

# El concepto legal de empresario laboral y el sistema de responsabilidades laborales

**Tomás Sala Franco**

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Valencia. Estudio General.

## The legal concept of labor employer and the system of labor responsibilities

### Sumario:

I. EL CONCEPTO LEGAL DE EMPRESARIO LABORAL. 1. El punto de partida legal: el Art. 1.2 del ET. II. LA RESPONSABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS LABORALES. 2. El sistema general de responsabilidades de los empresarios laborales. III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA PROPIA. 3 La responsabilidad de las comunidades de bienes. 4 La responsabilidad de las uniones temporales de empresas. 5. La responsabilidad de las agrupaciones de interés económico. IV. LA RESPONSABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS PRINCIPALES O COMITENTES Y DE LOS EMPRESARIOS CONTRATISTAS, SUBCONTRATISTAS O CONCESIONARIOS. 6. El concepto legal de contrata y subcontrata de obras y servicios. 7. Dos tipos de contrata o subcontratas a efectos de responsabilidad. 8. La responsabilidad en materia salarial de los empresarios principales o comitentes y de los empresarios concesionarios, contratistas y subcontratistas de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal o comitente. 9. La responsabilidad en materia de seguridad social de los empresarios principales o comitentes y de los empresarios concesionarios, contratistas y subcontratistas de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal o comitente. 10. La responsabilidad en materia de derechos de información de los trabajadores de los empresarios principales o comitentes y de los empresarios concesionarios, contratistas y subcontratistas de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal o comitente. 11. Las responsabilidades en materia laboral y de seguridad social de los empresarios principales o comitentes y de los empresarios concesionarios, contratistas y subcontratistas de obras o servicios no correspondientes a la propia actividad del empresario principal o comitente. 12. Las exclusiones de responsabilidad de deter-

minados empresarios principales o comitentes. 13. La responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales de los empresarios principales o comitentes y de los empresarios concesionarios, contratistas y subcontratistas. V. LA RESPONSABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS CEDENTE Y CESIONARIO EN EL CASO DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES. 14. La cesión ilegal de trabajadores. 15. Las responsabilidades de los empresarios cedente y cesionario. VI. LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS USUARIAS Y DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL. 16 Las empresas de trabajo temporal. 17 La responsabilidad de las empresas usuarias y de las empresas de trabajo temporal. VII. LA RESPONSABILIDAD DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS. 18. Los grupos de empresas. 19. La responsabilidad de los grupos de empresas. VIII. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES. 20. La laboralidad o extralaboralidad de las plataformas digitales y su responsabilidad.

**Resumen:** En el presente trabajo se parte de que el concepto legal de empresario a efectos de determinar responsabilidades en el ámbito laboral no resulta uniforme sino complejo y variado. Por ello, se analizan ciertas previsiones normativas relativas a la identificación de la posición empresarial a efectos de imputar diferentes tipos de responsabilidades, para con apoyo, asimismo, en la jurisprudencia y doctrina judicial, dejar señalados elementos relevantes a la hora de determinar el alcance de tales responsabilidades en supuestos tales como el de las empresas sin personalidad jurídica, las contrata y subcontratas de obras, la cesión ilegal de trabajadores, la puesta a disposición de trabajadores a través ETT, los grupos de empresas e incluyendo también una referencia final a la cuestión de enorme actualidad relativa a las denominadas plataformas digitales.

**Palabras clave:** concepto de empresario laboral, responsabilidades empresariales, empresas sin personalidad jurídica, contrata y subcontratas, cesión ilegal de trabajadores, empresas de trabajo temporal, grupo de empresas, plataformas digitales.

**Abstract:** This paper is based on the fact that the legal concept of employer for the purpose of determining liability in the labor field is not uniform but complex and varied. Therefore, it analyzes certain regulatory provisions relating to the identification of the employer's position for the purpose of attributing different types of liabilities, in order to also, with the support of case law, point out relevant elements when determining the scope of such liabilities in cases such as companies without legal personality, contracts and subcontracts of works, the illegal transfer of workers, the provision of workers through temporary employment agencies, groups of companies and also including a final reference to the highly topical issue relating to the so-called digital platforms.

**Keywords:** concept of labor employer, business responsibilities, unincorporated companies, contracts and subcontracts, illegal assignment of workers, temporary employment agencies, group of companies, digital platforms.

## I. EL CONCEPTO LEGAL DE EMPRESARIO LABORAL

### 1. El punto de partida legal: el Art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores

El punto de partida legal se encuentra en el Art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), según el cual *“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 (los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario) así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas”*

Así pues, nos encontramos con un concepto traslativo de *“empresario”*, definido no en sí mismo sino en relación con el de *“trabajador”*. De esta manera, habrá un *“empresario laboral”* donde haya un trabajador, directa o indirectamente contratado, que trabaje para él (por todas, STS de 12 de diciembre de 2007, Rec. 1781/2008).

El hecho de que el empresario tenga o no personalidad jurídica resulta irrelevante a estos efectos. Así, nos encontraremos con empresarios laborales que serán *“personas físicas o jurídicas”* (*“asociaciones”, “sociedades civiles o mercantiles”, “fundaciones”, “entidades de economía social”* tales como las *“cooperativas de trabajo asociado”, “empresas de inserción”* o las *“sociedades laborales”* o sociedades anónimas europeas) y con empresarios laborales sin personalidad jurídica (las *“comunidades de bienes”, “uniones temporales de empresas”* o las *“agrupaciones de interés económico”*), pudiendo incluso actuar como empresario laboral un conjunto de personas jurídicas, esto es, un *“grupo de empresas”*.

Resulta irrelevante que el empresario laboral sea a su vez empresario mercantil, esto es, que persiga un beneficio económico con su actividad (por todas, STJUE de 16 de octubre de 2003, Asunto Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana, C32/02: SS.TS de 1 de julio de 1988, Rec. 5731/1988 de 1 de diciembre de 1992, Rec.10258/1992). Por ello, aunque normalmente coinciden (los empresarios laborales suelen ser a la vez empresarios mercantiles) no siempre hacen, pudiéndose dar el caso de un *“empresario mercantil que no sea empresario laboral”* (así, un trabajador autónomo sin trabajadores a su cargo) o de un *“empresario laboral que no sea empresario mercantil”* (así, los amos de casa respecto de los empleados del hogar o un partido político, un sindicato o una organización cultural, deportiva o religiosa respecto de sus trabajadores).

La personalidad jurídica privada o pública del empresario resulta igualmente irrelevante para su consideración como empresario laboral. Así, las *“Administraciones Públicas”* (Central, Autonómicas y Locales), bien directamente o a través de *“entidades públicas diversas”*, pueden ser empresarios laborales del personal laboral a su servicio, cuya relación laboral especial viene regulada, total o parcialmente, con carácter general por el Estatuto Básico del Empleado público, aprobado por Ley 7/2007, de

12 de abril, si bien existan otros trabajadores en el sector público regulados por normas diversas (así, por ejemplo, entre otras, el personal docente e investigador de las Universidades Públicas, regulado por la Ley Orgánica Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario; o el personal laboral de la Administración de Justicia, regulado por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Peculiares son las empresas donde existen unas *“relaciones triangulares”* entre el trabajador y dos empresas distintas. Tal sucede con las *“empresas de trabajo temporal”* en relación con las empresas usuarias, con las *“empresas contratistas o subcontratistas”* en relación con la empresa principal y con los *“centros públicos de educación infantil, primaria o secundaria”* en relación con la Iglesia respecto de los profesores de religión.

Finalmente, las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación han contribuido a crear nuevas formas de organización del trabajo en numerosos sectores de producción. Esto sucede con las *“plataformas digitales”* que implican una nueva forma de organización del trabajo en el sector de los servicios, llegando a replantear el concepto mismo de trabajador dependiente y por cuenta ajena.

## II. LA RESPONSABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS LABORALES

### 2. El sistema general de responsabilidades de los empresarios laborales

Con carácter general, del cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social con sus trabajadores ante la Administración Laboral y ante la jurisdicción social responderán todos y cada uno de los empresarios, con independencia de que se trate de personas físicas o jurídicas, entidades sin personalidad jurídica, laborales o mercantiles, privadas o públicas.

Esta responsabilidad podrá ser de naturaleza laboral, civil, administrativa y penal, pudiendo en su caso ser acumulables.

Peculiaridades en materia de responsabilidad empresarial presentan sin embargo los *“empresarios sin personalidad jurídica”*, las *“relaciones triangulares”* (empresarios contratantes en contratos de obras o servicios y empresas de trabajo temporal), los *“grupos de empresa”*, las *“plataformas digitales”* y *“los centros públicos de educación infantil, primaria o secundaria, respecto de los profesores de religión”*.

## III LA RESPONSABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA PROPIA

### 3. La responsabilidad de las comunidades de bienes

Las comunidades de bienes vienen reguladas por los Arts. 392 y ss. del Código Civil (en adelante, CC) sin que tengan una personalidad jurídica propia distinta de la

de los partícipes de las mismas: *“hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas”* (Art. 392 del CC).

Así sucede con las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal (STCT de 10 de abril y 17 de junio de 1986), con las comunidades de pastos y montes vecinales en mano común o con la herencia yacente indivisa (STS de 12 de marzo de 1987, Rec.1435/1987).

La responsabilidad frente a sus trabajadores de una comunidad de bienes será mancomunada y no solidaria, esto es, proporcional a las respectivas cuotas de los partícipes en la comunidad de bienes (Arts. 393 y 1137 del CC; SS.TSJ de Madrid, de 26 de mayo de 1999, Rec.772/1999 o de Galicia, de 23 de septiembre de 2003, Rec. 5906/2000).

#### **4. La responsabilidad de las uniones temporales de empresas**

Las uniones temporales de empresas vienen reguladas en la Ley 18/1982, de 26 de mayo, modificada por la Ley 12/1991, de 29 de abril.

Las uniones temporales de empresas (de empresarios personas físicas o jurídicas) se constituyen para colaborar juntas en la realización de una determinada obra o servicio, sin que ello de lugar a una nueva personalidad jurídica distinta de la de sus miembros (Art. 7.2 de la Ley 18/1992; STS de 23 de enero de 2007).

La responsabilidad frente a los trabajadores será en todo caso subsidiaria para las empresas agrupadas respecto de la unión temporal de empresas y solidaria e ilimitada para sus miembros (Art. 8.e) 8 de la Ley 18/1992).

#### **5. La responsabilidad de las agrupaciones de interés económico**

Las agrupaciones de interés económico vienen reguladas por la Ley 12/1991, de 29 de abril y, supletoriamente, por las normas de la sociedad colectiva que sean compatibles con su específica naturaleza (Art. 1 de la Ley 12/1991).

Las agrupaciones de interés económico se constituyen para llevar a cabo una actividad que beneficia a todas las empresas agrupadas (*“facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios”*, limitándose *“exclusivamente a una actividad económica a la que realicen sus socios”*: Arts. 2.1 y 3.1 de la Ley 12/1991), sin ánimo de lucro (Art. 2.2 de la Ley 12 /1991), dando lugar a una nueva personalidad jurídica (Art. 1 de la Ley 12/1991).

La responsabilidad frente a los trabajadores corresponde a la agrupación y subsidiariamente a las empresas agrupadas, respondiendo éstas entre sí solidariamente de las deudas de la agrupación (Art. 5 de la Ley 12/1991).

## IV. LAS RESPONSABILIDADES DE LOS EMPRESARIOS PRINCIPALES O COMITENTES Y DE LOS EMPRESARIOS CONTRATISTAS, SUBCONTRATISTAS Y CONCESIONARIOS

### 6. El concepto legal de contrata y subcontrata de obras y servicios

La descentralización productiva empresarial (outsourcing) a través de las contrata y subcontratas de obras y servicios constituye un fenómeno plenamente consolidado tanto en el sector privado como en el sector público.

Las razones de las mismas son fundamentalmente económicas (el ahorro de costes en la realización de determinadas obras y servicios, la menor presión fiscal en las pequeñas empresas, la reducción del tamaño de las empresas por razones laborales, la mayor flexibilidad en la gestión empresarial o, hasta hace muy poco tiempo, el recurso a la contratación temporal de obra o servicio determinado coincidente con la contrata: ver *infra*), aunque puedan existir también razones técnicas para ello (la necesidad de que un determinado control de actividad deba ser realizado por una empresa autorizada ajena a la empresa principal, la eficiencia técnica de determinadas empresas contratistas debida a su especialización o la inexistencia de trabajadores especializados para contratarlos laboralmente en un determinado mercado de servicios) o aún políticas o ideológicas (en el caso del sector público con las descentralizaciones/privatizaciones de los servicios públicos).

Las empresas pueden realizar su actividad por ellas mismas con trabajadores propios o contratar con otras empresas contratistas la realización de determinadas tareas. Por su parte, la empresa contratista que recibe el encargo puede realizarlo ella misma o subcontratar con una tercera empresa subcontratista su ejecución.

Estas prácticas de contratación o subcontratación de obras y o de servicios son legales en el derecho español (por todas, SS.TS, de 4 de marzo de 2008, Rec. 1310/2007, o de 21 de enero de 2020, Rec.159/2018), como manifestación de la libertad de empresa reconocida en el Art. 38 de la CE, dentro de la que se encuentra la libertad de organización de la actividad productiva, si bien se establecen determinadas cautelas para garantizar a los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas el ejercicio de sus derechos, dado que la subcontratación produce inevitablemente un desplazamiento de las responsabilidades empresariales.

La regulación laboral de las contrata y subcontratas de obras y servicios se encuentra con carácter general en los Arts. 42 del ET y 24.1, 142.1 y 168.1 de la LGSS y, con carácter específico, en la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

El ET se refiere, sin definir las, a las *contratas y subcontratas*, siendo la jurisprudencia la que ha procedido a ello, pudiendo ser definidas como aquellos negocios contractuales en los que una empresa (la empresa contratista o subcontratista) asume la obligación de realizar una obra o servicio determinado a otra empresa (la empresa

principal, comitente o contratante o, en el caso de la subcontrata, la empresa contratista) a cambio del pago de un precio por ello.

La jurisprudencia ha incluido en el concepto, no solo a los contratos de arrendamiento de servicios o de ejecución de obra del Art. 1588 del Código Civil, sino a todos aquellos contratos en los que se proporciona a la contraparte un *facere* y no un *dare* (como ocurre en los contratos de suministro o de cesión de una parte de la superficie comercial de unos grandes almacenes para el desarrollo de actividades comerciales), incluyendo así a los contratos de agencia (SS.TS de 21 de julio de 2016, Rec. 2147/2016 o de 15 de febrero de 2018, Rec. 209/2016), de franquicia, de concesión o de transporte; y, en el sector público, a las contrataciones y concesiones administrativas o a las encomiendas concertadas al amparo de normas jurídico-públicas (por todas, SS.TS de 15 de julio de 1996, Rec. 1089/1996 o de 12 de diciembre de 2007, Rec. 3275/2006).

En todo caso, la Ley de Contratos del Sector Público de 14 de noviembre de 2011 prohíbe la contratación con organismos o entidades del sector público a las empresas condenadas mediante sentencia firme por delitos contra la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores, así como a quienes no se hallen al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social en los términos reglamentariamente establecidos (Art. 49).

El principal problema jurídico que plantean las contrataciones y subcontratas en la práctica es el de su delimitación respecto de la pseudocontrata o pseudosubcontrata calificable de “cesión ilegal de trabajadores” regulada en el Art. 43 del ET (ver *infra*).

La jurisprudencia ha entendido que existe cesión ilegal de trabajadores cuando la supuesta empresa contratista o subcontratista “es una empresa aparente, sin estructura ni entidad propias, sin bienes, patrimonio ni una verdadera organización empresarial” (por todas, STS de 2 de octubre de 2007, Rec.3656/2005) y ha concretado los siguientes indicios de la existencia de una verdadera contrata o subcontrata de obras o servicios:

- 1º) Que la empresa contratista posea una infraestructuras o medios de producción propios (plantilla, centro de trabajo, maquinarias, instalaciones, utillaje, etc.), no bastando con que la empresa esté válidamente constituida con personalidad jurídica propia e inscripción en la Seguridad Social (por todas, STS de 27 de septiembre de 2011, Rec.4095/2010).

Pese a ello se ha admitido la existencia de una empresa contratista cuando la empresa principal suministra las materias primas o las herramientas de trabajo o no existe centro de trabajo propio y diferenciado (caso típico de las empresas contratistas de servicios de mantenimiento, de construcción o de limpieza).

- 2º) Que la empresa contratista tenga la organización, control y dirección de la actividad y de los trabajadores, aun cuando éstos estén sometidos a instruc-

ciones técnicas del empresario principal plasmadas en la contrata mercantil o en documentos posteriores y exista una supervisión de éste.

Lo importante a estos efectos es que exista una “*triangulación*” en las órdenes del empresario principal, esto es, que el empresario principal se las de al empresario contratista y éste a sus trabajadores (por todas, STS de 4 de marzo de 2008, Rec.1310/2007).

- 3º) Que la empresa contratista/subcontratista asuma el riesgo empresarial, corriendo a su cargo el importe de los salarios de sus trabajadores y no al de la empresa principal o comitente (por todas, STS de 17 de julio de 1993, Rec.1712/1992).
- 4ª) Resulta irrelevante, si bien sea ciertamente un indicio, la exclusividad o no de la contrata (STS de 2 de diciembre de 1986).
- 5º) Resulta igualmente irrelevante que la empresa contratista persiga o no ánimo de lucro (por todas, STSJ de Cataluña, de 4 de febrero de 2000).

## **7. Dos tipos de contratas o subcontratas a efectos de responsabilidad**

Con carácter general, con referencia indistinta al sector privado y al sector público (por todas, SS.TS de 15 de julio y 27 de septiembre de 1996 y 12 de diciembre de 2007, Rec. 3275/2006), existen en este sentido dos tipos de concesiones, contratas y subcontratas de obras o servicios: las concesiones, contratas y subcontratas de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal o comitente y las concesiones, contratas y subcontratas de obras o servicios no correspondientes a la propia actividad del empresario principal o comitente.

El problema fundamental se plantea en la práctica en relación con el *concepto jurídico indeterminado* en que consiste la “*propia actividad del empresario principal*” para determinar las responsabilidades existentes en los casos de incumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social por parte de las empresas contratistas.

Se han mantenido hasta la fecha por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo tres interpretaciones distintas del concepto legal de “*propia actividad del empresario principal*”:

- 1ª) Una primera interpretación amplia, identificando la “*propia actividad*” con las “*actividades necesarias para el cumplimiento de los fines productivos de la empresa comitente o principal*”.
- 2ª) Una segunda interpretación restrictiva, identificando la “*propia actividad*” con las “*actividades que sean parte de la misma naturaleza de la actividad principal de la empresa comitente o principal*”.
- 3ª) Y una tercera interpretación intermedia, que se hay impuesto, según la cual la “*propia actividad*” se identifica con la “*actividad directamente relacionada con*”

*el ciclo productivo de la empresa comitente o principal*" (por todas, SS.TS de 22 de noviembre de 2002 o de 21 de julio de 2016), esto es, "cuando, de no contratarse las obras o servicios, deberían ser realizadas por la empresa principal so pena de ver perjudicada sensiblemente su actividad empresarial" (STS de 21 de julio de 2016). Así pues, las tareas complementarias, aunque necesarias, quedan excluidas del concepto legal de la "propia actividad de la empresa principal". La argumentación utilizada ha sido la de considerar que la actividad de la empresa contratista solamente se incorpora al producto o resultado final de la empresa principal cuando las obras o servicios son inherentes al proceso productivo de la misma, cobrando sentido solamente en este caso la imposición de responsabilidad patrimonial a dicha empresa respecto de los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista (SS.TS de 21 de febrero o de 9 de mayo de 2018).

No existe, pues, en este punto una seguridad jurídica mínima en la interpretación jurisprudencial, debiendo acudir siempre al caso concreto en función de las circunstancias concurrentes para poder aplicar la última de las tesis jurisprudenciales que se han sucedido en la interpretación del concepto legal de "propia actividad": "Se trata de actividades inherentes a la producción de bienes y servicios que el principal presta al público o coloca en el mercado", de tal modo que las prestaciones laborales de los trabajadores de la empresa contratista "se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente" (por todas, SS.TS de 10 de julio o de 27 de octubre de 2000).

De acuerdo con esta doctrina jurisprudencial se han considerado contratos referidas a la propia actividad de la empresa principal (SS.TS de 14 de septiembre de 2021, Rec.880 y de 26 de abril de 2023, Rec.317):

- La contrata de servicios informáticos por una entidad bancaria (STS de 15 de abril de 2010).
- La contrata de mantenimiento de las aplicaciones informáticas de un Banco (STS de 15 de abril de 20109).
- La contrata de servicios informáticos de un determinado Ministerio (STSJ de Madrid, de 23 de febrero de 20049).
- La contrata del servicio de atención a personas mayores en Centros de día de un Ayuntamiento (STS de 5 de diciembre de 2011).
- La contrata de transporte sanitario de un Servicio Autonómico de Salud (SS.TS de 24 de junio y de 3 de octubre de 2008 o de 29 de octubre de 2013).
- La contrata de Telefónica del tendido aérea de las líneas telefónicas (STS de 22 de noviembre de 2002).
- La contrata de explotación de las instalaciones periféricas de saneamiento de aguas para una Entidad Local (SS.TS de 12 de diciembre de 2007 o de 21 de febrero de 2018).

- La contrata del comedor de un Colegio Mayor Universitario (STS de 24 de noviembre de 1998).
- La contrata de promoción de ventas de determinados productos y de la reposición de productos en un supermercado (STSJ de Madrid, de 13 de abril de 2004).
- La contrata de un Ayuntamiento de gestión de los servicios de atención domiciliaria (SS.TS de 3 y 18 de marzo de 1997).

Por el contrario, se ha rechazado jurisprudencialmente la calificación de contratas de la propia actividad del empresario principal las siguientes:

- La contrata de las obras de construcción de una carretera por un Gobierno autonómico (STS de 12 de diciembre de 2007).
- La contrata de vigilancia por parte de una Comunidad Autónoma de las propias instalaciones (STS de 18 de enero de 1995).
- La contrata de servicios de seguridad por parte de una empresa eléctrica (STS de 27 de octubre de 2000).
- La contrata de mantenimiento de las instalaciones y del control y la gestión de un centro hospitalario (STSJ de Andalucía/Granada, de 26 de septiembre de 2012).
- La contrata de reconstrucción de una nave industrial del empresario principal (STSJ de la Comunidad Valenciana, de 29 de junio de 2004).
- La explotación de la cafetería de un Ministerio a través de una contrata administrativa (STSJ de Castilla-La Mancha, de 17 de marzo de 2004).
- La contrata de actividades de construcción por una empresa promotora inmobiliaria (STS 20 de julio de 2005).
- La contrata por el INEM de la organización de cursos y actividades formativas (STS 29 de octubre de 1998).

Por otra parte, se dan también en la realidad "*contratas complejas*" con distintas actividades de muy difícil calificación jurídica (STS de 14 de julio de 1999).

Por todo ello, existen de antiguo diversas posiciones doctrinales críticas con el concepto legal de "*propia actividad*" pidiendo su modificación o, incluso, su desaparición. Así:

- 1º) Los hay que defienden una delimitación legal del término mediante un catálogo de contratas incluidas y/o excluidas, tomando como referente la Ley italiana 136/60, hoy derogada. Esta solución sin duda peca de la misma indeterminación o ambigüedad de la actual jurisprudencia interpretativa del término legal al hacer referencia a la de la actividad productiva.
- 2º) Otros defienden la explícita recepción de los criterios jurisprudenciales en la ley, siendo a mi juicio esta solución "*más de lo mismo*".

- 3º) Se ha defendido también, con un mayor fundamento teleológico (desde la perspectiva de proteger a los trabajadores de las empresas contratistas más débiles), la sustitución del término legal por el de *“subordinación económica entre las empresas principal y contratista”*. Para su concreción, si bien cabría en este caso traer a colación los criterios mercantilistas al uso para diferenciar entre *“empresa fuerte”* y *“contratante obligatorio”* de la Ley de Defensa de la Competencia —la autonomía entre las empresas contratantes, la posición en el mercado o el grado de integración organizativa entre ambas empresas— sigue resultando excesivamente ambiguo este intercambio conceptual.
- 4º) Por último, se ha defendido la eliminación del término legal. En este sentido, y como consecuencia de lo anterior, se defiende la oportunidad de realizar un *“intercambio normativo”*, consistente en la *“doble operación”* de suprimir a un tiempo la responsabilidad solidaria de las contratistas de la propia actividad y extender una responsabilidad subsidiaria en materia salarial (o en todas las condiciones laborales) a todas las contratistas, suprimiendo así el ambiguo y conflictivo concepto jurídico indeterminado de *“contratistas de la propia actividad del empresario principal”*.

Esta última propuesta (la de la extensión de la responsabilidad subsidiaria a todas las contratistas), además de suponer una mayor coherencia en la protección normativa de los trabajadores subcontratados —ya que es precisamente en las contratistas auxiliares o complementarias (limpieza, vigilancia, mantenimiento, etc.) donde los trabajadores requieren mayor tutela dada la escasa capacidad patrimonial y económica de las empresas contratistas y el mayor riesgo por ello de que incumplan sus obligaciones laborales por insolvencia— vendría a cumplir también *“fines eugenésicos”*, esto es, podría coadyuvar a *“depurar”* el mercado de las contratistas, ya que las empresas comitentes controlarían más la contratación con las empresas contratistas para no tener que responder subsidiariamente de sus incumplimientos.

## **8. La responsabilidad en materia salarial de los empresarios principales o comités y de los empresarios concesionarios, contratistas y subcontratistas de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal o comitente**

En estos casos, la ley (Art. 42.1 y 2 del ET) responsabiliza solidariamente a este último respecto de las obligaciones de naturaleza salarial de todo tipo según la definición de salario del Art. 26.1 del ET (salario base, complementos salariales, pagas extraordinarias y retribución de las horas extraordinarias realizadas y de los descansos semanal y festivo y de las vacaciones, contraídas durante el periodo de vigencia de la concesión, contrata o subcontrata y no de las contraídas anterior o posteriormente a éstas (por todas, SS.TS de 17 de mayo de 1996, Rec. 1902/1995 de 3 de febrero de 2021, Rec. 2584/2019), derivadas de la ley, del convenio colectivo aplicable (solo

del convenio colectivo sectorial en el sector público: Art. 122.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos en el sector público) o del contrato individual de trabajo.

De esta responsabilidad salarial se excluyen las percepciones extrasalariales a que se refiere el Art. 26.2 del ET (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), de las que responde únicamente la empresa concesionaria, contratista o subcontratista (por todas, STS de 2 de mayo de 1998 o de 31 de enero y 1 de febrero de 2006), los salarios de tramitación, por entender que poseen una naturaleza indemnizatoria y no salarial (STS de 23 de enero de 2001) o las indemnizaciones por despido improcedente (SS.TS de 27 de junio de 1988 o de 20 de mayo de 1998). Respecto del salario de las vacaciones no disfrutadas, la jurisprudencia ha considerado que se trata de salario (SS.TS de 11 de noviembre de 2013 o de 23 de diciembre de 2014).

Esta responsabilidad será exigible durante el periodo de vigencia de la concesión, contrata o subcontrata y durante el año siguiente a la finalización del encargo, siempre que el derecho exigido no hubiera prescrito por el transcurso del plazo establecido (Art. 42.2 del ET; STS de 5 de diciembre de 2017, Rec. 2664/2015).

## **9. La responsabilidad en materia de seguridad social de los empresarios principales o comitentes y de los empresarios concesionarios, contratistas y subcontratistas de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal o comitente**

La Ley establece también una responsabilidad solidaria entre las empresas principal y concesionaria o contratista (extensible a las empresas subcontratistas) respecto de las obligaciones legales de seguridad social (afiliaciones/altas, cotizaciones y prestaciones debidas por falta de afiliación, alta y cotización) contraídas por la empresa contratista (o subcontratista) durante la vigencia de la contrata (o subcontrata) con sus trabajadores, excluidas las mejoras de las prestaciones (SS.TS de 19 de mayo de 1998 o de 5 de diciembre de 2017).

Esta responsabilidad será exigible durante el periodo de vigencia de la contrata (o subcontrata) y durante los tres años siguientes a su finalización, con independencia de que rija el principio de automaticidad y de que las prestaciones sean anticipadas por la Seguridad Social (por todas, SS.TS de 19 de mayo de 1998 o de 16 de septiembre de 1999).

De esta responsabilidad en materia de seguridad social podrá ser exonerado el empresario principal cuando, en uso de su facultad legal de comprobar con carácter previo al inicio de la actividad contratada que el contratista cumple con sus obligaciones de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social con sus trabajadores (Art. 16.5 de la LGSS), hubiera recabado por escrito certificación negativa por descubier-

tos del contratista (o subcontratista) y la Tesorería General de la Seguridad Social no hubiese contestado en el término improrrogable de treinta días (Art. 42.2 del ET; STS de 3 de febrero de 2021. Rec. 2584/2019). En todo caso, el incumplimiento por parte del empresario principal de este deber de comprobación constituye una infracción administrativa grave en materia de Seguridad Social por cada uno de los trabajadores afectados (Art. 22.11 de la LISOS).

Estas responsabilidades solidarias en materia salarial y de seguridad social alcanzan a todos los empresarios en una cadena de concesiones, contrata y subcontratas respecto de las obligaciones de los empresarios sucesivos (por todas, SS.TS de 9 de julio de 2002 o de 23 de septiembre de 2008; SS.TSJ de Galicia, de 15 de marzo de 2004 o de 31 de marzo de 2004).

Así pues, los trabajadores o las entidades gestoras de la seguridad social podrán reclamar a cualquiera de los empresarios implicados (Art. 1144 del Código Civil) y si la acción se dirigió contra uno de los deudores solidarios, podrán con posterioridad entablarse acciones contra los demás hasta que la deuda no resulte cobrada por completo. En el bien entendido que las acciones de reclamación de cantidad a la empresa contratista o subcontratista empleadora por parte de los trabajadores no interrumpen el plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad solidaria por la misma deuda a la empresa principal (STS de 5 de diciembre de 2017).

## **10. La responsabilidad en materia de derechos de información de los trabajadores de los empresarios principales o comitentes y de los empresarios concesionarios, contratistas y subcontratistas de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal o comitente**

Los trabajadores de la empresa concesionaria, contratista o subcontratista deberán ser informados por escrito por su empresario de la identidad de la empresa principal o comitente para la cual están prestando servicios en cada momento. Dicha información deberá facilitarse antes del inicio de la respectiva prestación de servicios e incluirá el nombre o razón social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal (Art. 42.3 del ET).

La empresa concesionaria, contratista o subcontratista deberá informar igualmente a los representantes legales de sus trabajadores, antes del inicio de la ejecución de la contrata (Art. 42.5 del ET; STS de 22 de junio de 2012, Rec. 176/2011):

- Del nombre y razón social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal.
- Del objeto y duración de la contrata, del lugar de ejecución de la contrata, en su caso del número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo del empresario principal y de las medidas

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

Cuando los trabajadores de las empresas concesionarias, contratistas y subcontratistas no tengan representación legal pero compartan centros de trabajo con la empresa principal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación, pero no las reclamaciones respecto de la empresa contratista o subcontratista de la que dependen (Art. 42.6 del ET).

Asimismo, la empresa concesionaria, contratista o subcontratista deberá informar de la identidad de la empresa principal a la Tesorería General de la Seguridad Social en los términos que reglamentariamente se determinen (Art. 42.3 del ET).

El incumplimiento por parte de las empresas de esta obligación de información se tipifica como una infracción administrativa grave (Art. 7.11 de la LISOS).

Sin perjuicio de la información sobre previsiones en materia de subcontratación a la que se refiere el Art. 64.2 c) del ET, cuando la empresa principal concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa concesionaria, contratista o subcontratista, con independencia de que su objeto se corresponda o no con la su propia actividad, deberá informar a los representantes legales de sus trabajadores sobre los siguientes extremos (Arts. 42.4 del ET y 18.1 y 24.1 y 2 de la LPRL):

- a) Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista.
- b) Objeto y duración de la contrata.
- c) Lugar de ejecución de la contrata.
- d) En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal.
- e) Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

La STS de 20 de junio de 2012 matiza que del Art. 42.4 del ET se deduce que el derecho de los representantes de los trabajadores a *“recibir información por escrito, del número de trabajadores ocupados en la empresa, tanto en relación a las empresas contratistas y subcontratistas, como en los casos de asistencias técnicas y encomiendas de gestión”* pero no sobre otros extremos como *“la identidad de los trabajadores, puesto de trabajo que ocupan, tipo de contrato y categoría profesional”*, pues no cabe *“llevar el alcance de las materias acogidas al derecho de información más allá de los términos empleados por los preceptos en los que el mismo se regula”*.

Cuando las empresas (principal, concesionaria, contratista o subcontratista) compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá disponer

de un libro registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes legales de los trabajadores. Se tipifica como infracción administrativa grave el incumplimiento de esta obligación por parte de la empresa principal (Art. 7.12 de la LISOS).

## **11. La responsabilidad en materia laboral y de seguridad social de los empresarios principales o comitentes y de los empresarios concesionarios, contratistas y subcontratistas de obras o servicios no correspondientes a la propia actividad del empresario principal o comitente**

En el caso de concesiones, contrata o subcontrata de obras o servicios no correspondientes a la propia actividad del empresario principal o comitente, la ley (Arts. 142.1 y 168.1 de la LGSS) establece tan solo una responsabilidad subsidiaria del empresario principal respecto del empresario concesionario, contratista o subcontratista en el caso de insolvencia de estos últimos en cuanto a las obligaciones legales de Seguridad Social (afiliaciones/altas, cotizaciones y prestaciones) —no respecto de las mejoras de la Seguridad Social (SS.TS de 14 de febrero de 2000 y de 22 de diciembre de 2000)—, contraídas durante la vigencia de la concesión, contrata o subcontrata con sus trabajadores.

Esta responsabilidad será exigible durante la vigencia de la contrata y durante los cuatro años siguientes a su finalización (Arts. 24.1, 142.1 y 168.1 de la LGSS).

Como ha señalado la STS de 23 de septiembre de 2008, *“los Arts. 42.2 del ET y 168.1 de la LGSS establecen respectivamente una responsabilidad solidaria y una responsabilidad subsidiaria respecto de las deudas de prestaciones de Seguridad Social contraídas por un subcontratista. La conexión o coordinación entre los mismos se efectúa mediante la conjunción “sin perjuicio” que aparece en el segundo de los citados preceptos. Lo que quiere decir que la delimitación de los campos de aplicación correspondientes a uno y otro se determina atendiendo al supuesto de hecho legal del Art. 42.2 del ET; si las obras o servicios contratados o subcontratados pertenecen a la “propia actividad” de la empresa principal o de la contratista inicial se aplica tal precepto y la responsabilidad de tales empresarios comitentes es solidaria; si no es así se aplica el Art. 168.1 de la LGSS, y la responsabilidad de los empresarios que hacen el encargo es subsidiaria, es decir, se desencadena solo en el supuesto en que el empleador subcontratista “fuese declarado insolvente”.*

Por lo demás, la Ley no establece ninguna responsabilidad respecto de las obligaciones salariales.

## **12. Las exclusiones de responsabilidad de determinados empresarios principales o comitentes**

En todo caso, la ley establece la exclusión de responsabilidades *“cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda*

*contratar un cabeza de familia (esto es, un particular) respecto de vivienda” así como “cuando el propietario de la obra o industria (esto es, el empresario principal) no contrate su realización por razón de una actividad empresarial” (Arts. 42.2 ET y 168.1.2º LGSS).*

En realidad, se trata de “exclusiones declarativas” ya que en el primero de estos casos propiamente no hay un empresario y en el segundo, la contrata no se refiere a la actividad propia del empresario principal o comitente.

### **13. La responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales de los empresarios principales o comitentes y de los empresarios concesionarios, contratistas y subcontratistas**

En cuanto a las responsabilidades por incumplimiento de las obligaciones preventivas por parte de los empresarios concesionarios, contratistas o subcontratistas con sus trabajadores, existe una normativa especial en la LPRL.

Cuando en un mismo lugar de trabajo concurren trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. A tal fin:

- 1º) Habrá un deber de información recíproca de todas las empresas y trabajadores autónomos concurrentes sobre los riesgos que cada uno de ellos genera en el lugar de trabajo, sobre todo de aquellos que pueden verse agravados por la concurrencia de actividades (Arts. 24.1 de la LPRL y 4 del RD 171/2004, de 30 de enero). Esta información ha de ser suficiente y habrá de proporcionarse antes del inicio de las actividades, cuando se produzca un cambio en las actividades concurrentes relevantes a efectos preventivos y cuando se produzca una situación de emergencia (Art. 4.3 del RD 171/2004). La información se proporcionará por escrito cuando la empresa genere riesgos graves o muy graves (Art. 4.2 del RD 171/2004).
- 2º) Deberán establecer las medidas de coordinación para la prevención de los riesgos laborales que consideren necesario, teniendo en cuenta el grado de peligrosidad de las actividades desarrolladas, el número de trabajadores presentes en el lugar de trabajo y la derivación de la concurrencia de las actividades desarrolladas (Art. 5 del RD 171/2004), pudiendo elaborar un plan de emergencia conjunto y, desde luego, pudiendo constituir u servicio de prevención mancomunado, como previene expresamente el Art. 21.1 del RSP: *“Podrán constituirse servicios de prevención mancomunados entre aquellas empresas que desarrollen simultáneamente actividades en un mismo centro de trabajo, edificio o centro comercial”.*
- 3º) Cada empresario deberá tener en cuenta la información recibida de las demás empresas y trabajadores autónomos concurrentes en la evaluación de riesgos y en la planificación de su actividad preventiva (Art. 4.4 del RD 171/2004).

- 4º) Cada empresario deberá informar a sus trabajadores de los riesgos derivados de la concurrencia de actividades empresariales en el lugar de trabajo (Art. 4.5 del RD 171/2004).

En los casos de concurrencia de trabajadores de varias empresas en un centro de trabajo del que un empresario es titular, las obligaciones se encuentran repartidas entre los distintos empresarios concurrentes. Así (Arts. 24.2 de la LPRL y 6 a 9 del RD 171/2004):

- a) El empresario titular del centro de trabajo deberá adoptar las siguientes medidas:

- 1ª) En primer lugar, un deber de cooperación con las otras empresas y trabajadores autónomos concurrentes (Arts. 4 y 5).
- 2ª) En segundo lugar, un deber de información a las empresas y trabajadores autónomos concurrentes sobre los riesgos propios del centro de trabajo, las medidas de prevención adoptadas y las medidas de emergencia a aplicar (Art. 7.1).

Esta información debe ser suficiente y habrá de proporcionarse (Art. 7.2):

- Antes del inicio de las actividades.
- Cuando se produzca un cambio en los riesgos propios del centro de trabajo relevante a efectos preventivos.
- La información se proporcionará por escrito cuando los riesgos sean graves o muy graves (Art. 7.3).

- 3ª) En tercer lugar, un deber de coordinación de la información en materia preventiva recibida de las demás empresas y trabajadores autónomos concurrentes, dando instrucciones a éstos acerca de los riesgos existentes en el centro de trabajo y de las medidas preventivas adoptadas (Art. 8.1 y 3).

Estas instrucciones deberán ser suficientes y adecuadas a los riesgos y medidas preventivas existentes (Art. 8.2).

Las instrucciones habrán de proporcionarse (Art. 8.3):

- Antes del inicio de las actividades.
- Cuando se produzca un cambio en los riesgos existentes en el centro de trabajo relevante a efectos preventivos.
- Las instrucciones se facilitarán por escrito cuando los riesgos existentes sean graves o muy graves (Art. 8.4).

- b) Los empresarios concurrentes deberán adoptar las siguientes medidas:

- 1ª) En primer lugar, un deber de cooperación con la restantes empresas y trabajadores autónomos concurrentes (Arts. 4 y 5), canalizables a través del empresario titular del centro de trabajo (Art. 8.1 y 3).
- 2ª) En segundo lugar, deberán tener en cuenta la información recibida del empresario titular del centro de trabajo en la evaluación de riesgos y en la planificación de su actividad preventiva (Art. 9.1).
- 3ª) En tercer lugar, deberán cumplir las instrucciones recibidas del empresario titular del centro de trabajo (Art. 9.2).
- 4ª) En cuarto lugar, deberán informar a sus trabajadores de la información e instrucciones recibidas del empresario titular del centro de trabajo (Art. 9.3).

En los casos de concurrencia de trabajadores de varias empresas en un centro de trabajo cuando existe un empresario principal (Arts. 24.3 de la LPRL y 10 del RD 171/2004), el empresario principal, además de los deberes de cooperación (Arts. 4 y 5), de información (Art. 7) y de coordinación (Art. 8), está obligado a vigilar el cumplimiento de la normativa de la prevención de riesgos laborales por parte de las empresas contratistas y subcontratistas de obras y servicios correspondientes a su propia actividad y que se desarrollen en su propio centro de trabajo (Art. 10.1).

El deber de vigilancia del empresario principal se concreta en las siguientes obligaciones:

- 1ª) Antes del inicio de la actividad en su centro de trabajo, exigirá a las empresas contratistas y subcontratistas que le acrediten por escrito que han realizado para las obras y servicios contratados la evaluación de riesgos y la planificación preventiva (Art. 10.2).
- 2ª) Igualmente, exigirá de éstas que le acrediten por escrito que han cumplido sus obligaciones en materia de información y formación respecto de sus trabajadores que vayan a prestar sus servicios en el centro de trabajo (Art. 10.2).
- 3ª) Deberá comprobar que las empresas contratistas y subcontratistas concurrentes en su centro de trabajo han establecido los necesarios medios de coordinación entre ellos (Art. 10.3).

Las acreditaciones de la empresa subcontratista deberán ser exigidas por la empresa contratista para su entrega al empresario principal (Art. 10.2).

La obligación de vigilancia no puede interpretarse como una obligación de carácter absoluto sino relativo, que alcanzaría a todo aquello que razonablemente (a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso) pueda ser objeto de fiscalización. Se trataría, así, de una obligación de razonable supervisión por parte de la empresa principal de las tareas preventivas de la contratista, sin que pueda exigírsele un control diario y permanente de la empresa contratista o subcontratista y de sus

trabajadores, lo que iría probablemente contra la idea misma de la descentralización productiva perseguida con la contrata. No podrá, así, exigírsele al empresario que lleve a cabo una “*función cuasipolicial*” (STSJ de Cataluña, de 4 de junio de 1994, Ar/2542).

El incumplimiento de estas obligaciones puede constituir infracción administrativa leve (Art. 11.4 y 5 de la LISOS), grave (Arts. 12, 13 y 14 de la LISOS) o muy grave (Art. 13.7 y 8 de la LISOS).

En todo caso, la responsabilidad “*ex Art. 164 de la LGSS*” por recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social por accidente de trabajo o enfermedad profesional por defectos en las medidas de seguridad, podrá ser atribuida al empresario principal o comitente, independientemente de que las tareas contratadas correspondan o no a su propia actividad (STS de 18 de septiembre de 2018, Rec. 144/2017).

## **V. LA RESPONSABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS CEDENTE Y CESIONARIO EN EL CASO DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES**

### **14. La cesión ilegal de trabajadores**

El Art. 43 del ET regula la cesión de trabajadores entre empresas. Con la finalidad de erradicar a los intermediarios en la contratación de los trabajadores, que reclutan y contratan trabajadores para cederlos a otras empresas sin incorporarlos a sus plantillas, esto es, a los trabajadores “*traficantes de mano de obra*” del mercado de trabajo que se lucran facilitando a las empresas trabajadores a cambio de un precio, la ley prohíbe la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa salvo que se trate de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas y en los términos establecidos en la Ley 14/1994, de 1 de junio, en cuyo caso la cesión temporal de los trabajadores será lícita (Art. 43.1 del ET).

Cualquier otro supuesto de cesión temporal de trabajadores de una empresa a otra distinta del realizado por una ETT será constitutivo de una cesión ilegal de trabajadores, salvo el de cesión de trabajadores a otra empresa del mismo grupo justificada por razones organizativas (por todas, SS.TS de 26 de noviembre de 1990 o de 26 de enero de 1998).

En algunas relaciones laborales especiales se admite la cesión temporal de los trabajadores. Así ocurre con los deportistas profesionales (Art. 11 del RD 1006/1985), con los trabajadores de alta dirección (Art. 9 del RD 1382/1985) o con los estibadores portuarios (Real Decreto-Ley 8/2017).

Es en el sector de los servicios donde se producen más frecuentemente este tipo de cesiones ilegales de trabajadores (marketing, informática, limpieza, vigilancia, etc.).

Ha sido históricamente la jurisprudencia, y no la ley, la que ha venido delimitando la frontera entre la cesión ilegal de trabajadores (también denominada *contrata de mano de obra* o *seudocontrata*) y la contrata y subcontrata legales.

La jurisprudencia ha entendido que existe cesión ilegal de trabajadores cuando se produzca una simulación empresarial, esto es, cuando la supuesta empresa contratista o subcontratista *“sea una empresa aparente, sin estructura ni entidad propias, sin bienes, patrimonio ni una verdadera organización empresarial”* (por todas, STS de 2 de octubre de 2007), dando lugar al fraude de ley (Art. 6.4 del Código Civil), y ha concretado los siguientes indicios de la existencia de una verdadera contrata o subcontrata de obras o servicios:

- 1º) En primer lugar, que la empresa contratista/subcontratista posea una infraestructura y unos medios de producción propios materiales (sede, centro de trabajo, maquinaria, instrumentos de trabajo, plantilla, etc.) y personales (personal directivo, técnicos y trabajadores en general), no bastando con que la empresa esté válidamente constituida, teniendo personalidad jurídica propia e inscrita en la Seguridad Social (por todas, STS de 27 de septiembre de 2011, Rec. 44095/2011), salvo que se trate de contrata de servicios (de mantenimiento, de limpieza, de seguridad, etc.) en los que la empresa principal puede proporcionar la infraestructura o no existan centros de trabajo diferenciados de las empresas principal y contratista/subcontratista (esto ocurre en algunas contrata de servicios tales como las de mantenimiento, de vigilancia, de montaje, de limpieza o de construcción) (STS de 4 de octubre de 1996). En estos casos habrá que fijarse más en otros indicios, tales como que la organización del trabajo corresponda a la empresa contratista y no a la empresa principal.

Se trata, en el fondo, de preguntarse qué es lo que aporta la empresa contratista: si solo aporta trabajadores o si, además de éstos, aporta unos medios materiales y la organización de unos y de otros. Solo en este último caso estaremos en presencia de una verdadera contrata, lo que no sucede cuando esos medios materiales son proporcionados por la empresa principal.

Ahora bien, lo anterior constituye solamente una primera condición o una condición *sine qua non* para que exista una verdadera contrata. Además de ello, se necesita que esa empresa contratista aporte a la actividad algo más que la mano de obra, poniendo a disposición de la actividad contratada los elementos personales y materiales que configuran su estructura empresarial (por todas, SS.TS de 14 de septiembre de 2001 o de 17 de enero de 2002).

- 2º) En segundo lugar, que la empresa contratista/subcontratista tenga una organización, control y dirección de la actividad laboral de los trabajadores, sin perjuicio en su caso de que la empresa principal o contratante pueda tener una facultad de supervisión o que las órdenes técnicas las de la empresa principal, si bien es importante a los efectos de la calificación jurídica del supuesto, que se *“triangule”* entre la empresa principal, la empresa contratista y el trabajador, sin que sean los mandos de la empresa principal sino los de la empresa contratista los que den las órdenes o instrucciones directamente a los trabajadores de la empresa contratista (por todas, SS.TS de 10 de enero de 2017, Rec. 1670/2014 o de 6 de mayo de 2020, Rec. 2414/2017).

Hay, desde luego, supuestos en los que este indicio queda diluido por prestar sus servicios los trabajadores de la empresa contratista en el centro de trabajo de la empresa principal y, en ocasiones, conviviendo con trabajadores de la empresa principal que realizan idénticas funciones que son complementadas por aquellos. Para estos casos resulta recomendable que las instrucciones de la empresa principal, lógicamente interesada en que el encargo en que consiste la contrata se haga a su gusto, se den, no a los trabajadores de la empresa contratista directamente, sino a algún mando intermedio de esta última.

- 3º) En tercer lugar, que la empresa contratista/subcontratista asuma el riesgo empresarial, corriendo a su cargo el importe de los salarios de sus trabajadores y no al de la empresa principal o comitente, siendo la empresa contratista, y no la principal, la que asuma las pérdidas empresariales (por todas, SS.TS de 20 de octubre de 2014, Rec. 3291/2014 o de 17 de diciembre de 2019, Rec. 2766/2017). Si este riesgo de empresa se desplaza de la empresa contratista a la empresa principal no será posible conceptuar al contratista como empresario y, por ello, no podrá calificarse el supuesto de una verdadera contrata de obras o servicios.

No obstante, habrá casos en los que no resulte fácil deducir de los hechos si es el empresario principal o el contratista el que asume el riesgo y se responsabiliza de los salarios y de las cotizaciones de los trabajadores, en los supuestos de pago formal por el contratista, pero asumidos realmente por el empresario principal por estar incluidos en el precio de la contrata (por todas, SS.TS de 9 de febrero de 1987 o de 12 de diciembre de 1997).

- 4ª) Resulta irrelevante, si bien sea ciertamente un indicio, la exclusividad o no de la contrata (STS de 2 de diciembre de 1986).
- 5ª) Resulta irrelevante que el personal se contrate desde el principio para cederlo temporalmente a otra empresa o que se produzca la cesión temporal con posterioridad sin que esa haya sido la intención inicial de la empresa (STS de 10 de julio de 2007: *"No es necesario que el personal se contrate ya inicialmente con la finalidad de ser cedido; para que haya cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparece en la posición contractual propia del empresario alguien que no tienen en realidad esa posición, es decir, quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio"*).
- 6ª) Resulta irrelevante que se trate de dos empresarios reales y no aparentes, *"si el trabajador de una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta"* (STS 16 de febrero de 1989), bastando con que *"la organización de la empresa no se haya puesto en juego, limitándose su actividad a al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo a la empresa arrendataria"* (por todas, SS.TS de 19 de enero de 1994, de 4 de julio de 2013 o de 20 de octubre de 2014).

- 7ª) Resulta irrelevante que la empresa contratista persiga o no ánimo de lucro (por todas, SS.TS de 14 de septiembre de 2001 o de 17 de abril de 2007).
- 8ª) Por lo demás, por tratarse de una *“jurisprudencia de indicios”*, ninguno de ellos tendrá un valor absoluto, debiendo valorarse conjuntamente. En este sentido, la STS de 16 de junio de 2003, entre otras muchas, señalaba que *“la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse entre ellos la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva, etc.)”*.
- 9ª) En todo caso, habrá que tener en cuenta la realidad y no tanto lo que aparezca formalizado en la contrata, ya que probablemente, si las contratas están bien hechas, éstas cumplirán formalmente con todas las exigencias legales para que se trate de una verdadera y propia contrata, si bien más tarde en su práctica aplicativa la realidad contradiga a lo pactado en la contrata.

Ahora bien, el Art. 43.2 del ET ha recogido posteriormente, y de manera criticable, algunos de los anteriores criterios jurisprudenciales, estableciendo que se incurrirá en la cesión ilegal de trabajadores cuando se de alguna de las siguientes circunstancias (STS de 2 de octubre de 2007, Rec. 3656/2005):

- 1ª) *“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”*. Esta circunstancia resulta ciertamente irrelevante en la práctica por incurrir en una *“petición de principio”*, esto es, que habrá cesión de trabajadores cuando el objeto de la contrata sea la cesión de trabajadores.
- 2ª) *“Que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia o estable”*. Esta circunstancia coincide con el segundo de los indicios tenidos en cuenta por la jurisprudencia anterior (ver *supra*).
- 3ª) *“Que la empresa no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de la actividad”*. Esta circunstancia coincide con el primero de los indicios tenidos en cuenta por la anterior jurisprudencia (ver *supra*).
- 4ª) *“Que la empresa no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”*. Lo cual, ciertamente, no es decir mucho, ya que precisamente la existencia o no de *“las funciones inherentes a su condición de empresario”* es lo que hay que dilucidar en cada caso.

Por lo demás, sobre todo, no está claro, a la vista de la literalidad de la ley (utilizando la expresión *“alguna de las siguientes circunstancias”* y uniendo todas ellas con un *“o”* disyuntivo en la redacción del precepto), si hay que entender que para que exista una cesión ilegal de trabajadores no es necesario que se den todas las circunstan-

cias que refleja el Art. 43.2 del ET, bastando con una sola (STS de 14 de febrero de 2011). Esto chocaría, sin duda, con la doctrina jurisprudencial tradicional que utilizó siempre estas circunstancias como indicios o criterios de valoración complementarios y no excluyentes, haciendo una valoración ponderada y de conjunto de los datos concurrentes (por todas, STS de 16 de junio de 2003).

Esta norma resulta de aplicación a las contrataciones administrativas realizadas por las Administraciones Públicas. En este sentido, la Disposición Adicional Primera de Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, relativa a las medidas en relación con los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, establece lo siguiente:

*“Los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el Art. 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dictarán en sus respectivos ámbitos de competencias las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos. A tal fin lo citados entes, organismos y entidades dictarán antes del 31 de diciembre de 2012 las instrucciones pertinentes para evitar actuaciones que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral.*

*En el supuesto de que en virtud de sentencia judicial los trabajadores de las empresas se convirtieran en personal laboral de la Administración, el salario a percibir será el que corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración, siendo necesario informe favorable de los órganos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias”.*

Las cesiones ilegales de trabajadores más frecuentes en la práctica son las efectuados a través de una contrata o subcontrata de obras o servicios que, en el fondo, no es tal, dado que la empresa contratista no es sino un testaferro o empresa aparente creada por la empresa contratante (por todas, SS.TS de 12 de diciembre de 1997 o de 30 de mayo de 2002).

También cabe la cesión ilegal entre dos verdaderas empresas, cuando los trabajadores de una trabajan para la otra (por todas, SS.TS de 19 de enero de 1994, de 14 de septiembre de 2001, de 17 de enero de 2002 o de 16 de junio y 20 de septiembre de 2003, Ar/7092).

Son igualmente frecuentes las cesiones ilegales de trabajadores llevadas a cabo por “empresas multiservicios”. En este sentido, la Disposición Adicional Undécima de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, encomendó al Gobierno el análisis, dentro del marco del diálogo social, de las actuaciones de estas empresas multiservicios, “cuya actividad real consiste en la contratación de trabajadores para cederlos a terceras em-

presas”, para que, en función de los resultados de dicho análisis, tome “medidas para evitar las prácticas ilegales y fraudulentas”.

Finalmente, las cesiones efectuadas por una empresa de trabajo temporal no legalizada o por una empresa de trabajo temporal legalizada en los casos prohibidos por la Ley 14/1994 (SS.TS de 4 de julio o de 26 de septiembre de 2006).

## 15. Las responsabilidades de los empresarios cedente y cesionario

En caso de incumplimiento de la prohibición legal, ambos empresarios, cedente y cesionario, tendrán las siguientes responsabilidades, compatibles entre ellas (Art. 43.3 del ET):

- a) Una responsabilidad contractual: los empresarios cedente y cesionario responderán solidariamente de todas las obligaciones laborales de todo tipo (no solo de las obligaciones salariales) contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social (cotizaciones y prestaciones, en su caso, por falta de afiliación, alta o cotización). Así, el Art. 142 de la LGSS establece que ambos empresarios, cedente y cesionario, responderán solidariamente del pago de las cuotas. Y el Art. 168.2 de la LGSS, por su parte, que ambos empresarios, cedente y cesionario, responderán solidariamente del pago de las prestaciones en los supuestos de responsabilidad previstos en el Art. 167 de la LGSS.
- b) Una responsabilidad administrativa: ambos empresarios incurrirán en infracción laboral muy grave (*“por la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente”*), sancionada administrativamente con la correspondiente multa (Arts. 43.2 y 8.2 de la LISOS).

Se trata de dos sanciones administrativas distintas a imponer a cada una de las dos empresas (cedente y cesionaria) por infracción laboral muy grave (STS de 31 de octubre de 1990).

- c) Una responsabilidad penal: ambos empresarios pueden incurrir en el delito de tráfico ilegal de mano de obra, sancionado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses (*“Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra”*: Art. 312.1 Código Penal).

En el caso de que la empresa cedente fuera una verdadera empresa, los trabajadores afectados por una cesión ilegal tienen derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o en la cesionaria (Art. 43.4 del ET; SS.TS de 16 de julio de 2020, Rec. 733/2018 o de 13 de octubre de 2020, Rec. 801/2018).

En el caso de que la empresa cedente no fuera una verdadera empresa, el derecho de opción del trabajador se reducirá a adquirir la condición de fijo en la empresa cesionaria. La opción por la empresa cesionaria será en estos casos automática, por aplicación del Art. 8.1 del ET (STS de 17 de enero de 1991).

En estos casos, resulta irrelevante la modalidad contractual que tuviera el trabajador con la empresa cedente, de manera que incluso en el caso de que el contrato fuese temporal podría convertirse en indefinido en el caso de ejercitarse el derecho de opción legalmente previsto por tratarse de una novación contractual impuesta por la ley (STS de 30 de mayo de 2006).

No es necesario que transcurra un determinado plazo de tiempo para que el trabajador cedido tenga el derecho de opción, ya que el derecho de opción viene concedido por la ley al trabajador cedido, con independencia de la duración de la cesión.

Este derecho de opción podrá ejercerse *“mientras subsista la cesión”*, no si la misma ya ha concluido, aunque la cesión hubiera sido ilegal (SS.TS de 14 de septiembre de 2009, Rec. 4232/2008, de 7 de mayo de 2010, Rec.3347/2009, de 29 de octubre de 2012, Rec. 4005/2011, de 21 de junio de 2016, de 5 de octubre de 2016 o de 31 de mayo de 2017), siendo suficiente la presentación de la solicitud de conciliación previa (Arts. 63 y ss. de la LJS) aun cuando en el momento de presentación de la demanda la relación laboral ya hubiera finalizado (por todas, SS.TS de 28 de febrero de 2018, Rec. 3885/2017 o de 14 de enero de 2020, Rec. 2501/2017, cambiando el criterio jurisprudencial anterior que exigía que la cesión subsistiera en el momento de presentación de la demanda).

También *“procede ejecutar la sentencia firme... en la que se establece la existencia de cesión ilegal de trabajadores”*, aunque la relación laboral se hubiera extinguido por la empresa cedente antes de dicha sentencia firme, pues de otro modo la misma quedaría sin contenido, *“posibilitando supuestos de fraude procesal”* (STS de 13 de diciembre de 2018, Rec. 2719/2016).

Al trabajador que opte por convertirse en fijo en la empresa cesionaria le serán de aplicación desde el inicio de la prestación de servicios (por todas, SS.TS de 30 de noviembre de 2005, de 24 de noviembre de 2010 o de 4 de julio de 2013) los derechos y obligaciones aplicables a los trabajadores de la empresa cesionaria (*“los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal”*), incluso aunque estos derechos y obligaciones fueran inferiores a los aplicables a la empresa cedente (SS.TS de 26 de enero de 2011, Rec.604/2010 o de 17 de marzo de 2015, Rec. 381/2014), computándose la antigüedad desde el inicio de la cesión ilegal (Art. 43.4 del ET). También tendrá derecho a las diferencias salariales si la retribución de la empresa cesionaria fuese mayor que la de la cedente (STS de 4 de julio de 2013).

Esta regla se aplica incluso cuando el cesionario sea una Administración Pública, si bien en tal caso el trabajador cedido no adquirirá la condición de fijo de plantilla, sino la de *“trabajador indefinido no fijo de plantilla”* (por todas, SS.TS de 19 de octubre de 2009, Rec. 757/2008 o de 2 de noviembre de 2018, Rec. 2148/2016), lo que significa que el contrato del trabajador podrá extinguirse si la Administración amortiza el

puesto de trabajo o lo cubre acudiendo al procedimiento reglamentario de cobertura de la plaza.

Las condiciones de la empresa a la que se ha prestado efectivamente los servicios deben aplicarse *ex tunc*, esto es, desde el principio y no sólo a partir de la sentencia declarativa (por todas, STS de 4 de julio de 2013, Rec. 2637/2012).

La prohibición legal de cesión de trabajadores tiene las siguientes excepciones:

- 1ª) En primer lugar, las cesiones temporales de trabajadores efectuadas a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas y en los términos legalmente establecidos (Art. 43.1 del ET). El Art. 6.2 de la Ley de 14/1994, sobre las ETT, enumera los supuestos tasados en los que puede celebrarse el contrato de puesta a disposición y su duración máxima (*"Podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el Art. 15 del Estatuto de los Trabajadores"*), previendo expresamente además una serie de supuestos en los que se prohíbe la celebración de contratos de puesta a disposición (Art. 8 de la Ley 14/1994):

*"Las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición en los siguientes casos:*

- a) Para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria.*
- b) Para la realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en el trabajo, en los términos previstos en la disposición adicional segunda de esta Ley y, de conformidad con ésta, en los convenios o acuerdos colectivos.*
- c) Cuando en los doce meses inmediatamente anteriores a la contratación la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que se pretendan cubrir por despido improcedente o por las causas previstas en los artículos 50, 51 y 52, apartado c), del Estatuto de los Trabajadores, excepto en los supuestos de fuerza mayor.*
- d) Para ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal".*

- 2ª) En segundo lugar, las cesiones de trabajadores en determinadas relaciones laborales especiales. Así:

- a) La **cesión** temporal de deportistas profesionales entre clubs cuando el deportista de su consentimiento (Art. 11 del RD 1006/1985).
- b) El trabajador común que pasa a desempeñar actividades de alta dirección *"en la misma Empresa o en otra que mantuviese con ella relaciones de grupo u otra forma asociativa similar"* (Art. 9 del RD 1382/1985).

## VI. LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS USUARIAS Y DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

### 16. Las empresas de trabajo temporal

La normativa aplicable a las empresas de trabajo temporal (en adelante, ETT) se encuentra en la Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las ETT, Arts. 18 y 19 de la LISOS, RD 4/1995, de 13 de enero y RD 216/1999, de 5 de febrero. En todo lo no previsto en la Ley 14/1994, se aplicará la legislación laboral y de seguridad social a las relaciones existentes entre la empresa y el trabajador y entre éste y la empresa usuaria (EU) (Disposición Adicional Primera de la Ley 14/1994) y en todo lo no previsto en la Ley 14/1994 se aplicará la legislación civil y mercantil a las relaciones entre la ETT y la EU (Disposición Adicional Primera de la Ley 14/1994).

Se denomina ETT a aquella empresa cuya actividad fundamental consiste en poner a disposición de otra empresa (EU), con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. Las ETT podrán, además, actuar como agencias de colocación cuando cumplan los requisitos exigidos por la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (Art. 1 de la Ley 14/1994).

La ley establece la necesidad de obtener una autorización administrativa (cuyo número y autoridad que la haya concedido deben figurar en su publicidad y ofertas de empleo: Art. 4.3 de la Ley 14/1994), considerándose cesión ilegal de trabajadores la actividad llevada a cabo por una ETT sin autorización (STS de 10 de junio de 2003), para cuya obtención se exigen los requisitos siguientes (Art. 2.1 de la Ley 14/1994):

- 1ª) Ser persona física o jurídica, incluidas las cooperativas, debidamente constituidas e inscritas de acuerdo con su legislación específica (Disposición Adicional Tercera.1 de la Ley 14/1994).
- 2ª) Disponer de una estructura organizativa adecuada (*“que le permita cumplir las obligaciones que asume como empleador en relación con el objeto social”*). En todo caso, la ETT deberá contar con un número mínimo de doce trabajadores contratados para prestar servicios bajo su dirección con contratos estables o de duración indefinida, a tiempo completo o parcial, por cada mil trabajadores o fracción contratados en el año inmediatamente anterior, computados teniendo en cuenta el número de días totales de puesta a disposición del conjunto de trabajadores cedidos, dividido por 365. Este requisito mínimo deberá acreditarse para la concesión de la primera prórroga anual, y mantenerse en lo sucesivo adaptándolo anualmente a la evolución del número de contratos gestionados.
- 3ª) Dedicarse exclusivamente a la actividad constitutiva de ETT, sin perjuicio de su actuación como agencia de colocación, previamente autorizada.
- 4ª) Carecer de obligaciones pendientes de carácter fiscal o de Seguridad Social.
- 5ª) Garantizar financieramente el cumplimiento de sus obligaciones salariales, indemnizatorias y de Seguridad Social para con sus trabajadores. Los im-

portes mínimos de dicha garantía son los siguientes: a) Veinticinco veces el salario mínimo interprofesional vigente en ese momento, en cómputo anual, para obtener la autorización y durante el primer año de ejercicio; b) El 10 por 100 de la *“masa salarial del ejercicio económico inmediato anterior, para los ejercicios subsiguientes, debiendo actualizarse anualmente dicho importe que en ningún caso podría ser inferior al indicado”* (Art. 3.2 y 3 de la Ley 14/1994), lo que deberá acreditarse documentalmente dentro de los tres primeros meses de cada año natural (Art. 8.3 del RD 216/1999).

- 6ª) No haber sido sancionada con suspensión de actividades en dos o más ocasiones.
- 7ª) Incluir en su denominación los términos *“empresa de trabajo temporal”* (Art. 2.1 de la Ley 14/1994).

La autoridad laboral que conceda la autorización administrativa llevará un Registro de las ETT, de carácter público (pudiendo certificarse los asientos registrales), en el que se inscribirán las ETT autorizadas y las vicisitudes que sufran (Arts. 4.1 de la Ley 14/1994 y 11 del RD 4/1995).

Las ETT están obligadas a comunicar a la autoridad administrativa una relación de contratos de puesta a disposición celebrados, los datos relativos a la masa salarial del ejercicio económico inmediato anterior y los cambios de titularidad, apertura y cierre de centros de trabajo y cese de la actividad (Arts. 5 de la Ley 14/1994 y 17 del RD 4/1995).

El contrato de puesta a disposición es el celebrado entre la ETT y la empresa usuaria (EU) teniendo por objeto la cesión temporal de un trabajador de la ETT para prestar servicios en la EU, a cuyo poder de dirección quedará sometido (Art. 6.1 de la Ley 14/1994).

Podrán realizarse contratos de puesta a disposición entre una ETT y una EU en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la EU podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el Art. 15 del ET, esto es, en los casos siguientes (Art. 6.2.1 de la Ley 14/1994):

- 1º) Una temporalidad por circunstancia de la producción.
- 2º) Un trabajo fijo discontinuo.
- 3º) Una interinidad por sustitución o por ocupación de vacante.
- 4º) Asimismo, podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una ETT y una EU en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la EU podría celebrar un contrato de trabajo en prácticas o un contrato para la formación en alternancia, conforme a lo dispuesto en el Art. 11 del ETT (Art. 6.2.2 de la Ley 14/1994).

La ley excluye expresamente los siguientes supuestos (Art. 8 de la Ley 14/1994):

- 1º) Para sustituir a trabajadores en huelga en la EU.

- 2º) Para realizar actividades y trabajos especialmente peligrosos.
- 3º) Cuando en los 12 meses inmediatamente anteriores a la contratación la empresa hubiese amortizado los puestos de trabajo que se pretendan cubrir por despido improcedente, por despido (individual o colectivo) por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o por resolución unilateral del trabajador por incumplimiento grave y culpable del empresario.
- 4º) Para ceder trabajadores a otras ETT.
- 5º) Cuando no se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos laborales en el puesto de trabajo para el que se quiere contratar al trabajador temporal (Art. 12.3 de la Ley 14/1994).

La ETT y la EU serán responsables, por infracción grave, por formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos no previstos expresamente por la ley (Arts. 18.2.c) y 19.2.b) de la LISOS). Ambas empresas serán igualmente responsables, por infracción muy grave, por formalizar contratos de puesta a disposición para la realización de actividades y trabajos reglamentariamente considerados peligrosos para la salud o seguridad de los trabajadores (Arts. 18.3 b) y 19.3 b) de la LISOS). La EU será responsable, por infracción muy grave, de los actos lesivos del derecho de huelga, consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros puestos a disposición por una ETT (Art. 19.3. a) de la LISOS).

En cuanto a la duración del contrato de puesta a disposición, se estará a lo dispuesto en los Arts. 11 y 15 del ET para la modalidad de contratación correspondiente al supuesto del contrato de puesta a disposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 12.3 de la Ley 14/1994 en cuanto a los eventuales períodos de formación previos a la prestación efectiva de servicios (Art. 7.1 de la Ley 14/1994).

Si al finalizar el plazo de puesta a disposición continuara el trabajador prestando servicios en la EU, se le considerará vinculado a ella por un contrato por tiempo indefinido (Art. 7.2 de la Ley 14/1994).

Será nula la cláusula del contrato de puesta a disposición que prohíba la contratación del trabajador por la EU a la finalización del contrato de puesta a disposición (Art. 7.3 de la Ley 14/1994).

El contrato de puesta a disposición se formalizará siempre por escrito y en modelo oficial (Arts. 6.3 de la Ley 14/1994 y 14 del RD 4/1995), debiendo figurar como mínimo los datos siguientes (Art. 14 del RD 4/1995):

- a) Datos identificativos de la empresa de trabajo temporal, haciendo constar el número de autorización y su vigencia temporal, número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social.
- b) Datos identificativos de la empresa usuaria, indicando, expresamente, número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social.

- c) Supuesto de celebración, con expresión concreta de la causa que lo justifica, según lo previsto en el Art. 6.2 de la Ley 14/1994.
- d) Contenido de la prestación laboral y cualificación requerida.
- e) Riesgos profesionales del puesto de trabajo a cubrir.
- f) Duración estimada del contrato de puesta a disposición.
- g) Lugar y horario de trabajo.
- h) Precio convenido.
- i) La consignación del salario calculado por unidad de tiempo, correspondiente al puesto de trabajo a desarrollar por el trabajador temporal establecido en el convenio colectivo aplicable a la EU (Art. 11.1 de la Ley 14/1994).

El incumplimiento de las exigencias formales para el contrato de puesta a disposición será infracción leve, de tratarse de la no cumplimentación de los términos reglamentarios, e infracción grave, de no formalizarse por escrito (Art. 18.1 a) y 2 b) de la LISOS).

La ETT deberá suministrar a la EU la siguiente documentación respecto de los trabajadores que haya cedido (Art. 17 del RD 4/1995):

- a) Copia del contrato de trabajo o de la correspondiente orden de servicio.
- b) Documentación acreditativa de haber cumplido las obligaciones salariales y de seguridad social contraídas con dichos trabajadores.

La EU está obligada a informar a los representantes de los trabajadores sobre cada contrato de puesta a disposición y motivo de utilización, dentro de los 10 días siguientes a su celebración (Art. 9 de la Ley 14/1994).

Los representantes de los trabajadores de la EU representarán a los trabajadores temporales en las reclamaciones frente a ésta, sin que su crédito de horas mensuales retribuidas se amplíe por ello (Art. 17.1 de la Ley 14/1994).

El objeto del contrato de trabajo celebrado entre la ETT y el trabajador es la prestación de servicios temporales en la EU (Art. 10.1 de la Ley 14/1994).

El trabajador tiene derecho a la gratuidad de los servicios de la ETT, siendo *"nula toda cláusula del contrato de trabajo que obligue al trabajador a pagar a la empresa de trabajo temporal cualquier cantidad a título de gasto de selección, formación o contratación"* (Art. 12.4 de la Ley 4/1994).

El contrato de trabajo podrá concertarse: por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición (Art. 10.1 de la Ley 14/1994), siendo posible pactar la realización de un periodo de prueba.

Si el contrato se celebra con carácter indefinido, la ETT debería entregar al trabajador, en cada misión, una *"orden de servicio"*, indicando los extremos establecidos en

el Art. 16.5 del RD 4/1995. En estos casos se aplicará la normativa laboral de carácter general, esto es, el ET y las normas concordantes (Art. 11.2 de la Ley 14/1994). Habrá obligación de pagar el salario y de cotizar a la Seguridad Social en los periodos de inactividad entre misión y misión por los trabajadores temporales contratados por tiempo indefinido, residiendo en ello la diferencia de régimen jurídico con los trabajadores contratados por la ETT por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición.

Cabe asimismo la celebración de un único contrato de trabajo para atender varios contratos sucesivos de puesta a disposición con distintas empresas usuarias, siempre que éstos *“estén plenamente determinados en el momento de la firma”* de aquél y respondan en todos los casos a contrataciones por circunstancias de la producción ajustadas al Art. 15 del ET (Art. 10.3 de la Ley 14/1994), en cuyo caso deberá *“formalizarse en el contrato de trabajo cada puesta a disposición”*, con sujeción a los mismos requisitos respecto de cada una de ellas.

Cuando se trate de un contrato en prácticas o para la formación en alternancia se incluirán también los datos mencionados respectivamente en los apartados 3 y 4 del Art. 16 del RD 4/1995.

Igualmente, las empresas de trabajo temporal podrán celebrar contratos de carácter fijo-discontinuo para la cobertura de contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de diversas empresas usuarias, en los términos previstos en el Art. 15 del ET, coincidiendo en este caso los periodos de inactividad con el plazo de espera entre dichos contratos.

Toda contratación efectuada más allá de lo permitido por la ley será considerada cesión ilegal de trabajadores y con las consecuencias siguientes (Arts. 43.1 del ET y 16.3 de la Ley 14/1994): una eventual responsabilidad penal (Art. 312 del Código Penal), una responsabilidad administrativa (Arts. 18.2.c) y 3.b) y 19.2. b) y 3 a) y b) de la LISOS), una responsabilidad solidaria de la ETT y la EU respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social contraídas con los trabajadores y la adquisición de la condición de trabajadores fijos en la EU.

Estos contratos deberán formalizarse siempre por escrito y por triplicado, de acuerdo con lo establecido para cada modalidad contractual (Arts. 10.1 de la Ley 14/1994 y 15.1 del RD 4/1995). Los contratos celebrados sin forma escrita se presumirán concertados por tiempo indefinido y a jornada completa con la ETT, salvo prueba de su temporalidad y duración parcial de la actividad (Art. 8.2 del ET).

La ETT deberá comunicar a la Oficina Pública de Empleo la celebración de estos contratos (Arts. 10.1 de la Ley 14/1994 y 15.1 del RD 4/1995), deberá informar por escrito al trabajador de los elementos esenciales del contrato y de las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral (Art. 8.5 del ET), deberá remitir a los representantes de los trabajadores una copia básica del contrato (Art. 8.3 del ET). El incumplimiento de estas obligaciones será sancionado administrativamente por la LISOS.

Las normas del ET sobre suspensión y extinción contractuales, ante el silencio legal, son aplicables a estos contratos (Disposición Adicional Primera de la Ley 14/1994).

Cuando el contrato se haya concertado por tiempo determinado, en los mismos supuestos a que hace referencia el Art. 49.1 c) del ET, el trabajador tendrá derecho, además, a recibir una indemnización económica a la finalización del contrato de puesta a disposición, aunque cabe su prorrateo durante la vigencia del mismo (Art. 11.2 de la Ley 4/1994).

Si el contrato estuvo vinculado a uno o varios contratos de puesta a disposición ilegales, su extinción equivaldrá a un despido y la correspondiente indemnización deberá calcularse computando los años de servicio desde el primer contrato de puesta a disposición (STS de 16 de abril de 2012, Rec.558/2011).

En cuanto al cómputo de la antigüedad a efectos de la indemnización por despido por utilización fraudulenta de contratos de puesta a disposición se tomarán en cuenta los diversos contratos realizados por la empresa usuaria aun con diversas ETT para las mismas funciones con el mismo trabajador y se acumularán todos ellos (STS de 16 de abril de 2012, Rec.558/2011).

## **17. La responsabilidad de las empresas usuarias y de las empresas de trabajo temporal**

La ETT es responsable frente al trabajador:

- 1º) Del *"cumplimiento de las obligaciones salariales y de seguridad social"* (Art. 12.1 de la Ley 4/1994), responsabilidad que está respaldada por la garantía constituida al efecto (Arts. 2.1 d) y 3 de la Ley 4/1994 LETT y 8 del RD 4/1995).
- 2º) De la aplicación de las mismas condiciones esenciales de trabajo y empleo (remuneración, duración de la jornada, horas extraordinarias, períodos de descanso, trabajo nocturno, vacaciones y días festivos) que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la EU para ocupar el mismo puesto (Art. 11.1 de la Ley 4/1994), incluidas las disposiciones relativas a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres (Art. 11.1 de la Ley 4/1994) y a las medidas adoptadas para combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual (Art. 11.1 de la Ley 4/1994).

Por remuneración hay que entender todas las retribuciones económicas, fijas o variables —incluyendo la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones— que estén vinculadas al puesto de trabajo a desarrollar y estén establecidas para dicho

puesto en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria (Art. 11.1 de la Ley 4/1995), tanto si se trata convenio colectivo estatutario como de un convenio extraestatutario o pactos de empresa (por todas, SS.TS de 7 de febrero de 2007, Rec. 101/2005 o de 220 de octubre de 2020, Rec. 110/2019).

- 3º) En el supuesto de que la ETT hubiera celebrado contratos para la formación y el aprendizaje con trabajadores contratados para ser puestos a disposición de las empresas usuarias, estos tendrán derecho a que la ETT cumpla las obligaciones en materia formativa establecidas en el Art. 11.2 del ET y sus normas de desarrollo (Art. 12.3 bis de la Ley 4/1994).

En este sentido, el gasto de las ETT en materia de formación preventiva es computable (Art. 12.3 de la Ley 4/1994) en orden al cumplimiento de su obligación, establecida por el Art. 12.2 de la Ley 4/1994, de destinar a la formación de los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias el 1 por ciento de la masa salarial. Esta obligación es independiente de la general empresarial de cotización por formación profesional. La inobservancia de esta regla constituye infracción administrativa grave (Art. 18.2 d) de la LISOS).

Los derechos y obligaciones de la EU y del trabajador temporal serán los siguientes:

- 1º) Las facultades de dirección y control de la actividad laboral serán ejercidas por la EU mientras dure la puesta a disposición (Art. 15.1 de la Ley 14/1994).
- 2º) El poder disciplinario del Art. 58 del ET, si bien pertenece a la ETT, se encuentra compartido legalmente con la EU: *“cuando una EU considere que por parte del trabajador se hubiera producido un incumplimiento contractual lo pondrá en conocimiento de la ETT a fin de que por ésta se adopten las medidas sancionadoras correspondientes”* (Art. 15.2 de la Ley 14/1994).
- 3º) La EU responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales y de seguridad social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, así como de la indemnización económica por fin de contrato (Art. 16.3 Ley 14/1994 y 10 del RD 4/1995), salvo que el contrato de trabajo se hubiera celebrado en contra de lo previsto en los Arts. 6 y 8 de la Ley 4/1994, en cuyo caso la responsabilidad será solidaria (Art. 16.3 de la Ley 4/1994).
- 4º) En materia de prevención de riesgos laborales, las obligaciones se encuentran repartidas entre la EU y la ETT. Así:
  - a) La ley obliga a la EU a informar al trabajador temporal, con carácter previo al inicio de la prestación de los servicios en la misma, sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo, así como de las medidas de protección y prevención contra los mismos (Art. 16.1 de la Ley 14/1994). La falta de información constituirá una infracción administrativa grave de la EU (Art. 19.2 d) de la LISOS).

- b) La EU será la única responsable de la protección de los trabajadores temporales en materia de seguridad y salud en el trabajo, incluido el recargo por prestaciones económicas derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales por causa de falta de medidas de seguridad e higiene a que se refiere el Art. 93 de la LGSS (Art. 16.2 de la Ley 14/1994).
  - c) A la ETT le corresponde tan sólo el cumplimiento de las obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud (Arts. 28.5 de la LPRL y 12.3 de la Ley 14/1994).
- 5º) El trabajador temporal, durante la vigencia contrato de puesta a disposición tendrá derecho a utilizar el transporte e instalaciones colectivas de la EU (comedor, guardería u otros servicios) (Art. 17.2 de la Ley 14/1994).
  - 6º) Los trabajadores tendrán derecho a presentar reclamaciones a la EU a través de los representantes de los trabajadores de la EU en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral (Art. 17.1 de la Ley 14/1994).
  - 7º) La EU está obligada a informar a los trabajadores cedidos por la ETT de la existencia de puestos de trabajo vacantes, en orden a acceder en su caso a los mismos (Art. 17.3 de la Ley 14/1994).
  - 8º) Mediante la negociación colectiva podrán adoptarse medidas para facilitar el acceso a los trabajadores temporales a la formación disponible por los trabajadores de la EU (Art. 17.4 de la Ley 14/1994).

## **VII. LA RESPONSABILIDAD DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS**

### **18. Los grupos de empresas**

La existencia de grupos de empresas —tanto en el sector privado como en el público (incluyendo dentro de éste a las propias Administraciones Públicas y empresas de ellos dependientes)—constituye un fenómeno absolutamente consolidado en este país y cada vez más extendido. Con ello se pretende diversificar la actividad empresarial y con ella los riesgos y las responsabilidades

Se trata de un fenómeno complejo debido a la variedad de formas con las que se presenta: el grupo puede estructurarse jerárquica o coordinadamente. El elemento característico de los grupos reside en que las empresas que los integran, si bien son independientes entre sí desde la perspectiva jurídico formal, actúan con criterios de subordinación entre ellas, lo que permite deducir la existencia de una cierta unidad económica, lo que implica una separación entre la realidad jurídica y la realidad económica. Así pues, en los grupos de empresas hay siempre dos elementos comunes: un capital y una dirección.

Aunque el grupo de empresas más frecuente sea el de un grupo de sociedades titulares de empresas, también pueden darse grupos de empresarios personas físicas (SS.TS de 10 de abril de 2001 o de 6 de marzo de 2002).

## **19. La responsabilidad de los grupos de empresas**

El principal problema jurídico que plantean los grupos de empresas en el Derecho Laboral es el de determinar si son una sola empresa o tantas como integrantes del grupo con personalidad jurídica propia en las relaciones laborales individuales a los siguientes efectos:

- a) En primer lugar, para determinar quién es el sujeto responsable de las obligaciones empresariales con los trabajadores. En este caso, a la parte empresarial le interesa que responsables sean cada una de las empresas del grupo y no el grupo.
- b) En segundo lugar, para determinar el alcance de la libre circulación de los trabajadores dentro del grupo. En este caso, a la parte empresarial le interesa que considere al grupo como una unidad empresarial que facilite la movilidad dentro del mismo.
- c) En tercer lugar, para determinar la existencia de concurrencia desleal por parte de los trabajadores. En este caso, a la parte empresarial le interesa considerar al grupo como una unidad empresarial en orden a limitar la concurrencia de sus trabajadores.
- d) En cuarto lugar, para apreciar la existencia de fraude de ley en la contratación temporal sucesiva. En este caso, a la parte empresarial le interesa considerar a cada una de las empresas del grupo como independiente de las demás.
- e) En quinto lugar, para acogerse a los incentivos por nuevas contrataciones. En este caso, a la parte empresarial le interesa igualmente la consideración independiente de cada una de las empresas del grupo.
- f) En sexto lugar, para determinar si existe causa objetiva para acogerse a una cláusula de descuelgue salarial, modificar sustancialmente condiciones, trasladar, suspender y extinguir contratos de trabajo. En este caso, a la parte empresarial le interesa también la consideración independiente de cada una de las empresas del grupo.
- g) En séptimo lugar, por último, para decidir sobre la existencia de vacantes con vistas al reingreso tras una excedencia voluntaria. En este caso, a la parte empresarial le interesa la consideración del grupo como una unidad empresarial.

Las dificultades que plantean los grupos de empresas en relación con los problemas apuntados residen en que, con la excepción de las Leyes que regulan anualmente

los incentivos a la contratación, no existe una legislación que resuelva expresamente estos problemas, siendo la jurisprudencia la que trabajosamente debe hacerlo.

A efectos de la responsabilidad empresarial por las obligaciones laborales con los trabajadores, la jurisprudencia, como regla general, viene interpretando que son las empresas componentes del grupo y no el grupo de empresas el responsable laboral, esto es, que existe independencia y que no hay una comunicación de responsabilidades laborales entre las distintas empresas del grupo (por todas, SS.TS de 20 de enero de 2003, Rec.1524/2002, de 27 de mayo de 2013, Rec. 78/2012, de 12 de julio de 2017, Rec.278/2016, de 21 de noviembre de 2019, Rec. 103/2019 o de 22 de junio de 2020, Rec. 195/2019).

Así, dirá que *“no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones contraídas por una de ellas con sus trabajadores”* (por todas, las SS.TS de 21 de diciembre de 2000 o de 26 de septiembre de 2001) o que *“no es suficiente que exista una participación societaria de unas empresas en otras del grupo”* (SS.TS de 20 de enero de 2003, Rec. 1524/2002 o de 19 de diciembre de 2013).

Esta tesis se ha reforzado, de alguna manera, a partir de la promulgación de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, al admitir, con ciertos requisitos de publicidad, las sociedades de un solo socio, incluso cuando este único socio sea una persona jurídica, sin que exista confusión patrimonial entre ésta y la sociedad unipersonal.

No obstante, esta regla general interpretativa quiebra jurisprudencialmente en aquellos supuestos de grupos de empresas en los que se dan determinadas circunstancias adicionales que llevan a los Tribunales a *“levantar el velo de la personalidad jurídica”* y a declarar la comunicación de responsabilidades empresariales entre las empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial.

Estas circunstancias adicionales son, según la jurisprudencia, las siguientes (por todas, SS.TS de 24 de febrero de 2015, Rec. 124/2015 o de 11 de julio de 2018, Rec. 81/2017):

- 1ª) En primer lugar, la existencia de una *“confusión de plantillas”* o *“plantilla única”* dentro del grupo. Esto sucede cuando los trabajadores, *“con independencia de cuál sea la empresa a la que estén formalmente adscritos, realicen su prestación laboral de modo simultáneo o sucesivo a varias empresas del grupo”* (por todas, SS.TS de 27 de mayo de 2013, Rec. 78/2012 o de 22 de septiembre de 2014, Rec. 314/2013).
- 2ª) En segundo lugar, la existencia de una *“confusión patrimonial”* o *“caja única”* dentro del grupo, esto es, lo que podría calificarse de *“promiscuidad en la gestión económica”* (SS.TS de 27 de mayo de 2013, Rec. 78/2012, de 20 de mayo de 2014, Rec. 168/2013 o de 22 de septiembre de 2014, Rec. 314/2013).

Esto sucede cuando se constata que existe una confusión o un elevado grado de comunicación entre los patrimonios de las distintas empresas del grupo. Así, de modo casuístico, se ha considerado jurisprudencialmente que existía confusión patrimonial en los siguientes casos:

- *“Un ambiente de identidad, unidad de acceso, comunicación directa, cajas aparentemente al menos únicas, supervisor o encargado común, amplia y profusa publicidad común”* (STS de 14 de diciembre de 1985).
- *“Se da una utilización de oficinas ubicadas en el mismo lugar, uso de almacenes, realización de estudios técnicos y utilización de licencias de fabricación”* (STS de 10 de noviembre de 1987, Rec.7838/1987).
- *“Una sociedad abona los salarios de los trabajadores de otra”* (STS de 8 de junio de 1986).
- *“Las empresas constituyen una unidad patrimonial con comunicación de sus activos y pasivos, así como el resultado de sus cuentas de explotación, tienen el mismo domicilio social y el mismo objeto social”* (STSJ de Andalucía/Málaga, de 11 de junio de 1993).
- *“Una de las dos sociedades codemandadas se había hecho cargo del abono de las nóminas, de los siniestros asegurados por la otra y de las cuotas de la seguridad social”* (STS de 8 de junio de 1988).

Aunque es doctrina del Tribunal Supremo (por todas, SS.TS de 25 de septiembre de 2013 o de 19 de diciembre de 2013) que no existe confusión patrimonial por el solo hecho de que existan vínculos accionariales y que *“capital”* y *“patrimonio”* de las sociedades son cosas distintas, existen, sin embargo, Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que han llegado más lejos, considerando que existe *“confusión patrimonial”* cuando se constaten importante lazos accionariales o participaciones entre las sociedades del grupo, lo que extiende notablemente la excepción y las posibilidades de *“levantamiento del velo de la personalidad jurídica”* (Por todas, SS.TS de 25 de septiembre de 2013, Rec.3/2013 o de 19 de diciembre de 2013, Rec. 37/2013; SS.TSJ de Madrid, de 28 de octubre de 1991; de Cataluña, de 4 de marzo de 1993; o de Canarias, de 25 de octubre de 1994).

- 3<sup>a</sup>) En tercer lugar, la existencia de una apariencia externa unitaria de todas las empresas del grupo. Esto sucede cuando el grupo de empresas utiliza fraudulentamente la personalidad jurídica y se presenta externamente como una sola empresa, creando la apariencia de unidad empresarial que, según la *“doctrina del empresario aparente”*, vincula frente a terceros a las sociedades que la provocan (por todas, SS.TS de 20 de enero de 1997, Rec.687/1996, de 20 de marzo de 2013, Rec.81/2012, de 27 de mayo de 2013, Rec. 78/2012, de 29 de enero de 2014, Rec.121/2013 o de 2 de junio de 2014, Rec. 546/2013) e inducen a confusión a los terceros que contratan con las empresas del gru-

po (STS de 22 de diciembre de 1989, Rec.9073/1989). Así, se dirá que *“quien crea una apariencia verosímil está obligado frente a los que de buena fe aceptan esa apariencia como una realidad”* (STS de 12 de julio de 1988).

- 4ª) En cuarto lugar, finalmente, en alguna ocasión aislada, la existencia de una dirección unitaria en el grupo ha constituido la circunstancia determinante del *“levantamiento del velo de la personalidad jurídica”*, pero sólo en el caso de que hubiera indicios racionales de que las dificultades financieras de una empresa filial eran debidas a su inserción en el grupo, esto es, *“cuando concurre en la actuación del grupo una utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas en perjuicio de los trabajadores”* (por todas, SS.TS 26 de enero de 1998 o de 29 de enero de 2014), ya que *“la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Este dato será determinante (solamente) de la existencia de un grupo empresarial, pero no de la responsabilidad común del grupo por las obligaciones de una de ellas”* (SS.TS de 26 de enero de 1998 o de 26 de diciembre de 2001).

Desde luego, la prueba de que las dificultades por las que atraviesa la empresa filial se debe a una actuación abusiva del grupo puede ser muy difícil en la práctica, dado que el funcionamiento de los grupos de sociedades no suele ser transparente y no se prevé una alteración de la carga de la prueba en estos casos, ni siquiera una prueba compartida, esto es, que los trabajadores prueben la existencia de unos indicios razonables de que la empresa dominada ha sufrido un perjuicio por parte de la empresa dominante, correspondiendo entonces a ésta la prueba de que las dificultades no se han originado por su culpa..

En todo caso, al igual que sucedía con la *“confusión patrimonial”* o *“caja única”*, existen sentencias que han llegado más lejos, extendiendo notablemente la excepción y las posibilidades del *“levantamiento del velo de la personalidad jurídica”* a supuestos de simple actuación del grupo bajo los mismos criterios o coordinadas, bajo un mismo poder de dirección, evidenciado por un único órgano rector (por todas, STS de 22 de marzo de 1991).

Acerca de los anteriores criterios jurisprudenciales, cabría matizar lo siguiente:

- 1º) En primer lugar, que, en un principio, bastaba con que se diera una sola de estas circunstancias para que el Tribunal *“levantase el velo de la personalidad jurídica”* y declarase la existencia de una responsabilidad solidaria entre todas las empresas del grupo, sin que fuese necesaria la presencia de todas ellas, si bien en la actualidad las circunstancias constituyen simples *“indicios”* a estos efectos. Aunque normalmente estas circunstancias estarán presentes conjuntamente (por todas, STS de 11 de octubre de 1990).
- 2º) En segundo lugar, que, por tratarse de una *“jurisprudencia de indicios”*, la inseguridad jurídica está garantizada, pudiendo producirse contradicciones jurisprudenciales muy notables. Se tiene a veces la impresión en estas Sen-

tencias que primero se decide la calificación jurídica y luego se subrayan o utilizan oportunamente los hechos según corroboren o desmientan esa calificación.

Así, por ejemplo, en relación con la *"plantilla única"* no está claro si los Tribunales consideran que existe solo cuando toda la plantilla está confundida o si basta con que varios trabajadores o, incluso, uno sólo lo esté (STS de 26 de noviembre de 1990 o de 26 de enero de 1998). O, en relación con la *"caja única"*, no parece deducible la comunicación de responsabilidades en el caso de existencia de relaciones comerciales entre varias empresas del grupo si son objeto de la correspondiente facturación, obran como créditos y deudas en la contabilidad auditada de unas y otras y se abonan con talones girados a cargo de cuentas corrientes separadas de las empresas del grupo (STS de 26 de enero de 1998).

- 3º) En tercer lugar, que la prueba de la existencia de esas circunstancias o elementos adicionales (que demuestran la existencia de una empresa unitaria y la corresponsabilidad del grupo) corresponde al trabajador demandante, según la regla general procesal de *"actori incumbit probatio"* (por todas, STS de 3 de diciembre de 1986).
- 4º) En cuarto lugar, que el fundamento jurídico último que suele utilizarse jurisprudencialmente puede ser uno de los siguientes: bien que existe una modalidad de *"comunidad de bienes"* y, por ello, un solo empresario laboral, según el Art. 1.2 del ET, bien que existe un *"abuso de derecho"* en la utilización de las formas societarias con responsabilidad limitada, según el Art. 7.2 del Código Civil; o un *"fraude de ley"* del Art. 6.4 del Código Civil (por todas, STS de 12 de julio de 1988) o bien que existe un atentado al principio de la *"buena fe contractual"* (por todas, STS de 9 de junio de 1995). En ocasiones se hace alusión a uno, a dos de ellos o a todos a la vez, de un modo genérico e impreciso y con muy poca rigurosidad. Así, por ejemplo, la STSJ de Galicia, de 21 de septiembre de 1992, dirá que *"es reiterada la doctrina jurisprudencial que afirma la necesidad de que el grupo de empresa actúe en fraude de ley, haciendo una utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas en perjuicio de los trabajadores, de forma que se produzca un abuso de derecho o ánimo defraudatorio, atentando a la buena fe contractual, lo que permite concluir que existe una suerte de comunidad de bienes"*.

Posiblemente, la jurisprudencia ha llegado así al límite de sus posibilidades interpretativas en cuanto al *"levantamiento del velo de la personalidad jurídica"* de las empresas del grupo, en ausencia de una ley que regule con carácter general esta cuestión.

En cuanto a la circulación de los trabajadores dentro del grupo de empresas, el problema que se plantea es el de si esta circulación constituye un supuesto de movilidad geográfica legal (de traslados o desplazamientos temporales regulados por el Art. 40 del ET) o si, por el contrario, se trata de supuestos de cesión ilegal de trabajadores del Art. 43 del ET.

En principio, nada obsta para que se produzca obligatoriamente para el trabajador esta circulación entre distintas empresas del grupo, bien de manera simultánea, bien de manera sucesiva en el tiempo (por todas, SS.TS de 26 de noviembre de 1990 o de 26 de enero de 1998). Ahora bien, de producirse, estaremos ante un supuesto de *“plantilla única”* o de *“confusión de plantillas”*, justificativo por tanto del *“levantamiento del velo de la personalidad jurídica”* de las empresas componentes del grupo a los efectos de futuras responsabilidades de alguna de ellas.

En cuanto a la existencia de concurrencia desleal por parte de los trabajadores, la jurisprudencia ha entendido que *“la coincidencia de la actividad realizada por un trabajador de una empresa con la actividad realizada por otra empresa del mismo grupo es constitutiva de atentado a la buena fe contractual”*, considerando así al grupo como un solo empresario a estos efectos (por todas, STS de 22 de marzo de 1991).

En cuanto a la existencia de fraude de ley en la contratación temporal sucesiva de un mismo trabajador por dos o más empresas de un mismo grupo, la doctrina judicial (por todas, SS.TSJ de la Comunidad Valenciana, de 6 de junio de 1997 o de Galicia, de 26 de marzo de 1998) ha entendido que el grupo de empresas forma una unidad empresarial a estos efectos.

En cuanto al régimen de incentivos para las nuevas contrataciones laborales de los planes anuales de empleo (bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social), las Leyes contemplan expresamente a los grupos de empresas a la hora de excluir del régimen de incentivos a aquellos contratos con trabajadores que en los últimos 24 meses hubieran prestado servicios en el mismo grupo mediante contrato indefinido, con vistas a evitar el *“efecto sustitutorio”*.

En los supuestos de descuelgue salarial, traslado, modificación sustancial, suspensión y extinción del contrato de trabajo, la jurisprudencia ha considerado que la *“causa económica”* a alegar para justificar estas medidas empresariales se refiere al grupo de empresas y no solamente a la empresa (por todas, STS de 9 de junio de 1995, respecto de los descuelgues; STS de 13 de julio de 1990, respecto de los despidos colectivos).

Para decidir acerca de la existencia de vacantes con vistas al reingreso del trabajador en la empresa tras una excedencia voluntaria, la doctrina judicial ha entendido que el grupo de empresas constituye una sola empresa a estos efectos (por todas, STCT de 26 de enero de 1988).

## VIII. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES

### 20. La laboralidad o extralaboralidad de las plataformas digitales y su responsabilidad

El principal problema que plantean los trabajadores de las plataformas digitales es el de su laboralidad o extralaboralidad, dado que algunos de los tradicionales indicios de dependencia quedan sin duda diluidos en la nueva realidad laboral, siendo

una de las características de estos trabajos la ausencia de poder alguno de negociación con la plataforma que fija las condiciones de trabajo a las que un trabajador podrá adherirse o no.

El Tribunal Supremo viene defendiendo en los últimos años la necesidad de replantearse los indicios clásicos de laboralidad, teniendo en cuenta las nuevas realidades empresariales, utilizando para ello los siguientes indicios:

- 1º) En primer lugar, la adopción por parte del empresario —y no del trabajador— de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o con el público.
- 2º) En segundo lugar, la fijación de los precios o tarifas del servicio por parte de la empresa que el trabajador puede aceptar o rechazar no contratándose.
- 3º) En tercer lugar, la selección de los clientes por parte de la empresa.
- 4º) En cuarto lugar, la realización del cálculo de la retribución de los trabajadores con arreglo a criterios que guarden una cierta proporción con la actividad prestada, esto es, la retribución está conectada con las horas de trabajo y no con otros criterios empresariales.
- 5º) En quinto lugar, en la retribución percibida por el trabajador se aprecia la ausencia del lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones en la retribución percibida por el trabajador.
- 6º) Por último, la existencia o inexistencia de estructura empresarial en la prestación de servicios del trabajador.

Se trata, en el fondo, de seis criterios dirigidos básicamente a demostrar que los trabajadores no constituyen una empresa. De esta forma, el Tribunal Supremo acoge la doctrina por la cual el ámbito del Derecho del Trabajo no ha de limitarse al trabajo dependiente en sentido estricto, sino a toda prestación personal de servicios que no se haga como un genuino empresario.

La STS de 25 de septiembre de 2020 (Rec.4746/2019), siguiendo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencias de 20 de diciembre de 2017 y de 10 de abril de 2018, sobre la empresa Uber) ha resuelto por primera vez un conflicto referido a un *riders* de la empresa Glovo, manteniendo su carácter laboral frente a la STSJ de Madrid que mantuvo que se trataba de un trabajador autónomo, teniendo en cuenta los siguientes indicios de laboralidad:

- 1º) En primer lugar, el hecho de que el repartidor trabaje bajo una marca ajena de la que es propietaria la empresa.
- 2º) En segundo lugar, el hecho de que los medios de producción en este caso no son el teléfono móvil y la motocicleta del repartidor sino la plataforma digital que pertenece a la empresa.
- 3º) En tercer lugar, la denominada "*reputación digital*" como una forma de vigilancia y control de los trabajadores, así como una forma de organización

del trabajo decidida por la empresa, entendiendo que el hecho de que “los repartidores que tienen mejor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados que vayan entrando” es una forma de control de los repartidores. En este sentido, señala que “en la práctica este sistema de puntuación de cada repartidor condiciona su libertad de elección de horarios porque si no está disponible para prestar servicios en las franjas horarias con más demanda, su puntuación disminuye y con ella la posibilidad de que en el futuro se le encarguen más servicios y conseguir la rentabilidad económica que busca, lo que equivale a perder empleo y retribución. Además, la empresa penaliza a los repartidores, dejando de asignarles pedidos, cuando no estén operativos en las franjas reservadas, salvo causa justificada debidamente comunicada y acreditada. La consecuencia es que los repartidores compiten entre sí por las franjas horarias más productivas, existiendo una inseguridad económica derivada de la retribución a comisión sin garantía alguna de encargos mínimos, que propicia que los repartidores intenten estar disponibles el mayor período de tiempo posible para acceder a más encargos y a una mayor retribución”.

- 4º) En cuarto lugar, el hecho de que la empresa no es una mera intermediaria sino una verdadera empresa de reparto.
- 5º) Otros indicios tenidos en cuenta son los siguientes:
  - La empresa toma todas las decisiones comerciales del negocio.
  - El precio de los servicios prestados, la forma de pago y la remuneración a los repartidores se fija exclusivamente por esa empresa.
  - Los repartidores no perciben sus honorarios directamente de los clientes finales de la plataforma, sino que el precio del servicio lo recibe la empresa, quien posteriormente abona su retribución a los repartidores.
  - La empresa se apropia del trabajo del repartidor para ofrecerlo a sus propios clientes.
  - El repartidor no tiene ninguna intervención en los acuerdos establecidos entre la empresa y los comercios cuyos productos se reparten, ni en la relación entre la empresa y los clientes a los que servían los pedidos.

El Real Decreto-Ley 9/2021, de 11 de mayo, como resultado del acuerdo logrado entre los sindicatos y las asociaciones empresariales mayoritarias, introdujo en el ET una nueva Disposición Adicional Vigésimotercera, con el siguiente tenor: “Por aplicación de lo establecido en el Art. 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital”.

Se establece así una presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto de mercancías. La primera y principal cuestión interpretativa que plantea esta nueva norma es la de la naturaleza jurídica de la presunción establecida —¿se trata de una presunción *“iuris et de iure”* o de una presunción *“iuris tantum”*?— existiendo en este sentido diversas interpretaciones doctrinales: desde los que consideran que se trata de una presunción *“iuris et de iure”*, puesto que la simple presunción *“iuris tantum”* ya la establecían los Arts. 1.1 y 8.1 del ET y no tendría sentido que la nueva presunción no añadiera nada a lo anteriormente existente; pasando por los que defienden que se trata de una presunción *“iuris tantum”* a la vista de la literalidad del precepto (*“por aplicación de lo establecido en el Art. 8.1 del ET”*); hasta llegar a los que consideran que se trata de una presunción *“iuris tantum”* que exige más requisitos que la del Art. 8.1 del ET. Sin duda, todo dependerá de la interpretación que hagan los tribunales, inclinándose por una u otra interpretación.

Por lo demás, el propio precepto resulta claramente incompleto, al referirse solamente a las plataformas digitales de transporte de mercancías y no a todas las plataformas digitales, señalando, además, que *“esta presunción no afecta a lo previsto en el Art. 1.3 del ET”*, referido a los prestadores del servicio de transporte al amparo de autorización administrativa, que seguirán siendo trabajadores autónomos.

