

## **SUBCONTRATAS Y EMPRESAS DE SERVICIOS**

## I. CONSIDERACIONES GENERALES.

Hay que poner de relieve que la economía española ha experimentado en las últimas décadas profundas transformaciones, siendo una de las más importantes la configuración de una estructura de producción caracterizada por una creciente descentralización productiva y externalización de actividades. “Ello obedece, como señala Desdentado Bonete, citando a Castells, a que estamos pasando de un sistema de producción en serie a otro de producción flexible postfordista. En este sistema la empresa experimenta cambios organizativos importantes para adaptarse a una economía global, caracterizada, de una parte, por la incertidumbre sobre la evolución de la demanda y las posiciones de mercado y, de otra, por la rápida obsolescencia de las formas de producción y de los propios productos. Estas transformaciones ponen en crisis el modelo fordista de la gran empresa estructurada verticalmente para dar lugar a una “empresa red”, que opta por unidades empresariales más reducidas y, por tanto, más adaptables, que actúan de forma coordinada dentro de una estrategia común. Así la “tela de araña” ha sustituido a la “pirámide” como símbolo de la organización empresarial (Reich).

La exteriorización de esta nueva organización empresarial se presenta a través de las diversas modalidades de descentralización productiva, como las contratas y subcontratas, las empresas de servicios o el sistema de franquicias, pero también se realiza a través de la sucesión de empresas, “troceando” una gran empresa y dando origen con los gajos resultantes, a una serie de empresas, de menor tamaño, que mantienen ciertos vínculos entre sí. Aunque el fenómeno no es nuevo, su rápido desarrollo en las últimas décadas, su extensión a sectores en los que tradicionalmente no se presentaba, las nuevas formas que adopta y la pluralidad de causas que lo justifican hacen que este fenómeno se presente como uno de los más característicos del momento actual.

Los factores determinantes ya hemos dicho que son muy diversos. Podemos aludir al imperativo empresarial de ganar en productividad reduciendo las dispersiones de las empresas mediante la externalización de la producción a través de la subcontratación. Dicha externalización aligera las estructuras empresariales y les dota de mayor flexibilidad con lo que se consigue la reducción de costes y la externalización del riesgo.

La aparición de nuevas tecnologías, fundamentalmente de información y comunicación, permite fijar nuevos espacios de gestión descentralizada de funciones que antes se realizaban en el seno de las empresas, apareciendo nuevas empresas especializadas que prestan servicios de alto contenido tecnológico.

Podemos distinguir dos sistemas de producción “descentralizada”, y el sistema de empresas “externalizadas” y el “sistema territorial de empresas”. En el primer sistema las empresas externalizan determinadas parcelas de su ciclo productivo a otras empresas auxiliares siendo tradicional en construcción e industria naval. Últimamente ha dejado de ser característica de dichos sectores y se ha extendido a todo tipo de empresas denominándose “out Sourcing”.

El segundo sistema se caracteriza por la presencia en un determinado ámbito territorial de pequeñas y medianas empresas con variadas y complejas relaciones interempresariales. Las manifestaciones más características son las denominadas “distritos industriales” que son sistemas productivos que agrupan en un mismo ámbito geográfico a un gran número de pequeñas empresas especializadas cada una en una fase de elaboración de un producto.

La finalidad de este fenómeno puede obedecer a causas muy variadas, como es el mejorar la calidad y eficiencia del producto o la reducción de costes, ya que la presión sobre las condiciones de trabajo y el margen empresarial se hace recaer sobre la contratista.

Consecuencia de ello es la existencia de una empresa principal o “empresa cabeza” que subcontrata con otras empresas de tamaño mucho mas reducido la producción de bienes intermedios -piezas, componentes, etc,- de forma que la subcontratista depende totalmente de la principal lo que condiciona sus relaciones de trabajo pues, dado el estrecho margen de beneficios del que dispone, obtiene este recurriendo en muchas ocasiones al trabajo en condiciones ilegales, en ocasiones sin asegurar, realizando horas extras en exceso de las máximas permitidas, etc...

Otra modalidad es la existencia de una empresa coordinadora de las empresas auxiliares que actúan con independencia.

Por último hay situaciones en que las empresas auxiliares prestan un alto grado de especialización por lo que tienen gran número de clientes y pueden actuar con una enorme autonomía.

Hay que destacar la importancia que está adquiriendo el fenómeno de la descentralización de actividades en el ámbito de las Administraciones Públicas que, cada vez con mayor frecuencia, recurren a la gestión indirecta de servicios y actividades a través de la contratación con empresas privadas.

Tradicionalmente la Administración reservaba esta forma de actuación para la ejecución de las obras públicas, sin embargo cada vez con más frecuencia recurre a este sistema de contratación para otras actividades que tradicionalmente se han prestado con medios de la Administración, como es la limpieza viaria, la recogida de

basuras, etc.. También pueden gestionar nuevos servicios que han sido asumidos por las Administraciones Públicas, como la ayuda domiciliaria . Incluso se recurre a la ejecución de funciones por parte de la empresa privada que son características de la función administrativa -por ejemplo gestión de la notificación de multas- o actividades complementarias -limpieza de las instalaciones-.

Desde un punto de vista social puede decirse que la descentralización productiva constituye un fenómeno de “descentralización del trabajo” que incide en la mayor flexibilidad en la gestión de los recursos humanos de la empresa, evitando la contratación laboral directa con los trabajadores.

## **II- CONSECUENCIAS.**

Al externalizarse los servicios se redimensiona el tamaño de las empresas apareciendo un gran número de pequeñas y medianas empresas. Este dato es de trascendental importancia, ya que nuestro ordenamiento jurídico liga determinadas consecuencias al tamaño de las empresas.

El reflejo más inmediato de este fenómeno aparece en las relaciones colectivas de trabajo, pues tanto la representación sindical como la unitaria se fijan legalmente atendiendo al número de trabajadores de la empresa, siendo tradicional la débil actividad sindical de las pequeñas empresas debilitándose con ello la actividad de los representantes de los trabajadores y la actividad sindical en el seno de la empresa. También incide en la estructura de la negociación colectiva, ya que hay dificultades de negociación en las pequeñas empresas.

En cuanto a las relaciones individuales, no podemos perder de vista que la reforma operada por el RD Ley 3/2012 y, posteriormente por la Ley 3/2012, toma en consideración la dimensión de las empresas en orden al periodo de negociación de los despidos colectivos ya que, a tenor del artículo 51.2 ET, si la empresa tiene menos de cincuenta trabajadores, el periodo de consultas no superior a quince días y si tiene más de cincuenta trabajadores, dicho periodo no podrá exceder de treinta días.

Por último, hay que señalar que la incidencia de la descentralización productiva puede manifestarse en el aumento del trabajo ilegal o clandestino y así se ha dicho que en muchas ocasiones la eficacia económica de los sistemas de producción externalizados consigue gracias a un determinado “coste social”. No siempre es así y no hay que identificar todo fenómeno de descentralización con la dimensión “patológico” de la situación.

Hay que poner de relieve que, junto a los procesos de descentralización productiva, coexisten los fenómenos inversos de concentración y agrupación

empresarial, como es la aparición creciente de los grupos de empresas. En ocasiones se utiliza esta estructura para organizar una estructura descentralizada adoptando la estrategia de fragmentar el ciclo productivo asignando a cada una de las sociedades del grupo una determinada parcela de actividad. La subcontratación entre empresas del mismo grupo está muy extendida.

Otras figuras en creciente expansión son, el teletrabajo, el contrato de puesta a disposición de trabajadores en ETT, trabajo a distancia, empresas de servicios.

Nuestro ordenamiento no prohíbe la contrata y la subcontrata, rigiéndose por un principio de permisividad máxima que posibilita la denominada subcontratación “en cascada” que supone la existencia de un encadenamiento de contratas y subcontratas, es decir que se da una descentralización en cadena o contratas y subcontratas sucesivas referidas a las mismas obras o servicios.

Aunque tal forma de producción no está prohibida, el ordenamiento jurídico adopta ante la misma determinadas cautelas, tendentes a impedir que la falta de solvencia de la última empresa de la cadena de contratas conduzca a que los trabajadores vena defraudados sus derechos.

Por ello establece garantías y cautelas.

Las garantías se refieren esencialmente a la responsabilidad exigible al empresario principal, contratista y subcontratista respecto a las deudas salariales y de Seguridad Social respecto a sus trabajadores, que tienen carácter solidario, tal como señala el artículo 42.2 del E.T. , 104.1 y 127 de la L.G.S.S. Asimismo responden solidariamente en materia de prevención de riesgos laborales, tal como señala el artículo 24 L.P.R.L. y el 42 LISOS.

Las cautelas aparecen en el artículo 42.1 del E.T. que establece que los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios de la propia actividad deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social.

Por su parte los apartados 3,4 y 5 del precitado artículo 42 del E.T. se regulan los derechos de información de los trabajadores , los representantes de los trabajadores y la T.G.S.S.

Hay que poner de relieve que dichos apartados fueron introducidos por la Ley 12/01 , de julio que en su Exposición de Motivos señalaba que las mismas se dirigen a reforzar las garantías en los supuestos de subcontratación y de sucesión de empresa, en particular a través de una mejora de los instrumentos de información y consulta de los trabajadores y sus representantes que permita dota a estas situaciones laborales de la debida transparencia y seguridad jurídica.

### III.-LICITUD Y LÍMITES

El ordenamiento jurídico permite que el empresario pueda llevar a cabo la organización de su empresa de la forma que considere más conveniente para su empresa. No existe norma alguna que prohíba la descentralización productiva en cualquiera de sus diversas modalidades. El principio de libertad de empresa proclamado por el artículo 38 de la Constitución ampara esta posibilidad de organización.

La STS de 17/12/200, CUD 244/2001 ha puesto de relieve la licitud de la actividad descentralizadora señalando que, no obstante han de tenerse en cuenta las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores,

La sentencia contiene el siguiente razonamiento: *“Respecto al límite de la actividad descentralizadora, ha de recordarse que, como declaró la sentencia de esta Sala de 27 de octubre de 1994 (Recurso 3724/1993 ), “el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el artículo 42.1 del ET cuando se refiere a la contratación o subcontratación para «la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa», lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores”. La contrata de obras y servicios de la propia actividad no es una actuación tolerada, como expresa la sentencia recurrida, sino una actividad legalmente regulada, en desarrollo del principio constitucional de libertad de empresa.*

*Acaso la forma más común de realizar la actividad descentralizadora, es la contrata a que se refiere el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores , precepto que impone al empresario principal unas obligaciones respecto a personas con las que no ha contratado, estableciendo un régimen de excepción al mandato del art. 1257 del Código civil , que limita a las partes la eficacia de los contratos. Mas siendo una importante excepción del sistema civil de contratación, no se precisa que deba entenderse por “contrata”, término que no corresponde a ninguna de las categorías tradicionales en el ámbito del Derecho privado, lo que dificulta la calificación. La doctrina ha entendido que, en términos generales, debe incluirse en esta figura los arrendamientos de obras y servicios recogidos en los art. 1.588 y 1.583 del Código civil realizados a través de una empresa”.*

#### **IV.- REGULACIÓN**

El artículo 42.1 ET, bajo el epígrafe “Subcontratación de obras y servicios” dispone: “Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos...”

El precepto no da un concepto de contrata laboral sino que identifica una serie de elementos, por lo que pasamos a examinar los elementos subjetivos y objetivos que aparecen en la norma.

##### **A. -Elementos subjetivos:**

El empresario: Aparece definido en el artículo 1.2 ET: “A los efectos de esta Ley serán empresarios todas las personas físicas o jurídicas o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas”. El ET no da una definición de empresa, únicamente nos da el concepto de empresario, a efectos del propio ET.

La STS de 12 de diciembre de 2007, CUD 3275/2006 examina el término empresario:

*“a) El término empresario, incluido en dicho artículo 42 , debe equipararse al de empleador, y no limitarse, restrictivamente, al titular de una organización económica específica, que proyecte la existencia de una empresa en sentido económico o mercantil, sin que sea obstáculo a esta conclusión que el repetido artículo 42 , in fine, haga mención a "su realización por razón de una actividad empresarial", en cuanto ha de entenderse que esta actividad busca apoyo en una aportación de trabajo bajo el régimen de laboralidad”.*

Los contratistas y subcontratistas: El ET no define estas figuras, son términos propios del lenguaje empresarial o económico que carecen de toda delimitación técnica en el lenguaje jurídico. Se identifica estas figuras con el contrato de arrendamiento de obra o servicio, por el cual una persona se obliga, mediante la utilización de una organización empresarial, a la realización de una determinada obra. La doctrina se inclina por la denominación de “contrato de empresa” o de “contrato de ejecución de obra”.

La STS de 12 de diciembre de 2007, CUD 3275/2006 examina la amplitud del término contrata y subcontrata: *“Una interpretación del reiterado artículo 42 , conforme a su espíritu y finalidad, permite extender el concepto "contratas o subcontratas" celebrados por el empresario y terceros respecto a la realización de obras y servicios de los*

*primeros, a la noción de "concesión administrativa" ya que, de una parte, la generalidad de los términos "contratas o subcontratas" no permiten su aplicación exclusiva a los negocios jurídicos privados, y, de otra, parece más adecuado a los fines de la Administración que la misma, a través de la figura de la concesión, pueda encomendar a un tercero la gestión directa de servicios propios, sin que ello afecte a las garantías solidarias entre el ente público, dueño de la obra o servicio cedido, y la entidad que organiza su propia actividad y medios personales y materiales para el cumplimiento de la prestación concedida, y todo ello al margen de la subrogación que pueda o deba producirse entre las sucesivas empresas adjudicatarias de un mismo servicio, tanto en virtud de lo que al respecto establezcan los respectivos pliegos de condiciones administrativas de cada adjudicación (en este caso, según el hecho probado 5º, el pliego de cláusulas administrativas particulares obligaba a la adjudicataria a adherirse a un pacto colectivo de subrogación entre las sucesivas empresas adjudicatarias del que da cuenta el ordinal 4º), como de lo que se haya pactado colectivamente en el mismo sentido entre empresas adjudicatarias y sindicatos de trabajadores".*

La naturaleza del empresario: Se plantea si este precepto resulta también de aplicación al sector público, siendo la respuesta positiva, apareciendo claramente admitido por la jurisprudencia, tal y como hemos consignado al reproducir parcialmente la STS de 12 de diciembre de 2007, CUD 3275/2006, en el párrafo anterior.

## **B.-Elementos objetivos**

La propia actividad: Este elemento ha suscitado multitud de interpretaciones.

Para una parte de la doctrina se define atendiendo a la propia finalidad del precepto, a saber, el saneamiento del mercado y el establecimiento de unas garantías justificadas para el empresario principal de las ventajas que supone el recibir el trabajo de unos trabajadores que no pertenecen a suplencia, por lo que se exige la directa conexión de la contrata con el ciclo productivo de la empresa.

Parte de la doctrina pone de relieve el subjetivismo que existe ya que cada empresa es libre de delimitar lo que constituye su propia actividad, delimitando el objeto de la empresa en el desarrollo de su actividad productiva.

Se maneja también la teoría de la sustituibilidad, de origen italiano, que supone que la empresa principal puede conseguir los mismos resultados a través de las contratas.

Otra teoría diferencia las actividades inherentes de las indispensables. Las primeras

se refieren al ciclo productivo de la empresa , por lo que excluye las actividades complementarias, siendo estas últimas fundamentalmente la limpieza, seguridad y vigilancia.

Una última teoría apuesta por un estudio casuístico, a fin de determinar en cada supuesto que actividades son complementarias o inherentes a la actividad de la empresa.

La STS de 22 de noviembre de 2002, CUD, 3904/2001, se ha pronunciado si la instalación, mantenimiento y montaje de cables y líneas telefónicas constituye “propia actividad” de la empresa principal cuya actividad es la telefonía. La sentencia contiene el siguiente razonamiento.

*“El primero de los referidos problemas que conviene abordar por razones de método es el relativo a si la instalación del tendido aéreo de líneas telefónicas por medio de postes colocados a lo largo de su trayecto supone el ejercicio de lo que el artículo 24.3 antes citado denomina, al igual que el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores "propia actividad" de la empresa comitente o principal y la respuesta que ha de darse es la misma que se dio en la sentencia recurrida, desde el momento en que esas obras, esas instalaciones, esas labores a realizar constituyen el soporte permanente de la actividad de telefonía, que es la básica de la empresa recurrente. Siguiendo nuestra doctrina sobre el alcance del referido concepto legal contenida en la sentencia de 24 de noviembre de 1.998 , en la que se cita la de 18 de enero de 1.995 , lo que determina que una actividad sea "propia" de la empresa es su condición de inherente a su ciclo productivo. En este caso, no se concibe el desarrollo de la actividad de telefonía sin las propias líneas, que forman parte de la empresa misma y que además requerirán siempre de atenciones y mantenimiento para la correcta prestación del servicio de telefonía. La colocación del tendido que llevaba a cabo la empresa contratista es por tanto algo que forma parte del ciclo productivo de la principal como inherente a las actividades propias de la prestación de los servicios de telefonía.*

*De lo anterior se desprende que si la colocación de postes del tendido aéreo de líneas telefónicas forma parte de la actividad propia de la empresa que va prestar sus servicios de telefonía por medio de esa estructura o red, el lugar donde se están realizando esas tareas de colocación de los elementos materiales que la soportan, aunque sea en despoblado o en el campo, como en este caso, realmente constituye un centro de trabajo de la empresa principal que ha contratado las tareas”.*

La STS de 15 de abril de 2010, CUD 2259/2009, entendió que era “propia actividad” la contrata de servicios informáticos efectuada por el BBVA con INDRA para llevar a

cabo el desarrollo del servicio de mantenimiento de las aplicaciones de sistemas de información de gestión. La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

*“Aunque expresada en términos en los que abundan tecnicismos que dificultan la comprensión, es claro, y así lo viene a reconocer la propia sentencia recurrida, que la actividad del actor en el centro de trabajo del BBVA no es ficticia sino que corresponde a una labor de comunicación informática con los empleados que pertenece a la "gestión normal y habitual del propio sistema operativo de la empresa, dando servicio a la multiplicidad de sucursales y operarios de ella". Esta pertenencia a la " propia actividad de la empresa " comitente no es una jurídicamente anómala o ilegal, como entiende la sentencia impugnada, sino que integra el objeto mismo del supuesto de hecho de la subcontratación regulado en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Es sabido también que, en estos supuestos de subcontratación de obras y servicios, el trabajador de una empresa contratista, además de entablar contacto con los empleados de la empresa comitente, puede o ha de conocer la "dinámica empresarial" de ésta, introduciéndose a veces "en toda la gama de comunicaciones que existen" dentro de la misma. Por otra parte, la subcontratación lícita de obras o servicios regulada en el art. 42 ET no ha de supeditarse, como parece entender la sentencia recurrida, a un "objeto residual" o "accesorio", sino que puede afectar a tareas productivas o administrativas más próximas al núcleo de la actividad empresarial”.*

La STS de 5 de diciembre de 2011, CUD 4197/2010, entendió que era propia actividad el contrato administrativo llevado a cabo por el Ayuntamiento de Santurce con una empresa privada para la atención de personas mayores en el centro de día. La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

*“Con esa perspectiva normativa, el Ayuntamiento de Santurce asumió bajo el mandato de, al menos, la Ley 5/1996 la competencia de prestar el servicio de asistencia a personas mayores en los Centros de Día a que nos hemos referido reiteradamente, ordenó la actividad y contrató la misma con una empresa externa, reservándose, como no podía ser de otra forma dada la especial naturaleza prestacional de la actividad, en el pliego de condiciones particulares una larga serie de facultades de gestión del desarrollo de contrato, con algunas particularidades que hacen patente la presencia del Ayuntamiento en la actividad, como las que se refieren al control y vigilancia del servicio, a los medios de transporte de los beneficiarios propiedad del Ayuntamiento, o el uniforme que llevaría el personal con distintivo del Ayuntamiento.*

*Por ello, lo relevante para determinar si el servicio contratado es realmente "propia actividad" del Ayuntamiento no es la distribución competencial que lleva a cabo la norma, no tan rígida como la Corporación quiere hacer ver en su escrito de impugnación del recurso, pues nada impedía que el Ayuntamiento asumiera la función discutida. Lo determinante es que en una materia socialmente sensible, próxima a la ciudadanía y a sus municipios, encuadrada en lo que la Ley Vasca denomina "Servicios Sociales de responsabilidad pública", más allá por tanto de la mera distribución formal de competencias, el Ayuntamiento ha ejercido esa actividad municipal para la que no solo es competente, sino que forma parte -como se ha visto en las normas citadas- del núcleo de las competencias características de la Administración Municipal.*

*En consecuencia, aunque las mismas no le fueran exigibles al Ayuntamiento desde la mera literalidad de la norma, los Servicios Sociales de atención a personas mayores en Centros de Día constituyen lo que el Estatuto de los Trabajadores denomina "propia actividad" del demandado desde el momento en que asumió esa particular función social, íntimamente vinculada con lo que constituye la esencia de la actuación de la administración local para con sus ciudadanos. Por ello, si la sentencia recurrida afirmó que únicamente cabe conceptuar de "propia actividad" del Ayuntamiento aquellos servicios cuya prestación le resulte legalmente exigible al amparo de la Ley 12/2008 de Servicios Sociales en el País Vasco, y no otros, aunque tengan naturaleza vinculada a la esencia del Organismo, infringió el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con la normativa específica citada, puesto que aplicando el referido precepto, debió confirmar la condena solidaria del Ayuntamiento demandado que se había establecido en la sentencia de instancia, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por aquél"*

## **V.-RESPONSABILIDAD.**

El artículo 42.2 ET establece: "El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata.

De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo"

## **A.- Alcance subjetivo de la responsabilidad**

Se ha planteado la cuestión de si en los supuestos de existencia de una empresa principal y una cadena de contratas y subcontratas la responsabilidad solidaria alcanza a toda la cadena o únicamente al empresario principal y al último subcontratista., o si la responsabilidad alcanza a cada contratista con el siguiente subcontratista con el que el contrató, pero no al que este último, por su parte, subcontrató

La STS de 9 de julio de 2012, CUD 2175/2001, ha resuelto la cuestión concluyendo que la responsabilidad solidaria alcanza al empresario principal y a todos los contratistas y subcontratistas de la cadena. Contiene el siguiente razonamiento.

*“3.- La solución a dicha cuestión todavía no ha sido abordada frontalmente por esta Sala en unificación de doctrina y resulta especialmente problemática por las siguientes razones: a) La mera literalidad del precepto a interpretar - el art. 42 ET - hace difícil llegar a una conclusión firme sobre el particular puesto que la terminología en él utilizada no puede ser más imprecisa; en efecto, frente al enunciado del precepto que habla de "responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios", y el texto concreto del apartado 2 que establece con generosa amplitud la responsabilidad solidaria del "empresario principal" con los "subcontratistas" se halla el apartado 1 que parece restringir el campo de actuación de aquella responsabilidad a "los empresarios que contraten o subcontraten con otros...", lo que permitiría llegar a entender, teniendo en cuenta lo excepcional y gravosa que es una previsión de responsabilidad solidaria como la que el precepto establece, que esa responsabilidad sólo habría que predicarla de quienes se hallaran unidos por una relación directa de contrata o subcontrata. Dejando, en cualquier caso, sin resolver en su literalidad la posible responsabilidad de los diversos subcontratistas intermedios de una obra determinada, en cuanto éstos, que pueden ser varios, se hallan de hecho relacionados por un mismo interés en la realización de la obra, pero contractualmente sólo lo están de dos en dos, en cadena; b) Un estudio histórico de los antecedentes del precepto en cuestión, no ofrece tampoco una solución clara puesto que aunque en la normativa sectorial de la Construcción, en concreto en la Orden de 29 de marzo de 1956 dictada para la ejecución del Decreto de 26-11-1954 se estableció la responsabilidad múltiple de los implicados en diversas al disponer que "las empresas de la construcción y obras públicas son subsidiariamente responsables de todas las obligaciones laborales y de previsión que contraigan los destajistas y subdestajistas con los que hubiese establecido los correspondientes conciertos", tampoco dejó claro si la responsabilidad era de todos o sólo de aquellos relacionados directamente entre sí por un contrato mercantil de obra o de servicios; y lo mismo ocurre con el antecedente con el art. 19.*

*Dos de la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976 (traído del Decreto 3677/1970) en cuanto que, si bien proclamaba la responsabilidad solidaria de "la empresa principal" por "las obligaciones contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y con la Seguridad Social", lo hizo también después de establecer la exigencia de que "las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad deberán exigir a éstas que se hallen en posesión del carnet de empresa con responsabilidad, y que los contratistas y subcontratistas estén al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social", con la misma imprecisión con la que ahora apreciamos en el Estatuto; c) La interpretación de estos preceptos llevada a cabo por los diversos tribunales que en cada momento llevaron a cabo la aplicación de dichos preceptos, tampoco fue unívoca pues lo mismo el Tribunal Central de Trabajo que esta Sala del Tribunal Supremo mantuvieron, antes de la unificación, opiniones discrepantes o poco precisas sobre el particular, pues aunque aquel antiguo y desaparecido Tribunal defendió la responsabilidad solidaria de todos los implicados en una cadena de contratas en la mayor parte de los casos (SSTCT de 7-2- 1987, 27-3-1989 o 10-4-1989) bajo el argumento de que no podía sostenerse la responsabilidad del empresario principal y la de los subcontratistas sin implicar al contratista porque esto "nos llevaría al absurdo de la responsabilidad del primer y último eslabón de la cadena, dejando impune el escalón principal: el contratista", también los denegó en otros por entender que la responsabilidad sólo estaba prevista para el "binomio contratista principal-subcontratista (STCT 10-12-1987); y no es menos cierto que esta Sala en SSTSS de 2-7-1983 o 15-12-1986 también se inclinó por limitar esa responsabilidad solidaria a los "subcontratistas" unidos por un contrato mercantil de obra o servicio, aunque en ambos casos tal criterio no constituyera jurisprudencia por no estar basado directamente en él el fallo de dichas sentencias.*

*4.- En el cometido de averiguar lo que realmente dice el art. 42.2 ET , esta Sala, a pesar de que, como hemos dicho, no ha tenido ocasión de pronunciarse de forma directa sobre el alcance de la responsabilidad que aquí se discute, sí que ha apuntado, ya en sentencias dictadas en unificación de doctrina, hacia una dirección concreta, buscando la interpretación finalista de la misma, o sea, atendiendo al espíritu y finalidad de la norma a interpretar, como exige hacer el art. 3.1 del Código Civil . A tal efecto puede señalarse cómo en STS de 17 de mayo de 1996 (Rec.- 1902/95 ), aunque allí se contemplaba sólo la responsabilidad del contratista principal en el pago de prestaciones por incapacidad temporal derivada de incumplimientos del subcontratista, ya se dijo que la finalidad del art. 42.2 ET no era otra que la de*

*"garantizar que los beneficiarios del trabajo por cuenta ajena respondan de todas las contraprestaciones inherentes al mismo, evitando que el lucro que de él puedan disponer vaya en perjuicio de la protección social del trabajador (y) esta garantía alcanza incluso al propietario de la obra o industria en cuyo favor se haya realizado la contrata"; por otra parte, en SSTS de 18 de abril de 1992 (Rec.-1178/91 ) o 5 de mayo de 1999 (Rec.-3656/99 ), aunque referidas a supuestos de responsabilidad por infracciones en materia de seguridad e higiene, y por lo tanto sólo tangencialmente conectadas con el art. 42.2 ET , partiendo del concepto de empresario infractor, pero tomando en consideración la responsabilidad solidaria prevista en el indicado precepto estatutario, llegaron igualmente a la conclusión de que la responsabilidad solidaria prevista en dicho precepto alcanza al dueño de la obra, aun cuando el incumplidor fuera un primer o un segundo subcontratista.*

*Al hilo de tales consideraciones, la Sala, en interpretación directa de lo dispuesto en el art. 42.2 ET , estima que dicho precepto, al establecer con terminología tan imprecisa y genérica la responsabilidad solidaria del "empresario principal" por las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los "subcontratistas" con sus trabajadores, sólo puede interpretarse en el sentido ya apuntado por nuestras sentencias anteriores, o sea, en el de entender que en la modalidad de descentralización productiva en que consiste la contratación o subcontratación del todo o parte de una misma obra, lo que realmente se patentiza es la existencia de una realidad fáctica que es la obra en sí misma considerada en la que concurren varias empresas con un interés compartido y común y en el que las unas actúan como auxiliares de las otras en cadena descendente, pero bajo el control económico y técnico prevalente del dueño de la misma o, en su caso, del contratista principal. En estos términos lo que el precepto quiere evitar es que quien se halla mejor situado en esa cadena de contratación (comitente, dueño de la obra o contratista principal), que es quien controla realmente su ejecución y quien en definitiva asume en mayor medida los beneficios económicos de la actividad que realizan otros en todo o en parte, quede inmune ante las posibles deudas de estos últimos frente a sus trabajadores ante su posible situación de insolvencia, por lo que deviene razonable que desde el legislador, que no le niega los beneficios, le exija también responder de los posibles deudas salariales o de seguridad social que puedan haber generado aquellos subcontratistas situados en el final de cadena. Se entiende, en definitiva, que el art. 42 ET constituye un reflejo, mal traducido para el caso que contempla, del principio de derecho según el cual quien está en condiciones de obtener un beneficio debe de estar también dispuesto a responder de los perjuicios*

*que puedan derivar del mismo, y que fue ésta en definitiva la intención del legislador aunque éste, a la hora de redactar el precepto, no tuviera realmente en cuenta mas que la figura del empresario principal y la de los "subcontratistas", dentro de cuya último plural es donde deben entenderse incluidos todos los situados en la cadena de contratación.*

*5.- La tesis interpretativa que se articula en el apartado anterior se acomoda, por otra parte, al criterio de responsabilidad que, con independencia de que se halla referido a otro tipo de planteamiento, aparece recogido en Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, al imponer a "las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en su propios centros de trabajo" el deber de "vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales", - art. 24.3 - haciéndoles responsables solidarias de los daños derivados del incumplimiento empresarial de tales obligaciones - art. 42.2 -. Y, aunque no es excesivamente expresiva sobre el particular, sí que puede considerarse sintomática, como hecho coetáneo a tener en cuenta para la interpretación adecuada de dicho precepto, la nueva redacción dada al art. 42.2 ET por el RD Ley 5/2001, de 2 de marzo, ratificada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, al introducir como responsables solidarios no sólo a los subcontratistas sino también a los "contratistas", lo que supone una precisión ampliatoria de la responsabilidad a tener en cuenta a estos efectos y que podría reforzar la tesis que aquí se defiende*

## **B.- Responsabilidades de naturaleza salarial**

El artículo 42.2, segundo párrafo fija la responsabilidad solidaria de empresario principal con las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas.

Obligaciones de naturaleza salarial: A tenor del artículo 26.1 ET: "Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo".

Por su parte el apartado 2 puntualiza: "No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e

indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos”

Se plantea la cuestión de si en el concepto de “obligaciones de naturaleza salarial” han de entenderse comprendidos los salarios de tramitación. La STS de 20 de febrero de 2006, recurso 506/2005, ha dado una respuesta negativa con el siguiente razonamiento:

*“La cuestión litigiosa debe, por tanto resolverse de acuerdo con nuestra doctrina unificada contenida en la sentencia referencial de 14-7-1998 (R-3482/97), seguidos de otros, entre ellos en las de 10-7-2000 (R-4486/98) y 2-2-2000 (R-3210/99), que ahora reiteramos; en la primera de dichas sentencias en relación con la denuncia de la infracción del artículo 42-2 del ET, precepto aquí también denunciado como infringido, después de aludir a la sentencia de esta Sala de 7-7-1994, se decía: “en la discusión sobre la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación esta Sala tanto antes de la sentencia traída como contradictoria, como posteriormente, se ha inclinado con decisión a que en los mismos predomina el carácter indemnizatorio frente al salarial, y aunque si se llevan a sus últimas consecuencias, cualquiera de las dos tesis, la salarial o la indemnizatoria conducen a soluciones indeseables, lo que lleva a concluir que los salarios de tramitación constituyen un concepto jurídico propio con vertientes que los asimilan a los salarios y a la indemnización, lo cierto es que la doctrina de esta Sala en sentencia de 13 de Mayo de 1991 dictada en Sala General atendiendo a finalidad perseguida por los mismos, declara expresamente: “La figura de los salarios de tramitación o salarios de tramite tiene una evidente y clara naturaleza indemnizatoria, pues con ellos se pretende, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador uno de los perjuicios que para él se derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha de del despido y durante la instrucción del despido correspondiente”. Esta doctrina, como la propia sentencia citada razona, había sido ya esbozada por la de 29- Enero de 1987 y las de 27 de Febrero, 30 de Abril y 11 de Mayo de 1990, y ha sido seguida por las de 2 de Diciembre de 1992 y 19 de Mayo de 1994. Rompiendo esta línea jurisprudencial se dicta la sentencia de 7 de Julio de 1994 que se inclina por la naturaleza salarial de los salarios de tramite, sentencia aislada pues en la dictada en 14 de Marzo de 1995, que es objeto de especial consideración en la sentencia impugnada por el presente recurso, vuelve a declararse de modo explícito la misma doctrina que ha sido literalmente transcrita”.*

Se plantea la cuestión de si en el concepto de “obligaciones de naturaleza salarial” han de entenderse comprendidas las cantidades correspondientes a vacaciones no disfrutadas.

La STS de 1 de febrero de 200666, CUD 3306/2004, ha entendido que están comprendidas, con el siguiente razonamiento:

*“... la resolución recurrida aplicó la doctrina que nuestra sentencia de 23 de diciembre de 2004 (recurso 4525/2003 ), proclamó en un supuesto de total similitud con el presente, en el que figuraban como demandadas las mismas empresas implicadas en este conflicto. Al respecto declaramos que el problema relativo a la naturaleza jurídica de las cantidades dedicadas a la liquidación de las vacaciones, debe abordarse desde las reglas que contiene el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores , en cuanto considera "salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan al trabajador efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo", y puesto que el tiempo destinado a vacaciones tiene la consideración de descanso computable como de trabajo, aunque realmente no se presten servicios mientras duran, la conclusión a la que se llega es que tales periodos de descanso no disfrutados por la extinción anticipada del contrato de trabajo, y que son compensados económicamente, la cantidad destinada a su remuneración es de naturaleza salarial y no indemnizatoria. Por consiguiente, al seguir la sentencia recurrida la doctrina proclamada por aquella sentencia de esta Sala y las de 20 de mayo de 1988 y 9 de julio de 2002 , resolvió el debate con ajuste al ordenamiento, careciendo de contenido casacional el presente motivo del recurso. La misma doctrina que ahora se proclama consta ya en un supuesto de total similitud con el presente en la sentencia de 9 de marzo de 2005 de esta Sala (recurso 6537/03)”.*

Se plantea la cuestión de si en el concepto de “obligaciones de naturaleza salarial” han de entenderse comprendidas las cantidades correspondientes a dietas, plus de transporte e indemnización por fin de obra. La STS de 20 de mayo de 1998, CUD 3202/1997, ha resuelto la cuestión en sentido negativo con el siguiente razonamiento:

*“De lo dispuesto en el artículo 42 del ET resulta que la responsabilidad solidaria que el mismo establece se extiende a dos materias distintas: "las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores" ocupados en la contrata, y las referentes a la Seguridad Social sobre los descubiertos de cuotas en que incurra el contratista con sus trabajadores afectados por la contrata, así como sobre las prestaciones sociales asignadas a éstos y de cuyo pago hubiera sido*

*declarado responsable dicho contratista por el incumplimiento de sus obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización. Respecto de la primera materia, que es la que aquí se debate -obligaciones salariales-, el artículo 42.2 del ET precisa que la responsabilidad solidaria del empresario principal se constriñe a "las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores", y esa circunscripción a las obligaciones salariales que introdujo el artículo 42.2 del ET de 1980 y que repite la versión del Estatuto aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995 no se contenía en el precepto legal precedente, concretamente en el artículo 19.2 de la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976 ; hablaba ésta de la responsabilidad solidaria de la empresa principal "de las obligaciones contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y con la Seguridad Social durante el período de vigencia de la subcontrata ". El precepto del Estatuto limita la responsabilidad en el ámbito laboral a las obligaciones salariales, frente a la amplitud de la expresión referida de "obligaciones contraídas por los subcontratistas" que contenía el mencionado artículo 19.2, coincidente a su vez con el artículo 4 del Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre , que disponía que "la empresa principal será solidariamente responsables de las obligaciones contraídas por la subcontratista con sus trabajadores y con la Seguridad Social durante el período de vigencia de la subcontrata".*

*Si el precepto introducido en 1980 ciñe la responsabilidad a las obligaciones salariales, ello obliga a resolver el supuesto dentro del ámbito de aplicación del artículo 26 del propio Estatuto, con exclusión de retribuciones otras de naturaleza extrasalarial, aunque traigan su causa del contrato de trabajo".*

### **C.- Responsabilidades en materia de Seguridad Social**

En esta materia se pueden distinguir dos aspectos.

El primero aparece contemplado en el artículo 42.1 ET que establece: "Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante”.

la responsabilidad se extiende a las cuotas de Seguridad Social y a las prestaciones adelantadas por la Seguridad Social, de las que es responsable el contratista o subcontratista por incumplimiento de sus obligaciones.

No se extiende a las mejoras voluntarias de Seguridad Social, tal y como ha establecido una constante jurisprudencia.

Así la STS de 22 de diciembre de 2000, CUD 4069/1999, contiene el siguiente razonamiento:

*“Para entrar a conocer del motivo es preciso efectuar una interpretación del precepto siguiendo la pauta que nos señala el C. Civil. Si tenemos en cuenta la interpretación gramatical, llama la atención que el artículo utiliza los términos de contratista y subcontratista indistintamente, lo que entraña una cierta imprecisión. Efectivamente, el enunciado del artículo, que debía exteriorizar su ámbito en relación con estas formas de actuación empresarial, nos habla de subcontratas de obras y servicios, y después en su número primero se refiere a las contratas y subcontratas, y el número 2º vuelve a mencionar exclusivamente a los subcontratistas, si bien la remisión que hace al número primero sobre el plazo de treinta días que establece para emitir la certificación de descubiertos, y que comprende tanto la contrata como la subcontrata, permite entender que se refiere a ambas formas de vinculación a efectos de ejecutar las obras, formas de las que quiere proteger al trabajador.*

*Concretando el ámbito de esa responsabilidad el precepto, en el primer párrafo, nos habla de la obligación del contratista principal a comprobar que la persona o entidad con la que se contrató está al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. El artículo determina en concreto cual es la forma del cumplimiento de este deber de diligencia, con el que se persigue la protección del trabajador y se compele a quien aspire a la contrata al cumplimiento de sus obligaciones en relación con la cobertura que proporciona la Seguridad Social a sus trabajadores, y determina en qué momento se exonera de su responsabilidad con relación a esas cuotas, que están referidas indudablemente a periodo anterior a la contrata ya "que tiene que comprobar que está al corriente en el pago de cuotas". No se refiere pues a ninguna prestación, de un beneficiario a cargo de la Seguridad Social.*

*El párrafo segundo está enlazado con el primero pues tiene la referencia "al plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social" y ello nos resalta que aunque su ámbito temporal sea el de la realización de la contrata, o subcontrata en los términos*

*del párrafo, y durante el año siguiente a la terminación del encargo, el ámbito de responsabilidad solidaria únicamente está referida a las obligaciones de naturaleza salarial, de la que se habla por primera vez en el artículo, y de las deudas referidas a la Seguridad Social, durante la vigencia de la contrata, con el límite referido a lo que correspondería si se hubiera tratado de personal fijo de su plantilla.*

*Hay que resaltar en relación con estas deudas, que las mismas inicialmente están referidas a las cuotas, como ocurre en el párrafo primero y por el enlace entre las dos partes del artículo del que hicimos mención. El precepto está enumerando obligaciones referidas a la Seguridad Social, entendida como Ente gestor de prestaciones, y que únicamente pueden referirse a esas cuotas o a prestaciones anticipadas por la Seguridad Social, -y ello se admite aquí a efectos dialécticos-, prestaciones nacidas precisamente de estos descubiertos, pues el precepto en esta materia de Seguridad Social no se refiere a deudas con trabajador, sino a obligaciones con la Seguridad Social, que como veremos son subsidiarias cuando se trata de las prestaciones del sistema.*

*Esta interpretación se confirma si tenemos en cuenta los siguientes principios:*

*1º.- Que existe una autonomía del derecho de la Seguridad Social frente al Derecho del Trabajo, autonomía reafirmada por la Sala Tercera en sus sentencias del 2 de noviembre de 1989 y 18 de Mayo y 2 de julio de 1990 expresivas de que el ordenamiento jurídico privado de la relación laboral, y el ordenamiento jurídico público de la Seguridad Social, son perfectamente diferenciables y aunque ciertamente en aquél se tomen a veces como elementos de su regulación datos del ordenamiento laboral, ha de estarse en cada supuesto a la concreta remisión que en su caso se contenga en la normativa de la Seguridad Social, tesis que acogió nuestra sentencia del 4 de junio de 1996 .*

*2º.- Que como señala el artículo 1237 del Código Civil , la solidaridad ha de establecerse expresamente.*

*3º.- Que no existe obligación solidaria de la Seguridad Social de responder en caso de incumplimiento por el empresario de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, ya que la responsabilidad de la empresa no se ve sustituida por el INSS, como continuador del Fondo de Garantía según señalan las sentencias del 8 de marzo , 16 de noviembre de 1993 y 31 de enero , 7 y 8 , 9 , 12 y 23 de febrero y 20 de mayo de*

1994 citadas en la sentencia del 22 de septiembre de 1994 .

*4º.- Finalmente que si en materia de prestaciones obligatorias de la Seguridad Social la regulación específica parte del principio de subsidiaridad, no puede admitirse el de solidaridad que se pretende. Efectivamente el artículo 97 del Texto de 1974 y el artículo 127 del Texto vigente parten de este principio de subsidiaridad. Nos habla el precepto de "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto", -es decir lo referente al pago de cuotas- cuando un empresario haya sido declarado responsable en todo o parte del pago de una prestación a tenor de lo dispuesto en el artículo anterior -que se refiere a incumplimientos en materia de afiliación, altas bajas y cotización- "si la obra e industria estuviere contratada, el propietario de esta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente".*

*Todo ello lleva a la conclusión que el artículo 42 no impone al contratista principal la obligación de responder del incumplimiento de las obligaciones que contrajo el subcontratista en materia de mejoras voluntarias de prestaciones."*

*Tampoco cabe la responsabilidad subsidiaria que impone el art. 127-1 de la Ley General de la Seguridad Social , pues tal responsabilidad surge "cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el artículo anterior ", es decir el art. 126 de dicho cuerpo legal ; y es indiscutible que la obligación de abonar la indemnización por muerte que se reclama en este juicio, no encuentra encaje ni acomodo en ninguno de los números de este art. 126.*

La responsabilidad se extiende durante tres años después de finalizada la contrata, pero únicamente respecto a las deudas surgidas durante la vigencia de la contrata

#### **D.-Exoneración de responsabilidad.**

Artículo 42.2 , último párrafo ET

#### **E.- Reducción de la contrata**

#### **F.-Extinción de la contrata**

#### **H.-Sucesión de contratas**

## **G.-Encomiendas**

### **I.- Particularidades en la gestión indirecta de servicios por la Administración**

### **J.- Externalización de servicios ¿Causa organizativa del subsiguiente despido colectivo?**

### **K.-Peculiaridades de los Convenios Colectivos aplicables**

### **L.-Pliego de condiciones**

### **M.-Reversión de la gestión a la Administración**

### **N.-Huelga en la empresa contratista**

## **VI.-DISTINCIÓN DE LA CESIÓN ILEGAL**

La cesión ilegal de trabajadores aparece prohibida en el artículo 43 ET. En su apartado 1 dispone dicho precepto que la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de ETT debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan. Dichas empresas han sido reguladas por Ley 14/1994, de 1 de junio.

La ilegalidad o ilegalidad de la cesión de trabajadores no es siempre de fácil delimitación. La realidad nos muestra múltiples supuestos en los que la distinción expuesta no es tan nítida, surgiendo difíciles problemas para delimitar si estamos ante una cesión ilegal de mano de obra ( art. 43 ET) o ante situaciones lícitas que pueden presentarse a través de diferentes figuras.

- Unión o grupo empresarial ( art. 1 E.T.) en el que los trabajadores prestan servicios entre sociedades o empresas del mismo grupo, en cuyo supuesto de concurrencia las notas típicas del concepto laboral de grupo de empresas, tal como habían elaborado jurisprudencialmente ( S.T.S. 18-05-1998, CUD 3510/97) se declararían la responsabilidad solidaria del grupo de empresas, entendiéndose que existe una sola relación de trabajo ( S.T.S. 22-03-91, 31-12-91).

- Los supuestos lícitos de contrata o subcontrata de obras y servicios de la propia actividad regulada en el artículo 42 E.T, habiendo declarado la jurisprudencia que existe verdadera subcontratación y no cesión ilegal cuando la empresa auxiliar y

medios propios, sin que se trate de una mera ficción o apariencia de empresa ( S.T.S. 17-02-93 y 11-10-93).

Para calificar como legal o ilegal una cesión de trabajadores, la jurisprudencia ha ido elaborando unos criterios, que podemos resumir como sigue:

- Hay que distinguir entre empresas reales, que no tienen la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral y las cesiones con una función interpositoria, donde el cedente es un empresario ficticio y la cesión persigue un objetivo fraudulento ( S.T.S. 21-03-97, CUD 3211/96).

- La condición de empresario real no la puede ostentar quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la explotación, quien no asume los riesgos propios del negocio y quien tiene generalmente limitada la capacidad de dirección y selección de personal ( S.T.S. 17-03-93, CUD 1712/99; 15-11-93, CUD 1294/93; 18-03-94, CUD 558/93, en supuestos de prestación de servicios en locutorios telefónicos contratados formalmente por una persona vinculada a la telefónica por una contrata de prestación de servicios de telecomunicación.

- Al contratista real le debe corresponder la organización, el control y la dirección de la actividad, existiendo una auténtica “ contrata” cuando la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables, pudiéndosele imputar efectivas responsabilidades contractuales, aportando en la ejecución de la contrata su propia dirección y gestión, con asunción del riesgo correspondiente, manteniendo, en todo caso, a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección, conservando, con respecto a la misma, los derechos, obligaciones , riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empleador ( S.T.S. 31-01.95).

- Aunque la empresa cedente cuente con organización e infraestructura propia y sea una empresa real, si tal organización empresarial no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra necesaria para el desarrollo del servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica para la empresa contratante ( S.T.S. 19-01-94, CUD 3400/92 y 12-12-97, CUD 3153/96).

- Aunque la empresa cedente conserve la facultad disciplinaria respecto de los trabajadores contratados por ella, si la facultad de dirección y organización radica en la empresa cesionaria, estaremos ante cesión ilegal de mano de obra ( S.T.S. 12-12-97, CUD 3153/96).

- Los criterios generales aparecen precisados en la S.T.S. 12-12-1997, CUD 3153/96, que ha precisado que es cesión ilegal de mano de obra la mera provisión o suministro de fuerza de trajo a otra empresa, aunque la cedente tenga infraestructura

propia, si ésta no se pone a contribución de la cesionaria, añadiendo que aún cuando nos encontremos ante un empresario real y no ficticio existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste, en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra, sin poner a contribución los elementos personales y materiales que configuran su estructura empresarial, añadiendo que el derecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propia no impide la concurrencia de cesión ilegal de mano de obra si en el supuesto concreto, en al ejecución de los servicios de la empresa principal, no se ha puesto en juego esta organización y medios propios limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesario para el desarrollo de tal servicio.

En nuestro ordenamiento no existía una norma que definiera el concepto de “cesión ilegal de trabajadores”, aplicándose los criterios jurisprudenciales anteriormente consignados.

El Real Decreto-Ley 5/06, de 9 de junio ha modificado el artículo 43 del E.T. introduciendo un nuevo apartado 2 en el que , recogiendo los criterios jurisprudenciales, establece que “ se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias:

- Que 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 empresa cesionaria.
- Que la empresa cedente carezca de actividad propia y estable.
- Que la empresa cedente carezca de organización propia y estable.
- Que la empresa cedente no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad.
- Que la empresa cedente no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

La STS de 4 de marzo de 2008, recurso 1310/2007 examina pormenorizadamente la cuestión

## **VIII.-DISTINCIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA**

STS 15 de diciembre de 2015 CUD 2653/2014

## **VII.- OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**

Artículo 24 LPRL

RD 171/2004, de 23 de enero

## **EMPRESAS DE SERVICIOS**

### **I. CONSIDERACIONES GENERALES**

En nuestro ordenamiento jurídico aparece tajantemente prohibida la posibilidad de contratar trabajadores para cederlos a otras empresas, calificándose dicha actividad de “cesión ilegal de trabajadores”, a tenor de la regulación contenida en el artículo 43 ET.

No obstante, el mismo precepto dispone: “la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de ETT debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan, es decir es posible hacerlo a través de las empresas de trabajo temporal. Dichas empresas tienen una estricta regulación, limitaciones y controles por parte de la administración, estando reguladas fundamentalmente por la Ley 14/1994, de 1 de junio.

En los últimos años ha aparecido en el panorama empresarial una nueva forma de organización de la empresa, nos referimos a las denominadas “empresas de servicios”. En aras del principio de libertad de empresa proclamado en el artículo 38 de la Constitución, el empresario puede organizar la empresa de la forma que considere más conveniente a sus intereses, siempre que respete las normas y que no suponga una minoración de los derechos de los trabajadores.

Llama la atención el amplio y variado objeto social de estas empresas que, en los estatutos de constitución de la sociedad suele enumerar actividades tan variopintas como servicios de limpieza, restauración comedores, atención a personas dependientes, facilitar porteros y conserjes a las comunidades de propietarios de fincas urbanas, distribución de paquetería, vigilancia, seguridad, limpieza, mantenimiento de edificios y maquinaria y, junto a estas, actividades no tan habituales en el ámbito de las contratas, como asesoramiento laboral, fiscal, contable, informática y gestión administrativa.

En principio las empresas de servicios son legales ya que ninguna norma prohíbe su existencia y aparentemente no perjudican los derechos de los trabajadores.

Sin embargo parte de la doctrina ha calificado a esta nueva forma de empresa como una “huida del derecho laboral”, lo que significa que, de una u otra manera, las empresas de servicios suponen una disminución de los derechos de los trabajadores.

José María Goerlich Peset, en un artículo publicado en la Actualidad Laboral, 3080/2001, pone de relieve lo siguiente:

-Estas empresas alcanzan un resultado similar a las ETT, amparándose en la regulación contenida en el artículo 42 ET. La contrata es el instrumento que permite

articular la relación con la empresa principal, en lugar del contrato de puesta a disposición que han de celebrar las ETT.

-Esta forma de organización es muy ventajosa para las empresas. La empresa principal únicamente asume respecto de los trabajadores de la empresa multiservicios las obligaciones y responsabilidades establecidas en el ordenamiento para las contratas y subcontratas.

La empresa de servicios no está sometida a los estrechos controles que a las ETT impone la normativa reguladora, no necesitan la autorización que se les exige a éstas. No tienen la imposición del importe de los salarios que se exige abonar por las ETT (artículo 11 Ley 14/1994). Tampoco les es exigible las obligaciones de información y formación que aparecen en el artículo 11 de la Ley 14/1994. No tienen las limitaciones de las ETT, por ejemplo la prohibición del artículo 8 d) de la Ley 14/1994, no pueden ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal. No les son aplicables determinados Convenios Colectivos sectoriales, dada la diversidad de actividades que desarrollan. La contratación de trabajadores puede efectuarse bajo la modalidad de contrato temporal para obra o servicio determinado, siendo la duración del mismo el de la contrata de la empresa principal.

En definitiva la empresa de servicios tiene unos costes inferiores a los que genera una ETT.

## **II.-CONVENIO COLECTIVO APLICABLE**

Otra de las cuestiones que se plantean en torno a las empresas de servicios es el Convenio Colectivo que les resulta de aplicación, teniendo en cuenta que tiene actividades dispares y que, en ocasiones un mismo trabajador realiza su trabajo en actividades pertenecientes a distintos sectores.

Si la empresa tiene Convenio Colectivo propio se aplicará éste y no se plantea cuestión alguna.

Si la empresa no tiene Convenio propio se han propuesto diversas soluciones:

-Aplicar el Convenio Colectivo sectorial que rige en la empresa principal, lo que se justifica entendiendo que son un equivalente de las ETT, por lo que se aplica lo previsto para éstas, a tenor del artículo 11.1 de la Ley 14/1994. Es lo más adecuado ya que se abona el mismo salario al trabajador de la empresa de servicios que al de la principal por la realización de un trabajo de igual valor.

-Aplicar el Convenio Colectivo sectorial que rige la concreta actividad que se desarrolla en la contrata. Esta tesis comporta que se aplicarán tantos Convenios Colectivos como actividades desarrolle la empresa, aplicándose uno u otro según la actividad

contratada en cada momento por la empresa principal. Supone la aplicación del principio de especialidad. Uno de los inconvenientes es que hay trabajadores que prestan servicios en distintas actividades, por lo que, dado que la duración de estas contratas es breve, a lo largo del año podrían estar sometidos a distintos Convenios.

-Una última solución vendría dada por la aplicación del Convenio correspondiente a la actividad preponderante de la empresa.

Esta solución se ha aplicado por la STS de 17 de marzo de 2015, recurso 1464/2014, siguiendo el precedente de las sentencias de 29 de enero de 2002, recurso 1068/2001, 17 de julio de 2002, recurso 4859/2000, 31 de octubre de 2003, recurso 17/2002, y 31 de enero de 2008, recurso 2604/2007.