminaría afectando parcialmente al centro de trabajo de Pressprint en Madrid y supondría el cierre total del de Barcelona, el comité de empresa y CCOO convocaron una huelga; la huelga fue secundada por la totalidad de la plantilla de ambos centros (Madrid y Barcelona) y paralizó por completo la actividad de impresión de Pressprint; aun así, los diarios del Grupo PRISA de cuya impresión se encargaba Pressprint se publicaron y distribuyeron con total normalidad, pues estos trabajos se encargaron, durante los días de huelga, a terceras empresas.

Ante esta situación, CCOO presentó la pertinente demanda en la Audiencia Nacional, solicitando que se reconociese la vulneración del derecho a la huelga de los trabajadores y se condenase, de forma solidaria, a las sociedades del Grupo PRISA implicadas en este caso al pago de unas cantidades dinerarias en concepto de indemnizaciones para los afectados²⁷⁷. Sin embargo, la AN desestimó la demanda interpuesta por CCOO, que, entonces, presentó el correspondiente recurso de casación ante el TS. Así, de nuevo, se plantea, ahora ante el TS, la disyuntiva de si los actos de del empresario principal (en este caso, los distintos diarios de prensa escrita del grupo PRISA) pueden suponer una vulneración de los derechos fundamentales (en este caso la huelga) de aquellos trabajadores que prestan sus servicios en un contexto de subcontratación.

Pues bien, el Supremo estima el recurso de casación interpuesto, al

²⁷⁵ En realidad, Diario El País S.L. está configurada como una entidad sin actividad ni plantilla que controla varias sociedades del Grupo PRISA (entre ellas Pressprint). De este modo, queda patente el elevado interés que presenta este caso para el objeto de estudio del presente trabajo, ya que la relación de Diario El País con esas otras empresas del grupo constituye un supuesto de *externalización total*, en el sentido de que Diario El País lleva a cabo su actividad como “empresario mercantil” sin ser “empresario laboral”, pues toda su actividad se desarrolla a través de distintos contratos mercantiles con empresas que, a su vez, controla.

²⁷⁶ Ciertamente, Pressprint también lleva a cabo algunos trabajos de impresión y difusión para empresas no pertenecientes al grupo, pero la práctica totalidad de sus ingresos provienen de empresas integradas en el grupo.

²⁷⁷ En las que se integraban los salarios de los trabajadores y las cotizaciones a la Seguridad Social durante los días de huelga y también una indemnización por daños y perjuicios al propio sindicato.

declarar que, en efecto, las empresas de prensa diaria del grupo vulneraron los derechos de huelga y libertad sindical de los trabajadores de Pressprint cuando contrataron con terceras empresas la impresión de sus diarios durante los días de paro. Para llegar a esta conclusión, el TS, en primer lugar, pondera el contenido y los límites de los dos derechos constitucionales en liza: el derecho a la huelga del art. 28.2 de la CE y la libertad de empresa del art. 38 de la CE; los cuales, a su vez, contrasta con el art. 6.5 del RDLRT 17/1977²⁷⁸. Y, de entre los distintos precedentes y criterios jurisprudenciales de los que se sirve, dos son, a mi juicio, lo más ilustrativos. Por un lado, recuerda el Supremo que el derecho de huelga goza de una singular preeminencia y una más intensa protección, ya que la CE lo desgaja del marco general de medidas de conflicto colectivo del art. 37 de la CE para situarlo en un lugar preferente, el art. 28 de la CE, confiriéndole una mayor consistencia junto al resto de derechos fundamentales²⁷⁹. Y, por otro lado, resulta que la propia Sala IV del Supremo ya señaló a este respecto que “(...) la libertad de empresa no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro”²⁸⁰; lo que reforzaría, aún más, la conclusión anterior, puesto que se descarta de forma categórica que la libertad de empresa pueda amparar conductas tendentes a la neutralización de la huelga.

Una vez ya aclarado este primer punto, la STS de 11/02/2015 se sirve, como no podría ser de otra manera, de la doctrina del Tribunal Constitucional en el asunto Samoa -recién analizada en el apartado precedente de este mismo trabajo- para concluir que, en efecto, las empresas editoras demandadas en el caso Pressprint vulneraron los derechos de huelga y libertad sindical de los trabajadores. Y es que, pese a carecer de una relación laboral directa con los trabajadores huelguistas, el ejercicio del derecho a huelga había de proyectarse de manera principal sobre la actividad de dichas empresas editoras, que, en cambio, con su actuación, vaciaron de contenido este derecho fundamental; y siendo, además, inescindible la responsabilidad de cada una de ellas en la producción del daño²⁸¹. En este mismo sentido y para reforzar su postura,

²⁷⁸ “En tanto dure la huelga el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma (...)”.

²⁷⁹ STC de 28/09/1992 (Rec. 301/1989).

²⁸⁰ STS de 05/12/2012 (Rec. 265/2011).

²⁸¹ A mayor abundamiento, el TS rescata también su Sentencia de 27/05/2013 (Rec. 78/2012) para señalar que, en este caso concreto, la responsabilidad de las empresas principales de la diversa contratada en las que operaba Pressprint es absolutamente flagrante; dada la *trascendencia laboral* de los grupos de empresa cuando en esa realidad societaria concurren circunstancias y elementos como los presentes en el Grupo PRISA,

el TS expone una interesante reflexión relacionada con la *vertiente externa* del derecho a la huelga. Como se sabe, este derecho fundamental constituye una medida de presión al servicio de los intereses colectivos de los trabajadores que desarrolla un efecto interno, frente al propio empresario, pero también otro efecto externo, “haciendo visible a los ciudadanos la perturbación que provoca”. Y, de ese modo, resulta palmario que, cuando las empresas editoras demandadas contrataron la impresión de sus publicaciones diarias con otras empresas distintas a Pressprint, *invisibilizaron* la huelga y cercenaron esa vertiente externa consustancial a este derecho²⁸². Así, por todo ello, el Supremo resuelve que, en efecto, las empresas implicadas en este caso vulneraron el derecho a la huelga y la libertad sindical de los trabajadores de Pressprint; y condena, de forma solidaria, a todas las demandadas, tanto a la contratista como a las empresas principales, a abonar la indemnización solicitada²⁸³.

c) Asunto ALTRAD

Y, por último, ha de analizarse también la STS de 16 de noviembre de 2016 (Rec. 59/2016). Los hechos del caso son los siguientes: la empresa Altrad-Rodisola S.A.U. convoca la composición de una Comisión negociadora con los representantes de los trabajadores, de acuerdo al procedimiento previsto en el art. 41 del ET, para llevar a cabo la reducción o supresión de una serie de partidas salariales, alegándose para ello la concurrencia de causas de tipo económico; iniciado el periodo de consultas, y como instrumento de presión frente a la medida planteada por el empresario, se convoca una huelga de carácter indefinido en uno de los centros de trabajo de la empresa; durante los días de huelga, dos empresas (Dow y Basell) en las que los trabajadores huelguistas de Altrad prestaban sus servicios -en el marco de sendas contrataciones- encargaron dichos trabajos a otras empresas del sector (Kaefer Aislamientos y Planificio Montajes, respectivamente); finalizado el periodo de consultas,

en el que se integran tanto Pressprint como todas las empresas editoriales demandadas.

²⁸² En este mismo sentido resulta, a mi juicio, muy gráfica la reflexión de la STSJ del País Vasco de 26/10/2010 (Rec. 1955/2010) que señala que la huelga en la empresa contratista “no solo busca presionar a su empleadora para obtener unas determinadas condiciones laborales, sino que, aunque sea de forma indirecta, esa presión también va dirigida a la empresa principal, para que influya en la decisión de la contratista a favor de los intereses de los huelguistas”.

²⁸³ En realidad, el TS reduce la condena a una indemnización por daños y perjuicios de 100.000€ para el sindicato CCOO. En cambio, desestima la indemnización solicitada para los trabajadores huelguistas porque la demanda, incumpliendo los requisitos del art. 179.3 de la LRJS, no identificaba a los destinatarios ni fijaba la cantidad concreta que correspondía a cada uno de ellos.

la empresa Altrad comunica la adopción de las medidas planteadas inicialmente; entonces, el sindicato CGT presenta demanda de conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional contra la empresa Altrad, solicitando que se declare la nulidad de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y se reponga a los trabajadores en su situación anterior; en un principio, la AN, en Sentencia de 30/11/2015 (nº 278/2015), estima la pretensión del sindicato CGT; sin embargo, la empresa Altrad recurre en casación ante el TS, denunciando infracción de los arts. 28.2 y 38 de la CE en relación con el 6.5 del RDLRT.

Así, si se observa, lo cierto es que en este caso convergen dos problemas o interrogantes parcialmente dependientes: por un lado, se plantea la cuestión de si los actos realizados por el empresario principal en una contrata pueden implicar, o no, la vulneración del derecho a la huelga de unos trabajadores que no son sus empleados directos; y, por otro lado, también se dilucida si la vulneración del derecho a la huelga ejercida durante un periodo de consultas ha de acarrear, necesariamente, la declaración nulidad de la medida empresarial adoptada tras ese periodo de consultas. Así pues, de entre estos dos aspectos, el que aquí interesa, de acuerdo al objeto de estudio de este trabajo, es el primero de ellos: la posible vulneración de un derecho fundamental por los actos realizados por el empresario principal en el marco de una contrata²⁸⁴.

Pues bien, lo cierto es que el TS, en Sentencia de 16/11/2016 (Rec. 59/2016) estima el recurso interpuesto por Altrad, casando y anulando la referida SAN de 30/11/2015 (nº 278/2015). Y, es que, según expone el Supremo en esta sentencia, no puede responsabilizarse a Altrad de una conducta en la que no ha participado y en la que no ha podido intervenir; ya que la decisión de contratar la prestación con otras empresas mientras los trabajadores de Altrad estaban en huelga fue adoptada, en exclusiva,

²⁸⁴ La segunda cuestión que se plantea aquí, guardaría relación, en todo caso, con la llamada “doctrina Coca-Cola”, acuñada en la, también célebre, STS de 20 de abril de 2015 (Rec. 354/2014); si bien, en el asunto Altrad, a juicio del propio TS en su Sentencia de 16/11/2016 (Rec. 59/2016), no se dan los postulados necesarios para aplicar la interpretación que se realizó en el caso de Coca-Cola. Para un análisis de esta problemática véase: Desdentado Bonete, A., “Reflexiones sobre el caso Coca Cola Iberian: Un comentario a la Sentencia de 12 de junio de 2014 de la Audiencia Nacional y a la Sentencia de 20 de abril de 2015 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 4/2015; Selma Penalva, A., “La configuración de las causas productivas en el despido objetivo después de las últimas reformas normativas: especial referencia al caso Coca Cola”, *NREDT*, n. 177/2015; Varela Autran, B., “Despido colectivo en Coca Cola: nulidad por violación de derecho de huelga parcial declarada después de iniciado el trámite del despido (Comentario a la STS, Sala 4.ª, de 20 de abril de 2015, recurso nº 354/2014)”, *La Ley*, n. 4213/2015.

por las empresas clientes, Dow y Basell. Y, en relación a estas dos empresas, el TS afirma que “no habían conculcado el derecho a huelga, ya que no las demandaron”. Por último, para afianzar su postura, el Supremo hace suyo un argumento del Fiscal de la AN, según el cual, si se impidiese a las empresas principales en los procesos de externalización productiva contratar con otras empresas mientras los trabajadores de la empresa contratista están en huelga, “llegaríamos a sostener que los consumidores habituales de un comercio no pudieran comprar en otro en caso de huelga en el primero”; reflexión que, a mi juicio y según expondré más adelante, resulta, cuando menos, discutible.

3. Situación actual: entre el Tribunal Constitucional y la anomia

Una vez se han desentrañado los principales hitos jurisprudenciales recaídos sobre el particular, puede ya analizarse, con la debida agilidad discursiva, qué responsabilidad desarrollará el empresario principal de una contrata por la comisión de actos que vulnerasen los derechos fundamentales de los trabajadores implicados; es especial, por su incidencia práctica y dogmática, el derecho a la huelga y la garantía de indemnidad.

A este respecto, se ha visto cómo el Tribunal Constitucional, en sus sentencias del asunto Samoa, concluye, a mi juicio con toda rotundidad, que la relación triangular que se despliega en la subcontratación no puede eximir de responsabilidad a la empresa principal por aquellos actos que vulnerasen el derecho a la huelga o la garantía de indemnidad²⁸⁵; pues ello supondría vaciar de contenido tales derechos fundamentales, lo que resultaría constitucionalmente inaceptable. De modo que el TC resuelve que la empresa principal habrá de responder de aquellos actos que vulnerasen los derechos fundamentales de los trabajadores afectados; aunque, ciertamente, no sea su empresario directo. Y es que, pese a la situación de anomia que, en efecto, existe en este punto, se hace inexcusable proteger los derechos fundamentales de los trabajadores frente a los actos cometidos por la empresa principal de la contrata; pues, como bien arguye el Constitucional, “de poco servirían las distintas

²⁸⁵ En el mismo sentido: García-Perrote Escartín, I., Mercader Uguina, J.R., “Los límites de la sustitución virtual de trabajadores y del recurso a procesos de descentralización durante la huelga en la doctrina reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo”, *Revista de Información Laboral*, n. 6/2017, edición digital, p. 3 y Ramírez Martínez, J.M., “Sustitución de huelguistas en supuestos de contratas y de empresas de trabajo temporal”, *La Ley*, 2990/2014, edición digital, pp. 2 y 6.

garantías y tutelas previstas en la legislación laboral si, en la práctica, alcanzasen a la contratista pero no a la principal”.

Por su parte, el Supremo, en su STS del asunto Pressprint, discurre por la misma línea, y condena a todas las empresas implicadas -tanto a la que actuaba como contratista como a las que actuaban como principales en las distintas contrata- a responder de la vulneración de derechos fundamentales sufrida por los trabajadores. Sin embargo, de un modo, a mi entender, sorprendente, la STS dictada con ocasión del asunto Altrad parece apartarse de la línea trazada por el Constitucional y seguida, incluso, por el propio Supremo en su Sentencia del asunto Pressprint²⁸⁶; ya que, en este otro caso, el Supremo impermeabiliza la esfera jurídica de las empresas principales y declara que el hecho de que contratasen la realización de los servicios de los que se venían encargado los trabajadores huelguistas de Altrad con otras empresas no constituyó una vulneración del derecho a la huelga. Por lo tanto, resulta necesario reflexionar sobre cuáles han sido las causas y cuáles son las consecuencias de este aparente viraje en el criterio interpretativo del Tribunal Supremo respecto a la responsabilidad de la empresa principal ante la lesión de derechos fundamentales de los trabajadores que prestan sus servicios en un contexto de subcontratación.

Pues bien, a mi juicio, la primera razón que explica este cambio de rumbo por parte del TS es que la Sentencia Altrad condiciona la responsabilidad de la empresa principal de una contrata en estos casos a que tanto la contratista como la principal se integrasen en un mismo grupo de empresas; algo que, en efecto, no ocurría en este caso. Sin embargo, considero que la conclusión extraída por el Supremo, en este punto, no resulta del todo acertada. Sobre todo, porque el discurso expuesto por el Tribunal Constitucional en el caso Samoa -que debiera ser la referencia última a la hora de interpretar esta cuestión- no conduce, en absoluto, a la idea que exhibe el Supremo en su sentencia de Altrad; sino que, muy al contrario, el Constitucional declara que, con carácter general y sin la necesidad de que concurra ninguna circunstancia ambiental específica, cualquier empresa principal habrá de responder de aquellos actos que lesionen los derechos fundamentales de los trabajadores concernidos en un triángulo de subcontratación. La cuestión es que esa conclusión - errónea, a mi juicio- a la que llega la STS del asunto Altrad no puede extraerse ni siquiera de lo expuesto por el propio TS en su anterior

²⁸⁶ Y la primera sorpresa proviene de la ausencia de toda cita a la doctrina del TC: Preciado Domenech, C.H., “Huelga y subcontratas: el caso Altrad Rodisola”, *www.rojoynegro.info*, p. 7.

sentencia sobre este particular, la del asunto Pressprint. En efecto, en Pressprint, el Supremo alude a la *especial vinculación* que existe entre los trabajadores afectados y la empresa principal; pero esa *especial vinculación* se reduce al hecho de que, aunque no sea su empresario laboral directo, la empresa principal sí tiene una relación indirecta con los trabajadores a raíz del triángulo de subcontratación en el que ambos concurren. Es cierto que el TS, en Pressprint, también hace referencia a que, en ese caso, tanto la empresa contratista como la empresa principal pertenecían al mismo grupo. Sin embargo, el TS señala esta circunstancia, únicamente, *a mayor abundamiento* y de cara a condenar, de forma solidaria, también a la empresa contratista al pago de las indemnizaciones pretendidas por el sindicato recurrente. Y es que, sin necesidad de aludir al detalle de que la empresas involucradas en el asunto Pressprint formaban parte del mismo grupo empresarial, el Supremo ya declaraba en un punto anterior de su discurso que fueron las empresas principales las que, con sus actos, vulneraron el derecho a la huelga y la libertad sindical de los trabajadores afectados²⁸⁷. Así, por todo ello, entiendo que, en contra de lo que trasluce de la lectura de la segunda STS, la del asunto Altrad, no resulta determinante que las empresas implicadas en este tipo de casos se encuentren vinculadas dentro de un mismo grupo de empresas; sino que, de acuerdo al criterio acuñado por el Tribunal Constitucional, bastaría con que se acreditase que un acto imputable a la empresa principal vulneró un derecho fundamental del trabajador afectado²⁸⁸.

Y es que, a mi juicio, el resto de argumentos de los que se sirve el TS en su sentencia del asunto Altrad tampoco resultan concluyentes para eximir de responsabilidad a las empresas principales del caso. En efecto, como se sabe, la STS de Altrad también anuda su respuesta a que fueron los

²⁸⁷ En efecto, en el párrafo 3 del fundamento jurídico Duodécimo la STS del asunto Pressprint ya determina, con toda rotundidad, la responsabilidad de las empresas principales en la vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores. Y es hasta el fundamento jurídico Decimotercero cuando el TS hace mención a la realidad societaria de las empresas implicadas para señalar que, en este caso, la vinculación entre todas las empresas implicadas es todavía más intensa que en una relación mercantil común; por lo que, aunque la lesión la provocaran, en realidad, las empresas principales, la contratista también habrá de responder de forma solidaria. En este mismo sentido: Desdentado Bonete, A., “Ecos de Samoa: sobre la expansión del derecho de huelga fuera del contrato de trabajo. El caso Altrad”, *Revista de Información Laboral*, n. 2/2017, edición digital, p. 4.

²⁸⁸ En este mismo sentido se plantea una interesante solución, que pasaría por realizar en estos casos el test de *¿qué ocurriría si, en lugar de dos empresas hubiera solo una?*; para comprobar que la respuesta fuese la misma con independencia de que se diese, o no, un contexto de externalización productiva: Preciado Domenech, C.H., “Huelga...”, *op. cit.*, p. 9.

propios demandantes quienes entendieron que las empresas principales implicadas no conculcaron el derecho a la huelga, ya que no las demandaron. Sin embargo, según mi parecer, no pueden extraerse conclusiones generales en este punto, pues una cosa es la decisión -probablemente equivocada- del sindicato de no demandar a las empresas principales (Dow y Basell) y otra muy distinta que, en el fondo, hubiesen vulnerado con sus actos el derecho a la huelga de los trabajadores de Altrad.

En cualquier caso, es el último razonamiento esgrimido por la STS del asunto Altrad el que me parece más controvertido y resbaladizo. Y es que el TS, haciendo suyo un argumento del Fiscal de la AN, señala que no se puede prohibir que una empresa acuda, de forma coyuntural, a la externalización productiva para paliar los efectos que tendría, en su propia actividad, la huelga de los trabajadores de la empresa contratista que, hasta entonces, prestaba ese determinado servicio; pues, por esa vía, “llegaríamos a sostener que los consumidores habituales de un comercio no pudieran comprar en otro en caso de huelga en el primero”. No obstante, a mi juicio, esta reflexión resulta ilusoria y desacertada. Y es que, de ningún modo, puede paragonarse la posición jurídica y socio-económica del consumidor particular de un comercio, o la del pasajero de un vuelo, con la de un empresario mercantil que, según le permite el ordenamiento jurídico, lleva a cabo su actividad a través del mecanismo de la descentralización productiva; esto es, mediante la celebración de contratos mercantiles con otras empresas cuyos trabajadores asalariados se encargarán de ejecutar las obras o servicios en cuestión. En efecto, si se observa, resulta innegable que la empresa principal que emplea, de forma indirecta, a los trabajadores de la contratista en el desarrollo de su actividad económica opera, si se permite el término, como una suerte de *empresario potencial* de estos trabajadores; en el sentido de que esta empresa principal hubiese contratado de forma directa a estos trabajadores de no ser porque el ordenamiento jurídico le permite expresamente esta posibilidad de acudir a la subcontratación. Y es, precisamente esta conexión socio-económica entre las partes involucradas en el triángulo de la subcontratación la que impulsó al legislador a programar toda una serie de medidas de corresponsabilización del empresario principal frente a los derechos salariales y de Seguridad Social de unos trabajadores que, en términos laborales, se encuentran vinculados a otra empresa, la contratista. Sin embargo, nadie se plantea, siquiera, la posibilidad de que el consumidor particular de un comercio o el pasajero de un vuelo comercial lleguen a responder, según las circunstancias, de las deudas salariales o de Seguridad Social del comercio o la compañía aérea con sus trabajadores;

porque no se da, en este caso, ningún tipo de conexión, remota, mediata o potencial, entre el usuario y el trabajador asalariado. Así, a la luz de esta realidad económica y jurídica que subyace tras el fenómeno de la externalización productiva, comparto el criterio expuesto en las SSTC del asunto Samoa y la STS del asunto Pressprint; y considero, asimismo, que en un supuesto de hecho como el que se da en el caso Altrad también se produce, en efecto, una vulneración del derecho a la huelga de los trabajadores implicados²⁸⁹.

4. Conclusiones

Por todo cuanto se ha expuesto, entiendo que, tal y como expone el Tribunal Constitucional en sus sentencias del asunto Samoa, la empresa principal de una contrata habrá de responder de los actos que vulnerasen el derecho a la huelga, la garantía de indemnidad o cualesquiera otros derechos fundamentales de los trabajadores que prestasen sus servicios en el marco de dicha contrata; pues lo contrario originaría una gravísima limitación -cuando no la completa eliminación- de tales derechos, lo que sería constitucionalmente inaceptable. Y, asimismo, en relación a las SSTC de los asuntos Pressprint y Altrad, opino que no cabe limitar el nacimiento de esta responsabilidad de la empresa principal a los supuestos en los que se encontrase vinculada con la empresa contratista a través de la pertenencia al mismo grupo de empresa; sino que el único factor determinante será que la empresa en cuestión haya vulnerado, o no, con sus propios actos los derechos fundamentales de los empleados de la contratista.

No obstante, resulta evidente que una cuestión tan trascendente como la que aquí se analiza no puede resolverse sin el soporte de un marco jurídico cierto y consistente. En efecto, todo este conjunto jurisprudencial

²⁸⁹ No obstante, en un sentido contrario, algunas de las voces más autorizadas dentro de la doctrina científica entienden que el art. 28 de la CE prevé una medida de presión colectiva dirigida en exclusiva frente al empresario, no frente a terceros, y siempre dentro del marco del contrato de trabajo; de modo que las empresas clientes de Altrad no estaban obligadas a soportar el daño derivado de la huelga de sus trabajadores y, por tanto, no habrían vulnerado este derecho: Desdentado Bonete, A.: “Ecos de Samoa...”, *op. cit.*, pp. 4-6. En el mismo sentido, se afirma que “la huelga producida en el seno de una empresa contratista constituye un hecho jurídico por completo ajeno a la empresa principal”; si bien este comentario va referido a una serie de sentencias anteriores a la jurisprudencia del TC del caso Samoa, del año 2010: Sala Franco, T., López García De La Riva, I., *Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 57.

pone de relieve el problema que existe en torno a la lesión de derechos fundamentales de los trabajadores empleados en una contrata cuando los actos lesivos son imputables a la empresa principal. Sin embargo, las soluciones aportadas no son suficientes. No podrían serlo, dada la dimensión del problema. Esta incapacidad material de la jurisprudencia para resolver la cuestión planteada, por sí misma y al margen de una regulación positiva y específica, se refleja muy gráficamente, por ejemplo, en las dificultades que reconoce el propio TC en sus sentencias del caso Samoa respecto a la ejecución del fallo.

Por lo tanto, se hace absolutamente necesario proveer soluciones a este problema a través de la vía legislativa. En efecto, la externalización productiva no puede ser una grieta por la que se diluya la protección de los derechos fundamentales del trabajador; de modo que, a mi juicio, resulta inexcusable plantear una reforma normativa que implemente un régimen de responsabilidad del empresario principal ante la lesión de estos derechos, a los que la Constitución atribuye la más elevada categoría. Pues, ¿qué sentido tendría que protegiésemos el derecho al salario o las deudas de Seguridad Social responsabilizando a la empresa principal ante incumplimientos imputables a la contratista y, en cambio, dejásemos sin ninguna cobertura la lesión de un derecho fundamental derivada de actos llevados a cabo por la propia empresa principal?

5. Bibliografía

Desdentado Bonete, A., “Reflexiones sobre el caso Coca Cola Iberian: Un comentario a la Sentencia de 12 de junio de 2014 de la Audiencia Nacional y a la Sentencia de 20 de abril de 2015 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 4/2015.

Desdentado Bonete, A., “Ecos de Samoa: sobre la expansión del derecho de huelga fuera del contrato de trabajo. El caso Altrad”, *Revista de Información Laboral*, n. 2/2017.

Durán López, F., García-Perrote Escartín, I., Rey Guanter, S., Sagardoy Bengoechea, J.A., Villa Gil, L.E., “Los derechos fundamentales, el despido y las contratas”, *La Ley*, 7428/2012.

García-Perrote Escartín, I., Mercader Uguina, J.R., “Los límites de la sustitución virtual de trabajadores y del recurso a procesos de descentralización durante la huelga en la doctrina reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo”, *Revista de Información Laboral*, n. 6/2017.

- Moreno Cáliz, S., “Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga. Comentario a la sentencia del pleno del Tribunal Constitucional 75/2010, de 19 de octubre de 2010”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 24/2011.
- Preciado Domenech, C.H., “Huelga y subcontratas: el caso Altrad Rodisola”, *www.rojoynegro.info*.
- Ramírez Martínez, J.M., “Sustitución de huelguistas en supuestos de contratas y de empresas de trabajo temporal”, *La Ley*, 2990/2014.
- Sala Franco, T., López García De La Riva, I., *Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013.
- Selma Penalva, A., “La configuración de las causas productivas en el despido objetivo después de las últimas reformas normativas: especial referencia al caso Coca Cola”, *NREDT*, n. 177/2015.
- Varela Autran, B., “Despido colectivo en Coca Cola: nulidad por violación de derecho de huelga parcial declarada después de iniciado el trámite del despido (Comentario a la STS, Sala 4.ª, de 20 de abril de 2015, recurso nº 354/2014)”, *La Ley*, n. 4213/2015.

La contratación pública de servicios en la administración como el gran mercado de la subcontratación y un problema: la práctica colusoria o del reparto de la tarta creando un *monopsonio*

Jesús DE VAL ARNAL*

RESUMEN: La Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 15 de Enero del 2015, del expediente S/0429/12 sobre el del sector de recogida y limpieza de residuos urbanos y residuos industriales, alumbra una sanción de alrededor de 100 millones de Euros impuesta a unas 41 sociedades y 3 asociaciones de empresarios por prácticas de reparto del mercado. Esta Resolución ha sido revisada, hasta la fecha, por 30 Sentencias de la Audiencia Nacional en las que se ha tratado sobre la infracción continuada de la Ley de la Competencia, así como de la legalidad de la entrada y registro en los domicilios de las personas jurídicas, y la caducidad del procedimiento. Este artículo estudiará la resolución y las Sentencias. La Contratación Pública Española en materia de servicios supone para este sector una gran parte de los ingresos así como para los trabajadores permite el mantenimiento de sus puestos de trabajo. Por ello la práctica del reparto de las contrataciones impidiendo una auténtica libertad de competencia hace que la figura del comprador único (monopsonio) pudiera llegar a ser un auténtico problema al poder sancionar a estas empresas con la prohibición de contratar con la Administración Pública y por ende dificultades en las relaciones laborales.

Palabras clave: Contratación Pública, subcontratación, competencia, infracción continuada, monopsonio.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El derecho a la inviolabilidad del domicilio y la orden de entrada en las empresas por motivo de la inspección de la comisión nacional de la competencia. 3. La caducidad del procedimiento. 4. La infracción continuada. 5. Las consecuencias de la sanción para las relaciones laborales. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

* Profesor TEU de Derecho del Trabajo de la Universidad de Zaragoza.

The public procurement of services in the administration as the great market of the subcontractation and a problem: The collusive practice or the distribution of the pie creating a *monopsony*

ABSTRACT: The Resolution of the Chamber of Competition of the Council of the National Commission of Markets and Competition of January 15, 2015, file S / 0429/12 on the sector of collection and cleaning of urban waste and industrial waste, illuminates a sanction of around 100 million Euros imposed on some 41 companies and 3 business associations for market share practices. This Resolution has been reviewed, to date, by 30 Sentences of the National Court in which it has dealt with the continued infringement of the Law of Competition, as well as the legality of entry and registration in the homes of persons legal, and the expiration of the procedure. This article will study the resolution and the Sentences. The Spanish Public Procurement in the matter of services supposes for this sector a great part of the income as well as for the workers allows the maintenance of their jobs. For this reason, the practice of the distribution of contracts preventing an authentic freedom of competition makes the figure of the sole buyer (monopsony) could become a real problem to be able to sanction these companies with the prohibition of contracting with the Public Administration and for he has difficulties in labor relations.

Key Words: Public Contracting, subcontracting, competition, continuous infringement, monopsony.

1. Introducción

Como nos enseñó el Prof. Rivero Lamas el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nos puede llevar a conocer de asuntos tangenciales a nuestra Área de conocimiento pero que inciden, siempre, en las relaciones laborales.

La Resolución sancionadora de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante SCCCNMC) de 15 de Enero del 2015, es la conclusión a un procedimiento que se inició el 16 de julio de 2012 con el nº S/0429/12, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen, en su caso, la incoación de expediente sancionador, después de un año de inspecciones en las sedes de las empresas y con 17.183 folios de expediente. La resolución sancionadora por práctica colusoria afectaba a 54 sociedades y tres asociaciones de empresarios del sector de limpieza urbana y recogida de residuos industriales. Sin duda un caso de gran envergadura que en estos momentos también ha fructificado en 30 Sentencias de la Audiencia Nacional que han revisado tal resolución²⁹⁰.

La importancia de la contratación pública para este sector, y para todo el sector servicios, es de tal calado, como demuestra que en Presupuestos del año 2015 de la Administración General del Estado, de las Comunidades

²⁹⁰ 1.- SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), sentencia de 27 febrero 2018. (RJCA 2018\81); 2- Sentencia de 22 febrero 2018. (JUR 2018\66237); 3- sentencia de 28 diciembre 2017. (RJCA 2017\868); 4- sentencia de 28 diciembre 2017. (JUR 2018\59833); 5- sentencia de 26 febrero 2018. JUR 2018\66008; 6- sentencia de 23 febrero 2018. JUR 2018\66238; 7- sentencia de 22 febrero 2018. JUR 2018\66940; 8- sentencia de 10 enero 2018. JUR 2018\59376; 9- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\26629; 10- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\26628; 11- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\26627; 12- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\26307; 13- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\26306; 14- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\26137; 15- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\25946; 16- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\25944; 17- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\25943; 18- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\25777; 19- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\25613; 20- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\25612; 21- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\25610; 22- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\25462; 23.- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\25461; 24- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\25460; 25- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\60490; 26- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\59369; 27- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\59368; 28- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\60335; 29- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\60334; 30- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\59667.

Autónomas, de la Administración Institucional y de las Corporaciones Locales, a través de la Contratación Pública, en la actividad de prestación de servicios, dónde la mano de obra es esencial, el gasto alcanzó unos 12.000.000.000 millones de euros. Pues bien, en este sector de la recogida de residuos urbanos e industriales así como la limpieza, estaríamos hablando de unos 5.000 millones de euros²⁹¹ de la contratación pública.

El expediente y la sanción lo son por conductas prohibidas del artículo 1 de la LDC y en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (RCL 1989, 1591), de Defensa de la Competencia (en adelante LDCV), dos normas de tipificación debido a los años en que se considera la infracción continuada: por el repartos de clientes públicos y privados, de actividades, fijación de condiciones comerciales y decisiones o recomendaciones colectivas con el objeto y/o efecto de restringir la competencia, todo ello referido a mercados de producto ligados a las actividades de gestión de residuos y de saneamiento urbano (lo cual abarca alcantarillado, tratamiento de aguas, etc.) en varias comunidades autónomas del territorio nacional, e incluso en el conjunto del territorio nacional.

No existe unanimidad en la Resolución sancionadora, ya que existen dos votos particulares, que tratan desde los problemas de aplicación del principio de Jerarquía Normativa, del Principio de Legalidad y del Principio de Proporcionalidad de las Sanciones²⁹², así como de la caducidad del procedimiento e incluso de la forma del cálculo de la cuantía de la multa. Esta disparidad en la interpretación de la normas se volverá a repetir en la Audiencia Nacional.

Y por ello, nuestro artículo se centrará en:

- en primer lugar las cuestiones procedimentales, sin entrar en el fondo, que hayan causado lesiones a los derechos fundamentales de las personas jurídicas: el derecho a la inviolabilidad del domicilio, así como el principio de seguridad jurídica por la falta de cumplimiento de los plazos. Estas dos cuestiones en las 30 Sentencias de la Audiencia Nacional no han sido estimadas, pero si cuentan con votos particulares sobre todo en lo que atañe a la caducidad del procedimiento que parecen muy contundentes.
- en segundo lugar la infracción continuada al art. 1 de la LDC;
- en tercer lugar en las posibles consecuencias sobre las relaciones laborales de estas empresas.

Sin duda es apasionante observar el arduo trabajo de la CDC, el trabajo de la Abogacía del Estado, el de los abogados de las empresas y Asociaciones

²⁹¹ Informe DBK Servicios Urbanos: <https://www.dbk.es/es/estudios/15535/summary>.

²⁹² Voto particular discrepante que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz, pp. 170 a 181 y el del Consejero D. D. Benigno Valdés Díaz, pp. 182 a 197 cuyo criterio supondría que las sanciones alcanzasen 323 millones de Euros.

Empresariales, así como el de la Audiencia Nacional, todo ello bajo el temor de que las sanciones se convirtieran en definitivas y se abriera la aplicación del art. 72 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP2017), y la declaración de la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas con lo que nos encontraríamos ante una consecuencia futura y directa con respecto a los trabajadores: la desaparición de la empresa, si bien la subrogación establecida en los convenios colectivos serviría de red garantizadora del contrato de trabajo. Un caso difícil, complicado, y con el marco de la Potestad Sancionadora de la Administración que nos recuerdan las palabras del Profeta Oseas: *Pues siembran vientos, recogerán tempestades*²⁹³.

2. El derecho a la inviolabilidad del domicilio y la orden de entrada en las empresas por motivo de la inspección de la Comisión Nacional de la Competencia

El estudio de la titularidad del derecho a la inviolabilidad de domicilio, reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución, exige principalmente dar respuesta a dos órdenes de cuestiones: a saber su extensión a las personas jurídicas²⁹⁴, tanto las de carácter privado como las de ámbito público, y, la problemática de su ejercicio en los supuestos de titularidad plural o compartida. Si en ámbito del Derecho administrativo sancionador, las personas jurídicas son sujetos con capacidad infractora, esto es, imputables de ilícitos administrativos y, por ello, sancionables, tienen sin duda el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en un previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio de culpabilidad. Pues bien, la Sección 6ª de la AN planteó de oficio a las partes para que alegasen sobre los efectos que pudiera tener la reciente sentencia del Tribunal Supremo dictada en fecha 31 de octubre de 2017 (RJ 2017, 5102) en relación con la validez de la orden de investigación (en adelante OI) emitida por la CNMC para llevar a cabo la inspección en la sede de las empresas pero sólo lo plantea en dos

²⁹³ Oseas 8-7, “El castigo”, *Antiguo Testamento*, BAC, Madrid, 1975, p. 1177.

²⁹⁴ Sobre la extensión de los Derechos Fundamentales a las personas jurídicas: Lasagabaster, K., *Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho público*, Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. García de Enterría, Ed. Civitas. Madrid, 1991, p. 674.

Sentencias²⁹⁵, en concreto las del mes de febrero del 2018. En la Resolución sancionadora de la SCCCNMC ya se exponía, sobre la base de diversos autos de los Juzgados de lo Contencioso, la proporcionalidad de la solicitud de entrada e inspección.

En relación con los indicios que llevaron a la Dirección de la Competencia (en adelante DC) a iniciar el presente procedimiento sancionador, el acuerdo de 16 de julio de 2012 expresa que la misma es necesaria porque se dispone de cierta información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en los mercados de recogida, transporte y tratamiento de residuos.

A ello hay que añadir que, tal y como la DC manifiesta, todas las órdenes de investigación del presente expediente permitían identificar los elementos esenciales fijados en el artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008 por el que se aprueba el reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia, (en adelante RDC), en concreto su objeto y su ámbito, tanto de producto como geográfico²⁹⁶.

En cuanto a la nulidad de las inspecciones motivada por la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las inspeccionadas, en la medida en que para todas y cada una de las inspecciones ordenadas la DI solicitó autorización judicial de entrada en domicilio, siendo todas ellas concedidas, no procede considerar vulnerado el mencionado derecho fundamental.

En todos los casos eran necesarios los permisos de autorización de los Juzgados. En los autos de autorización se menciona en todo caso, como prueba de la necesidad, la proporcionalidad y legalidad de las inspecciones a realizar²⁹⁷.

Para la AN no se han proporcionado argumentos que permitieran concluir que la selección documental realizada durante la inspección de su sede se realizara sin atender a unos criterios específicos y razonados de búsqueda, coherentes con la propia OI, como pone de manifiesto la relación de palabras significativas usadas como apoyo en la selección documental y que se proporcionó a las inspeccionadas al final de la inspección. Las Actas de Inspección reflejan que las inspecciones se

²⁹⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 27 febrero 2018, (JUR\2018\64247) y de 22 de febrero del 2018 (JUR\2018\66237).

²⁹⁶ En relación con la concreción del objeto de las inspecciones, conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013 trata sobre el contenido del artículo 13 del RDC.

²⁹⁷ Ver los diversos autos mencionados por la Resolución sancionadora pp. 60 y ss. en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/561162_1.pdf.

desarrollaron conforme a los estándares de procedimiento legalmente previstos y habituales y de acuerdo con los estándares de proporcionalidad y corrección exigibles, como se desprende de su lectura.

La clave para salvaguardar la presunción de inocencia se encuentra en los requisitos que debe reunir la OI a fin de preservar el derecho a la inviolabilidad del domicilio, pero también la presunción de inocencia frente a solicitudes de entrada en el domicilio de las empresas afectadas en una investigación de la CNMC por posibles prácticas restrictivas de la competencia y así la Orden deberá cumplir unos requisitos de doble naturaleza:

Por una parte, y desde un punto de vista formal, deberá completar las indicaciones previstas en el artículo 13.3 del RDC, esto es: *el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y, el alcance de la misma. La autorización escrita incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la LDC, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones ni obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia. También deberá indicar los recursos que procedan contra la misma.*

Por otra parte, ya desde un plano material, y para garantizar el derecho de oposición de la entidad investigada, deberá describir las características básicas de la infracción en cuestión, identificando el mercado de referencia, los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de las presuntas infracciones.

El criterio asentado por la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2017 (RJ 2017, 5102), debió ser aplicable en el expediente S/0429/12 en que la OI²⁹⁸. Así pues, nada se especifica en la OI sobre el fundamento de la inspección que allí se acuerda y *nada se dice en la Orden acerca de qué concretas razones determinan la necesidad de la medida interesada de entrada en las sedes*. Ahora bien, para la Sala 6ª de lo Contencioso Administrativo de la AN esta falta del contenido no determina, sin más, la nulidad de la OI pues una cosa son los elementos que la OI debe contener que es a lo que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo al analizar la negativa de un Juzgado de lo Contencioso a autorizar la entrada en la sede de una empresa con fundamento en tal orden, y otra que, en el marco de la investigación de un presunto cartel de empresas la omisión de alguno de ellos se traduzca en una efectiva indefensión para la empresa sometida a ella pues ese aspecto es el relevante y al que tendencialmente se dirige el

²⁹⁸ Fundamento de Derecho Quinto de la AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), sentencia de 27 febrero 2018. RJCA 2018\81.

criterio sentado por el Tribunal Supremo.

Pero en realidad la inviolabilidad del domicilio protege otro Derecho Fundamental que es la presunción de inocencia y éste es la clave.

3. La caducidad del procedimiento

El expediente sancionador fue incoado el 4 de julio de 2013, por lo que el plazo para notificar la resolución sancionadora vencía el 4 de enero de 2015. La resolución sancionadora fue dictada el 8 de enero de 2015 y notificada a las empresas y asociaciones de empresario el 15 de enero de 2015.

Sucedo, sin embargo, que por Acuerdo de fecha 27 de noviembre de 2014, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, acordó suspender el plazo máximo para resolver el expediente de referencia hasta que por parte de unas empresas se aportasen los datos relativos al volumen de negocio consolidado en el sector de residuos y saneamiento urbano, relativo a los años 2010 a 2013. La suspensión fue levantada mediante Acuerdo de 18 de diciembre, con efectos de 16 de diciembre de 2014.

Al notificar a las empresas la resolución sancionadora, el 15 de enero de 2015, se le notificó también el acuerdo de suspensión de 18 de diciembre de 2014. La suspensión del procedimiento fue notificado inicialmente sólo a los destinatarios de esa solicitud de información, no a todos los interesados en el procedimiento sancionador, incumpliendo lo dispuesto en el art. 37.5 de la LDC, cuando dice que: "Contra el acuerdo que resuelva sobre la suspensión o sobre la ampliación de plazos, que *deberá ser notificado a los interesados*, no cabrá recurso alguno en vía administrativa. Pues bien la pregunta a resolver es: ¿tal incumplimiento determina la caducidad del procedimiento ya que para estas empresas no se había suspendido el plazo para resolver?

El art. 12.2 del RDC establece que: "(...) acuerdo de levantamiento de la suspensión será *igualmente* notificado a los interesados". El adverbio *igualmente* solo puede significar que el acuerdo de suspensión debe notificarse a los interesados en el procedimiento sancionador y estos son todas las empresas investigadas. Pues bien, para la Sala de lo contencioso administrativo de la AN la falta de comunicación no va en contra de lo dicho por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de marzo de 2015 (PROV 2015, 89377), que aprecia caducidad respecto de aquellos a los que no se notificó la suspensión. Sin embargo, para los Magistrados D. Ana Isabel Resa Gómez y D. José Guerrero Zaplana sí que se ha producido una irregularidad en el procedimiento y el plazo para dictar la

resolución había terminado en el procedimiento y por ello se debería estimar la nulidad del mismo²⁹⁹.

4. La infracción continuada³⁰⁰

Sobre la base de la figura penal regulada en el art. 74 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, hemos de señalar que en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador la infracción continuada se regula, si se puede admitir como regulación, en el art. 29.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP). Aunque ya existía una ordenación de la misma como ha señalado la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) Sentencia de 1 diciembre 2009. (RJCA 2010\139) en el artículo 4.6 del RD 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (en adelante RPEPS).

Sí que ha existido una llamada de atención sobre que esta norma reglamentaria y entender que la misma no cubre la laguna y por ende existe falta de cobertura legal de la figura como se ha apuntado por la Sentencia AN de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 de enero de 2010 (PROV 2010, 43020) (Sec. 8.ª). Esta sentencia se refiere a la ausencia de explícita cobertura legal de la institución contenida en el artículo 4.6 del RPEPS y considera inaplicable al caso concreto la institución *porque comportaría contravención de la necesaria proporcionalidad entre la infracción y la sanción; porque, por la singular naturaleza económica de la actividad, iría en fomento de la infracción en lugar de operar el principio de prevención (general y especial)*. Ahora en nuestro Ordenamiento disponemos de los siguientes artículos que intentan regular la infracción continuada: así en el art. 63 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con ocasión del inicio de los procedimientos sancionadores en su apartado 3º y en la LRJSP, en concreto en el art. 29 sobre graduación de las infracciones, y el art. 30.2 sobre el plazo de prescripción de las infracciones continuadas o permanentes.

Pero aún, con estas llamadas a la figura de la infracción continuada, no

²⁹⁹ Este voto particular se mantiene conjuntamente por los Magistrados citados anteriormente en 19 sentencias; en 7 sólo lo suscribe el Magistrado Zaplana y sin voto particular en 4 de las 30 que han revisado la resolución sancionadora de la SCCNMC.

³⁰⁰ Sobre el tema el trabajo más reciente que recoge las últimas Sentencias: Górriz Gómez, B., “La infracción continuada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 8, 2017, parte Legislación, doctrina (BIB 2017\12726).

podemos hablar de una regulación concreta que permita que se cumpla una de las manifestaciones específicas del principio de legalidad en materia sancionadora: que el tipo de lo ilícito debe ser previsto en una ley con una adecuada descripción de todos sus elementos.

La AN elabora, sobre la base de las Sentencias de los órganos jurisdiccionales comunitarios, el tipo para considerar que exista la infracción continuada.

De acuerdo, con el artículo 4.6 del RPEPS citado y la jurisprudencia invocada³⁰¹, la apreciación de una infracción continuada exige la presencia de una pluralidad de acciones u omisiones, que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, y que las mismas se hayan realizado en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

No hay evidencia de que en el supuesto del expediente S/0429/12 por la CNMC exista tal infracción. Pero estos árboles que constituyen las 30 Sentencias de la Audiencia Nacional no deben obviar el problema (el bosque) que constituye que una figura como la infracción continuada, no tenga una regulación, es decir, no existe esa infracción y por consiguiente la consecuencia jurídica es la más sencilla siguiendo al Marques de Beccaria: *nulla pena sine previa legge*.

5. Las consecuencias de la sanción para las relaciones laborales

En la resolución sancionadora de la SCCCNMC no se dispone de la posibilidad de implantar la prohibición en la contratación pública de estas Sociedades del sector de recogida de residuos. Las denominadas consecuencias accesorias (prohibición de contratación, inscripción en el listado de empresas sancionadas) derivadas de una infracción administrativa o de un delito penal mantienen una vieja disputa teórica sobre su naturaleza jurídica³⁰²: ¿son una sanción?. De todo ello, se podría

³⁰¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 junio 2015, asunto C-263/2013; sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012 (TJCE 2012, 371), Asunto Verhuizingen Coppens, C- 441/11; sentencia de 6 de febrero de 2014, asunto T-27/10 AC- Treuhand AG; de 17 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 116) Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie Trelleborg Industrie; sentencia de 16 de junio de 2011 (TJCE 2011, 199), Asunto T-211/08, Puffers International NV.

³⁰² Así, Morell Ocaña, L., "Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas (arts. 10 a 23 de la Ley)", en Gómez-Ferrer Morant, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004 (2.ª ed.), pp. 157 a 159, señala que, es muy nebulosa la distinción entre ambas figuras. Sin embargo en Ruiz Ojeda, A., *Derecho de la contratación pública y regulada*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 180 y 181, se defiende el carácter genuinamente sancionador de las prohibiciones.

concluir que esta medida prohibitiva sí tiene un carácter pseudo-sancionador, al conllevar efectos desfavorables para el interesado y perjuicio en sus derechos, si bien nuestros tribunales se ha manifestado reiteradamente en contra de la ecuación: *prohibiciones de contratar es igual a sanción administrativa*. Los Tribunales del Orden Contencioso Administrativo parecen tenerlo muy claro. La Audiencia Nacional en su Sentencia de 23 mayo del 2016 (JUR\2016\130556), así lo establece recogiendo lo fundamentado por otras anteriores del mismo Tribunal³⁰³. Así mismo, el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 31 de mayo de 2007 (RJ 2007, 5402), 1 de junio de 2007 (RJ 2007, 5405) y en las que allí se citan, establecen que la prohibición de contratar no tiene carácter sancionador. Sin embargo el Tribunal Constitucional en la STC Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1990, de 29 de marzo (RTC 1990, 61) parece reconocer el carácter sancionador de la misma y al no aplicar principios propios del Derecho Administrativo Sancionador decide revocar la decisión de pérdida de la licencia de Detective Privado.

Pero la cuestión es que no se analiza con profundidad por qué³⁰⁴ tales medidas no tienen carácter sancionador, si bien, al ser un acto limitativo de derechos, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1990, de 29 de marzo, deben aplicarse a éstas ciertos principios y garantías propios del procedimiento sancionador.

La CNMC, en el informe que emitió sobre el anteproyecto LCSP2017 al analizar las causas de prohibición de contratar, señalaba *que sería conveniente dejar a este órgano un margen de apreciación*. Y pone como ejemplo el *programa de clemencia*, advirtiendo que podría ponerse en riesgo su efectividad si no se pudiesen eximir de esta prohibición a los operadores que se acojan a este programa.

Conviene recordar que la incursión en prohibición de contratar no constituye causa de resolución del contrato, por lo que la declaración de prohibición de contratar no afectará a contratos vigentes. Así lo entendió la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 45/13, de 26 de febrero de 2015, en el que al tratar esta cuestión en relación a una

³⁰³ Las Sentencias de Audiencia Nacional, entre otras las Sentencias de fecha 15 de diciembre de 2011 (JUR 2011, 436010); 14 de mayo de 2009 (JUR 2010, 332048); 11 de diciembre de 2008 (JUR 2009, 34893) y 18 de enero de 2006 (JUR 2006, 243880) todas ellas de la Sección Sexta ha declarado que esta prohibición de contratar no es una sanción. También la Sentencia de 15 abril 2013 (JUR 2013\160983) de la AN Sala 7ª mantiene el carácter no sancionador.

³⁰⁴ Sobre el tema el último trabajo de Huergo Lora, A., “La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia”, *REDA*, n. 182, 2017, parte Estudios, Editorial Civitas, SA, Pamplona, 2017, BIB 2017\506.

consulta de un Ayuntamiento que solicita informe acerca del alcance de los efectos de la prohibición de contratar sobre contratos en vigor en el momento en que se acuerda la misma. El Ayuntamiento acordó la resolución de uno de los contratos por causa de incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato imputable al contratista y la consecuente prohibición de contratar quedando vigente el otro de los contratos, dice: “En el artículo 223 del TRLCSP2011, se establece que no son causa de resolución de los contratos la prohibición de contratar en las que incurra el adjudicatario, como indica la propia Resolución, pero lo que dice el art. 223 del TRLCSP2011 es que no se encuentra en las causas de resolución no por que lo diga expresamente o literalmente”³⁰⁵. Esto es, el hecho de que se acuerde la prohibición de contratar afecta a la aptitud del contratista para contratar que a partir de ese momento carecerá de ella (art. 73 LCSP2017). No así a los contratos de los que resulte adjudicatario en un momento anterior, aunque consecuencia del incumplimiento de cualesquiera de ellos, incurra en prohibición de contratar. Los efectos de la prohibición de contratar se producen desde la fecha en que se inscribe la misma en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Contratistas del Estado, sin que llegue a producir eficacia retroactiva respecto de los contratos que están en vigor en el momento en que se acuerde aquélla. No hay duda de que dicha circunstancia determinará que, en muchas ocasiones, la declaración de prohibición por prácticas anticompetitivas carezca de virtualidad en la medida en que la entidad sancionada, especialmente si se trata de una gran empresa, podrá mantener contratos vigentes de larga duración.

Otras voces, que se han dejado oír sobre este tema, se recogieron en el dictamen 4/2006, de 20 de febrero, del Consejo Económico y Social, al anteproyecto de la LCSP del año 2007 y en el voto particular de los consejeros del grupo segundo, es decir los designados por las organizaciones empresariales más representativas dijeron que: *las prohibiciones de contratar, teniendo en cuenta la relevancia que tienen para las empresas, deben ser consideradas como derecho sancionador y atenerse a los principios que lo rigen, máxime cuando al órgano de contratación se le permite instar estas prohibiciones, incluso, por nuevas circunstancias accesorias o puramente formales*³⁰⁶.

Si no tuviera ese ánimo coercitivo, correctivo, y punitivo, no se recogería

³⁰⁵ Para consultarla en: <https://seu-e.cat/documents/28142/3674220/Junta+Consultiva+Contractacio+Administrativa+prohibicio+de+contractar.pdf/8f40647a-51fb-48cf-bc07-7d56db291f81>.

³⁰⁶ Así se recoge en AA.VV. (Mestre Delgado, J.F. y Manent Alonso, L. dirs.), *La Ley de Contratos del sector público ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*, Ed Tirant Lo Blanch, Valencia 2018, p. 385.

la posibilidad de suspender la prohibición o de dejarla sin efecto en este mismo artículo, a través del programa de clemencia cuyo procedimiento se regula en el RDC, en el capítulo II, arts. 46 a 53.

La gravedad para las empresas de la prohibición de contratar, nos llevaría a una causa productiva que permitiera la extinción de los contratos en aplicación del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores. En este caso la medida tendría una doble consecuencia, para la empresa y los trabajadores. Sin contratación pública las 43 empresas sancionadas se encontrarían abocadas al cierre de su actividad.

6. Conclusiones

Primera: El Derecho de la Competencia, en caso de su conculcación por prácticas contrarias al art. 1 de LDC que acarreen sanciones administrativas de multa y otras consideradas accesorias pero que incluso pueden ser más duras que la propia multa como lo es la prohibición de la contratación pública regulada en el art. 71 y sgs de la LCSP2017, puede tener consecuencias graves para las relaciones laborales de éstas empresas.

Segunda: La Contratación Pública de Servicios de la Administración es el gran mercado de la Subcontratación. El sector de recogida de residuos ha intentado repartirse el mercado mediante la figura del monoposonio durante más de 10 años.

Tercera: La Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 15 de Enero del 2015, del expediente S/0429/12, ha puesto sobre la mesa un grave problema y a la vez cuestiones jurídicas de gran calado, como son la falta de regulación de la infracción administrativa continuada, la necesidad de concretar la naturaleza jurídica de la prohibición de contratar con la Administración Pública y el derecho a regular con exhaustividad el contenido de las Ordenes de inspección como actividad previa en los procedimientos sancionadores que no limiten el Derecho a la presunción de inocencia y la inviolabilidad del domicilio de la personas jurídicas.

Cuarta: Más de 17.000 folios de expediente, 30 Sentencias de la Audiencia Nacional no han cerrado un caso que nos plantea grandes dificultades, aún siendo un pequeño país, en el marco de la contratación pública y de las prácticas de las empresas para limitar la competencia y así permitir un único licitador ante la Administración que tiene que limpiar nuestras calles, recoger nuestras basuras y los residuos industriales. Ahora le toca al Tribunal Supremo resolver los recursos de casación, pero a las empresas que les han devuelto la cantidad de las multas pagadas, por los fallos de las

Sentencias de la Audiencia Nacional, de momento les ha correspondido alrededor de un 9,5 % de interés legal del dinero por las cantidades pagadas, que pagamos todos los ciudadanos. Un caso complicado que demuestra que el Derecho no es una ciencia exacta sino un Arte.

7. Bibliografía

AA.VV. (Mestre Delgado, J.F., Manent Alonso, L. dirs.), *La Ley de Contratos del sector público ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*, Ed Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

Górriz Gómez, B., “La infracción continuada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 8, 2017, parte Legislación, doctrina (BIB 2017\12726).

Huergo Lora, A., “La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia”, *REDA*, n. 182, 2017, parte Estudios, Editorial Civitas, SA, Pamplona, 2017 (BIB 2017\506).

Lasagabaster, K., *Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho público*, Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. García de Enterría, Ed. Cívitas, Madrid, 1991.

Morell Ocaña, L., “Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas (arts. 10 a 23 de la Ley”, en Gómez-Ferrer Morant, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004.

Ruiz Ojeda, A., *Derecho de la contratación pública y regulada*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

Web sites

<https://www.cnmc.es/>.

<https://www.dbk.es/es/estudios/15535/summary>.

La protección de datos de carácter personal en los procesos de búsqueda de empleo, por Olga García Coca

Una reseña

En la denominada era de las TIC, el mercado de trabajo se tiene que adaptar a la evolución de los mecanismos tecnológicos, los cuáles se han adherido con gran virulencia a los procesos de búsqueda de empleo. La implantación de estos mecanismos, por tanto, en los distintos medios de intermediación laboral está vinculada no sólo al procesamiento de información de los desempleados que buscan empleo a través de los mecanismos tradicionales, sino a la utilización de otras herramientas informáticas con ese mismo objetivo. Lógicamente, la introducción de las TIC en los procesos de acceso al empleo conlleva una serie de consecuencias jurídicas que, de forma directa, están relacionadas con una intromisión en la vida privada de los demandantes de empleo, circunstancia que se materializa en una posible colisión con el derecho a la protección de datos.

La editorial Laborum ha publicado una obra de gran interés e impacto en este ámbito: “La protección de datos en los procesos de búsqueda de empleo”. Esta monografía analiza la protección de datos de aquellos ciudadanos que se encuentran en situación activa de búsqueda de empleo, centrándose en dos aspectos distintos: en el procesamiento de la información personal que se lleva a cabo a través de los distintos mecanismos de intermediación laboral, y en el tratamiento de la información personal de esos candidatos cuando ya han sido seleccionados y contratados por las empresas que ofrecen el empleo. Es en este momento cuando se solicitan los datos con la finalidad de suscribir el contrato de trabajo y se integran en la base de datos del departamento de recursos humanos de la empresa.

Para poder dirimir qué situaciones son atentatorias del derecho a la

protección de datos de carácter personal en estos supuestos, la autora identifica la información que maneja el empresario para determinar si esta se puede considerar de carácter personal y, por tanto, encajar en la definición dada en la LOPD. Para ello, atiende al concepto, establecido en el art. 3 a) de la LOPD, que considera dato de carácter personal: *“Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*, por lo que se puede decir que gran parte de la información de los demandantes de empleo constituye lo que la normativa sobre protección de datos considera dato de carácter personal. En este contexto, se distinguen los tipos de datos que necesita el empresario para llevar a cabo las funciones relacionadas con la gestión de los recursos humanos, pues existen determinadas informaciones que gozan de una protección especial en la legislación sobre protección de datos: los datos relativos a su salud, ideología, religión, creencias, vida sexual, etc.

En la monografía se aprecia, seguramente debido a un condicionamiento de índole práctico, la necesidad de acotar el tema, pues sólo se analizan aquellos aspectos referidos al tratamiento, es decir, las actuaciones empresariales encuadrables en el art. 3 c de la LOPD: *“operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”*.

La obra se divide en cinco capítulos. El capítulo inicial aborda la delimitación del derecho a la protección de datos, tratando su dimensión constitucional y su independencia y autonomía frente a otros derechos como pudiera ser el de intimidad, el secreto de las comunicaciones y el derecho a la propia imagen. Este capítulo pretende dar una visión general de lo que es el derecho a la protección de datos para ir tratando las posibles colisiones que puedan plantearse en el ámbito de la búsqueda de empleo.

Como es sabido, el demandante de empleo pretende flexibilizar su búsqueda de trabajo acudiendo a empresas especializadas en esta actividad o dirigiéndose a los servicios de recursos humanos existentes en las propias empresas que demandan trabajadores. Con objeto de abordar esta problemática se redacta el segundo capítulo en el que la autora hace una descripción detallada de las empresas que funcionan como intermediarias laborales teniendo en cuenta lo establecido en el art. 31 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo. Con especial atención a lo establecido en el precepto, se delimitan los mecanismos de intermediación más utilizados por los ciudadanos y como se tratan los datos personales solicitados a los

demandantes de empleo y si cumplen para ello lo previsto en la LOPD. Sobre este aspecto, se hacen distinciones entre los tratamientos de datos que puede hacer una empresa de trabajo temporal y una agencia de colocación, o el propio servicio de empleo pues, como es conocido, las funciones de estas entidades presentan diferencias importantes.

Dentro de este capítulo se hace mención también a los sistemas de selección 2.0, donde adquiere gran notoriedad la instalación de las TIC y su configuración, en determinadas ocasiones, como meros instrumentos de intermediación laboral. Lógicamente, la incursión de los medios tecnológicos en la empresa también ha promovido nuevos retos para la intermediación laboral, pues la existencia de un espacio de intercambio de información en la red que puede ser consultado de forma privada o pública por los agentes de intermediación supone un instrumento de colaboración en la tarea de buscar candidatos para las ofertas de trabajo que promocionan.

En primer lugar, la llegada de estos medios, traducidos en la eficacia de la red de comunicación que se establece con internet, ha permitido que en los procesos de selección se comuniquen y se consiga más datos del futuro trabajador que los imprescindibles para efectuar una correcta distinción entre un candidato u otro y justificar cuál se adapta mejor al puesto ofertado. En segundo lugar, esa información la consigue el encargado de realizar la selección de personal, ya sea intermediario o no, a través de herramientas que ponen en correlación datos de los futuros trabajadores, ya se obtengan por medio de sistemas de recogida de datos (cloud computing, mecanismos de almacenamiento de información y gestión de los servicios públicos de empleo etc.) o de observación de esa información para poder detectar características de la personalidad de los mismos, considerándose estas acciones un tratamiento de datos de carácter personal. En tercer lugar, se plantea la necesidad de hacer una aproximación a los medios existentes para publicar ofertas en internet y a la repercusión de las redes sociales, entendidas como instrumentos de intermediación en el empleo, según la definición dada en el citado art. 31 de la Ley de Empleo.

Todos estos mecanismos comprenden distintas formas de captación de datos de los demandantes de empleo que en muchos casos generan un tratamiento de información. Así, el tercer capítulo se presenta con la finalidad de resolver las distintas controversias que se plantean en el tratamiento de datos de los desempleados para ver en qué casos las empresas de intermediación no aplican los principios consagrados en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, dando lugar, en esos casos, a una vulneración de este

derecho fundamental de los ciudadanos.

Obviamente, los sistemas que mayores problemas presentan, tal y como se deja entrever en la monografía, son los conocidos como sistemas de selección 2.0. Es conocido que las propias páginas web de las agencias de intermediación tienen apartados en los que se podrá enviar el CV o, incluso, formularios habilitados para la inserción de la información identificativa y profesional de los candidatos al empleo. Junto a estos instrumentos, existen muchos buscadores web en los que las empresas de intermediación, o directamente la entidad que ofrece el empleo, anuncia su oferta de trabajo para que inserten sus datos aquellas personas que crean cumplir con las características expuestas en el anuncio.

Estos sistemas, a pesar de configurarse como una herramienta más de ayuda en la búsqueda de empleo, se erigen como instrumentos atentatorios del derecho a la protección de datos por el más que evidente tratamiento que realizan y la falta de regulación existente para paliar los efectos de sus actuaciones. Es por ello que se ha considerado necesario hacer un estudio del cumplimiento de la normativa de protección de datos por parte de estos medios, esto es, de la política de privacidad sita en los portales webs, para apreciar la transparencia de la información que otorgan a los usuarios sobre la finalidad del archivo de sus datos personales. Es conveniente hacer una precisión acerca de lo que se puede considerar tratamiento de datos, cuando éstos se reciben a través de los sistemas 2.0 pues, tal y como comenta la autora, “no todas las consultas de los perfiles que se hacen de las redes sociales o de lo inserto en los buscadores de empleo constituye un tratamiento de datos (...) tan sólo habría tratamiento si se realizan algunas de las acciones citadas en el art. 3 c) de la LOPD”. Pero en las actuaciones de los mecanismos de selección 2.0 parece impensable que no se llegue a producir ningún procesamiento de información personal, como consecuencia de la naturaleza de estos medios tecnológicos.

Tal y como concluye la autora, el acceso y procesamiento de datos obtenidos a través de las TIC puede significar que el intermediario laboral llegue a conocer y recopilar rasgos de la personalidad del candidato que no tienen que ser tenidos en cuenta para efectuar una adecuada selección de personal, sobre todo, si se capta información de las redes sociales. Por este motivo es importante que el intermediador laboral no utilice información recogida de redes sociales no profesionales tipo Facebook, Twitter, Tuenti etc., para profundizar sobre la personalidad y aficiones del solicitante de empleo, pues esos datos, al proceder de una red social no profesional, no serían objetivos a efectos de evaluar la aptitud de esa persona para desempeñar una determinada actividad en la empresa,

puesto que no son reveladores de la aptitud profesional del candidato, pudiendo incluso conformar una opinión que no beneficie al solicitante de empleo a la hora de ser seleccionado para un puesto de trabajo.

Y con este planteamiento se llega al cuarto y quinto capítulo en los que la autora hace una síntesis de los datos necesarios para formalizar el contrato de trabajo y la licitud del tratamiento que hace el empresario de esas informaciones que quedan grabadas en las bases de datos de los departamentos de recursos humanos de las empresas. En este punto, también se hace referencia a las comunicaciones de datos necesarias para que el contrato se formalice y tenga validez legal. Estas cesiones de datos se dirigen a las administraciones públicas encargadas de realizar esa gestión. Es evidente que, se vuelven a crear ficheros de datos de esos trabajadores, ahora en el marco de la Administración pública, debiéndose analizar, en esos supuestos, si en ese registro de información se cumple lo establecido en la LOPD y en qué casos se pueden dar vulneraciones del derecho a la protección de datos.

Por todo lo dicho, es obvio que esta monografía supone una importante aportación al estudio de la privacidad de los demandantes de empleo desde una perspectiva multidisciplinar al trasladar un derecho constitucionalmente reconocido, como es el derecho a la protección de datos, a los estados previos a la contratación de trabajo y a los inicios de la relación laboral; y, también, al abordar su tratamiento por parte de los entes administrativos encargados de recibir, en un momento determinado, la información personal de los trabajadores. La originalidad de la publicación radica en haberse centrado en el análisis de la protección de datos en los procesos de búsqueda de empleo, aspecto que se ha desbrozado acudiendo a la normativa reguladora, a la jurisprudencia más reciente y novedosa y a las resoluciones de la AEPD más importantes sobre la materia. Sin duda, una obra que ha de estar a mano de cualquier jurista mínimamente avezado.

Esther Carrizosa Prieto*

* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pablo de Olavide.

*Labour in the Global South:
Challenges and Alternatives for Workers,*
por Sarah Mosoetsa y Michelle Williams
(coords.). *Una reseña*

La obra es coordinada por Sara Mosoetsa y Michelle Williams y aborda los intentos que ha tenido la fuerza de trabajo para recuperar el poder que ha perdido en las últimas décadas ante las recientes reformas precarizantes.

El conjunto de ensayos que conforman el libro fueron impartidos como conferencias en la Universidad de Witwatersrand en Johannesburgo, Sudáfrica, organizada por la Universidad Global del Trabajo. El enfoque principal de las conferencias es reconfigurar las relaciones de poder de manera que la explotación del trabajo sea disminuida. Los temas además de girar en torno a los trabajadores, lo hacen en países o regiones exclusivas del “Sur Global”, término que a pesar de incluir una dirección cardinal, no se refiere a una ubicación precisa, sino es utilizado por los autores y por diversos académicos internacionalmente para denominar a ciertos países que comparten características geopolíticas y económicas similares, además de intereses y objetivos compartidos. Características que se aproximan, más no se igualan al anticuado término de “Tercer Mundo”. Cada capítulo estudia un tema y escenario distinto escrito por diversos especialistas.

El libro contiene tres partes con varios capítulos cada una. La primera parte, “*Countering Exploitation and Marginalization*” inicia con un capítulo llamado “*South African Labour’s Response to Climate Change: the Threat of Green Neoliberal Capitalism*” escrito por Jacklyn Cock, en el cual se analiza la especialización productiva que se presenta en Sudáfrica en las industrias que tienen un uso intensivo de carbón. El reto necesario que se presenta es el de crear economías verdes y por consecuencia, también empleos verdes que contribuyan sustancialmente a preservar o restaurar la calidad del ambiente. La autora señala a la vez que con esta transición a la

economía y empleos verdes, habrá pérdidas de empleos, por lo que los trabajadores que se vean afectados deben contar con protección y dicha transición debe incluir trabajos que paguen salarios suficientes para vivir, que cumplan con los requerimientos de salud y seguridad, que promuevan la igualdad de género en el lugar de trabajo y además que exista una estabilidad en el mismo.

En el capítulo siguiente, *“Women, Gender and Power in Trade Unions”* escrito por Akua Britwum, Karen Douglas y Sue Ledwith se estudia el tema de la participación de las mujeres en los sindicatos y demás formas de organización colectiva del trabajo. Se menciona un incremento en participación pero no así en el liderazgo de estos mismos a pesar de las medidas a favor de la igualdad de género. Los resultados del estudio presente demuestran que en los países estudiados (Brasil, Canadá, Ghana, República de Corea, Sudáfrica, Turquía, Reino Unido, Zambia y Zimbabue), la proporción de mujeres dentro de la fuerza de trabajo y dentro de los sindicatos ha incrementado. Sin embargo, dentro de estas cifras es necesario precisar que las mujeres generalmente ocupan posiciones con roles subordinados como lo es el de tesorera dentro de los puestos de liderazgo. Por lo cual se evidencia que las mujeres no tienen la posibilidad de influenciar en las decisiones, ni participar en la misma, reflejando el hecho de que la inclusión de las mujeres en este tipo de estructuras no garantiza la promoción de los intereses de las mujeres. Por tanto, las principales barreras para la ocupación de puestos de liderazgo por las mujeres son: la cultura patriarcal de los sindicatos (que en algunas veces alienta el acoso sexual), la hostilidad hacia las mujeres, resistencia a compartir el poder, y por último, se suma la percepción general de que los puestos de liderazgo dentro del sindicato están reservados para hombres. Por lo que se concluye que estas barreras deben ser superadas y por lo tanto, se deberían realmente incluir los intereses de las mujeres dentro de los sindicatos, ya sea en su estructura orgánica pero también en las prácticas diarias.

En el tercer capítulo, *“Local Government Call Centres: Challenge or Opportunity for South African Labour?”* escrito por Babalwa Magoqwana y Sandra Matatu, el tema principal es la creciente industria de los centros de llamadas, la cual representa 100,000 empleos para el año 2009 en Sudáfrica, principalmente en la ciudad de Johannesburg. Esta industria se caracteriza por la alta flexibilidad. A su vez las condiciones de trabajo incluyen una estricta vigilancia y control; las llamadas son monitoreadas silenciosamente. Además la fuerza de trabajo ocupada en este tipo de centros no requiere ningún tipo de cualificación o entrenamiento. Al mismo tiempo, los empleados sufren de problemas físicos asociados con

el trabajo en el centro de llamadas como lesiones causadas por tensión, insomnio, pérdida de la voz y del oído. En cuanto a las condiciones laborales, se caracterizan por salarios bajos, alta supervisión, trabajo monótono, aburrimiento y aislamiento. En este tipo de empleo, la sindicalización es nula, muy baja o es desalentada por los patrones. La alta supervisión hace difícil la organización entre los trabajadores. De los centros en Sudáfrica, 25% de ellos cuenta con sindicalización para sus trabajadores, una cifra aún más baja que el promedio internacional en la actividad (40%). Esto se debe a que a la naturaleza individual de dichos trabajos que inhibe la acción colectiva entre los trabajadores.

El capítulo "*Why labour unions have failed Bangladesh's garment workers?*" escrito por Zia Rahman y Tom Langford es dedicado al trabajo en las fábricas textiles realizado por una cantidad considerable de trabajadores en Bangladesh, el cual tiene como característica la baja sindicalización. Los autores señalan que la baja sindicalización se debe en gran parte por la preeminencia de mujeres en este trabajo, pues las mujeres no tienden a sindicalizarse. Otro fenómeno que provoca la baja sindicalización es que ésta se perciba de forma negativa, debido a que la historia está ligada a movimientos políticos de los sindicatos, lo cuales está acompañados de corrupción.

Es por ello que los trabajadores textiles se agruparon fuera del sindicato. Sin embargo, para reclamar sus derechos laborales realizan protestas o se unen a las máximas federaciones laborales del país para reclamar sus derechos laborales. El trabajo textil es inspeccionado por organismos considerados corruptos e inclinados al sector patronal. Por otro lado, no existen recursos para llevar a cabo las inspecciones, además de que los trabajadores son tan pobres que no podrían pagar cuotas sindicales, y por tanto el aspecto económico se convierte en la barrera principal para representar los intereses de los trabajadores. Es de resaltar que recientemente ha habido esfuerzos del partido político Bangladesh Workers Party y de otras organizaciones internacionales o filantrópicas, al lado de ayuda internacional y de las ONGs que han hecho que a partir de los años 90s los sindicatos hayan florecido en el trabajo textil en Bangladesh.

En la segunda parte del libro, "*Political Movements and Trade Unions?*" se estudia la relación entre los movimientos políticos y los sindicatos desde diversos escenarios del mundo, más allá de los contextos en donde existe la explotación. Esta parte inicia con el capítulo "*Brazilian labour relations in Lula's era: Telemarketing operators and their unions?*" el cual aborda la temática de un subtipo de lo que el autor denomina subproletariado, un fenómeno constante en Latinoamérica, como son los operadores de ventas por

teléfono en la época de Lula. El autor busca retar la concepción de que el lulismo sea una ideología incapaz e construir formas autónomas de organización y que se considere al estado como clave para reducir la desigualdad. Los operadores de teléfono sufren de condiciones laborales que propician el desarrollo de problemas de salud. En dicho sector es característico que los salarios sean los más bajos a nivel mundial y las condiciones de trabajo mencionadas son consecuencias del llamado infotaylorismo y alta rotación laboral con contratos de corto plazo. La alta rotación obstaculiza la formación y consolidación de órganos de representación de los intereses de los trabajadores y por tanto no se pugna por sus intereses. En 2008, en el gobierno de Lula se publicó la Ley de Telemarketing para regular este tipo de trabajo, pero las condiciones tampoco fueron mejoradas, sino se dio más importancia a los derechos de los consumidores. A lo largo de los años siguientes las condiciones de trabajo, paga de salarios y acoso psicológico incrementaron; suscitaban huelgas y éstas fueron suprimidas pero se obtuvieron algunas mejoras como incrementos al salario, más vales de despensa e igualdad salarial. Dichos vendedores son organizados a pesar de no tener experiencia en el tema, han conseguido que algunas de sus demandas sean cumplidas sin necesitar del Estado para que fueran cumplidas.

Jana Silverman, en el capítulo "*Labour relations in Uruguay under the Frente Amplio Government, 2005-09: From Neoliberalism to neocorporativism?*" aborda el tema de las políticas laborales a favor de los trabajadores en Uruguay; pionero en la región en este tema. Se comentan las buenas condiciones de las cuales gozan los trabajadores desde el siglo XX, y los ataques a los sindicatos por parte del régimen autoritario que entró en 1975. El autor describe las propuestas en pro de los trabajadores de este partido y señala que los efectos creados por estas mejoras a las condiciones de trabajo de los trabajadores de Uruguay, las cuales tuvieron un efecto directo en el mercado laboral. Los niveles de desempleo disminuyeron, el valor real del salario incrementó y la informalidad fue reducida. El tipo de organización en Uruguay encaja bajo la descripción de un modelo neo-corporativista, acorde con el tipo de estructura ordenada y reconocida por el Estado con un monopolio cedido deliberadamente. La constitución tripartita de los consejos salariales es un ejemplo de este modelo. Es importante mencionar que el autor señala que éste, no es un modelo completo en Uruguay sino en vías de ser de esta forma.

Esta idea es seguida por el capítulo "*Can a labour friendly government be friendly to labour? A hegemonic analysis of Brazilian, German and South African experiences*" escrito por Christoph Scherrer y Luciana Hachmann. Este capítulo analiza la relación entre los movimientos laborales y la política a

través de partidos y sindicatos y cómo ha influenciado el neoliberalismo en ellos. Los autores analizan la situación particular de Brasil 2003-2010, Alemania 1998-2005 y Sudáfrica 1999-2008 ya que los tres gobiernos mencionados defraudaron a la fuerza de trabajo en cuanto a las políticas macroeconómicas tomadas. Se señala que en Alemania, en el periodo señalado, Schröder realizó cambios a favor de la competitividad económica, afectando a los trabajadores; sin dejar de lado las excepciones notorias como cogestión de los trabajadores. Schröder terminó renunciando por el descontento popular. En el caso de Sudáfrica, el presidente en turno, Mbeki, entró en tensiones con la confederación sindical (COSATU) por haber tomado medidas como austeridad macroeconómica, liberalización externa y privatización interna. Esas medidas fallaron ya que el desempleo incrementó en los años posteriores. La misma COSATU lograría la renuncia de Mbeki posteriormente. Por último el caso de Brasil es mencionado nuevamente, con Lula quien alcanzó el poder gracias al Partido de los Trabajadores. Lula fue muy accesible con los líderes de trabajo y también con la sociedad civil. También creó consejos de negociación que ponían en el mismo nivel a los empleadores con los sindicatos. El gobierno de Lula además aprobó una ley que reconoció a los sindicatos legalmente, fenómeno que no había sucedido anteriormente.

Posteriormente, “*The Recovered Factories and the Argentine Labour Movement: A Grey Zone in a “New” Social Movement*”, escrito por Bruno Dobrusin analiza la relación que existe entre los movimientos políticos y los laborales, ejemplificando con la recuperación de fábricas en bancarrota por parte de los trabajadores.

Dobrusin detalla la historia de Argentina desde el gobierno de Perón, que a pesar de tener un origen y apoyo de la clase obrera, afectó negativamente a los trabajadores mediante sus medidas. Esto fue posible con sindicatos que estaban en apoyo al régimen como fue el Confederación General del Trabajo. Desde la elección de Menem, un candidato supuestamente con una visión en pro de los trabajadores, Argentina tomó importantes y numerosas reformas estructurales hacia un modelo neoliberal, lo cual afectaba negativamente a los trabajadores. A partir del fracaso de dichas reformas, muchas empresas cayeron en bancarrota y no pudieron pagar salarios que debían a los trabajadores ni los créditos a sus acreedores. Aprovechando las leyes argentinas, los trabajadores pudieron operar las fábricas que se encontraban en bancarrota, gestionándolas autónomamente temporalmente. En este estudio se analiza el caso de una fábrica Zanon y ADOS, una fábrica y una clínica.

En el último capítulo escrito por Sarbeswara Sahoo, “*Organizing Informal Women Workers for Green Livelihoods: The Self Employed Women’s Association in Gujarat*” se estudia el tema de los trabajos y viviendas verdes que han surgido a partir del actual calentamiento global. Estos trabajos se enfocan en actividades que no incluyan la emisión de gases nocivos para el ambiente y con uso bajo de recursos naturales.

En este sentido, varios estudios han concluido que las más afectadas por estos cambios serán las mujeres pobres en razón de todo lo que deben pasar para poder llegar a laborar y así subsistir. En razón de esa conclusión, particularmente se analiza SEWA que es una organización india de trabajadoras informales en la región de Gujarat, India. Esta organización es de las más grandes del mundo teniendo estimados de hasta 2.5 millones de afiliadas a nivel mundial. La organización busca que las mujeres sean auto-suficientes y que haya un empleo completo, que incluya seguridad en diferentes ramas como salud, alimentación, vivienda entre otras.

La asociación tuvo conquistas como legislación a favor de derechos de trabajadores de la construcción, derechos de vendedores ambulantes, enrolladores de cigarrillos, seguridad social para los trabajadores informales a nivel nacional, entre otras mencionadas en el capítulo. El capítulo hace énfasis en que, el género es importante para la transición a un modo de vida sustentable, por ello, a las afiliadas, buscan propiciarles viviendas verdes, a través de uso de energía solar; entregando estufas limpias a las afiliadas y lámparas solares además de diversas otras iniciativas como realizar ecoturismo, plantar flores y cosechar orgánicamente. En el estudio son analizadas tres iniciativas particulares de actividades que proporcionan un empleo completo sin uso intensivo de recursos o emisión de gases. Estos son los mencionados trabajos verdes que son buscados por este sindicato, como crear cooperativas, plantar árboles en terrenos reclamados y la recolección de deshecho. Para concluir, la autora hace algunas recomendaciones para poder implementar estos planes efectivamente y ampliar sus beneficios.

Este libro es una herramienta que expone diversos problemas que enfrenta la fuerza de trabajo en diversos escenarios actuales que abarcan distintas ocupaciones, lugares geográficos y hasta el género de la fuerza de trabajo en cuestión. Al mismo tiempo, menciona posibles soluciones a los problemas descritos, todas en favor de que el trabajo deje de precarizarse sin perjudicar a los demás factores relacionados con él. Los diversos autores exponen la relación de los movimientos de trabajo con la política, movimientos particulares que han realizado los trabajadores pugnando por sus intereses. Pero es de hacer notar, que principalmente la unión de

los trabajadores, ya sea en sindicatos u otras agrupaciones, es tomado como punto clave para la exigencia del cumplimiento de las demandas de los trabajadores. Cuando muchas personas en las mismas condiciones se unen, es innegable que pueden conseguir los resultados que desean, en este caso se han conseguido pequeñas victorias particulares en favor de los intereses de los trabajadores. Por tanto, es fundamental estudiar estos casos y demás casos de acciones en contra de la creciente precarización del trabajo para tener bases e ideas que sirvan como inspiración para reivindicar el trabajo justo.

José Pablo Hernández Ramírez*

* Becario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo