

FALGUERA BARÓ, Miquel Ángel, *La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación*, Albacete, Bomarzo, 2015, 111 pp.

El autor de este libro es magistrado de la Sala de lo Social en Barcelona, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; es además autor de artículos y colaboraciones colectivas sobre temas de su especialidad.

La obra se encuentra estructurada en seis partes. La primera se ocupa del fenómeno de la *externalización productiva y organizativa*. Para ello, Falguera Baró analiza el vocablo “externalización” (subcontratación, descentralización, terciarización u *outsourcing*). El concepto tradicional piramidal, centralizado y expansivo de la empresa ha ido decayendo en la práctica, en forma tal, que el empleador delega determinadas actividades en terceras empresas, *jívarizando*¹ la propia como espacio físico, aunque sin efectos directos en el ámbito productivo o de prestación de servicios. Puede hablarse del supuesto de descentralización histórica o “avant la lettre”: mucho antes de que el *outsourcing* estuviera de moda existían determinados sectores (construcción, obra pública y transporte ferroviario), en los que era práctica generalizada la entonces denominada “subcontratación”.

La *externalización* inició en los años setenta del pasado siglo, cuando un buen número de actividades que pueden ser calificadas como accesorias para la empresa (limpieza, seguridad, comedores, mantenimiento, etcétera), empezaron a ser transferidas a empresas especializadas. Esta práctica es una realidad que no ha tenido prácticamente reflejo legal alguno. El cambio más trascendente en la externalización, en definitiva, como *outsourcing* —aparece en la década de los ochenta— hace mención a terceras empresas para la gestión externa de determinados servicios, en una ten-

¹ El término *jívarizar* significa ‘reducir, disminuir’, generalmente con connotaciones negativas, y es un verbo bien formado que proviene de una metáfora que alude a la práctica de los pueblos jíbaros de cortar las cabezas y reducirlas.

Ocasionalmente se usa la forma *jívarizar*, a partir de *jívaro*, una variante ortográfica con cierto uso del nombre del pueblo, aunque no recogida en el *Diccionario académico*, que sólo da *jíbaro*. Consultado en <http://www.fundeu.es/recomendacion/jivarizar-un-verbo-adecuado-1486/> el 3 de junio de 2016.

dencia que da lugar al término anglosajón antes referido, asistimos a un cambio en el modelo de producción, que en algún momento se conoció como “toyotismo”, que pasaba por limitar la actividad productiva de la empresa a su núcleo central, delegando en terceras mercantiles, la realización de otras funciones. Esta parcelación productiva hallará su máxima expresión en el fenómeno de la denominada “deslocalización”, y por tanto, la posibilidad de parcelar la producción del artículo final en territorios y países, en ocasiones muy alejados entre sí. Cabe agregar que las administraciones públicas no han sido ajena a esa dinámica de descentralización, con el añadido de que en estos casos la gestión pública se privatiza.

Es evidente que la *terciarización* conlleva esencialmente un significativo descenso de costos para la empresa principal, tanto en inversiones como en gastos salariales. Es aquí donde aparecen las sombras sobre el derecho del trabajo. En la *deslocalización* no existe marco internacional de regulación, más allá de los denominados *códigos de conducta*, e insuficientes acuerdos internacionales. El hecho cierto es que se han generalizado las relaciones triangulares; de todo ello, se deriva no sólo un importante descenso de los costos salariales, sino también concurren otros efectos indirectos muy significativos, como puede ser la pérdida de poder de los organismos de autotutela de los trabajadores y las atribuciones del sindicato, a lo que habrá que añadir la pérdida de efectividad de las convenciones colectivas. En la práctica, todo ello se ha convertido en la principal fuente generadora de disgregación del mercado laboral.

A pesar del silencio del legislador y las dudas de los jueces, puede existir alguna certeza más o menos consolidada. No existe ningún impedimento para que las empresas descentralicen la producción o su forma de organización, por lo que la denominada “descentralización productiva” es lícita. Tampoco parecen existir límites a la libertad empresarial para proceder a externalizar la producción o la prestación de servicios. En España existe una concreta singularidad legal que limita el acceso a la externalización en el sector de la construcción, en la Ley 32/2006.

Al generalizarse en la década de los ochenta el denominado *outsourcing*, surge un debate jurisprudencial altamente significativo, en el que para aplicar las tutelas debía concurrir la propia actividad de la principal. Así, quedó descartada la entrada de las actividades accesorias, para que tuvieran cobijo en el marco del artículo 42 del ET. La doctrina, posteriormente estableció el concepto: “propia actividad de la empresa”, lo cual

incluye a las actividades inherentes, de modo que sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo se entenderán como “propia actividad de ella”. Este concepto tuvo su origen en el Decreto 3677/1970. El referido criterio de “propia actividad” o “actividad inherente” excluyó el resto de actividades “indispensables”, que no tienen en la doctrina casacional posterior una clara continuidad. El propio RDL 5/2006 y la Ley 4/2006 caracterizan a la *cesión ilegal de trabajadores* como “la contratación de trabajador para cederlos temporalmente a otra empresa” o también cuando

...el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la cesionaria² o que la cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable³ o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

Es en esta forma como el autor nos indica que para diferenciar una “cesión ilegal” de una “contrata impropia”, la justicia casacional debe indagar en los indicios *fuertes*;⁴ esto es: el ejercicio del poder de dirección, la autonomía técnica de la contrata, la utilización de medios de producción de la empresa principal o contratista y la forma de pago de la contrata. Asimismo, los indicios *débiles* pueden intuirse a partir de ciertos aspectos contractuales, el lugar de prestación de los servicios y, finalmente, la concurrencia de elementos externos que caractericen la adscripción de los trabajadores a otra empresa.

La denominada *externalización*, de acuerdo con el criterio de Falguerá Baró, tiene características diferentes, en cuanto se refiere a la administración pública, al ser éstas algo más que una empresa, en tanto que prestan servicios públicos y están sometidas al principio de legalidad, y, por tanto, sus posibilidades de contratación se encuentran limitadas.

Es así como retornamos a la diferencia entre sector público y sector privado y la determinación de lo que debe entenderse como “propia actividad”. Mientras que en la empresa privada se trata de localizar el *nú-*

² *Marchandise* tradicional.

³ Empresa *testaferro*.

⁴ Aquellos en los que su concurrencia es altamente indicativa de la existencia o no de cesión ilegal de trabajadores, en contraposición a los que podríamos calificar como débiles, por resultar meramente accesorios.

cleo duro o actividad imprescindible del objeto productivo, en el caso de la administración pública, aquí se encuentra determinado por un marco de legalidad respecto al ejercicio del servicio público; por tanto, difícilmente puede hablarse de un núcleo duro en la prestación de servicios, pues salvo en lo relativo a funciones auxiliares, todos los servicios prestados por una administración pública constituyen la actividad central de la misma, sin que desde un plano constitucional puedan graduarse esas actividades.

La doctrina casacional española, para decidir sobre el tema de contratas en la administración pública recurre a la STS del 15 de julio de 1996 (rec. 1089/1996);⁵ afirma que el término “empresario” debe equipararse al de empleador, en cuanto que su actividad busca apoyo en una aportación de trabajo bajo el régimen de laboralidad; que la condición pública del servicio y su gestión indirecta mediante el mecanismo de concesión administrativa no afecta al *solidum* legal examinado; además, la figura de la contrata o subcontrata es equiparable a la noción de concesión administrativa, al consistir en una descentralización de la administración pública en relación con las actividades de servicio público que la misma ejerza, bien por mandato legal o por decisión propia.

En cuanto al proceso de externalización en las empresas multiservicio; esto es, las que realizan una variada gama de actividades para terceras empresas, siendo exclusivamente ese su objeto, el TSJ ha determinado que incurre en cesión ilegal de trabajadores en tanto que se limitan a aportar mano de obra para la principal, aplicándose los criterios hermenéuticos casacionales con relación a los límites de la externalización y la cesión ilegal; aunque también ocurre que se haya optado por una hermenéutica más flexible, al indicar que la contratista, pese a tener una pluriactividad, es una empresa real, con estructura propia, al ser ésta la que abona la retribución al trabajador y establece los horarios.

Por último, el autor revisa el trabajo autónomo como figura externalizante de la producción o los servicios, cuya problemática más significativa es determinar si es posible que un puesto de trabajo que en principio debería ser cubierto por un trabajador en régimen ordinario y por contrato laboral lo puede ser por una vinculación contractual civil, y concluye que su análisis jurídico debe radicar en la concurrencia de notas como depen-

⁵ En <http://www.acalsl.com/wp-content/uploads/2012/10/STS-15-julio-19961.pdf> (consultado el 18 de junio de 2016).

dencia y ajenidad; esto es, el sometimiento o no a la esfera de organización del empleador, quien fija los tiempos y condiciones de trabajo, y a quien se adscriben los clientes; hasta aquí, la decisión judicial es relativamente sencilla, al contarse con una extensa doctrina al respecto; pero se complica cuando la externalización se efectúa a través de una cooperativa de autónomos, porque el contratista ya no es una persona física, sino una persona jurídica, cuya antijuridicidad es la eliminación de los derechos laborales de los prestadores de servicios; por tanto, es un fraude a la ley.

La realidad de la externalización en el mercado de trabajo español hace imposible que el legislador siga *haciendo oídos sordos*, y, por tanto, debe erigirse como cartógrafo que diseñe los lindes en un mapa normativo regulador, que contenga la clarificación del marco legal y aporte mayores garantías a los trabajadores; en lugar de dejar esa función a los jueces y tribunales con normativas insuficientes y antiguas.

Si bien el derecho de libre empresa determina que el empleador pueda organizar su realidad societaria y productiva como prefiera, ello debe ponderarse armónicamente con el resto de garantías recogidas en la carta magna, como son los derechos laborales, hasta ahora infrafundamentales ante la colisión de otros derechos y valores constitucionales.

José Manuel LASTRA LASTRA