

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)

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

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