AULA DE FORMACION

AULA DE
FORMACION

LISTA DE ULTIMOS TRABAJOS PUBLICADOS EN «AULA DE FORMACION»

- *«Consorcios de exportación y otros tipos de alianzas estratégicas entre empresas» (BICE 2627).*
- *«La gestión de intangibles» (BICE 2629).*
- *«Construir un negocio de éxito en Internet» (BICE 2632).*
- *«Normativa documental para las importaciones y exportaciones de mercancías: la doble vía» (BICE 2654).*
- *Opciones «exóticas» (BICE 2673).*
- *«La transferencia internacional de la sede social en el comercio internacional» (BICE 2674).*
- *«El proceso armonizador del IVA en la Unión Europea» (BICE 2682).*
- *«Utilización práctica de las opciones exóticas» (BICE 2686).*
- *«La tienda en Internet: cómo diseñar y dar a conocer un establecimiento virtual con éxito» (BICE 2687).*
- *«La selección de proveedores internacionales. La metodología AHP» (BICE 2691).*
- *«Las distintas economías nacionales y la expansión de Internet» (BICE 2692).*
- *«El crédito documentario en el comercio internacional» (BICE 2693).*
- *«Finanzas públicas para la economía del conocimiento» (BICE 2695).*
- *«Utilización práctica de las opciones* **Pay Later** *y* **Chooser»** *(BICE 2697)*
- *«El seguro de crédito a la exportación» (BICE 2703).*
- *«Aspectos clave en el proceso de constitución y puesta en marcha de un consorcio de exportación» (BICE 2705).*
- *«La gestión de los riesgos de crédito y de cambio en la pequeña y mediana empresa exportadora» (BICE 2706).*
- *«Utilización práctica de las opciones* **Compuestas y Rainbow»** *(BICE 2710).*
- *«La organización de los mercados de transporte marítimo» (BICE 2723).*
- *«Situación actual y perspectivas de la actividad de* **factoring»** *(BICE 2729).*
- *«La Ventanilla Unica Empresarial: un compromiso con la simplificación administrativa, el crecimiento económico y el empleo». (BICE 2732).*
- *«El factoring en Europa y en EEUU» (BICE 2738).*
- *«La logística inversa como fuente de ventajas competitivas» (BICE 2742).*
- *«Glosario de siglas relacionadas con el comercio ionternacional» (II) (BICE 2755).*
- *«Las Zonas Francas en España y su utilidad. Delimitación del concepto y perspectivas de futuro» (BICE 2758).*
- *«La actividad portuaria: una perspectiva general» (BICE 2771).*
- *«La política española de cooperación y ayuda al desarrollo» (BICE 2772).*
- *«El crédito documentario en la fase inicial de la estrategia exportadora» (BICE 2781).*
- *«Riesgos y coberturas de las operaciones de comercio exterior» (BICE 2783).*
- *«La descentralización productiva en las empresas» (BICE 2785).*

AULA DE FORMACION

Recordamos que los lectores de BICE tienen la posibilidad de sugerir temas de su interés que puedan tener cabida en este epígrafe (teléfono de contacto: 91 349 36 31; fax: 91 349 36 34).

La descentralización productiva en las empresas

CRISTINA HERNÁNDEZ GARCÍA*

En este artículo se trata, desde un punto de vista jurídico, de las implicaciones legales que trae consigo la descentralización productiva de las empresas. A menudo, éstas necesitan acudir a la subcontratación de obras o servicios, en vez de contratar plantilla. Dicho proceso de descentralización plantea algunas situaciones jurídicas de interés tales como la llamada «cesión ilegal de trabajadores» o la determinación de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de las empresas respecto de los contratistas o subcontratistas.

Palabras clave: responsabilidad de la empresa, contratación, subcontratación, descentralización productiva, España.

Clasificación JEL: L14, M14.

AULA DE FORMACION

En los últimos tiempos, una de las técnicas que se vienen utilizando en las empresas, al objeto de lograr mayor competitividad y mejorar la calidad y el precio de sus productos, es la *descentralización productiva*, que origina simultáneamente una expansión de su dimensión productiva y un adelgazamiento en sus estructuras. Así, se quiere lograr una mayor cuota de mercado (expansión de la dimensión empresarial) y a la vez conseguir tales resultados con una minoración en las plantillas de trabajadores propios (adelgazamiento de estructuras). Entre las posibles opciones empresariales: contratar plantilla o dar a hacer fuera de la empresa, los empresarios se están decantando principalmente por la segunda opción, a través de diversos métodos de descentralización.

Uno de los remedios utilizados por los empresarios en un primer momento para conseguir minorar los costes salariales y aumentar la competitividad de sus empresas fue hacer uso de la contratación temporal, en un intento de adaptar las plantillas a las necesidades reales del empresario, abaratando los costes del despido. Durante esta etapa se hizo uso del derogado y añorado contrato de fomento de empleo que permitió la contratación temporal no causal. Pero este tipo de contratación temporal fue suprimida con la derogación del Real Decreto 1989/1984, mediante la Ley 10/1994.

Esta constante empresarial de aumentar la competitividad en el mercado, lleva a arbitrar otros mecanismos para conseguir reducir los costes y riesgos del empresario y hacerlo más competitivo. Así es como surge el fenómeno conocido como «descentralización productiva», cuya finalidad esencial es desvincular parte del proceso productivo del control directo del que asume su resultado final, el empresario. Tal desvinculación afecta a los contratos de quienes prestan los servicios que se descentralizan.

Con carácter general hay que citar una Sentencia del Tribunal Supremo, que fue pionera en esta materia de descentralización, la de 27 de octubre de 1994 (Ar. 8531) que señalaba que la descentralización es en principio lícita sin perjuicio de que los mecanismos por medio de los que se adopte deban respetar la legislación vigente y con ello los derechos de los trabajadores.

* Licenciada en Derecho, asesor jurídico, laboral y fiscal.

Los mecanismos empleados por las empresas *para descentralizar* son:

a) *Los grupos de empresa*, que consisten en crear empresas paralelas o filiales a la principal, especializadas en determinadas fases del proceso productivo y a las que se asignan las actividades que se descentralizan.

b) *La contratación externa por parte del empresario para integrar su actividad productiva*, es decir, la contratación o *subcontratación* para la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa y que se encuentra amparada en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores y que es un supuesto admisible de descentralización productiva aunque sometido a determinadas cautelas y garantías para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores, tal y como afirma la Sentencia mencionada.

Ahondando en este segundo método de descentralización productiva, la empresa principal confía a una empresa contratista la realización de una parte de su actividad, un sector o fase de su producción o de sus servicios suficientemente diferenciado, abonando un precio por la ejecución de lo pactado. No es necesario que se trate de actividad permanente o temporal, ni que sea propia de la empresa principal ya que también las actividades inherentes al ciclo productivo pueden ser objeto de contrata externa, según lo establecido por varias Sentencias del Tribunal Supremo: SS TS 24-11-98, 29-10-98, ni tampoco que la actividad sea complementaria aunque imprescindible, o meramente accesoria y contingente. Pero si caracteriza la externalización que la empresa principal prescinde de realizar esa actividad por sí misma y se limita a recibir y controlar el resultado de la ejecución por la contratista, la cual a su vez es la que se responsabiliza de la entrega correcta de los bienes o servicios, para lo cual aporta sus medios de orden personal y material y organiza a sus operarios dirigiéndolos y controlándolos para que el resultado de su tarea cumpla el objeto del contrato.

AULA DE FORMACION

Ahora bien, en este punto el empresario debe extremar las cautelas: en la medida en que la empresa principal organice los trabajos a realizar y efectúe un control inmediato, directo y constante de la ejecución de la labor de los empleados de la empresa contratista, se *desnaturaliza la figura de la contrata, quedando ésta reducida a la mera puesta a disposición de mano de obra*, para que sea la empresa principal la que reciba directamente los frutos de su trabajo y ejerza el poder de dirección que incumbe a la contratista, encontrándonos entonces ante una cesión ilícita de mano de obra y no ante una contrata. Las cesiones ilícitas de mano de obra se encuentran prohibidas por el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, el cual no permite la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, salvo si se efectúa a través de Empresas de Trabajo Temporal (ETT) debidamente autorizadas (los servicios en este último caso los controla quien ostenta el dominio del proceso productivo).

Así pues, existe cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa cedente se limita a reclutar a trabajadores para cederlos a título lucrativo a las empresas cesionarias careciendo de un mínimo organizativo indispensable para el desarrollo de su actividad empresarial (caso de la empresa aparente) o, si disponiendo de capacidad organizativa propia (caso de la empresa real), no la pone en práctica de forma efectiva para la organización del servicio contratado con la empresa principal. En ambos casos, el trabajador cedido presta sus servicios para la empresa cesionaria que es la que ejerce efectivamente el control y la organización del trabajo, limitándose la cedente a figurar formalmente como verdadero empresario, creando una ficción en perjuicio de los trabajadores.

Pero, normalmente, la existencia real de cesión temporal de trabajadores intenta esconderse tras la apariencia de una contrata y la identificación simulada de una obra o servicio objeto de la misma. Para distinguir entre la *auténtica contrata* y los *negocios jurídicos simulados que encubren interposición* ha sentado la jurisprudencia una serie de criterios, de los que resultan varias notas que permiten diferenciar estas dos figuras:

1. La empresa principal y contratista deben ser formalmente independientes.

2. La empresa contratista debe tener la infraestructura necesaria para llevar a cabo su actividad productiva, lo que requiere la disponibilidad

sobre los medios materiales y personales idóneos para tal fin.

3. El poder de dirección y organización de los trabajadores debe corresponder a la empresa contratista.

4. Es la empresa contratista la que debe asumir los riesgos propios de su actividad productiva.

Por su parte, la doctrina ha procedido a deslindar igualmente la contrata de servicios de la cesión ilegal, estableciendo una serie de requisitos para que se dé una contrata:

a) Existe una actividad propia del contratista.

b) Patrimonio, instrumentos y material adscrito a la actividad.

c) Inmediata recepción del contratista del producto del trabajo de su personal laboral y pago a cambio y a su cuenta de la correspondiente contraprestación retributiva.

d) Consistencia directiva y organizativa.

e) Asunción directa de riesgos, beneficios y responsabilidades inherentes a la condición de empresario por parte del contratista o adjudicatario.

La distinción se muestra así aparentemente clara: *en la contrata*, el objeto contractual es la realización de una obra o servicio, de tal manera que el contratista es un empresario que asume el encargo de ejecutarlo a cambio de un precio que satisface el comitente, empresario principal que opta por descentralizar parte de su actividad empresarial.

Por el contrario, *la cesión de mano de obra* se caracteriza por el hecho de que el objeto mismo del contrato es la cesión del trabajador por parte de quien aparece formalmente como empresario a quien recibe realmente la utilidad del trabajo de aquel, de manera que la actividad empresarial del cedente consiste sólo en contratar para ceder o prestar sin necesidad de mantener estructura productiva alguna con organización y medios que la soporten. El fenómeno ilícito de la cesión de mano de obra consiste en la interposición en el contrato de trabajo de un tercer elemento, entre el trabajador y el verdadero empleador que recibe los servicios de aquél, que asume aparente y ficticiamente la cualidad de empresario, evitando de modo fraudulento que el verdadero soporte las obligaciones y responsabilidades que deberían corresponderle, con merma de los derechos de los trabajadores sometidos al tráfico ilícito.

¿Qué responsabilidades van a tener que asumir los empresarios que infrinjan lo dispuesto en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores e incurran en la figura de la cesión ilegal de mano de obra? El citado artículo es claro: «los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en el apartado anterior responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos». ¿Y los trabajadores que fueron objeto de cesión?, ¿qué derechos se les otorga? El mismo artículo 43.3 determina: «Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal».

El empresario que acuda a este método de descentralización productiva: de conformidad con lo previsto en el artículo 42 del Estatuto y contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios, deben de realizar una serie de comprobaciones:

— *Antes del concierto de la contrata,* el empresario principal debe comprobar que el contratista esté al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social de los trabajadores (esta misma comprobación deberá hacerla el contratista con respecto al subcontratista). Para ello, el empresario principal debe pedir a la Tesorería General de la Seguridad Social, una certificación de que el contratista no se halla en descubierto respecto de dicho pago. Dicha certificación ha de expedirse en un plazo de 30 días improrrogables, de forma que si transcurrido ese plazo no ha sido expedida la misma, el empresario va a quedar exonerado de responsabilidad pero, claro está, por aquellos débitos no prescritos previos al inicio de la contrata y que el empresario principal no pudo conocer a causa del silencio de la Tesorería. De esta manera, el empresario que celebre una con-

AULA DE FORMACION

trata sin solicitar dicha certificación o con una certificación de existencia de descubierto, va a quedar incurso en responsabilidad solidaria.

— *Una vez concertada la contrata*, el empresario principal va a responder solidariamente, durante el año siguiente a la terminación del encargo, de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las obligaciones referidas a la Seguridad Social durante el tiempo en que la contrata esté vigente, con un límite: el que correspondería si se tratara de personal fijo en igual categoría o puesto de trabajo de su empresa.

— En cuanto a la responsabilidad del empresario principal en materia de *Seguridad y Salud Laboral*, la Ley 8/1995, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), en sus artículos 24 y 42 establece las responsabilidades del empresario derivadas del incumplimiento de la normativa en materia de prevención.

AULA DE FORMACION

El artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece que cuando en un mismo centro de trabajo presten sus servicios trabajadores de dos o más empresas, es necesario que éstas cooperen y se coordinen en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, recayendo sobre el empresario titular del centro la obligación de informar al resto de empresarios acerca de los riesgos existentes y las medidas a adoptar para prevenirlos. El punto 3 del artículo 24 alude a aquellos empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad; éstos deberán vigilar el cumplimiento de las normas de prevención por los contratistas y subcontratistas: así el empresario principal y al tiempo, titular del centro de trabajo, debe vigilar que el empresario contratista y subcontratista cumpla la normativa de prevención de riesgos laborales, exigiéndole las medidas de prevención requeridas y la información y formación de sus respectivos trabajadores, estableciendo los medios de coordinación necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información e instrucción sobre los mismos a sus trabajadores respectivos, adoptando las medidas necesarias de protección, prevención y de emergencia. Esta labor de vigilancia debe extenderse incluso cuando no estando en su centro de trabajo, operen con sus máquinas y respecto de los trabajadores autónomos que desarrollen actividades en dichos centros de trabajo.

La propia Ley de Prevención de Riesgos Labores, en su artículo 42.1 determina que el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que pudieran derivarse del incumplimiento.

Respecto a la compatibilidad de dichas responsabilidades, administrativas, civiles y penales, se deduce de la mencionada Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que:

1. Las responsabilidades civiles, administrativas y de Seguridad Social, son independientes y compatibles entre sí.

2. Las responsabilidades civiles y de Seguridad Social son compatibles con las penales.

3. Existe incompatibilidad entre la sanción penal y la administrativa, teniendo prioridad la penal sobre la administrativa.

Además y volviendo al Estatuto de los Trabajadores, hay que hacer alusión al artículo 42.4 que establece que cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a los representantes legales de los trabajadores de:

a) El nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista.

b) Objeto y duración de la contrata.

c) Lugar de ejecución de la contrata.

d) En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal.

e) Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

Todo ello, sin perjuicio de la información a los representantes legales de los trabajadores, sobre previsiones en materia de subcontratación contenida igualmente en el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores.

ICE

INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA

MINISTERIO DE ECONOMÍA

SERVICIO DE ATENCIÓN AL SUSCRIPTOR

El Boletín Económico de ICE pone a disposición de sus suscriptores un servicio telefónico y de fax, a fin de solucionar cualquier incidencia relacionada con la recepción, contenido, impresión e información de nuestras publicaciones

Teléf.: 91 349 39 65

Fax: 91 349 36 34

E-mail:

buzon.oficial@sgese.dgpolcom.sscc.mcx.es

No dude en llamarnos,
le atenderemos personalmente

INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA

en

INTERNET

www.revistas**ICE**.com