

ACCESO GRATIS a la Lectura en la Nube

Para visualizar el libro electrónico en la nube de lectura envíe junto a su nombre y apellidos una fotografía del código de barras situado en la contraportada del libro y otra del ticket de compra a la dirección:

ebooktirant@tirant.com

En un máximo de 72 horas laborables le enviaremos el código de acceso con sus instrucciones.

La visualización del libro en **NUBE DE LECTURA** excluye los usos bibliotecarios y públicos que puedan poner el archivo electrónico a disposición de una comunidad de lectores. Se permite tan solo un uso individual y privado

La regulación laboral de las contratadas y subcontratadas: puntos críticos

Monografía de la Revista Trabajo y Empresa

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG
*Catedrática de Filosofía del Derecho de la
Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO
*Catedrática de Derecho Civil de la
Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN
*Catedrático de Teoría y Filosofía de
Derecho. Instituto Tecnológico
Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
*Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia
de la Nación y miembro de El Colegio Nacional*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
*Juez de la Corte Interamericana de Derechos
Humanos. Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ
*Catedrático de Derecho Mercantil
de la UNED*

LUIS LÓPEZ GUERRA
*Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ
*Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA
*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía
Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA
*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER
*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad de Colonia
(Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO
*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente
del Instituto Ibero-Americano de
La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO
*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET
*Catedrática de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales de la Universidad
de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO
*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del
Tribunal Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN
*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad
de Valencia*

RUTH ZIMMERLING
*Catedrática de Ciencia Política de la Universidad
de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales



La regulación laboral de las contratas y subcontratas: puntos críticos

Monografía de la Revista Trabajo y Empresa

tirant lo blanch
Valencia 2023

Director:

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. *Catedrático. Universidad Complutense de Madrid.*

Secretario de redacción:

Ángel Jurado Segovia. *Profesor Contratado Doctor. Universidad Complutense de Madrid.*

Comité de redacción:

María Amparo García Rubio. *Profesora Titular. Universidad de Valencia.*

Juan Gil Plana. *Profesor Titular. Universidad Complutense de Madrid.*

Mónica Llano Sánchez. *Profesora Titular. Universidad Complutense de Madrid.*

Magdalena Llompart Bennàssar. *Profesora Titular. Universidad de las Islas Baleares.*

Enrique Nores Torres. *Profesor Titular. Universidad de Valencia.*

Javier Thibault Aranda. *Profesor Titular. Universidad Complutense de Madrid.*

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-xxxx-2022
ISBN: 978-84-1147-878-6
MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politic-as-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa:
<http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>

Índice



| | |
|---|-----|
| Presentación | 9 |
| Francisco Pérez de los Cobos Orihuel | |
| La noción laboral de contrata y de contrata de “propia de actividad” | 13 |
| Tomás Sala Franco | |
| La distinción entre contrata lícita y cesión ilegal de trabajadores | 25 |
| Ángel Jurado Segovia | |
| La contratación laboral en el ámbito de las contratas: de la temporalidad al contrato indefinido | 45 |
| Jesús Lahera Forteza | |
| Alcance de las responsabilidades laborales en caso de contratas y subcontratas: Las obligaciones salariales y las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales | 65 |
| Raquel Aguilera Izquierdo | |
| Sobre la minimización jurisprudencial de la exoneración de la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en las contratas y subcontratas (A propósito de la STS de 3 de febrero de 2021, rec. 2584/2019) | 97 |
| Francisco Pérez de los Cobos Orihuel | |
| Las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores empleados en las contratas | 115 |
| Javier Thibault Aranda | |
| Sucesión de contratas y sucesión de empresa | 137 |
| Yolanda Sánchez-Urán Azaña | |

| | |
|---|-----|
| El tratamiento de las contratas y subcontratas en la jurisprudencia reciente | 163 |
| Ángel Blasco Pellicer | |
| Sobre la revista | 175 |
| Equipo editorial | 181 |
| Normas de edición e instrucciones para la remisión de originales | 185 |

Presentación



El lector tiene en sus manos una monografía que reproduce en papel el primer número de *“Trabajo y Empresa”*, revista jurídico-laboral que ha nacido con el propósito de enriquecer el debate público desde la convicción de que este será más interesante, estimulante y productivo en la medida en la que sea más amplio y pluralista.

Como cualquier lector avezado habrá percibido de inmediato, el binomio de términos que componen el título de nuestra revista no responde al azar o a una elección gratuita, sino que quiere evocar el alma bifronte de nuestra disciplina —tuteladora del trabajador y de la empresa— y subrayar que la mediación y el diálogo entre capital y trabajo constituyen su signo de identidad más genuino. La tensión dialéctica entre la consideración del trabajo como una mercancía y la superación de esta estrecha concepción en atención a la debilidad contractual del trabajador y al respeto a su dignidad, recorre la historia de nuestra disciplina y alcanza a nuestros días. El trabajo es mucho más que una mercancía, pero nunca ha dejado de ser esta, como con claridad evidencia la expresión “mercado de trabajo”, de general uso. Nuestro título asume con naturalidad la necesidad de conciliar ambas lógicas, la tuitiva y la productiva, función por cierto que caracteriza y define la fuente del Derecho del Trabajo por antonomasia: el convenio colectivo.

Los retos que tiene ante sí planteados el Derecho del Trabajo son de primer orden. La situación económica mundial y, sobre todo, la revolución tecnológica en curso anuncian cambios estructurales que más pronto que tarde tendrán repercusiones laborales de envergadura; de hecho, las están teniendo ya. Frente a esta situación, el Derecho del Trabajo no puede refugiarse en la melancolía, ni en pretender la intangibilidad de fórmulas añejas. Antes al contrario, está llamado a dar respuestas nuevas frente a las nuevas realidades, como por lo demás siempre ha hecho. Tenemos por delante una apasionante tarea de reflexión crítica, actualización de principios y técni-

cas, de imaginación de nuevos instrumentos de regulación y tutela. Nuestra revista nace con el propósito de contribuir a esta ingente tarea.

La periodicidad que hemos previsto para la revista va a ser cuatrimestral. Aunque va a ser una revista digital, uno de los tres números del año, aquel en el que se aborde monográficamente un tema de interés, será publicado también en papel, en formato libro, teniendo los otros dos una estructura clásica (escueta editorial de presentación del número, varios artículos doctrinales, un estudio monográfico jurisprudencial y una sección que seleccione y de cuenta de la principal jurisprudencia habida en el correspondiente período).

El primer número de *“Trabajo y Empresa”* ha abordado monográficamente el estudio de la regulación laboral de las contratadas y subcontratadas y, por ello siguiendo la pauta indicada, se edita también como libro. La elección temática puede sorprender, pues la regulación de la institución en sus elementos básicos ha permanecido prácticamente inalterada desde la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores; en efecto, las muchas reformas legislativas que desde entonces se han sucedido y que con tanta intensidad han afectado a otras instituciones laborales —la última la del 2021— solo tangencialmente han incidido en esta. Pero ello no se debe a la excelencia de la regulación legal; antes al contrario, prácticamente desde su promulgación, la aplicación del art. 42 ET se ha revelado tan problemática que puede asegurarse que no hay extremo de su regulación cuya interpretación no haya merecido una polémica doctrinal y/o jurisprudencial. Quizás el secreto de su perdurabilidad haya precisamente que buscarlo en la dificultad regulatoria que la institución presenta, que durante el tiempo transcurrido no ha hecho sino agudizarse, pues resulta evidente que la realidad económico-productiva de los ochenta, para la que se concibió el precepto, nada tiene que ver con la actual, en la que se han generalizado los procesos de descentralización productiva. Hoy la descentralización es un elemento central en las estrategias de competitividad empresarial. Por tanto, lo problemático de la regulación legal y su manifiesta obsolescencia aconsejaban visitar la institución.

A estas razones de peso, que aconsejaban repensar críticamente la figura, se han añadido otras coyunturales no menos determinantes en la elección del tema tratado. El radical cambio jurisprudencial que en la interpretación del contrato temporal para obra o servicio determinado llevó a cabo el Tribunal Supremo en su ST de 29 de diciembre de 2020 y la subsiguiente desaparición de este contrato a resultas de la reforma operada por el RDL 32/21 de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, han representado para contratistas y subcontratistas alteraciones de su marco legal de primer orden, cuyo alcance y trascendencia se hacía necesario estudiar. Lo mismo sucede con la incorporación al art. 42 del Estatuto de un nuevo apartado sexto, llevada a cabo por esta misma reforma, apartado conforme al cual “el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio

sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III”. La dicción legal dista de ser meridiana y naturalmente se abre a la discusión. Por fin, entre otros aspectos dignos de interés y análisis, una reciente jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha reconfigurado el mecanismo exoneratorio de la responsabilidad empresarial previsto en el Estatuto, en términos tales que se hacía necesario analizarla.

No lleva a cabo este texto —no podía aspirar a tal— un análisis exhaustivo del régimen jurídico-laboral de las contratas y subcontratas, pero sí, creemos, un estudio de los principales tópicos en los que se focalizan los desajustes y problemas regulatorios de la institución, así como un cumplido análisis de la última jurisprudencia dictada al respecto. Creo que constituye una buena carta de presentación de nuestra revista y un expreso anuncio de lo que en sus páginas nos proponemos hacer.

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel

Director de la revista

La noción laboral de contrata y de contrata de “propia de actividad”

Tomás Sala Franco

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

SUMARIO:

1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. LA NOCIÓN LEGAL DE “CONTRATA”. 3. LA NOCIÓN LEGAL DE “PROPIA ACTIVIDAD”. 4. CONCLUSIONES PROPOSITIVAS.

RESUMEN: El presente trabajo analiza los preceptos legales de “contrata” y de “propia actividad” de la empresa principal, repasando las distintas interpretaciones por la jurisprudenciales y doctrinales y planteando finalmente unas conclusiones propositivas sobre estos dos conceptos.

Palabras clave: Contrata. Obligaciones de hacer y de dar. Propia actividad. Actividades periféricas.

ABSTRACT: The present work analyzes the legal precepts of “contracts” and “own activity” of the main company, reviewing the different interpretations by the jurisprudence and doctrine, finally proposing some propositional conclusions about these two concepts.

Key words: Contracts. Obligations to do and give. Own activity. Peripheral activities.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

1. La fragmentación empresarial de una parte de la actividad -mayor o menor y más o menos importante según los casos,- constituye hoy un fenómeno plenamente consolidado tanto en el sector privado como en el sector público. La descentralización productiva a través del redimensionamiento de las empresas y la cooperación interempresarial es sin duda el modelo predominante de organización empresarial para la producción de bienes y servicios a la búsqueda de la mayor competitividad.

Las razones por las que se recurre a las mismas son muy variadas, si bien suelen ser fundamentalmente económicas (el ahorro de costes en la realización de determinadas obras y servicios, tanto en la estructura productiva como en el personal), pueden existir también razones organizativas y tecnológicas (la reducción del personal necesario para desarrollar determinadas actividades en la empresa), razones técnicas (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 ciertas empresas contratistas debida a su especialización o la inexistencia de trabajadores especializados para contratarlos laboralmente en un determinado mercado de servicios) y aún razones ideológicas y políticas (las privatizaciones y descentralizaciones de servicios públicos y sus posteriores reversiones o la obstaculización de la negociación colectiva y, en general, de la capacidad de organización de los trabajadores)¹.

Son muchas las vías jurídicas a través de las que una empresa puede descentralizar su actividad —la contrata y subcontrata de obras o servicios, la empresa de trabajo temporal, el trabajo autónomo, los grupos de empresas, la transmisión de las empresas, las empresas multiservicios o de gestión integral o el teletrabajo—, todas ellas con fundamento constitucional en la libertad de empresa reconocida en el art. 38 de la Constitución², si bien la más importante cuantitativamente es sin duda la fórmula de la *“contrata y subcontrata de obras y servicios”*.

2. La trascendencia de las contrata y subcontratas para las condiciones de trabajo y para la seguridad de los trabajadores de las mismas es ciertamente importante. Por esta razón existe una regulación laboral de las contrata —actualmente en el art. 42 del ET—, bajo el signo de la protección de los trabajadores de las empresas contratistas respecto del cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social por parte de éstas. No obstante, este signo protector no alcanza a la calidad de sus condiciones laborales, que pueden ser —y de hecho normalmente lo son— inferiores a las de los trabajadores de la empresa principal (*ver infra*).

3. El problema fundamental que plantea este precepto en la práctica reside en la delimitación de su ámbito de aplicación. En efecto, el supuesto de hecho sobre el que se construye el art. 42 del ET toma como referentes dos conceptos jurídicos de significado indeterminado: por un lado, la existencia de una *“contrata”* y, por otro, que ésta pertenezca a la *“propia actividad”* de la empresa principal, sin que ninguno de los dos tenga una precisa delimitación legal.

1 Ver, in extenso, NORES TORRES, E. *El trabajo en contrata. La noción de “contrata de propia actividad”*. Tirant lo Blanch. 2004. pags.156 y ss.; CALVO RODRÍGUEZ, E. *La responsabilidad empresarial en la subcontratación laboral: análisis del Artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores*. Tesis doctoral inédita. Valencia. 2017, págs. 31 y ss.

2 Cfr, STS 4 marzo 2008, rec.1310/2007, entre otras muchas.

2. LA NOCIÓN LEGAL DE “CONTRATA”

4. Por lo que respecta al término “*contrata*”, como es sabido, el texto estatutario emplea un término “*atécnico*” que procede del lenguaje coloquial³. Ahora bien, desde las primeras interpretaciones doctrinales se ha reconducido la contrata al “*contrato de arrendamiento o ejecución de obra*” de los arts. 1544 y 1588 del Código Civil o, más concretamente, al “*contrato de empresa*”, como variante del anterior, por el que una empresa (la empresa contratista) se compromete a realizar una obra (obligación de resultado) o un servicio (obligación de medio o de actividad, tal como las que se dan en un contrato de telemarketing o en un contrato de servicios de seguridad) determinado para otra empresa (la empresa principal o comitente), que a su vez asume la obligación de pagar por ello un precio.

En definitiva, se trataría de un supuesto de “*locatio operis*” caracterizado por el doble hecho de que, por un lado, quien ejecuta el encargo (la obra o el servicio), en vez de trabajar personalmente, lo hace a través de una organización empresarial (a diferencia del trabajo autónomo)⁴ y, por otro, su objeto consiste en el cumplimiento de una obligación de “*hacer*” de carácter “*específico*” o delimitado, ya sea una “*obra*” o un “*servicio*”⁵.

5. En cuanto al carácter mercantil o no de los empresarios intervinientes —el empresario principal o comitente y el empresario contratista—, existe unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia⁶ en no exigir la condición de “*empresario mercantil*”, bastando con que se trate de “*empresarios laborales*” o “*empleadores*” e, incluso, se admite que el empresario principal o comitente no sea un “*empleador*”, esto es, que no tenga trabajadores a su cargo⁷.

Por esta razón, se consideran contratas para el art. 42 del ET las realizadas entre organizaciones culturales, religiosas o recreativas sin ánimo de lucro en su actuación.

3 MARTÍN VALVERDE, A. *Interposición y mediación en el contrato de trabajo*. Revista de Política Social. nº 91. 1971. pag.24.

4 GARCIA MURCIA, J. El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores. RPS. nº 130. 1981. pag. 23; MONTOYA MEDINA, D. Trabajo en contratas y protección de los trabajadores. Tirant lo Blanch. 2004. pag.70.

5 CRUZ VILLALÓN, J. *Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas*. Relaciones Laborales, nº 12. pags. 114 y 115; GOERLICH PESET, J. M^a. *Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata*. En AA,VV. Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno. Tirant lo Blanch. 2000. pag. 92.

6 “*Dicha expresión ha de entenderse como sinónimo de empleador, tal como desvela el art. 1.2 del propio cuerpo legal, en relación con el apartado 1 del mismo artículo, en el que se define tal figura de manera traslativa o refleja, en tanto que entiende por tal al que recibe la prestación de servicios de quien sea trabajador... la expresión empresario, utilizada por el art. 42 no ha de entenderse limitada, por tanto, a quien sea titular de una organización económica específica que manifiesta la existencia de una empresa, en sentido económico o mercantil*” (STS,u.d.15 julio 1996, Ar/1995/5990; en el mismo sentido, SS.TS 3 marzo 1997, Ar/2194 o 18 marzo 1997, Ar/2572).

7 GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I. Y GOÑI SEIN, J.L. *Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas*. En AA,VV. Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno. Tirant lo Blanch. 2000. Pag. 145.

7. En cuanto a la posibilidad de extender la aplicación del art. 42 del ET a las Administraciones Públicas y a cuantos entes jurídico-públicos operan en el mercado laboral como “empleadores”, cuando ceden la gestión de un servicio público a personas jurídicas privadas a través de cualquier modalidad de contratación administrativa, tras una primera doctrina judicial renuente⁸, doctrina y jurisprudencia⁹ admiten unánimemente su inclusión en el supuesto de hecho del precepto legal.

Ahora bien, no todas las modalidades de contratación administrativa previstas en el art. 12 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, son reconducibles a la “contrata” del art. 42 del ET; tan sólo aquellas que consistan en una obligación de “hacer” específico. Así, el contrato de gestión de un servicio público, el contrato de obra o el contrato de concesión de obra.¹⁰

8. La exigencia de que el objeto de la contrata consista en un “hacer” de carácter “específico” ha llevado a que, tradicionalmente, queden excluidos de la protección del art. 42 del ET aquellos contratos cuyo objeto sea una obligación de “dar”.

Así, por ejemplo, los contratos de compraventa o los contratos de suministro¹¹, si bien hay ocasiones en que la frontera entre el contrato de compraventa o el de suministro con la contrata no es perfectamente nítida, en aquellos casos de compraventa en los que el vendedor adquiere determinadas obligaciones postventa de “hacer” específicas (de montaje, de adaptación, de mantenimiento, de reparación, etc.) que resultan prevalentes sobre las de “dar”, habiéndose defendido en estos casos su aplicación¹², tesis admitida en algún caso por la doctrina judicial.¹³

8 Así, por ejemplo, las SS.TSJ Cataluña, 5 marzo 1993, Ar/1505; Navarra, 28 abril 1995, Ar/1335; o País Vasco, 17 octubre 1995, Ar/3718.

9 Por todas, SS.TS 15 julio 1996, rec.1089/1996; 18 marzo 1997, rec. 3090/1996; 29 octubre 1998, rec. 1213/1998; 21 julio 2016, rec.2147/2916; o 15 febrero 2018, rec. 209/2016. La STS 12 diciembre 2017, rec.3275/2006, establece claramente que “el término empresario, incluido en el art. 42 del ET debe equipararse al de empleador, y no limitarse, restrictivamente, al titular de una organización económica específica, que proyecte la existencia de una empresa en sentido económico o mercantil, sin que sea obstáculo a esta conclusión que el repetido art. 42, in fine, haga mención a “su realización por razón de una actividad empresarial”, en cuanto ha de entenderse que esta actividad busca apoyo en una aportación de trabajo bajo el régimen de laboralidad” y que “una interpretación del art. 42, conforme a su espíritu y finalidad, permite extender el concepto “contratas o subcontratas” celebrados por el empresario y terceros respecto a la realización de obras y servicios de los primeros, a la noción de “concesión administrativa” ya que... los términos “contratas o subcontratas” no permiten su aplicación exclusiva a los negocios jurídicos privados”.

10 Ver, in extenso, NORES TORRE. L. E. *El trabajo en contratas...cit.* págs. 53 y SS.

11 STSJ Murcia 23 noviembre 1995, rec. 10771994, referida al caso de un accidente de un trabajador de una empresa que se dedica al suministro de sacos de cementos a la empresa principal.

12 BLAT GIMENO, F. *Análisis jurídico-laboral de la descentralización productiva*. Tesis doctoral inédita. Valencia. 1989. pag. 82; GOERLICH PESET. J. M^a. *Determinación del supuesto...cit.* pag. 93; CRUZ VILLALÓN, J. *Outsourcing, contratas y subcontratas*, En Descentralización productiva y nuevas formas de organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid. MTSS, pag. 303; NORES TORRES, L. E. *El trabajo en contratas...cit.* pag.50.

13 Las SS.TSJ Madrid 9 septiembre 1996, Ar/3519 o de Aragón 10 julio 1999, Ar/2737, referidas a contratos de compraventa con pactos complementarios de asistencia técnica; o la STSJ de Madrid 23 junio 1999, AS/1999/2016, que condena solidariamente a un hipermercado y a la empresa suministradora de bebidas refrescantes que había asumido en el contrato de suministro de tareas tales como la co-

La exclusión de protección por las mismas razones se ha postulado de los contratos cuyo objeto sea una obligación de “hacer” de carácter “genérico”. Esto ocurre con ciertos contratos de gestión mercantil, tales como el contrato de comisión, la mediación, el contrato de agencia¹⁴, el contrato de arrendamiento de local de negocios¹⁵, el contrato de concesión mercantil o la franquicia.

El problema se ha planteado principalmente al hilo de los supuestos en los que se cede parte de una superficie comercial para su explotación, con las franquicias o con algunas figuras típicas de la distribución mercantil. No obstante, cabe apreciar una tímida tendencia jurisprudencial hacia la ampliación de la figura de la contrata y, en consecuencia, a la inclusión de tales experiencias en el terreno protegido por el art. 42 del ET¹⁶.

9. La asimilación de la “*contrata*” con el “*contrato de empresa*”, unido al carácter atécnico del término, ha permitido defender a un sector de la doctrina¹⁷ la ampliación de la tutela dispensada por el art. 42 del ET a otras figuras negociales, distintas a las inicialmente identificadas, a través de las cuales se instrumenta hoy en día la descentralización productiva en las empresas.

10. Por otra parte, las previsiones del art. 42 del ET resultan aplicables tanto a las “*contratas*” de obras y servicios, como a las “*subcontratas*”, entendiéndose por tales los acuerdos contractuales por el que un contratista encarga a otro contratista la ejecución de determinadas obras o servicios que forman parte del encargo que aquel se ha comprometido a realizar.

Las dificultades interpretativas que suscitaba originariamente el precepto fueron superadas de forma definitiva con la reforma operada en el texto estatutario por obra de la Ley 12/2001, de 9 de julio. Tras la misma, el art. 42.2 del ET, en el momento de delimitar el contenido material de las responsabilidades que se imponen al comitente, pasó a referirse a las obligaciones de naturaleza salarial “*contraídas por los contratistas o subcontratistas*”.

locación de los artículos en las estanterías, la vigilancia de su disponibilidad, el control y la retirada de las bebidas caducadas.

14 SS.SJ Navarra, 29 abril 1992, Ar/3826; o Madrid 12 enero 1998, Ar/1173 o 30 abril 1999, Ar/5194.

15 STSJ Andalucía 20 Marzo 1996, rec. 1598/1995.

16 Así ha sucedido:

— Con la cesión del espacio de pescadería en un supermercado (STSJ Andalucía/Málaga 19 junio 2014, rec. 629/2014).

— Con alguna franquicia (STSJ Madrid 21 Mayo 2002, relativa a una peluquería, si bien la solución habitual sea la contraria).

— Con el contrato de agencia en el ámbito de la telefonía móvil (STS 21 julio 2016, rec. 2147/2016, corrigiendo posiciones anteriores).

17 MONEREO PÉREZ, J. L. *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*. 1994. Pags. 78 y ss; LLANO SANCHEZ, M. *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*. La Ley. 1999. Pags. 45 y ss; GOERLICH PESET, J.M^a. *Determinación del supuesto...op.cit.* Pags.88 y ss.

El número de contrataciones y subcontrataciones en cadena susceptibles de ser concertadas no encuentra actualmente límites en el texto estatutario. Las únicas restricciones numéricas existentes hoy en día presentan un carácter limitado, pues se aplican exclusivamente en el sector de la construcción. En este sentido, el art. 5.2 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, sobre subcontratación en el sector de la construcción, tras reconocer que el contratista que ha recibido el encargo del promotor puede contratar los trabajos con autónomos o con subcontratistas, añade, entre otras cosas, que el primer y el segundo subcontratista pueden subcontratar la ejecución de tareas encomendadas, no así el tercer subcontratista; asimismo, prohíbe que los subcontratistas cuya organización productiva puesta en uso en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, entendiéndose por tal la que para la realización de la actividad contratada no requiera más equipos de trabajo propios que las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles, puedan a su vez subcontratar.

La responsabilidad solidaria en los casos de cadenas de contrataciones y subcontratas alcanza a todos los eslabones de las mismas. En efecto, las dudas sobre si la responsabilidad en estos casos era de grado mínimo —esto es, limitada al eslabón inmediatamente anterior a la empresa incumplidora—, al eslabón medio —es decir, al eslabón inmediatamente anterior y al primero de la cadena, o máximo —es decir, alcanza a todas las empresas de la cadena, han sido resueltas en el primer sentido por la jurisprudencia unificada¹⁸.

11. Por lo demás, el art. 42 del ET solo resultará aplicable de tratarse de una verdadera y propia contrata o subcontrata de obras o servicios y no de una “*seudocontrata*” o “*cesión ilegal de mano de obra*”, cuyo régimen jurídico viene establecido por el art. 43 del ET (ver infra).

3. LA NOCIÓN LEGAL DE “PROPIA ACTIVIDAD”

12. La aplicación del sistema de responsabilidades recogido en el art. 42 del ET exige la concurrencia de un segundo elemento presente en la delimitación del supuesto de hecho: la pertenencia del encargo asumido por el contratista a la “*propia actividad*” de la empresa principal.

Al igual que el término “*contrata*”, la expresión “*propia actividad*” carece de un significado legal preciso, si bien se identifica con la integración de la actividad desarrollada por la empresa contratista en el ciclo productivo de la empresa comitente. El problema es que tampoco existe una definición de lo que sea el ciclo productivo de una empresa.

18 Por todas, STS 9 julio 2002, rec. 2175/2001.

13. Ante esta indefinición legal, los tribunales emplean diferentes indicios para la delimitación del concepto en cuestión como, por ejemplo, la *"habitualidad"* y *"continuidad"* de la actividad encargada, su *"procedencia"*, su *"sustituibilidad"* o el *"objeto social de la empresa principal"*. La utilización de éstos y otros criterios adicionales no solventa todos los problemas que se plantean en la práctica a efectos de decidir su pertenencia a la *"propia actividad"* de la empresa comitente y, por ende, su inclusión o no en el ámbito protegido por la norma. Eso es algo que afecta especialmente, por un lado, a las contrataciones complejas, esto es, con distintas actividades de muy difícil calificación jurídica y, por otro, a las contrataciones relativas a las actividades accesorias o complementarias (de limpieza, de mantenimiento, de vigilancia, de transporte, de catering, etc.).

Las interpretaciones efectuadas hasta la fecha por la jurisprudencia de los tribunales han sido básicamente dos:

- a) En primer lugar, en un principio, una interpretación muy amplia del concepto de *"propia actividad"* lo identificaba con todas las *"actividades necesarias para el cumplimiento de los fines productivos de la empresa comitente y la organización del trabajo"*, incluyendo las *"actividades complementarias"* además de las que *"constituyan el ciclo de producción de la empresa"*.
- b) En segundo lugar, más tarde, desde una posición mucho más restrictiva, se ha asimilado la *"propia actividad"* con aquellas *"actividades que sean parte de la misma naturaleza de la actividad principal de la empresa comitente"*, esto es, con *"la actividad directamente relacionada con el ciclo productivo de la empresa comitente"*, entendiendo por tal a *"las 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"*¹⁹.

La doctrina judicial española abrazó inicialmente la tesis interpretativa amplia que incluía en el ciclo productivo o en la propia actividad todas aquellas operaciones que fueran *"indispensables"* para alcanzar el fin de empresa. A partir de ahí, quedaban integradas en el ámbito del art. 42 del ET todas aquellas contrataciones que estuviesen relacionadas con las actividades inherentes a los objetivos empresariales, así como aquellas otras que afectasen a actividades accesorias pero que fuesen igualmente necesarias y habituales (por ejemplo, la limpieza, la vigilancia, etc.). La evolución posterior ha conducido a una restricción del ámbito aplicativo del precepto, produciéndose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo un giro hacia una tesis basada en la *"inherencia"* de las funciones contratadas al ciclo productivo de la empresa, lo que excluye gran parte de las actividades consideradas como complementarias. Desde este posicionamiento se integran en el concepto analizado las contrataciones que afecten

19 Por todas, STS 27 octubre 2000, rec. 693/1999.

a las actividades principales de la empresa comitente y las relativas a las operaciones accesorias que sean absolutamente esenciales, es decir, permanecen al margen aquellas contrataciones que afecten a actividades que tengan un carácter esporádico o genérico²⁰.

14. 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*”.

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

a) Un sector doctrinal ha propuesto una delimitación legal del término mediante un catálogo de contrataciones incluidas y/o excluidas, tomando como referente el modelo que brindaba la Ley italiana 1369/60, hoy derogada²¹. Esta ley, tras circunscribir la tutela que dispensaba en los supuestos de subcontratación mediante un término de significado similar a nuestra “*propia actividad*” —en concreto, la “*endoaziendalitá*”—, aportaba también un listado ejemplificativo de contrataciones incluidas y excluidas.

A mi juicio, sin embargo, esta solución peca de la misma indeterminación o ambigüedad que la actual jurisprudencia interpretativa del término legal, pues sigue haciendo girar la delimitación del espacio protegido alrededor de la actividad desarrollada por la empresa principal y su ciclo productivo.

b) En segundo lugar, fuera del ámbito académico, se ha abogado por una solución consistente en la explícita recepción de los criterios jurisprudenciales por la ley. En este sentido se mueve la propuesta promovida por el Grupo Parlamentario Socialista en su proposición de reforma del art. 42 del ET, la cual alude a que se entenderá que el encargo pertenece a la propia actividad del comitente cuando “*se corresponda con todas o algunas de las actividades principales o nucleares del mismo y suponga, por parte del contratista o subcontratista, la aportación de mano de obra que desarrolla funciones profesionales que tienen relación directa con dichas actividades principales o nucleares*”.

No obstante, a mi juicio, esta solución sigue siendo “*más de lo mismo*”, pues no logra escapar de la ambigüedad e indeterminación actual.

c) En tercer lugar, teniendo en cuenta la finalidad de la norma —esto es, el intento de brindar protección a los trabajadores de las empresas contratistas más débiles—,

20 SS.TS 18 enero 1995, rec. 150/1994; 29 octubre 1998, referida a los cursos formativos encargados por el antiguo INEM; 24 noviembre 1998, rec. 517/1998; 20 julio 2005, re.160/1994.

21 LLANO SÁNCHEZ, M. *Responsabilidad empresarial en las contrataciones y subcontratas*. La Ley. 1999. pags. 96 y ss.

también se ha defendido la sustitución del término legal “*propia actividad*” por el de “*subordinación económica entre las empresas principal y contratista*”²².

A mi juicio, 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.

d) Por último, no han faltado propuestas que propugnan la eliminación del actual término legal y la extensión de la tutela dispensada por el art. 42 del ET a todo tipo de contrata, pertenezcan o no a la propia actividad del principal,²³ tesis que por mi parte suscribiría.

No hay que olvidar que en la actual legislación laboral sobre las contrata se produce la paradoja de que aquellos trabajadores que en la realidad están menos protegidos por trabajar en empresas contratistas y subcontratistas referidas a actividades complementarias de la actividad de la empresa principal de una menor solvencia económica están menos defendidos jurídicamente que los que trabajan en contrata y subcontrata de la propia actividad de la empresa principal, normalmente más solventes económicamente que las primeras.

En este sentido, y como consecuencia de lo anterior, también se ha defendido la oportunidad de realizar un “*intercambio normativo*”, consistente en la “*doble operación*” de suprimir a un tiempo la responsabilidad solidaria de las contrata de la propia actividad y extender una responsabilidad subsidiaria en materia salarial (y en todas las condiciones laborales) a todas las contrata, eliminando así el ambiguo y conflictivo concepto jurídico indeterminado de “*contrata de la propia actividad del empresario principal*”²⁴. En definitiva, se trataría de ampliar el ámbito aplicativo (toda contrata) y el contenido material (obligaciones laborales) a cambio de reducir el grado de responsabilidad (subsidiaria y no solidaria).

4. CONCLUSIONES PROPOSITIVAS

15. En primer lugar, por lo que respecta al concepto de “*contrata*”, como hemos podido constatar, se trata de un término “*atécnico*” que el texto estatutario no define

22 GOERLICH PESET, J. M^a. *Determinación del supuesto...* op.cit. pag. 101; NORES TORRES, E. *El trabajo en contrata...* op.cit. pags.65-66.

23 Entre otros, LÓPEZ TERRADA, E. y NORES TORRES, L. E. *La función delimitadora del concepto “propia actividad” en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores*. En, AA.VV. *El empresario laboral*. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Camps Ruiz con motivo de su jubilación. Tirant lo Blanch. 2010. Pag. 456; GORELLI HERNÁNDEZ, J. *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*. Grupo Difusión. 2010. pag.245; MONTOYA MEDINA, D. *Trabajo en contrata...* op.cit. pag 122; CALVO RODRÍGUEZ, E. op.cit. pags. 402 y ss.

24 CALVO RODRÍGUEZ, E. op. cit. pags. 427 y ss.

en ningún momento, por lo que la determinación de su significado es obra de la labor interpretativa jurisprudencial.

La interpretación tradicional, tendente a equiparar la contrata con el contrato de ejecución de obra cuyo objeto consiste en un *"hacer"* específico ha determinado, por un lado, la extensión de la protección de las contratas a todas aquellas figuras que presentan una estructura similar al negocio jurídico tomado como referente por el legislador; pero también, con frecuencia, ha supuesto la exclusión de ciertas figuras negociales del ámbito protector del art. 42 del ET.

En definitiva, aunque la indefinición del término ha permitido ajustarlo jurisprudencialmente en ocasiones y extenderlo a nuevas realidades del proceso productivo a través de las cuales se instrumenta hoy en día la descentralización en las empresas y en las Administraciones Públicas, sería a mi juicio conveniente que el legislador proporcionase algunas pautas interpretativas sobre lo que se debe entender por *"contrata"*, evitando así la dispersión exegética que se está produciendo en relación con ciertos fenómenos (por ejemplo, con las franquicias o con la cesión de superficies para el comercio).

La doctrina científica²⁵ ha propuesto la utilización del *"criterio de la dependencia o subordinación económica"* de una empresa respecto de otra empresa principal, lo que permitiría integrar en el concepto legal de *"contrata"* determinados contratos hoy excluidos, tales como el contrato de agencia o el contrato de cesión de locales con asunción de obligaciones de hacer sometidas a la empresa principal.

16. En segundo lugar, por lo que respecta al concepto de *"propia actividad"*, ya se ha visto como la delimitación de su significado se presenta como una labor muy compleja y que plantea muchas dudas en su aplicación práctica. En este sentido, de entrada, hay que destacar que siempre resultará difícil delimitar lo que sea el ciclo productivo de una empresa, pues no existe una noción ontológica del mismo; por otra parte, no se ajusta al actual panorama organizativo de las empresas ni cubre la finalidad que originariamente perseguía, ya que espacios necesitados de protección quedan al margen del ámbito aplicativo; y tampoco la sustitución de este concepto por otro de corte similar o diverso aparece como solución definitiva, pues no permite escapar de la actual ambigüedad e indeterminación.

Por todo ello, parecería a mi juicio conveniente la extensión de la responsabilidad a todas las contratas con independencia de su calificación. Esta solución, además de suponer una mayor coherencia en la protección normativa de los trabajadores afectados por la contratación, al permitir extender la tutela dispensada por la norma a las contratas auxiliares o complementarias (limpieza, vigilancia, mantenimiento, etc.), que es, precisamente, donde resulta más necesaria dada la escasa capacidad

25 Así, GOERLICH PESET, J. M^a. Determinación del supuesto...op.cit. pag.101; VALDÉS DAL-RE, F. Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo. Relaciones Laborales. n^o 18. 2001. pag. 4; NORES TORRES, L. E. El trabajo en contratas...cit. pags. 65-66.

patrimonial y económica de las empresas contratistas y el mayor riesgo por ello de incumplimiento de sus obligaciones laborales por insolvencia, vendría a cumplir también "*finis eugenésicos*", esto es, podría coadyuvar a "*depurar*" el mercado de las contrata, ya que las empresas comitentes controlarían más la contratación con las empresas contratistas para no tener que responder de sus incumplimientos.

La distinción entre contrata lícita y cesión ilegal de trabajadores



Ángel Jurado Segovia

Profesor Contratado Doctor (acreditado a Titular)
Universidad Complutense de Madrid.

SUMARIO:

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y MARCO NORMATIVO. 2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES. 2.1. La infraestructura empresarial y el ejercicio de los poderes empresariales. 2.2. Otros criterios o indicios. 3. ALGUNAS CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES.

RESUMEN: En este estudio se aborda la cuestión de la compleja frontera desde el punto de vista jurídico-laboral de las lícitas contrataciones de obras o servicios entre empresas y la cesión prohibida de trabajadores. Tras una reseña y valoración de los criterios que ofrece la ley a efectos de tal distinción, se presta especial atención a los criterios e indicios que viene manejando una jurisprudencia muy llena de matices. El estudio se cierra con una conclusión y reflexiones finales en las que el autor hace una valoración esencialmente positiva del resultado que se desprende de la jurisprudencia sobre esta compleja cuestión.

Palabras clave: Contratas; cesión ilegal de trabajadores; infraestructura y poderes empresariales; criterios jurisprudenciales.

ABSTRACT: This study addresses the question of the complex boundary, from the point of view of labour law, of lawful outsourcing and the prohibited supply of employees. After a review of the criteria offered by the law for this purposes, special attention is paid to the criteria that have been used by case law, which is full of nuances. The study closes with conclusions and final reflections in which the author makes an essentially positive assessment of the result that emerges from the case law on this complex issue.

Key words: Outsourcing; illegal supply of employees; employers infrastructure and powers; case law criterion.

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y MARCO NORMATIVO

Cualquier estudio relativo a la regulación contenida en el ordenamiento laboral español en punto a las contrataciones de obras o servicios hace necesaria la referencia a otra institución jurídico-laboral íntimamente relacionada, cual es la cesión ilegal de trabajadores. Y es que el legislador no sólo ha manifestado una preocupación por garantizar ciertos derechos de los trabajadores empleados en las contrataciones (art. 42 ET), sino también, paralelamente, por evitar que las contrataciones, en principio perfectamente lícitas, enmascaren otras prácticas prohibidas por el ordenamiento jurídico (art. 43 ET). En este sentido, el legislador español ha mostrado tradicionalmente una actitud de desconfianza con respecto a los fenómenos de cesión de mano de obra y sólo a partir de Ley 14/1994 se legalizaron las denominadas Empresas de Trabajo Temporal. Con la excepción de la actividad desarrollada por estas empresas debidamente autorizadas, el art. 43 ET ha venido recogiendo una prohibición de aquella actividad consistente en la contratación de trabajadores para cederlos a otras empresas.

Sucede, con todo, que desde hace tiempo se viene advirtiendo que, en la práctica y en no pocas ocasiones, puede resultar notablemente complejo distinguir entre una lícita contratación de obras o servicios y una cesión de trabajadores prohibida por la ley¹. Una complejidad que, además, habría ido *in crescendo* a raíz de la proliferación y diversificación de los fenómenos de externalización de actividades empresariales, de lo que también sería manifestación elocuente la aparición de las denominadas empresas multiservicios². En este contexto, fue particularmente con ocasión de la reforma laboral de 2006 que se hizo patente una mayor preocupación del legislador por trazar una frontera entre las contrataciones y las meras puestas a disposición de mano de obra ilegales³. A través, en efecto, del RD-Ley 5/2006, convertido posteriormente en Ley 43/2006, se incorporó un nuevo apartado 2 en el art. 43 ET del siguiente tenor: *“En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”*. Sin perjuicio del loable esfuerzo en aras de superar la parquedad de anteriores previsiones estatutarias con el objetivo de atender a esa distinción, cuya complejidad, como se decía, ha ido en aumento, lo cierto es que su

1 Por todos, GARCIA MURCIA, J.: “El trabajo en contrataciones y la cesión ilegal de mano de obra en el Estatuto de los trabajadores”, *Revista de Política Social*, nº 130, 1981, pág. 11.

2 Cfr. VALDES DAL-RE, F.: “La reforma del régimen de cesión ilícita de mano de obra: convergencias y divergencias entre la Ley y la jurisprudencia”, *Relaciones Laborales*, nº 12, 2007, págs. 2 y 3 (versión digital).

3 Sobre el proceso de concertación social —Gobierno y agentes sociales— que llevó a dicha reforma a intervenir sobre esta materia, PEREZ GUERRERO M^a. L y RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Contrataciones y cesión de trabajadores en la reforma laboral de 2006”, *Temas Laborales*, nº 85, pág. 115 y ss.

plasmación legal no ha resultado muy afortunada. Sobre todo porque se ha querido aquilatar un concepto más o menos categórico de cesión ilegal a partir de algunos de los criterios y/o conclusiones que cabría extraer de la doctrina jurisprudencial en la materia⁴, la cual no ha venido operando, sin embargo, sobre la base de unos criterios o elementos formulados con valor constitutivo, sino mayormente a modo de criterios orientativos e indicios, lo que restaría bastante operatividad a la definición legal ensayada⁵, cuyo tenor presenta, además, un cierto aire tautológico.

Más específicamente, la utilización en el art. 43.2 ET de las expresiones “*en todo caso*” y “*alguna de las siguientes circunstancias*” podría dar a entender que se ha querido establecer una serie de presunciones que comportasen un método de calificación no convergente con el que desprendía de la “*jurisprudencia indiciaria*”⁶. La jurisprudencia había venido apostando, en efecto, por una aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes entre sí, sino complementarios y tienen un valor indicativo u orientador⁷. Por el contrario, a tenor del art. 43.2 ET, y de la “*autonomía tipificadora*” de las circunstancias en él enumeradas, para declarar la concurrencia de una cesión ilegal de trabajadores podría bastar con un juicio centrado en torno a sólo una de las circunstancias enumeradas, despreciando la valoración de otros elementos tal vez también merecedores de ser tenidos en cuenta⁸. Por lo demás, algunas de las referencias contenidas en el art. 43.2 ET, como especialmente las que aluden a <<*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*>>, no parecen aportar, en realidad, demasiado desde el punto de vista calificador, más allá de hacer alusión al resultado prohibido por la ley⁹. No debe extrañar, por tanto, que, desde un primer momento tras la reforma, algunos autores apostasen por la no producción de un cambio relevante de método en la doctrina de los tribunales¹⁰, como, de hecho, así ha acontecido al menos por lo que se refiere a la jurisprudencia del TS, que sigue siendo de capital importancia a la hora de trazar

4 Según Exposición de motivos del RD-Ley 5/2006, lo pretendido es “*una definición de la cesión ilegal de trabajadores, que traslada a la Ley la jurisprudencia sobre esta materia*”.

5 En esta línea, PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La reforma laboral de 2006: un análisis crítico del RDL 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y el empleo”, en (AAVV): *La reforma laboral de 2006. Comentarios al Real Decreto-Ley 5/2006*, La Ley, Madrid, 2006, págs. 54 y 55.

6 Cfr., en esta línea, MOLERO MANGLANO, C.: “¿De qué depende que una contrata sea declarada cesión ilegal tras la reforma de 2006?”, *Actualidad Laboral*, nº 21, 2006, pág. 2 y ss (versión digital).

7 Cfr., entre otras, SSTS 16-6-2003 (Rº 3054/2001) y 3-10-2005 (Rº 3911/2004).

8 En esta línea, destacando que la disposición legal parece apartarse de la jurisprudencia de indicios precedente para dotar de “*autonomía tipificadora*” a cada una de las circunstancias previstas legalmente, VALDES DAL-RE, F., op. cit., p. 6 y 7.

9 En esta línea, MOLERO MANGLANO, C., op. cit., pág. 6. Y haciendo también una valoración negativa del art. 43.2 ET, entre otras cuestiones, por no tener en cuenta que los criterios manejados por la jurisprudencia no son excluyentes, así como por hacer referencias que no aportan criterios calificadores, RODRIGUEZ RAMOS, M. J.: “La cesión ilegal de trabajadores y la contrata o subcontrata de obras o servicios: dificultades de su delimitación ante las últimas reformas laborales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 15, 2007, pág. 13 y ss.

10 Cfr. MOLERO MANGLANO, C., op. cit., pág. 6 y ss.; VALDES DAL-RE, F., op. cit., pág. 7 y 8.

una distinción cabal entre la contrata lícita y la cesión prohibida¹¹. Tras la reforma de 2006, la jurisprudencia ha seguido apelando a la necesidad de tomar en consideración diversos criterios de valoración complementarios que operan muchas veces con valor un indicativo u orientador¹².

A nivel normativo cabe identificar alguna otra previsión relacionada con la distinción entre, en este caso, negocios jurídicos habituales en el ámbito del sector público y la cesión ilegal de mano de obra. Se trata más bien de indicaciones dirigidas a los gestores públicos en aras de evitar que figuras tales como los contratos públicos de servicios puedan comportar una cesión ilegal. La Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, alude, en efecto, a que los *“responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista”* (art. 308.2) y a que *“se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan espacios y lugares de trabajo con el personal al servicio de la Administración, y los trabajadores y los medios de la empresa contratista se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad o rotulaciones”* (art. 312.f). A propósito de estas disposiciones, se ha hablado de una cierta banalización de los indicios de cesión ilegal¹³, pero el hecho de que la principal norma encargada de ordenar la contratación administrativa haga referencia a esta cuestión parece traer causa en la notable trascendencia o repercusión que ha adquirido la misma en dicho ámbito. Ciertamente, a la luz de las bases de datos jurisprudenciales, puede afirmarse que la conflictividad en torno a la existencia de posibles situaciones de cesión ilegal de trabajadores se concentra en un alto porcentaje en la contratación de obras o servicios por parte de organismos públicos, no apreciándose, con todo, diferencias significativas en cuanto a los principales criterios tomados en consideración por la jurisprudencia a la hora determinar la concurrencia de un supuesto de cesión ilegal, ya sea en la esfera de las contratas privadas o públicas¹⁴. A tales criterios jurisprudenciales nos referimos con cierto detenimiento en el análisis subsiguiente.

2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

2.1. La infraestructura empresarial y el ejercicio de los poderes empresariales

De la jurisprudencia obrante hace ya unas décadas se desprende la idea de que una empresa para actuar como verdadera contratista y no incurrir en cesión ilegal

11 En esta línea, CEINOS SUAREZ, A.: “La cesión ilegal de trabajadores a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, nº 143, 2019, págs. 138-141.

12 Cfr., por ejemplo, STSS 2-11-2016 (Rº 2779/2014) y 8-7-2020 (Rº 14/2019).

13 GOERLICH PESET, J.M.: “Los límites de la regulación de las contratas y subcontratas”, en (AAVV): *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 31.

14 Cfr. CEINOS SUAREZ, A., op. cit., pág. 149 y 150.

debe ser una empresa con entidad real y no una mera empresa “ficticia” o “aparente”, con lo que parecía centrarse la atención —si no exclusiva al menos primordialmente— en que la misma contase con el patrimonio, la infraestructura y los medios necesarios —vgr. instalaciones, maquinaria, herramientas— para desarrollar una actividad empresarial y ejecutar la actividad objeto de la contrata, pues de lo contrario quedaría puesto de manifiesto que la actividad desarrollada por la contratista consiste simplemente en una puesta a disposición de trabajadores al comitente¹⁵. En esta misma línea, en la jurisprudencia más reciente cabe también identificar algunos supuestos en que, para la calificación de cesión ilegal y a la luz de los criterios del vigente art. 43.2 ET, se resaltó fundamentalmente que la contratista no contaba con ninguno de los medios necesarios para el desarrollo de la actividad en cuestión, ni disponía de una organización propia y estable a esos efectos¹⁶. Y a la importancia que puede adquirir este criterio relativo a los medios necesarios, la jurisprudencia añade, además, una precisión en el sentido de que *“cualquiera que sea el título que permita a la subcontratada la utilización y disposición de esos medios, debe corresponder necesariamente a un negocio jurídico real y conforme a derecho, ajeno a cualquier intento de simulación o fraude con la utilización de subterfugios (...), dirigida a encubrir la mera y simple cesión gratuita de esos medios materiales por parte de la empresa principal, o de terceras empresas interpuestas con esa misma finalidad defraudatoria”*. Si bien, por ello y al mismo tiempo, que la contratista compre o alquile herramientas o instrumentos a la principal, cuyo precio es descontado del conjunto de la facturación de la contrata, no se ha entendido como determinante para hablar de cesión ilegal, pues de tal circunstancia no cabe deducir que estemos ante un negocio jurídico ficticio o simulado¹⁷.

Dicho lo anterior, junto a la idea del empresario “aparente” se han ido consolidando progresivamente otros criterios de valoración que, en cierto modo, han matizado tal idea en un doble sentido. De un lado, se ha considerado que la existencia de una empresa real no excluye que en un momento determinado actúe como mero suministrador de mano de obra. Y, por otra parte, también son posibles otros supuestos en que la aportación por parte de la contratista de una infraestructura mínima o inapreciable no significa necesariamente que concurra una cesión ilegal de trabajadores, pues, como ha señalado la jurisprudencia, hay actividades productivas que pueden ser objeto lícito de contratación y no requieren la aportación de una infraestructura material relevante¹⁸.

15 Cfr., en esta línea, SSTS 7-3-1988 (RJ 1863) y 17-1-1991 (RJ 58); 17-7-1993 (Rº1712/1992). Una jurisprudencia que parece bastante influenciada por doctrina anterior del Tribunal Central del Trabajo. Cfr. SALA FRANCO, T. y RAMIREZ MARTÍNEZ, J. M.: “Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores”, (AAVV): *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, págs. 111

16 Cfr., por ejemplo, STS 26-10-2016 (Rº 2913/2014).

17 Cfr. SSTS 8-9-2020 (Rº 25/2019) y 10-6-2020 (Rº 237/2018).

18 Cfr., entre otras, STS 10-6-2020 (Rº 237/2018).

Centrándonos ahora en esta última perspectiva, no cabe, de entrada, identificar la exigencia de que la empresa contratista cuente con los medios e infraestructura necesaria con la imposibilidad de que la contrata se desarrolle en los locales o centros de trabajo de la empresa principal. De las pautas jurisprudenciales no cabe, en efecto, deducir que ello sea siempre relevante a efectos de calificar una contrata como cesión ilegal de mano de obra, pues la valoración dependerá, entre otros posibles factores, de cuál sea la actividad objeto de la contrata¹⁹. Y ocurre en general que la delimitación de lo que cabe entender por empresario “*aparente*” no se puede sino afrontar de forma muy apegada a las características de cada caso concreto, pues la valoración no puede seguir las mismas pautas en una contrata de, por ejemplo, servicios de limpieza o seguridad, que en una contrata de producción fabril²⁰. En este sentido, en la jurisprudencia se identifican algunos supuestos en que se ha descartado la existencia de cesión ilegal considerando expresamente la simpleza o escasa relevancia de los medios materiales necesarios para ejecutar la actividad contratada²¹. A lo que cabe añadir que, a la hora de enjuiciar la entidad de una organización empresarial, también puede jugar un papel relevante lo intangible; esto es, todo aquello que puede englobarse bajo la idea de “*know-how*”, cuya aportación a la contrata, junto con otros elementos que denoten el ejercicio de los poderes empresariales por la contratista, puede resultar suficiente para excluir la existencia de cesión ilegal²². De hecho, esta es la orientación que parece, asimismo, poder detectarse en la doctrina judicial que ha aludido a la idea de “*actividad laboral organizada*” para justificar la licitud de contratas con escasa relevancia material²³; una línea de tendencia que también cabe apreciar en la jurisprudencia del TS, tal y como se podrá ir observando a largo de estas páginas²⁴.

Así, que, en el marco de una contrata de un servicio de incidencias en redes telefónicas y telemáticas, la principal aportase ordenadores y ciertos equipos informáticos utilizados por los trabajadores de la contratista no se consideró determinante en tanto que ésta última había puesto a disposición otros elementos materiales —muebles dotados con mobiliario y líneas telefónicas a su cargo—, además de haber puesto su organización empresarial al servicio de la ejecución de la contrata²⁵. Y,

19 Cfr., por ejemplo, SSTS 16-6-2003 (R° 3054/2001); 25-11-2009 (R° 81/2018) y STS 24-5-2022 (R° 694/2020). En la doctrina, descartando que la contrata se ejecute en el centro de trabajo de la principal sea un elemento en sí mismo relevante para valorar la existencia de cesión ilegal, SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., op. cit., pág. 110.

20 Cfr., reflexionando en esta línea, SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., op. cit., pág. 112 y 117.

21 Cfr. SSTS 17-12-2001 (R° 244/2001) y 27-9-2011 (R° 4095/2010).

22 Cfr., en esta línea GOERLICH PESET, J.M., op. cit, pág. 29.

23 Cfr. LLANO SANCHEZ, M.: “Empresas de servicios, prestamismo laboral y precariedad en el empleo”, Relaciones Laborales, nº 2, 2006, págs. 6 y 10.

24 Por hacer referencia expresa al “*know-how*”, baste ahora citar las SSTS 10-1-2017 (R° 1670/2014) y 25-11-2019 (R° 81/2018).

25 STS 10-1-2017 (R° 1670/2014). En la misma línea, en supuestos que guardan cierta similitud, SSTS 8-1-2019 (R° 3784/2016) y 9-1-2019 (R° 108/2018). Considerando, asimismo, que estamos ante una contrata lícita, pues las herramientas que utilizaban los trabajadores eran propiedad de la contratista,

con la misma orientación, el que, como consecuencia de la externalización del servicio de atención farmacéutica en un centro de personas mayores, los trabajadores de la contratista se ubicasen en dicho centro y utilizarasen ordenadores y programas informáticos de la comitente, no se consideró trascendente, pues, dada la índole del servicio contratado, la atención a los usuarios exigía tal ubicación y acceder a datos recogidos en tales programas informáticos, organizando la contratista el resto de elementos para ejecutar, a través de sus trabajadores, el servicio contratado²⁶. De este modo, el propio objeto de la contrata, que puede requerir una cierta atención personalizada a un tercero-cliente, hace natural y lógico no dar trascendencia a que se utilicen herramientas y programas tecnológicos de la principal, en tanto que es esa atención la que hace necesaria acceder a información en posesión de la principal y relativa a dicho tercero-cliente, a los servicios contratados por él y a la forma de prestarle el servicio²⁷. Esta referencia a algunas decisiones jurisprudenciales bastante recientes sirve, en buena medida, para confirmar la observación formulada por la doctrina en el sentido de que la aportación de infraestructura y medios por parte de la empresa principal no convierte necesariamente a la contrata en un fenómeno de interposición ilícito, sino que habrá que valorar la entidad de dicha aportación y compararla, en su caso, con la efectuada por el contratista y con la organización con la que ésta actúa para ejecutar la actividad contratada²⁸.

Y enlazando con lo anterior, como se apuntaba más arriba, la tesis del empresario "*aparente*" o "*ficticio*" también habría sido matizada en otro sentido, pues, según una reiterada consideración jurisprudencial, no basta la existencia de una empresa real para excluir la interposición ilícita, sino que es la actuación empresarial en el marco de la contrata en relación con los poderes de organización y dirección, lo que deviene, aun en el caso de empresas reales y solventes, un elemento esencial²⁹. Lo que, asimismo, engarza con aquella extendida consideración jurisprudencial en el sentido de que la esencia de la distinción entre la contrata y la cesión ilegal radica en que la organización de la empresa contratista se haya puesto "*en juego*" o "*a contribución*"³⁰. Por ello, coincidiendo con otros autores, cabe afirmar que, más allá del concreto alcance que se le atribuya a la idea de empresa "*aparente*", en un buen número de casos el aspecto más determinante para distinguir entre la verdadera contrata y la pseudocon-

no resultando relevante que otros materiales fuesen de la principal, STS 8-7-2020 (R° 14/2019). Y con la misma orientación cabe citar también la STS 10-6-2020 (R° 237/2018) y la STS 4-10-2022 (R° 2498/2021).

26 STS 25-11-2019 (R° 81/2018).

27 Cfr., en esta línea, SSTS 15-4-2010 (R° 2259/2009) y 10-1-2017 (R° 1670/2014).

28 SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., op. cit., p. 117.

29 En esta línea, entre las primeras sentencias que fueron asentando esta línea interpretativa, cabe citar las SSTS 16-2-1989 (RJ 874) y 19-1-1994 (R° 3400/1992). Y en la jurisprudencia reciente, aludiendo a esta idea, véase, por ejemplo, SSTS 9-1-2019 (R° 108/2018); 8-7-2020 (R° 14/2019) y 12-1-2022 (R° 1903/2020).

30 Cfr., entre otras, SSTS 12-12-1997 (R° 3153/1996); 14-3-2006 (R° 66/2005); 19-6-2012 (R° 2200/2011); 9-1-2019 (R° 108/2018) y 24-5-2022 (R° 694/2020).

trata ilícita es la valoración, también a menudo compleja, de quién organiza, dirige y controla la actividad de los trabajadores ocupados en la contrata³¹. La jurisprudencia más reciente resulta elocuente en este sentido y ofrece algunas orientaciones indicativas cuando afirma que se trata de discernir si la empresa contratista mantiene la dirección y organización de la actividad laboral, sin trasladar tales facultades a la principal, lo que, en la práctica, se traduce en que sea dicha contratista quién adopte decisiones en materia tales como: *"distribución de tareas, determinación de los turnos, vacaciones, descansos, aplicación de las facultades disciplinarias"*³². Con todo, a pesar de estas indicaciones, la valoración de este otro criterio también se revela, como se apuntaba, compleja y está llena de matices.

Así, según se colige de la jurisprudencia, que la empresa contratista disponga entre su personal de unos coordinadores o supervisores del resto del personal encargado de ejecutar las tareas objeto de la contrata puede ser indicativo de que la contratista ostenta una capacidad organizativa y directiva relevante³³. Sin embargo, la jurisprudencia también ha destacado en alguna ocasión que tales figuras pueden revestir a veces un carácter meramente formal, carente de suficientes contenidos o con unas funciones no demasiado diferenciadas de las que ejerza la empresa comitente³⁴. Y, por ello, a pesar de la existencia de una coordinadora de la empresa contratista, se resaltó la especial relevancia de que dicha coordinadora, a efectos de concretar las funciones a realizar, actuase en continuo contacto y bajo la supervisión de una coordinadora de la comitente, presente durante toda la jornada laboral en las dependencias donde se prestaba el servicio³⁵. A la luz de ello y de alguna otra sentencia, parece que se trataría de valorar si, efectivamente, tales coordinadores o supervisores de la contratista tienen o no un cierto margen de decisión para, por ejemplo, asignar tareas o concretar determinados aspectos del trabajo a realizar y controlar su cumplimiento³⁶.

Por otra parte, ocurre que en la esfera de las facultades empresariales de organización y dirección se entremezclan a menudo y sin una fácil delimitación aspectos de índole más técnica y otras decisiones que son manifestaciones del poder de dirección más típicamente laboral. En este último sentido, de la jurisprudencia reciente se puede deducir la relevancia que adquiere que la determinación y supervisión de cues-

31 Cfr., en esta línea, LLANO SANCHEZ, M., op. cit., págs. 3, 6 y 10; RODRIGUEZ RAMOS, M. J., op. cit., págs. 16 y 26.

32 Cfr. STS 24-5-2022 (Rº 694/2020), con citas de otras SSTS recientes.

33 Cfr., en la jurisprudencia reciente, entre otras, SSTS 10-1-2017 (Rº 1670/2014); 8-1-2019 (Rº 3784/2016); 9-1-2019 (Rº 108/2018); 14-1-2020 (Rº 126/2019); 12-1-2022 (Rº 1903/2020); 24-5-2022 (Rº 694/2020).

34 Cfr., en esta línea, SSTS 17-7-1993 (Rº 1712/1992); 8-3-2011 (Rº 791/2010); 20-10-2014 (Rº 3291/2013) y 26-10-2016 (Rº 2913/2014).

35 STS 20-10-2014 (Rº 3291/2013).

36 En la jurisprudencia reciente, negando la existencia de cesión ilegal, destacando entre otras circunstancias que eran las subcontratistas las que distribuían el trabajo entre sus operarios, SSTS 8-7-2020 (Rº 14/2019) y 8-9-2020 (Rº 25/2019).

tiones relativas a jornada, horarios —y su registro y control—, permisos, vacaciones, etc., de los trabajadores ocupados de la contrata se lleve a cabo por la contratista³⁷. Es cierto que, en ocasiones, estas funciones pueden ser consideradas insuficientes o meramente accesorias a la simple aportación de mano de obra, ante la constatación de que la contratista no aporta medios materiales ni una estructura organizativa relevante para llevar a cabo la actividad contratada³⁸. Mas descartado que se trate de un supuesto que, cuando menos, se aproxime a la idea de empresario “*aparente*”, no parece, como ya apuntó hace tiempo la doctrina, que el elemento relativo al ejercicio del poder de dirección se deba entender en términos absolutos y como excluyente de un margen de dirección técnico-organizativa de la empresa comitente por razón de la actividad contratada³⁹. Particularmente expresiva en este sentido resulta la doctrina de algún TSJ, a cuyo entender habría actividades que, cuando se subcontratan, requieren inevitablemente instrucciones y controles por parte de la principal para garantizar que el producto o servicio responde a sus pautas técnicas y/o comerciales; lo que no implica cesión ilegal, siempre y cuando la contratista conserve un cierto margen propio de autonomía para organizar el trabajo en cuestiones tales como las referidas al tiempo de trabajo⁴⁰.

Al hilo de lo anterior, de varios pronunciamientos del TS se puede colegir que el Tribunal lleva a cabo una suerte de cotejo entre las funciones organizativas y directivas que en el caso concreto son asumidas por la contratista y por la principal⁴¹, lo que ya de por sí denota un reconocimiento, al menos implícito, de que el criterio relativo al ejercicio del poder de dirección admite gradaciones. En algunas de tales sentencias recientes, se concluye que las facultades ejercidas por la contratista —concesión de vacaciones, permisos, imposición de sanciones, cierta formación— resultaban muy escasas en comparación con las ejercidas por la comitente, que era la que daba directamente órdenes específicas sobre el trabajo diario a realizar⁴². No obstante, de algunas otras sentencias, también cercanas en el tiempo, cabe resaltar que el Alto Tribunal, para descartar la existencia de cesión ilegal, haya puesto particularmente el acento en aspectos como el papel desarrollado por los coordinadores de la contratista y en las decisiones y funciones de ésta en extremos relativos al tiempo de trabajo y su control, añadiéndose, además, en algunos casos, que la conclusión sobre la

37 Cfr., entre otras, SSTS 2-11-2016 (Rº 2779/2014); 10-1-2017 (Rº 1670/2014); 9-1-2019 (Rº 108/2018); 8-9-2020 (Rº 25/2019); 10-6-2020 (Rº 237/2018); 12-1-2022 (Rº 1903/2020); 24-5-2022 (Rº 694/2020) y 4-10-2022 (Rº 2498/2021).

38 Cfr., por ejemplo, el supuesto resuelto por la STS 26-10-2016 (Rº 2913/2014).

39 Cfr. RODRIGUEZ RAMOS, M. J., op. cit., pág. 27. Ya en la década de los 80, se advertía por la doctrina que, aunque debe ser el contratista el que ostente la dirección de los trabajos, a veces puede ser el empresario principal quien ejerza ciertas funciones, si así lo exige el trabajo contratado. Cfr. GARCIA MURCIA, J., op cit., pág. 24, nota 39; MARTIN VALVERDE, A.: “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios”, (AAVV): *Comentarios a las leyes laborales*, Edersa, Madrid, 1988, pág. 238.

40 Cfr., entre otras, SSTSJ Galicia 5-6-2014 (Rº 898/2014), 4-2-2016 (Rº 5102/2015); 29-3-2021 (Rº 2758/2020).

41 En esta misma línea, LLANO SANCHEZ, M., op. cit., pág. 6.

42 SSTS 16-5-2019 (Rº 3861/2016 y Rº 4082/2016), con votos particulares discrepantes.

inexistencia de cesión ilegal no quedaba desvirtuada *“por circunstancias que son propias y definitorias de la relación existente entre una empresa adjudicataria de un servicio y su cliente, como lo son el que la cliente disciplinara en sus aspectos generales la forma en que habían de ser realizadas las tareas inherentes al objeto de la contratación, ya que estas circunstancias resultan obviamente necesarias para la coordinación del desarrollo de la propia contrata y no entrañaban en modo alguno cesión de facultades de dirección y control de la cliente sobre la plantilla de la empleadora”*⁴³. Es decir, una orientación interpretativa que se movería en la misma línea que la doctrina judicial antes apuntada; a saber: siempre dentro de ciertos límites, la prohibición de cesión de mano de obra ex art. 43 ET no debe obstar a una natural y consustancial coordinación técnica ejercida por las empresas comitentes en las contrata de diversa índole. Aunque también es cierto que, como se ha advertido doctrinalmente, no siempre resultara fácil determinar dónde están los límites entre las instrucciones de carácter técnico y/o de coordinación y aquellas otras que suponen una injerencia en los poderes directivos del empresario⁴⁴.

Y, conectado a lo anterior, se puede también plantear la dificultad de determinar el valor que adquieren otras posibles circunstancias que guardan relación, asimismo, con los poderes empresariales y tienen que ver con decisiones o funciones relativas a la selección, formación, evaluación, etc., de los trabajadores de la contratista. Jurisprudencialmente, se ha destacado que difícilmente puede ejercer como verdadero empresario quien tiene fuertemente limitadas sus facultades en la selección del personal ocupado en la contrata⁴⁵, otorgándose cierta relevancia, en esta línea, a que el comitente se reservase facultades de control de idoneidad y de rechazo de los trabajadores de la contratista⁴⁶. Mas, no es menos cierto que en tales casos esas funciones de la empresa principal iban, en buena medida, acompañadas de la ausencia de otros elementos materiales, organizativos y de dirección relevantes aportados por la contratista⁴⁷. Y, por ello, dicha jurisprudencia no sería probablemente incompatible con el criterio que también se desprende de algunas otras sentencias del TS, en el sentido de que, siempre que la empresa contratista aporte cierta infraestructura y

43 STS 12-1-2022 (Rº 1903/2020). Resolviendo en el mismo sentido en supuestos muy semejantes o asimilables, SSTS 12-1-2022 (Rº 1307/2020); 21-1-2022 (Rº 553/2020) y 24-5-2022 (Rº 694/2020). En la misma línea, cabe citar otras sentencias anteriores, como, por ejemplo, la STS 10-6-2020 (Rº 237/2018) en que, pese a considerarse esencial verificar el ejercicio del poder de dirección empresarial por la contratista, también se afirma que la contratista deberá atenerse a las órdenes e instrucciones que establezca la empresa principal que ha contratado sus servicios y retribuye sus servicios.

44 Cfr., en esta línea, SALA FRANCO, T. y RAMIREZ MARTINEZ, J. M., op. cit., pág. 114; LLANO SANCHEZ, M., op. cit., pág. 8

45 Cfr. STS 17-7-1993 (Rº 1712/1992) y 17-12-2001 (Rº 244/2001).

46 Cfr. SSTS 20-10-2014 (Rº 3291/2013) y 16-5-2019 (Rº 3861/2016 y Rº 4082/2016).

47 Además de la SSTS citadas en las dos notas al pie precedentes, véase también, por ejemplo, las SSTS 19-1-1994 (Rº 3400/1992) y 6-5-2020 (Rº 2414/2017) en las que, junto con la formación impartida directamente por la principal, se constata que la ejecución de la actividad contratada se llevaba a cabo fundamentalmente a través de los medios materiales y otras directrices organizativas de dicha principal.

organización, no constituye indicio relevante de cesión ilegal el hecho de que la empresa principal se reserve, por ejemplo, funciones de determinación del perfil de los trabajadores ocupados en la contrata o de formación y de control de cómo estos ejecutan sus servicios, en tanto que, nuevamente, se reputan como funciones “*necesarias para la coordinación del desarrollo de la propia contrata*”⁴⁸.

2.2. Otros criterios o indicios

De un repaso a la jurisprudencia obrante en la materia cabe deducir que en ocasiones se han manejado otros criterios o indicios adicionales para declarar la existencia de cesión ilegal, si bien su pertinencia y/o significación sería, a mi juicio, menor por las razones que a continuación se apuntan.

Tal es lo que ocurriría con la denominada autonomía técnica de la contrata. Aunque no resulta fácil deducir este criterio de los elementos plasmados en el art. 43.2 ET para diferenciar la contrata y la cesión ilegal, ni de acotar con demasiada precisión a qué se refieren los tribunales cuando aluden a ello⁴⁹, parece que con tales referencias se plantea la necesidad de valorar si la actividad realizada por la empresa contratista es diferenciable o si, por el contrario, no se distingue sustancialmente de las incluidas y ejecutadas en el proceso productivo de la principal, sin perjuicio de que aquella actividad de la contratista pueda quedar conectada con dicho proceso productivo de la principal, siendo lo relevante que comporte una actividad de cierta especificidad y especialización, aportando la contratista su organización a la misma⁵⁰. Así, la falta de autonomía técnica se habría destacado cuando las funciones desarrolladas por los trabajadores de la contratista no se distinguían, sino que se confundían y mantenían una identidad básica con las de los funcionarios de la Administración que actuaba como comitente⁵¹. Y, en esta misma línea, la falta de autonomía y diferenciación del objeto de la contrata se habría subrayado cuando consistía en el suministro de personal de cabina de vuelo a una empresa de aerolíneas, produciéndose una confusión de plantillas y funciones entre los trabajadores contratados por cada una de las empresas, asumiendo la empresa principal la organización de todo el personal de cabina y un control inmediato, directo y constante de la ejecución de su labor⁵².

48 STS 8-1-2019 (R° 3784/2016). Con una orientación semejante, cabe citar, asimismo, las SSTS 2-11-2016 (R° 2779/2014); 10-1-2017 (R° 1670/2014); 9-1-2019 (R° 108/2018); 8-9-2020 (R° 25/2019); 24-5-2022 (R° 694/2020) y 4-10-2022 (R° 2498/2021).

49 Cfr., en esta línea, BELTRAN DE HEREDIA, I. (2017): “Cesión ilegal (y carga de la prueba) y autonomía técnica de la contrata” (<https://ignasibeltran.com/2017/01/16/cesion-ilegal-y-carga-de-la-prueba-y-autonomia-tecnica-de-la-contrata/>).

50 Así puede deducirse de la lectura conjunta de diversos pronunciamientos jurisprudenciales. Cfr., entre otras, SSTS 17-01-2002 (R° 3863/2003), 3-10-2005 (R° 3911/2004); 14-3-2006 (R° 66/2005); 19-6-2012 (R° 2200/2011); 8-7-2020 (R° 14/2019) y 10-6-2020 (R° 237/2018).

51 STS 19-6-2012 (R° 2200/2011).

52 SAN 17-3-2021 (R° 265/2020).

Ahora bien, dicho lo anterior, cabe realizar algunas puntualizaciones sobre el alcance de estas referencias en la calificación de cesión ilegal. Y es que tales referencias evocan, en buena medida, a la jurisprudencia que ha intentado precisar la noción de contrata de "*propia actividad*" a efectos de las responsabilidades solidarias ex art. 42.1 ET; esto es, las contrata que conciernen de forma inherente al ciclo productivo de la empresa principal, afectando sensiblemente a su actividad empresarial, por incorporarse al producto o resultado final del servicio prestado al mercado por dicha empresa, por contraposición a las contrata de actividades complementarias, no indispensables o no nucleares⁵³. Pues bien, ya hace tiempo que la doctrina apuntó que la licitud de una contrata no parece que dependa de la coincidencia de actividades o de la integración de la actividad contratada en el ciclo productivo de la principal⁵⁴, de modo que la concurrencia de la nota de "*propia actividad*" no es en sí mismo determinante para la calificación de cesión ilegal, pues precisamente el art. 42 ET viene a confirmar que tales contrata pueden ser perfectamente lícitas. En este mismo sentido resulta elocuente alguna jurisprudencia reciente⁵⁵.

A pesar de la indefinición apuntada y de esa posible confusión de planos, hay quien, sin tampoco demasiada precisión, hace hincapié en la necesidad de otorgar una importancia esencial al criterio de la autonomía técnica de la contrata para distinguirla de la cesión ilegal⁵⁶. Y proyectando ello sobre un tema de actualidad, como es el de las contrata de transporte de ciertas plataformas digitales, se tiende a considerar que existiría falta de autonomía técnica y, por tanto, cesión ilegal por insertarse la contrata en el proceso productivo de la plataforma principal y presentarse la actividad de la contratista como no distinguible del negocio de la plataforma frente al cliente final⁵⁷. A mi modo de ver, sin embargo, cuando una empresa, cuya actividad se presenta —en referencia a uno de los supuestos en que la cuestión se está plateando— como una plataforma de comercio electrónico, contrata con una tercera empresa el servicio de último transporte/reparto de los productos adquiridos hasta el destinatario final, está contratando un servicio que razonablemente cabe entender que se corresponde con su "*propia actividad*"; mas de igual modo razonable resulta entender que en esa actividad la contratista puede aportar cierta especialización en la prestación de un servicio de reparto que es muy específico dentro de los procesos productivos que singularizan la actividad de la principal, más propiamente encuadrable en la comercialización y la logística (ofrecimiento de productos y ofertas, gestión de compras y pedidos, almacenaje, empaquetado, etc.). Dicha especialización de la

53 Cfr., entre otras, SSTS 18-1-1995 (R° 150/994); 24-11-1998 (R° 517/1998); 22-11-2002 (R° 3904/2001); 15-6-2017 (R° 972/2016) y 23-1-2020 (R° 2232/2017).

54 Cfr. GARCIA MURCIA, J., op. cit., pág. 24.

55 Cfr. STS 9-1-2019 (R° 108/2018) y 10-6-2020 (R° 237/2018).

56 ESTEVE SEGARRA, A.: "*Puntos críticos en el tratamiento jurisprudencial e inspector de la descentralización empresarial, la contratación laboral y las empresas multiservicios*", Bomarzo, Albacete, 2019, pág. 50 y 51.

57 ESTEVE SEGARRA A. y TODOLI SIGNES, A.: "Cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en las empresas de plataforma digitales", Revista de Derecho Social, n° 95, 2021, págs. 51 y 61.

empresa contratista quedaría puesta de manifiesto al centrarse exclusivamente en tales actividades de transporte —máxime si es una empresa que acredita una cierta trayectoria y que presta tales servicios para una diversidad de clientes⁵⁸—; actividades que sus propias características las hacen, en buena medida, distinguibles de aquellas otras que preceden o quedan conectadas a dicho transporte⁵⁹.

Dicho lo anterior, habría que evitar otra posible confusión de argumentos, pues cuando los tribunales aluden a la necesaria autonomía técnica de la contrata no parece que estén negando por completo la posibilidad de que la principal ejerza ciertas funciones de dirección y coordinación técnica sobre la actividad contratada. Como se apuntaba anteriormente, cabe detectar una orientación interpretativa que descarta que se pueda asimilar con automatismo el ejercicio de ciertas funciones técnicas por parte de la principal con la cesión ilegal de mano de obra. De hecho, hay doctrina judicial que viene negando la existencia de cesión ilegal, a pesar de llegar a advertir incluso una “*subordinación técnica*” de la contratista a la principal, compatible con apreciar, a través del examen de otros elementos, que la contratista goza de cierta autonomía organizativa en el desarrollo de una actividad con perfiles propios, así como en la dirección de los trabajadores empleados en tal actividad⁶⁰. A este respecto, seguramente carece de fundamento legal considerar que en las contrataciones de obras o servicios se produce un desdoblamiento de los poderes de dirección empresariales en dos sujetos, lo que no obsta para admitir que, en tales casos, las prestaciones y obligaciones laborales pueden quedar moduladas por las órdenes y directrices que el comitente emita en el marco de la relación jurídico civil o mercantil que constituye la contrata⁶¹.

Por otra parte, la asunción por la empresa contratista de un riesgo empresarial en la ejecución de la contrata también ha sido a veces destacado como criterio que puede adquirir relevancia para trazar la frontera entre la contrata lícita y la cesión ilegal⁶². Y, en este sentido, la jurisprudencia ha prestado sobre todo atención al modo de facturación fijado para la contrata, en tanto que eventualmente revelador de que la misma supone esencialmente un suministro de mano de obra y de que la contra-

58 En la jurisprudencia se ha otorgado, en ocasiones, cierta relevancia al hecho de que la contratista viniese operando en el mercado y tuviera otros clientes distintos a la empresa principal respecto de la cual se valoraba la posible cesión ilegal. Cfr. STS 7-3-1988 (RJ 1863).

59 Cfr., en esta línea, negando la existencia de cesión ilegal en contratos de transportes, SSTSJ País Vasco 2-5-2007 (Rº 731/2007); Galicia 1-3-2011 (Rº 4900/2010) y Cataluña 13-1-2012 (Rº 5434/2011).

60 Cfr., en esta línea, entre otras, SSTSJ Madrid 22-3-2010 (Rº 4260/2009) y 21-9-2020 (Rº 56/2020); Galicia 21-5-2014 (Rº 2770/2012) y 4-2-2016 (Rº 5102/2015); Andalucía 1-6-2017 (Rº 270/2017); Cataluña 10-3-2020 (Rº 6034/2019). Una lectura semejante parece que estaba ya presente en la doctrina del antiguo Tribunal Central del Trabajo. Cfr. SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., op. cit., págs. 113 y 114.

61 Cfr., en esta línea, MONTOYA MELGAR, A.: “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 48, 2004, pág. 138.

62 Ya en la STS 17-1-1991 (RJ 1991/58), se podía leer que existe verdadera contrata con la contratista aporta en la ejecución de la contrata su “*propia dirección y gestión, con asunción del riesgo correspondiente (...) inherentes a la condición de empleador*”

tista no asume el riesgo propio del carácter de empresario⁶³. No obstante, parece que esta apreciación quedaría muy conectada y condicionada por la valoración hecha sobre otros elementos indiciarios existentes en cada caso concreto, pues cuando la contrata es poco más que la aportación de mano de obra suele ser difícil encontrar fórmulas de retribución de la misma que expresen algo diferente. Así, el sistema de precios pactado resulta, ciertamente, llamativo, por confirmador, cuando la contratista no aporta prácticamente ningún medio material para la ejecución de la contrata, tiene limitadas sus facultades para decidir cuántos trabajadores son necesarios en cada momento para ejecutarla y, a la postre, dicho sistema de precios pactado descansa expresa y fundamentalmente en los costes salariales y de Seguridad Social⁶⁴. Sin embargo, no tiene la misma significación el modo de facturación cuando, aunque el número de trabajadores ocupados en la contrata tenga cierto peso en el mismo, emergen otras circunstancias, propias o no del sistema de facturación pactado, que engarzan con otros medios, organización y costes asumidos por la contratista diferentes a la mano de obra. No se dio, así, relevancia al hecho de que el precio fijado operase conforme a un baremo operario/hora al quedar acreditado que la contratista aportaba una parte de los medios relevantes para la contrata y asumía otros costes en tal sentido⁶⁵.

De la jurisprudencia en materia de cesión ilegal se advierte, asimismo, la cierta atención que se presta a aspectos relativos a la apariencia o imagen exterior (ves-tuarios, rótulos, logotipos, tarjetas de identificación, etc.) de los trabajadores de la contratista. No obstante, en términos generales, parece que cabe afirmar que su relevancia, en cualquiera de los dos sentidos calificadores, quedaría, de nuevo, condicionada por la ponderación efectuada sobre otros elementos antes apuntados y que se reputan manifestación más elocuente de los criterios significativos: los medios y organización esenciales para ejecutar la actividad y el ejercicio de los poderes empresariales. Así, por ejemplo, no se le otorgó relevancia a que el trabajador de la contratista llevase ropa distintiva de la misma, ante la evidencia de que el mismo prestaba sus servicios sin que dicha contratista aportase ninguna otra infraestructura y bajo la dirección de los mandos de la principal⁶⁶. Por su parte, en algún otro supuesto se subrayó el hecho de que la empresa principal exigiese que los trabajadores de la contratista llevasen ropa identificativa de dicha principal, pero como elemento muy unido a que era esta empresa la que prácticamente organizaba todo el sistema de trabajo y aportaba los medios necesarios⁶⁷. Y, en fin, en la jurisprudencia reciente no se le ha dado relevancia a que los trabajadores utilizasen elementos de identificación

63 Cfr. SSTS 17-7-1993 (R° 1712/1992); 16-6-2003 (R° 3054/2001); 3-10-2005 (R° 3911/2004) y 10-6-2020 (R° 237/2018); SAN 17-3-2021 (R° 265/2020).

64 A estos perfiles responden, en gran medida, los supuestos resueltos, declarándose la existencia de cesión ilegal, por las SSTS 17-7-1993 (R° 1712/1992) y 16-6-2003 (R° 3054/2001).

65 En esta línea, en la jurisprudencia reciente, STS 9-1-2019 (R° 108/2018).

66 STS 14-9-2001 (R° 2142/2000).

67 STS 20-10-2014 (R° 3291/2013). En la misma línea, más recientemente, STS 6-5-2020 (R° 2414/2017).

de la principal al constatarse que las contratistas eran las que fundamentalmente organizaban y dirigían la actividad de tales trabajadores⁶⁸.

Con todo, también recientemente algunos autores parece que se inclinarían por darle una mayor importancia a aspectos como los señalados, poniéndolos en relación, como antes se apuntaba, con llamada autonomía técnica de la contrata, considerando que resultaría indicativo de la ausencia de tal autonomía el hecho de que los trabajadores de la contratista se presenten hacia el exterior como trabajadores del comitente⁶⁹. Pero lo cierto es que, como apuntábamos, de diversos pronunciamientos del TS se deduce que hasta ahora no se le ha dado mayor relevancia a que, por ejemplo, los trabajadores de la contratista se identificasen como de la principal o al logotipo de la misma presente en el centro de trabajo de la contratista, por cuanto ello sería lo propio ante un cliente que tiene contratados o quiere contratar servicios con la principal⁷⁰. Y, en la misma línea, en el ámbito de la externalización de servicios por parte de la Administraciones Públicas, tampoco se le ha dado mayor relevancia a que los usuarios creyesen estar relacionándose directamente con la Administración y no con los trabajadores de la empresa a la que se externalizó el servicio⁷¹.

Finalmente, el perjuicio sufrido por los trabajadores es, asimismo, resaltado a veces por los tribunales cuando declaran la existencia de cesión ilegal⁷². No obstante, de la actual jurisprudencia cabe colegir que, aunque el fin tuitivo de la prohibición de cesión de trabajadores está asociado a la posible *"degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real"* y/o a *"la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes"*, ello no implica que la cesión ilegal se caracterice jurídicamente por perseguir y/o generar un perjuicio a los trabajadores⁷³. La prohibición de cesión constituiría un tipo objetivo que no requiere de la constatación de un particular fraude o daño causado a los trabajadores⁷⁴, quedando así atrás el criterio en sentido diverso mantenido por

68 Cfr., entre otras, SSTS10-1-2017 (Rº 1670/2014); 9-1-2019 (Rº 108/2018); 8-7-2020 (Rº 14/2019), 4-10-2022 (Rº 2498/2021).

69 ESTEVE SEGARRA A. y TODOLI SIGNES, A., op. cit., pág. 61.

70 Considerándose, además, presentes otros datos reveladores de que los trabajadores prestaban sus servicios sometidos a un margen propio de organización y dirección de la contratista —vgr. procedimientos técnicos, órdenes directas, facultades disciplinarias, STS 10-1-2017 (Rº 1670/2014). En la misma línea, STS 9-1-2019 (Rº 108/2018), no otorgando relevancia a que los trabajadores utilizaran una dirección electrónica en que aparecía el nombre de la principal.

71 Así, en la STS 2-11-2016 (Rº 2779/2014), no se considera trascendente, a efectos de la pretensión de cesión ilegal, que los usuarios al contactar con los trabajadores de la contratista creyeran estar contactando con la Administración que había externalizado el servicio de atención telefónica. Y en la misma dirección respecto a la externalización por parte de la Administración de un servicio de mediación, STS 24-5-2022 (Rº 694/2020).

72 Cfr., por ejemplo, SSTSJ Galicia 5-6-2019 (Rº 419/2019) y Canarias 31-10-2019 (Rº 272/2019).

73 Cfr., entre otras, SSTS 19-6-2012 (Rº 2200/2011); 2-11-2016 (Rº 2779/2014) y 9-1-2019 (Rº 108/2018).

74 Así parece deducirse también de la STS 3-2-2005 (Rº 3911/2004).

los tribunales en épocas pretéritas⁷⁵. Por tanto, el perjuicio causado podrá cobrar importancia en orden a las reclamaciones de que puedan interponer los trabajadores cedidos y/o a los criterios de graduación de la sanción administrativa a imponer por la Autoridad Laboral ante la constatación de una cesión ilegal (art. 39.2 LISOS), pero desde el punto de vista calificador no es relevante. En particular, que el orden convencional aplicado a los trabajadores de la contratista sea distinto al aplicado en la empresa principal resulta intrascendente, pues repárese ello puede ocurrir también en las contrataciones lícitas, incluidas las de "*propia actividad*", tal y como se colige de la jurisprudencia y lo ha venido a confirmar la reciente reforma del art. 42 ET por el Real Decreto-Ley 32/2021⁷⁶.

3. ALGUNAS CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

Como conclusión general, cabe afirmar que, a la luz del art. 43.2 ET y de la experiencia jurisprudencial, los criterios fundamentales para distinguir entre la contrata lícita y la cesión ilegal de trabajadores giran en torno a la infraestructura material y organizativa aportada por la contratista y en torno al ejercicio por parte de la misma de los poderes que caracterizan al empresario laboral, mas sin que ninguno de tales elementos pueda ser entendido en términos absolutos, pues el objeto y características de la contrata pueden comportar que la principal también realice aportes materiales y organizativos y/o adopte determinadas decisiones que incidan en la prestación de los trabajadores de la contratista, sin que ello signifique siempre la existencia de una cesión ilegal. Y poniendo, además, en relación esos dos criterios fundamentales, su valoración tal vez sea una cuestión de intensidad y grado variable, en el sentido de que, a menor infraestructura necesaria y aportada por la contratista, más exigente debiera ser valoración de si la misma tiene un suficiente ámbito de decisión en la organización y ejecución de las tareas de los trabajadores ocupados en la contrata. Por su parte, otros criterios y/o indicios que pueden deducirse de la doctrina jurisprudencial, no resultan, a mi modo de ver, tan relevantes o tienen una significación menor, en buena parte porque, como se ha visto, su consideración queda bastante conectada y, a su vez, condicionada por la valoración que se haga de otros criterios e indicios que aparecen como más significativos. Por decirlo más gráficamente, es

75 Ampliamente, analizando críticamente la doctrina judicial que durante bastante tiempo vino exigiendo una intencionalidad fraudulenta o efectos lesivos para los derechos de los trabajadores, RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, pág. 353 y ss.

76 Cfr. SSTS 12-3-2020 (R° 209/2018); 11-6-2020 (R° 9/2019); 12-2-2021 (R° 2839/2019) y 11-11-2021 (R° 3330/2019). Considerando que la reforma estaría recogiendo esta jurisprudencia, LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Tirant lo Blanch, 2022, pág. 54. En la misma línea, aunque abriendo la puerta a diversas soluciones interpretativas a la luz del conjunto de elementos presentes en el nuevo art. 42.6 ET, DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contrataciones y subcontratas", en (AAVV): *La reforma laboral de 2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 133 y ss.

la apreciación de que es la principal —y no la contratista— la que ejerce fundamentalmente los poderes organizativos y directivos la que seguramente permita resaltar que una contrata carece de autonomía técnica y consienta, en su caso, otorgarle cierta trascendencia a factores accesorios como que los trabajadores de la contratista porten identificativos de la principal. Dicho lo anterior, resulta complejo afirmar algo que vaya más allá de estas conclusiones generales, pues, como viene reiterando la jurisprudencia, la valoración de la existencia o no de cesión ilegal deberá necesariamente ceñirse a las particularidades del caso concreto⁷⁷.

Desde un punto de vista más valorativo de la jurisprudencia obrante, no comparto algunas críticas que la califican de excesivamente formalista y requerida de nuevos indicios o criterios, que se apuntan como de interpretación finalista, pero que, en tanto que no claramente deducibles de la norma, serían más bien, a mi juicio, postulados de política del derecho; a saber: la *"necesidad de evitar la competencia desleal"* que se vincula a la descentralización productiva, así como una llamada a considerar la *"existencia de una fuerte subordinación económica entre la empresa principal y la contratista"* (...) *como un indicio de cesión ilegal*⁷⁸. Como se colige del análisis precedente, la jurisprudencia sobre la delimitación entre contrata lícita y cesión ilegal remite a diversos criterios e indicios de valoración —por lo demás, muy semejantes a los que se vienen empleando en otros ordenamientos de nuestro entorno⁷⁹—, que, no en balde, son los que han servido para, al compás de la extensión de los fenómenos de externalización, ampliar la noción de cesión ilegal y apreciarla también entre empresas reales⁸⁰. Y no creo que resulte apropiado incorporar a la calificación de la cesión ilegal elementos como los propuestos, que se plantean, en buena medida, en términos tan apodícticos como imprecisos, ni mucho menos que su posible consideración pueda llegar a postergar o a mediatizar la apreciación que se haga de otros elementos —vgr. los medios e infraestructura aportada por la contratista y el ejercicio por la misma de manifestaciones típicas del poder de dirección laboral— en los que se sigue cristalizando la esencia y lógica institucional de la cesión prohibida de trabajadores. Por lo demás, que las apuntadas objeciones a la jurisprudencia en materia de cesión ilegal tienen que ver más con planteamientos de *lege ferenda*, que no de *lege data*, sobre el fenómeno de la descentralización productiva, se deduce del hecho que se entienda y se subraye que los tribunales se encuentran claramente limitados, pues sólo pueden declarar una contrata lícita o ilícita, y que no existiendo cesión ilegal la regulación de

77 Cfr., por ejemplo, SSTS 19-6-2012 (Rº 2200/2011); STSS 6-10-2016 (Rº 2913/2014) y 12-1-2022 (Rº 1903/2020).

78 ESTEVE SEGARRA A. y TODOLI SIGNES, A., op. cit., págs. 41, 49, 51, 62 y 64.

79 Por ejemplo, respecto al ordenamiento italiano, véase CARINCI, M.T.: "La somministrazione di lavoro altrui", en (AAVV): *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, pág. 5 y ss. Para algunas referencias a la experiencia comparada, DE LUCA TAMAJO, R.: "Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti", *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 2007, págs. 14 y 15.

80 Cfr., en esta línea, CEINOS SUAREZ, A., op. cit., pág. 138-141 y 159.

las contrataciones legales resultaría insuficiente frente a la precarización de las condiciones de trabajo⁸¹.

Al hilo de todo lo anterior, no es objeto de estas páginas un análisis y valoración sobre los cambios introducidos en el ámbito de las contrataciones por la última reforma del mercado de trabajo (Real Decreto-Ley 32/2021), pero ante cualquier lectura del conjunto de disposiciones laborales con incidencia en tal materia, incluidas las relativas a la cesión ilegal, sí que procede recordar que la contratación de obras y servicios entre empresas constituye una manifestación relevante del derecho a la libertad de empresa garantizada por nuestra Constitución (art. 38)⁸² y por el Derecho de la Unión Europea⁸³, de modo que la preservación de su contenido esencial condiciona, sin duda, la actividad normativa —ley y autonomía colectiva—, así como la interpretación y aplicación de la norma por parte de las Administraciones y los órganos de justicia⁸⁴. Alguna sentencia reciente del TS resulta muy elocuente en este sentido⁸⁵. Y a estas alturas, se puede dar por absolutamente confirmada la consolidación de la descentralización productiva como forma de organización de las empresas, hasta el punto de hablarse de la “universalidad” de esta tendencia organizativa⁸⁶. No se trata, en efecto, de un fenómeno que singularice al tejido productivo español frente a otros y, como seguramente ocurrirá, en mayor o menor medida, en todos, habrá decisiones de externalización más motivadas en sortear costes laborales y otras que obedezcan a más amplias razones funcionales de optimización de costes en general —y no sólo

81 En este sentido, ESTEVE SEGARRA, A., op. cit., pág. 47.

82 Cfr., entre otros, MARTIN VALVERDE, op. cit.; pág. 214; RIVERO LAMAS, J. “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo”, (AAVV): *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 2000, p. 25 y 26. Ampliamente, PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Descentralización productiva y libertad de empresa”, en (AAVV): *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pág. 181 y ss. En la jurisprudencia, aludiendo a su conexión con la libertad de empresa a la hora de resolver cuestiones conectadas a los arts. 42 y 43 ET, entre otras, SSTs 27-10-1994 (R° 3724/1993); 17-12-2001 (R° 244/2001); 14-2-2011 (R° 130/2010) y 20-11-2015 (R° 104/2015).

83 PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Las libertades económicas y la regulación laboral de la contratación y subcontratación de obras y servicios”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 229, 2020, pág. 1 y ss. (versión digital).

84 Cfr. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (2005), op. cit., pág. 181 y ss.

85 STS 21-2-2020 (R° 159/2018), que, a la hora de interpretar el alcance de una cláusula convencional limitativa de las posibilidades de externalización, señala, de un lado, que: “La posibilidad de que las empresas externalicen una parte de su proceso productivo forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa (art. 38 CE) y es necesario que una norma con rango de Ley la restrinja para que pueda considerarse válida”. Y, por otra parte, recuerda que la “STC 225/1993 (en el debate sobre libertad de empresa y limitación de horarios comerciales) expresa que la empresa es libre para establecer sus propios objetivos, dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. La STJUE de 27 de noviembre de 2019 (C-402/18; Tedeschi y Consorzio Stabile Istant Service) ha advertido que la protección de las personas implicadas en tareas productivas no debe llevarse a cabo restringiendo las libertades empresariales de organizar la producción”

86 DE LUCA TAMAJO, R., op. cit., pág. 3.

laborales—, así como a otras motivaciones conectadas a la adaptación de las empresas a nuevos y cambiantes mercados y escenarios económicos⁸⁷.

Regresando a la noción de cesión ilegal de trabajadores, lo que, sin duda, la caracteriza, como acontece también con otras instituciones jurídico-laborales, es que la heterogeneidad de las realidades socio-económicas subyacentes se resiste enormemente a ser aprehendida a través de un concepto normativo⁸⁸, entendido éste como aquel que indica de forma bastante taxativa las notas de un fenómeno con consecuencias jurídicas, facilitando la tarea lógico-formal de la subsunción y proporcionando previsibilidad en la aplicación del derecho⁸⁹. Que, tras la delimitación normativa de cesión ilegal introducida por la reforma de 2006, los tribunales hayan seguido operando sobre la base de un método indiciario es muestra de las dificultades que rodean a la elaboración de conceptos normativos, existiendo siempre un cierto riesgo de no reparar en todos los elementos que justifican la elaboración del concepto o, inversamente, de ir más allá de esa *ratio legis*. En esta materia, como en otras, la aplicación del derecho se construye en torno a la idea de un tipo jurídico, cuyas características se extraen, en buena medida, por contraposición a las del concepto normativo. El tipo no permite subsumir, pero ayuda a enjuiciar si una conducta tiene trascendencia jurídica a través de un razonamiento orientado por ciertos elementos muchas veces graduables e intercambiables, con connotaciones jurídicas y fácticas, que aisladamente considerados tan sólo tiene el valor de señales o indicios⁹⁰.

Por ello, el método tipológico en materia de cesión ilegal tiene semejantes ventajas y hándicaps a los apreciados en torno a otros tipos jurídicos. Su principal virtualidad es la plasticidad en la aplicación al caso concreto y su adaptabilidad a realidades de morfología poliédrica y cambiantes en el tiempo, aunque abonando, a cambio, un cierto precio de inseguridad jurídica, máxime ante la habitualidad de que se den supuestos fronterizos en los que incluso es lógico que se puedan dar ciertas discrepancias judiciales. Algunos ejemplos de pronunciamientos del propio TS acompañados de votos particulares pueden resultar expresivos al respecto⁹¹. Es cierto, por lo demás, que en este tipo de calificaciones jurídicas también parece jugar un cierto papel una suerte de criterio de aceptación social, lo que ayudaría a explicar por qué prácticamente no se cuestiona la licitud de contrata clásicas, como las de limpieza

87 Una morfología variable y cambiante de estos fenómenos de la que la doctrina se hizo eco desde hace ya tiempo. Cfr. BLAT GIMENO, B.: “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, (AAVV): *Descentralización...*, op. cit., pág. 19 y ss.

88 Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “El trabajo subordinado como tipo contractual”, *Documentación Laboral*, n° 39, 1993, pág. 37 y ss.

89 Sobre la elaboración de conceptos normativos y sus ventajas y desventajas, LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1980, págs. 205 y ss. y 442 y ss.

90 Cfr. LARENZ, K., op. cit., pág. 208 y ss. y 451 y ss.

91 Cfr., en la jurisprudencia más reciente, SSTs 16-5-2019 (R° 3861/2016 y R° 4082/2016) y 21-1-2022 (R° 553/2020);

u otros servicios auxiliares⁹², y, en cambio, sí se cuestiona hoy en día la contrata de transporte en el ámbito de las denominadas plataformas digitales. Mas, al fin y al cabo, lo que resulta exigible al operador jurídico que se enfrenta al método tipológico es rigurosidad, tomando en consideración el conjunto de circunstancias concurrentes, sin recurrir a una suerte de apreciación selectiva o de espiguelo, así como otorgando a tales circunstancias un valor consistente con la esencia y significación de las notas más distintivas del tipo, pues de otro modo la valoración se vuelve tan discrecional o personal que ya no es que no se cuente con un concepto axiomático, sino ni tan siquiera con un tipo con valor orientativo⁹³.

92 Cfr., en esta línea, GOERLICH PESET, J.M, op. cit., pág. 30. Apuntado, asimismo, la cierta paradoja que se produce en torno al hecho de que no se cuestionen contratos clásicas, como las de limpieza o vigilancia, y sí otros supuestos de externalización, SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., op. cit., pág. 117; LLANO SANCHEZ, M., op. cit., pág. 11.

93 Reflexionando en esta línea en punto al sistema de indicios de laboralidad, SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: "Las fronteras del contrato de trabajo y el sistema de indicios de laboralidad", Revista del Ministerio de Trabajo, migraciones y Seguridad Social, nº 143, 2019, pág. 37 y ss.

La contratación laboral en el ámbito de las contratas: de la temporalidad al contrato indefinido

Jesús Lahera Forteza

Catedrático Derecho del Trabajo
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO:

1. FUNDACIÓN, CRISIS Y CLAUSURA JURISPRUDENCIAL DE LA CONEXIÓN ENTRE CONTRATO TEMPORAL DE OBRA Y CONTRATA. 2. LA DEFINITIVA RUPTURA LEGAL ENTRE CONTRATO TEMPORAL Y CONTRATA EN LA REFORMA LABORAL DE 2021: HACIA UN MODELO DE CONTRATACIÓN INDEFINIDA. 3. LA CONTRATACIÓN LABORAL INDEFINIDA EN EL ÁMBITO DE LAS CONTRATAS. 3.1. Fijo-discontinuo. 3.2. Fijo ordinario. 4. LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL EN EL ÁMBITO DE LAS CONTRATAS. 4.1. Sustituciones. 4.2. Circunstancias de la producción. 4.3. Transitoriedad de los contratos de obra vigentes. 5. DEL PARADIGMA DE LA TEMPORALIDAD AL PARADIGMA DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA: PRIMEROS DATOS DE LA REFORMA LABORAL 2021.

RESUMEN: Tras la reforma laboral de 2021, la derogación del contrato de obra y la desconexión entre causa temporal y contrata, plantea un nuevo paradigma de contratación laboral indefinida en las contratas. Este estudio analiza el régimen jurídico de los contratos fijos discontinuos de contratas, de los contratos indefinidos ordinarios y de los contratos temporales en el ámbito de las contratas, después de este importante cambio de paradigma de contratación laboral.

Palabras clave: Contrato fijo discontinuo, contrato indefinido ordinario, contrato temporal

ABSTRACT: After the labor reform of 2021, the repeal of the work contract and the disconnection between temporary cause and contract, raises a new paradigm of indefinite labor contracting in contracts. This study analyzes the legal regime of discontinuous fixed contracts of contracts, of ordinary indefinite contracts and of temporary contracts in the field of contracts, after this important change in the labor contracting paradigm.

Key words: Discontinuous fixed contract, ordinary indefinite contract, temporary contract.

1. FUNDACIÓN, CRISIS Y CLAUSURA JURISPRUDENCIAL DE LA CONEXIÓN ENTRE CONTRATO TEMPORAL DE OBRA Y CONTRATA

El sistema de contratación laboral en el ámbito de las contrata estuvo, durante muchos años, determinado por la conexión entre el contrato temporal de obra o servicio del antiguo art.15.1.a ET y la contrata mercantil de servicios. El art.15.1.a ET admitía como causa del contrato temporal de obra, la realización de *“obras o servicios determinados con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea de duración incierta”*. Esta causa legal de temporalidad abrió la puerta de la cobertura de la vinculación entre la contrata mercantil de servicios y el contrato de trabajo de obra desde la STS 15 Enero 1997, Rec.3287/1995, seguida por muchas otras posteriores (entre otras, SSTS 9 Junio 1999, Rec.3491/98, 20 Noviembre 2000, Rec.3134/1999, 22 Octubre 2003, Rec.107/2003, 5 Abril 2003, Rec.1906/2001, 15 Noviembre 2004, Rec.2620/2003, 6 Octubre 2006, Rec.4243/2005, 2 Abril 2007, Rec.444/2006).

La contrata era considerada, en los términos del art.15.1.a ET, una *“obra o servicio con autonomía y sustantividad propia de duración temporal incierta”*, siendo intrascendente que la actividad de la contratista fuera prestar, habitualmente, esos servicios mediante contrata mercantiles con otras empresas principales. La duración temporal de la contrata se vinculaba, así, a la temporalidad del contrato de trabajo y la finalización de la contrata era causa de extinción contractual, en el marco del antiguo art.49.1.c ET, *“finalización de obra o servicio”* con la indemnización correspondiente. Ello propició un paradigma de temporalidad laboral vinculado a contrata mercantiles o concesiones administrativas admitido por la Ley y que, tan sólo, fue limitado por el legislador mediante el establecimiento de una duración máxima del contrato de obra, desde la reforma de 2010, de 3 años ampliables a 4 años por convenio colectivo, en el propio art.15.1.a ET, y, desde la reforma de 2006, por el límite al encadenamiento contractual con el mismo trabajador de 24 meses en 30 meses, del anterior art.15.5 ET. Ambos límites terminaban convirtiendo en indefinidos a trabajadores por obra vinculados a contrata, con el paso del tiempo, pero sin un cuestionamiento legal de la conexión causal entre temporalidad laboral y prestación mercantil de servicios.

La evolución jurisprudencial mostró, en este contexto de limitaciones legales temporales del contrato de obra, una erosión de esta formulación contractual, hasta su definitivo cuestionamiento. El tratamiento jurídico de las extinciones de los contratos por obra por parte de la Sala IV del TS mostraba una paulatina decadencia de este paradigma de temporalidad.

La sucesión de contrata con el mismo contratista, por prórroga o nueva adjudicación, no era ya considerada causa de extinción de los contratos de obra, manteniéndose vigente el mismo contrato temporal (SSTS 17 y 18 Junio 2008, Rec.4426/2006 y 1669/2007 y 23 Septiembre 2008, Rec.2126/2007), con la duración máxima legal establecida que terminaba convirtiendo en fijo al trabajador.

Tampoco los acuerdos extintivos entre contratista y principal, o las rupturas unilaterales antes del vencimiento de la duración de la contrata, eran ya causa de extinción del contrato laboral temporal pese a su duración incierta (por todas STS 14 Junio 2007, Rec.2301/2006), recibiendo el trabajador un tratamiento jurídico equiparable a un contrato indefinido, pues estos supuestos de hecho se reconducían al despido objetivo o colectivo de los arts.52.c y 51 ET.

Esta jurisprudencia restrictiva terminó descartando, de igual modo, que las reducciones acordadas del volumen de la contrata, o la asunción parcial por la principal de parte del servicio, fueran causa de extinción contractual temporal, reconduciendo los supuestos, en su caso, de nuevo, al despido objetivo o colectivo (por todas STS 17 Junio 2008, Rec. 4426/2006), como si el trabajador fuera fijo. Incluso el margen convencional, antes admitido, para regular este tipo de extinción del contrato de obra fue revisado por la STS 4 Abril 2019, Rec.165/2018, con un reenvío a los arts.52.c y 51 ET.

Por su parte, la duración máxima legal de 3, o 4 años por convenio, exigida a los contratos de obra, suscritos desde la reforma laboral de 2010, ya estaba modulando esta conexión entre contrata y contrato de obra, con conversiones a fijos por el transcurso del tiempo. Ello terminó por afectar, también, a contratos de obra vinculados a contrata, suscritos antes de 2010, puesto que las, entre otras, SSTS 19 Julio 2018, Rec.824/2017 y Rec.1037/2017, convertían, también, en indefinidos a trabajadores adscritos a una misma contrata, renovada sucesivamente con novaciones, al quedar *“desnaturalizada la autonomía y sustantividad propia”* exigida por el art.15.1.a ET. Con el paso de los años y tras alteraciones de la contrata, el TS terminó declarando, por tanto, que esta actividad de la empresa contratista se convertía en normal y permanente, dando lugar a la novación de trabajadores temporales en fijos.

Los trabajadores con contratos de obra vinculados a contratas eran, de hecho, tratados prácticamente como fijos en el régimen jurídico extintivo. Esta evolución jurisprudencial es definitivamente cerrada con la importante STS 29 Diciembre 2020, Rec. 240/2018 que, por primera vez y de manera explícita, rompe esta vinculación entre contrata mercantil y contrato temporal de obra, poniendo el foco, no en la autonomía de cada servicio prestado, sino en la habitualidad y permanencia constante de la prestación de los servicios por la empresa contratista, exigiendo, por tanto, directamente, la *contratación indefinida*. En una asumida *“rectificación”*, la Sala IV del TS rompe la tradicional vinculación temporal entre la contrata y el contrato de obra en empresas que habitualmente ejecutan servicios como contratistas a otras empresas. En un caso muy similar a los supuestos, antes enunciados, de contratos de obra anteriores a 2010, donde la renovación de la contrata desdibuja la autonomía y sustantividad del contrato de obra, la Sala IV del TS, en vez de aplicar la misma técnica, y declarar fijos a los trabajadores, da un paso más y rechaza ya, de raíz, la vinculación temporal de origen entre la contrata y el contrato temporal de trabajo. Como afirma la Sala en Pleno, por unanimidad, *“no sólo debe rechazarse que estemos ante una relación laboral de carácter temporal en base a la desnaturalización de la causa que la justifica; sino que debemos plantearnos la propia licitud de acudir a este tipo de contrato temporal*

cuando la actividad de la empresa no es otra que la de prestar servicios para terceros y, por consiguiente, desarrolla las relaciones mercantiles con los destinatarios de tales servicios a través de los oportunos contratos en cada caso” (FD 5.2º). Con este planteamiento inicial, se afirma que “no es posible continuar aceptando la autonomía y sustantividad propia porque el objeto de la contrata es, precisamente, la actividad ordinaria, regular y básica de la empresa” (FD 5.3º).

Tras este giro, el foco jurídico, en consecuencia, pasa de cada contrata de servicios, antes dotada de esta autonomía y sustantividad propia, a la actividad habitual de la empresa —los servicios prestados mediante contratas— lo que conduce a rechazar el contrato de obra del art.15.1.a ET y aplicar la regla general de la contratación indefinida. En consecuencia, la *“mayor o menor duración del encargo del cliente no puede seguir vinculándose a la nota de temporalidad de este tipo de contrato de trabajo”* (FD 5.3º). Por tanto, en una expresa *“rectificación”*, queda ya desvinculada la duración temporal de la contrata mercantil con el contrato de obra, más allá de las acotaciones y límites de los antecedentes antes expuestos.

La argumentación jurídica de este trascendente cambio jurisprudencial, centrada en la *“actividad habitual y permanente de prestación de servicios a través de contratas”*, para exigir la contratación indefinida, restringía el uso del contrato de obra del art.15.1.a ET, ya antes de la reforma de 2021, a un espacio mucho más restrictivo donde justificar, en actividades empresariales no habituales ni permanentes, en cada caso, la excepcional autonomía y sustantividad propia de duración incierta del trabajo temporal, identificada claramente en el contrato. El paradigma de la temporalidad asociado a las contratas de servicios quedaba, así, prácticamente desactivado, en espera de una definitiva clausura legal.

2. LA DEFINITIVA RUPTURA LEGAL ENTRE EL CONTRATO TEMPORAL Y CONTRATA DE LA REFORMA LABORAL DE 2021: HACIA UN MODELO DE CONTRATACIÓN INDEFINIDA

La reforma laboral de 2021, articulada en el Decreto-Ley 32/2021 (BOE 30 Diciembre, en adelante DL 32), previo pacto social entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y patronales más representativas estatales, se aprueba en este contexto jurisprudencial, que facilitó una de sus medidas de mayor impacto: la derogación del contrato de obra o servicio del antiguo art.15.1.a ET. Existe una conexión estrecha entre esta evolución jurisprudencial, que termina cuestionando el paradigma de la temporalidad asociado a contratas de servicios y exigiendo la contratación indefinida en actividades habituales y permanentes de las empresas contratistas, y la derogación del contrato de obra de la reforma laboral 2021. La mención expresa de la exposición de motivos DL 32 a la citada STS 29 Diciembre 2020 en la fundamentación de la desaparición legal del contrato de obra evidencia esta conexión. La descartada vinculación entre causa temporal por obra y contrata mercantil marginaba a un espacio muy restringido este contrato de duración determinada, facilitando así su dero-

gación. La imposibilidad de utilizar ya, desde el 31 Marzo 2022, contratos temporales de obra, impedía, de suyo, esta vinculación y abocaba a las empresas contratistas a utilizar, como regla general, *contratos indefinidos*, en coherencia con la exigencia jurisprudencial.

Esta huella jurisprudencial no sólo se evidencia en la derogación del contrato temporal de obra, sino que se traslada directamente a una ruptura legal entre los contratos temporales y las contrata, de notable incidencia práctica¹. El art.15.2 ET, que regula los nuevos contratos temporales por circunstancias de la producción, declara expresamente que *“no podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción”*. Esta limitación legal termina por desconectar la causa temporal con la contrata mercantil o concesión administrativa, clausurando, esta vez ya desde la Ley, el anterior paradigma de la temporalidad laboral en este ámbito. Resulta clara la imposibilidad de vincular contrato de obra con contrata, dada su desaparición, y de conectar automáticamente la causa del nuevo contrato de circunstancias de la producción con la contrata, dada esta limitación, sin perjuicio de poder utilizar estos contratos temporales cuando exista causa en su ejecución o desarrollo, lo que será en situaciones excepcionales.

Como alternativa a la superada temporalidad, el nuevo art. 16.1 ET contempla, tras la reforma laboral de 2021, la posibilidad empresarial de celebrar contratos fijos-discontinuos *“para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contrata mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa”*. La desaparición del contrato de obra y la prohibición de la conexión automática entre la causa temporal productiva con la contrata o concesión conlleva esta alternativa indefinida mediante una modalidad específica de fijos-discontinuos, en este ámbito, regulada en el art. 16.4 ET. La secuencia lógica de la reforma pactada de 2021 es, en este aspecto, sólida porque, al igual que clausura el paradigma de la temporalidad asociado a las contrata o concesiones (art. 15.2 ET), abre la puerta a un nuevo modelo de contratación indefinida con la flexibilidad empresarial que ofrece esta innovadora modalidad de fijo-discontinuo (art.16.1 y 4 ET).

Estas medidas adoptadas tienen coherencia con el principal objetivo de la reforma laboral de 2021, que es reducir la alta temporalidad de nuestro mercado de trabajo. Esta

1 La evidente huella jurisprudencial de esta pieza de la reforma laboral es señalada de manera unánime por la doctrina, ver, entre otros, DE LA PUEBLA PINILLA,A, “El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo de contrata y subcontratas”, *Trabajo y Derecho*, nº88, 2022; GOERLICH PESET,J.M, “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de garantías”,*Labos*, Volumen 3, 2022; NOGUEIRA GUASTAVINO,M, “En búsqueda de la estabilidad perdida”, *Blog Almacén de Derecho*, Enero 2022; LOPEZ BALAGUER,M;RAMOS MORAGUES,F, *La contratación laboral en la reforma de 2021*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, p.65-68

finalidad exigía dos operaciones complementarias. Por un lado, estrechar los márgenes de la propia temporalidad a sustituciones de trabajadores y circunstancias de producción, derogando el contrato temporal de obra o servicio, como efectúa el nuevo art.15 ET. Por otro lado, ampliar los espacios de la contratación indefinida, sin alterar los costes indemnizatorios extintivos, mediante un nuevo contrato de trabajo fijo-discontinuo capaz de absorber buena parte de la reducida temporalidad, como se regula en el nuevo art.16 ET, con especial incidencia en el ámbito de las contrata. La innovadora regulación del fijo-discontinuo tiene este fundamento y, es por ello, la clave de bóveda de la reforma de la contratación laboral porque determina la frontera de la circunstancia productiva temporal y atrae, con estabilidad laboral, prestaciones antes temporales². El ejemplo del ámbito de las contrata o concesiones es el más incisivo en esta doble operación de ingeniería jurídica porque incentiva trasvasar un gran volumen de contratación temporal por obra hacia la contratación fija-discontinua, logrando el objetivo reformista, reducir la alta temporalidad laboral, muy concentrada, precisamente, en el sector servicios.

Efectivamente, en este intercambio entre la reducción de temporalidad y la ampliación del espacio de contratación indefinida, incluyendo fijos-discontinuos, el nuevo art.15.2 ET diseña la causa temporal productiva, *incrementos ocasionales e imprevisibles y oscilaciones que generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere*, con un límite que remite al nuevo contrato fijo discontinuo, *siempre que no responda a los supuestos incluidos en el art. 16.1 ET*. La frontera entre el contrato temporal por circunstancias de la producción y el contrato fijo discontinuo se convierte, así, en un factor determinante del control de la causalidad del art. 15 ET. Desde otra perspectiva, el propio art. 15.2 ET diseña un contrato temporal para *situaciones ocasionales y previsibles de duración reducida y delimitada* en un calendario anual de *90 días*, que ya no está limitado por el art.16.1 ET, sino tan sólo por la regla general de la no vinculación automática con contrata. El art.15.2 ET articula, así, un mini-discontinuo de naturaleza temporal, dentro de la referencia de 90 días anuales, que convive con el fijo discontinuo del art. 16.1 ET en sus distintos supuestos³. En ambos casos, el art.15.2 ET prohíbe, en los términos antes señalados, la vinculación

- 2 La importancia de la regulación del fijo-discontinuo en esta pieza de la reforma laboral también ha sido constatada por la doctrina, entre otros, DE LA PUEBLA PINILLA,A, "El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo de contrata y subcontratas", *Trabajo y Derecho*, nº88, 2022; GOERLICH PESET,J.M, "Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de garantías", *Labos*, Volumen 3, 2022; NOGUEIRA GUASTAVINO,M, "En búsqueda de la estabilidad perdida", *Blog Almacén de Derecho*, Enero 2022; GARCÍA ORTEGA,J, "El contrato fijo-discontinuo tras el decreto-ley 32/2021", *Brief AEDTSS*, Enero 2022; TRILLO PÁRRAGA, F, "El contrato fijo-discontinuo en la reforma laboral", *blog Net 21*, Febrero 2022; LOPEZ BALAGUER,M;RAMOS MORAGUES,F, *La contratación laboral en la reforma de 2021*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, p.111-119; CAVAS MARTÍNEZ,F, "El nuevo contrato fijo-discontinuo en la reforma laboral" en Dir MONEREO,J.L, RODRIGUEZ ESCANCIANO,S y RODRIGUEZ INIESTA, *La reforma laboral de 2021*, Laborum, Murcia, p.117-119; LAHERA FORTEZA,J, "Las cinco modalidades del nuevo contrato fijo-discontinuo", *Brief AEDTSS*, Mayo 2022
- 3 Pese a esta ausencia de limitación en relación al art. 16.1 ET, se han planteado interpretaciones más restrictivas de esta modalidad temporal del art.15.2 ET, exigiendo, incluso en prestaciones cíclicas o periódicas de menos de 90 días discontinuos anuales, acudir a fijos discontinuos, como BALLESTER PASTOR,A, *La reforma laboral de 2021*, Ministerio de Trabajo, Madrid, p.69-70. Esta interpretación a

automática entre la causa temporal de circunstancias de la producción y la contrata o concesión, como cláusula de cierre que motiva este trasvase de temporalidad a contratación fija-discontinua en el sector servicios.

El engranaje de la reforma pactada de 2021 conduce, con todas estas piezas, en el ámbito de las contrata, a que la regla general de contratación de los trabajadores sea la *indefinida*, en su doble modalidad *ordinaria* o *discontinua*, como ya venía exigiendo la jurisprudencia, sin perjuicio de la utilización de los nuevos contratos temporales por *circunstancias de la producción* del art.15.2 ET o de *sustitución* del art.15.3 ET cuando exista causa específica acreditada en el desarrollo o ejecución de cada contrata. El análisis jurídico exige así examinar la contratación indefinida vinculada a contrata, en su doble modalidad discontinua u ordinaria, y delimitar el estrecho margen de los contratos temporales asociado a las contrata.

3. LA CONTRATACIÓN LABORAL INDEFINIDA EN EL ÁMBITO DE LAS CONTRATAS

3.1. Fijo-discontinuo

Con los fundamentos antes señalado, la reforma laboral pactada de 2021 construye hasta cinco modalidades distintas de contrato de trabajo fijo-discontinuo en el nuevo art. 16 ET, bajo el denominador común de llamamientos al trabajador en períodos de actividad y protección social por desempleo en tiempos de inactividad⁴. Cada una de las modalidades responde a supuestos de hecho bien diferenciados y, como luego preciso, tres de ellas pueden encajar en contrataciones laborales en el ámbito de las contrata.

1ª Modalidad: *Realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada (art. 16.1.1º ET).*

Esta primera modalidad del art.16 ET responde al concepto clásico de trabajos estacionales o de temporada, ya existente en la anterior regulación. El fijo-discontinuo encaja, así, en empresas con actividad cíclica, que cierran parte del año, y en empresas permanentes, que tienen ciclos estacionales o de temporada repetidos anualmente. Como se ha expuesto, la reforma da margen a una temporalidad previsible y repetida en el tiempo, bajo la nueva modalidad de circunstancias de producción del art. 15.2 ET, en 90 días discontinuos al año, y desplaza al fijo-discontinuo estacional los ciclos que superan esta previsión anual.

mi juicio deja sin sentido esta tercera modalidad porque estos trabajos, si no se repiten en el tiempo, pueden ser ya cubiertos por la primera modalidad de circunstancia de la producción.

4 LAHERA FORTEZA, J, "Las cinco modalidades del nuevo contrato fijo-discontinuo", *Brief AEDTSS*, Mayo 2022; LOPEZ BALAGUER, M; RAMOS MORAGUES, F, *La contratación laboral en la reforma de 2021*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, p.114 y ss; CAVAS MARTÍNEZ, F, "El nuevo contrato fijo-discontinuo en la reforma laboral" en Dir MONEREO, J.L, RODRIGUEZ ESCANCIANO, S y RODRIGUEZ INIESTA, *La reforma laboral de 2021*, Laborum, Murcia, p.119 y ss.

2ª Modalidad: *Desarrollo de aquellos (trabajos) que no tengan dicha naturaleza (estacional o de temporada) pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados (art.16.1.2º ET).*

Las prestaciones laborales intermitentes, periódicas y de ejecución cierta, que se pueden cubrir con fijos discontinuos no responden, de inicio, a una naturaleza estacional o de temporada. Mediante esta segunda modalidad, quedan, así, cubiertas actividades empresariales intermitentes (discontinuas), que se repiten en el tiempo periódicamente, con fecha cierta o incierta, salvo que sean supuestos que puedan encajar en el contrato temporal del art.15.2 ET en la modalidad de calendario anual de 90 días. La ejecución objetiva cierta de la prestación, que se debe prever al firmar el contrato (art.16.2 ET), con una estimación de tiempos de actividad, impide asociar esta modalidad discontinua con un trabajo a llamada a discrecionalidad de la empresa. Se debe recordar la jurisprudencia (SSTS 19 Febrero 2019, Rec.971/2019, y 28 Octubre 2020, Rec.4364/2018) que ha rechazado la presencia en nuestro ordenamiento de un trabajo a llamada y que continúa vigente tras la reforma. El fijo-discontinuo no es un trabajo continuo con interrupciones sino, en esta segunda modalidad, un contrato que cubre este tipo de prestaciones previsibles, de naturaleza discontinua, con flexibilidad para la empresa y seguridad para el trabajador.

3ª Modalidad: *Desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratas mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa (art.16.1.3º ET)*

La tercera de las modalidades se articula para facilitar el trasvase de los antiguos contratos de obra, conexos a contratas, a contratos fijos-discontinuos. La prestación de servicios en el marco de ejecución de contratas mercantiles o administrativas puede ser cubierta, a elección de la empresa, mediante contratos indefinidos ordinarios o a través de fijos-discontinuos. La opción empresarial por esta vía del art.16 ET ofrece mayor flexibilidad porque, entre contrata y contrata, abre un plazo de espera de recolocación del trabajador, de máximo tres meses disponibles por convenio colectivo sectorial, tras el cual se puede adoptar una medida coyuntural o extintiva. La plantilla fija-discontinua de este tipo de empresas, contratistas o concesionarias, permite la circulación de trabajadores entre contratas cuando se reduce su volumen o éstas finalizan. No tiene nada que ver la naturaleza discontinua de la actividad prestada, normalmente continua, con la utilización de esta modalidad, ideada para ofrecer flexibilidad a la empresa y oportunidades de recolocación al trabajador. En este sentido, las contratas de temporada o estacionales, o las intermitentes periódicas previsibles, encajan en la primera o segunda modalidad más que en esta tercera, que responde más a la forma jurídica de ejecución de los trabajos —contrata o concesión— que a la naturaleza de la prestación laboral —normalmente continua y plurianual—.

4ª Modalidad: *Entre una empresa de trabajo temporal y una persona contratada para ser cedida, en los términos previstos en el artículo 10.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.(art.16.1.4º ET)*

La admisión de fijos discontinuos en las Empresas de Trabajo Temporal (ETT), para desarrollar puestas a disposición temporales, en la misma o distintas empresas usuarias, es, en una cuarta modalidad, otra vía que aumenta la flexibilidad empresarial con garantías de estabilidad del trabajador. La solución legal corrige la jurisprudencia (STS 30 Julio 2020, Rec.3898/2017) que prohibía dicha vía contractual en las ETT. La reforma pretende, así, superar la continua utilización de contratos temporales en este sector y estabilizar, mediante este contrato fijo-discontinuo, parte de las plantillas de las ETT. La puesta a disposición debe responder a una causa del art. 15 ET, pero el contrato de trabajo con la ETT puede ser fijo-discontinuo, con llamamientos coincidentes con prestaciones laborales temporales en misma o distinta empresa usuaria. En ningún caso se admite la puesta a disposición fijo-discontinua en el marco de las ETT.

5ª Modalidad: *Los contratos fijos-discontinuos podrán celebrarse cuando resulten esenciales para el cumplimiento de los fines que las administraciones públicas y las entidades que conforman el sector público institucional tenga encomendados previa expresa acreditación (DA 4ª Decreto-Ley 32/2021)*

Finalmente, esta habilitación legal de fijos-discontinuos en el sector público, amplía el radar del impacto de esta incentivada modalidad laboral. En supuestos que respondan a la primera (estacionalidad) y segunda modalidad (intermitencia) cabe contemplar hipótesis donde el sector público pueda utilizar este contrato fijo-discontinuo como, por otra, parte, ya era admitido por la jurisprudencia con la regulación anterior del art. 16 ET (STS 11 Abril 2018, Rec.2581/2016).

Las cinco modalidades de fijos-discontinuos —estacional, intermitente, contratas, ETT y sector público— deben ser contratos por escrito donde consten estimaciones de los períodos de actividad del trabajador, con sus jornadas, en el marco de los criterios objetivos y formales convencionales de llamamiento (art.16.2 y 3 ET). La negociación colectiva sectorial tiene atribuida, tras la reforma, un papel sustancial en la configuración de reglas en cada una de las distintas modalidades de fijo-discontinuo, en cuestiones como los períodos máximos de inactividad o mínimos de ocupación laboral, las indemnizaciones por fin de llamamiento, la jornada a tiempo parcial o las bolsas sectoriales de empleo del colectivo (art.16.5 ET).

En este nuevo marco normativo del art. 16 ET cabe abrir, como se ha anticipado ya, tres hipótesis de fijos-discontinuos en la ejecución de prestaciones laborales en contratas mercantiles o concesiones administrativas.

1º Supuesto: Contratas o concesiones **estacionales o de temporada**, que encajan en la modalidad del art. 16.1.1º ET, que cubre actividades de esta naturaleza (p.e contratas de servicios en hoteles que abren sólo los meses de temporada). Se aplicarán a los trabajadores fijos-discontinuos, adscritos a la contrata, las reglas de llamamiento y convencionales previstas para esta modalidad contractual.

2º Supuesto: Contratas o concesiones de **prestaciones intermitentes de ejecución cierta**, cubiertas por la modalidad del art.16.1.2º ET (p.e contratas de servicios en

eventos, congresos o ferias comerciales). Se aplicarán a los trabajadores fijos-discontinuos, adscritos a la contrata, las reglas de llamamiento y convencionales adecuadas a esta modalidad contractual.

3º Supuesto: Contratas o concesiones de **actividades continuas en el tiempo y en ocasiones plurianuales**, donde la empresa tiene la opción libre de utilizar la modalidad específica del art.16.1.3º ET (p.e. contrata de servicios continuos en el tiempo, seguridad, limpieza, mantenimiento etc ... en empresas). En tal caso, se aplicarán a los trabajadores fijos-discontinuos, adscritos a la contrata, las singularidades de esta modalidad, en especial el tiempo máximo de inactividad, entre contrata y contrata, de 3 meses salvo que el convenio colectivo sectorial disponga un plazo distinto, y las previsiones convencionales dirigidas a facilitar su recolocación. El llamamiento, en este caso, opera de forma distinta a los dos supuestos anteriores, pues supone, más bien, una *recolocación* del trabajador en nueva contrata o concesión de la empresa contratista o concesionaria sin solución de continuidad o tras un período de inactividad.

La proyección de los tres supuestos en el ámbito de las contrata permite cumplir la prohibición legal de vincular el contrato temporal por circunstancias de la producción del art.15.2 ET a la contrata o concesión, sólo admitido en supuestos excepcionales, quedando superado el paradigma de la temporalidad en este ámbito, y, a la vez, permite utilizar, con flexibilidad, hasta tres modalidades de fijo-discontinuo del art.16 ET dependiendo de la naturaleza de la actividad laboral ejecutada en la contrata.

La mayor novedad es la posibilidad, en los arts.16.1.3º y 4 ET, de celebrar contratos fijos-discontinuos en contrata continuas en el tiempo, que multiplica las posibilidades de trasvase de temporalidad por obra a una contratación generalizada indefinida en el sector servicios. Pero esta novedad, con dicha finalidad, no puede ser concebida como una obligación de los empresarios de vincularla con contrata puesto que el art.16.1.3º ET es claro al declarar la voluntariedad —“*podrá concertarse*”— mientras que en los supuestos del 1º y 2º párrafo impone la modalidad —“*se concertará*”— lo que apela también a las empresas contratistas. El deber y la libertad, en este marco, no tiene excepción legal expresa en el ámbito de las contrata. Además, el diseño del art.16.4 ET, con máximos de inactividad de 3 meses dispositivos por negociación colectiva, no encaja con contrata de estacionalidad, temporada o prestaciones periódicas anuales, lo que crearía situaciones absurdas que incentivarían extinciones contractuales. Esta voluntariedad clara del art.16.1.3º ET tiene otra dimensión, ya apuntada, que es la posibilidad clara de las empresas contratistas de tener fijos ordinarios en vez de discontinuos⁵.

Esta innovadora opción legal del art.16.1.3º y 4 ET desconecta la naturaleza de la actividad de la formulación contractual discontinua y hace depender el llamamiento del trabajador, que en realidad es una *recolocación*, del funcionamiento del mercado

5 Esta voluntariedad es subrayada por BALLESTER PASTOR,A, *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, cit, p.93-96

y de las decisiones de clientes de las empresas contratistas sobre una previsión empresarial⁶. El trabajador está en período de actividad mientras su prestación laboral es necesaria en la ejecución de una contrata y, cuando ésta deja de serlo, por reducción del volumen de la misma o su finalización, pasa a un período de inactividad, donde está disponible para trabajar en otra contrata. Este período tiene una duración máxima de 3 meses disponible por negociación colectiva sectorial y se concibe en el art.16.4 ET como un tiempo de *espera entre contratas* con la expectativa de recolocación que corresponde a un trabajador fijo. La empresa contratista, en consecuencia, está obligada a ofrecerle una vacante en la misma contrata, si es renovada, u otra distinta, que se corresponda con la prestación laboral del trabajador pactada en el contrato de trabajo. En este tiempo de espera, el trabajador está en situación de desempleo, con acceso a la prestación social, dentro del régimen de su contrato fijo-discontinuo, quedando liberada la empresa del pago de salarios hasta que se cumpla la expectativa de *recolocación*.

En este marco, si la empresa tiene una vacante adecuada, en la misma o diferente contrata, el trabajador pasará, de nuevo, a período de actividad. La vacante debe encajar en las condiciones acordadas en el contrato de trabajo y, si es así, el rechazo del trabajador es una baja voluntaria, como sucede aplicando las reglas generales de los fijos-discontinuos; su incorporación a la nueva contrata mostrará, por el contrario, voluntad mutua de continuidad de la relación laboral indefinida. Los cambios en las condiciones laborales de los fijos-discontinuos de contratas se sujetan a las reglas generales del ordenamiento laboral, ante la ausencia de un régimen jurídico legal específico y sin perjuicio de lo que pueda establecer la negociación colectiva. Por acuerdo entre las partes siempre se puede pactar una novación del contrato de trabajo. Si no hay acuerdo, los cambios de lugar de trabajo con cambio de residencia, están bajo el art.40 ET, y las modificaciones sustanciales de condiciones contractuales, individuales o colectivas, bajo el art.41 ET. Creo forzado entender que estas medidas de flexibilidad interna no puedan ser aplicadas durante el tiempo máximo de inactividad, y sólo a partir de su finalización, pese a la mención a *medidas coyunturales o estructurales que procedan* en el art.16.4 ET⁷. Entiendo este inciso va dirigido a *suspender o extinguir* la relación laboral, más que a la continuidad de actividad del trabajador, que es lo que se pretende incentivar dentro de las reglas generales de flexibilidad interna⁸. El convenio colectivo aplicable al trabajador en la nueva contrata, por su parte, se soluciona con las reglas generales de aplicación convencional y específicas del art.42.6 ET, incorporadas también tras la reforma laboral de 2021⁹.

6 DE LA PUEBLA PINILLA,A, "El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo de contratas y subcontratas", *Trabajo y Derecho*, nº88, 2022

7 Es la interpretación de BALLESTER PASTOR,A, *La reforma laboral de 2021*, cit, 2022, p.95-96

8 En esta línea más flexible, DE LA PUEBLA PINILLA,A, "El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo de contratas y subcontratas", *Trabajo y Derecho*, nº88, 2022

9 He analizado esta cuestión en LAHERA FORTEZA,J, *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, p.51 y ss

Una vez agotado el *plazo máximo de inactividad* —legal de 3 meses o convencional— sin posibilidad de recolocación, ante la ausencia de contrata donde encajar al trabajador, incluso acudiendo a estas medidas de flexibilidad interna, la empresa contratista, como he anticipado, adoptará las *medidas coyunturales o estructurales que procedan* conforme al art.16.4 ET. La decisión empresarial *coyuntural*, si entiende la empresa que se mantiene una expectativa de recolocación del trabajador en nueva contrata, puede ser un ERTE por causa económica, organizativa, técnica o de producción del art.47 ET, quedando el contrato fijo-discontinuo en suspensión contractual con protección social por desempleo por dicha causa. La medida *estructural* a la que se refiere el art.16.4 ET puede ser una extinción objetiva o colectiva del contrato de trabajo de los arts.52.c y 51 ET, por dichas causas estructurales, fundamentadas en la superación de este plazo de inactividad sin contrata donde recolocar al trabajador ni expectativa alguna de hacerlo.

Si bien es cierto que la reforma laboral 2021 no altera nada de la regulación anterior de despido, pues consolida la de 2012, ni encareciendo sus costes ni flexibilizando sus causas, el art.16.4 ET, como voy a razonar, otorga mayor certidumbre que antes en estas extinciones contractuales por finalización de contrata sin expectativa de recolocación. La jurisprudencia (SSTS 29 Noviembre 2010, Rec.3876/2009, 8 Julio 2011, Rec.3159/2010, 26 Abril 2013, Rec.2396/2012, 30 Junio 2015, Rec.2769/2014, 31 Enero 2018, Rec.1990/2016 y y 3 Noviembre 2020, Rec.1521/2018) declara que la pérdida de la contrata, o disminución de su volumen de trabajo, encaja en la *“causa organizativa o de producción del art.52.c ET siempre que no exista vacante adecuada para el trabajador”* en otra contrata, siendo entonces razonable y proporcionada la medida extintiva. Dicha circunstancia supone un *“descenso o alteración de las necesidades de la empresa”* que justifican *“amortizaciones de puestos de trabajo sobrantes”*, de tal forma que se *“restablezca la correspondencia entre carga de trabajo y plantilla”*. Es en este marco, donde la jurisprudencia niega la obligación genérica, en el art.52.c ET, de *“recolocación”* de los trabajadores afectados, siendo esencial en cada caso examinar si existe o no una *“vacante adecuada”* para la continuidad de la actividad laboral, con una línea jurisprudencial bastante laxa que incluso afirma que la improcedencia del despido no se puede sustentar en *“el hecho de que puedan existir en la empresa otros puestos de trabajo vacantes”* (STS 31 Enero 2018, Rec. 1990/2016). Es en este contexto jurisprudencial donde el art. 16.4 ET añade certeza, desde la vía del fijo-discontinuo, estableciendo un plazo legal o convencional de inactividad que, una vez superado, justifica la extinción del contrato de trabajo por causa productiva o organizativa. Si el trabajador, en dicho plazo máximo, no ha sido recolocado en vacante adecuada, queda fundamentada su extinción contractual al romperse esta expectativa de recolocación y sin que el art.52.c ET establezca ninguna obligación genérica de la misma más allá de esta delimitación. En consecuencia, si la empresa contratista opta por fijos-discontinuos vinculados a contrata, no sólo opera una liberación de costes salariales durante la inactividad, sino también una certidumbre jurídica en la adopción, en su caso, de una medida extintiva estructural. Es, por ello, que la reforma de 2021, sin tocar la regulación del despido, sí ha dotado de mayor seguridad y certidumbre

jurídica a la causa productiva u organizativa sustentada en la finalización o reducción de contrata.

Mediante la vía discontinua, se da, así, mayor protección al trabajador, con un margen temporal de expectativa de recolocación en vacantes adecuadas de otras contrata, y flexibilidad a la empresa, pues el plazo máximo ofrece cobertura, con certidumbre jurídica, para la extinción contractual por causa estructural siguiendo las reglas de los arts.52 y 51 ET con la indemnización mínima legal de 20 días salario/año servicio. Esta nueva modalidad, ideada específicamente para contrata, es, de esta manera, un buen ejemplo del paradigma de *flexiseguridad* laboral.

3.2. Fijo ordinario

La empresa contratista puede, como he anticipado, contratar fijos ordinarios y no acudir a la opción discontinua del art.16.1.3º y 4 ET. En tal caso, la empresa firmará con los trabajadores contratos indefinidos, siendo aplicables las reglas generales de flexibilidad interna y extinción contractual. Cuando el trabajador acabe la prestación laboral en cada contrata donde esté adscrito se abre, en realidad, un escenario parecido al de un fijo discontinuo, pero teniendo la empresa que hacerse cargo de los salarios durante los períodos de inactividad, mientras que en la modalidad del art.16.1.3º y 4 ET los costes salariales se desplazan a la seguridad social. La expectativa de recolocación del trabajador en vacante adecuada entre contrata será la misma pero sin este apoyo público social ideado en clave de *flexiseguridad*. Si la empresa decide extinguir con causa objetiva la relación laboral, será aplicable la jurisprudencia, ya expuesta, que admite la finalización o reducción de la contrata como causa extintiva en los términos antes explicados. El riesgo judicial en caso de impugnación es mayor porque, en la modalidad discontinua, la finalización del plazo máximo de inactividad ofrece seguridad jurídica extintiva, en el marco del art.16.4 ET, lo que no sucede con un fijo ordinario, donde la imposibilidad de recolocación en vacante adecuada debe ser acreditada en cada caso, en ausencia de una referencia legal temporal.

Una ventaja que sí puede ofrecer tener plantillas fijas ordinarias, en vez de discontinuas, es la mayor claridad en firmar contratos a tiempo parcial¹⁰. El art.16.5 ET parece desplazar a la negociación colectiva sectorial la posibilidad de admitir el tiempo parcial en fijos discontinuos, lo que no sucede en fijos ordinarios. En este caso, hay más seguridad jurídica si la empresa opta por el tiempo parcial en función de las necesidades de la contrata. Entiendo, en cualquier caso, muy dudoso que se impida en fijos discontinuos el trabajo a tiempo parcial puesto que el art. 12.2 ET admite esta modalidad en *contratos indefinidos o temporales cuando legalmente se permita*, sin excepcionar el fijo discontinuo. Precisamente hay libertad de pacto de jornada a tiempo

10 BALLESTER PASTOR,A, *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Ministerio de Trabajo, 2022, p.94.

parcial en contratación indefinida, que incluye fijo discontinuo, y sólo en contratos temporales se admite la limitación legal. Entiendo, por ello, viable también en fijos discontinuos firmar jornadas a tiempo parcial aunque el convenio sectorial no lo prevea expresamente, más aun cuando la llamada a la negociación colectiva del art.16.5 ET es de voluntariedad –“*podrán acordar*”– sin excepción alguna a la regla general del art.12.2 ET. Además, se debe advertir que esta referencia a la negociación colectiva ya estaba antes de la reforma laboral 2021 en el antiguo art.16 ET y no se planteó que suponía una prohibición salvo convenio colectivo como ahora se pretende desde interpretaciones excesivamente restrictivas y fuera de la realidad de la necesidad, en ocasiones, de trabajos a tiempo parcial en fijos discontinuos.

En conclusión, la reforma laboral de 2021 apuesta claramente por incentivar la modalidad de fijo discontinuo en contratas frente a la contratación indefinida ordinaria, pues hay mayor liberación de costes empresariales durante los períodos de inactividad y mayor seguridad jurídicas para la extinción contractual, pero siempre desde el respeto a la voluntariedad de la empresa contratante.

4. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN EL ÁMBITO DE LAS CONTRATAS

4.1. Sustituciones

En el ámbito de las contratas opera el mismo régimen jurídico de los contratos temporales debidos a sustituciones del art. 15.3 ET. En el desarrollo de la contrata pueden surgir los supuestos de sustitución previstos en el art.15.3 ET y ser cubiertos con trabajadores temporales por dicha causa.

1ª Sustitución de *persona trabajadora con derecho a reserva del puesto de trabajo*, siempre que se especifique el nombre de sustituido y causa de sustitución. Se puede suscribir 15 días antes de la sustitución si coincide con el puesto de trabajo. El supuesto abarca sustituciones de personal en suspensiones contractuales con reserva del puesto, permisos retribuidos y excedencias, con vocación expansiva, salvo en vacaciones donde se utiliza la causa productiva del art.15.2 ET

2ª Complemento de la *jornada reducida* por otra persona trabajadora, cuando dicha reducción se ampare en causa legal o convencional, siempre que se especifique el nombre de sustituido y causa de sustitución. Se abre así la vía a contratos de sustitución a tiempo parcial que cubren jornadas reducidas por cuidado de hijo o familiares dependientes (art.37.6 ET) y otras causas legales o convencionales, antes presente en la normativa reglamentaria de contratos temporales.

3º Cobertura de vacante definitiva durante el *proceso de selección* con una duración máxima de 3 meses o plazo inferior convencional, sin poder celebrarse nuevo contrato con mismo objeto para dicho plazo. Confirma legalmente la opción antes presente también en la norma reglamentaria.

Cualquiera de estos tres supuestos de sustitución del art.15.3 ET puede concurrir en el ámbito de las contrata, lo que abre este margen de temporalidad. En estos casos, no hay indemnización por fin de contrato conforme al art. 49.1.c ET ni cómputo a los efectos de los límites del encadenamiento contractual del art. 15.5 ET ni penalización de seguridad social art.151 LGSS.

4.2. Circunstancias de la producción

Como ha sido expuesto, el art. 15.2 ET rompe la vinculación entre temporalidad y contrata o concesión, pero admite, en este ámbito, la celebración de contratos temporales cuando concurren las *circunstancias de la producción en los términos* regulados en el precepto. No cabe, en consecuencia, justificar que la causa productiva temporal es la propia contrata salvo que concorra alguno de los tres supuestos admitidos de temporalidad en su ejecución o desarrollo¹¹.

1º Incremento ocasional e imprevisible. Son necesidades de producción temporales puntuales, imprevisibles y no repetidas en el tiempo, en línea con la jurisprudencia del antiguo contrato eventual (por todas STS 25-XI-2020, Rec.777/2019). Por su propia naturaleza, estos casos no son supuestos de fijo discontinuo del art.16 ET. La duración es pactada a término por las partes del contrato de trabajo con un máximo de 6 meses, con posible ampliación por convenio colectivo sectorial a 1 año. Existe posibilidad de una prórroga acordada hasta la duración máxima. Una empresa contratista puede, así, contratar temporales por esta vía si la contrata responde a este supuesto de incremento ocasional e imprevisible o si, en el desarrollo de la misma, aparecen prestaciones laborales de esta naturaleza claramente temporal.

2º Oscilaciones de producción que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste entre empleo estable disponible y el que se requiere. Estos desajustes, que justifican la temporalidad, no deben responder a supuestos de fijos discontinuos del art. 16 ET, antes analizados, lo que limita sustancialmente su utilización. De manera expresa se permite utilizar esta modalidad contractual en *oscilaciones* derivadas de períodos de *vacaciones anuales* que causan este tipo de desajuste temporal, como venía siendo aceptado, con matices, por la jurisprudencia del antiguo contrato eventual (STS 16-V-2005, Rec.2412/2004 y 12-VII-2012, Rec.3375/2011, con matices STS 30-X-2019, Rec.1070/2017), lo que puede ser interpretado como excepción al límite de fijo discontinuo, pues estos períodos son cíclicos, previsibles y repetidos en el tiempo. La duración de estos contratos es pactada a término por las partes del contrato de trabajo con un máximo de 6 meses, con posible ampliación por convenio colectivo sectorial a 1 año. Existe posibilidad de una prórroga acordada hasta la duración máxima. En el ámbito de las contrata puede estar justificada

11 DE LA PUEBLA PINILLA,A, "El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo de contrata y subcontratas", cit, 2022

esta causa productiva temporal del art. 15.2 ET y, también, ser cubiertas estas oscilaciones derivadas de vacaciones con esta modalidad de duración determinada. La mención a la actividad normal de la empresa y la remisión a la excepción de las circunstancias de la producción en el impedimento de las contrataciones del art.15.2. 1º y 5º ET así lo avalan.

3º Situaciones ocasionales y previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada en el tiempo. La empresa elige 90 días discontinuos al año en su planificación para cubrir campañas de producción temporales breves, previsibles, que se repiten en el tiempo. La duración es pactada a término entre las partes del contrato de trabajo desde la referencia de 90 días anuales que no pueden ser continuados. La norma articula un mini discontinuo de naturaleza temporal porque la exclusión por identificación con art. 16 ET está en el art. 15.2.1º ET y no en esta modalidad prevista en el art.15.2. 4º ET. Se puede prestar así trabajo temporal discontinuo, en el marco de 3 meses, para atender estas breves necesidades de producción temporal —*previsibles*— repetidas en el tiempo. Esta modalidad sí está sujeta a la prohibición de una vinculación automática con la contratación del art. 15.2.5º ET que opera con carácter general, pero abriendo la puerta a la concurrencia de circunstancias de la producción del propio art. 15.2 ET. Cabría plantear, entonces, que si una empresa contratista presta servicios discontinuos, en 90 días al año, mediante contratación, sí podría tener una plantilla temporal adscrita a la misma, con la cobertura del art.15.2.4º y 5º ET, sin necesidad de acudir a fijos discontinuos¹².

En estos tres casos admitidos de temporalidad, sí hay indemnización por fin de contrato de 12 días salario/año conforme al art. 49.1.c ET, sí existe cómputo a los efectos de los límites del encadenamiento contractual del art. 15.5 ET, 18 meses en 24 meses con misma persona trabajadora o puesto de trabajo, y sí opera la penalización de seguridad social del art.151 LGSS, el recargo por baja en contratos inferiores a 30 días.

4.3. Transitoriedad de los contratos de obra vigentes

Finalmente, la DT 3ª del Decreto-Ley 32/2021 aplica la legislación anterior a los contratos de obra suscritos antes del 31 Diciembre de 2021, de tal modo que se irán extinguiendo conforme al anterior art.49.1.c ET cuando vayan finalizando las obras o servicios, con la duración máxima legal o convencional de 3 o 4 años. Estos contratos de obra debían ya respetar el criterio jurisprudencial de no vinculación automática con la contratación en actividades habituales y permanentes de la empresa, analizado al inicio de este análisis, por que pueden estar expuestos a un especial riesgo de fraude que den lugar a sanciones administrativas o impugnaciones judiciales por despido. El

12 CAVAS MARTÍNEZ,F, "El nuevo contrato fijo-discontinuo en la reforma laboral" en Dir MONEREO,J.L, RODRIGUEZ ESCANCIANO,S y RODRIGUEZ INIESTA, *La reforma laboral de 2021*, Laborum, Murcia, p.131-133

mantenimiento de su vigencia se sobreentiende que es si concurre causa del antiguo art. 15.1.a ET con esta importante limitación jurisprudencial.

La DT 4ª del Decreto-Ley 32/2021, por su parte, admitió la celebración de contratos de obra desde el 31 Diciembre 2021 a 30 Marzo 2022, bajo el antiguo art.15.1.a ET, pero con una duración máxima de 6 meses. Si son contratos legales, y vuelve a concurrir la misma limitación jurisprudencial de no vinculación automática con la contrata, se irán extinguiendo a medida que finalicen las obras o servicios que los justifican, con esta duración máxima legal.

En el ámbito de las contratas pueden, en consecuencia, estar presentes todavía contratos de obra anteriores al 31 Marzo 2022, bajo la causa del antiguo art.15.1.a ET, en el marco de esta transitoriedad gradual. A partir de dicha fecha, el contrato de obra o servicio está derogado, siendo aplicable el régimen jurídico de contratación aquí analizado.

5. DEL PARADIGMA DE LA TEMPORALIDAD AL PARADIGMA DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA: PRIMEROS DATOS DE LA REFORMA LABORAL 2021

Como ha sido expuesto desde un inicio, el principal objetivo de la reforma laboral de 2021 es reducir la alta temporalidad de nuestro mercado de trabajo, especialmente concentrada en el ámbito de las contratas. Esta finalidad exigía dos operaciones complementarias. Por un lado, estrechar los márgenes de la propia temporalidad a sustituciones de trabajadores y circunstancias de producción del nuevo art. 15 ET, derogando el contrato temporal de obra o servicio, hasta entonces vinculado a contratas, pese a una clara evolución jurisprudencial dirigida a una desvinculación entre causa temporal y contrata. Por otro lado, ampliar los espacios de la contratación indefinida, sin alterar los costes indemnizatorios extintivos, mediante un nuevo contrato de trabajo fijo-discontinuo capaz de absorber buena parte de la reducida temporalidad, como se regula en el nuevo art.16 ET, con especial incidencia en el ámbito de las contratas. La innovadora regulación del analizado fijo-discontinuo, con una modalidad específica en contratas, es por ello, la clave de bóveda de la reforma de la contratación laboral porque determina la frontera de la circunstancia productiva temporal y atrae, con estabilidad laboral, prestaciones antes temporales. El ejemplo del ámbito de las contratas o concesiones es el más incisivo en esta doble operación de ingeniería jurídica porque incentiva trasvasar un gran volumen de contratación temporal por obra hacia la contratación fija-discontinua u ordinaria, logrando el objetivo reformista, reducir la alta temporalidad laboral, muy concentrada, precisamente, en el sector servicios.

Es en este contexto donde hay que situar la analizada ruptura legal de la vinculación automática entre la causa de los contratos temporales y la contrata o concesión de duración temporal, de inspiración claramente jurisprudencial. El art.15.2 ET que regula los *contratos temporales por circunstancias de la producción*, como ha sido expuesto desde

un inicio en este análisis, declara expresamente que *“no podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurran las circunstancias de la producción”*. Queda así clara esta desvinculación entre temporalidad laboral y contrata, que es consecuencia de la propia derogación del contrato de obra. Ello supone la certificación legal de la superación del paradigma de la temporalidad laboral en el ámbito de las contrata presente, desde hace décadas, en nuestro mercado de trabajo.

Tal como ha sido analizado, ello exigía, a su vez, la construcción de una alternativa fiable y flexible de contratación indefinida como el fijo-discontinuo, adaptado al ámbito de las contrata, del art.16.1.3º y 4 ET. La posibilidad de utilizar esta modalidad indefinida en el *“desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contrata mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa”* completa la superación del paradigma de la temporalidad y su sustitución por otro sustentado en la estabilidad laboral. En las opciones analizadas, las empresas contratistas pueden tener, en sus plantillas, *fijos ordinarios o fijos-discontinuos*, en sus tres modalidades *estacional, intermitente o específica* de contrata, con un margen, razonable también, de temporalidad laboral justificada en las nuevas causas del art. 15.2 y 3 ET, *circunstancias de la producción y sustituciones*. La reforma consigue así superar el paradigma de la temporalidad asociada a las contrata con un nuevo marco normativo que incentiva la contratación indefinida, continua o discontinua, a tiempo completo o parcial conforme a las necesidades de producción.

Como ha quedado dicho, buena parte de los contratos fijos-discontinuos en el ámbito de las contrata van a cubrir actividades continuas, sujetas a un régimen jurídico con mucha más *flexiseguridad* que el paradigma que se supera. Los incentivos de flexibilidad empresarial, protección social al trabajador y seguridad jurídica en la extinción contractual son lo suficientemente poderosos como para prever un gran trasvase de los derogados contratos de obra a esta modalidad específica de fijos-discontinuos de contrata. El nuevo paradigma de la contratación indefinida en las contrata tiene el refuerzo de esta modalidad contractual.

En un paradigma de temporalidad suele suceder que prestaciones laborales estables se cubran con contratos temporales, como sucedía con el antiguo contrato de obra reconvertido, con el paso del tiempo, en indefinido. En un paradigma, como el reformista, de estabilidad laboral, puede suceder lo contrario, que algunas prestaciones temporales estén bajo una modalidad indefinida. Es preferible este riesgo que el primero y corresponde a la evaluación empírica de las horas trabajadas y tiempos de actividad laboral matizar, en su caso, la incidencia productiva del nuevo paradigma. Se debe recordar siempre que la normativa laboral no cambia el sistema productivo, sino que crea condiciones, peores o mejores, para su posible transformación económica.

Lo que es un hecho objetivo cuantitativo es ya la enorme reducción de la temporalidad y el gran aumento de los contratos indefinidos tras la reforma laboral de 2021,

en especial, precisamente, de los fijos-discontinuos, lo que muestra que el trasvase de contratos de obra a indefinidos se está consiguiendo con especial énfasis en el ámbito de las contrataciones y concesiones del sector servicios.

Esta afirmación se sustenta en un análisis empírico de la secuencia de datos oficiales de empleo Enero-Junio 2022¹³, en espera de una previsible continuidad de esta tendencia.

Efectivamente, en un escenario de descenso de desempleo, el aumento de los contratos de trabajo indefinidos en esta secuencia de 2022 ha sido de un 15 por 100 en Enero, un 22 por 100 en Febrero, un 31 por 100 en Marzo, un 48 por 100 en Abril, un 44 por 100 en Mayo y un 44 por 100 en Junio, con una sustancial reducción de temporalidad laboral de 6 puntos en apenas 6 meses, de ellos 3 donde la norma no había todavía entrado en vigor. En términos cuantitativos, se han celebrado 3.281.858 contratos indefinidos en estos 6 meses de 2022, lo que supone un ascenso del 275 por 100 respecto al mismo período del año anterior. Por ejemplo, en el mes de Abril 2022 se firmaron 698.646 contratos indefinidos, el 48 por 100 del total, en Mayo 2022 se firmaron 730.247, el 44 por 100 del total y en Junio 783.595, el 44 por 100 del total. La comparativa de estos meses de años anteriores evidencian empíricamente subidas inéditas de contratación indefinida y reducciones de temporalidad no constatadas hasta el momento, en un contexto de creación de empleo, quedando superada la barrera de 20 millones de ocupados y reducido el umbral de 3 millones de parados registrados.

En este contexto, la subida de fijos-discontinuos, ya previsible en los planteamientos de la reforma, es muy alta, pues de Enero a Marzo 2022 se firmaron 180.016 contratos indefinidos con estas modalidades discontinuas, un 344 por 100 más que en el mismo trimestre 2021, en Abril 2022, 238.760, un 240 por 100, en Mayo 2022, 264.524 y en Junio 2022, 265.217, un increíble 1000 por 100 de incremento respecto a estos dos meses del año anterior. La incidencia de este contrato es, por tanto, evidente en las secuencias estadísticas del impacto de la reforma laboral, pasando a ser del 2,5 al 5,5 por 100 del total de contratación. Se han celebrado en los 6 primeros meses de este año 2022, tras la reforma, 948.517 contratos bajo estas modalidades discontinuas. Estos datos generales muestran que los objetivos reformistas de reducción de la temporalidad se están cumpliendo, en parte por la incidencia del fijo-discontinuo, en espera de un seguimiento de esta tendencia¹⁴.

13 Conforme a los datos oficiales de empleo publicados en webs de Ministerio de Trabajo y Ministerio de Seguridad Social en esta secuencia semestral, divulgados en todos los medios de comunicación. Sobre los mismos ver el *Observatorio Trimestral del Mercado de Trabajo*, 2022, del Instituto EY-Sagardey, BBVA Research y FEDEA, accesible en web FEDEA. En la doctrina laboralista, las entradas del Blog de BAYLOS,A con análisis de datos de mercado laboral y GIMENO DÍAZ DE AUTARI,P, "La reforma laboral de la contratación 2021 en las fuentes estadísticas oficiales: primer avance", Brief AEDTSS, Junio 2022.

14 LAHERA FORTEZA,J, "El éxito del fijo-discontinuo", *El País*, 3 Junio 2022

En el sector servicios, que es donde más se puede observar el cambio del modo de contratar trabajadores en el ámbito de las contrata, la subida de contratos indefinidos es, incluso, mayor que en la media general, un 18 por 100 en Enero, un 25 por 100 en Febrero, un 33 por 100 en Marzo, un 48 por 100 en Abril, un 54 por 100 en Mayo y un 52 por 100 en Junio. Estos datos sectoriales confirman la expuesta superación del paradigma de la temporalidad en las contrata, concentradas en sector servicios, y su sustitución por un nuevo marco de contratación indefinida. Los datos expuestos de aumento impresionante de fijos-discontinuos pueden estar reforzando esta transformación sustentada en un gran trasvase de contratos de obra a estas modalidades discontinuas, como se ha ido poniendo de manifiesto en este estudio.

En conclusión, la reforma laboral pactada de 2021 tenía, entre sus principales objetivos, superar el paradigma de la temporalidad en el ámbito de las contrata, e inaugurar un nuevo paradigma sustentado en la regla general de la contratación laboral *indefinida*, ordinaria o discontinua, a tiempo completo o parcial, salvo excepciones justificadas en causas temporales de sustituciones y circunstancias de la producción. Los datos oficiales de empleo, en la analizada muestra Enero-Junio 2022, muestran que este objetivo político se está realmente alcanzando, lo que supone una gran transformación en el modelo de contratación laboral de las empresas contratistas y concesionarias.

Alcance de las responsabilidades laborales en caso de contratas y subcontratas:

Las obligaciones salariales y las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales

Raquel Aguilera Izquierdo

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO:

1. RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO PRINCIPAL POR LAS OBLIGACIONES SALARIALES CONTRAÍDAS POR EL CONTRATISTA O SUBCONTRATISTA. 1.1. Realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad. 1.2. Obligaciones de naturaleza salarial. A) Conceptos incluidos. a) Vacaciones. b) Días de preaviso omitidos en despido por causas objetivas. c) Horas de presencia. d) Retribución salarial voluntaria. e) Intereses moratorios. B) Conceptos excluidos. a) Conceptos indemnizatorios y salarios de tramitación. b) Prestaciones extrasalariales. 1.3. El límite temporal de ejercicio de la acción. 1.4. La repetición contra el deudor principal. 2. RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. 2.1. La concurrencia de trabajadores de varias empresas en un mismo centro de trabajo. 2.2. Responsabilidad administrativa. 2.3. Responsabilidad civil. 2.4. Responsabilidad penal. 3. ALGUNAS PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*.

RESUMEN: En materia de contratas y subcontratas de obras y servicios, el ordenamiento jurídico laboral establece un sistema de responsabilidades solidarias o subsidiarias cuyo objetivo final es garantizar la efectividad de los derechos de los trabajadores. Al análisis de la responsabilidad solidaria del empresario principal de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con los trabajadores a su servicio, y las responsabilidades administrativas, así como, en su caso, responsabilidades penales y civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse del incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, se dedica este estudio.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad solidaria, salario, riesgos laborales, solidaridad impropia, propia actividad, prestaciones extrasalariales, deber de vigilancia.

ABSTRACT: In terms of contracts and subcontracts for works and services, the labor legal system establishes a system of joint or subsidiary responsibilities whose ultimate goal is to guarantee the effectiveness of workers' rights. To the

analysis of the joint and several responsibility of the main employer of obligations of a salary nature incurred by contractors and subcontractors, and administrative responsibilities as well as, in your case, criminal and civil liability for damages that may arise from non-compliance by employers with their obligations in terms of occupational risk prevention, this study is dedicated.

KEY WORDS: joint and several liability, salary, labor risks, improper solidarity, own activity, non-salary benefits, duty of vigilance.

1. RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO PRINCIPAL POR LAS OBLIGACIONES SALARIALES CONTRAÍDAS POR EL CONTRATISTA O SUBCONTRATISTA

1.1. Realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad

Según establece el art. 42.2 ET la empresa principal responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo, “de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con las personas trabajadoras a su servicio”. Esta circunscripción de la responsabilidad solidaria del empresario principal a las obligaciones salariales fue introducida en el artículo 42.2 del ET de 1980 y no se contenía en el precepto legal precedente, concretamente en el artículo 19.2 de la Ley de Relaciones Laborales de 8 abril 1976 (LRL). En efecto, la LRL hablaba de la responsabilidad solidaria de la empresa principal “de las obligaciones contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y con la Seguridad Social durante el período de vigencia de la subcontrata”. Sin embargo, el Estatuto de los Trabajadores limita la responsabilidad en el ámbito laboral a las obligaciones salariales, frente a la amplitud de la expresión referida de “obligaciones contraídas por los subcontratistas” que contenía el mencionado artículo 19.2 LRL, coincidente a su vez con el artículo 4 del Decreto 3677/1970, de 17 diciembre, por el que se establecen normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores, que disponía que “la empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas por la subcontratista con sus trabajadores y con la Seguridad Social durante el período de vigencia de la subcontrata”.

La redacción actual del precepto, en relación con la responsabilidad solidaria del empresario principal por las obligaciones salariales contraídas por los contratistas y subcontratistas, proviene del RDL 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, que modificó la redacción del art. 42.2 ET. La redacción anterior del precepto resultaba más confusa. En este sentido, en relación con las obligaciones de naturaleza salarial señalaba el precepto que el empresario principal, “durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría

o puestos de trabajo". Por tanto, son dos las novedades que introdujo el RDL 5/2001 respecto de la redacción anterior. Mediante la primera se advierte que el régimen de responsabilidades instaurado alcanza no sólo a trabajadores de "los subcontratistas" (redacción anterior) sino de "contratistas y subcontratistas", como venían admitiendo mayoritariamente los Tribunales¹. Es decir, se establece un supuesto de corresponsabilidad solidaria entre el empresario principal y el contratista y, a su vez, el contratista incurre en idéntica responsabilidad junto con el subcontratista, de forma que finalmente el empresario principal responde de las obligaciones contraídas por el subcontratista. Hay, por tanto, una responsabilidad solidaria en cadena o cascada². La segunda novedad introducida por el RDL 5/2001 posee mayor calado, pues supone que desaparezca el límite de responsabilidad de la empresa principal respecto de las obligaciones contraídas por las empresas auxiliares con sus trabajadores; ahora ya no existe esa referencia al "límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo"³.

No habrá responsabilidad, ni solidaria ni subsidiaria, ni en materia salarial ni en materia de seguridad social, por los actos de la contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar una persona respecto de su vivienda, así como cuando el propietario o propietaria de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial (párrafo segundo del art. 42.2 ET).

La responsabilidad del empresario principal que contempla el art. 42.2 ET es una responsabilidad solidaria en materia salarial que se extiende a la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad. Como recordó la STS 9 mayo 2018, rcud. 3535/2016: "La imprecisión de este concepto ha sido suplida por la jurisprudencia que se ha decantado por una concepción estricta que limita su alcance a aquellas obras o servicios que sean inherentes al proceso productivo de la empresa

- 1 Como señala la STS de 9 julio 2002, rec. 2175/2001 : "Se entiende, en definitiva, que el art. 42 ET constituye un reflejo, mal traducido para el caso que contempla, del principio de derecho según el cual quien está en condiciones de obtener un beneficio debe de estar también dispuesto a responder de los perjuicios que puedan derivar del mismo, y que fue ésta en definitiva la intención del legislador aunque éste, a la hora de redactar el precepto, no tuviera realmente en cuenta más que la figura del empresario principal y la de los «subcontratistas», dentro de cuya último plural es donde deben entenderse incluidos todos los situados en la cadena de contratación. (...) aunque no es excesivamente expresiva sobre el particular, sí que puede considerarse sintomática, como hecho coetáneo a tener en cuenta para la interpretación adecuada de dicho precepto, la nueva redacción dada al art. 42.2 ET por el RDley 5/2001, de 2 de marzo, ratificada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, al introducir como responsables solidarios no sólo a los subcontratistas sino también a los «contratistas», lo que supone una precisión ampliatoria de la responsabilidad a tener en cuenta a estos efectos y que podría reforzar la tesis que aquí se defiende".
- 2 STSJ Islas Canarias 14 enero 2014, rec. 430/2013.
- 3 Sobre la responsabilidad salarial del art. 42.2 ET antes de la reforma del año 2001, ver, FOLGUERA CRESPO, J.: "La responsabilidad salarial del empresario en contratas y subcontratas: su alcance objetivo", en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

comitente. El fundamento de esta interpretación, en el contexto del artículo 42 ET, estriba en que ‘las actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista, justificando así la responsabilidad patrimonial de la empresa o entidad comitente respecto de los salarios de los trabajadores empleados en la contrata’ (STS de 29 de octubre de 1998, rcud. 1213/1998)”.

Lo relevante a efectos de aplicar el artículo 42.2 ET no es la concreta clase de contrato que vincule a la principal y la contratista, sino si la empresa contratista, con independencia de la modalidad contractual suscrita con la empresa principal, presta servicios correspondientes a la propia actividad de dicha principal (STS 8 noviembre 2016, rcud. 2258/2015). La interpretación del concepto de “propia actividad” lleva a un análisis casuístico. En suma: ha de estarse al tipo de actividad asumida por la empresa auxiliar en beneficio de la principal para determinar si existe el fenómeno descrito por el art. 42 ET.

Como estableció la STS 5 diciembre 2017, rec. 2664/2015 en relación con este artículo: “Es indubitado que este precepto configura una responsabilidad solidaria de carácter legal, atribuyendo esa naturaleza a la responsabilidad que impone a la empresa principal en el pago las deudas salariales de la contratista con los trabajadores empleados en la contrata, lo que no supone el sometimiento de tal responsabilidad al cuerpo normativo que regula las obligaciones solidarias, por cuanto esta responsabilidad se regula por la norma legal que la crea que es diferente. En efecto, la responsabilidad del empleador nace del contrato de trabajo y de las normas que regulan el pago de sus retribuciones al trabajador (artículos 26 y siguientes del ET), mientras que la responsabilidad del empresario principal nace del artículo 42.2 del ET que tiene un fin diferente: obligar a quien contrata a otro para que haga algo por él, algo que él podría hacer, a controlar que el contratista, quien le auxilia en la ejecución de la obra, cumple con las obligaciones que le imponen los contratos laborales que celebre, lo que se pretende conseguir imponiéndole su responsabilidad subsidiaria, aunque solidaria, en el cumplimiento de las obligaciones laborales del otro. Su responsabilidad es subsidiaria porque requiere el previo incumplimiento de quien contrató, pero solidaria con él cuando consta el impago, momento en el que nace para él la obligación de pagar el total de la deuda, aunque luego pueda repetir la totalidad del pago que efectúe contra el deudor principal, el empresario que se lucró con el trabajo de otro, lo que excluye la aplicación de los artículos 1143 y 1145 del Código Civil, porque el contratista principal se subroga en todos los derechos del acreedor y puede repetir contra el deudor principal todo lo que pague (artículos 1158, 1209 y siguientes del Código Civil), particularidad que evidencia que los artículos 1137 y siguientes del Código Civil regulan las obligaciones solidarias que nacen como tales, pero no la responsabilidad solidaria que nace, posteriormente, por otro hecho o por un mandato legal, cual puede ser, como aquí ocurre, un incumplimiento contractual del deudor que provoca la responsabilidad en el pago de quien no tiene vínculo contractual alguno con el acreedor, pero de quien el legislador espera que vele porque el deudor principal

cumple con sus obligaciones contractuales. Ello supone que la obligación del deudor principal nace del contrato, mientras que la responsabilidad de quien contrató con él nace de la ley que le sanciona por su falta de diligencia en vigilar que el otro cumpla con sus obligaciones laborales en la ejecución de la obra que le encargó. Así pues, la responsabilidad del empresario principal nace y es regulada por el art. 42.2 del ET, precepto diferente de los que regulan la prestación de servicios por cuenta ajena, la relación entre el empleador y el trabajador que contrató y de cuyo trabajo se beneficia. El empresario principal no tiene relación jurídica alguna con el empleado del contratista, salvo las de tutela y garantía que le impone la ley con el fin de evitar que la contrata sea un medio para eludir responsabilidades. Consiguientemente, las obligaciones del empresario principal nacen del contrato celebrado con el contratista y de preceptos legales diferentes a los que regulan la relación del contratista con sus empleados, lo que comporta que su responsabilidad en orden al pago de salarios que el contratista no abone se fija por distinta norma, aunque sea solidaria”.

De este modo, externalizada por una empresa una actividad de su exclusiva competencia y suscritos los correspondientes contratos con otra, a los efectos de la responsabilidad del artículo 42.2 ET no es relevante que el contrato suscrito con la empresa sea un contrato administrativo o un contrato de agencia o de otra modalidad, pues ello no puede evitar una responsabilidad que deriva de una previsión legal y de la concurrencia de los requisitos que la ley y la jurisprudencia tienen establecidos al respecto.

En efecto, en este mismo sentido, a partir de su Sentencia de 21 de julio de 2016, rec. 2147/2014, el Tribunal Supremo viene entendiendo que la existencia de un contrato de agencia entre la empresa principal y la auxiliar no excluye que se apliquen las garantías previstas en el art. 42 ET. En esta sentencia se discute si el contrato de agencia concluido entre dos entidades mercantiles para la comercialización de los productos de la principal excluye la subcontratación de obras y servicios correspondientes a su propia actividad, suscitándose el debate en orden a la eventual aplicación de las responsabilidades que el artículo 42.2 ET asigna a “los empresarios que contraten o subcontraten con otros obras o servicios correspondientes a la propia actividad”. Se trata de una empresa de telecomunicaciones que pide ayuda a otra empresa para vender sus servicios de telefonía, internet, atención a clientes, etc, y lo hace a través de un contrato de agencia. El contrato de agencia mercantil excluye la aplicación de la legislación laboral y puede realizarse para encargar tareas que no son de la propia actividad. Pero el contrato de agencia mercantil, dice esta Sentencia del Tribunal Supremo, en sí mismo, no excluye que entre en juego el art. 42 ET, es decir, habrá que ver las circunstancias de cada caso. El que haya un contrato de agencia entre la empresa principal y la auxiliar es un mero indicio de que se está fuera de la propia actividad pero no lo excluye, por lo tanto hay que examinar cada caso. La sentencia interpreta el concepto de propia actividad de la que habla el artículo 42 ET, en el sentido de que solo es “la inherente y absolutamente indispensable para la realización del objeto de la empresa principal”. En el caso resuelto por la sentencia se llega a la conclusión de que se está ante un contrato de agencia mercantil para

externalizar una parte de la propia actividad y, por tanto, es indiferente el tipo de vínculo que hay entre la empresa principal y la auxiliar. En este supuesto, considera el Tribunal Supremo que se produce una conexión intensa entre las actividades del principal y del contratista, que se constata, entre otras circunstancias, en el hecho de que los empleados de las contratistas actuaban en nombre de la principal, fidelizaban al público como clientes de la principal, entrando en el sistema operativo de la principal, resolviendo dudas planteadas en relación con los servicios ofertados por la principal, actuaban en nombre de la principal, etc., no existiendo duda, por tanto, de que se trataba de actividad inherente al ciclo productivo de una empresa de telefonía que suministra servicios a clientes finales.

1.2. Obligaciones de naturaleza salarial

La responsabilidad solidaria en caso de contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad alcanza únicamente a las obligaciones de naturaleza salarial en sentido estricto. Dentro de ellas se incluyen todas las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena (art. 26.1 ET), incluidas las pagas extraordinarias⁴.

Junto a las obligaciones salariales en sentido estricto, la jurisprudencia ha incluido también otros conceptos que pueden ofrecer dudas acerca de si encajan o no dentro de dicha obligación y que se enumeran a continuación.

A) Concepto incluidos

a) Vacaciones

En relación con las vacaciones no disfrutadas, hasta el año 2004 encontramos en la doctrina judicial sentencias contradictorias acerca de su naturaleza salarial o indemnizatoria de cara a determinar la responsabilidad o no de la empresa principal. Así, mientras que algunas sentencias señalaban que la compensación dineraria por vacaciones no disfrutadas tiene naturaleza predominantemente indemnizatoria que excluye a la empresa principal de responsabilidad solidaria en su reclamación⁵, otras venían reconociendo su naturaleza asimilable al salario y no indemnizatoria a los efectos de la responsabilidad solidaria del art. 42 ET⁶.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2004, 9 de marzo de 2005 (rec. 6537/03) y 1 de febrero de 2006 (rec. 3306/2004), pusieron fin a esta doctri-

4 STSJ Cataluña 17 octubre 2012, rec. 32/2012.

5 STSJ Valencia 23 marzo 2001, rec. 2039/1998; STSJ Navarra 27 septiembre 2004, rec 283/2004.

6 STSJ Cataluña 14 mayo 2003, rec. 8773/2002; STSJ Madrid 7 septiembre 1999 rec.1207/1999; STSJ Andalucía 5 septiembre 2000, rec. 4074/1999; STSJ Andalucía 2 abril 2002, rec. 3371/2001.

na contradictoria reconociendo el carácter salarial de la compensación económica de las vacaciones no disfrutadas. En este sentido, afirman que “el problema relativo a la naturaleza jurídica de las cantidades dedicadas a la liquidación de las vacaciones, debe abordarse desde las reglas que contiene el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto considera ‘salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan al trabajador efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo’, y puesto que el tiempo destinado a vacaciones tiene la consideración de descanso computable como de trabajo, aunque realmente no se presten servicios mientras duran, la conclusión a la que se llega es que tales periodos de descanso no disfrutados por la extinción anticipada del contrato de trabajo, y que son compensados económicamente, la cantidad destinada a su remuneración es de naturaleza salarial y no indemnizatoria”.

b) Días de preaviso omitidos en despido por causas objetivas

El art. 53.1 c) ET prevé que en los casos de despido objetivo deberá concederse un plazo de preaviso de quince días, “computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo”.

La doctrina judicial⁷, viene entendiendo que el tenor literal de dicho precepto parece apuntar a que los salarios del periodo de preaviso omitido son eso, salarios, y responden a una naturaleza retributiva más que indemnizatoria. La Sala IV del Tribunal Supremo en sentencias de 2 y 10 de febrero de 2010 (rec. 1908/2009 y 1587/2009), parece corroborar tal postura pues, aunque reconocen que dichos salarios están excluidos de la cobertura del Fondo de Garantía Salarial y que la ley no define su naturaleza, entiende que desde el momento en que se configura como un concepto diferente de la indemnización por despido objetivo “en todo caso tendría un carácter más próximo al salarial, y prueba de ello es que en caso de revocación de la sentencia extintiva de la relación laboral el trabajador tendría que devolver la indemnización, pero no la cantidad que hubiera podido percibir por el preaviso”.

Por ello, dada la asimilada naturaleza salarial que el Tribunal Supremo asigna a este concepto compensatorio, se ha de incluir en el ámbito de la responsabilidad solidaria que para las deudas de su naturaleza configura el artículo 42.2 ET.

c) Horas de presencia

Tienen naturaleza salarial, y por tanto deben ser abonadas por el empresario principal, las horas de presencia. Así lo ha señalado la STSJ País Vasco 29 octubre 2002, rec. 1866/2002.

7 STSJ Canarias 14 enero 2014, rec. 430/2013; STSJ Canarias 14 enero 2014, rec.491/2013 ; STSJ Canarias 9 junio 2014, rec.718/2013.

d) Retribución salarial voluntaria

La modificación del límite establecido en el art. 42.2 ET antes de la entrada en vigor del RDL 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, según el cual el empresario principal respondía solidariamente de las obligaciones salariales con “el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo”, planteó la duda de si el empresario principal debía o no responder de las cuantías derivadas de meros acuerdos individuales o mejoras unilaterales.

La doctrina judicial ha dado respuesta a esta cuestión en sentido afirmativo. Así, se entiende que la retribución voluntaria que perciba un trabajador, si queda probado que tiene carácter salarial, aunque no figure en el convenio colectivo aplicable, sigue teniendo naturaleza salarial quedando amparada por la garantía de solidaridad que establece el artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores⁸. Se demanda, por tanto, del órgano jurisdiccional un examen de la naturaleza real del concepto retributivo examinado en cada caso para determinar si la retribución voluntaria correspondiente tiene naturaleza salarial, extrasalarial o indemnizatoria.

e) Intereses moratorios

Los intereses moratorios son considerados por la doctrina judicial como una obligación salarial, por lo que debe responder solidariamente de ellos el empresario principal. La empresa principal, en aplicación del art. 42 ET y de las normas que regulan la solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones, es responsable igualmente del pago de los intereses moratorios de aquellas deudas salariales a las que sea condenada⁹.

Esta cuestión ha sido resuelta por la doctrina judicial entre otras en la STSJ Galicia 4 junio 2008, rec. 3214/2005, que declara que procede la condena solidaria al abono de los intereses, pues con independencia de que el tenor literal del art. 42.2 ET excluya al contratista principal del pago solidario de cualquier concepto extrasalarial o indemnizatorio, ello no ocurre con los intereses de demora, “pues el adeudamiento de la cantidad principal y la consideración de solidaridad que se estima en relación a las percepciones estrictamente salariales impiden que la existencia de la controversia sobre tal solidaridad provoque, bajo tal concepto jurídico, que los abonos de los intereses moratorios lo sean sólo para la empresa subcontratada para la que los actores prestaban sus servicios, no resultando lógico que la empresa contratista principal deudora solidariamente del pago de los salarios obtenga la rebaja del interés moratorio establecido en el artículo 29.3 ET, ya que el art. 1147 del Código Civil no permite atenuar el comportamiento de alguna de las partes que se convierte en

8 STSJ Castilla y León 25 julio 2012, rec. 1011/2012.

9 STSJ Madrid 11 febrero 2019, rec. 1286/2018.

deudores solidarios del juicio del reintegro interno en la acción de repetición, siendo preciso destacar que la finalidad última del art. 42 ET que pasa por garantizar los derechos económicos de los trabajadores, con respecto a las deudas salariales que las empresas subcontratadas tengan con ellos, lo que provoca que las contratistas principales sean declaradas responsables solidarias ex lege, por lo que dicho pronunciamiento de responsabilidad solidaria debe extenderse a los intereses establecidos en el artículo 29.3 ET”.

En conclusión, como señala la STSJ Andalucía 17 febrero 2022, rec. 1171/2020, el responsable solidario no sustituye al empleador sino que se sitúa junto a él, respondiendo de la deuda salarial en la misma medida, por lo que siendo el pago de intereses de demora una obligación legal, accesoria de la obligación garantizada, debe seguir la suerte de la principal, y, por ende, considerarse a efectos de lo dispuesto en el art. 42.2 ET como una obligación de naturaleza salarial.

B) Conceptos excluidos

a) Conceptos indemnizatorios y salarios de tramitación

El art. 42.2 ET limita la responsabilidad del empresario principal a las obligaciones de naturaleza salarial, por lo que no responde de cualquier incumplimiento por parte del contratista de obligaciones de carácter distinto, como pueden ser las de readmisión o indemnización del trabajador despedido, “las que no pueden ser transferidas al empresario que encarga la obra o el servicio pues este no responde del inadecuado ejercicio del poder disciplinario del contratista” (STS 7 julio 1994, rec. 93/1994, entre otras muchas). La solidaridad del empresario principal no incluye los conceptos indemnizatorios.

En efecto, la indemnización por despido no se puede catalogar como obligación de naturaleza salarial, encuadrable en el art. 42.2 ET, dado que la misma queda expresamente excluida por el art. 26.2 ET.

Un supuesto controvertido doctrinal y jurisprudencialmente ha sido el de si los salarios de tramitación son verdaderos salarios, y por tanto, debe responder solidariamente de ellos el empresario principal, o si por el contrario tienen un carácter indemnizatorio que excluye de responsabilidad al empresario. La naturaleza jurídica de los salarios de tramitación, salarial o indemnizatoria, no ha sido una cuestión pacífica en la jurisprudencia. La STS de 7 de julio de 1994, rec. 93/1994, con la intención de unificar la doctrina en esta materia, señaló que los salarios de tramitación forman parte de la responsabilidad solidaria prevista en el art. 42.2 ET, dada su naturaleza salarial. Esta sentencia basó su conclusión en una interpretación teleológica de las normas de aplicación y, en concreto, del art.33.1 ET (que a los efectos de la protección otorgada por el FOGASA considera salario la indemnización complementaria por salarios de tramitación) y del art. 57.2 ET (según el cual “en los casos de despido en que, con arreglo a la normativa vigente, sean por cuenta del Estado los salarios de tramitación,

serán con cargo al mismo las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a dicho salario”). Sin embargo, esta postura ha sido rectificada posteriormente por el propio Tribunal Supremo en su sentencia, en unificación de doctrina, de 14 de julio de 1998, rec. 3482/1997, que declaró expresamente que la figura de los salarios de tramitación tiene una evidente y clara naturaleza indemnizatoria, pues con ellos se pretende compensar al trabajador uno de los perjuicios que para él derivan del hecho del despido, cual es el de no percibir salario desde la fecha del despido y durante la instrucción del despido correspondiente. Aunque es cierto que los salarios de trámite tienen vertientes salariales, como la obligación de cotizar por ellos, su finalidad es claramente indemnizatoria; por ello, considera el Tribunal Supremo en la citada sentencia que “nunca podrán ser conceptuados como obligaciones de naturaleza salarial, únicas de las que es responsable solidario el contratista principal”.

Del mismo modo no responderá de las indemnizaciones por fin de contrato y falta de preaviso al no tener un carácter salarial sino indemnizatorio (STSJ Madrid 11 febrero 2019, rec. 1286/2018).

Por su carácter indemnizatorio, en el marco de las prestaciones de seguridad social, se excluyen las mejoras voluntarias de la seguridad social¹⁰.

b) Prestaciones extrasalariales

Como señaló la STS 19 enero 1998, rec. 2030/1997, “si el precepto introducido en 1980 ciñe la responsabilidad a las obligaciones salariales, ello obliga a resolver el supuesto dentro del ámbito de aplicación del artículo 26 del propio Estatuto, con exclusión de retribuciones otras de naturaleza extrasalarial, aunque traigan su causa del contrato de trabajo”.

Así, se ha reiterado por la doctrina judicial que el empresario principal no debe responder de los gastos de desplazamiento¹¹, de las dietas o el kilometraje¹², plus de transporte¹³, gastos de herramientas y gastos de gasolina¹⁴, que han de ser catalogados como indemnizaciones o suplidos por gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral, atribuyéndosele por ello naturaleza extrasalarial por lo que han de ser excluidos de la responsabilidad solidaria del empresario principal.

1.3. El límite temporal de ejercicio de la acción

El empresario principal responde solidariamente durante 1 año, tras la finalización de la contrata, de las obligaciones salariales contraídas por contratistas y subcontra-

10 STS 19 mayo 1998, rec.

11 STSJ Galicia 11 febrero 2020, rec. 3004/2019.

12 STSJ Asturias 25 enero 2002, rec. 1722/1999.

13 STSJ Canarias 10 mayo 2013, rec. 742/2011; STSJ Galicia 17 febrero 2009, rec. 5779/2005.

14 STSJ Canarias 11 diciembre 2006, rec. 27/2004.

tistas con sus trabajadores¹⁵. Se trata de un plazo autónomo, que no puede confundirse con el periodo de garantía. Esto es, una cosa son los salarios de los que se debe responder solidariamente, que son necesariamente los devengados durante el periodo de vigencia de la contrata. Y otra el periodo durante el que puede hacerse efectiva aquella responsabilidad solidaria, que se refiere al año siguiente a la terminación del encargo. Por tanto, el empresario principal no responderá solidariamente de aquellas deudas salariales que se reclamen y que sean de fecha posterior a la finalización de la contrata (STSJ Andalucía 18 mayo 2021, rec. 2892/19; STSJ Cantabria 1 septiembre 2007, rec. 599/2006).

Como ha señalado la doctrina, "la razón de este acotamiento temporal radica en la necesaria coherencia con el propio fundamento del sistema legal de responsabilidad, esto es, el beneficio que la empresa principal obtiene con el trabajo desarrollado en la contrata por los trabajadores del contratista, beneficio del que, obviamente, no se puede hablar cuando la contrata aún no se ha iniciado o ya ha terminado"¹⁶.

Respecto del plazo de ejercicio de la acción se ha suscitado la cuestión de si estamos ante un plazo de caducidad o de prescripción. En un primer momento se partió de la idea de que el plazo es de caducidad¹⁷, pero posteriormente la jurisprudencia se ha inclinado por entender que estamos ante un plazo de prescripción¹⁸.

Otra cuestión que se ha planteado es la de determinar la relación de este plazo, relativo a la exigencia de responsabilidad solidaria del empresario principal, con el establecido en el art. 59.2 ET, aplicable, en principio, a las reclamaciones dirigidas exclusivamente contra el contratista durante la vigencia de la contrata. La duda es si el ejercicio de la acción de reclamación de cantidad por deudas salariales frente a la empresa empleadora interrumpe el plazo de prescripción de la acción de la que dispone el trabajador para exigir la responsabilidad solidaria por ese mismo tipo de deudas que impone el art. 42 ET a la empresa principal que contrató los servicios de la empleadora, para la realización de tareas correspondientes a su propia actividad. Así, el trabajador reclama una deuda salarial a su empleadora dentro del plazo de

15 Sobre esta cuestión ver, GALA DURÁN, C.: "Aspectos problemáticos de la responsabilidad salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras o servicios", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2000, La Ley 5952/2002.

16 MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

17 STCT 28 mayo 1985.

18 En este sentido, ver, STSJ Galicia 21 julio 2004, rec. 6074/2001, según la cual: "el aludido art. 42.2 ET dispone 'el empresario principal...durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores...', lo que significa que el plazo para la reclamación de las obligaciones salariales es el de un año desde la fecha de terminación de la contrata, debiendo reputarse dicho plazo, común de prescripción previsto en el art. 59.1 ET (en el mismo sentido la STSJ de Madrid de 24 de octubre de 1990). En otro caso, se haría de peor condición al empresario principal, sometido a un plazo fatal de caducidad, que al contratista o subcontratista sometido al plazo común de las obligaciones salariales, susceptible de interrupción".

prescripción de un año y con posterioridad amplía la demanda contra la empresa principal que ha subcontratado sus servicios en virtud de la responsabilidad solidaria prevista a tal efecto en el art. 42 ET pero fuera ya de aquel plazo de prescripción.

La doctrina judicial ha mantenido en estos casos dos posturas contradictorias, pues mientras que en unas ocasiones se ha entendido que la reclamación de la deuda salarial a la empleadora no interrumpe el plazo de prescripción frente a la principal, al considerar inaplicable el art. 1974 CC¹⁹, en otras se ha mantenido justamente lo contrario, en favor de la aplicación de dicho precepto legal²⁰.

La STS de 5 de diciembre de 2017, rec. 2664/2015, ha puesto fin a esta contradicción al entender que la reclamación de la deuda salarial a la empleadora no interrumpe el plazo de prescripción frente a la principal, porque la responsabilidad de una y otra nace de normas distintas²¹. “La obligación del empresario principal se regula por el artículo 42.2, párrafo segundo, del ET, donde se dice que responderá solidariamente «De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo». Esta disposición legal regula no sólo el alcance de la obligación de pago del empresario principal, sino, también, el plazo para reclamarle el pago y el dies a quo para el cómputo del plazo prescriptivo de su deber. Por contra, la prescripción del deber de pago de salarios del contratista se regula por el artículo 59 del ET, diferente regulación que nos muestra que nos encontramos ante dos responsabilidades distintas, establecidas y reguladas por diferentes normas (contractuales y legales en un caso y en otras disposiciones legales en el otro), razón por la que, como el plazo prescriptivo tiene un cómputo diferente en cada caso, según la regulación legal, debe estimarse que esa diferente regulación impide estimar que, ex artículo 1974 del Código Civil, la reclamación efectuada a un deudor interrumpa el curso de la prescripción de las responsabilidades del otro (...); la responsabilidad solidaria de la empresa principal la impone el art. 42.2 del ET diferenciándola en su nacimiento, duración y exigencia de la de pago de salarios que regulan los artículos 1, 26, 29 y 59 del ET en sus distintos particulares, lo que hace que no sea una obligación solidaria de las que el artículo 1137 del Código Civil contempla y que tenga un régimen en orden a la prescripción de esa responsabilidad diferente y al que resulta inaplicable el art. 1974 del Código Civil en orden a la interrupción de la prescripción por la reclamación a otro”.

De este modo, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, la responsabilidad solidaria del empresario principal queda excluida de la aplicación de las reglas

19 Ver, STSJ de Navarra de 25 de mayo de 2015, rec. 209/2015.

20 Ver, STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2013, rec. 5641/2012.

21 Un comentario de esta sentencia en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J: “¿La acción de reclamación de cantidad por deudas salariales frente a la empresa empleadora interrumpe el plazo de prescripción de la acción de la que dispone el trabajador para exigir la responsabilidad solidaria por ese mismo tipo de deudas a la empresa principal ex art. 42 ET?: las salas de lo social y de lo civil del Tribunal Supremo caminan juntas”, *Revista de Información Laboral*, núm. 1, 2018.

generales del Código Civil y de lo dispuesto en el art. 1974.1º CC ("La interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores"). Se trata de una responsabilidad solidaria, no de una obligación solidaria en los términos del art. 1137 CC ("cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria"), con la repercusión consiguiente en orden a la interrupción de la prescripción.

1.4. La repetición contra el deudor principal

Cuando consta el impago de la deuda salarial del contratista con sus trabajadores nace para el empresario principal la obligación de pagar el total de la deuda aunque luego pueda repetir la totalidad del pago que efectúe contra el deudor principal, el empresario que se lucró con el trabajo de otro, lo que excluye en estos casos la aplicación de los arts. 1143 y 1145 del Código Civil, porque el contratista principal se subroga en todos los derechos del acreedor y puede repetir contra el deudor principal todo lo que pague.

Esta posibilidad de repetir contra el deudor principal ha planteado dudas en el supuesto de empresas declaradas en concurso a efectos de determinar si estamos ante un crédito contra la masa (arts. 242 y siguientes de Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal) o un crédito concursal.

Las SSTS, sala de lo Civil, de 2 de marzo de 2021, rec. 3257/2018 y de 2 de marzo de 2021, rec. 3281/2018, han resuelto la reclamación de la empresa principal, que ha pagado los salarios adeudados a los trabajadores de la empresa contratista, ante el concurso. La administración concursal considera que estamos ante un crédito concursal y el empresario principal considera que estamos ante un crédito contra la masa. La Ley Concursal establece la condición de crédito contra la masa cuando tenemos obligaciones satisfechas que han nacido de la ley y cuando estamos ante obligaciones que han nacido con posterioridad a la declaración del concurso. Por eso, el Tribunal Supremo dice en las sentencias señaladas que es cierto que el empresario principal ha pagado después del concurso y que la obligación de pago deriva del art. 42.2 ET, pero el crédito ya existía por la solidaridad que impone al empresario principal dicho artículo, por ello no estamos ante un crédito contra la masa sino ante un crédito concursal.

Afirma el Tribunal Supremo que el garante, "al pagar la deuda garantizada, pasa a ocupar la posición del acreedor frente al deudor principal, en este caso la concursada, y si el crédito garantizado es concursal, aunque se haya satisfecho por el garante después del concurso, su efecto consiguiente es un cambio en la posición acreedora, conforme a lo previsto en los arts. 1203.3º y 1209 CC, que no afecta a la naturaleza concursal del crédito. El crédito concursal sigue siendo el mismo, aunque haya cambiado el titular con derecho a reclamarlo, y sin perjuicio del efecto previsto en el art. 87.6 LC (actual art. 263.2 TRLC) respecto de su clasificación". Los créditos salariales

que finalmente satisfizo el Patronato Deportivo en los supuestos resueltos por las sentencias comentadas, después de haber sido condenado al pago por el juzgado de lo social, habían sido reconocidos como créditos concursales en el concurso de acreedores. “A los efectos que ahora interesa, el tratamiento de los créditos dentro del concurso de acreedores, el derecho del Patronato Deportivo a resarcirse frente a la concursada de los importes satisfechos, al haber pagado por la concursada un crédito salarial concursal, no supone un nuevo crédito nacido después del concurso, sino la sustitución de este garante en la titularidad del crédito ya existente, que conserva su naturaleza concursal”.

2. RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

2.1. La concurrencia de trabajadores de varias empresas en un mismo centro de trabajo

El Convenio núm. 155 de la OIT, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, prevé en su art. 17 que «siempre que dos o más empresas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo tendrán el deber de colaborar en la aplicación de las medidas previstas en el presente Convenio», y la Directiva 1989/391 CEE, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, establece en su precepto 6.4 que «cuando en un mismo lugar de trabajo estén presentes trabajadores de varias empresas, los empresarios deberán cooperar en la aplicación de las disposiciones relativas a la seguridad, la higiene y la salud, así como, habida cuenta el tipo de actividades, coordinarse con vistas a la protección y prevención de riesgos profesionales, informarse mutuamente de dichos riesgos, e informar a sus trabajadores respectivos y/o a sus representantes». En la misma línea el art. 24.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, impone a las empresas cuyos trabajadores desarrollen su actividad en el mismo centro de trabajo, el deber de cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, estableciendo las medidas de coordinación necesarias y proporcionando la información sobre los mismos. Y el punto 2 de dicho precepto exige al empresario titular del centro de trabajo la obligación de adoptar las medidas necesarias a fin de que los empresarios que desarrollan su actividad en el mismo reciban la información adecuada en relación con los riesgos existentes. Se imponen por tanto a la empresa principal unos deberes de cooperación, coordinación e información en materia de riesgos laborales. El RD 171/2004, de 30 de enero, desarrolla reglamentariamente dicho precepto²².

22 Ver, AGUILERA IZQUIERDO, R.: “El desarrollo reglamentario del art. 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: la coordinación de actividades empresariales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53, 2004.

El art. 24 LPRL y el RD 171/2004 distinguen tres supuestos de concurrencia de actividades empresariales, exigiendo diferentes obligaciones de coordinación en cada uno de ellos. En todo caso, dichas obligaciones son acumulativas, es decir, no se excluyen, sino que se superponen de manera gradual.

a) Concurrencia de trabajadores de varias empresas en un mismo centro de trabajo.

El primer supuesto de concurrencia empresarial contemplado en el art. 24 LPRL es la coincidencia física de trabajadores de varias empresas en un mismo centro de trabajo. Según establece el art. 24.1 LPRL, “cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. A tal fin establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 18 de esta Ley”. En este caso, resulta indiferente la relación o vínculo jurídico que une a las empresas y cada una de ellas se encuentra “en la misma posición respecto de las demás”. La obligación nace, por tanto, del hecho de compartir el mismo centro o el mismo espacio de trabajo.

Las medidas preventivas previstas en este supuesto se basan en la cooperación de las empresas en la aplicación de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales. Pero, ¿en qué consiste dicho deber de cooperación?. Según el art. 24.1 LPRL este deber de cooperación se concreta en dos deberes específicos: el establecimiento de los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y el deber de información a los trabajadores.

b) Concurrencia de trabajadores de varias empresas en un centro de trabajo del que un empresario es titular.

Respecto del empresario titular del centro de trabajo el art. 24.2 LPRL establece la obligación de adoptar “las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores”. De nuevo aquí es indiferente la relación o vínculo jurídico que une a las empresas, aunque a diferencia del supuesto anterior en este caso una de ellas ocupa una posición preeminente al ser titular del centro de trabajo.

Las vaguedades en las que incurre este precepto son significativas. Así, en primer lugar, no señala qué se entiende por empresario titular del centro de trabajo y, en segundo lugar, no precisa cuáles son los contenidos de la información e instrucciones que el empresario titular debe suministrar a los demás. El RD 171/2004 trata de concretar ambas cuestiones.

En primer lugar, debe quedar claro, como ya hemos señalado, que las obligaciones que tienen los empresarios concurrentes en un mismo centro de trabajo no se

excluyen sino que se superponen, de modo que el empresario titular del centro de trabajo tiene una serie de obligaciones que se incrementan a las que tiene por el hecho de concurrir sus trabajadores con otras empresas en el mismo centro de trabajo. Ahora bien, hay que distinguir dos supuestos:

- empresario titular del centro de trabajo cuyos trabajadores desarrollan actividades en el mismo centro: al deber de cooperación que tiene en la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales junto con las demás empresas que desarrollan actividades en el mismo centro (art. 4 RD 171/2004), se une un deber específico de información y de facilitación de instrucciones al resto de los empresarios concurrentes;
- empresario titular del centro de trabajo cuyos trabajadores no desarrollan actividades en el mismo centro: en este caso, el empresario titular únicamente tiene un deber de información hacia los otros empresarios.

c) Concurrencia de trabajadores de varias empresas en un centro de trabajo cuando existe un empresario principal.

El tercer supuesto de concurrencia regulado en el art. 24.3 LPRL hace referencia a la existencia de relaciones de subcontratación entre las empresas concurrentes. Según dicho precepto, “las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales”. Los deberes de seguridad de la empresa que contrata o subcontrata en relación con los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas aparecen así especialmente reforzados. Sin embargo, las obligaciones preventivas reguladas en este precepto exigen la concurrencia de tres circunstancias:

- en primer lugar, la empresa debe haber contratado o subcontratado con otra la realización de obras o servicios;
- en segundo lugar, esas obras o servicios deben pertenecer a la propia actividad de la empresa contratante. A las contrataciones que no sean de la propia actividad de la empresa, les serán de aplicación únicamente los deberes y medidas previstas en los supuestos de concurrencia de trabajadores de varias empresas en un mismo centro de trabajo o de concurrencia empresarial en un centro de trabajo del que un empresario es titular;
- y, en tercer lugar, las empresas contratistas o subcontratistas deben desarrollar su actividad en el centro de trabajo de la empresa principal, lo que es un rasgo común a todos los supuestos de coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales.

Las obligaciones que corresponden al empresario principal se intensifican cuando realiza una contrata correspondiente a su propia actividad. En estos casos, el empresario principal además de cumplir con su deber de cooperación con las empresas

concurrentes en el mismo centro y con su obligación de información e instrucción en el supuesto de que sea también titular del centro de trabajo, debe vigilar el cumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales por los contratistas o subcontratistas. El art. 24.3 LPRL no precisa el contenido y alcance del deber de vigilancia que se impone al empresario principal.

El RD 171/2004, en su art. 10, ha tratado de precisar el alcance de dicho deber de vigilancia. En este sentido, parece dejar claro que el deber de vigilancia consiste en comprobar que las empresas contratistas y subcontratistas cumplen con sus obligaciones en la prevención de riesgos laborales, y no en vigilar específicamente a los trabajadores de dichas empresas. Por otro lado, también matiza el alcance objetivo del deber de vigilancia al señalar las materias sobre las que expresamente el empresario principal deberá exigir a los contratistas y subcontratistas su cumplimiento. Así, el empresario principal, 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 de su actividad preventiva”. Asimismo, exigirá a dichas empresas que “le acrediten por escrito que han cumplido sus obligaciones en materia de información y formación respecto de los trabajadores que vayan a prestar sus servicios en el centro de trabajo”. No se trata, por tanto, de velar por el cumplimiento de toda la normativa en prevención de riesgos laborales sino exclusivamente de las obligaciones relativas a la evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva e información y formación de los trabajadores.

Junto a las materias citadas —evaluación de riesgos laborales, planificación preventiva, información y formación de los trabajadores de la contrata o subcontrata— el art. 10.3 RD 171/2004 exige también al empresario principal el deber de comprobar que “las empresas contratistas y subcontratistas concurrentes en su centro de trabajo han establecido los necesarios medios de coordinación entre ellas”. Este precepto establece una nueva obligación para las empresas contratistas y subcontratistas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal, pues de él se deduce que dichas empresas deberán establecer entre ellas los medios de coordinación para la prevención de riesgos laborales que consideren necesarios.

Una duda interpretativa que suscita el art. 24.3 LPRL y que el RD 171/2004 ha tratado de solucionar es la relativa al sujeto o sujetos a los que puede exigirse el deber de vigilancia, pues si bien no hay problemas en las relaciones simples que sólo vinculan a un empresario principal con un contratista, la cuestión se complica en los supuestos de contrata seguida de sucesivas subcontratas al plantearse la cuestión de si el deber de vigilancia se extiende o no a todos los empresarios implicados en la cadena de contratas. Según el art. 10.2 RD 171/2004, el deber de vigilancia de la empresa principal en relación con la evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva e información y formación de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, se extiende a la empresa contratista cuando subcontrate con otra la realización de parte de la obra o servicio. Es decir, es a la empresa contratista a

la que corresponde, antes del inicio de la actividad, exigir a la empresa subcontratista que le acredite por escrito que se han cumplido, para las obras y servicios contratados, las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales señaladas. Ahora bien, una vez que la subcontratista se lo acredite por escrito a la empresa contratista, ésta deberá entregar dicho escrito a la empresa principal, lo que puede llevarnos a pensar que con la entrega de ese escrito la empresa contratista cumple con sus obligaciones en materia de vigilancia y queda así exonerada de toda responsabilidad —responsabilidad de la que en cualquier caso queda exonerada al no estar previsto mecanismo alguno para castigar su incumplimiento—.

A pesar de que el RD 171/2004 ha hecho un esfuerzo para concretar las obligaciones que en esta materia tiene la empresa contratista, el problema continúa existiendo en relación con las responsabilidades exigibles a las distintas empresas concurrentes. En efecto, según dispone el art. 10.4 RD 171/2004, “lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el art. 42.3 del texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto”. Según dicho precepto, “la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del art. 24 LPRL, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal”. El empresario principal responde, por tanto, solidariamente con el contratista o subcontratista por los incumplimientos de estos últimos de la normativa de prevención de riesgos laborales. Sin embargo, el deber de vigilancia se extiende, como acabamos de señalar, no sólo al empresario principal, sino también a la empresa contratista con respecto a las empresas con las que subcontrata la realización de parte de la obra o servicio. Se impone, por tanto, el deber de vigilancia a todas las empresas participantes en la cadena de subcontratación, mientras que la Ley de Infracciones y Sanciones (LISOS) establece únicamente la responsabilidad solidaria de la empresa principal. Contratistas y subcontratistas no tienen ninguna responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones en esta materia, lo que convierte en ineficaz el deber de vigilancia que pesa sobre ellos al no existir ningún castigo para su incumplimiento. A la vez que se ha especificado el modo en el que debe cumplirse el deber de vigilancia y las obligaciones que pesan sobre contratistas y subcontratistas, debería haberse modificado el art. 42.3 LISOS racionalizando, como venía proponiendo la doctrina, el sistema de responsabilidades establecido²³. La responsabilidad solidaria debería extenderse a las empresas contratistas y subcontratistas sobre las que recae el correspondiente deber de vigilancia, o

23 En relación con este precepto, advierte PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., que con el art. 42.3 de la LISOS en la mano, el deber de vigilancia carece de contenido específico y la consecuencia de este vaciamiento de contenido es clara: cuando de todo se responde, la vigilancia consiste en controlarlo todo y eso suele traducirse en nada; “La prevención de riesgos laborales en las estructuras empresariales complejas”, RMTAS, núm. 48, 2004, pág. 70.

bien debería tipificarse una infracción específica para estos supuestos. El desarrollo reglamentario del art. 24 LPRL tendría que haber ido acompañado de una clara delimitación de las responsabilidades en materia de seguridad y salud de la empresa principal, la contratista y la subcontratista, de manera que cada una de ellas, en la medida en que asume alguna obligación, haga frente a las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

En este sentido, no hay que olvidar que, el art. 42.1 LPRL señala que: “El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento”.

2.2. Responsabilidad administrativa

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la responsabilidad administrativa, no hay duda de que el art. 42.3 LISOS establece una responsabilidad solidaria de la empresa principal con los contratistas y subcontratistas en materia de infracciones y sanciones administrativas. Se trata, pues, de una responsabilidad directa del empresario principal, concurrente con la del empresario inmediato, para el supuesto de compartir ambos una misma actividad productiva y desarrollarse la prestación de trabajo en el domicilio del empresario principal, y ello pues, en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo, sala 3ª, de 23 de julio de 2001, rec. 452/1996, el centro de trabajo tiene en la materia de que se trata una importancia decisiva al determinar las obligaciones concurrentes de los distintos empresarios, de tal manera que sirve para señalar al titular como destinatario de las obligaciones en relación con todos los trabajadores que en él prestan servicios, aunque lo hagan para otro empresario, además de las que corresponde a cada empresa con respecto a sus propios trabajadores. Esto responde al sentido propio de las normas de seguridad e higiene, que no es otro que garantizar un medio de trabajo adecuado para el desarrollo de la prestación, por ello quien es titular del lugar de trabajo debe garantizar en él las condiciones que el ordenamiento exige.

Téngase en cuenta, que el concepto de “centro de trabajo”, a estos efectos, se ha ampliado jurisprudencialmente respecto del recogido en el art. 1.5 ET, haciéndolo extensivo a otras instalaciones que la empresa principal está obligada a conservar o mantener en un correcto estado. Así se recogió en la STS de 18 de abril de 1992, rec. núm. 1178/1991, que descartó la aplicación del concepto de centro de trabajo establecida en el art. 1.5 ET como unidad productiva con organización específica que se haya dado de alta como tal ante la autoridad laboral. Se trataba en dicho supuesto de instalaciones propias de la empresa principal que estaba obligada a su conservación y buen estado a fin de evitar cualesquiera daños o accidentes que los deterioros o desperfectos de las mismas pudieran ocasionar, equiparando estas instalaciones (poste de tendido eléctrico) a la idea de centro de trabajo. Se opta-

ba así por considerar centro de trabajo a cualesquiera instalaciones en las que el empresario viniera obligado a extremar sus deberes de vigilancia. Por su parte, las SSTs 22 de noviembre 2002 (rec. 3904/2001) y 26 de mayo 2005 (rec. 3726/2004), entienden que: “el estricto concepto de centro de trabajo previsto en el artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores no resulta aplicable a los efectos previstos en las normas ahora examinadas, sino que la referencia legal equivale más bien a la expresión ‘lugar de trabajo’”.

Una primera duda que plantea la responsabilidad solidaria del empresario principal en materia de prevención de riesgos laborales es la relativa a si es necesario que nos encontremos ante un supuesto de propia actividad para que surja dicha responsabilidad. La duda surge porque en materia de recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad la jurisprudencia viene entendiendo que la responsabilidad solidaria surge, aunque no se trate de la propia actividad de la empresa principal. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2008, rec. núm. 2426-2007, se acabó imponiendo una responsabilidad solidaria a una entidad administrativa titular del lugar de trabajo donde se produjo el accidente, incluso aunque no se dedicaba a la misma actividad productiva que la subcontratista, refiriendo que el substrato fáctico y legal en este tipo de situaciones viene dado por el hecho de que el trabajo en cuyo desarrollo se produce el accidente, tiene o debe tener lugar bajo el control y la inspección de la empresa principal o de la contratista —en caso de subcontrata— o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de éstas, y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercuten en ellas, produciéndose así una peculiar situación en la que participan los empleados de las distintas empresas implicadas en la cadena de contrata, situación en la que concurren conexiones e interferencias mutuas entre estas tres partes que en ella se encuadran y si es así, “es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste. Es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control”. De este modo, para el Tribunal Supremo, el problema que ha de resolverse a la hora de determinar la extensión de esa responsabilidad es por tanto si el accidente se produjo en un “centro de trabajo” de la contratista o adjudicataria y si es así habrá de concluirse que el accidente se ha producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad.

Sin embargo, fuera de los supuestos de responsabilidad solidaria en materia de recargo de prestaciones esta doctrina no se viene aplicando y la doctrina judicial exige que nos encontremos ante la propia actividad de la empresa principal para que

surja la responsabilidad administrativa solidaria de ésta²⁴. Como señala la STSJ Castilla y León 29-12-2016, rec. núm. 1572/2016, el hecho de no ser empleador directo no le exime de responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales, ya que ésta se extiende hacia arriba, a todos los contratistas que tengan la misma actividad, a los cuales se les hace responsables solidarios de forma automática.

El art. 42.3 LISOS se remite al art. 24.3 LPRL que, como hemos señalado, prevé una obligación preventiva específica y exclusiva para los empresarios que contraten o subcontraten obras o servicios correspondientes a la propia actividad cuando se desarrollen en su centro de trabajo. Así, el empresario deberá vigilar el cumplimiento de los contratistas y subcontratistas de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, deber de vigilancia que, insistimos, se acumulará a los de coordinación y de transmisión de información previstos en dicho precepto para todos los supuestos de concurrencia empresarial. Sin embargo, a mi juicio, la invocación que el art. 42.3 LISOS hace del art. 24.3 LPRL es válida para identificar el tipo de empresario principal a que se impone la responsabilidad solidaria, pero no para precisar qué incumplimiento es el que genera el desencadenante de la responsabilidad.

El mayor problema que plantea este precepto como ha señalado la doctrina es “el de determinar el tipo de responsabilidad a que se refiere y las características de la misma, sobre todo en el plano de la sanción administrativa”²⁵. En efecto, en el plano de la responsabilidad administrativa se trata de responder frente al Estado por una infracción. Por ello, aunque la responsabilidad administrativa solidaria vaya referida a dos o más empresarios, la sanción ha de individualizarse, y no podrá ser compartida por varios deudores. En consecuencia, podemos afirmar que “la responsabilidad que las normas administrativas califican de solidaria es en realidad una responsabilidad plural, que puede extenderse o generalizarse a varios sujetos, pero que recae individualizadamente sobre cada uno; (...) cada uno de los sujetos responsables, aun cuando estén conectados por esos vínculos de solidaridad, responderá por la integridad de la sanción económica (multa) que corresponda a esa participación, o por las consecuencias accesorias que ello lleve aparejado, sin que sea posible llegar a un reparto interno de la misma, ni repetir frente a otro lo abonado en concepto de multa”²⁶.

En realidad, como ha señalado la doctrina, “el juego de la responsabilidad solidaria tiene sentido en cuanto a la existencia no de dos infracciones: una del contratista o subcontratista (vulneración de norma concreta de prevención) y otra del empresario principal (vulneración del deber de vigilancia), sino de una sola infracción, la que comete la empresa auxiliar pero que se imputa solidariamente a ambos, auxiliar y

24 Ver, STSJ Asturias 20-12-2016, rec. núm. 2394/2016

25 GARCÍA MURCIA, J.: *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Ed. Aranzadi, 3ª edición, Navarra, 2003, pág. 195.

26 GARCÍA MURCIA, J.: *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, op.cit., pág. 198.

principal²⁷. Es decir, para que responda solidariamente la empresa principal con los contratistas y subcontratistas tenemos que encontrarnos ante una infracción por incumplimiento imputable a éstos en relación con las medidas de seguridad exigibles en el trabajo²⁸. Por su parte, el incumplimiento de la empresa principal podrá dar lugar a un procedimiento administrativo y unas sanciones independientes, pues no hay que olvidar que la empresa principal deberá vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales (art. 24.3 LPRL). El incumplimiento de este deber de vigilancia conlleva las correspondientes sanciones para la empresa principal. Pero en este caso no estamos hablando de responsabilidad solidaria. La responsabilidad solidaria tiene lugar respecto de las sanciones que se impongan a los contratistas y subcontratistas.

La inobservancia del deber de coordinación previsto en el art. 24.1 LPRL o su observancia defectuosa puede generar la infracción administrativa grave, prevista en el art. 12.13 de la LISOS²⁹, o la de carácter muy grave prevista en el art. 13.7 LISOS³⁰ cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como muy peligrosas o con riesgos especiales. Por su parte, el incumplimiento del deber de información del empresario titular del centro de trabajo previsto en el art. 24.2 LPRL puede generar una infracción administrativa grave según el art. 12.14 LISOS o muy grave cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales. En este caso la responsabilidad administrativa queda claro que sólo es imputable al empresario titular del centro de trabajo, por lo que no plantea ninguna duda. Sin embargo, para el deber de vigilancia previsto en el art. 24.3 LPRL no se prevé sanción específica en la LISOS. Puede así decirse que “no hay una clara delimitación en la LISOS de las responsabilidades en materia de seguridad y salud de la empresa principal, de la contratista y de la subcontratista”³¹. En la responsabilidad de la empresa principal no hay, por tanto, infracción de una norma que tipifique una conducta infractora, sino una extensión de la responsabilidad al empresario principal cuando se hayan cometido infracciones por los contratistas y subcontratistas. Esta

27 ORCARAY REVIRIEGO, J.: “El encadenamiento de contratas y subcontratas. La responsabilidad solidaria de los empresarios en materia de prevención de riesgos laborales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, iustel.com, núm. 7, 2004. En el mismo sentido, GARCÍA RUBIO, M.A. y GOERLICH PESET, J.M., “Las sanciones: régimen y criterios de imposición”, *Justicia Laboral*, número extraordinario, 2001, pág. 221.

28 Ver, STSJ Asturias 15-3-2022, rec. núm. 24/2022.

29 Art. 12.13 LISOS (Infracciones graves): “No adoptar los empresarios y los trabajadores por cuenta propia que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo, o los empresarios a que se refiere el artículo 24.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, las medidas de cooperación y coordinación necesarias para la protección y prevención de riesgos laborales”.

30 Art. 13.7 (Infracciones muy graves): “No adoptar, los empresarios y los trabajadores por cuenta propia que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo, las medidas de cooperación y coordinación necesarias para la protección y prevención de riesgos laborales, cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales”.

31 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La prevención de riesgos laborales en las estructuras empresariales complejas”, op.cit., pág. 70

extensión encuentra su justificación en el deber de vigilancia que tiene atribuido legalmente el empresario principal. Tal como señala la STS, sala de lo contencioso-administrativo, de 10 de diciembre de 2001³², «la presencia de los trabajadores pertenecientes al contratista o subcontratista en el centro de trabajo de la empresa principal vincula a ambos al cumplimiento de las normas de seguridad e higiene. Debe velarse por dicho cumplimiento tanto desde la perspectiva de la organización del centro, que incumbe a la primera, como desde la perspectiva de la dirección de la actividad de los trabajadores, que corresponde al contratista o subcontratista. Por consiguiente, la responsabilidad del empresario principal no es una responsabilidad presunta fundada en el mero hecho de la subcontratación, sino una responsabilidad fundada en el principio de culpabilidad por incumplimiento de las obligaciones de seguridad e higiene que derivan de las facultades de organización del centro de trabajo”.

Por último, en relación con la responsabilidad administrativas, hay que recordar que la empresa principal tiene unas obligaciones legales en la prevención de riesgos laborales de carácter imperativo o “ius cogens” que no puede eludir en mérito de un acuerdo o pacto suscrito con la contratista ya que los contratantes si bien conforme al artículo 1255 del Código Civil pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen convenientes, ello es así “siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público” y la normativa de riesgos laborales es materia de orden público y no de carácter dispositivo. Por este motivo, el artículo 42.3 LISOS ha establecido de forma expresa que “los pactos que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de las responsabilidades establecidas en este apartado son nulos y no producirán efecto alguno”. Así las cosas, la responsabilidad del empresario principal deriva de la infracción y omisión del deber de vigilancia que le incumbe en los casos del art. 42.3 LISOS; de acuerdo con ello, cabe imponer sanciones a ambas empresas, a cada una con base en un concepto distinto, sin que la responsabilidad de la empresa principal por incumplimiento del deber de vigilancia pueda en ningún caso derivarse a la empresa contratista³³.

2.3. Responsabilidad civil

El incumplimiento irregular de los deberes de cooperación, información y vigilancia impuestos por el art. 24 LPRL pueden generar, además de una responsabilidad administrativa, una responsabilidad civil, contractual o extracontractual, si como consecuencia del incumplimiento se causan daños y perjuicios a los trabajadores de las empresas que desarrollan su actividad en el centro de trabajo.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que la estimación de la indemnización de daños y perjuicios derivados de un incumplimiento de las normas en materia de prevención de riesgos laborales no requiere de la previa existencia de una sanción

32 Rec. núm. 5694/1996.

33 Ver, STSJ Madrid 2-2-2014, rec. núm. 1624/2013; STSJ Galicia 31-3-2015, rec.núm. 2056/2013..

declarada como tal por el organismo sancionador correspondiente. Una y otra, la sanción o ilícito administrativo y la indemnización o ilícito civil responden a distintos requisitos y del mismo modo que por tal razón pueden coexistir, pueden también existir la una sin el otro y así para la imposición de la sanción basta con la apreciación de una falta de medida de seguridad o salud en el trabajo, mientras que para la indemnización de los daños causados es necesario que dicha falta haya sido además la causa del accidente.

Cuando la redacción actual del art. 42.3 LISOS estaba recogida en el art. 42.2 LPRL parece que no había duda de que el empresario principal respondía solidariamente en materia de responsabilidad administrativa, civil y/o penal por el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de las empresas contratistas y subcontratistas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad. Ahora bien, al desaparecer dicho precepto de la LPRL e incluirse en la LISOS, la doctrina y la jurisprudencia se encuentran divididas a la hora de determinar si la responsabilidad solidaria de la empresa principal se limita exclusivamente a la responsabilidad administrativa o también abarca la responsabilidad civil.

La duda que se plantea es si la responsabilidad derivada de un accidente de trabajo genera una responsabilidad solidaria de todos los sujetos implicados que no es extracontractual, sino de carácter legal (derivada del art. 42.3 LPRL) o si, por el contrario, estamos ante un supuesto de culpa extracontractual con pluralidad de agentes en el que no hay una delimitación específica del grado de participación concreta de cada uno, siendo de aplicación la doctrina jurisprudencial que ha venido admitiendo en tales supuestos la llamada solidaridad impropia.

En efecto, la doctrina y la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo³⁴ distinguen entre la solidaridad propia y la impropia. Para la indicada Sala Civil hay que reconocer, junto a la denominada "solidaridad propia", regulada en el Código Civil (artículos 1137 y siguientes) que viene impuesta, con carácter predeterminado, por la propia ley o por el contrato, otra modalidad de solidaridad, llamada "impropia", que dimana de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que surge, cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades. Esta responsabilidad, a diferencia de la propia, no tiene su origen en la ley o en pacto expreso o implícito, sino que nace con la sentencia de condena. Se trata de una responsabilidad "in solidum" [con carácter solidario], que obedece a razones de seguridad e interés social, en cuanto constituye un medio de protección de los perjudicados adecuado para garantizar la efectividad de la exigencia de la responsabilidad extracontractual, pero exige para su aplicación que no sea posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades.

La doctrina se encuentra dividida a la hora de determinar si empresario contratista y empresario principal responden solidariamente de la reparación del daño

34 Ver, STS, Sala Civil, 18-7-2011, rec. núm. 2043/2007.

causado. Para un sector de la doctrina el empresario principal responderá de forma automática una vez verificado el incumplimiento del contratista o subcontratista³⁵, porque entienden que la responsabilidad deriva de la ley. Sin embargo, esta no es la postura mantenida por la doctrina judicial mayoritaria que viene exigiendo que concurra culpa en la responsabilidad del empresario principal con el fin de que pueda exigírsele la indemnización por daños y perjuicios; es decir, que estamos ante lo que la jurisprudencia civil ha denominado solidaridad impropia que nace con la sentencia condenatoria y que, por ello, no produce los mismos efectos que la solidaridad propia.

Por lo que se refiere a la responsabilidad civil derivada de los daños y perjuicios ocasionados a los trabajadores a consecuencia del incumplimiento por las empresas concurrentes de sus deberes de coordinación, la jurisprudencia civil, en doctrina asumida por el orden social, se ha inclinado por la solidaridad de esta responsabilidad al estimarse que constituye la solución más idónea para la protección al perjudicado y para la sanción a los autores del incumplimiento, siempre y cuando no puedan establecerse diferencias en el grado de participación de cada uno de los empresarios concurrentes³⁶. Por tanto, estamos ante un supuesto de responsabilidad solidaria impropia, pues todos los empresarios concurrentes tienen responsabilidad en los hechos y no es posible determinar su respectivo grado de participación.

En relación con la responsabilidad civil derivada del incumplimiento del deber de vigilancia en los supuestos de empresarios que contratan o subcontratan obras o servicios referidos a su propia actividad cuando se desarrollan en su centro de trabajo, la doctrina judicial mayoritaria también viene exigiendo que concurra culpa en la responsabilidad del empresario principal con el fin de que pueda exigírsele la indemnización por daños y perjuicios. En este sentido, señala la STSJ Cataluña 19-7-2001, rec. 133/2001, que “en todo caso, la responsabilidad solidaria que pudiera extenderse a la empresa principal no se movería en el ámbito de una responsabilidad de carácter objetivo, sino que estaría basada en el principio de culpabilidad; ahora bien, no debe desconocerse que en esta materia se impone al empresario un fuerte deber *in vigilando*, para que se cumplan las medidas oportunas en sus centros de trabajo y, aunque el verdadero empresario de los trabajadores, es el contratista, tal deber de vigilancia se impone al empresario principal sobre el cumplimiento por parte de los contratistas de las normas de seguridad”.

35 Ver, GOERLICH PESET, J.M.: “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, *Actualidad Laboral*, núm. 8, 1997, pág. 146.

36 SSTS, sala de lo civil, 22 julio 1994, rec. 2276/1991; 19 julio 1996, rec. 1405/1992; 4 julio 1996, rec. 3452/1992; 15 diciembre 1999, rec. 1114/1995. En el mismo sentido, STSJ Andalucía 18-6-2020, según la cual, “se trata de una responsabilidad solidaria entre dichas demandadas, en la medida en que no es posible deslindar cuantitativamente el grado en el que cada una de ellas ha contribuido a la producción del resultado dañoso”.

La STS de 6 de mayo de 2021, rec. 2611/2018³⁷, ha confirmado esta postura al insistir en la idea que no hay norma en nuestro ordenamiento que, en el ámbito de la subcontratación, imponga la responsabilidad solidaria de la empresa principal en materia de responsabilidad civil por accidente de trabajo, como, en cambio, sucede con la responsabilidad administrativa (art. 42.3 LISOS) y con la responsabilidad sobre el recargo de prestaciones de seguridad social (art. 42.2 ET). Señala el Tribunal Supremo que la responsabilidad indemnizatoria o contractual de la empresa principal es una responsabilidad solidaria impropia, que no tiene su origen en la ley, sino en la sentencia que aprecie su culpa o negligencia en la causación del accidente de trabajo por incumplimiento de sus obligaciones preventivas. Nos hallamos, afirma el Tribunal Supremo, “ante un claro supuesto de solidaridad impropia entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia de causa única que no tiene su origen en la ley ni en pacto expreso o implícito entre las partes, sino que nace con la sentencia de condena”. A esta responsabilidad solidaria impropia no le es aplicable, como hemos señalado con anterioridad al hablar del límite temporal de ejercicio de la acción, el art. 1974 párrafo 1º CC, de manera que la reclamación efectuada ante el empresario empleador no interrumpe la prescripción respecto de la acción ejercitada contra el empresario principal.

El Tribunal Supremo llega a esta conclusión al entender que el art. 42.3 LISOS alcanza únicamente a la responsabilidad administrativa y exige la comisión empresarial de una infracción de tal naturaleza³⁸. No cabe extender la responsabilidad solidaria administrativa-sancionadora al juego de responsabilidades de otra naturaleza jurídica que pueden concurrir en un accidente de trabajo (recargos y responsabilidad civil y penal). En todo caso, para que pudiera pensarse que el art. 42.3 LISOS establece también una responsabilidad solidaria en materia de responsabilidad civil, considera el Tribunal Supremo que el incumplimiento del deber de vigilancia por parte de la empresa principal debe ser de tal entidad que constituya una infracción administrativa. Si no hay “infracción”, no puede existir la responsabilidad solidaria a la que se refiere el art. 42.3 LISOS. De este modo, el Tribunal Supremo parece dejar abierta la posibilidad de que exista una responsabilidad civil solidaria propia derivada de la ley en aquellos casos en los que exista una infracción administrativa. Esta circunstancia no se daba en el supuesto resuelto por la sentencia comentada, pues no se levantó acta de infracción de ninguna clase por la Inspección de Trabajo y, en consecuencia, no se estableció la existencia de ninguna “infracción” al entender la autoridad administrativa que se estaba en presencia de un hecho fortuito.

37 Sobre esta sentencia ver, CASAS BAAMONDE, M.E.: “Responsabilidad empresarial por accidente es de trabajo en contratas y subcontratas. La responsabilidad civil solidaria como solidaridad impropia”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2021.

38 En este sentido, ver, CAMPS RUÍZ, L.: “Prevención de riesgos laborales y accidentes de trabajo: conexiones y efectos de los incumplimientos en materia de seguridad y salud laborales. El régimen de responsabilidades en contratas y subcontratas y en empresas de trabajo temporal”, en *Accidentes de trabajo y mutuas*, Dir. E. Borrajo Dacruz, Ed. La Ley, 2009, pág. 306, para quien el art. 42.3.1º LISOS “es inexpressivo más allá del plano estrictamente administrativo”.

Sin embargo, el voto particular con el que cuenta esta Sentencia discrepa de esta interpretación al entender que el art. 42.3 LISOS establece una responsabilidad solidaria propia, "automática", tanto administrativa como civil, de la empresa principal en cuyo centro de trabajo se desarrollan contratas o subcontratas de la propia actividad. El voto particular llega a esa conclusión con un argumento histórico (*el art. 42.3 LISOS no ha alterado el tenor de lo que el derogado art. 42.2 LPRL establecía: "la ubicación de la prescripción derogada en una Ley diversa (LISOS) a la matriz (LPRL) no debiera alterar su ámbito y significado. En concreto, su alcance respecto del tipo de responsabilidades contempladas no podría variar"*) y con una interpretación literal (*"la norma no se refiere a la responsabilidad por infracciones administrativas, sino que mantiene la genérica referencia a cualquier 'infracción', es decir, a los incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales"*), sistemática (*"El artículo 42 LISOS se rubrica como "responsabilidad empresarial", sin restringirla a alguna de sus especies. Pero es que, además, su apartado 1, contempla una responsabilidad claramente ajena a la derivada de las infracciones administrativas"*), teleológica (*"El ET, la LISOS y la LPRL, así como el desarrollo reglamentario de la misma en materia de coordinación empresarial, aprobado mediante Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, quieren reforzar las garantías que quien trabaja al servicio de determinada empresa posee frente a sus incumplimientos; y a tal efecto implican a la empresa principal"*) y lógica (*no parece lógico que el ordenamiento pudiera admitir que "en casos como el presente surge la responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto de las infracciones administrativas cometidas por la auxiliar y, sin embargo, en materia de 'civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento' no sucede de ese modo"*) del art. 42.3 LISOS.

Con la interpretación de la Sentencia del Tribunal Supremo la responsabilidad civil solidaria de la empresa principal se ha dificultado pues solo puede deducirse de la concurrencia de culpas en el origen del accidente, sin que, a su entender, exista norma que así lo imponga. La responsabilidad solidaria de la empresa principal no se impone por la ley, sino en caso de incumplimiento culposo por sentencia de condena³⁹.

2.4. Responsabilidad penal

Por último, en relación con la responsabilidad penal, hay que recordar que el art. 316 CP tipifica como delito aquellas conductas que consisten en la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales por parte de quienes estén legalmente obligados a cumplirlas y no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física. La responsabilidad penal regulada en este precepto constituye una materia controvertida, no por

39 Sobre las múltiples cuestiones que plantea la diferencia entre solidaridad propia e impropia, ver, BLANCO MARTÍN, P.: "Tres problemas esenciales que genera la solidaridad impropia", *Revista de Derecho Civil*, núm. 271, 2021.

su contenido sino por las dudas que se plantean a la hora de determinar hasta dónde puede llegar esa responsabilidad en supuestos de contratistas que subcontratan la actividad a desarrollar. Estamos, como ha señalado la doctrina, ante una norma penal en blanco, de manera que hay que acudir a la legislación administrativa para conocer el alcance de la infracción penal⁴⁰.

La STS de 8 de julio de 2021, rec. 3666/2019, recuerda cómo ha de interpretarse el art. 316 CP en relación al sujeto activo del tipo, aplicando su doctrina a un supuesto de subcontratación⁴¹. Afirma el TS que, “los constitucionalmente imperiosos y relevantes fines de protección del tipo del artículo 316 CP, cuando se dan las condiciones legales de transferencia de responsabilidad fijadas en la normativa extrapenal, justifican la consideración de sujeto activo a todos aquellos —contratista y subcontratista— que, participando en la actividad propia en la que consiste el proceso productivo, desatienden sus específicos deberes de previsión y prevención, generando, en términos causales y normativos significativos, los resultados cualificados de peligro prohibidos por el tipo”. Cuando nos encontramos ante un supuesto de simple desatención de un deber concreto de vigilancia de la efectividad de las medidas exigidas y dispuestas, para que pueda haber una imputación penal, es necesario identificar en el caso concreto si los responsables y gestores de la empresa contratista están en condiciones de advertir el incumplimiento de las medidas de seguridad exigibles. Hay que demostrar la culpabilidad, es decir, que hay un déficit de seguridad y que los responsables tenían capacidad personal para evitar el resultado. Ahora bien, este no es el caso que se plantea en la sentencia señalada, pues en este supuesto la responsabilidad penal no se deriva del incumplimiento de obligaciones de seguridad por parte de un tercero sino de los deberes propios de los recurrentes. “La subcontratación se realizó prescindiendo de todo control sobre la adecuación de la actividad a desarrollar a las más elementales normas de seguridad exigibles. Los recurrentes no solo omitieron, desde su incorporación a la empresa, los específicos y primarios deberes de información sobre las medidas de seguridad que les imponía el art. 42 ET, sino que se despreocuparon, además, de la más mínima comprobación y vigilancia de que la actividad subcontratada —la “propia actividad”, no lo olvidemos— se desarrollaba, pese a su naturaleza manifiestamente peligrosa, de conformidad a la normativa aplicable, tal como exige el art. 24.3 LPRL. Nada se constató sobre las condiciones de formación, capacitación y aptitud de los trabajadores empleados por la subcontratista; sobre la adecuación de los equipos de trabajo a las exigencias funcionales y de seguridad; sobre la existencia de protocolos o planes de prevención”. Esta absoluta omisión de las medidas de prevención a las que estaban obligados permite que el TS identifique la existencia del dolo que, como contenido del aspecto subjetivo del tipo, reclama el art. 316 CP.

40 MUÑOZ CUESTA, J.: “Responsabilidad penal del contratista por no facilitar el subcontratista los medios necesarios para la seguridad de los trabajadores”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 981, 2022.

41 Ver, CEINOS SUÁREZ, A.: “Los delitos contra los derechos de los trabajadores a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *REDT* núm. 253, 2022.

3. ALGUNAS PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

El art. 42 ET constituye uno de los preceptos más importantes de dicho texto legal, pero a la vez es uno de los más complejos y polémicos como lo demuestra las distintas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales que suscita acerca de su significado. Pero no menos complejos resultan el resto de preceptos que regulan la contratación y subcontratación de obras y servicios como el art. 24 LPRL, sobre coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales, o el art. 23.1 LISOS sobre responsabilidad solidaria por las infracciones cometidas por los contratistas en materia de Seguridad Social. Por ello, a nuestro juicio, la regulación legal del fenómeno de la subcontratación de obras y servicios exige una modificación legal clarificadora de las responsabilidades de la empresa principal y contratista.

Así, una reforma del art. 42 ET y del resto de preceptos que, dispersos a lo largo del ordenamiento jurídico, aluden al fenómeno de las contrata y subcontratas, debería clarificar, en primer lugar, qué se entiende por propia actividad pues la ambigüedad del término ha conducido a una gran litigiosidad. Uno de los problemas prácticos que plantea en la actualidad el art. 42 ET es interpretar qué se entiende por "contrataciones referidas a la propia actividad". El art. 42 ET debería incluir una definición de propia actividad, bien acogiendo la definición que da la jurisprudencia, o bien intentando concretar aún más el concepto para limitar la inseguridad jurídica que en esta materia existe.

Junto a la necesidad de clarificar el alcance exacto de la responsabilidad exigida a empresario principal y contratista, sería necesario también abordar un tratamiento unificador de los aspectos laborales de las contrata y subcontratas de obras o servicios, dada la acusada dispersión normativa existente. Como acabamos de señalar, "el art. 42 ET no es la única previsión legal, ni mucho menos, relativa al trabajo en contrata y subcontratas de obras y servicios. Sigue siendo el punto cardinal del correspondiente sistema normativo, pero a su alrededor se encuentra un elevado número de preceptos legales y reglas de carácter complementario o de apoyo y acompañamiento en la mayor parte de los casos"⁴². En este sentido, debería aprobarse una disposición legal que se encargara específicamente del régimen jurídico de las contrata y subcontratas, como se ha hecho con la Ley 32/2006, de 18 de octubre, de la subcontratación en el sector de la construcción. Esta operación de refundición proporcionaría mayor seguridad jurídica a las empresas que acuden, cada vez con más frecuencia, a la externalización de servicios a través del fenómeno de las contrata. La Ley de subcontratación en el sector de la construcción, que aborda por primera vez, y de forma estrictamente sectorial, una regulación del régimen jurídico de la subcontratación, puede ser un buen modelo a seguir para clarificar el sistema de

42 GARCÍA MURCIA, J.: "Contratas y subcontratas", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, pág. 16.

responsabilidades laborales del empresario principal frente a los trabajadores de las empresas auxiliares. Así, en el sector de la construcción se exige que las empresas auxiliares acrediten por anticipado determinados requisitos de solvencia, se indica el modo en el que debe hacerse y se señalan las consecuencias derivadas de la infracción de dicha obligación (arts. 4º, 6º y 7º.2).

Asimismo, en materia de prevención de riesgos laborales llama la atención que el art. 42 ET ni siquiera haga mención alguna a ella y que su regulación esté dispersa entre la LPRL y la LISOS, donde finalmente han acabado algunas reglas importantes, y no siempre vinculadas a la responsabilidad administrativa.

A mi juicio, debería modificarse el art. 42.3 LISOS para dar el mismo tratamiento, sin dudas interpretativas como existen en la actualidad, a la responsabilidad administrativa y a la responsabilidad civil de la empresa principal. No parece lógico que se admita la responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto de las infracciones administrativas cometidas por la auxiliar y no se reconozca en materia de responsabilidad civil, cuando la norma impone a la empresa principal el deber de vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales. El art. 42.3 LISOS debería dejar claro que la responsabilidad solidaria que prevé no se refiere sólo a las sanciones administrativas, sino a todas las consecuencias derivadas de infringir las normas de prevención de riesgos laborales, con independencia de que medie castigo impuesto por la Autoridad Laboral.

En el mismo sentido, resulta, a mi juicio, criticable la postura jurisprudencial que considera que la reclamación de la deuda salarial a la empleadora no interrumpe el plazo de prescripción frente a la principal. Esta doctrina, fijada por la STS de 5 de diciembre de 2017, considera que "la diferencia entre solidaridad propia o impropia, u obligación "in solidum" radica en que la segunda deriva de diferentes actos ilícitos (civiles o de otra naturaleza) o de distintos negocios jurídicos o preceptos legales que establecen una responsabilidad solidaria por distintos motivos". Es decir, para esta sentencia, no influye el hecho de que se pueda o no graduar la responsabilidad de los demandados, lo que prima para imponer la regla de la solidaridad impropia es que la responsabilidad provenga de diferentes actos ilícitos, o de distintos negocios jurídicos o preceptos legales. Esta sentencia evidencia la confusión que existe en la jurisprudencia a la hora de definir qué es la solidaridad impropia. Parece que la postura mayoritaria, según hemos venido señalando, entiende que la solidaridad impropia dimana de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que surge cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades. Si esto es así, a mi juicio, hay que entender que el artículo 42 ET regula un supuesto de responsabilidad solidaria propia por mandato legal incluido en las reglas generales del Código Civil, por lo que no cabe excepcionar la aplicación del artículo 1974 CC sobre interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias. La responsabilidad solidaria de la empresa principal se genera de forma automática y por mandato legal directo tras el impago del salario por parte de la contratista, sin que se tenga que individualizar el diferente grado de participación

y responsabilidad de la empresa principal y la contratista. Se trata de una responsabilidad solidaria, por lo que la reclamación de la deuda salarial a la empleadora debe interrumpir el plazo de prescripción frente a la principal.

Como puede fácilmente deducirse, todo este juego de responsabilidades civiles y administrativas, con reglas específicas para cada supuesto, genera gran inseguridad jurídica y sería necesaria la intervención del legislador para establecer reglas claras en esta materia.

La forma de reparto de responsabilidades en los supuestos de concurrencia de varias empresas en el mismo centro de trabajo resulta excesivamente confusa y parece más acorde con el principio de seguridad jurídica definir previamente un más claro catálogo individual de obligaciones y proceder, después, a delimitar en forma precisa la atribución particular de responsabilidades frente a los incumplimientos. Hay que delimitar con más claridad las responsabilidades de empresario, contratista y subcontratista en materia de prevención de riesgos laborales.

Sobre la minimización jurisprudencial de la exoneración de la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en las contratas y subcontratas

(A propósito de la STS de 3 de febrero de 2021, rec. 2584/2019)

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA REGULACIÓN LEGAL. 3. LA LECTURA JURISPRUDENCIAL. 4. LAS CONSECUENCIAS DE LA NUEVA LECTURA. 5. REFLEXIONES FINALES: LA NECESIDAD DE UNA REFORMA.

RESUMEN: El presente breve ensayo constituye un análisis del mecanismo de exoneración de la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social previsto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Tras exponer la interpretación que ha venido prevaleciendo del precepto, se aborda en él la nueva doctrina sentada al respecto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de la que se hace un análisis crítico. A juicio de su autor, esta interpretación ha vaciado de contenido el precepto, desconociendo su tenor y funcionalidad. Ello hace necesaria su reforma legal en el contexto de una general de la regulación laboral de las contratas y subcontratas.

Palabras clave: responsabilidad empresarial, Seguridad Social, exoneración, contratas y subcontratas.

ABSTRACT: This brief essay is an analysis of the mechanism of exoneration of corporate responsibility in matters of Social Security provided for in article 42 of the Workers' Statute. After exposing the interpretation that has been prevailing of the precept, it addresses the new doctrine established in this regard by the Contentious-Administrative Chamber of the Supreme Court, of which a critical analysis is made. In the opinion of its author, this interpretation has emptied the precept of content, ignoring its tenor and functionality. This makes its legal reform necessary in the context of a new general labor regulation of the outsourcing.

Key words: responsibility of the employer, Social Security, exoneration, outsourcing.

1. INTRODUCCIÓN

Si, como señalábamos en la presentación de este número, resulta sorprendente que transcurridos más de cuarenta y dos años desde la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores y, pese al espectacular desarrollo cuantitativo y cualitativo que los procesos de descentralización productiva han experimentado en nuestro país, la regulación legal de las garantías previstas para los procesos de contratación y subcontratación de actividades productivas se mantenga inalterada en sus elementos básicos, más sorprendente resulta aún que los primeros apartados del precepto, que han sido una fuente inagotable de problemas interpretativos desde su entrada en vigor, conserven, con modificaciones menores introducidas en sendas reformas del 2001 y 2012, su redacción originaria.

En efecto, si uno compara la redacción vigente de estos preceptos con la prevista en el Estatuto de los Trabajadores del 80, constata lo siguiente:

- El primer apartado se mantiene prácticamente incólume. La regulación vigente dice: “Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables, y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante”. Las únicas novedades que el precepto presenta respecto de la regulación originaria, y que fueron introducidas en el 2001 por el RDL 5/2001 y la Ley 12/2001 de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, son la específica alusión a la Tesorería —inicialmente se hablaba de la “entidad gestora”— y la remisión a una regulación reglamentaria de los “términos” de la certificación.
- Por lo que se refiere al segundo apartado, que, “salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social”, sigue afirmando la responsabilidad solidaria del empresario principal “de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata”, se aprecian sendas enmiendas respecto de la redacción originaria. De una parte, la reforma laboral del 2001, suprimió la previsión que acotaba la responsabilidad del empresario principal “al límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo” y, corrigiendo un claro error de redacción, introdujo una mención expresa junto a los “subcontratistas” a “los “contratistas”. De otra, la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, diversificó el plazo para exigir la responsabilidad solidaria, en el sentido de mantener el plazo de un año desde

la terminación del encargo para las obligaciones de naturaleza salarial y ampliarlo a tres por lo que se refiere a “las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas”¹.

Esta perdurabilidad del tenor de la redacción del Estatuto del 80 no obedece, desde luego, a la perfección técnica de los preceptos reseñados, como ya se ha apuntado y se ha encargado de destacar la numerosa doctrina que ha abordado la interpretación de estos preceptos, prácticamente todas y cada una de las cuestiones que los mismos regulan ha resultado ser problemática, desde el concepto de “propia actividad” (Vid. supra, la contribución de Sala Franco) hasta la identificación de los supuestos en los que se produce la exoneración de la responsabilidad, pasando por el alcance de la responsabilidad solidaria establecida o por determinar si esta se extiende o no a todos los empresarios implicados en la cadena de contrata y subcontratas. A esta dificultad ínsita en los preceptos reseñados deben añadirse las dificultades de ensamblaje y coordinación con otras previsiones normativas, esto es, con la regulación paralela de la responsabilidad empresarial prevista en otros cuerpos legales (art. 142 y 168. 1 LGSS, art. 24.3 LPRL, arts. 22.11 y 42.3 LISOS).

No pretendo en este breve ensayo abordar el análisis de estos numerosísimos problemas interpretativos. La doctrina lo ha hecho ya con rigor y solvencia prolijamente², y la jurisprudencia y la doctrina judicial han debido dar respuesta a muchos de ellos. Habida cuenta de que el marco normativo permanece en sustancia inalte-

- 1 Al decir de la Exposición de Motivos de la norma, el propósito de la reforma fue “posibilitar la exigencia de responsabilidades solidarias en los supuestos de subcontratación empresarial, mediante la ampliación del periodo de dicha exigencia que pasa de uno a tres años, dado que la actual regulación dificulta mucho su efectividad”.
- 2 La bibliografía que se ha ocupado de analizar la regulación jurídico-laboral del trabajo en contrata y subcontratas de obras o servicios es abundantísima y a toda ella me remito. No obstante, algunos estudios monográficos se ocupan particularmente en el tema de la responsabilidad en materia de Seguridad Social, a saber: GALA DURÁN, C., *La Responsabilidad Empresarial por Incumplimiento de las Obligaciones de Afiliación, Alta y/o Cotización a la Seguridad Social*, Ed. Aranzadi, 1997, particularmente, págs. 405 y ss; Llano Sánchez, M., *Responsabilidad empresarial en las contrata y subcontratas*, LA LEY, Madrid 1999; PÉREZ CAPITÁN, L. “La responsabilidad en materia de cotización a la Seguridad Social en las contrata y subcontratas”, *Revista de Derecho Social*, nº5, 1999; LÓPEZ GANDÍA, J. y TATAY PUCHADES, C., “Contratas y subcontratas y responsabilidades de Seguridad Social”, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Ed. Titant lo Blanch, Valencia 2000, págs. 227 y ss; LUQUE PARRA., M. “La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en el ámbito de las contrata y subcontratas de obras o servicios”, en Del Rey Guanter, S. (dr.), *Descentralización productiva y relaciones laborales*, Lex Nova, Valladolid 2001; LOPERA CASTILLEJO, M.J.; “Responsabilidades en materia de seguridad Social de los contratistas”, en Rivero Lamas, J.(dr), *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Thomson-Aranzadi, 2003; MONTOYA MEDINA, D., *Trabajo en contrata y protección de los trabajadores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005, en particular págs. 177 y ss; BLASCO PELLICER, A., *La Responsabilidad Empresarial en el Pago de Prestaciones de Seguridad Social*, Aranzadi, 2005; SORIANO CORTÉS, D., *Las contrata en el Derecho del Trabajo y de la seguridad Social*, CARL, Sevilla 2007; Jurado Segovia, A., “Il regime delle responsabilità in materia di appalti e subappalti nel Diritto del Lavoro spagnolo”, en *Il diritto del mercato del lavoro*, nº1-2, 2009, pág. 261; TORTUERO PLAZA, J.L. et altri, *La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la Seguridad Social*, 2011, en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/174201.pdf>

rado, poco podría añadir a la detección de los problemas ya realizada y a la formulación de hipótesis interpretativas sobre ellos. Voy, por ello, a limitarme a abordar una cuestión singular, que si bien data en su formulación problemática del Estatuto de los Trabajadores del 80, ha vuelto al primer plano de la actualidad como consecuencia de una todavía reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, concretamente la sentencia núm. 124/2021, de 3 de febrero. Me refiero al mecanismo “exoneratorio de responsabilidad” que los párrafos reproducidos del art. 42 ET incorporan. A mi juicio, si se acometiera una reforma legal del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, como a la luz de las reflexiones vertidas en este número de “Trabajo y Empresa” parece pertinente, la reforma del mecanismo “exoneratorio” de responsabilidades en él previsto, máxime tras la jurisprudencia última a la que hemos aludido y que nos proponemos analizar, sería uno de los extremos que inexcusablemente habría que abordar.

2. LA REGULACIÓN LEGAL

Aunque, como el resto de las previsiones del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, también el mecanismo de exoneración de responsabilidades empresariales previsto en los dos primeros apartados del precepto ha suscitado en el pasado un intenso debate doctrinal, creo que a estas alturas se había alcanzado un relativo consenso en torno a los principales problemas interpretativos que estos preceptos suscitan.

Muy relevante al efecto ha sido, a mi juicio, en la lectura del precepto, la aproximación teleológica al mismo, pues sin duda el propósito pretendido por el legislador al redactarlo ha servido de norte a la hora de dar respuesta a los interrogantes interpretativos que suscita. Sobre este particular, la inmensa mayoría de la doctrina ha visto en el mecanismo que integran los apartados primero y segundo del art. 42 ET un instrumento profiláctico que, inspirado en un “principio atenuatorio en materia de responsabilidad del empresario principal”³, vendría a disuadir de la contratación con empresarios morosos y a sanear el mercado de la contratación y subcontratación de obras o servicios. El objetivo de la norma —ha escrito Montoya Medina sintetizando el parecer general— no es otro que el de “sanear el mercado de contrata a través de un mecanismo legal de incentivación del interés empresarial por conocer si el empresario al que le ha encargado la contrata es regular en el ingreso de sus cuotas sociales”, como acredita “la asociación de consecuencias exoneratorias para el empresario principal a la efectiva práctica de esa solicitud”⁴. Se trataría, en efecto, mediante este mecanismo legal, de expulsar del mercado a aquellas contratistas que, por incumplir con sus obligaciones de Seguridad Social, operan en él con una ventaja competitiva ilegal —pueden de esta forma ofertar mejores precios que sus competi-

3 GALA DURÁN, C., op. cit., pág. 426.

4 MONTOYA MEDINA, D., op. cit. págs. En este sentido, asimismo, JURADO SEGOVIA, A., op. cit. pág. 261.

doras— y representan un peligro tanto para los trabajadores como para el sistema de Seguridad Social⁵. La interacción entre el deber del empresario principal de verificar el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social de los contratistas con que contrata y la exoneración de sus responsabilidades vendría a configurar, por tanto, un importante incentivo legal al cumplimiento del primero, que, en la medida en que se generalizase, debería tener efectos regeneradores sobre el tejido empresarial de estos sectores de actividad.

Identificado el sentido de la norma, el primer problema interpretativo que esta ha suscitado es si el precepto contempla un verdadero deber empresarial, cuyo incumplimiento generaría responsabilidades administrativas, o si, por el contrario, estamos más propiamente ante una facultad que la Ley reconoce al empresario para ponerse a cubierto de contratar con contratistas y subcontratistas insolventes. Con buen criterio, a mi juicio, la mayoría de la doctrina⁶ se ha manifestado por la segunda de las lecturas, pues ninguna sanción hay prevista para el incumplimiento del tal deber, que no produce otros efectos que los de privar al empresario de la información que le va a permitir conocer la solvencia de aquellos con quienes contrata y de amortizar el juego del mecanismo exoneratorio de responsabilidad previsto en la norma⁷. En efecto, la solicitud de certificación es un instrumento que el ordenamiento pone a disposición del empresario para que este pueda informarse de la solvencia del contratista, pero del que puede prescindir si confía en ella, debiendo entonces cargar con las consecuencias de su decisión⁸.

Sí que constituye un auténtico deber empresarial el que introdujo el art. 5 del Real Decreto Ley 5/2011, de 29 de abril de medidas urgentes para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas. Conforme a este precepto legal, "sin perjuicio de lo dispuesto en el art 42 ET" —estamos por tanto ante previsiones paralelas—, los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos o que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo, deberán comprobar, antes de iniciarse la actividad contratada o subcontratada, "la afiliación y

5 PÉREZ CAPITÁN, L., op.cit. pág. 165; SORIANO CORTÉS, D., op.cit, págs. 326 y 378.

6 GARCÍA NINET, J.I., "Comentarios a los arts. 42 y 43 LET", en *El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid 1981, pág. 304; BLAT GIMENO, F. *Análisis jurídico-laboral de la descentralización productiva*, Valencia 1989, págs. 11-113; CRUZ VILLALÓN, J., "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", *Relaciones Laborales*, T.I, 1992, pág. 16; Llano Sánchez, M., op.cit, pág. 185; Montoya Medina, D., op.cit. pág. 265; Jurado Segovia, A., op.cit. pág. 260.

7 En la contratación en el sector público rige una verdadera prohibición de contratar con los contratistas con obligaciones de Seguridad Social pendientes. De acuerdo con el art. 71. 1d) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, las entidades pertenecientes al sector público tienen prohibido contratar con las personas que no se hallen "al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen".

8 MONTROYA MEDINA, D., op.cit. pág. 265.

alta en la Seguridad Social de los trabajadores que estos ocupen en los mismos". A diferencia de lo que acontece con el "deber" del art. 42, para cuyo incumplimiento no se prevé sanción, lo que ha hecho entender a la doctrina que más que ante un deber estamos propiamente ante una facultad empresarial, en el art. 22. 11 de la LISOS se tipifica el incumplimiento de este otro deber como infracción grave, considerándose una infracción por cada uno de los trabajadores afectados.

El sujeto que debe proceder a solicitar la autorización administrativa es, de acuerdo con la Ley, el empresario principal, pero cuando el contratista por su parte ha subcontratado parte de la actividad objeto de la primera contrata, parece lógico que en tal caso recaiga sobre él el deber de formular tal solicitud. Cada empresario debe ser responsable de solicitar la autorización referida a la empresa con que contrata.

La Ley es parca sobre el procedimiento que debe seguir el empresario para formular la solicitud y sobre el contenido de la certificación que debe expedir la Tesorería, extremos que parece debiera clarificar la regulación reglamentaria a la que la norma remite y que no se ha producido. No obstante, sobre lo primero indica que la solicitud debe presentarse por escrito y con identificación de la empresa afectada, y sobre el contenido de la certificación dice claramente que debe versar sobre si los contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social y consistir en una "certificación negativa por descubiertos". No parece que el contenido de la certificación deba ir más allá de esta información, esto es, la existencia o no de descubiertos y su alcance económico, pero esta información sí debe proporcionarse, por lo que, a mi entender, no serían aceptables formulaciones que, sobre la base de una formulación matizada y rodeada de cautelas, acabaran por no informar al solicitante de nada.

Muy polémica ha sido en la doctrina la cuestión de cuál debe ser el momento en el que debe plantearse la solicitud de descubiertos para que esta pueda desplegar los efectos que le son propios. Ha habido lecturas para todos los gustos, desde quienes entienden que la solicitud debe ser previa al inicio de la contrata o coetánea a la misma⁹, hasta quienes la conciben como un instrumento de previsión contable y creen que puede presentarse al solicitar la misma¹⁰, pasando por quienes estiman que la solicitud puede presentarse iniciada la contrata y reiterarse incluso mensualmente a lo largo de la ejecución de la misma¹¹. La mayoría de la doctrina, no obstante, se ha

- 9 MARTÍNEZ EMPERADOR, R., *El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios*, IES, Madrid 1980, pág. 19; CRUZ VILLALÓN, J., op. cit. pág. 162; CAMPS RUIZ, L.M., "La obligación empresarial de comprobar la solvencia del contratista o subcontratista; significado y consecuencias", en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Ed. Titant lo Blanch, Valencia 2000, págs. 245 y 252; SEMPERE NAVARRO, A., "Fenómenos interempresariales" en AA.VV. *La reforma laboral del 2001. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2000, de 2 de marzo*, Aranzadi, 2001, pág. 106; MONTROYA MEDINA, D., op. cit. pág. 271.
- 10 M. AGÍS DASILVA, "El deber de comprobación empresarial en contratas y subcontratas del art. 42ET", en *Tribuna Social*, nº 42, 1994, págs. 40-48.
- 11 GARCÍA MURCIA, J., "El trabajo en contratas y la cesión ilegal de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores", *RPS*, nº 130, 1981, págs. 32-33; SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., "Intrahistoria de un Proyecto de Ley. El Estatuto de los Trabajadores", *Relaciones Laborales*, 1990-1, pág. 176; RODRÍGUEZ

decantado aquí por la primera de las opciones, esto es, por entender que la solicitud debe ser previa o coetánea al inicio de la contrata, pues tal planteamiento se corresponde mejor con el tenor legal. El deber de comprobación aparece en la Ley referido al momento en el que el empresario contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios y el objeto de la comprobación es que el contratista esté al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Si el legislador hubiera querido establecer un deber de comprobación regular del ingreso de cuotas durante la ejecución de la contrata, hubiera formulado el precepto en otros términos.

Las últimas muy relevantes cuestiones que el art. 42.1 y 2 ET ha suscitado son las relativas al alcance de la exoneración de responsabilidad que la norma previene (“Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante”) y al papel que en el mecanismo exoneratorio desempeña la certificación de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Sobre cuál es la responsabilidad objeto de exoneración, aunque se han arriesgado hasta cuatro lecturas —la de quienes entienden que la responsabilidad exonerada sería la administrativa derivada del incumplimiento del empresario de solicitar la certificación¹², la de quienes sostienen que sería la subsidiaria por las obligaciones de cotización pendientes¹³, la de quienes afirman que la responsabilidad exonerada es la solidaria por deudas anteriores a la celebración de la contrata¹⁴ y la de quienes, por fin, refieren la exoneración a la responsabilidad solidaria prevista en el propio precepto legal, esto es, en el art. 42.2 ET¹⁵—, la inmensa mayoría de la doctrina se ha decantado por esta última interpretación, entendiendo que la responsabilidad objeto de exoneración es la solidaria por “obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata”. Tanto la interpretación histórica como la literal, la sistemática y la teleológica del precepto abonan claramente en este sentido, lectura que ha sido, además, avalada por la jurisprudencia y la doctrina judicial. Desde el punto de vista de la lógica del sistema de responsabilidades general, además, esta es lectura plausible pues, como ha señalado la mejor doctrina, “no estamos hablando en ningún caso de una

PIÑERO Y BRAVO FERRER, “El lugar de ejecución de la contrata y el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores”, *Relaciones Laborales*, nº5, 1996, pág. 4.

- 12 MARTÍN VALVERDE, A., “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios”, en AA:VV, *Comentarios a las Leyes laborales*, Dir. Borrajo Dacruz, E., vol. VIII, Edersa, Madrid 1988, págs. 254 y 255.
- 13 GARCÍA MURCIA, J., op. cit. págs. 37 y 38; García Ninet, J.I., op. cit. págs. 304 y 305; ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, M.E, *Derecho del Trabajo*, 20ª ed., Civitas, Madrid 2002, pág. 116;
- 14 MONTOYA MELGAR, A. y AGUILERA IZQUIERDO, R., “Sobre el régimen jurídico-laboral de contratas y subcontratas (un apunte con la última doctrina de los tribunales del orden social)”, en *Aranzadi Social*, nº 18, 2000, pág. 55.
- 15 GARCÍA MURCIA, J., op. cit. pág. 141; CAMPS RUIZ, L.M., op. cit. pág. 250; LLANO SÁNCHEZ, M., op.cit., pág. 200; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., “Las responsabilidades del empresario principal en las contratas y subcontratas”, en AA.VV. *La externalización de las actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Lex Nova, Valladolid 2002, pág. 155; MONTOYA MEDINA, D., op.cit. pág. 279.

exoneración completa de responsabilidad para el principal, sino únicamente de que su responsabilidad no será solidaria sino subsidiaria”¹⁶.

La última importante cuestión que el precepto suscita, y sobre la que específicamente ha incidido la jurisprudencia a la que seguidamente vamos a referirnos, es la determinación de en qué supuestos la certificación expedida tiene efectos exoneratorios. Para la generalidad de la doctrina, la literalidad del precepto legal, que hasta dos veces alude al transcurso del plazo de treinta días, es inequívoca en el sentido de que la exoneración se producirá siempre que, solicitada la certificación, tal plazo haya transcurrido sin que la Tesorería la haya expedido. Comoquiera que la finalidad del precepto es disuadir al empresario principal de contratar con contratistas morosos y a tal efecto se le hace solicitar la certificación, no debe el empresario pechar con las consecuencias de la negligencia de la Administración en la expedición de la misma a que está legalmente obligada.

Resulta claro, asimismo, que si la certificación es positiva y no negativa, que es a la que expresamente alude la Ley, no se producirá exoneración alguna, debiendo el empresario acarrear con la responsabilidad legalmente prevista. En este supuesto, el mecanismo legal ha funcionado adecuadamente: el empresario ha solicitado la certificación a la Tesorería que la ha librado en tiempo y forma, informándole de la existencia de descubiertos. Pues bien, si ante tal circunstancia, conociendo insolencias precedentes del contratista, decide el principal proceder a contratar con el mismo, parece evidente que no podrá beneficiarse de exoneración alguna, pues debe ser él y no los trabajadores ni la Seguridad Social quien corra con el riesgo derivado de dicha contratación.

¿Pero qué pasa si la certificación es negativa, es decir, si el empresario la ha solicitado, la Tesorería la ha expedido y esta resulta ser negativa? Para este supuesto, la doctrina mayoritaria¹⁷ se ha venido pronunciando a favor asimismo de la exoneración, sobre la base de una interpretación histórica, literal y teleológica del precepto.

El análisis de la gestación legislativa del precepto que nos ocupa y muy señaladamente de la enmienda transaccional del Grupo Comunista que determinó su relación final, abona claramente en el sentido de que tanto si la Tesorería no emite el certificado en el plazo legalmente previsto, como si el certificado le informa de la inexistencia de descubiertos, el peticionario debe quedar exento de toda responsabilidad¹⁸. En el

16 CAMPS RUIZ, op. cit. pág. 253.

17 GARCÍA MURCIA, J., op cit. pág. 36; PÁRAMO MONTERO, P. Las responsabilidades empresariales en el ámbito laboral y de Seguridad Social, 2ª ed, CISS, 1996, pág. 170; PÉREZ CAPITÁN, L., “Una aproximación al estudio de la responsabilidad derivada en materia de cotización a la Seguridad Social”, en *Aranzadi Social*, vol. V, 1998, pág. 18; BLAT GIMENO, F., op. cit. págs. 125-126, ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, 4ª ed Tecnos, Madrid 1991, pág. 140; Jurado Segovia, A., op.cit. pág. 261.

18 Vid. en este sentido el interesante análisis de HERNÁNDEZ VICTORIA, M.J., “Julio Verne, la Ley 43/2006 y el presupuesto para la exención de responsabilidad empresarial derivada de subcontratación establecido en el artículo 42.1 ET”, *Revista de Justicia Laboral*, núm. 30/2007.

mismo sentido, abunda la interpretación literal de la Ley, que claramente liga la exoneración de responsabilidad a la expedición de la certificación negativa de descubiertos que debe inexcusablemente producirse en el plazo de treinta días, transcurrido el cual “quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante”. Tanto, por consiguiente, si la certificación se ha expedido y es negativa —es la única expresamente aludida—, como si ha transcurrido el plazo de treinta días previsto para que la Tesorería cumpla con su “inexcusable” obligación legal y esta no lo ha hecho, operará la exoneración. Esta lectura, en fin, es coherente con la teleología preventiva del mecanismo legal inicialmente ponderada. Si el empresario ha sido diligente y, cumpliendo con la previsión legal, ha solicitado la certificación de ausencia de descubiertos y esta se ha producido, contribuyendo así a velar por la limpieza del mercado de contratas y subcontratas, lógico es que de su comportamiento diligente obtenga el beneficio de la atenuación de su responsabilidad.

En esta misma dirección apuntaría el hecho de que, en el pasado, el desarrollo reglamentario del precepto contenido en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, aprobado por RD 1637/1995, de 6 de octubre, se producía en estos términos, estableciendo claramente la exoneración de responsabilidad cuando se extendía certificación negativa. En efecto el art. 10.3.b) del Reglamento, vigente hasta la entrada en vigor del actual Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RD. 1415/2004, de 11 de Junio), decía: “Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos podrán recabar de la Tesorería General de la Seguridad Social, respecto de estos últimos y con identificación de la explotación, industria o negocio afectado, certificación negativa o positiva por descubiertos con la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar dicha certificación en el término de treinta días improrrogables. Si se extendiere certificación negativa o transcurriere el indicado plazo sin haberse expedido la misma, el empresario solicitante quedará exonerado de la responsabilidad solidaria a que se refiere el apartado 2 del artículo 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. Es verdad que este precepto reglamentario ha sido derogado, pero como ha señalado la doctrina¹⁹, lo que el reglamento derogado hacía era repetir especificando lo que indirectamente dice el art. 42, por lo que este precepto debe seguir interpretándose en los mismos términos y, por tanto, entender que una certificación negativa exonera de responsabilidad al empresario solicitante²⁰.

19 A. BLASCO PELLICER, Op. cit. pág. 57.

20 En contra se ha pronunciado Beltrán de Heredia, que sostiene que la no inclusión de esta previsión en el Reglamento vigente “sería un elemento que contribuiría a confirmar la inadecuación de esta interpretación (y, quizás, el carácter ultra vires de aquél RGR 1995)” (BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Una propuesta interpretativa sobre la responsabilidad en materia de Seguridad Social en las contratas y subcontratas (apartados 1º y 2º del art. 42 ET)”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº11, 2016).

3. LA LECTURA JURISPRUDENCIAL

Pues bien, si esta es la lectura en torno a la cual parecía haberse alcanzado un cierto consenso doctrinal, un reciente pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha venido a alterar sustancialmente este estado de cosas. Nos referimos a la STS núm. 124/2021, de 3 de febrero, de la sección 4ª, que resuelve un recurso de casación y sienta importante doctrina. Dicho pronunciamiento centrará nuestro análisis²¹.

La cuestión “que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia” que la sentencia aborda es, justamente, reproduciendo sus propios términos, “el alcance liberatorio sobre las deudas contraídas con la Seguridad Social de los certificados de descubiertos emitidos en el marco de una subcontrata conforme al artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores y si esa eficacia liberatoria, en su caso, alcanza a las deudas anteriores a la subcontrata o, incluye también, las deudas generadas durante la vigencia de la subcontrata”.

Para abordarla y emitir el juicio de la Sala, el Tribunal, tras reproducir los dos primeros apartados del art. 42, reflexiona sobre el sentido del precepto legal, lectura teleológica que se aparta de la que ha inspirado generalmente la lectura del mecanismo exoneratorio legal y viene en buena medida a explicar el contenido de su resolución y el giro interpretativo que contempla. En efecto, para el Tribunal “tal precepto regula, desde la lógica de la garantía, la contratación o subcontratación con un tercero de la ejecución de obras o servicios que se corresponden con la actividad propia del empresario principal. La garantía es frente a los abusos en la contratación o subcontratación y persigue la efectividad de la obligación de ingresar los recursos necesarios para la sostenibilidad del sistema de Sistema de Seguridad Social”. Tal es el sentido de la “responsabilidad pasiva” que la ley hace recaer sobre el empresario principal, responsabilidad ante la cual “debe comprobar que el contratista o subcontratista está al corriente en el pago de las cuotas, para lo que debe recabar de la TGSS certificaciones negativas de descubiertos”. Como resulta de los párrafos transcritos, el Tribunal no ve en el precepto, o al menos no “in primis”, un instrumento de profilaxis al alcance del empresario que contrata o subcontrata obras o servicios correspondientes a la propia actividad, sino una garantía frente a posibles abusos en la contratación y subcontratación, cuya finalidad es garantizar la efectividad de las cotizaciones sociales y la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social.

Desde este presupuesto, la sentencia distingue a continuación entre las deudas de Seguridad Social previas a la suscripción de la contrata entre el empresario princi-

21 Un interesante comentario crítico de esta sentencia en CAMPS RUIZ, L.M., “En torno a las consecuencias de la comprobación por el empresario principal de la situación de sus contratistas respecto del pago de cuotas de la Seguridad Social”, en *El Foro de Labos*, <https://www.elforodelabos.es/autor/luismiguelcamps/>

pal y el contratista o subcontratista y las nacidas durante la ejecución de la contrata o subcontrata.

Sobre las primeras, la sentencia afirma algo que parece bastante obvio pero que alguna jurisprudencia anterior había contradicho²²: de los “descubiertos anteriores no responde solidariamente el empresario principal”, pues el 42.2 ET, al establecer el alcance de la responsabilidad, se refiere a “las obligaciones contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata”. Pero, con ocasión de esta afirmación, el Tribunal abunda en su reflexión sobre la otra finalidad de la norma, que es “disuasoria”: informarle del riesgo de una eventual responsabilidad solidaria si, informado de la existencia de estas deudas previas, decide seguir adelante con la contrata o subcontrata.

Sobre las deudas del contratista o subcontratista nacidas durante la ejecución de la contrata o subcontrata, hace una serie de afirmaciones del mayor interés, sobre las que construye la doctrina que finalmente declara de forma solemne:

- Empieza su razonamiento el Tribunal recordando los límites legales que delimitan la responsabilidad establecida en el precepto, “que se ciñe a los descubiertos generados por el contratista o subcontratista durante el tiempo que dure la relación contractual” y podrá ser exigida “hasta tres años después de la terminación del encargo”, para a continuación recordar los términos en los que el precepto estatutario interactúa con su homólogo de la Ley General de Seguridad Social: “El supuesto que genera la responsabilidad solidaria del art. 42. 1 y 2 del ET difiere del que genera responsabilidad subsidiaria del art. 127.1 de la LGSS: lo determinante de la primera es que las obras o servicios subcontratados pertenezcan a la “propia actividad” de la empresa principal, a diferencia de lo deducible del art. 127.1 de la LGSS” (hoy 168.1 LGSS). Hasta aquí nada novedoso, respecto de la doctrina asentada.
- Para, a continuación, abordar la cuestión nuclear del alcance de la exoneración de la responsabilidad legalmente prevista, cuestión a la que responde haciendo una interpretación literal de la Ley: “Del art. 42.1 del ET —dice la sentencia— se deduce en su literalidad que cuando el empresario principal solicite un certificado —en este caso constante la relación contractual—, solo quedará exonerado de responsabilidad solidaria si la TGSS no lo emite en treinta días. Tal efecto liberatorio se explica porque la inactividad de la TGSS deja al empresario principal sin una información que le permitirá reaccionar

22 En efecto, alguna jurisprudencia previa había entendido que la exoneración por certificación negativa por descubiertos debía entenderse referida a la responsabilidad por deudas a la Seguridad Social anteriores a la adjudicación de la contrata, únicas de las que la Tesorería podía certificar, y no, por tanto, a la responsabilidad por cotizaciones no satisfechas durante la vigencia de la contrata, a la que alude el art. 42.2 ET (STS (Contencioso Administrativo) de 28 octubre 1996 y 22 diciembre 2000, STSJ País Vasco (Contencioso-Administrativo) de 21 febrero 2001. Se trataba, a nuestro entender, de una lectura bastante insólita pues venía a exonerar de una responsabilidad no contraída

para evitar esa responsabilidad”²³. Pese a la rotunda afirmación de que sólo en este supuesto y conforme a la lectura literal del precepto cabe la exoneración, que vendría a ser la contrapartida a la negligencia de la Tesorería, la sentencia se matiza de inmediato y nos hace saber que también hay otro supuesto en el que la exoneración operaría: cuando la Tesorería haya emitido un certificado negativo y este sea inexacto, pues tal certificado “produciría en el empresario principal un efecto análogo a la falta de información”. En efecto, como la resolución remacha después, si la TGSS emite “certificados inexactamente negativos” “abre la posibilidad de reconocer ese efecto liberatorio deduciéndolo del sentido del artículo 42.1 y 2 ET”. Sorprendentemente, la fundamentación para este efecto segundo liberatorio la halla el Tribunal en el derogado art. 10.3.b) del Reglamento General de recaudación de Recursos de la Seguridad Social, que, como hemos visto, decía: “si se extendiere certificación negativa o transcurriere el indicado plazo sin haberse expedido la misma, el empresario solicitante quedará exonerado de la responsabilidad solidaria”.

- Caso distinto es, sin embargo, para el Tribunal aquel en el que la Tesorería emite un certificado en el que no explicita más datos de los que en ese momento tiene a su disposición y, haciendo expresa mención de ello, advierte de que carece de efectos exoneratorios de responsabilidad. En efecto, cuando la TGSS por no estar “en condiciones de informar sobre la realidad del estado de los débitos del contratista o subcontratista”, informa “con los datos que en ese momento tiene”, advirtiendo “expresamente de que no pueden ser utilizados para exonerar de responsabilidad”, indicando “inequívocamente que no cabe invocarlos para eludir obligaciones preexistentes” sus certificados tienen, en los términos de la sentencia, “eficacia limitadamente informativa, no liberatoria”. Tal es el caso de los certificados que “no afirman que, en el momento de su emisión, la empresa no tenga deudas pendientes con la Seguridad Social, sino que no hay “ninguna reclamación por deudas ya vencidas”, que es cosa bien distinta, pues “que no se haya formulado una reclamación no significa necesariamente que no haya deudas, ni siquiera que éstas no sean líquidas y exigibles: puede significar sencillamente —concluye el Tribunal— que el acreedor, por una u otra razón, no ha decidido aún reclamar su cumplimiento o —se añade ahora— no estaba en condiciones de reclamar”. Para el Tribunal, “quien lee dichos certificados sabe a qué atenerse”, que es lo crucial en atención a los principios de “seguridad jurídica y buena fe” y, por tanto, si habiéndose emitido los mismos existen deudas “reclamables por

23 En la doctrina, este planteamiento fue en su día defendido por Camps (Vid. “La obligación empresarial de comprobar la solvencia del contratista o subcontratista; significado y consecuencias”, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Ed. Titant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 255)

devengadas y no pagadas”, ello “llevará a declarar la responsabilidad solidaria del empresario principal”.

- El Tribunal parece bien consciente de que con su interpretación ha minimizado si no amortizado el mecanismo exoneratorio previsto en la Ley y manifiesta las consecuencias que se derivan de ello: “Desde tal planteamiento —sigue la sentencia— se traslada al empresario principal que actúe, por sí, diligentemente, ya sea vigilando que el contratista o subcontratista cumple con sus obligaciones con la TGSS o que pacte la manera de estar informado para el caso de que, eventualmente, genere deudas frente a la Seguridad Social. Esto le permitiría rescindir esa relación contractual o, por ejemplo, actuar las garantías que ante tal eventualidad pudieran haber pactado, máxime si su responsabilidad se proyecta durante tres años”. El mensaje parece claro: no deben los empresarios confiar en que la solicitud de certificaciones negativas por descubiertos vaya a desplegar en su favor efecto liberatorio alguno, pues ya se encarga la Seguridad Social al redactar las mismas de utilizar términos que no comprometan deudas que no les consten, práctica que el Tribunal viene a avalar. La única vía que les queda para salvar su responsabilidad es actuar “por sí, diligentemente”, articulando los mecanismos que les permitan protegerse. Los términos de la sentencia —“se traslada al empresario principal”— resultan al efecto muy expresivos.
- Sentada la doctrina que le va a permitir dar respuesta al recurso y antes declararla formalmente y aplicarla al caso, el Tribunal cree necesario poner de manifiesto las carencias del marco normativo que debe aplicar y a tal efecto hace varias acotaciones. En primer lugar, afirma que el art. 42.1 y 2 ET “es un precepto que evidencia deficiencias” y al efecto cita un Dictamen del Consejo Económico y Social (Dictamen 3/2012) que sobre el mismo dijo que “adolece de falta de claridad y plantea por ello dudas interpretativas que desembocan en no pocos casos de inseguridad jurídica”, “y -añade el Tribunal— no solo respecto de lo ahora controvertido sino respecto de otros aspectos que no son del caso”. En segundo lugar, reitera una crítica ya vertida en anteriores pronunciamientos referida a la Tesorería General de la Seguridad Social, concretamente tacha de “criticable, por equívoco, que bajo el nombre de “certificado”, la TGSS emita documentos que explícitamente advierten de que no dan fe de los datos en ellos reflejados”. Por último, ante la ausencia del desarrollo reglamentario ordenado por el art. 42.1 ET, advierte de la existencia de “un efectivo déficit normativo que afecta a la fijación de reglas que arrojen seguridad al empresario principal en la forma de acreditar la situación del contratista o subcontratista si es que la TGSS objetivamente no puede ofrecer otra información”. Se trata de acotaciones interesantes porque denotan la insatisfacción del juzgador ante la solución que ha dado al problema que le ha sido planteado, insatisfacción que achaca, por elevación, al propio marco legal.

- La sentencia concluye declarando la doctrina que sienta, que resume en dos párrafos:

“El art. 42.1 y 2 del ET no permite atribuir responsabilidad solidaria al empresario principal por las deudas que tuviere con la Seguridad Social el contratista o subcontratista anteriores a su contratación o subcontratación”

“Respecto de los descubiertos en que incurra el contratista o subcontratista durante la ejecución de la obra o servicio, la emisión de certificados negativos por la TGSS no exonera al empresario principal de responsabilidad solidaria salvo que, atendiendo a las circunstancias del caso, pueda deducirse que la TGSS al tiempo de certificar estaba en condiciones de ofrecer una información coincidente con la realidad del estado de los débitos del contratista o subcontratista”.

4. LAS CONSECUENCIAS DE LA NUEVA LECTURA

Hasta aquí la nueva doctrina que, como apuntábamos, supone un cambio sustancial de la interpretación del art. 42. 1 y 2 hasta ahora imperante.

Con carácter general, se sienta el criterio de que aún cuando el empresario que contrate o subcontrate con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad cumpla diligentemente con el deber que la Ley le impone de comprobar que aquellos “están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social”, recabando al efecto una “certificación negativa por descubiertos de la Tesorería General de la Seguridad Social”, tal cumplimiento resulta irrelevante a efectos de la responsabilidad solidaria de las obligaciones referidas a la Seguridad Social que el precepto legal establece. Si la certificación resulta ser positiva, ésta no va a servirle sino como una advertencia sobre el riesgo en el que puede incurrir o ha ya incurrido al contratar con un contratista o subcontratista con deudas de Seguridad Social pendientes, pero ni tal certificación puede justificar su resolución unilateral de la contratación, salvo que haya introducido en la misma una cautela al respecto, ni limita la responsabilidad que la ley le atribuye. Si, por el contrario, la certificación es negativa, de nuevo estamos ante un mero documento “limitadamente informativo”. Comoquiera que la Tesorería General de la Social Seguridad puede, al amparo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, formular la certificación en términos tales que salvaguarde eventuales responsabilidades que puedan plantearse en el futuro, tampoco esta certificación exonera de nada.

Sobre la base de una lectura rigurosamente literal del precepto, la sentencia reserva la exoneración a la que este expresamente alude exclusivamente a aquellos supuestos en los que, solicitada la certificación la Tesorería General de la Seguridad Social, esta no la haya librado en el término de treinta días y, prescindiendo ahora de la literalidad de la norma, la extiende a aquellos otros “en los que pueda deducirse que la TGSS al tiempo de certificar estaba en condiciones de ofrecer una información

coincidente con la realidad del estado de los débitos del contratista o subcontratista”, es decir, aquellos casos en los que la TGSS haya proporcionado al solicitante información errónea que le haya podido inducir a error y este pueda —parece lógico— llegar a acreditarlo, situación que se adivina ciertamente improbable. La exoneración, por consiguiente, va a ser únicamente y siempre consecuencia de una actuación negligente de la Tesorería General de la Seguridad Social.

La lectura de los arts. 42.1 y 2 ET que esta sentencia incorpora es deudora de una jurisprudencia previa de la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que referida al art. 127.2 de la LGSS se había pronunciado sobre el valor de los certificados expedidos por la Administración de la Seguridad Social en los supuestos de transmisión de empresa (STS 21 julio 2015, rec 3561/2013 y 24 octubre 2018, rec 2701/2016). En dicho precepto legal, tras establecer una responsabilidad solidaria referida a las prestaciones causadas antes de la sucesión entre el cedente y el adquirente, se señalaba que “reglamentariamente se regulará la expedición de certificados por la Administración de la Seguridad Social que impliquen garantía de no responsabilidad para los adquirentes” (hoy art. 168.2 LGSS). Pues bien, sobre la base de este precepto, que por cierto no ha sido objeto de desarrollo reglamentario y, en tal medida, resulta impracticable, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ha debido pronunciarse sobre el valor exoneratorio de determinados certificados expedidos por la Seguridad Social en términos parecidos²⁴ a los ahora examinados a propósito del art. 42. 1 y 2 ET. Y lo ha hecho abordando en las sentencias citadas dos extremos: el contenido y eficacia que debe otorgarse a los mismos y si tales certificados vulneran los principios de seguridad y confianza legítima. Sobre el primer punto, ateniéndose a la literalidad de los certificados, que expresamente señalan que no pueden ser utilizados para exonerar responsabilidad alguna, les niega que puedan invocarse para eludir ninguna obligación preexistente, reprochando —eso sí— a la Administración la utilización del término “certificado”. Sobre el segundo, niega que los principios de seguridad jurídica y confianza legítima hayan sido vulnerados, pues tales certificados “no engañan a nadie”: quien los lee “sabe a qué atenerse desde el punto de vista de tales principios”.

Como apuntábamos, esta construcción se ha trasladado ahora a la interpretación del art. 42.1 y 2 ET, pero resulta que entre el precepto estatutario y el de la LGSS había y hay grandes diferencias que, a mi entender, no permiten tal traslación acrítica. Por

24 Concretamente en la STS de 21 de julio de 2015, se alude a tres certificados con el siguiente tenor: “De los antecedentes obrantes en esta Tesorería General se CERTIFICA que: No tiene pendiente de ingreso ninguna reclamación por deudas ya vencidas con la Seguridad Social. Y para que conste, a petición del interesado, se expide la siguiente certificación que no originará derechos ni expectativas de derechos a favor del solicitante o de terceros, ni podrá ser invocada a efectos de interrupción o paralización de plazos de caducidad p prescripción, no servirá de medio de notificación de los expedientes a que se pudiera hacer referencia, no afectando a lo que pudiere resultar de actuaciones posteriores de comprobación o investigación”. La fórmula empleada por la Tesorería en el supuesto conocido por la STS de 3 febrero 2021, que centra nuestro análisis, es idéntica a la recién reproducida.

lo pronto, a diferencia de lo que ocurre con la LGSS, que no hace sino remitir a un desarrollo reglamentario que no se ha producido, aquí estamos ante un precepto legal que impone al empresario un deber de comprobar que los empresarios con quienes contrata y subcontrata están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, recabando al efecto de la TGSS una certificación negativa de descubiertos, y, en paralelo, obliga a la Tesorería a librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables. ¿Consiente la literalidad del art. 42. 1 y 2 ET, a la que tan apegada parece la Sala, asimilar la previsión del hoy art. 168.2 LGSS a la del art. 42.1 ET en punto a las obligaciones de la Seguridad Social? Repárese que mientras que el primer precepto remite a una ulterior regulación reglamentaria de la expedición de certificados que impliquen garantía de no responsabilidad, regulación que no se ha producido, el segundo obliga a la Tesorería a librar inexcusablemente la certificación negativa de descubiertos en el plazo de treinta días. Por más que también el art. 42 remita a un desarrollo reglamentario que no se ha producido, en él se habla claramente de una “certificación negativa de descubiertos”²⁵ que debe inexcusablemente librarse y a la que hay que dotar de contenido. La sentencia, no obstante, rechaza expresamente la tesis de la sentencia impugnada que entendía no aplicable al caso la doctrina de la STS de 21 de julio de 2015, por referirse a un supuesto de sucesión empresarial, “pues lo relevante de tal sentencia —a juicio del Tribunal, que hace caso omiso de la muy distinta regulación legal— es el juicio que en ella se hace sobre el efecto liberatorio de las certificaciones negativas”. En fin, ¿cumple la Tesorería con la obligación legal de certificar la ausencia de descubiertos que le impone el Estatuto de los Trabajadores expidiendo unos “certificados” que como ha señalado el propio Tribunal Supremo no certifican nada? No parece que sea así. Ni parece, en definitiva, que la asimilación operada sea de recibo, pues viene a desconocer la “inexcusable” obligación que la Ley hace recaer sobre la Seguridad Social vaciándola de contenido.

Pero es que, además, el resultado de la interpretación del Supremo es el de privar de sentido al mecanismo legalmente diseñado, que queda reducido a un mero instrumento informativo, deficiente además. Ciertamente, interpretado el precepto en los términos reseñados, nos encontramos ante un deber/facultad empresarial cuyo cumplimiento o incumplimiento resulta para él intrascendente: si el empresario cumple con la previsión legal y la Tesorería General de la Seguridad Social tiene a bien expedir la certificación, sea esta positiva o negativa, la responsabilidad solidaria que Ley establece permanece intacta. Lo único que va a obtener del cumplimiento de la previsión legal es información e información de calidad relativa porque, para el supuesto de que la certificación sea negativa, comoquiera que se producirá en los términos convalidados por la jurisprudencia, solo le servirá para conocer los datos

25 Sobre esta certificación la doctrina ha señalado que “en ningún caso parece vaya a hacer prueba alguna sobre la situación de la cotización e incluso de la afiliación o alta de cada trabajador del contratista o subcontratista que preste servicios durante la vigencia de la contrata” (Cfr. TORTUERO PLAZA, J.L. et altri, op. cit. pág. 166)

obrantes en ese momento en la Tesorería, que deberá manejar con cautela si lo que pretende es valorar su eventual riesgo.

Lo que, como hemos visto, era a juicio de la doctrina un mecanismo profiláctico, que premiaba al empresario que contribuía con su diligencia a sanear el mercado de la contratación y subcontratación de obras o servicios, exonerándolo de la responsabilidad en él prevista tanto si la certificación era efectivamente negativa como, si solicitada esta, no se emitía en treinta días, se ha convertido en un instrumento huero, cuya única virtualidad es como la propia sentencia reconoce “relativamente informativa”.

No puede extrañar, en este sentido, que el Tribunal acabe en su resolución llamando al empresario para “que actúe, por sí, diligentemente”, sin esperar nada del mecanismo exoneratorio legal. Y es que, en efecto, desprovisto este de toda eficacia, deberá ser el empresario que contrate con contratistas o subcontratistas su actividad quien articule contractualmente los mecanismos que le permitan prevenir adecuadamente estas situaciones de incumplimiento y prever los instrumentos que permitan repararle las consecuencias gravosas que del mismo puedan derivársele.

El resultado de esta operación interpretativa es singularmente sorprendente desde la perspectiva del sentido y funcionalidad del precepto. Así interpretado, en efecto, en los apartados primero y segundo del art. 42 ET el legislador habría incorporado todo un mecanismo exoneratorio de la responsabilidad empresarial que vendría exclusivamente a operar en aquellos casos en los que la Tesorería General de la Seguridad Social incumpla con la obligación legal de librar inexcusablemente la certificación por descubiertos que el propio legislador le impone.

5. REFLEXIONES FINALES: LA NECESIDAD DE UNA REFORMA

La evolución experimentada por el mecanismo exoneratorio de la responsabilidad empresarial que prevé el art. 42.1 y 2 ET, a resultas de su interpretación judicial, ha enervado la funcionalidad de este. La lectura reseñada del mismo no solo ha vaciado el precepto legal de contenido sino que lo ha convertido en una suerte de señuelo que puede inducir a confusión al empresario que observando la Ley pide la certificación de descubiertos, pues la exoneración que esta anuncia y liga a aquella no se va a producir sino remotamente: cuando la Tesorería General de la Seguridad Social no expida la certificación solicitada o esta sea incorrecta y pueda el empresario afectado demostrarlo. Así las cosas, sería mejor que el mecanismo legal desapareciese, pues su conservación hoy por hoy en los términos del Estatuto del 80, cuando la interpretación del mismo ha experimentado tan significativo cambio, no va a hacer sino confundir a los empresarios que cumplan con el deber legal de comprobación y, desconociendo la relectura jurisprudencial, crean que el cumplimiento del mismo tiene en su favor efectos exoneratorios. Este estado de cosas, a mi entender, sí mortifica los principios de seguridad jurídica y confianza legítima antes aludidos, pues parafraseando al Tribunal Supremo, quien ahora lea la Ley no va a saber “a qué atenerse,

que es lo crucial desde el punto de vista de los arriba mencionados principios” (STS 21 Julio 2015, rec 3561/2013 y 24 octubre 2018, rec. 2701/2016).

Esta situación debiera llevar al legislador a replantearse el sentido y la formulación del mecanismo examinado, en el contexto de una reforma integral del precepto estatutario y, más ampliamente, del conjunto de responsabilidades empresariales previstas para los supuestos de contratación y subcontratación de obras o servicios. Hoy por hoy resulta obvia la extemporaneidad de la regulación vigente: el conjunto de previsiones legales que la conforman se diseñó en un momento en que los procesos de descentralización productiva tenían una difusión y alcance limitado, nada comparable al actual.

No va a arriesgarse aquí ninguna propuesta concreta, pues, como acaba de apuntarse, entendemos que la formulación de cualquier propuesta de *lege ferenda* debe extenderse a la institución en su conjunto. Creemos eso sí, que el que la Ley contemple un mecanismo exoneratorio o limitador de la responsabilidad para el empresario diligente que, antes de contratar, se preocupa de constatar la solvencia de quien contrata, contribuyendo con ello a sanear el mercado de la contratación y subcontratación de obras y servicios, resulta adecuado y, dependiendo de cómo se configure, puede ser muy útil. El legislador deberá al efecto examinar detenidamente el conjunto de los intereses en juego —la protección de los trabajadores, la del sistema de Seguridad Social, la competitividad y productividad empresariales, el saneamiento del mercado de contrataciones y subcontratas, etc.— y sopesar el alcance que quiere dar a cada uno de ellos²⁶; en todo caso, la previsión de una responsabilidad subsidiaria de carácter general como la hoy prevista en el art. 168. 1 LGSS permite —creemos— márgenes de juego sin comprometer por ello la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social.

26 A la necesidad de que el legislador clarifique los intereses que pretende tutelar había aludido ya LUQUE PARRA, op. cit. pág. 291-293.

Las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores empleados en las contratas



Javier Thibault Aranda

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
Consultor *of council* en Abdón Pedrajas/Littler

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA REFORMA LABORAL DE 2021: MUCHO RUIDO Y POCAS NUECES. 3. DETERMINACIÓN DE LAS CONDICIONES LABORALES APLICABLES EN LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS. 3.1. El convenio colectivo del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata. 3.2. El convenio colectivo del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata. 3.3. El convenio colectivo de empresa. 4. LAS CONDICIONES LABORALES APLICABLES A LOS TRABAJADORES EMPLEADOS EN LAS CONTRATAS DEL SECTOR PÚBLICO. 5. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El creciente fenómeno de la contrata cuestiona la estructura tradicional de la negociación colectiva. A menudo, al externalizar una actividad los trabajadores de la contrata tienen unas condiciones distintas de las que tendrían si los hubiera contratado directamente la empresa principal o incluso se quedan sin convenio colectivo. Por esta razón se abrió hace tiempo un debate doctrinal y judicial sobre el convenio colectivo aplicable a los trabajadores de las empresas de servicios o multiservicios. Y más recientemente, el RD-Ley 32/2021 ha venido a regular de manera específica este asunto, modificando al efecto el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores. Por todo ello, en este artículo se trata de abordar tanto el tratamiento judicial de la cuestión, como los cambios que introduce al respecto la reforma de 2021, que vienen a confirmar la última jurisprudencia del Tribunal Supremo.

PALABRAS CLAVE: externalización, condiciones de trabajo, empresas de servicios o multiservicios.

ABSTRACT: The growing phenomenon of outsourcing challenges the traditional structure of collective bargaining. Often, when an activity is outsourced, employees have different conditions if they had been hired directly by the main company, or even remain without a collective agreement. For this reason, a doctrinal and judicial debate was opened some time ago on the collective agreement applicable to employees in

service or multiservice companies. And more recently, RD-Law 32/2021 has come to specifically regulate this matter, amending art. 42 of the Employees' Statute. For all these reasons, this article deals the judicial treatment of the issue and the changes introduced in this respect by the 2021 reform, which confirm the latest case law of the Supreme Court.

KEY WORDS: outsourcing, working conditions, service or multiservice companies.

1. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha dicho en los últimos tiempos sobre las condiciones laborales de los trabajadores empleados en las contrata. La cuestión, sin embargo, no es nueva. El interés judicial y doctrinal por esta cuestión surge a finales del siglo pasado como consecuencia de la confluencia de dos factores. De una parte, la importancia y extensión adquirida por la externalización de actividades, que desborda su tradicional ámbito de actuación, entorno a la limpieza o la vigilancia, e inunda la "propia actividad" de la empresa principal, cubriendo actividades que históricamente se consideraron nucleares; nuevas contrata que a menudo no tienen un encaje claro en los convenios colectivos de sector preexistentes. De otra, la irrupción de las denominadas empresas de multiservicios, que no están especializadas en ningún segmento de actividad, sino que ofrecen simultáneamente una amplia gama de servicios y actividades. Estos hechos hacen que desde un principio se planteen dudas sobre el convenio colectivo aplicable, de suerte que ya entonces algunos fallos se decantan por aplicar el mismo convenio colectivo que rige en la empresa principal, en la consideración de que se está utilizando la contrata y subcontrata para burlar las exigencias legales tuitivas previstas en favor de los trabajadores cuando interviene una empresa de trabajo temporal¹. Y otros, por el contrario, optan por aplicar el convenio colectivo que se corresponde con la actividad que ejecuta la contratista, con independencia de que sea coincidente o no con el convenio que rige en la empresa principal². Esto es, la misma disyuntiva que se da en la actualidad.

Cosa distinta es que a partir de 2012 esta cuestión salte a los medios y al debate público al hilo de la situación de las camareras de pisos que, por el hecho de estar externalizadas, tienen unas condiciones laborales distintas del personal laboral contratado directamente por el establecimiento hotelero. Un estado de cosas del que algunos sectores políticos y sindicales responsabilizan a la reforma laboral de 2012, cuando en realidad nada tuvo que ver. Porque la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para

- 1 STSJ Castilla-La Mancha de 6 de noviembre de 2002 (rec. 1068/2001). Llegando a afirmarse que "en realidad, se está utilizando la técnica de la contrata y subcontrata para burlar las exigencias legales tuitivas previstas en favor de los trabajadores cuando interviene una ETT" STSJ Castilla-La Mancha de 22 de marzo de 2006 (rec. 478/2006).
- 2 STSJ Castilla-La Mancha de 26 de julio de 2005 (rec. 1137/2005) y STSJ Castilla y León Valladolid de 2 de octubre de 2006 (rec. 1563/2006).

la reforma del mercado laboral, no pone ni quita nada³. El personal de limpieza de habitaciones de las empresas de servicios o multiservicios queda fuera de los convenios colectivos de hostelería y hospedaje como consecuencia de dos decisiones completamente ajenas a la reforma laboral de 2012. Por una parte, la voluntad de la empresa principal, al externalizar esa actividad, y por otra, la decisión de los negociadores de los convenios, que construyen desde antiguo el sistema de negociación colectiva en torno al ciclo o rama en que se trabaja y no a la profesión y oficio desarrollada por el trabajador. A las camareras de piso de una contrata se le aplican las condiciones laborales del convenio colectivo de empresas de limpieza de edificios y locales porque así lo han decidido sus negociadores al trazar el ámbito de aplicación⁴. Un estado de cosas que, por otra parte, no es exclusivo de la limpieza de habitaciones, sino que se extiende por doquier, desde la atención informativa hasta la reposición de productos en los lineales de las superficies comerciales, por citar algunos ejemplos. Asistimos a un progresivo vaciamiento de unidades de negociación tradicionales y al relleno o surgimiento de otras distintas. Un movimiento que supondrá normalmente un cambio de condiciones laborales, pero que, se insiste, nada tiene que ver con la reforma laboral de 2012.

Lo que sí sucede a partir de 2012 es que en algunas empresas de *outsourcing* se negocian convenios de empresa que fijan salarios más bajos que los preexistentes del sector, amparándose en la prioridad aplicativa *ex lege*. Empresas que la doctrina califica de “oportunistas”⁵, porque buscarían competir por medio de unos salarios más bajos, “con la connivencia —o la resignación— de unos representantes unitarios más formales que materiales”⁶. Ahora bien, ni tal fue la motivación en todos los casos, ni mucho menos cabe responsabilizar a esos convenios de la evolución de los salarios durante la crisis. Primero, porque en verdad el ajuste salarial en España empezó en 2010. Segundo, por el reducido peso que tienen los convenios colectivos de empresa en la conformación de la masa salarial total. Y tercero, porque, como ha señalado alguna doctrina, la inmensa mayoría de las empresas con convenio propio no hicieron uso de esta posibilidad legal y continuaron remitiéndose o fijando salarios mejores que en el nivel sectorial⁷, por no hablar de aquellos otros convenios de empresa que colmaron la laguna de cobertura sectorial en algunas de las actividades externalizadas.

3 Como señalaría la STS de 12 de febrero de 2021 (rec. 2839/2019), históricamente el art. 42 ET no establece criterio alguno sobre el convenio colectivo aplicable a la contratista, de suerte que la determinación de la unidad de negociación y la búsqueda del convenio colectivo aplicable tiene que hacerse conforme a las reglas generales del título III ET.

4 STS 11 de noviembre de 2021, rec. 3330/2019.

5 Gimeno Díaz de Atauri, P., “Cuantía salarial y niveles de contratación”, en Goerlich Peset, J.M. (Dir.), *Evolución de contenidos económicos de la negociación colectiva en España*, Madrid, CCNCC, 2018, pág. 164.

6 Vivero Serrano, J.B., “La supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia laboral”, *Briefs* de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, publicado el 27/01/2022, pág. 1.

7 Mercader Uguina, J.R., “El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?”, *Labos*, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, núm. 3, pág. 113. Con base en el análisis de Gimeno Díaz de Atauri, P., “Cuantía salarial y...”, op. cit., págs. 41 a 170.

En todo caso, sea cual sea el alcance y la causa de los cambios habidos en las condiciones laborales de los trabajadores empleados en las contrata, a partir de 2012 se suceden las declaraciones y propuestas de reforma del art. 42 ET por parte de los partidos que en la actualidad integran el Gobierno de coalición. Lo que se ha dado en llamar los “momentos históricos de la (no) reforma del art. 42 ET”⁸. Por eso no sorprendió que tal propósito reformista se incorporara finalmente en el acuerdo fundacional del actual Gobierno. Una voluntad de reforma que el Gobierno incluirá después dentro del Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, bajo la eufemística fórmula de “modernización de la contratación y subcontratación de actividades empresariales”, configurándose además como una de las reformas que se tratarían dentro del diálogo social, como así fue. De ahí que posteriormente esta cuestión formase parte del Acuerdo de 22 de diciembre para la reforma laboral suscrito entre Gobierno, UGT, CC.OO. y CEOE-CEPYME y que, finalmente, se materializara, junto a otras modificaciones legales, en el Real Decreto-ley 31/2022, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

2. LA REFORMA LABORAL DE 2021: MUCHO RUIDO Y POCAS NUECES.

A la vista del Preámbulo, parecería que el RD-ley 32/2021 introduce numerosos y profundos cambios en materia de contrata y subcontrata. Porque, en palabras del propio legislador, “procede una modernización de su regulación que asegure un uso adecuado en los supuestos que mejoran la actividad productiva, al tiempo que lo desincentive en aquellos en que es un mero instrumento de reducción de costes, así como avanzar hacia la equiparación de condiciones de las personas trabajadoras subcontratadas y reforzar la responsabilidad de las empresas contratistas o subcontratistas”. Se persigue “una regulación precisa que garantice el equilibrio entre agilidad y flexibilidad (en trabajos especializados, asociados a un proyecto determinado, etc.) y un nivel adecuado de protección a las personas trabajadoras de las subcontratas, en relación con los trabajos que desarrollan”, con el objetivo de evitar que “dos personas que realizan trabajos de igual valor tengan condiciones laborales diferentes, o incluso carezcan de marco sectorial de referencia, por razón exclusivamente del objeto social o forma jurídica de la empresa contratista o subcontratista a la que se vinculan. Así, el principio de no discriminación e igualdad de trato se asegura mediante la garantía de un convenio colectivo sectorial aplicable sin perjuicio de los derechos de libertad de empresa y negociación colectiva”.

Ahora bien, lo adelanto ya, ni las modificaciones son tantas, ni tienen tamaña relevancia. En ningún aspecto resulta tan patente la discordancia entre la parte expositi-

8 Rojo Torrecilla, E., “La reforma laboral de 2021. Negociación colectiva, flexibilidad interna y subcontratación”, Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, núm. 467, 2022, págs. 92 y 93.

va y la parte dispositiva de la norma como en lo relativo a la contrata y subcontrata. Más parece el Preámbulo de la reforma laboral “frustrada” del Ministerio de Trabajo y Economía Social, que la “mens legislatoris” del texto finalmente aprobado. Básicamente, porque, como se expondrá, casi nada ha cambiado⁹. No se ha limitado la subcontratación a servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa, tampoco se ha impuesto un principio de equiparación salarial, ni se ha extendido la responsabilidad de la empresa principal, como en algún momento se llegó a plantear. En definitiva, dejando a un lado la adaptación al lenguaje inclusivo, la única “novedad” consiste en la determinación del convenio colectivo aplicable en la contrata y subcontrata. Aspecto donde, también se verá, la norma viene básicamente a refrendar la última jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Visto lo anterior, podría decirse que el preámbulo busca generar una interesada ambigüedad que fuerce una exegesis de la norma que no se corresponde con lo que en verdad se acordó en el marco del dialogo social. Porque, el texto del preámbulo, conviene reseñarlo, no fue propiamente negociado, sino sólo “revisado” por los agentes sociales pocas horas antes de la aprobación del real decreto-ley. Estamos, a mi modo de ver, ante un intento de reescribir la norma más que ante un criterio interpretativo que sirva para dar unidad y coherencia al articulado. A través del preámbulo se trata de decir lo que la norma no dice y los artífices de la reforma no acordaron.

3. DETERMINACIÓN DE LAS CONDICIONES LABORALES APLICABLES EN LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

Como se ha anticipado, por lo que sí ha optado el legislador es por intervenir sobre el convenio aplicable en las contratas y subcontratas. En concreto, el art. 1.5 del RD-ley 32/2021 modifica el art. 42 ET, para introducir un nuevo apartado 6, a cuyo tenor “el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III. No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará éste, en los términos que resulten del artículo 84”.

Una previsión legal, que, parece, se aplica a todos los casos de contrata y subcontrata y no sólo a las correspondientes a la propia actividad¹⁰. Básicamente, por

9 En palabras de Basterra Hernández, la reforma laboral de 2021 “no asume las radicales propuestas con las que se ha fintado a lo largo de este tiempo”, en “Primeras aproximaciones a la reforma laboral del RDL 32/2021”, *Briefs* de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, publicado el 31/12/2021.

10 En igual sentido, Nores Torres, L.E., “La reforma del art. 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre”, *Labos*, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, Monográfico sobre la reforma laboral, núm. 3, 2022, págs. 77 y 78; De la Puebla Pinilla, A., “El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas”, *Trabajo y Derecho* 88/2022 (abril), núm. 88, pág. 5.

dos razones. Primero, porque el art. 42 ET lleva por título “Subcontratación de obras y servicios”, sin más calificativos, y sólo los apartados 1 y 2 reconducen sus previsiones a “las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellas”. De suerte que los apartados 3 y siguientes entiendo que se extienden a todos los supuestos de contratación y subcontratación¹¹. Segundo, porque la Disposición adicional vigesimoséptima dispone que “en los casos de contrata y subcontratas suscritas con los centros especiales de empleo regulados en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, no será de aplicación el artículo 42.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. Apostilla legal que, creo, carecería de sentido si el apartado 6 sólo resultara aplicable a los supuestos de propia actividad, dado que si algo caracteriza a los servicios que prestan tales empresas es que son normalmente auxiliares.

Dicho esto, es de notar que las pautas para determinar el convenio colectivo aplicable en la empresa contratista y subcontratista, y, por ende, las condiciones laborales aplicables a la plantilla que presta servicios en la contrata, se estructuran en base a tres reglas. El art. 42.6 ET se remite en primer lugar al convenio colectivo del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata. A continuación se dice que ese convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata quedará desplazado si existe otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III. Finalmente, el precepto concluye que, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará éste, en los términos que resulten del artículo 84.

Ligado con lo anterior, alguna doctrina propone una lectura del apartado 6 en sentido inverso, de abajo a arriba, en la consideración de que serían criterios escalonados y subsidiarios¹². Conforme a esta exégesis, sólo a falta de convenio propio de empresa entraría en juego la aplicación del convenio sectorial “de la actividad desarrollada en la contrata y subcontrata” a que se refiere el primer párrafo del art. 42.6 ET. Y sólo si además no hubiera “otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III”. Una interpretación del precepto que no comparto plenamente. Porque, a mi modo de ver, el párrafo primero y el párrafo segundo operan en planos distintos. Con el primero se fija el criterio que permite seleccionar el convenio colectivo de sector aplicable a los trabajadores que prestan servicios en las contrata. En cambio, con el segundo se articula la relación entre el convenio de empresa y los convenios colectivos de sector. Es decir, cumplen una función distinta y complementaria. Aunque la

11 Ya lo interpretaba así la doctrina en relación a los derechos de información y demás que se recogen en los apartados 3 y siguientes, véase Camps Ruiz, L.M., “La subcontratación de obras y servicios tras el Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo”, en AA.VV., *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 5/2001*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 69 a 72.

12 De la Puebla Pinilla, A., “El impacto de...”, op. cit., pág. 6.

empresa disponga de convenio propio, tendremos necesariamente que desentrañar cuál es el convenio colectivo de sector aplicable, pues sólo así podemos saber cuál es el convenio de aplicación preferente. Necesitamos saber cuál es el convenio colectivo de sector aplicable para determinar si el convenio de empresa es anterior o no en el tiempo. Al igual que tenemos que acudir al convenio colectivo de sector para ver si fija una regla distinta del “prior in tempore”. En conclusión, los dos párrafos del art. 42.6 ET se complementan. Razón por la cual seguiré en mi exposición el mismo orden que la ley.

3.1. El convenio colectivo del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata

Sobre estas bases, lo primero que dispone el art. 42.6 ET es que “el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata con independencia de su objeto social o forma jurídica”.

Pues bien, sin entrar en debates sobre la idoneidad del criterio finalmente adoptado, a mi juicio, la opción del legislador es clara: se tiene que aplicar el convenio sectorial propio del objeto de la actividad externalizada, esto es, la que se ejecuta en la contrata, no el de la actividad que desarrolla la empresa principal¹³. Lo que significa que el “nuevo” art. 42 ET no obliga a que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista tengan las mismas condiciones salariales que tendrían de haber sido contratados directamente por la empresa principal, ni mucho menos obliga a las empresas contratistas o subcontratistas a aplicar el convenio colectivo de la empresa principal —sea de empresa o de sector—. Ni siquiera cuando la contrata o subcontrata se incardina dentro de la “propia actividad” de la empresa principal. Una opción legislativa que, si se piensa, vino a dar carta de naturaleza legal a la última jurisprudencia sobre el particular: “las relaciones laborales en la contrata o subcontrata quedarán reguladas por el convenio colectivo sectorial cuyo ámbito funcional comprenda la actividad que llevan a cabo los trabajadores en el marco de la contrata” (STS 11 de junio de 2020, rec. 9/2019)¹⁴. Tal y como, de hecho, ha venido a confirmar

13 En este sentido, Durán López, F., “Contratas y negociación colectiva tras la reforma laboral”, Newsletter laboral, mayo 2022; Cavas Martínez, F., “Determinación del convenio colectivo aplicable en las contratas y subcontratas”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1/2022, págs. 7 y 8.; Nores Torres, L.E., “La reforma...”, op. cit., págs. 79 y 80; De la Puebla Pinilla, A., “El impacto de...”, op. cit., págs. 8 y 9; Pérez Guerrero, M. L., “La reforma de la subcontratación: una reforma de mínimos”, Trabajo, Persona, Derecho, Mercado, Monográfico 2022, pág. 172; Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): Impacto en contratas y subcontratas y el ‘trabajo externalizado’ (primeras valoraciones sobre los nuevos arts. 42.6, 84.2, 15 y 16 ET)”, en Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

14 En igual sentido, antes, la STS de 22 de febrero de 2019, rec. 237/2017, que declaró aplicable el Convenio colectivo de Trabajo del Sector de Colectividades de Cataluña —y no el VI Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de

el Alto Tribunal en su reciente sentencia de 6 de octubre de 2022 (rec. 35/2021). Si la actividad subcontratada es la limpieza, el convenio aplicable será el de limpieza de edificios y locales, y si es la vigilancia, el de empresas de vigilancia, con independencia de cuál sea la empresa principal.

Una interpretación que ha acogido mayoritariamente la doctrina, aunque no es unánime. En concreto, Merino Senovilla y Grau Pineda afirman, con base en la Exposición de Motivos, que, con la nueva previsión legal, es “el convenio sectorial que aplique a la empresa matriz el que habrá de prevalecer cuando las actividades externalizadas no tengan carácter accesorio o auxiliar por corresponderse con el núcleo de actividad de la comitente”¹⁵. De modo que, a su juicio, a las camareras de piso de la empresa de servicios o multiservicios les será de aplicación el convenio colectivo de hostelería. Un planteamiento al que se suma Goñi Sein, para quien el nuevo art. 42.6 ET no busca refrendar o legalizar el último criterio jurisprudencial, sino corregir la desigualdad de condiciones salariales que tal interpretación propicia, con igual apelación a la Exposición de Motivos y a la perspectiva de la igualdad y no discriminación que, afirma, impulsa la norma¹⁶.

Una exégesis que, en mi opinión, obedece más al deseo que a la realidad. No creo que con el “nuevo” art. 42.6 ET se haya abierto “una zona franca de una gran incertidumbre”, como afirma Goñi Sein. Los términos en que se expresa la norma son rotundos y no dejan lugar a dudas. Se refiere a “la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata”, no a la actividad desarrollada por la empresa principal. Por supuesto, estoy de acuerdo con Merino Segovia y Grau Pineda en que las tareas realizadas en cada concreta contrata son las que determinan el convenio sectorial de aplicación y no la actividad o actividades que se incluyan en el objeto social de la empresa contratista, que puede ser mucho más amplio o incluso no corresponderse con la realidad. Ahora bien, llevado al caso de las camareras de piso de una contrata, el convenio colectivo aplicable será el de limpieza de edificios y locales y no el de hostelería, por mucho que éste se aplique a la empresa principal, porque la empresa de servicios no realiza una actividad de alojamiento.

Insisto, “*in claris non fit interpretatio*”. El criterio podía perfectamente haber sido otro. Los artífices de la reforma y por tales me refiero a sindicatos y patronal, además del Gobierno, podían haberse inclinado en favor de la actividad desarrollada por la empresa principal, pero no lo hicieron. El texto acordado dice lo que dice y ese debe

la autonomía personal— a una empresa que operaba como subcontratista, en residencias geriátricas, en la actividad de restauración colectiva a los residentes. Y más recientemente la STS de 12 de febrero de 2021 (rec. 2839/2019) que recuerda que el art. 42 ET no garantiza la igualdad de condiciones salariales, en el caso de que la actividad no se lleve a cabo con personal propio, sino que se haya subcontratado o externalizado y la desarrollen trabajadoras de otra empresa.

15 Merino Segovia, A. y Grau Pineda, C., “La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de pisos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 96, 2022, pág. 39.

16 Goñi Sein, J.L., “Contratas, subcontratas y convenio colectivo aplicable”, *Estudios Latinoa*, núm. 13, 2022, págs. 93 y 94.

ser el verdadero y único canon de interpretación y no el Preámbulo, que, como ya he señalado, en puridad no fue negociado.

En este orden de cosas, esta opción legislativa plantea una serie de cuestiones sobre las que conviene reflexionar.

Primero, en ningún caso establece unas condiciones mínimas sectoriales o un salario mínimo de sector. El párrafo primero no otorga una preferencia legal de los convenios sectoriales en relación con lo establecido en el convenio de empresa, porque en verdad la articulación entre los convenios de empresa y los convenios de ámbito superior se regula en el párrafo segundo. Es allí donde se establece si el convenio colectivo aplicable tiene que ser el de sector o de empresa. Lo que hace el legislador en este párrafo es otra cosa. Por una parte, identifica el convenio colectivo sectorial por el que podrían regirse, en su caso, las relaciones laborales de las personas empleadas en las contratas y subcontratas; y, por otra, da respuesta a otro problema que se había planteado de manera recurrente en los últimos años, como es la selección del convenio colectivo aplicable en las empresas de multiservicios¹⁷. En definitiva, se fija el criterio para seleccionar el convenio colectivo sectorial aplicable, en su caso, a las personas que trabajan en las contratas y subcontratas.

Segundo, el criterio de la actividad ejecutada en la contrata o subcontrata se aplica también en el caso de las empresas de multiservicios¹⁸. Lo cual tiene todo el sentido, pues al fin y al cabo es una empresa de servicios más. La única diferencia es que, como tiene un objeto social plural, en la empresa de multiservicios no se aplicará un único convenio colectivo, sino tantos como actividades distintas ejecute¹⁹. Por poner un ejemplo, si la empresa de multiservicios ejecuta una contrata de limpieza para un cliente, los trabajadores ocupados en la misma quedarán sujetos al convenio colectivo de limpieza de edificios y locales, y si presta el servicio de conservación y mantenimiento de jardinería para otro cliente, a los empleados encargados de tales trabajos les aplicará el convenio colectivo del sector de jardinería.

17 El propio Tribunal Supremo se muestra titubeante, porque primero concluye que el convenio colectivo sectorial aplicable a los trabajadores de las empresas de multiservicios es el de la actividad preponderante (STS de 17 de marzo de 2015, rcud. 1464/2014) y más recientemente que es el de la real y verdadera actividad ejecutada por los trabajadores en relación a la prestación de servicios por la empresa de multiservicios a la empresa cliente (STS de 11 de junio de 2020, rec. 9/2019).

18 Una extensión que, de hecho, ya se contemplaba expresamente en algunos convenios colectivos de sector, como, por ejemplo, el Convenio colectivo de empresas de Limpieza de la provincia de Castellón (2015-2019), que dispone que quedan "incluidas expresamente en el ámbito de este convenio, los centros especiales de empleo, empresas de multiservicios y servicios auxiliares que se dediquen a la actividad de limpieza de edificios y locales" (BOP Castellón de la Plana 14/02/2017).

19 Una opción legal que, además, como ya apuntara el Tribunal Supremo, tiene la virtualidad de salvaguardar la "competencia en el mercado de trabajo, pues se establece una misma regulación unitaria a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo, con independencia de la configuración jurídica del sujeto empleador, esto es, de si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio o una empresa multiservicios" (STS 11 de junio de 2020, rec. 9/2019).

Al hilo de lo anterior, puede resultar que en el marco de la contrata se ejecuten al mismo tiempo trabajos encuadrables en distintas actividades. Algo cada vez más frecuente. Por ejemplo, que la contratista se encargue de la limpieza de las instalaciones y la conservación de los jardines en el mismo espacio. Lo que se ha dado en llamar contratas integrales. En este caso, a mi modo de ver, se impone distinguir en función de si hay o no plantillas diferenciadas, es decir, si los trabajadores están adscritos de manera permanente a unos u otros trabajos en función de su especialidad o si, por el contrario, todos hacen de todo. Si es lo primero, habrá que estar a la actividad que realiza cada empleado para identificar el convenio de sector que se le aplica. En el ejemplo, unos trabajadores quedarán sujetos al convenio colectivo de limpieza de edificios y locales y otros sometidos al convenio colectivo del sector de la jardinería. Esto implica aplicar a la plantilla distintos convenios colectivos sectoriales, pero esta solución es la que, pienso, mejor se adapta al criterio legal, porque en puridad, aunque sea dentro de la misma contrata, son actividades diversas e independientes. ¿Y si los trabajadores realizan de manera indiferenciada tareas de limpieza y mantenimiento o conservación de jardines? Pues bien, en tal caso no queda otra, creo, que atender a la actividad prevalente en la contrata. Es decir, aplicar el convenio colectivo que se corresponde con las tareas a las que los trabajadores dedican más tiempo.

No podemos terminar este apartado sin advertir que “la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata” no siempre tendrá encaje en el ámbito funcional de un convenio colectivo sectorial. Es más, puede ser que la empresa no tenga convenio propio y que tampoco haya un convenio de empresas de multiservicios. Ciertamente no será lo habitual, pero esa posibilidad existe. Puede haber trabajadores de la contrata sin convenio colectivo, como también los hay fuera del ámbito de las externalizaciones.

Para superar esa situación de vacío, en el pasado el Tribunal Supremo recurrió al más tradicional principio de unidad de empresa, en concreto en la sentencia de 17 de marzo de 2015 (rec. 1464/2014). En el caso, recuérdese, la empresa de multiservicios había celebrado un contrato de gestión integral de servicios complementarios que incluía los servicios de limpieza de edificios, reparación y mantenimiento de equipos, mantenimiento de ascensores, mantenimiento de equipos de seguridad, y servicios de conserjería; y los trabajadores, con la categoría profesional de auxiliar de información, reclamaban la aplicación del convenio colectivo de empresas de limpieza de edificios y locales. Pretensión que el Tribunal Supremo estimó, en la consideración de que, entre todas las actividades que se ejecutaban en la contrata, la limpieza de edificios y locales era la principal, a pesar de que no fueran las tareas que ejecutaban los demandantes.

Un fallo que probablemente se “explica” por el hecho de que la actividad de auxiliar de información no contaba entonces con un convenio colectivo sectorial de referencia, lo que situaba a estos trabajadores en una situación de menor protección, pero que resulta absolutamente cuestionable porque en verdad todas las actividades

de este tipo de empresas son igual de principales²⁰. En cualquier caso, es claro que esta solución no tendría hoy encaje legal, toda vez que la norma impone atender a la concreta actividad ejecutada en la contrata y si son varias, porque es un contrato de gestión integral, aplicar tantos convenios de sector como actividades distintas se realizan por la empresa de multiservicios, aunque sea en el marco de la misma contrata. Y así las cosas, puede suceder que todos o algunos de los trabajadores de la contrata no tengan convenio sectorial de referencia, porque la actividad que ejecutan no se contempla en ninguno.

3.2. El convenio colectivo de sector aplicable conforme a lo dispuesto en el título III

La actividad ejecutada en la contrata o subcontrata constituye el fundamental criterio identificador del convenio colectivo aplicable en la empresa contratista o subcontratista, pero, como se ha adelantado, no es el único. Porque el legislador incorpora una excepción cuando añade “salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III”. Una previsión ciertamente enigmática, que ya ha dado pie a diversas interpretaciones doctrinales. En concreto, la duda que surge es ¿cuál pueda ser ese “otro convenio colectivo sectorial”?

Un sector de la doctrina apunta que el legislador habría venido a reconocer así la posibilidad de negociar un convenio colectivo para empresas de multiservicios²¹. Una opción que ya se exploró en el pasado, llegando a constituirse una “Asociación de Empresas de Externalización de Servicios Auxiliares de la Producción”, que agrupaba a una parte importante de las principales empresas del sector. El objetivo, entre otros, era negociar un convenio colectivo que diera al menos cobertura a aquellos trabajadores que prestaban servicios en actividades que no contaban con regulación sectorial específica, pues los restantes seguirían rigiéndose por las tablas de sus respectivas regulaciones convencionales. Una solución que, sin embargo, no llegó a materializarse por el recelo de la parte sindical.

Una habilitación legal que puede tener su sentido, pero que, según cómo se implemente, podría llegar a afectar a la competencia en el mercado, porque prestaciones de servicios que tienen estructuras semejantes quedarían sometidas a distinta regulación. Para la misma actividad, por ejemplo, la limpieza, los salarios y, por ende, los costes laborales serían diferentes en función de que el empleador fuera una empresa de multiservicios o una empresa de servicios a secas. Lo cual, a mi modo de

20 Véase comentario crítico de esta sentencia de Esteve-Segarra, M.A., en “La selección del convenio colectivo aplicable en empresas de multiservicios. A propósito de la STS de 17 de marzo de 2015, rcd. 1646/2014”, *Revista de Información Laboral* núm. 9, 2015, págs. 17 a 30.

21 Lahera Forteza, J., *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Tirant lo Blanch, 2022, pág. 55; Sala Franco, T., *La reforma laboral: la contratación temporal y la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 86 y 87.

ver, no tiene ningún sentido. Es verdad que esa circunstancia ya se da en el caso de los centros especiales de empleo, pero también convendremos que se trata de un empleador "sui generis", que se rige por principios de funcionamiento específicos diferentes de los de otros agentes económicos, caracterizados por la primacía de la persona. Son empresas de economía social, que compatibilizan la viabilidad económica y su participación en el mercado con su compromiso social hacia colectivos con menores oportunidades en el mercado de trabajo, lo que justifica un régimen diferenciado. Pero en el caso de las empresas de multiservicios no parece razonable que sea así. De ahí que si finalmente se materializara esta opción probablemente habría que adoptar determinadas cautelas, como dejar fuera aquellas actividades que ya tienen su propia regulación sectorial o incorporar en ese convenio colectivo las tablas salariales de los convenios colectivos de sector existentes, ya sea por remisión o reproducción, estableciendo unas tablas propias y diferenciadas para aquellas actividades que no están cubiertas por esos otros convenios colectivos de sector. En cualquier caso, el tiempo dirá si esta alternativa que se ha abierto tiene o no recorrido.

Una segunda opción, barajada por otros comentaristas, es que con ese "otro convenio colectivo sectorial" se esté dando entrada a la posibilidad de aplicar en la contratista el convenio colectivo del sector de la empresa principal cuando "la actividad desarrollada por las personas trabajadoras en la contrata tenga las especialidades y las condiciones o contenidos específicos definidos en el convenio colectivo sectorial aplicable a la empresa principal"²². Una lectura del precepto que no comparto. Antes de la reforma de 2021 el Tribunal Supremo declaró ya que la coincidencia de tareas o funciones no era condición suficiente para aplicar al personal externalizado el convenio colectivo de la empresa principal²³. Y la mención del vigente art. 42 ET a ese "otro convenio colectivo sectorial" no cambia en nada las cosas. Porque para que desplace al convenio "del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata", es requisito imprescindible que "sea aplicable conforme a lo dispuesto en el título III", es decir, que exista un nexo de representación. No basta con que las funciones desempeñadas por los trabajadores estén identificadas en la clasificación profesional del convenio colectivo aplicable a la empresa principal, sino que la empresa contratista ha de estar incluida en el ámbito de aplicación de ese "otro convenio colectivo sectorial", lo que inmediatamente plantea el problema de la falta de capacidad desde el lado patronal para vincular a este tipo de empresas. Si las empresas contratistas —sean o no de multiservicios— no están representadas por los negociadores de ese "otro convenio colectivo sectorial", no se les puede aplicar el convenio sin quebrar precisamente las reglas del Título III. Yendo al caso concreto de las "kellys", a la empresa de servicios no le resulta aplicable el convenio colectivo de hostelería, aun cuando exista identidad de funciones o tareas, porque en ningún caso está representada por la organización empresarial firmante.

22 De la Puebla Pinilla, A., "El impacto de...", op. cit., págs. 10 y 11.

23 STS de 11 de noviembre de 2021 (rec. 3330/2019).

Al hilo de lo anterior, seguirán sin ser válidas las denominadas cláusulas “inclusivas”²⁴, esto es, aquellas que se dirigen directamente a las empresas contratistas o subcontratistas para que apliquen las condiciones del convenio colectivo a pesar de que se encuentran extra muros del convenio²⁵. El Tribunal Supremo ya se manifestó en contra de tales cláusulas²⁶ y a mi modo de ver nada cambia con el “nuevo” art. 42 ET. Porque del Título III se colige que sólo pueden estar comprendidos en el ámbito funcional del convenio colectivo quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio²⁷. Luego, si la empresa contratista o subcontratista no estuvo representada en la mesa de negociación, no puede quedar directamente obligada por el mismo. El hecho de que haya sido contratada para prestar servicio a una empresa incluida dentro del ámbito funcional del convenio colectivo es irrelevante a estos efectos. No altera su condición de tercero y podrá impugnar la pretendida extensión por lesividad.

Cosa distinta es que los negociadores de un convenio colectivo de sector comprometan que las empresas —principales— que sí están incluidas en su ámbito de aplicación tendrán que introducir en los contratos mercantiles una cláusula en virtud de la cual las empresas contratistas y subcontratistas quedarán obligadas a aplicar a sus trabajadores determinadas condiciones o garantías del convenio, cuando éste no les sea directamente aplicable. Clausulas convencionales que la doctrina ha adjetivado como “extensivas”²⁸. Constituyendo un ejemplo claro el XV Convenio colectivo sectorial de hostelería de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, que dispone que los empresarios afectados por este Convenio que contraten o subcontraten con otros la realización de servicios correspondientes a

24 Término acuñado por Palomo Balda, E., “El estatus laboral de los trabajadores de las empresas de multiservicios y la problemática determinación del Convenio colectivo sectorial de referencia”, en AA. VV. La negociación colectiva de las empresas de multiservicios, Francis Lefebvre, 2018, págs. 245 a 254.

25 Un ejemplo de este tipo de cláusula en el Convenio Colectivo de Hostelería de Las Palmas 2016-2019 (BOP 13/03/2017) que incluye en su ámbito funcional “a todas aquellas empresas que en virtud de cualquier tipo de contrato, siempre que sea con aportación de personal, realicen uno o varios servicios, actividades o tareas de los prestados en cualquier establecimiento sujeto al ámbito funcional de este Convenio Colectivo, debiéndose en estos supuestos aplicar al personal puesto a disposición y durante el tiempo que éstos se encuentren prestando tales servicios, las condiciones generales contenidas en el mismo y en particular la tabla salarial que corresponda a la categoría del establecimiento conforme al Anexo I”. De igual modo, el anterior Convenio Colectivo de Hostelería para la provincia de Málaga (2014-2017), que al delimitar su ámbito personal —no el funcional— dispone que “a las actividades desarrolladas por camareras de pisos, personal de restaurante, cocina y recepción, cualquiera que sea la empresa para la que presten sus servicios, les serán de aplicación las condiciones previstas en el presente convenio colectivo” (BOP Málaga 31/10/2014).

26 Básicamente, porque, como se afirma en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2021 (rec. 3330/2019), “la obligación de equiparación solo puede obligar a las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo, esto es, a las empresas ‘principales’ y no, naturalmente a empresas ‘terceras’ no incluidas en este ámbito de aplicación”. Con mención a la STS 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018).

27 Entre otras muchas, STS 10 de diciembre de 2008 (rcud. 2731/2007).

28 Palomo Balda, E., “El estatus laboral...”, op. cit. págs. 245 a 254.

la actividad principal de aquellos “deberán comprobar a efectos de garantía de su percepción, que los trabajadores prestatarios de tales servicios vienen siendo retribuidos, al menos, en las condiciones que vienen recogidas en el presente Convenio colectivo. A tales efectos, las empresas subcontratistas facilitarán a la principal las jornadas de trabajo y descansos realizados por el trabajador en el centro de trabajo, a fin de comprobar que tales condiciones se ajustan al presente Convenio colectivo” (art. 14)²⁹. En este caso, los firmantes del convenio se dirigen única y exclusivamente a los empresarios incluidos en su ámbito de aplicación, es decir, a los establecimientos hoteleros y de restauración, quienes quedan, eso sí, obligados a garantizar que los trabajadores que prestan servicios en las áreas de bar, restaurante, comedor, cocina, recepción, pisos y limpieza a través de las empresas contratistas y subcontratistas cobran, al menos, las retribuciones del citado convenio. La licitud de estas cláusulas está fuera de toda duda y, como no obligan directamente a un tercero, no plantean problemas desde el punto de vista de la fuerza vinculante del convenio colectivo (STS 12 de marzo de 2020, rec. 209/2018).

3.3. El convenio colectivo de empresa

Finalmente, el párrafo segundo del art. 42.6 ET establece que, “cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84”. Es decir, la relación entre el convenio colectivo de empresa y los convenios colectivos de sector se rige por las mismas reglas que en cualquier otra empresa. La contrata y subcontrata no pone ni quita³⁰. El criterio general de solución de concurrencias conflictivas será la regla del “prior in tempore” 84.1 ET, igual que se aplicarán las excepciones que se contemplan en el referido precepto, tanto las previstas en el art. 84.2, 3 y 4 ET, como las que pueden establecer los

29 En igual sentido, el vigente Convenio Colectivo de Hostelería para la provincia de Málaga (2018-2012), que dispone que “las empresas hosteleras que contraten o subcontraten con otras los servicios de camarera de pisos, personal de restaurante, cocina y recepción, incluirán en el contrato que lo sustente la obligación del contratista de respetar las condiciones del presente convenio. En caso de no hacerlo, si no se aplicara el convenio, recaerá sobre la empresa principal la responsabilidad solidaria de las diferencias salariales” (BOP Málaga 23/08/2018). Igualmente, el Convenio colectivo del sector de la Hostelería de la provincia de Teruel (2019-2021), que prevé que “las empresas afectadas por el presente convenio en el caso de proceder a subcontratar parte de su actividad de los servicios de hostelería y siempre que la prestación del trabajo se realice en sus instalaciones, deberán exigir a la empresa subcontratada su autorización y alta en la actividad empresarial para prestar servicios en la actividad de hostelería y, por lo tanto, aplicar a sus trabajadores/as las categorías y todas las condiciones del convenio de hostelería de la provincia de Teruel” (BOP Teruel 15/03/2021).

30 El hecho de que el art. 42.6 ET se refiera a un convenio colectivo “propio”, sin especificar si debe ser necesariamente de empresa, no permite a mi juicio concluir que el convenio colectivo de centro de trabajo pudiera tener un mayor protagonismo en el marco de la contrata, dado que la norma se remite al art. 84 ET y la jurisprudencia ya se ha encargado de acotar allí el espacio de actuación del convenio colectivo de centro de trabajo. Con mayores dudas, véase Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Nueva reforma laboral...”, op. cit., pág. 6.

convenios y acuerdos colectivos de ámbito estatal o de comunidad autónoma ex art. 83.2 ET³¹.

Lo anterior significa que el “nuevo” art. 42 ET no antepone al convenio colectivo de empresa, pero también que no lo posterga en todos los casos. Aun después de la reforma laboral de 2021, el convenio colectivo de la empresa contratista o subcontratista puede, en determinadas circunstancias, imponerse al convenio colectivo sectorial, incluso si fija condiciones salariales menos favorables. La razón, como ha señalado la doctrina, es que el párrafo segundo “in fine” del art. 42.6 ET se remite al art. 84 ET en su totalidad³². Y conforme a este precepto el convenio colectivo de empresa no sólo tiene prioridad aplicativa en las materias que detalla el apartado segundo, sino también, como regla general, cuando sea anterior en el tiempo frente al convenio colectivo de sector posterior. De suerte que, como se ha adelantado antes, con la reforma de 2021 tampoco se garantizan unas condiciones mínimas sectoriales o un salario mínimo de sector.

Con todo, resulta evidente que, al haber desaparecido la materia salarial del art. 84.2 ET, se han reducido sensiblemente las posibilidades de que en la empresa se aplique un salario inferior al previsto en el convenio colectivo de sector. Con la nueva regulación probablemente se negocien menos convenios de empresa, y puede que incluso desaparezcan algunos que ya estaban consolidados, esto es, anteriores a 2012. Porque la nueva regulación impacta en los convenios colectivos de empresa “a la baja”, pero también podría hacerlo en aquellos otros que incorporan mejores salarios que los del sector, visto el tenor del apartado 2 de la Disposición Transitoria 6. Dicho precepto prohíbe el recurso a la compensación y absorción, por lo que no queda claro si la empresa con convenio propio que establece retribuciones superiores, pero por conceptos distintos, podrá neutralizar las diferencias existentes recurriendo a esa técnica o, por el contrario, los trabajadores podrán reclamar lo mejor de cada convenio. Sin duda esto último choca con la función de adaptación que se supone al convenio de empresa y la posibilidad de establecer una política retributiva propia — que no menores salarios—, no siendo probablemente éste el propósito del legislador, si bien, en todo caso, habrá que estar atento a la interpretación que de este precepto hagan los tribunales³³.

Sentado lo anterior, por hipótesis pueden darse los siguientes escenarios:

Primero, el convenio colectivo de empresa contratista o subcontratista es anterior en el tiempo frente al convenio colectivo sectorial concurrente. En este supuesto, por aplicación de la regla del “prior in tempore”, se aplicará el convenio de empresa, aunque establezca condiciones por debajo del sector. Es decir, el hecho

31 Sobre la reciente reforma del art. 84 ET, véase Mercader Uguina, J.R., “El fin de...”, op. cit., págs. 111 a 128.

32 De la Puebla Pinilla, A., “El impacto de...”, op. cit., pág. 7.

33 Ampliamente, sobre el particular, que excede del objeto de este trabajo, Mercader Uguina, J.R., “El fin de...”, op. cit., págs. 127 y 128. También, Cabeza Pereiro, J., “Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias”, NET21, 2022.

de negociar el convenio colectivo de la empresa contratista sin que esté vigente el convenio colectivo sectorial, ya sea porque no exista o porque esté en ultractividad³⁴, conlleva la prioridad aplicativa frente al convenio de ámbito superior posterior. Gana la posición y se aplica en su integridad, incluidas las tablas salariales. Lo anterior, es verdad, salvo que otra cosa se disponga a través de los instrumentos del art. 83.2 ET. Porque tras la reforma de 2021 se mantiene el papel ordenador de la negociación colectiva a través de los convenios y acuerdos colectivos de ámbito estatal o autonómico, que pueden establecer un criterio distinto a la prioridad temporal —posterior en el tiempo, más beneficioso, nivel más reducido, etc.—.

Segundo, el convenio colectivo de empresa contratista o subcontratista es posterior en el tiempo. En tal caso, por aplicación de la regla general ex art. 84.1 ET, se aplicará el convenio colectivo de sector. No obstante, la citada regla cuenta también con dos excepciones. De una parte, porque, como en el caso anterior, el principio de prioridad temporal es dispositivo para los convenios o acuerdos colectivos sectoriales regulados en el art. 83.2 ET. De suerte que a través de estos instrumentos se podría atribuir preferencia al convenio colectivo posterior o al más favorable o directamente al convenio de empresa. Ahora bien, si nos atenemos al pasado, no parece que la negociación colectiva sectorial vaya a ceder particular protagonismo a la negociación de empresa y menos aún en materia salarial. De otra, porque la reforma laboral de 2021 ha puesto fin a la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa en materia salarial, pero la mantiene en al menos otros cinco aspectos, entre los que destaca por su naturaleza adaptativa, “el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos”; “el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones”; y “la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores”. Una regla que sigue siendo indisponible para los acuerdos o convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal o de comunidad autónoma. Los cuales, eso sí, podrán, en su caso, ampliar dicho listado de materias.

Huelga decir que puede aplicarse el convenio colectivo de empresa sencillamente porque no existe un convenio colectivo sectorial de referencia. Una situación de vacío sectorial que ya se da y que podría crecer exponencialmente si se externalizan nuevas subactividades. La razón de ello es que cada vez que se “trocea” una actividad los fragmentos resultantes no necesariamente encajan dentro de un convenio colectivo de sector preexistente. De suerte que, si tampoco existe un convenio colectivo empresa de multiservicios que haga las funciones de convenio colectivo “escoba”, el convenio colectivo de empresa asume enteramente la regulación de las condiciones laborales en la contrata. Un vacío que, eso sí, con el tiempo podría corregirse, ya sea porque se amplía el ámbito de aplicación de un convenio colectivo de sector, ya sea porque se crea una nueva unidad de negociación sectorial, momento a partir del cual

34 STS de 5 de octubre de 2021, rec. 4815/2018.

la relación entre el convenio colectivo de empresa y el de sector se rige por lo dispuesto en el art. 84 ET.

4. LAS CONDICIONES LABORALES APLICABLES A LOS TRABAJADORES EMPLEADOS EN LAS CONTRATAS DEL SECTOR PÚBLICO

Finalmente, se impone exponer de forma separada el régimen de condiciones laborales aplicables en las contrataciones del sector público. No porque no estén incluidas dentro del negocio jurídico de la contrata o subcontrata ex art. 42 ET, sino por la acción combinada de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que opera como norma especial. En particular porque varios preceptos de esta norma aluden al convenio colectivo que debe utilizarse como referencia o ser aplicado en las licitaciones y contrataciones públicas. Para empezar el art. 122.2 de la LCP, que establece que, en los pliegos de las cláusulas administrativas particulares, se incluirá “la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación”; también el art. 149 LCP, que prevé que “los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes”; y ligado a lo anterior el art. 201 LCP, que dispone que “la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el art. 192”. Lo que se complementa con la previsión de que los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la fijación del valor estimado y el precio se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación (arts. 101 y 102 LCP).

Es decir, la Ley 9/2017, alterando el “sistema de fuentes” aprobado por la reforma laboral de 2012, restaura la primacía del convenio colectivo sectorial en materia salarial para el ámbito de la contratación pública. El adjudicatario de una contrata del sector público queda obligado a aplicar al menos las condiciones salariales previstas en el convenio colectivo sectorial, aun cuando tenga un convenio propio anterior en el tiempo. Una matización de la regla de prioridad aplicativa del art. 84.2 ET que, aún después de la reforma de 2021, tiene plena virtualidad, porque, como se ha indicado, ésta no impone un salario mínimo sectorial, a diferencia de la fórmula empleada por la Ley 9/2017.

Respecto de las demás condiciones de trabajo habrá que estar a lo dispuesto con carácter general para las empresas contratistas y subcontratistas en el art. 42.6 ET y, por remisión en el art. 84 ET. Es decir, para el resto de materias, el convenio colectivo sectorial sólo se aplicará cuando sea primero en el tiempo, salvo que se establezca otra cosa mediante acuerdo art. 83.2 ET. E incluso en ese supuesto tendrá prioridad aplicativa el convenio de empresa respecto de las materias tasadas del art.

84.2 ET. Lo anterior salvo que, como apunta Cavas Martínez, se haya incluido en el pliego de condiciones la aplicación del convenio sectorial, como condición especial de ejecución del contrato de carácter social, conforme a lo previsto en el art. 202 de la Ley 9/2017³⁵.

5. CONCLUSIONES

Como se ha anticipado, a pesar de los anuncios, declaraciones programáticas, proposiciones de ley y compromisos de Gobierno, la reforma del art. 42 ET no ha cumplido las expectativas que se habían dado determinados sectores políticos, sindicales y doctrinales, incluidos algunos de los artífices del RD-Ley 32/21. En el tiempo de descuento, el Gobierno renunció a introducir en la norma cambios que algunos de sus integrantes habían calificado como líneas rojas y, por tanto, irrenunciables. Como señala la doctrina esta renuncia obedece, sin duda, al hecho de ser una reforma pactada, lo que siempre obliga a dejarse pelos en la gatera, pero en este caso el margen de actuación del Gobierno probablemente fue aún menor, debido al hecho de que la Comisión Europea condicionara los 10.000 millones de Bruselas a que el BOE publicara una reforma pactada³⁶. Es decir, se ha hecho de la necesidad virtud.

En todo caso, sea cual sea la razón, no se han restringido los supuestos en que se puede subcontratar, como en algún momento se llegó a plantear. El vigente art. 42 ET permite a la empresa contratar o subcontratar cualquier parte de su negocio. Cualquier actividad, aunque no revista la cualidad de complementaria o contingente, se puede lícitamente subcontratar³⁷. Y, añadido, con independencia de que el recurso a la contrata se base en la calidad del valor de negocio que aporta o en su capacidad para generar ahorros o, como es lo habitual, en ambos factores a la vez. Las razones de la externalización permanecen dentro del ámbito de la más estricta discrecionalidad empresarial.

Un margen de decisión empresarial que, dicho sea de paso, debería servir de acicate para cuestionar la legalidad de aquellas cláusulas convencionales que vienen limitando el recurso a la contratación o subcontratación sin ninguna justificación. Un ejemplo significativo lo encontramos en el Convenio Colectivo del sector de la Hostelería de la provincia de Santa Cruz de Tenerife 2018-2022, que establece que las empresas incluidas en el convenio "no contratarán o subcontratarán con otras empresas personal para los servicios de restaurantes, bares, cocinas, recepción y

35 Cavas Martínez, F., "Negociación colectiva y convenio colectivo aplicable en las empresas de multiservicios", *Aspectos jurídico-laborales de la externalización productiva a través de las empresas multiservicios: estado de la cuestión y propuestas*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2019, págs. 124 y 125.

36 En palabras de Castro Marín, una espada de Damocles, "La reforma del art. 42 ET y su necesaria contextualización: ¿decepción o baño de realidad?", *Diario LA LEY*, nº 9986, de 11 de enero de 2022, Wolters Kluwer, ISSN Electrónico: 1989-6913.

37 STS 4 de marzo 2008, rec. 1310/2007.

pisos” (art. 18). Si, como ha declarado el Tribunal Supremo, “la posibilidad de que las empresas externalicen una parte de su proceso productivo forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa (art. 38 ET) y es necesario que una norma con rango de Ley la restrinja para que se pueda considerar válida”³⁸, no parece que con el nuevo art. 42 ET los convenios colectivos queden autorizados para establecer ese tipo de prohibiciones.

En segundo lugar, no se ha impuesto la obligación de garantizar las condiciones de trabajo de la empresa cliente. El vigente art. 42 ET no exige una paridad de tratamientos análoga a la establecida en el art. 11 de la Ley 14/1994, de Empresas de Trabajo Temporal. Lo que tiene todo el sentido, vista la distinta morfología de funcionamiento de las empresas de servicios y las ETTs y que, desde luego, no cumplen la misma función socioeconómica. Una cosa es el mero prestamismo laboral, donde la empleadora realiza una labor de mera intermediación por la que cobra un precio que básicamente comprende el salario del trabajador puesto a disposición y el correspondiente margen empresarial, donde tiene todo el sentido la paridad salarial. Y otra distinta la contrata lícita de servicios, donde la empresa contratista realiza una verdadera y propia actividad productiva, con recursos humanos y materiales propios y diferenciados de los de la empresa principal. Empresas con estructuras organizativas y costes y márgenes de explotación distintos que casan mal con la paridad salarial y de condiciones de trabajo.

En definitiva, revisado el “nuevo” art. 42 ET, hemos de concluir que los rasgos esenciales del precepto permanecen. Nada ha cambiado en lo relativo a su presupuesto de hecho, ni a las consecuencias jurídicas, y la mayoría de las cuestiones controvertidas que suscitaba la anterior regulación de la contratación y subcontratación permanecen tras la reforma laboral de 2021. Como antes, puede suceder que los trabajadores de la empresa contratista tengan un convenio colectivo diferente y, por ende, unas condiciones laborales distintas de las que tienen los trabajadores contratados directamente por la empresa principal. Prueba de lo cual es el colectivo de “kellys”, que seguirán comprendidas dentro del convenio colectivo de hostelería cuando prestan servicios directamente para el establecimiento hotelero y, en cambio, están sometidas al convenio colectivo de limpieza de edificios y locales cuando son trabajadoras de una empresa de servicios o multiservicios. De otra parte, no es descartable que, como consecuencia de la externalización de nuevas actividades, algunos trabajadores queden temporalmente sin un marco convencional de referencia. Ha sucedido en el pasado y probablemente vuelva a suceder en el futuro. Es un proceso natural. No hay un convenio colectivo sectorial aplicable hasta que la nueva rama de actividad está lo suficientemente madura como para alumbrar una unidad de negociación que le dé cobijo.

38 STS 21 de enero de 2020, rec. 159/2018.

Pues bien, partiendo de que básicamente nada ha cambiado en la norma, salvo la ventana de oportunidad que se abre a los convenios colectivos de empresas de multiservicios, las alternativas que se abren para abordar estas situaciones de menor protección para los trabajadores son tres: 1º) Incluir cláusulas extensivas en los convenios colectivos de sector que obliguen a la empresa principal a exigir a la empresa contratista unos determinados estándares laborales. 2º) Negociar un convenio colectivo de empresas de multiservicio. 3º) Inaugurar nuevas unidades de negociación que den cabida a las actividades externalizadas que han quedado en tierra de nadie.

La primera opción, la de extender la aplicación del convenio colectivo de sector de la empresa principal a las relaciones laborales de las empresas de servicios, se halla refrendada ya por el Tribunal Supremo, siempre y cuando sean los empresarios –principales– incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo los que quedan obligados a garantizar que los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas tengan las condiciones que fije la cláusula extensiva. Ahora bien, a mi juicio, resulta una solución imperfecta. Básicamente, porque supone residenciar la regulación del salario, el tiempo de trabajo y el resto de las condiciones laborales en un tercero, lo que, aunque no sea una práctica contraria a derecho, choca con la lógica de que sean los propios afectados quienes directamente establezcan su marco de relaciones laborales.

La segunda solución consiste en la posibilidad, al menos teórica, de negociar un convenio colectivo para empresas de multiservicios. Una novedosa unidad de negociación que tendría una doble virtualidad. Primero, daría una cobertura convencional a actividades externalizadas, pero que, por razón de su especialidad o falta de maduración, no están reguladas por un convenio colectivo sectorial. Segundo, cubriría a los trabajadores de estructura de las empresas de multiservicios, que mientras tanto tienen que conformarse con el convenio colectivo de oficinas y despacho, por su condición de “convenio escoba”. Ahora bien, como ya se ha dicho, tampoco es una opción exenta de problema, porque podría afectar a la competencia entre empresas, al establecer un régimen diferenciado de obligaciones y costes laborales entre empresas de servicios y multiservicios, sin aparente justificación. De ahí que hubiera que prever en el propio convenio colectivo para empresas de multiservicios que sólo se aplicará en defecto de convenio colectivo de sector que regule la actividad que se ejecuta en la contrata o subcontrata. De modo que no estaríamos ante convenios colectivos concurrentes, sino ante un convenio colectivo que colma lagunas de cobertura negocial.

Por último, está la opción de toda la vida, la de negociar un convenio colectivo que dé cabida a la “nueva” actividad, ya sea inaugurando una unidad de negociación, es decir, el primer convenio colectivo de sector, ya sea ampliando las lindes de un convenio colectivo preexistente. Un ejemplo significativo de lo primero es el primer Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional, que se firmó el pasado año y que viene a cubrir un espacio, el “outsourcing” de fuerzas de ventas, que

surge a principios de este milenio y que no tenía encaje en los anteriores convenios colectivos. O el más reciente aún primer Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones, que se suscribió a finales del año pasado. Desde luego esta solución no es inmediata, pues requiere de una masa crítica que permita alumbrar la nueva unidad de negociación, pero a mi modo de ver es la óptima, pues asegura una regulación integral de las condiciones laborales en el sector, adaptada a sus necesidades y negociada por quienes están directamente afectados. La otra opción, a medio camino, es ampliar el radio de acción de los convenios colectivos preexistentes, dando entrada a esa nueva actividad o subactividad que antes no se contemplaba o que no tenía un encaje claro. Tal y como ha sucedido, por ejemplo, con la lectura de contadores eléctricos. En el momento en que se empieza a externalizar esta actividad queda en tierra de nadie; posteriormente, se le aplicará el convenio colectivo de oficinas y despachos, como una solución de mínimos³⁹; y finalmente es acogida por los convenios colectivos del metal. Eso sí, siempre bajo la condición de que los sujetos presentes en la mesa de negociación ostenten la representatividad necesaria para fijar el correspondiente ámbito de aplicación.

Tres soluciones para un mismo problema que en todos los casos se sitúan en el ámbito de la negociación colectiva. El “outsourcing” cuestiona el mapa tradicional de la negociación colectiva, al menos en su sentido horizontal, pero los propios negociadores tienen las herramientas necesarias para adaptarlo a los cambios que se observan. Diversos casos prácticos ilustran que nos encontramos con sectores de actividad clásicos que se están descomponiendo, al tiempo que se vacían de trabajadores, mientras emergen nuevos nichos de actividad, que se nutren con los efectivos desplazados y que no siempre encajan en los convenios colectivos preexistentes, pero a los que se puede buscar acomodo. Puede que baste con reconfigurar el ámbito de aplicación de algunos convenios colectivos “históricos” o tal vez haya llegado el momento de apostar por nuevas unidades de negociación colectiva sectorial, más pequeñas, pero ajustadas a las necesidades y peculiaridades de las nuevas actividades. Las opciones, en todo caso, son variadas, más aún después de la reforma laboral de 2021. Ahora bien, su articulación y la responsabilidad última de lo que se haga o deje de hacer es de los representantes de los trabajadores y las empresas. Es decir, la pelota sigue estando en el tejado de sindicatos y patronal.

39 Expediente 1274/2004 Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

Sucesión de contratistas y sucesión de empresa

Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid



SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. ENTIDAD ECONÓMICA Y CONTRATA: ¿SE PUEDE IDENTIFICAR ÉSTA CON UNA UNIDAD PRODUCTIVA AUTÓNOMA? 2.1 La regla general. 2.2. La regla excepcional. 3. LA APLICACIÓN DE LA REGLA EXCEPCIONAL Y SUS LÍMITES. 3.1. La artificiosidad de la diferencia entre sectores de la actividad en sucesiones de actividad. 4. LA ESENCIALIDAD DE LA MANO DE OBRA EN LA ACTIVIDAD EXTERNALIZADA. 5. "PARTE ESENCIAL DE LA PLANTILLA". CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO DE DIFÍCIL APREHENSIÓN. 6. ASUNCIÓN "CONVENCIONAL" DE PLANTILLA. 7. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El estudio presenta una valoración crítica de la asimilación a veces forzada de la sucesión de contratistas en una prestación de servicios a supuesto de transmisión legal de empresa. Se aboga por una interpretación restrictiva de la que debe configurarse como regla condicionada y excepcional. Solo aplicable cuando quede acreditado que se ha transmitido una unidad productiva autónoma o una entidad económica que mantiene su identidad sin apreciaciones apriorísticas de lo que deba entenderse como sector intensivo en mano de obra y asunción de plantilla como causa de la transmisión.

Palabras clave: transmisión de empresa; entidad económica; sucesión de contratistas; subrogación convencional; sector desmaterializado.

ABSTRACT: The study presents a critical assessment of the sometimes forced assimilation of the succession of contracts as a case of legal transfer of an undertaking. It advocates a restrictive interpretation of this rule, which should be configured as a conditional and exceptional, only applicable when an autonomous production unit or economic entity is transferred in the specific case. Also in certain labour-intensive sectors or essentially a labour-intensive activity.

Key words: transfer of an undertaking; economic entity; labour-intensive sector; collective agreement.

1. INTRODUCCIÓN

La institución jurídica de la transmisión de empresas ha planteado, y sigue planteando numerosas cuestiones o conflictos interpretativos en torno a los requisitos o elementos normativos del supuesto de hecho (elemento subjetivo-cambio de titularidad— y elemento objetivo —entrega efectiva del conjunto de factores productivos que permitan la continuidad de la organización y actividad empresarial—). El debate (planteado tanto a nivel judicial como doctrinal) se ha acrecentado cuando se atrae o intenta atraer hacia la transmisión de empresas un fenómeno, el de la externalización o descentralización productiva y, en lo que parece asimilarse forzosamente, el cambio o sucesión de contratistas o la reasunción por el empresario principal del servicio inicialmente externalizado conectados con la previsión convencional de la subrogación por la empresa entrante en los contratos de trabajo suscritos por la saliente.

En apretada síntesis de la evolución a lo largo de estos años del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (y de nuestra jurisprudencia interna en la asunción de la doctrina comunitaria), conviene a los efectos de este estudio indicar al menos lo siguiente:

Primero, la interpretación finalista del TJUE (alumbrada como jurisprudencia de principios para garantizar el efecto útil) de la normativa europea sobre transmisión de empresa ha originado la pérdida (no la mera flexibilidad) de valor definitorio de la causa de la transmisión y ha posibilitado que definitivamente emerja como elemento único su objeto. Interpretación que permite caracterizar a la Directiva por su flexibilidad para responder al objetivo de protección de los trabajadores como elemento clave del principio de seguridad o estabilidad en el empleo¹ y que fundamenta la reelaboración de la configuración jurídica de la transmisión de empresa. Se dice, lo que por cierto no es a nuestro juicio exacto, que en esa evolución el TJUE transita desde una concepción orgánica de la empresa (a la que se califica como arcaica) a una concepción funcional cuyo elemento fundamental es la continuidad de la actividad. Esa valoración olvida, como veremos a continuación, una fase final matizada, que permite, aún con ciertos desajustes y dificultades, adentrarse con mayor profundidad en el objeto de transmisión.

Segundo, también al albur de este elemento objetivo, se aprecia una expansión o dilatación (otros dicen flexibilización) del concepto de “entidad económica” como rasgo esencial (de criterio decisivo lo califica el TJUE) para determinar el ámbito de aplicación y alcance de la normativa comunitaria sobre traspaso de empresa y subrogación del nuevo empresario.

Tercero, esa expansión tiene su punto álgido en la construcción de la teoría o doctrina de la sucesión de plantilla unida genéticamente a las que se ha conveni-

1 Así por ejemplo se expresa, entre otras, en las sentencias de 24 enero 2002, Asunto C-51/00 y de 20 enero 2011, Asunto C-463/09. Lo reitera las de 20 julio 2017, C-416/16, apartado 37, y de 13 junio 2019, C-317/18, en la que se afirma que “el objeto de la citada Directiva es garantizar, en la medida de lo posible, la continuación de los contratos o de las relaciones laborales con el cesionario, sin modificaciones, con el fin de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por el mero hecho de la transmisión”.

do impropriamente en denominar “actividades desmaterializadas”, concluyendo que el conjunto de trabajadores puede (adviértase el condicional) ser considerado —en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra— entidad económica autónoma preexistente que mantiene su identidad después de la transmisión. Siempre que el nuevo empresario no se limite a continuar con la actividad sino que, además, se haga cargo de una parte esencial, en términos de número y competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a esa tarea.

No entramos a describir, por conocidas, las diferentes etapas en la formulación de esta doctrina del TJUE y en paralelo su recepción, en diferentes fases también, por nuestra jurisprudencia que, con más o menos reticencias, giros o vaivenes ha debido adaptar sus resoluciones cuando en muchos casos, a nuestro juicio, razonaban con mayor acierto interpretativo en torno a esta cuestión abordada desde la perspectiva de la descentralización productiva. Era absolutamente desproporcionada la crítica a la reserva frente a la doctrina del TJUE, tachando a nuestra jurisprudencia de arcaica en, se decía, interpretación meramente patrimonialista o materialista de la empresa, cuando, por un lado, su doctrina no valoraba o prejuzgaba concepción alguna de la empresa ; y por otro, tampoco ha sido rechazada en términos absolutos por el TJUE. Todo lo más, matizada en supuestos muy concretos y determinados. Nuestro TS, sin plantear al respecto una cuestión prejudicial directa sobre esta materia, ha debido aceptar la solución del TJUE que, a lo largo de estos años, ha resuelto numerosas cuestiones prejudiciales, parciales, por fases, planteadas por los tribunales del orden social español, que, en muchos casos, se creen obligados a plegarse a la doctrina del TJUE y para ello, manifestando su disconformidad interpretativa con el TS, usan tal vez en exceso este mecanismo del sistema de justicia multinivel, buscando el aval comunitario.

De modo que en la actualidad nos encontramos, permítasenos el símil, con un puzle en el que las piezas siguen sin encajar de forma perfecta, lo que, y es trascendental afirmarlo, genera inseguridad jurídica a todos los operadores. Sin olvidar, además, que la sucesión tiene o puede tener efectos ambivalentes; no siempre es beneficiosa para el trabajador y la denominada lógica protectora a través de la sucesión de empresa por sucesión de plantilla puede romper en algún caso la garantía frente a la cesión de contratos.

Teniendo en cuenta ese bagaje, se analiza a continuación la proyección de esa doctrina sobre transmisión de empresa al fenómeno de la descentralización productiva porque, como cabe apreciar, la asunción acrítica de la distinción entre actividades materializadas y desmaterializadas en los muchos sectores económicos en los que se utilizan con profusión las contratas (hasta el punto de que alguna resolución judicial nos ilustra con un listado de estas últimas²) ha sido un rasgo característico

2 Acción social e intervención social, asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas discapacitadas; asistencia en tierra en aeropuertos; atención a las personas dependien-

de la operación extensiva del supuesto subrogatorio a supuestos en los que solo hay transmisión de actividad y cesión de contratos de trabajo. Aún desechado, como elemento a tener en cuenta para la transmisión, que haya un vínculo directo entre cedente y cesionario³; lo que ha permitido hablar impropiamente de sucesión de contratados.

Para ello, en primer lugar, enfocamos el estudio sobre el concepto o criterio de empresa a efectos de aplicación de la Directiva y la normativa nacional sobre transmisión y sobre el concepto de “entidad económica”, que ha transitado en torno a la concepción orgánica versus a la concepción funcional, desde una visión estática- y como compartimentos estancos no comunicados- hasta priorizar la continuación de la actividad junto a la sucesión de la plantilla para concluir cohonestando ambas perspectivas. Retomando con matices -a veces de encaje imperfecto- el concepto de empresa-organización y manteniendo a su vez la teoría de la sucesión de plantilla. Lo que ha llevado a que se pueda diferenciar en la doctrina del Tribunal de Luxemburgo entre una regla general y su excepción (condicionada) en la descripción del objeto de transmisión.

De ahí que nos planteamos si se ha superado la distinción, aceptada y consolidada, entre actividad materializada y actividad desmaterializada en la que se ha basado el método indiciario; y, en segundo lugar, si se ha superado también el test o teoría de la sucesión de plantilla. Estas cuestiones son sumamente relevantes porque, según demuestran las resoluciones de nuestros jueces y tribunales, la distinción está tan arraigada que se acepta acríticamente un listado de actividades en las que se dice que en el proceso de producción es la mano de obra el factor fundamental y con base en esa calificación se estima suficiente el test de sucesión de plantilla a efectos de aplicación de las normas sobre transmisión de empresa. Operación, por cierto, que se materializa en la sucesión de contratados cuando (cualquiera que fuera la causa, voluntaria del nuevo contratista o impuesta por cláusulas convencionales) hay asunción de plantilla, en concreto, del personal denominado adscrito a la contrata.

tes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal; tratamiento, depuración y distribución de aguas; construcción; contact center; contratados ferroviarios; empresas concesionarias y privadas de aparcamientos de vehículos; entrega domiciliaria; hostelería; instalaciones deportivas; juego de bingo; limpieza de edificios y locales; limpieza pública, viaria; recogida, tratamiento y eliminación de residuos; limpieza y conservación de alcantarillados; mantenimiento de cabinas; puertos de Estado y autoridades portuarias; regulación del estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública; reparto; seguridad; transportes de personas enfermas y accidentadas en ambulancias STSJ Madrid 13 enero 2012, rec.4477/2011

- 3 Recuérdese que el TJUE desde la sentencia 10 febrero 1992, Asunto C-92/91 declara que no es necesario ese vínculo directo y afirma en la de 19 octubre 2017, Asunto C-200/16 que “la inexistencia de un vínculo contractual entre las dos empresas a las que se ha confiado sucesivamente la gestión de la vigilancia y seguridad de las instalaciones portuarias no permite llegar a la conclusión de que la Directiva 2001/23 es inaplicable”. Véase también STJUE 11 julio 2018, Asunto C-60/17.

2. ENTIDAD ECONÓMICA Y CONTRATA: ¿SE PUEDE IDENTIFICAR ÉSTA CON UNA UNIDAD PRODUCTIVA AUTÓNOMA?

2.1. La regla general

Fijemos el punto de partida en la STS 27 septiembre 2018, rec.2747/2016, recuérdese sobre un supuesto de sucesión de contratatas, en la que, es verdad, descarta la incidencia del convenio colectivo en la declaración de la existencia o no de la transmisión (“el hecho de que la subrogación lo sea como consecuencia de lo previsto en el convenio no afecta al modo en que ha de resolverse el problema”). En lo que ahora interesa, esto es en la configuración del supuesto de transmisión, emerge como premisa la constatación de si hay una entidad económica preexistente a la sucesión ponderando el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso.

Recordemos que el TJUE en modo alguno había afirmado que una contrata pudiera identificarse sin más (en términos absolutos e incondicionales) con una entidad económica a efectos de subrogación y tampoco que fuera solo la plantilla y su asunción el único elemento o requisito para determinar que aquella preexiste a la transmisión y que mantiene su identidad después de la misma.

El TJUE ha establecido como regla general que la mera sucesión de actividad entre contratistas o concesionarios, en el sentido de que se realice por el nuevo la misma actividad que el anterior, no constituye per se una transmisión de empresa. Expresa el TJUE en la sentencia de 10 diciembre 1998, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96, de forma meridiana que “la mera circunstancia de que los servicios prestados por el antiguo y el nuevo concesionario o por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata son similares no es suficiente para afirmar que existe, entre las sucesivas empresas, una transmisión de entidad económica”. Reiterando también que solo encaja el supuesto de sucesión o cambios de contratistas en la transmisión de empresa cuando quede *acreditado* que se ha transmitido una “entidad económica organizada”.

Por tanto, también para este supuesto, se ha de trasladar la doctrina sobre el concepto y determinación de la identidad de la entidad económica. Si ello es así, el TS cumple con las directrices del TJUE cuando, para operar el que denomina “juicio de ponderación” atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, expresa que no se trata de algo que pertenezca al terreno de lo abstracto o dogmático sino al de los hechos y su prueba. El juicio o valoración para determinar el objeto de transmisión neutraliza (o debe neutralizar) operaciones apriorísticas en torno a las que se ha convenido en denominar contratatas típicas o clásicas en sectores en los que la actividad empresarial “pivota esencialmente sobre la mano de obra”. De modo que, si como resultado pudiera no calificarse como entidad económica atendiendo a todas las circunstancias de hecho y al valor o importancia que deben atribuirse a los distintos elementos que determinan la existencia de una transmisión —“en función de la actividad ejercida o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro

de actividad de que se trate”(STJUE 11 julio 2018, Asunto C-60/17)—, no pudiera concluirse que se trata una inaplicación de la Directiva comunitaria.

Convengamos en lo que parece inicialmente aceptado: todos los datos fácticos aportados por las partes, incluido el del conjunto de trabajadores que ejerzan de forma duradera una actividad común, quedan sometidos a contradicción cuando la subrogación no se acepte de forma pacífica en un conflicto jurídico planteado a jueces y tribunales.

Partamos de que la expresión “entidad económica” es un concepto de síntesis (empresa, centro o unidad productiva)⁴ que , como reiteradamente se ha afirmado, cabe definirlo como Conjunto de medios organizados susceptible de explotación económica directa; Conjunto organizado de elementos patrimoniales y personales que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio⁵, a saber, el ejercicio de una actividad económica con autonomía funcional y organizativa; Conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio⁶. Y, en fin, como ha sintetizado el TJUE en la sentencia de 8 mayo de 2019, Asunto C-194/18, “para que la Directiva 2001/23 sea aplicable, la transmisión debe referirse a una “entidad organizada de forma estable”, que debe contar con identidad o autonomía preexistente (y no creada ad hoc) y posterior a la transmisión; lo que excluye la posibilidad de identificar con transmisión de empresa la mera o simple traslación de elementos patrimoniales aislados o que lo sea la sola asunción de trabajadores cualquiera que sea la causa por la que se produce la cesión de contratos.

Es por tanto operación ineludible proceder a identificar o definir lo que sea y en qué sentido una unidad productiva autónoma y cuáles deban ser los elementos a tener en cuenta para determinar que esa unidad se mantiene tras su traslación. Por lo que respecta a la primera operación, consustancial es la autonomía organizativo-funcional; y en relación con la segunda, el TJUE utiliza diferentes presupuestos, más allá del referido a la continuidad de la actividad. Atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, que se pueda caracterizar como “pervivencia del vínculo funcional de interdependencia y de complementariedad entre los factores de producción”⁷.

Proyectemos estas consideraciones breves y expliquemos entonces qué ocurre en la contrata y en el cambio de contratista.

4 GARCÍA MURCIA, J.: “Aspectos esenciales y puntos críticos en la transmisión de empresa”, en el libro colectivo: *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, para quien no hay diferencia entre una entidad económica y una empresa, p.28; ; MORENO GENÉ, J.: *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Tirant lo Blanch, 2003, p.52.

5 STS 27 septiembre 2018, rec.2474/16; STJUE 8 mayo 2019, Asunto C-194/18

6 STJUE 11 julio 2018, Asunto C-60/17; STS 20 mayo 2021, rec.145/2000

7 Entre otras, SSTJUE 12 febrero 2009, C-466/07; 9 septiembre 2015, C-160/14)

La contrata se caracteriza precisamente por tratarse de una actividad tal y como se ha definido por el TS desde hace mucho tiempo: “la contrata, como su nombre indica, es el contrato por el que una empresa se compromete a prestar a otra un servicio o a ejecutar una obra a cambio de un precio o a ejecutar la obra que se le encomienda⁸.”

Luego, si la identidad de la entidad económica no puede reducirse a una actividad⁹ y requiere de otros elementos que permitan identificarla como conjunto de medios organizados que han de ser valorados en su conjunto, tales como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, marco de actuación, métodos de explotación, medios de explotación de que dispone¹⁰. Elementos que permiten conceptualarla como unidad productiva con autonomía funcional y organizativa.

Y si el mantenimiento de tal identidad deriva de todas las circunstancias de hecho caracterizadoras de la operación examinada, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate; el que se han transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles; el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión; el hecho de que el nuevo empresario contrate o no a la mayoría de los trabajadores; el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de esas actividades” (STJUE 27 febrero 2020, C-298/18).

La conclusión es que la descentralización productiva (contrata o concesión) no encaja en el supuesto de hecho de la normativa sobre transmisión. Como desde hace muchísimo tiempo afirma el TS, apegado después a la propia valoración del TJUE:

“el contratista adquiere el derecho a prestar el servicio o a ejecutar la obra, pero no adquiere ninguna empresa, ninguna actividad productiva autónoma en el sentido del art.44 ET porque nada se transmite a quien celebra un contrato de arrendamiento de obra o de servicios” (STS 8 julio 2014, rec.1741/2013).

Si la contrata en sí misma no puede ser calificada, al menos a priori, como entidad económica, tampoco podrá serlo en términos absolutos o incondicionales la transmisión o sucesión en la misma (sea por nueva adjudicación sea por reversión). Es obvio que si la contrata es una actividad, lo que se “transmite” es lo mismo, una tarea productiva, una prestación de servicios, una actividad a la que estarán adscritos trabajadores para desarrollarla. Aunque, como han afirmado reiteradamente el TJUE y el TS español, el servicio prestado por el antiguo y el nuevo contratista o adjudicatario

8 SSTS 5 abril 1993, rec.702/92; 30 diciembre 1993, rec.3218/1992; 10 diciembre 2017, rec.164/97; 24 julio 2013, rec.3228/12; 8 julio 2014, rec. 1741/2013).

9 Como afirma la STS 30 marzo 2022, rec.104/2022: “una entidad empresarial no puede reducirse a la actividad de que se ocupa”.

10 10 SSTS 21 septiembre 2012, rec.2247/11; 10 noviembre 2016, rec.3520/2014, reproduciendo la doctrina del TJUE, entre otras muchas, STJUE 24 enero 2002, conocida como Asunto Temco).

en caso de sucesión de la contrata (asumida por otro contratista o reasumida por el empresario principal) sea similar o idéntica¹¹. Lo que, por cierto, así ocurre en la mayoría de los casos en los que no se altera el objeto de la prestación del servicio o la ejecución de la obra cuando finaliza la contrata y la asume un nuevo contratista o se revierte al empresario principal¹². De forma que en general la sucesión en las contrataciones no es una transmisión de empresa sino, bien diferente, “mera sucesión en la ejecución de una actividad económica”¹³ o mera sustitución de adjudicataria o contratista en la realización de la actividad externalizada.

Solo por enfatizar la regla general, la contrata no es una unidad productiva que pueda ser definida como conjunto organizado de factores de producción autónomo con capacidad de explotación respecto de la empresa contratista, en la que se pueda advertir capacidad de explotación preexistente al momento de la transmisión. Y eso significa, claramente, que ambos el principal y contratista son empresarios que, para serlo desde la perspectiva laboral, deben contar con una organización productiva autónoma en la que hay siempre implicados diferentes factores de producción. Desde el empresario principal, y previa a la realización del encargo, desarrollaba esa actividad como parte de su proceso productivo con una plantilla o conjunto de trabajadores que, en modo alguno, pudiera describirse como que ostentan por sí mismos, y sin contar con otros elementos, capacidad productiva autónoma o capacidad de explotación diferenciada¹⁴. En el supuesto de externalización sucesiva, cuando el contratista anterior pierde o no continua la contrata y le sucede otro contratista, aquel mantiene su identidad como empresa, mantiene su organización productiva y permanece íntegramente como tal. Si visto desde el primer contratista o sucesivos, es preceptivo que éstos cuenten con una organización productiva autónoma, lo que cabe denominar “organización empresarial básica para la explotación” para que, con su soporte material o inmaterial, pueda funcionar el servicio contratado. Si así no fuera, no solo no hablaríamos de un servicio carente de las características propias de una unidad productiva con autonomía funcional a efectos de transmisión, sino que bien pudiera encubrir una cesión prohibida de trabajadores¹⁵.

11 Entre otras, STJUE 20 enero 2011, Asunto C-463/2009, en supuesto de contrata de limpieza revertida a un Ayuntamiento

12 STS 10 noviembre 2016, re.3520/2014.

13 SSTS 20 mayo 2021, rec.145/2020; 30 marzo 2022, rec.104/2020.

14 Como acertadamente, a nuestro juicio, se ha afirmado, DE CASTRO MARÍN, E.: “Sucesión de plantilla y subrogación convencional: puntos críticos”, REDT, n.224, 2019, p.9: “resulta impensable que los trabajadores adscritos a una contrata se impartan a sí mismos la formación; que organicen la preceptiva actividad preventiva en la contrata al margen del soporte de la empresa contratista en los términos, muy exigentes, especificados en la norma; que ellos mismos negocien sus propias condiciones laborales...; que canalicen las necesidades de material sin la intervención del correspondiente departamento de compras...”.

15 Vid., al respecto, JURADO SEGOVIA, A.: “En torno a la flexibilización de actividades empresariales y la posible cesión ilegal de trabajadores en el ámbito de las plataformas digitales”, *Labos*, Vol.3, No.2, pp.23-50

De modo que, desde la perspectiva de la transmisión de empresa, en los casos de descentralización productiva inicial y sucesiva el contratista puede acreditar que aporta sus factores de producción más allá del personal en que se haya subrogado por mandato convencional, entre otros, su propio personal de dirección, su personal de estructura, sus elementos patrimoniales propios, materiales e inmateriales, tangibles o intangibles, sus propios métodos de explotación, su know-how, etc...; esto es, el conjunto de elementos que permiten apreciar que no hay pervivencia alguna del vínculo de interdependencia y de complementariedad entre los factores de producción¹⁶ puesto que esa cohesión proviene de la actividad laboral organizada que despliega el contratista.

2.2. La regla excepcional

Como sabemos, el matiz introducido por el TJUE consiste en aceptar en un plano teórico que la contrata y sucesión en la misma puede identificarse con una unidad productiva autónoma a efectos de posible transmisión atendiendo a la naturaleza de la actividad externalizada y a la importancia de los medios traspasados en relación con aquella. El matiz se expresa por el TS del modo siguiente: “*salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación*”¹⁷. Se flexibiliza el concepto de entidad económica, pero en ningún caso se pretende hacerla coincidir con la sola actividad porque, de acuerdo con la doctrina de Luxemburgo, no hay traslación absoluta del concepto de empresa-organización al de empresa-actividad.

Si retomamos a la interpretación expansiva del TJUE sobre el concepto de entidad económica y revisamos la lista de elementos a tener en cuenta, el primero, el tipo de empresa/centro de actividad, se erige en presupuesto previo del análisis, que exige analizar dónde descansa la actividad, qué tipo de actividad se trata y cuál es el peso o importancia de cada uno de los elementos que la conforman, que pueden variar en función de la actividad ejercida o incluso de los medios de producción o de explotación. Lo que ahora describe el TS como “necesidad de analizar la importancia de los medios traspasados en relación con la naturaleza de la actividad” —también en caso de que se trate de una actividad externalizada¹⁸—, que revelan la transmisión de un conjunto de medios organizados que conforman la entidad económica que mantiene su identidad en caso de sucesión de contrata.

16 Entre otras, SSTJUE 12 febrero 2009, Asunto C-466/07, 9 septiembre 2015, Asunto C-160/14.

17 STS 30 marzo 2022, rec.104/2022

18 La STS 27 septiembre 2018, rec.2747/2016 describe lo que ha de ser objeto de examen en el caso concreto: “características de la adjudicación (condiciones de tiempo, exigencias sobre el modo de suministrar los servicios a la empresa principal, dirección del grupo de personas adscrito, adscripción funcional permanente o aleatoria, et); de la realidad transmitida (afectación funcional y locativa, medios audiovisuales, programas informáticos, mobiliario para el personal, etc.); del alcance que tenga la asunción de personas (no solo cuantitativa, sino también cualitativa)

3. LA APLICACIÓN DE LA REGLA EXCEPCIONAL Y SUS LÍMITES

3.1. La artificiosidad de la diferencia entre sectores de la actividad en sucesiones de actividad.

La asimilación de la contrata a una entidad económica, a efectos de transmisión derivada de la naturaleza de la actividad económica, se ha construido, como sabemos, distinguiendo entre los que se ha convenido impropriamente en denominar “sectores materializados” y también en sentido impropio “sectores desmaterializados”. Y en materia de sucesión en contratas se ha planteado como el anverso y el reverso. Esto es, atendiendo a la actividad externalizada, cuando en ésta se puede acreditar que se han traspasado elementos patrimoniales necesarios para continuar la explotación (lo que llevará a la operación de determinar qué elementos son esos, y a distinguir entre materiales e inmateriales), que pueden definirse como típicos factores de producción; o cuando, aun no habiéndose traspasado esos elementos patrimoniales, se constata que el factor principal o el activo principal de la prestación de servicios y de la actividad externalizada es la mano de obra que permite continuar con la misma.

Visto desde los efectos de la transmisión de empresa, la subrogación por el contratista en los contratos de trabajo de los trabajadores adscritos a la actividad externalizada, cuando se trata de un sector en el que la actividad se basa esencialmente en los elementos patrimoniales, el hecho de que el nuevo empresario no se haga cargo de la plantilla no puede excluir la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad, en el sentido de la Directiva 2001/23. Por el contrario, cuando se trata de un sector intensivo de mano obra, el conjunto de trabajadores adscritos a la actividad puede constituir una entidad económica y por tanto la sola asunción de los mismos pasa de ser efecto de la transmisión a causa de la misma siempre que mantenga su identidad aún después de la transmisión. Lo que ocurre, no cuando el empresario solo continúa con la actividad de que se trate, sino cuando además se hace cargo de una parte esencial del personal que su antecesor destinaba esencialmente a dicha tarea.

Esta regla excepcional debe ser interpretada restrictivamente. De modo que la mera o simple asunción de plantilla no convierte a ésta en entidad económica y a la actividad en intensiva en mano de obra y no permite, sin más, afirmar que el contratista pueda ejecutar el servicio contratado o que éste pueda continuar con la actividad contratada por la mera o simple asunción de plantilla. Otra cosa, bien diferente, es que sea un elemento más para describir la autonomía del conjunto organizado de elementos que permiten el ejercicio de la actividad económica junto a otros elementos patrimoniales, más allá de los bienes materiales en sentido estricto. Así lo expresa la STS 27 septiembre 2018 cuando en el conjunto de los aspectos valorables debe incluirse “el alcance que tenga la asunción de personal, no solo cuantitativa sino también cualitativa”.

Vayamos a los pasos que requiere la configuración forzada de la contrata como objeto de transmisión. El primero determinar la naturaleza de la actividad externaliza-

da y ponderar el valor o peso de los factores de la producción transmitidos en relación con la misma y con los que debe a su vez aportar el contratista para continuar con la actividad.

Ante la dificultad de fijar criterios objetivos para determinar los elementos relevantes (infraestructura productiva/personal) se ha operado con cierta simplificación apriorística. En efecto, desde la sentencia de 11 marzo 1997 (empresa de limpieza que tenía una contrata con un colegio) el TJUE apreció que, en determinados sectores económicos, los elementos patrimoniales pueden reducirse a la mínima expresión y la actividad descansar fundamentalmente en la mano de obra. Y ello ha contribuido a que se opere del modo siguiente: i) identificar sectores clásicos, tradicionales, como intensivos de mano de obra. Al respecto aún es habitual que el TS, en relación por ejemplo con el sector de limpieza, deslice la afirmación siguiente: “se trata de un sector en el que la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial”¹⁹; ii) presumir que la contrata en esos sectores queda definida como actividad intensiva en mano de obra; iii) operar, impropiaemente, desde la perspectiva procesal, con la que se califica como “inversión de la carga de la prueba”, en el sentido, no tanto de que se admita la prueba en el caso concreto de la ausencia de una entidad económica autónoma o ausencia de transmisión de infraestructura productiva u organización empresarial, sino el de que, “si la empresa negaba la subrogación, debió acreditar que no se produjo una asunción suficiente de mano de obra. Al no haberlo hecho, la aplicación de la referida carga de la prueba obliga a concluir que se transmitió una actividad productiva autónoma” (STS antes citada, FD 5º). Pero, como cabe apreciar, una cosa es que la empresa niegue la subrogación y otra bien diferente lo que haya de acreditar para contrarrestar la calificación de la contrata como entidad autónoma, porque no se trata de ir al paso siguiente, el de si la asunción de personal fue o no suficiente, sino mantenerse en el previo de la constatación de que en esa contrata se pueda funcionar por la sola asunción de mano de obra.

Planteado conflicto se ha de analizar la actividad económica que se trate en el supuesto concreto, evitando apriorismos; de modo que, solo a la vista de los hechos y su acreditación por las partes, se pueda valorar la relevancia o importancia de los elementos o factores de producción, sean patrimoniales o sean personales. Operación no fácil, compleja desde luego, que queda a la discrecionalidad de jueces y tribunales a la vista de la prueba presentada por las partes pero que, sin duda, es trascendental como condicionante de la existencia o no de transmisión de empresa y de la subrogación prevista en el artículo 44 ET.

Atendiendo a la trascendencia sustantiva y procesal de la operación, debe tenerse en cuenta que no cabe utilizar un método ejemplificativo, trayendo a colación supuestos que hayan sido calificados en resoluciones anteriores bien como sectores patrimonializados o bien como basados en la mano de obra. Como tampoco cabe

19 STS 11 enero 2022, rec.2635/2018.

definir la esencialidad de los elementos a sensu contrario o de descarte. O considerar que la operación siempre debe dar como resultado la calificación de unos elementos como residuales o marginales en el caso concreto frente a la esencialidad de otros (piénsese en actividad económica consistente en la gestión de una escuela de música y contesten a la pregunta qué elemento es el esencial, los instrumentos musicales o, por el contrario, los profesores). O en fin, utilizar afirmaciones apodícticas tanto en relación con el valor de los elementos que se consideran imprescindibles como en relación con la calificación de la actividad externalizada (STJUE 7 de agosto 2018, Asunto C-472/16, servicio de seguridad, en la que se estima que “que no exige el uso de materiales específicos”).

Si nos centramos en los elementos patrimoniales, se identifican con la infraestructura y se opera con cierta facilidad para en torno a ellos - cuando son medios materiales (maquinaria, herramientas, mobiliario, vehículo, entre otros)- definir la entidad económica y su identidad preexistente y posterior a la transmisión. A los efectos de identificación de la actividad externalizada, y la sucesión en la misma, deben configurarse como imprescindibles o necesarios o esenciales para desarrollar la contrata y, si ello es así, en caso de transmisión o entrega a la contratista, se han de ponderar respecto de los que ésta deba aportar a la ejecución de la contrata, que, en contraposición a la esencialidad de los entregados, tendrán que ser meramente auxiliares, accesorios o adjetivos.

Ahora bien, en la operación valorativa de esos elementos patrimoniales cada vez emergen con mayor frecuencia no solo los materiales o físicos sino también los inmateriales (puesto que lo patrimonial incluye tanto lo tangible como lo no tangible) y no solo cuando se trata de sectores típicos de contratas más industriales o en sectores de servicios que se califican como no cualificados, sino cuando estamos analizando sectores de servicios cualificados o semi-cualificados, más aún en el ámbito creciente de sectores tecnológicos o altamente digitalizados. Porque pudiera darse el caso que reducidos en el supuesto concreto los materiales o físicos (a los que pudiera calificarse como no esenciales o accesorios) no así ocurra respecto de los inmateriales o intangibles. Y si así fuera, seguiríamos identificando la contrata como propia de actividad que no descansa fundamentalmente en mano de obra aún cuando pudiera estar encasillada entre las que se han calificado impropiaamente como desmaterializadas. De modo que desde la contrata pudiera ocurrir que o bien haya transmisión de bienes patrimoniales materiales necesarios (que desactiva la teoría de la sucesión de plantilla); o bien haya transmisión de bienes inmateriales o intangibles (que también la desactivaría siempre que los intangibles no personales fueran esenciales para realizar esa actividad). Entre esos elementos inmateriales está el know-how organizativo²⁰; programa informático para la gestión de la actividad o una página web ²¹; medios tecnológicos necesarios /programas y sistemas infor-

20 STJUE 8 mayo 2019, Asunto C-194/18

21 STS 20 mayo 2021, rec.145/2020, en una contrata de mantenimiento en una Universidad.

máticos²²; negocio basado en la clientela²³; transmisión de software y datos, más aún en ámbitos altamente digitalizados, con inclusión de tecnologías basadas en IA y uso de algoritmos que pueden ser esenciales para el negocio o la actividad de la empresa, siempre que se acredite que no es un elemento patrimonial aislado²⁴

La regla general debe interpretarse en sentido amplio. De modo que, si bien en principio no hay transmisión cuando el nuevo contratista o concesionario aporta los elementos patrimoniales materiales, puede, no obstante, que haya sucesión si la empresa principal no los aporta pero los sufraga; se entiende que en el fondo el sujeto descentralizador los proporciona²⁵. O cuando la nueva contratista o adjudicataria no recibe los medios de la anterior contratista (porque no es titular de los medios empleados) sino de la empresa principal, que los pone a disposición de las sucesivas adjudicatarias²⁶; o cuando en la reversión de concesiones públicas los servicios inicialmente descentralizados se desarrollan con elementos pertenecientes al propio organismo que los recupera²⁷.

O en fin, en casos en que excepcionalmente el contratista debe asumir la compra por exigencias de las normas de la actividad. En este caso, conforme a la STJUE de 27 de febrero 2020, Asunto C-298/18²⁸, el hecho de que la nueva adjudicataria aporte los medios materiales propios necesarios para la prestación de servicios, sin hacerse cargo de los que utilizaba la empresa saliente, no impide apreciar la existencia de transmisión de empresa cuando la nueva empresa ha contratado a una parte importante de los trabajadores que prestaban servicios para la anterior y el motivo por el que se ha visto obligada a aportar esos medios materiales de su propiedad surge de un imperativo legal.

La STS 24 septiembre 2020, rec. 300/2018 (servicio de mantenimiento de túneles de aeropuerto) se hace eco de esta sentencia del TJUE y desliza la afirmación siguiente en relación con la que se califica de “novedosa doctrina”:

- 22 STSJ Madrid 4 diciembre 2015, núm.908/2015, en supuesto de sector de agencias de viajes declarando que se trata de un sector que se basa en elementos inmateriales.
- 23 STJUE 8 mayo 2019, Asunto C-194/18. Sobre esta cuestión, POQUET CATALÁ, R.: “A vueltas con la sucesión de empresa. Ahora, por transmisión de clientela”, *Revista Lex Social*, Revista de Derechos Sociales 12 (1), 2022 pp.31 y ss.
- 24 Vid. Al respecto, MARTÍNEZ SALDAÑA, D.: “Digitalización y sucesión de empresa”, *Labos* Vol.3, No 2, pp.121-137
- 25 STS 17 enero 2018, rec.171/2017, en un supuesto de servicio de restauración en el que la empresa principal paga la maquinaria.
- 26 STJUE 26 noviembre 2014, C-509/2014; SSTS 9 enero 2019, rec.1889/2017, 29 enero 2019, rec.4000/2016, 25 noviembre 2020, Rec.684/2018
- 27 Por ejemplo, reversión del servicio de restauración colectiva de un Ministerio, entre otras, STS 10 octubre 2018, rec.2767/2016; o comedor infantil de una entidad local. STS 26 marzo 2019, rec.1916/2017).
- 28 Supuesto de servicio de transporte público por carretera, contratación de gran parte de los conductores de la anterior y aportación por la contratista entrante porque los utilizados por la saliente no reúnen los requisitos legales de carácter medioambiental que permitan continuar con esa actividad.

“se sustenta en la consideración de que los elementos materiales utilizados por la anterior empresa carecen en realidad de cualquier valor económico y por este motivo se trata más bien de una situación de situación de plantilla en lo que lo esencial es el valor de la mano de obra que surge con la asunción por la nueva adjudicataria de la mayor parte de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata”.

Lo que inmediatamente lleva a plantearnos el modo en que han de valorarse los elementos patrimoniales, más allá de los bienes materiales en sentido estricto, porque en el fondo está el límite a la interpretación finalista por la que ha optado el TJUE. La esencialidad de los elementos patrimoniales ¿gira en torno a su valor económico o, por el contrario, al productivo?

Es frecuente que en respuesta a esta cuestión se afirme que son los elementos transmitidos que resulten *inevitables* para la continuidad de la actividad; de forma que ese conjunto de instalaciones y de medios conforman una determinada actividad económica que mantiene su identidad²⁹. Como explica la STS 27 enero 2015, rec.15/2014, “lo importante no es el coste de las inversiones en medios materiales, sino la *necesidad* de estos, ya que la importancia de los factores que intervienen en la producción no se mide en términos cuantitativos, sino cualitativos, esto es atendiendo a la necesidad de los mismos para el funcionamiento de la actividad”. El valor productivo frente al valor económico, entonces.

4. LA ESENCIALIDAD DE LA MANO DE OBRA EN LA ACTIVIDAD EXTERNALIZADA

Traspasemos las consideraciones anteriores al análisis del caso o supuesto contrario, esto es, cuando la actividad externalizada, se dice, descansa fundamentalmente en la mano de obra o es ésta el factor fundamental del proceso de producción.

Tanto en la jurisprudencia comunitaria como en la interna española no se vislumbran criterios claros apriorísticos y concluyentes para determinar que una actividad externalizada pivota esencialmente en el conjunto de trabajadores que prestan o desarrollan esa actividad. No hay definición de lo que quepa entender como tal con un valor general para que pueda traspasarse sin dificultad al análisis en cada caso concreto.

Sí cabe apreciar una aproximación teórica que se expresa a sensu contrario en relación con los elementos patrimoniales; se dice que son supuestos en los que la empresa (entenderíamos la empresa entrante en la contrata) *puede funcionar* sin elementos *significativos* del activo, material o inmaterial (STJUE 20 enero 2011, Asunto C-463/09), de modo que la identidad de dicha entidad no puede depender de la cesión de éstos. O un intento de definición positiva en el sentido de que “la contrata pueda

29 STS 30 marzo 2022, rec.104/2020

continuar con los *mínimos* cambios personales o de dirección³⁰ o cuando la actividad se reanude nombrando uno o varios encargados de la dirección de los trabajos³¹ con la finalidad de descartar en estos casos que la nueva contratista necesite desplegar otros medios, materiales o inmateriales para que la contrata pueda alcanzar sus fines. Sin duda en la materialización de esta afirmación sobrevuela la consideración de que hay un elenco de actividades típicas que responden a esa concepción, tales como limpieza o seguridad, dando por hecho que se puede continuar sin más en la actividad contratada con los trabajadores asumidos, aunque el contratista despliegue mínimos cambios o nombre a uno o varios encargados de la dirección de los trabajos o tareas. Pero ello es desconocer que la contratista pondrá toda su organización empresarial en el servicio contratado y que por tanto el vínculo funcional de interdependencia y complementariedad entre los diferentes factores de producción —que exige la existencia de una unidad productiva autónoma— los aporta no el empresario principal (o contratista primero) sino el contratista (o contratista nuevo o entrante).

La dificultad, cuando no la imposibilidad, de definir qué sea actividad que descansa en la mano de obra— más aún cuando en una contrata es difícil pensar que no haya elementos patrimoniales materiales o inmateriales— es la razón de que se aprecie en las numerosas sentencias sobre esta cuestión, sean del TJUE o de la doctrina judicial y jurisprudencia españolas, diferentes calificaciones de la misma actividad externalizada o en las que se descarta que la actividad concreta pudiera tener un alto valor inmaterial. Recuérdense, entre otros, servicios de vigilancia (STJUE 11 julio 2018, Asunto C-60/17); servicios técnicos auxiliares en soporte informático; contact center —STS 6 febrero 2020, rec.2651/2017—; servicios de comedor en instituciones educativas; gestión de guarderías; asistencia en tierra a aeronaves; gestión de escuela municipal de música. Solo por centrar la atención en un supuesto analizado por el TS en la actualidad, el de la sucesión en contrata de mantenimiento (STS 20 mayo 2021, rec.145/2020³²), se aprecia cómo, concurrendo activos tangibles, se da importancia al valor de los activos intangibles transmitidos y presenta una síntesis de la doctrina jurisprudencial en relación con esta actividad, que arroja resultados diversos:

30 Entre otras, STS 24 septiembre 2020, rec.300/18)

31 STS 29 enero 2020, rec.2914/2017.

32 Sucesión en contrata de mantenimiento en una Universidad. Queda acreditado que la Universidad pone a disposición de la adjudicataria los materiales propios de equipos o instalaciones, inmuebles incluidos, un programa informático y una página web. La adjudicataria debe aportar las herramientas necesarias (medios materiales y auxiliares) y no consta que ésta haya asumido ni total ni parcialmente los trabajadores o plantilla de la empresa saliente. También sobre servicios de mantenimiento, calificándolo de actividad o servicio que descansa sustancialmente en la mano de obra cuando en el contrato se especifica que la contratista debe aportar maquinaria, ropa de trabajo y equipos de protección, necesarios para la realización de las tareas de mantenimiento, STS 23 marzo 2022, rec.3117/2020.

En algún caso se aplica la teoría de la sucesión de plantilla (lo que quiere decir que se calificó como actividad desmaterializada); en otras se niega la sucesión porque no se había acreditado la transmisión de elementos patrimoniales y tampoco constaba el traspaso de una parte esencial del personal de la anterior titular de la contrata; en otras se niega la subrogación porque sencillamente se trata de una contrata sucesiva de servicios en la que no se transmite una unidad productiva con autonomía funcional; en otra porque se califica de actividad que no descansa esencialmente en la mano de obra y resulta irrelevante que se hubiera asumido a 6 de los 10 trabajadores.

En nuestra opinión no puede utilizarse el recurso fácil de tachar a estas resoluciones como contradictorias; sencillamente porque, como nos recuerda el TS desde septiembre de 2018, se trata de una circunstancia que depende de los hechos alegados y acreditados en el caso concreto. Siendo ello así, debe tenerse en cuenta que en el conflicto jurídico planteado la parte que alegue que se ha producido una transmisión de unidad productiva en la contrata concreta deberá probar que se han transmitido bienes materiales o inmateriales por la empresa saliente a la entrante (o que se transmiten por la principal) cuando sean esenciales para realizar la actividad o bien que la actividad externalizada pivota sobre medios personales. Esto es, en definitiva, probar los hechos constitutivos de su pretensión y ello aunque la empresa entrante se haya subrogado por mandato convencional en la plantilla de la saliente³³. Pero no es coherente que se mantenga lo siguiente: “toda vez que la *inversión de la carga probatoria*, mantenida por nuestra doctrina en supuestos de sucesión de contratas, se predica de aquellas empresas cuyas actividades se desarrollan esencialmente mediante la mano de obra”. ¿Cómo se va invertir la carga probatoria cuando no hay una identificación apriorística de lo que sean actividades intensivas de mano de obra, sino que es una conclusión necesitada del examen de las circunstancias concretas del caso que deberán alegarse y probarse por quien interesa esa calificación?

Esta cuestión nos lleva al tema central, que no es otro que la pretendida esencialidad del elemento personal en la configuración de la entidad económica en una actividad externalizada.

Si en el caso concreto se constata (o no se acredita) que no hay transmisión de elementos patrimoniales, materiales o inmateriales y se aprecia que lo únicamente transmitido es mano de obra, no se puede concluir sin más que estemos ante actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra o que se haya de operar como si existiera. La esencialidad del elemento personal no se manifiesta por el hecho de que no se hayan transmitido elementos patrimoniales y se haya asumido la plantilla. No proviene, como decíamos, de una operación a sensu contrario o de

33 STS 8 septiembre 2021, rec.1866/2020, en un supuesto de sucesión de actividad de transporte de enfermos.

descarte. De modo que no se puede concluir a nuestro juicio, tal y como hace la STS 22 de septiembre 2020, rec. 106/2021 —en un supuesto de servicio de limpieza de varios centros licitados en un único lote—, que:

“puesto que nada se ha afirmado respecto de la transmisión de infraestructura relevante para llevar a cabo los servicios concertados (máquinas barredoras o limpiadoras, plataformas elevadoras, vehículos autopropulsados, cisternas desinfectantes etc...) debemos operar en el entendido de que lo esencial en el caso, como suele suceder en el sector, radica en la mano de obra puesta en juego para para desarrollar las tareas de limpieza”.

La excepcionalidad de la configuración de la contrata como unidad productiva autónoma —que quede conformada solo por un conjunto de trabajadores asumidos por la entrante—, parece exigir que en estos casos debiera concluirse conforme a la regla general. Esto es, —pese a lo que “suela suceder en el sector”—, que no acreditado en el caso concreto por el demandante los hechos constitutivos de la demanda, es decir que se haya producido transmisión de elementos patrimoniales o de activo patrimonial necesarios para la explotación, pueda el demandado acreditar y probar que la presunta existencia de una unidad productiva autónoma basada solo en el conjunto de trabajadores transmitidos no alcanza el valor productivo necesario en relación con los otros elementos propios de la organización empresarial desplegados por el contratista para desarrollar la tarea encomendada.

Debiéndose analizar si la actividad concreta es preponderante en mano de obra, si la actividad pivota esencialmente en la misma, la operación primera encierra la complejidad de sopesar el valor de la mano de obra en relación con los otros activos o factores de la producción (tangibles o intangibles) cuando en la actividad económica de que se trate cabe apreciar que éstos existen o que no puedan quedar reducidos a mera accesoriedad o marginalidad sin que tampoco pueda descartarse, a priori, el valor esencial de la mano de obra. Lo que quiere decir que incluso en aquellos sectores a los que se ha convenido en denominar desmaterializados, el valor productivo del conjunto de trabajadores debe quedar acreditado para que solo la plantilla pueda caracterizar la actividad externalizada como entidad económica a efectos de transmisión.

La aceptación en un plano teórico de la expresión “uso intensivo de mano de obra” para admitir en el mismo plano que solo un conjunto de trabajadores puede tener capacidad productiva se plasma forzosamente en el de la realidad concreta cuando hay que sopesar el valor que deba darse a un conjunto de trabajadores aisladamente considerado que se ha asumido por el contratista. ¿Por qué dar mayor valor a los elementos patrimoniales que se consideran relevantes para la actividad que a la asunción de trabajadores que se califican o pueden calificarse como cualitativamente muy relevantes?. Recuérdese, por ejemplo, la STS 26 octubre 2018, rec.2118/2016 (contrato de arrendamiento de servicios en relación con actividades submarinas de amarre y descarga de petroleros en una monoboya y de control y mantenimiento). Se asume personal de la empresa saliente, en particular a varios buzos (a los que se califica como cualitativamente muy relevantes); se valora la pluralidad de elemen-

tos patrimoniales que se consideran también relevantes (embarcaciones, equipo de buceo, medios de señalización, balizamiento etc.) y que ha de aportar la contratista entrante y se concluye que no hay transmisión de empresa basada en la sucesión de plantilla. O la más actual STS de 8 septiembre 2021, rec.1866/2020³⁴, en un caso de sucesión de contratistas en transporte de enfermos, que pudiera entenderse que se trata de una actividad “materializada”. Pudiera serlo, desde luego, a la vista de los hechos alegados y probados, pero lo que resalta la sentencia y reprocha, con toda la razón, al demandante (al juez de instancia y a la sala de suplicación), es que no se concretara si la actividad de la empresa requería necesariamente medios materiales y, de ser así, si los medios de la empresa saliente fueron transmitidos a la entrante; como que tampoco alegara que la actividad de la empresa pivotaba esencialmente sobre medios personales y, de ser así, si se subrogó o no en la mayor parte de la plantilla. Por lo que, concluye, en el caso concreto no hay transmisión de empresa de la que derive la responsabilidad solidaria entre el empresario saliente y el entrante y confirma la sentencia de contraste, que negaba que se dieran los requisitos establecidos en la STJUE de 11 de julio 2018 porque no se acredita, aunque pudiera deducirse de los hechos probados, que hubo subrogación convencional de la plantilla de la saliente.

Si la esencialidad de la plantilla asumida por el nuevo empresario ha de ser un reflejo de la valoración previa realizada respecto de la autonomía de la entidad económica transmitida, en las contratistas, como hemos afirmado, se revela, no solo difícil sino a veces imposible, que pueda ser suficiente que haya asunción de la plantilla para que se precipite el fenómeno subrogatorio legal en caso de sucesión en contratistas. Y al menos, y no es poco, debiéramos aceptar que planteado el conflicto el demandante debe alegar y probar los hechos constitutivos de su pretensión y permitir entonces que la empresa entrante, aún subrogándose convencionalmente en la plantilla, pruebe que no se ha producido la transmisión de una unidad productiva para neutralizar la eficacia de los hechos constitutivos. Si no se prueban, o intentan probar, los constitutivos, la demanda debe desestimarse; lo que quiere decir que pese a la subrogación convencional no se activa cualquiera de los supuestos (general o excepcional) que reflejan la transmisión de una unidad productiva y la aplicación de la subrogación legal.

Suponiendo que se prueben o intente probar las circunstancias que permitan valorar a jueces y tribunales que la actividad externalizada descansa en la mano de obra, la aplicación efectiva en el caso concreto de la excepcional doctrina de la sucesión de plantilla plantea al menos dos cuestiones añadidas, una, en relación con el medio a través del que se canalice la asunción de trabajadores, y los límites a las previsiones convencionales sobre subrogación tanto desde una perspectiva material como formal; otra, la determinación de lo que sea parte esencial de la plantilla cedida a efectos de subrogación empresarial.

34 Reiterada en STS 9 de septiembre 2021, rec.2143/2020

5. “PARTE ESENCIAL DE LA PLANTILLA”. CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO DE DIFÍCIL APREHENSIÓN

Decíamos que, aunque se pudiera concluir en el supuesto concreto que hay una preponderancia o esencialidad del factor personal en la contrata y en su sucesión, no hay transmisión legal si no hay subrogación en una parte esencial de la plantilla.³⁵ El requisito de la esencialidad ha planteado numerosos problemas aplicativos e interpretativos; disparidad de criterios en los que la conjunción entre la dimensión cuantitativa y cualitativa arroja resultados ciertamente desconcertantes. Aunque se intente salvar procesalmente indicando que, solo en caso de sector que puede considerarse que pivota esencialmente en la mano de obra, quien alegue la ausencia de subrogación debe demostrar que no ha asumido una parte esencial de la plantilla. Lo que la parte demandada deberá demostrar, pese a la asunción de plantilla, es que en el caso concreto no cabe entender que hay entidad económica autónoma objeto de transmisión.

No se trata solo de destacar la relevancia del factor humano (puesto que en toda empresa esa relevancia es evidente) sino que, para que pueda operar la teoría de la sucesión de plantilla convirtiendo a ésta en factor determinante de la transmisión de empresa, se requiere comprobar que, cualquiera que sea la causa o motivo por lo que se haga, la asunción debe ser de una *“parte esencial, en número y competencias, del personal”*. Concepto jurídico indeterminado que, ante la ausencia de pautas clarificadoras que aporten seguridad y certeza, se resuelve atendiendo a una casuística desbordante. La concurrencia de las dos dimensiones (cuantitativa/cualitativa) que exige el TJUE debe acomodarse a la realidad del tipo de actividad y del tipo de trabajo y aquí, precisamente, reside la enorme dificultad; y a veces se busca, es obvio, simplificar la operación y eludir la indagación o valoración de la dimensión cualitativa (cuando, por ejemplo, se afirma insuficiente examinar de manera aislada el quantum personal objetivo, *“salvo cuando el alcance de la plantilla incorporada sea tan sustancial o relevante en sí mismo que permita soslayar el análisis de sus competencias”*³⁶). Pero lo

35 Recuérdese la doctrina del TJUE en la Sentencia 24 de enero 2002, Asunto C-51/00, conocida como Temco, en la que se define del modo siguiente: “un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica y, por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad, aun después del cese de la anterior contrata, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea”.

36 STS 15 diciembre 2021, rec.4236/2019, supuesto de sucesión de contrata de prestación de servicios auxiliares en el que estaban empleadas 5 personas. La empresa entrante sigue con el servicio auxiliar asumiendo el 40% de los trabajadores (2 de 5). “Se constata la continuidad en la actividad objeto de transmisión —servicios auxiliares para la comitente, desarrollados en sus instalaciones—, que, sin embargo, pasa a desempeñar parte de la plantilla existente con anterioridad por decisión de la empleadora (matizaremos que nada se ha precisado acerca del modo de selección). Pero a pesar de esa prolongación o permanencia de la propia actividad transferida, la subrogación solamente acaece respecto de dos de los cinco auxiliares de servicios —que efectivamente implicaría un porcentaje del 40% de la plantilla—, cuando en este caso la relevancia y competencia exigibles dimanar o se focalizan, no

importante es que si la relevancia de la mano de obra a efectos de configuración de la actividad externalizada no se mide solo en número sino cuando los trabajadores conforman una estructura organizada, ésta es la que debe transmitirse porque de ella deriva la esencialidad de la plantilla asumida³⁷.

6. ASUNCIÓN “CONVENCIONAL” DE PLANTILLA

La previsión en los convenios colectivos de la obligación de la asunción de plantilla en la sucesión de contrata ¿En qué sentido facilita la solución del problema?

Se planteaba en relación con la doctrina de la sucesión de plantilla en sectores que descansan fundamentalmente en la mano de obra que la inclusión de las contrata en el fenómeno de la transmisión quedaba al albur de la decisión del contratista en tanto que la subrogación del personal adscrito a la contrata dependía de la voluntad de éste de asumir o no la plantilla³⁸

Nuestro TS había interpretado que la asunción de plantilla impuesta por el convenio colectivo quedaba limitada a los términos previstos en las cláusulas convencionales sin precipitar el fenómeno de la transmisión legal de empresa. Se aprecia cambio tras la aceptación de la conocida sentencia TJUE 1 julio 2018, Asunto C-60/17³⁹,

en que se tratare de personal con tareas de dirección u organización, porque aquí las características propias del servicio revelan su inexistencia, sino en que ese personal resulta fundamental para llevarlo a cabo atendidas las condiciones o circunstancias que lo conforman». Véase también, STS 23 marzo 2022, rec.3117/2020, con relevancia del parámetro cuantitativo cifrado en el 75% de la plantilla.

37 Permítasenos remitir, para un estudio detenido de esta cuestión, a nuestro estudio “La sucesión de plantillas como factor determinante de la transmisión de empresa”, en GARCIA MURCIA, Dtor: *Transmisión de empresa...*, cit. pp.165 y ss, en el que se da cuenta de las dificultades interpretativas para determinar lo que deba entenderse por “parte esencial de la plantilla”. Con ejemplos al respecto, en una labor encomiable de disección de la jurisprudencia y de la doctrina judicial, IGNASI BELTRÁN DE HEREDIA, : Parte esencial de la plantilla: ejemplos, en <https://ignasibeltran.com/contratas-subcontratas-cesion-legal-e-ilegal-subrogacion-empresa-44/#funcional1>

38 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Sobre cuándo la sucesión de concesiones administrativas y contrata constituye sucesión de empresa”, en GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y. (Dtores): *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles*, Edit.USC, 2020, p.100, en relación con la STJUE 10 diciembre 1998, Asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96.

39 En la que se pregunta, recuérdese: «1) ¿Se aplica el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 [...] cuando una empresa cesa en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente por rescisión del contrato de arrendamiento de servicios donde la actividad se funda predominantemente en la mano de obra (vigilancia de las instalaciones), y la nueva adjudicataria del servicio se hace cargo de una parte esencial de la plantilla destinada en la ejecución de tal servicio, cuando tal subrogación en los contratos laborales se haga por imperativo de lo pactado en el convenio colectivo [de las empresas de seguridad]?—Pregunta, no se olvide, que proviene de que el órgano jurisdiccional remitente (Sala de lo Social del TSJ de Galicia) afirme que se trata de “una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra”. 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, si la legislación del Estado miembro dictada para incorporar la Directiva ha dispuesto, en aplicación del artículo 3.1 de la Directiva [2001/23], que después de la fecha del traspaso el cedente y el cesionario son responsables solidariamente de las obligaciones, incluidas las retributivas, que tienen su origen, antes de la fecha del traspaso, en los contratos de trabajo existentes en la fecha del traspaso, ¿es conforme

de modo que se descarta que la voluntariedad o no de la subrogación sea un elemento a tener en cuenta en la determinación del mantenimiento de la identidad de la entidad económica. Expresándolo en los términos conocidos de que “el hecho de que la subrogación de plantilla sea consecuencia de lo previsto en el convenio colectivo no afecta al modo en que deba resolverse el problema”.

Aun cuando no se han eludido críticas al que se dice cambio brusco de la doctrina jurisprudencial, difícilmente parece dejar margen alguno para al menos valorar -en la evaluación de conjunto necesaria para constatar el requisito del mantenimiento de la identidad posterior a la transmisión- la asunción obligatoria o voluntaria de la plantilla. Del mismo modo, sobre los efectos de la subrogación convencional, más allá de quedar ahora configurada como elemento determinante de la aplicación de la Directiva y del paso a la transmisión de empresa del artículo 44 ET, se exploran posibilidades para evitar la forzada —y extensiva— aplicación de la institución y sus consecuencias, señaladamente el alcance de la responsabilidad entre el cedente y el cesionario por subrogación derivada del convenio colectivo en caso de sucesión en la contrata de servicios.

Es verdad que la solución pudiera poner en tela de juicio la teoría finalista de protección de los trabajadores a través de la sucesión de empresa por sucesión de plantilla en las contratas deteriorando la garantía de los trabajadores, aunque se mantenga que la estabilidad en el empleo no queda comprometida.

Pero la elevación de la subrogación convencional a supuesto de transmisión de empresa, convirtiendo en causa lo que es efecto, plantea cuestiones en relación con la interpretación y la aplicación del convenio colectivo.

Una primera es la relativa al ámbito aplicativo del convenio colectivo porque el criterio que ha de seguirse no es otro que la exigencia de estar incluido en el convenio colectivo que se estime aplicable⁴⁰ (teniendo en cuenta que el alcance depende de que estemos ante un convenio de empresa —es posible que la cláusula se contenga en un convenio de empresa, de la empresa principal o de la empresa contratista⁴¹- o

con el citado artículo 3.1 de la Directiva una interpretación que sostenga que la solidaridad en las obligaciones anteriores no se aplica cuando la asunción de mano de obra en términos esenciales por la nueva contratista le vino impuesta por las previsiones del convenio colectivo del sector y dicho convenio excluye en su texto esa solidaridad respecto de las obligaciones anteriores a la transmisión?».

40 Vid STS 26 noviembre 2018, rec.2128/2016 en la que se discute si cuando la empresa principal (gimnasio) asume el servicio de limpieza que tenía externalizado debe o no subrogarse en los contratos de trabajo de quienes vienen desempeñando esa tarea. Se plantea si el convenio colectivo sectorial propio de la empresa principal (gimnasio) comporta la existencia de una subrogación cuando la contrata que finaliza es de limpieza.

Recuerda el TS que las reglas sobre subrogación previstas en los convenios colectivos sectoriales están pensadas para los casos en que la unidad productiva pasa de manos de una empresa a otra, pero *ambas del mismo ramo funcional* (gimnasio/limpieza). Si no hay coincidencia, tanto cabe descartar la aplicación del convenio de limpieza a la empresa principal como rechazar la del convenio de gimnasios a quienes vienen prestando sus servicios en una empresa de limpieza.

41 Sobre el nivel apropiado de negociación para incluir cláusulas de subrogación puede consultarse la STS 18 octubre 2022, rec.248/2021, y de forma rotunda: un convenio de empresa – en el caso, con-

sectorial y que resulte aplicable o no a la entrante, a la saliente o a ambas⁴²). Aspectos que habrán de resolverse tras la reforma laboral aplicando las previsiones contenidas en relación con la descentralización productiva en el nuevo artículo 42.6 Estatuto de los Trabajadores, que, como sabemos deja al margen a los centros especiales de empleo. Y con dudas para determinar en estos casos los ámbitos de aplicación de los convenios colectivos, que pueden soslayarse en el supuesto concreto aplicando la subrogación de plantilla prevista en un convenio colectivo cuando otro no la haya previsto⁴³.

Una segunda afecta al contenido de las cláusulas convencionales. Si es posible o no que el convenio establezca modulación en la asunción de plantilla (por ejemplo si cabe establecer que la empresa entrante solo debe asumir la parte de plantilla necesaria para afrontar el encargo de la actividad concreta o matizando que la subrogación queda limitada por la disminución de la actividad contratada o que la incorporación lo es a un proceso de selección); o si es posible que el convenio colectivo establezca restricciones al volumen de plantilla que debe asumirse (por ejemplo exigiendo una determinada antigüedad o un determinado porcentaje o una determinada categoría); o que establezca determinadas obligaciones informativas y documentales.

Puede advertirse que hasta ahora el TS no ha dado el paso de considerar inaplicable la cláusula del convenio colectivo regulando la subrogación en su integridad. Hay supuestos en los que se ha neutralizado la regulación convencional, aunque se ha afirmado que el precepto convencional que permite la subrogación en una parte limitada de la plantilla —en los supuestos de disminución de la contrata— no es “siempre, y en todo caso, ilegal e inaplicable” (SSTS 5 de marzo 2019, rec.2892/2017 sucesión de contratas de empresas de seguridad; 8 enero 2019, rec.2833/2016); o cuando se soslaya el requisito previsto en el convenio colectivo aplicable de que la empresa saliente entregue determinada documentación a la empresa entrante (STS 11 enero 2022, rec.2635/2022), sin estimar ilegal esa cláusula del convenio.

venio de empresa saliente que establece obligaciones para las empresas pertenecientes al mismo sector entrantes- “no puede imponer obligación alguna a empresas que, aunque pertenecientes al mismo sector, no están en el ámbito de aplicación del convenio, en virtud de lo dispuestos en el artículo 82.3 ET”. Añadiendo que “ni siquiera cabe que el convenio de empresa establezca dicha norma por remisión al convenio del sector” cuando éste impone la obligación de subrogación. Lo que quiere decir que se veda el paso a que un convenio colectivo de empresa establezca directamente o por remisión cláusulas de subrogación.

Ahora bien, la cuestión es si cabe interpretar lo mismo cuando el convenio colectivo de empresa estableciera obligación de subrogación para ella como “empresa entrante” o que se adoptaran para un grupo empresarial en su conjunto. Parece que nada lo impide.

42 Véase, detenidamente, NORES TORRES, L.E.: *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratas*, Tirant lo Blanch, 2012 pp.58 y ss

43 Caso concreto de la STS 22 septiembre 2021, rec.106/2021, en el que, atendiendo a las circunstancias del supuesto, las reglas de transmisión o subrogación previstas en un convenio colectivo se aplican también a un centro de trabajo en el que el convenio colectivo aplicable no prevé la sucesión de plantilla.

Respecto del valor jurídico de esas cláusulas moduladoras de la subrogación prevista en convenio colectivo, son varias y no exactamente coincidentes las opiniones al respecto. Se ha avanzado la de la ilegalidad, dudando de si lo es solo la cláusula convencional concreta o la del convenio colectivo en su totalidad⁴⁴.

Es evidente que una cosa es la inexigibilidad de la cláusula convencional (y su inaplicación al caso concreto) y otra su ilegalidad porque no cabiendo apriorismo en torno a la naturaleza de la actividad pudiera darse el caso de que en el conflicto planteado no se califique como de actividad externalizada en la que predomina la mano de obra; y en caso de que lo fuera, habría que dar el paso siguiente en torno a la aplicación del criterio de asunción de plantilla. Y si ello es así, pudiera ocurrir que en el supuesto concreto la cláusula convencional sea inexigible pero no que sea ilegal una cláusula convencional que, en su diseño y contenido, no prejuzga nada en relación con la naturaleza de la actividad.

Recuérdese que el TS apreciaba en su sentencia de septiembre de 2018 lo siguiente: "son los efectos derivados de la previsión del convenio los que deben valorarse para determinar si hay sucesión de empresa ". Y "claro, en sectores donde la mano de obra constituye lo esencial ha de valorarse de manera muy prioritaria el dato relativo al número o condición de quienes han sido asumidos por la nueva empleadora, al margen del título o motivo por el que ello suceda".

Lo que debe ponerse en relación con el fallo de la STJUE de 11 de julio de 2018, que exige explorar el significado de lo literalmente indicado:

"El artículo 1.1 de la Directiva... debe interpretarse en el sentido de que la Directiva se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de la prestación, ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de dicha prestación, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas" (el subrayado nuestro).

Y a nuestro juicio arroja la conclusión siguiente en relación con las actividades que descansan fundamentalmente en la mano de obra: La subrogación legal solo se aplica si se ha asumido la parte esencial de la plantilla de la anterior contratista; si se está por debajo de lo que se entienda por tal, el convenio colectivo puede establecer las condiciones de subrogación⁴⁵. Cuando lo transmitido sea una entidad económica

44 Véase, entre otros, NORES TORRES, L.E.: "Novedades jurisprudenciales en materia de transmisión de empresas: la labor del TJUE y del TS", Labos, Vol.1, No1, p.101, para quien la aplicación del criterio de sucesión de la plantilla en las subrogaciones convencionales obligaría a considerar la ilegalidad de las cláusulas convencionales que exigen una determinada antigüedad o el cumplimiento de obligaciones informativas para que esta resulte operativa.

45 En este sentido, DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "Efectos de la rectificación de la doctrina sobre subrogación convencional", *Trabajo y Derecho* 48/2018, p.4/10; BELTRÁN DE HEREDIA, I. en <https://ignasibel->

que mantenga su identidad, la subrogación se impone tanto por la norma comunitaria como por la norma nacional, aunque ello se produzca como consecuencia de la asunción de la plantilla impuesta por el convenio colectivo. Si esta subrogación responde a los criterios cuantitativos y cualitativos que permitan calificarla como de parte esencial de la plantilla, no son aplicables las modulaciones o restricciones que establezca el convenio colectivo, sean materiales o sean formales⁴⁶, tanto en la configuración de la transmisión como en los efectos, en particular, en lo que refiere a la responsabilidad solidaria entre el cedente y el cesionario. El contenido convencional restrictivo se considera inexigible o, como también se ha dicho, “como no puesto” y se ha de asumir imperativamente a los trabajadores que no se hubieran inicialmente asumidos en aplicación de la cláusula convencional⁴⁷.

No obstante, como es fácil colegir, lo entendible en un plano teórico generará complicaciones en la puesta en práctica puesto que, como acertadamente se ha manifestado, “se desvirtúa completamente el alcance y finalidad de lo previsto en Convenio Colectivo”⁴⁸. Como expresaba el VP en la sentencia del TS de septiembre de 2018, “se distorsiona la voluntad negociadora y —por supuesto— una importante alteración del equilibrio del Convenio”.

En la actualidad, sea cual sea el sector de la actividad productiva, se aprecia que los convenios colectivos de actividades en las que es habitual la descentralización productiva siguen incluyendo estas cláusulas subrogatorias y mantienen en muchos casos modulaciones o matices en la subrogación. Aun cuando no se hace constar expresamente que la subrogación pactada lo es en términos diferentes a la legal (puesto que no sería entendible que un convenio colectivo empeorara lo establecido por el legislador al amparo del art.85 ET), podría establecer cautelas y restricciones para asegurar que la subrogación no alcanza a una parte esencial de la plantilla. Pero, es cierto, se reabren ahora nuevas cuestiones porque la respuesta jurídica a los interrogantes planteados tras la STJUE 11 julio 2018 no ha cerrado el debate y tampoco zanjado los desafíos que tienen las partes sociales en el diseño de las cláusulas convencionales de subrogación.

Por último, desde la perspectiva de los efectos, y en concreto en torno a la responsabilidad solidaria prevista en nuestro ordenamiento jurídico, que no se impone

tran.com/2019/06/12/sucesion-de-plantilla-y-subrogacion-convencional-algunas-reflexiones-en-torno-a-la-figura-y-sus-problemas-aplicativos-ponencia/

46 El convenio colectivo se aplica en su complitud, también respecto de las obligaciones documentales que aquél prevea cuando contiene deber de subrogación en la sucesión de contrata (STS 18 febrero 2020, rec.1682/2017).

47 SEMPERE NAVARRO, A.V. “La subrogación convencional”, en GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: Las respuesta del Tribunal de Justicia..., cit. p.177: “la empresa debe asumir a cuantas personas estén adscritas a la contrata transmitida por mandato del convenio y no puede invocar la modulación que en él se contemple”. Si no, la empresa entrante incurre en un despido tácito. Sin perjuicio, claro está, de que el nuevo empleador ajuste a las necesidades reales mediante despidos objetivos o un despido colectivo.

48 DE LA PUEBLA PINILLA, A.: op.ult.cit., p.5

por la Directiva -y que tampoco lo prevén expresamente los convenios colectivos que establecen cláusulas de estabilidad en el empleo bajo la fórmula de su subrogación de plantilla en caso de sucesión en contratas- recuérdese que en la sentencia citada el TJUE se declara no competente para responder a esta cuestión prejudicial. Lo que bien podría interpretarse en el sentido de que se trata de un problema de relación entre el artículo 44 ET y el convenio colectivo. No obstante, de alguna sentencia actual del TS cabe inferir que, si admitida la transmisión de empresa por sucesión de plantilla establecida en convenio colectivo, se despliegan todos los efectos legales previstos en el precepto estatutario⁴⁹.

6. CONCLUSIONES

No constituye transmisión de empresa la sola sucesión de actividad entre concesionarios o contratistas. No puede identificarse, aunque en apariencia sean fenómenos cercanos, la transmisión de una organización productiva con la sucesión o cambios de dos o más empresas en la realización de una determinada actividad. En la primera hay un traspaso de entidad económica que no puede reducirse a una simple actividad; en la segunda, una prestación de servicios de una empresa a otra en la que nada se transmite como entidad o unidad productiva autónoma.

No obstante, y en una extensión imperfecta de la institución jurídica de la transmisión de empresa, tal vez como estrategia para evitar que la operación pudiera encajar en una cesión ilegal, buscando la protección del trabajador en la aplicación forzada de la sucesión de empresa, se ha admitido como regla condicional y excepcional que hay transmisión —a los efectos de aplicación de la Directiva y de la normativa nacional— cuando la sucesión en contratas (o de concesiones) va acompañada de la traslación de una entidad económica entre la empresa saliente y la empresa entrante.

En tanto que regla excepcional, debe ser interpretada restrictivamente. Se debe operar primero con la regla general, acreditando en el supuesto concreto los hechos que permitan valorar si ha habido transmisión de los elementos necesarios o indispensables o imprescindibles para continuar con el servicio contratado. Los elementos o factores de producción a valorar en el caso concreto son todos, los patrimoniales (materiales y/o inmateriales) y los personales; teniendo en cuenta que no se

49 Véase STS 20 septiembre 2022, rec. 1265/2019, sobre subrogación legal derivada del convenio colectivo y aplicación del artículo 44.5 ET, mantenimiento del mandato de los representantes de los trabajadores hasta tanto no se promuevan nuevas elecciones sindicales. El supuesto: negativa de la empresa a reconocer el crédito de horas sindicales a dos representantes de los trabajadores que cambiaron de adscripción sindical en el caso en que las trabajadoras prestaban servicios en la empresa concesionaria del servicio de vigilancia del sector de estacionamiento regulado de superficie subrogadas en cumplimiento de convenio colectivo sectorial aplicable. El TS lo califica de asunción de plantilla por parte de la empresa entrante que resulta de una obligación impuesta por el Convenio Colectivo; estima que se trata de una actividad donde la mano de obra constituye un factor esencial y activa la aplicación del artículo 44 ET.

puede operar con apriorismos cuando se analizan supuestos en los que la actividad externalizada se presume que es desmaterializada. La transmisión de empresa por sucesión de plantilla (cuando hay transmisión de actividad y cesión de contratos de trabajo) no es absoluta e incondicional.

Tanto desde una construcción de estricta dogmática jurídica como de principios, y tras el análisis de lo sucedido desde entonces, apreciándose un excesivo casuismo por el número creciente de litigios al respecto; disfunciones o dificultades para alumbrar pautas claras uniformadoras; valoraciones que a veces pueden tacharse de contradictorias; dispar rigor valorativo de las instancias judiciales, comunitaria y nacionales, y de los criterios a ponderar —rigidez versus flexibilidad—, pudiera afirmarse que la razón social de protección como presupuesto de la sucesión de plantilla queda en numerosas ocasiones en entredicho porque, desde esta perspectiva, se advirtió hace tiempo de la ambivalencia de la sucesión, que no siempre es beneficiosa para el trabajador. De modo que la lógica protectora a través de la sucesión de empresa por sucesión de plantilla puede romper otra de las garantías del régimen de transmisión, a saber, la garantía frente a la cesión de contratos, que pueden encubrir externalizaciones estratégicas.

La inexistencia de un concepto normativo cerrado al respecto no puede suplirse por la identificación sin más de que las contrata típicas calificadas como intensivas de mano de obra fuera un criterio de aceptación social.

Pero también lo es que la introducción en la ley de una definición cerrada de la transmisión de empresa en supuestos de sucesión de actividad en contrata o la mención específica a la sucesión de empresa por sucesión de plantilla (indicando que la empresa entrante en la actividad desmaterializada deba asumir una parte esencial —por su dimensión numérica y cualitativa en relación con la actividad desarrollada— de la plantilla de la empresa saliente) no solventaría, seguramente, todas las cuestiones añadidas controvertidas. Bastaría, a nuestro juicio, reconducir la operación en cada una de sus fases a una ponderación de todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, evitando apriorismos y resolviendo equilibradamente conforme a lo acreditado y probado por las partes en el conflicto jurídico planteado.

Como ocurre en relación con otras instituciones jurídico-laborales, el método indiciario responde, con ciertas imperfecciones, es claro, a la realidad del mercado y de la economía de servicios en nuestro tejido productivo que en numerosas ocasiones no puede ser reconducida a un concepto normativo; lo que, es cierto, tiene sus ventajas e inconvenientes. Pero lo que cabe exigir en la aplicación del método indiciario (o tipológico) en torno a esta institución de la transmisión de empresas es un juicio de ponderación en el que no se soslayan todos los elementos o circunstancias concurrentes existentes en el supuesto concreto de sucesión en la actividad porque, si no es así, la valoración pierde su virtualidad jurídica.

El tratamiento de las contratatas y subcontratatas en la jurisprudencia reciente

Ángel Blasco Pellicer

Magistrado del Tribunal Supremo

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SE)

Universidad de Valencia

SUMARIO:

1. LOS PRINCIPALES PROBLEMAS QUE PLANTEA EL ARTÍCULO 42 ET. 2. EL CONCEPTO DE PROPIA ACTIVIDAD 3. CONTRATAS Y CESIÓN ILEGAL: LA CONTINUIDAD EN LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL Y ALGUNA MATIZACIÓN. 4. EL PROBLEMA DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE EN CONTRATAS Y LA JURISPRUDENCIA AL RESPECTO. 5. SUCESIÓN DE CONTRATAS Y TRANSMISIÓN DE EMPRESAS: EL MANTENIMIENTO DE LOS CRITERIOS GENERALES Y LOS NUEVOS PROBLEMAS. 5.1. Reversión de contratatas en las administraciones públicas: efectos sobre los trabajadores.

RESUMEN: En el presente artículo se pretende realizar un estudio sobre el tratamiento jurisprudencial de las contratatas y subcontratatas. Al efecto, una vez identificados los principales problemas técnicos jurídicos que plantea la regulación del artículo 42 ET, se abordará la jurisprudencia de los dos últimos años sobre el concepto de propia actividad; sobre la adecuada distinción entre una verdadera subcontratación de obras y servicios o una mera cesión de mano de obra; sobre el convenio aplicable a la actividad laboral en contratatas y, finalmente, sobre los efectos laborales de la sucesión de contratistas en una misma actividad.

Palabras clave: Contratatas y subcontratatas. Convenio Colectivo. Propia actividad. Cesión ilegal. Transmisión de contratatas.

ABSTRACT: This article intends to carry out a study on the jurisprudential treatment of contracts and subcontractors. For this purpose, once the main legal technical problems posed by the regulation of article 42 ET have been identified, the jurisprudence of the last two years on the concept of own activity will be addressed; on the proper distinction between a true subcontracting of works and services or a mere transfer of labor; on the agreement applicable to the labor activity in contracts and, finally, on the labor effects of the succession of contractors in the same activity.

Key words: Contracts and subcontracts. Collective agreement. Own activity. Illegal assignment. Transmission of contracts.

1. LOS PRINCIPALES PROBLEMAS QUE PLANTEA EL ARTÍCULO 42 ET

El artículo 42 ET desde su primera versión hasta la actualidad trata de regular los efectos jurídicos que para las relaciones laborales se derivan de la denominada actividad de descentralización productiva; esto es, la situación en la que un empresario, principal o comitente, encarga a otro, auxiliar, la realización de una actividad —una obra o un servicio— que resulta necesario para el desarrollo de su objeto empresarial. Se trata, sin duda, de un precepto complicado que, por un lado, presenta múltiples problemas derivados de la compleja situación que pretende regular y del uso de conceptos y categorías jurídicas ajenas al propio ordenamiento laboral. Por otro lado, su contenido no agota la regulación de la materia que tiene que complementarse con la normativa sobre seguridad social y sobre prevención de riesgos laborales por citar sólo las cuestiones de la rama social del derecho, sin olvidar la regulación contenida en la Ley de contratos del sector público y demás concordante de aplicación cuando la entidad comitente es una administración o un ente público o cualquier organismo contemplado en el artículo 3 de la indicada ley, a quienes también se aplica el precepto del Estatuto de los Trabajadores que nos ocupa.

No es momento ahora de elaborar un estudio que comprenda un elenco completo de las cuestiones problemáticas sobre las consecuencias laborales de la descentralización productiva; el propósito es más simple y se refiere, en primer lugar a la identificación de los principales problemas que la redacción del artículo 42 ET ha venido planteando históricamente y que, sólo de manera muy concreta y parcial, han sido abordados por la reciente reforma laboral, a pesar de que muchos de ellos siguen creando una grave inseguridad jurídica debido a la doble dificultad que el texto normativo plantea tanto en su correcta interpretación como en su aplicación práctica. Me refiero a dos problemas que han condicionado históricamente la delimitación del convenio colectivo en las contrata y subcontratas de obras y servicios: la delimitación del concepto de propia actividad y la dificultad constante para distinguir supuestos de descentralización productiva real de aquellos otros que son una mera interposición de mano de obra. Y, finalmente, un número importante de cuestiones conflictivas ligadas a la transmisión de contrata o subcontratas. Por ello parece oportuno reseñar los principales pronunciamientos que el Tribunal Supremo ha realizado en los últimos dos años sobre aquellas cuestiones problemáticas que anteriormente se han identificado. Todo ello puede permitir una visión real y actual sobre el régimen jurídico de las implicaciones laborales derivadas de la contrata y subcontrata de obras y servicios.

2. EL CONCEPTO DE PROPIA ACTIVIDAD Y SU RECIENTE APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO

El régimen jurídico laboral de las contrata descansa en primer lugar sobre una distinción entre contrata que son de propia actividad de aquéllas que no lo son. La aludida diferencia determina el régimen jurídico aplicable a unas y otras. El concepto

de propia actividad constituye una cuestión nuclear que ha sido objeto de múltiples interpretaciones y pronunciamientos judiciales y que, a fecha de hoy, sigue sin ser un concepto cuya adecuada comprensión resulte pacífica y sea capaz de delimitar con nitidez unas contrataciones de otras y, por tanto, las consecuencias jurídicas que la ley anuda según el tipo de contrataciones de que se trate. Tampoco resulta claro que alguna previsión del propio precepto resulte de aplicación a las contrataciones que no sean de propia actividad. Es más, el propio Tribunal Supremo ha alertado de que estamos ante una cuestión ciertamente compleja cuya delimitación, aparte ser compleja, sólo puede abordarse de manera casuística en la que se examinen detenidamente los distintos factores que concurran en cada caso concreto¹.

El supuesto de hecho que constituye la base aplicativa del artículo 42 ET, al menos en sus dos primeros apartados, está delimitado por la expresión “empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos”. Es por ello que lo que deba entenderse por “propia actividad” constituye elemento básico de la aplicación del precepto que ha dado lugar a múltiples resoluciones y teorías que, a la vez que han resuelto el caso concreto, han pretendido establecer criterios que pudieran servir de general aplicación. En este sentido, la jurisprudencia desde la STS de 18 de enero de 1995² ha venido señalando que el círculo de la propia actividad de una empresa queda delimitado por las operaciones o labores que son inherentes a la producción de los bienes o servicios específicos que se propone prestar al público o colocar en el mercado. El fundamento de esta interpretación estriba en que las actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista, justificando así la responsabilidad patrimonial de la empresa o entidad comitente respecto de los salarios de los trabajadores empleados en la contrata³. Por tanto, ha de acogerse la interpretación que entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente, entendiendo, de acuerdo con la sentencia referida que nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial⁴.

Así, como recordó la STS de 9 de mayo de 2018⁵, la imprecisión de lo que encierra el concepto de propia actividad ha sido suplida por la jurisprudencia que se ha decantado por una concepción estricta que limita su alcance a aquellas obras o servicios que sean inherentes al proceso productivo de la empresa comitente. El fundamento

1 STS de 5 de diciembre de 2011, Rcd. 4197/2010.

2 Rcd. 150/1994.

3 STS de 29 de octubre de 1998, Rcd. 1213/1998.

4 STS de 24 de noviembre de 1998, Rcd. 517/1998.

5 Rcd. 3535/2016.

de esta interpretación, en el contexto del artículo 42 ET, estriba en que las actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista, justificando así la responsabilidad patrimonial de la empresa o entidad comitente respecto de los salarios de los trabajadores empleados en la contrata. En definitiva, sobre el concepto de “propia actividad”, lo relevante a los efectos del art 42.1 ET es determinar si los servicios prestados por la empresa adjudicataria del contrato se incorporan al ciclo productivo o son escindibles del mismo, y si deben de articularse o pueden, sin más, superponerse o desarrollarse con autonomía.

En ese sentido, las recientes SSTs de 7 de junio de 2022 y de 8 de junio de 2022⁶ consideran, a efectos de la responsabilidad solidaria en deudas salariales ex art. 42.2 ET, que constituye propia actividad del Ayuntamiento demandando y del Patronato del mismo dependiente, la actividad externalizada consistente en prestar atención al público destinatario de la programación cultural (información, control de aforos, taquillaje, portería, organización de comienzo y fin de actividades, medidas de seguridad, planes de evacuación, etc.) lo que llevó a condenar solidariamente al Ayuntamiento y al Patronato Sociocultural, junto con la empleadora, empresa auxiliar. Ambas sentencias argumentan que el Ayuntamiento, a través del Patronato Sociocultural, venía prestando los servicios de promoción de la cultura y equipamientos culturales que habían sido asumidos como propios por parte del Ayuntamiento, para llevarlos a cabo y ofrecerlos a la ciudadanía a través de esa institución. La prestación del servicio de atención al público, complementario del programa cultural del Ayuntamiento, concertado con la mercantil empleadora, constituye servicio de la propia actividad del consistorio, que efectúa a través del Patronato. De no haberse concertado la contrata, tales servicios tendrían que realizarse por el propio Patronato, so pena de perjudicar sensiblemente la actividad cultural del Ayuntamiento. Por otra parte, ninguna duda cabe que las tareas realizadas por el personal de la empresa subcontratada se incorporan directamente y de manera inescindible al resultado final del servicio que constituye la única finalidad del Patronato, y que no es otro que el ofrecer al público las obras, espectáculos y actividades culturales que justifican su propia existencia. La actividad del Patronato no se entiende sin la imprescindible intervención de los trabajadores que llevan a cabo las tareas y funciones que constituyen el objeto de la contrata.

Por otro lado, la STS de 27 de mayo de 2022⁷, con relación a la subcontratación de los servicios de conserjería de una comunidad de propietarios, llegó a la conclusión de que estábamos ante un supuesto de propia actividad ya que la comunidad de propietarios participa de la condición de agente económico, con una actividad de esa naturaleza mediante la cual, con los medios materiales y humanos, ya los sean de

6 RCuds. 674/2021 y 677/2021.

7 Rcu. 3307/2020.

directa contratación o por medio de terceros, participa en la producción de servicios. Y esto es lo que permite entender que la actividad que ha externalizado se identifica como propia actividad a los efectos del art. 42 del ET, en coherencia con lo que esta Sala ha entendido al interpretar su contenido. La prestación de los servicios que puedan llevar a cabo una comunidad de propietarios puede realizarse mediante la contratación directa por aquella de un trabajador por cuenta ajena que los atienda, bajo su ámbito de dirección y organización. También, puede concertar con una empresa la prestación de esos servicios. La interpretación del art. 42 ET, en relación con la propia actividad, aunque es restrictiva, se identifica con la contratación de servicios integrados en un ciclo productivo, enmarcándose en este caso la comunidad en ese concepto que implica la de ofrecer aquellos que la comunidad haya podido establecer para quienes conviven en las fincas que la integran, no solo los propietarios sino otros ocupantes que por virtud de arrendamientos puedan tener allí establecido su domicilio.

Es cierto que los servicios comunes existentes en la finca urbana a la que pertenece la comunidad de propietarios los son, en principio pero no de forma excluyente, para el solo uso y disfrute compartido de quienes, por su condición de copropietarios, la componen pero ello no significa que esos servicios no encajen en lo que puede calificarse como ciclo productivo, a los efectos del art. 42 del ET, en tanto que la actividad se pone a disposición de quienes tienen el uso y disfrute de las viviendas o locales de forma que aquella actividad se incorpora a lo que sería el resultado final respecto de una las competencias que la Comunidad debe atender, que es la de acordar las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común, lo que se puede llevar a cabo bien directamente asumiendo ella el servicio o encargándose a otra empresa, cubriéndose con ello la finalidad del artículo 42 ET cuando establece la responsabilidad de la empresa comitente respecto de los salarios de los empleados de la contrata. Todo ello sin plantearse que, acaso, cabría haber identificado a una comunidad de propietarios con las excepciones del último párrafo del artículo 42.2 ET según las que no habrá responsabilidad por los actos de la contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar una persona respecto de su vivienda, así como cuando el propietario o propietaria de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial.

3. CONTRATAS Y CESIÓN ILEGAL: LA CONTINUIDAD EN LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL Y ALGUNA MATIZACIÓN

Tampoco la ley aborda con la nitidez y claridad deseable la debida diferenciación entre una encomienda de realización de bienes o prestación de servicios entre la empresa comitente y la empresa contratista del mero fenómeno de interposición laboral conocido como cesión ilegal de trabajadores. En muchas ocasiones se reviste bajo el paraguas de una lícita descentralización productiva lo que en realidad es una mera

cesión de mano de obra. En este caso, el artículo 43.2 ET realiza un esfuerzo notable de identificación de los supuestos de cesión ilegal al determinar que, en todo caso, existe cuando el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario. Probablemente en esa concreta redacción el legislador aprovechó para llevar a la letra de la ley una reiterada jurisprudencia que había ido identificando a lo largo del tiempo los principales matices técnico-jurídicos presentes en supuestos en los que se comprobaba una real cesión ilícita de trabajadores bajo la apariencia de una fórmula de descentralización productiva mediante la que se encargaba la realización de una obra o la prestación de un servicio. Por ello, el análisis que realizaremos de la última jurisprudencia será reiterativo en relación con la consolidada línea jurisprudencial incorporada al texto de la ley y, en cuanto a las novedades, el examen se verá limitado a algunos problemas interpretativos derivados de la calificación de supuestas contrataciones como fenómenos de cesión de mano de obra. En todo caso, no hay que olvidar que, mientras que si nos encontramos en presencia de una lícita descentralización productiva el problema de la aplicación del convenio debe solucionarse mediante la aplicación de lo dispuesto en el nuevo apartado 6 del artículo 42 ET; cuando, por el contrario, estemos en presencia de una cesión ilegal de trabajadores, el convenio de aplicación no puede ser otro que el aplicable en la empresa principal, siempre que sea más beneficioso para el trabajador ilegalmente puesto a disposición.

La reciente STS de 12 de enero de 2022⁸ compendia la doctrina jurisprudencial sobre la delimitación entre lícita descentralización productiva e ilícita cesión ilegal de mano de obra. Se trata de un supuesto que se ha reiterado en varias ocasiones ante la sala cuarta del alto tribunal y se refiere a los monitores de educación especial en centros docentes de la Junta de Andalucía. En la mayoría de los casos, la sala no llegó a entrar por inexistencia de la preceptiva contradicción que hubiera permitido al Tribunal unificar doctrina. En el caso que examina la sentencia, se pudo conocer sobre el fondo del asunto y se desestimó la existencia de cesión ilegal con la argumentación común de que se trataba de un supuesto de válida descentralización productiva a través de una contrata en el que la empresa contratista posee suficiente infraestructura organizativa, mantiene la organización, dirección y control de la actividad laboral, asumiendo las funciones inherentes a su condición de empresario. La sentencia comienza recordando que para apreciar si concurre o no cesión ilegal habrá que tener en cuenta, en primer lugar, si existe una mera puesta a disposición de los trabajadores o, por el contrario, la empresa contratista ejerce, respecto de los trabajadores como verdadero empresario, manteniendo el control, la organización y la dirección de la actividad laboral; el control de la actividad de los trabajadores

8 Rjud. 1903/2020.

debe seguir en manos de la empresa subcontratada y no trasladarse a la principal, en todo aquello que incide en la organización del trabajo y el efectivo ejercicio de las facultades empresariales en el amplio abanico de decisiones y actuaciones que eso conlleva. Lo que en la práctica se traduce en que siga siendo la empresa subcontratada quien lo mantenga en materias tales como: la distribución de tareas; determinación de los turnos; vacaciones; descansos; aplicación de las facultades disciplinarias; etc., es decir, en el ejercicio de todas aquellas facultades organizativas y directivas que competen el verdadero empleador de los trabajadores bajo cuyo ámbito de organización y dirección desempeñan realmente su actividad. En segundo lugar, resulta imprescindible que la contratista empleadora sea una verdadera empresa con infraestructura organizativa suficiente y adecuada. Y, en tercer lugar, el contratista debe asumir un verdadero riesgo empresarial, siendo la contrata una actividad específica, delimitada y diferente de la actividad desarrollada por la empresa principal.

La doctrina jurisprudencial caracteriza la cesión ilegal afirmando que el fenómeno de interposición supone tres negocios jurídicos coordinados: 1º) un acuerdo entre los dos empresarios —el real y el formal— para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2º) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3º) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal⁹. Asimismo, hemos destacado que la esencia de la cesión no se halla en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización, sino que lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia¹⁰. De forma que aparece en la posición contractual de empresario quien realmente no la ostenta, es decir, lo que sucede es que 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.

La transcrita doctrina se aplica con normalidad y permite resolver la mayoría de las cuestiones que al respecto se pueden plantear desde la perspectiva de que su aplicación requiere que en la apreciación de la cesión ilegal resulte necesario, imprescindible, ceñirse al caso concreto, pues suelen ser muy distintas las situaciones que pueden darse en la práctica¹¹.

El estado de la cuestión resulta ser, por tanto, bastante pacífico en la jurisprudencia y en la doctrina judicial dada la unanimidad aplicativa de un precepto cabalmente construido; por ello, las cuestiones problemáticas se refieren a cuestiones que en nada afectan a la propia existencia o no de cesión ilegal, cuya influencia en la

9 STS de 11 de febrero de 2016, Rcu. 98/2015.

10 SSTS de 19 de junio de 2012, Rcu. 2200/2011; y de 11 de julio de 2012, Rcu. 1591/11.

11 STS/4ª/Pleno de 26 de octubre de 2016, Rcu. 2913/14

determinación del convenio colectivo resulta innegable; al contrario las cuestiones problemáticas se centran en los efectos que puede producir la constatación de una cesión ilegal respecto de los derechos de los trabajadores afectados, pero no en relación con los que pudieran derivar del convenio que resulte de aplicación, sino de las que derivan de las consecuencias que la propia ley establece para el tráfico ilícito de mano de obra que se realiza bajo la falsa apariencia de una contrata o subcontrata de obra o servicios¹².

4. EL PROBLEMA DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE EN CONTRATAS Y LA JURISPRUDENCIA AL RESPECTO

Ninguna regla al respecto se contenía en el Estatuto de los Trabajadores con anterioridad a la reforma operada por el RDL 32/2011. El silencio del artículo 42 debía ser suplido, por lo que a la determinación del convenio aplicable se refiere, con las reglas del Título III del ET relativas a la negociación colectiva, las cuales, no cabe duda, resultaban notoriamente insuficientes para la resolución de una cuestión en sí mismo compleja. A salvo aquellas empresas que tuvieran convenio propio o convenio sectorial aplicable o aquéllas otras pertenecientes al mismo sector o actividad de la empresa principal, resultaba ciertamente complicado determinar el convenio de aplicación, especialmente cuando la actividad desarrollada no estaba comprendida en el convenio sectorial aplicable a la empresa comitente en aquellas empresas que realizaban múltiples actividades. La dificultad de la solución al problema resulta evidente al analizar las diferentes posturas adoptadas por el Tribunal Supremo.

En efecto, en la jurisprudencia es posible reconocer una amplia línea doctrinal consistente en considerar que en los reseñados supuestos de contratas, resulta de aplicación al personal destinado en la contrata en del convenio colectivo aplicable a la actividad preponderante de la empresa contratista que presta servicios en la comitente. Así, la STS de 17 de marzo de 2015¹³, considera que resulta de aplicación el Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid, a pesar de que la actividad de los trabajadores a que se refería el proceso no era la limpieza sino la de diversas actividades auxiliares ajenas por completo a las de limpieza, con el argumento de que lo trascendente es la actividad económica principal que desarrolla la empresa. Se sigue, de esta forma, la corriente jurisprudencial ya plasmada en las SSTS de 31 de enero de 2008¹⁴, relativa a la aplicación del Convenio

12 Véase, al respecto, la STS de 8 de febrero de 2022, Rcd. 5070/2018, que precisa que la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre empleadores del sector público no genera la fijeza contemplada en el artículo 43 ET sino la peculiar estabilidad derivada de la condición de personal indefinido no fijo. También, la STS de 23 de febrero de 2022, Rcd. 3248/2019, sobre responsabilidad solidaria entre empresa cedente y cesionaria en un supuesto de despido, respecto de las obligaciones económicas derivadas de dicho despido, con independencia de la elección de fijeza efectuada por el trabajador.

13 Rcd. 1464/2014.

14 Rcd. 2604/2007.

Colectivo Provincial para el Comercio del Metal de la Provincia de Cádiz en una empresa dedicada a la aleación y montaje de bisutería para su posterior comercialización; de 10 de julio de 2000¹⁵ en la que se recalca que lo determinante —dentro de la múltiple realidad del objeto social escriturado— para determinar el Convenio estatal o provincial aplicable, será la actividad real preponderante de la empresa que presta los servicios, a cuyo efecto habrá de valorarse, principalmente, la actividad organizativa, productiva y económica de la empresa.

Finalmente, probablemente de manera más llamativa, las SSTS de 29 de enero de 2002¹⁶, y de 17 de julio de 2002¹⁷ en sendos conflictos relativos al convenio aplicable a una empresa dedicada a la explotación y comercialización de carburantes en estaciones de servicio de alta calidad en la que existen también “tiendas de conveniencia”, respecto de los trabajadores de las mismas, se dejó sentado que el criterio de inclinarse en pro de la actividad real preponderante de dicha empresa, a la vista de los hechos probados, conforme a los cuales aparece con la suficiente claridad que la actividad preponderante consiste en gestionar la comercialización de carburantes en una red de estaciones de servicio de alta calidad, con “tiendas de conveniencia” que cumplen la función de atender a una demanda específica de los consumidores, ofreciéndoles una gran variedad de artículos en venta, y también determinados servicios, tales como pequeñas cafeterías, lavado automático de vehículos, máquinas de aspirado, teléfono público, fotocopias, fax, Internet, envío de flores, etc., pero predominando claramente la actividad y los ingresos obtenidos por la venta de carburantes sobre los relativos a las tiendas.

Un segundo criterio interpretativo se deduce claramente de la STS de 11 de junio de 2020¹⁸. En ella la cuestión sujeta a discusión era el convenio colectivo aplicable a una empresa multiservicios respecto de los trabajadores que prestaban servicios en una contrata, cuyo comitente era el Principado de Asturias, y que tenía por objeto los servicios de alimentación, comedor y cafetería en establecimientos de la Consejería de Bienestar Social. Ante la inexistencia de convenio propio de empresa, la cuestión discutida consistía en decidir si el convenio aplicable era el de la actividad desarrollada en la contrata o el preponderante en la empresa adjudicataria. La sentencia establece que, ante la ausencia de un convenio colectivo propio de la empresa multiservicio demandada, las relaciones laborales quedarán reguladas por el convenio colectivo sectorial cuyo ámbito funcional comprenda la actividad que llevan a cabo los trabajadores en el marco de la contrata yal como ha quedado configurada en los hechos probados.

15 Rjud. 4315/1999

16 Rjud. 1068/2001,

17 Rjud. 4859/2000.

18 Rec. 9/2019. Criterio novedoso, pero que se aplica siguiendo el camino abierto por la STS de 22 de febrero de 2019, Rec. 237/2017.

En efecto, al hacerse de esta forma las condiciones laborales de los trabajadores que prestan servicios en los centros a que se refiere el presente conflicto se determinarán en función de la clase de trabajo prestado, que es el parámetro más adecuado y objetivo frente al alternativo de la actividad preponderante de la empresa multiservicios en su conjunto, que, por un lado no se conoce; y, por otro, aunque fuese conocido y otro diferente, nada tendría que ver con la actividad realmente desempeñada por los trabajadores. En consecuencia, el criterio que debemos aplicar para establecer el convenio de aplicación es el de la real y verdadera actividad ejercida por los trabajadores con relación a la prestación de servicios por la empresa multiservicios a la empresa cliente. Además, se añade que con esta solución no se afecta a la competencia en el mercado de trabajo, pues se establece una misma regulación unitaria a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo, con independencia de la configuración jurídica del sujeto empleador, esto es, de si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio o una empresa multiservicios.

Sin embargo, el anterior criterio no ha sido uniformemente seguido en pronunciamientos posteriores. Así, la STS de 11 de noviembre de 2021¹⁹ ha entendido que a las trabajadoras que prestan servicios para una empresa de limpieza, como camareras de piso en un hotel, debe ser el convenio de limpieza y no el de hostelería, con el argumento de que la actividad realizada en la contrata es propiamente la de limpieza y no es otra distinta, aunque como tal estuviera contemplada en el convenio de referencia en la empresa principal, advirtiendo, además que el artículo 42 ET, en su redacción entonces vigente, no obliga a que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista tengan las mismas condiciones salariales que las que tendrían de haber sido contratados directamente por la empresa principal, ni tampoco obliga a las empresas contratistas o subcontratistas a aplicar el convenio colectivo de la empresa principal, aun cuando realicen obras o servicios propios de la actividad de dicha empresa principal. Anticipando que el art. 42 ET no obliga a las empresas contratistas o subcontratistas a aplicar a sus trabajadores el convenio colectivo que resulte de aplicación en la empresa principal, aun cuando realicen obras o servicios propios de la actividad de esa empresa principal, la STS de 12 de febrero de 2021²⁰ estableció que, por tanto, tratándose de una empresa que se dedica a la gestión externalizada de lo que en los establecimientos que lo hacen con personal propio se denomina «departamento de pisos», el convenio aplicable es el de limpieza de edificios y locales de la provincia de Sevilla y no el del sector de la hostelería, apartándose del criterio apuntado según el cual lo relevante sería el convenio aplicable a la actividad realmente ejercida por los trabajadores adscritos a la contrata, al ser el más garantista dado que su aplicación determina la aplicación del mismo convenio con independencia de que la obra o el servicio fueran o no externalizadas.

19 Rcd. 11 de noviembre de 2021, Rcd. 3330/2019.

20 Rcd. 2839/2019, con Voto Particular discrepante.

5. SUCESIÓN DE CONTRATAS Y TRANSMISIÓN DE EMPRESAS: EL MANTENIMIENTO DE LOS CRITERIOS GENERALES Y LOS NUEVOS PROBLEMAS

Una vez finalizada la encomienda de una obra o un servicio por parte de la empresa comitente a la empresa auxiliar, pueden producirse diversas situaciones: la primera, la renovación del encargo; la segunda su modificación objetiva; y, la tercera, su modificación subjetiva: esto es, que la misma contrata se encargue a un tercero que asume los mismos cometidos que hasta la fecha venía realizando el anterior contratista. En este tercer caso, podemos estar en presencia de una transmisión de empresa por efecto del artículo 44 Et que, en nuestro ordenamiento ha traspuesto la Directiva 2001/23/CE sobre transmisión de empresas.

En la actualidad, tanto de la doctrina emanada del TJUE, como de la que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, contamos con un cuerpo sólido de doctrina interpretativa de las normas anteriormente citadas que pueden permitir discernir cuando existe o no transmisión de empresas en los supuestos de sucesión de contratatas. Así podríamos distinguir diversas situaciones:

En primer lugar, los supuestos en los que la nueva contratista se hace cargo de los elementos patrimoniales afectos a la actividad de la contrata transmitida. En estos casos hay transmisión de empresa con independencia de que aquéllos elementos fueran propiedad de la empresa principal o de la contratista inicial; y, con independencia de que intervenga un ente público o, incluso de que estemos ante una reversión de contratatas, supuesto en el que la actividad encargada pasa a ser, posteriormente, desempeñada por la propia comitente (SSTS de 7 de marzo de 2019; de 20 de abril de 2018; de 26 de marzo de 2019; de 12 de marzo de 2020; de 25 de noviembre de 2020 y de 10 de junio de 2021)²¹.

El segundo supuesto se refiere a aquellas situaciones en las que la nueva contratista o contratista entrante no asume los elementos patrimoniales afectos a la actividad transmitida, que resultan relevantes para el desarrollo de la encomienda. En estos casos no resulta de aplicación el artículo 44 ET, ya que el supuesto está fuera de su ámbito de aplicación y del propio que diseña la Directiva reseñada. Así se desprende de la STJUE de 25 de enero de 2001²² Y del contenido, entre otras, de las SSTS de 26 de octubre de 2018²³ y de 4 de septiembre de 2020²⁴.

En tercer lugar, agrupamos los supuestos en los que la actividad inherente a la contrata transmitida descansa básicamente sobre la mano de obra ya que los elementos patrimoniales o son inexistentes o tienen escaso valor o trascendencia para la realización de la obra o servicio contratado. En estos casos, la jurisprudencia, si-

21 Rcds. 1825/2017, 2764/2016, 1916/2017, 684/2018 y 4926/2018, respectivamente.

22 Asunto C-172/1999.

23 Rcd. 2118/2016.

24 Rcd. 300/2018.

guiendo la consolidada y reiterada doctrina del TJUE²⁵ entiende que hay transmisión de empresa cuando la contratista entrante se hace cargo de la mayor parte de los trabajadores que prestaban servicios en la actividad transmitida o de aquéllos que resultan básicos o imprescindibles para el adecuado desarrollo de dicha actividad²⁶. Por el contrario, no la habrá si no hay la aludida asunción de plantilla en los términos examinados.

Por último, en cuarto lugar, la jurisprudencia, al enfrentarse e supuestos en los que la asunción de plantillas viene impuesta por el convenio colectivo, a partir de la STJUE de 11 de julio de 2018²⁷, rectificó doctrina anterior para concluir que en contra de lo que se había venido entendiendo, el hecho de que la subrogación de plantilla (la asunción de una parte cuantitativa o cualitativamente relevante) sea consecuencia de lo previsto en el convenio colectivo no afecta al modo en que deba resolverse el problema. Que la empresa entrante se subroge en los contratos de trabajo de una parte significativa del personal adscrito por mandato del convenio no afecta al hecho de que la transmisión pueda referirse a una entidad económica. Por tanto, el origen convencional de la asunción de una parte significativa de la plantilla no puede servir para obviar los efectos de la subrogación empresarial (con asunción de los derechos y obligaciones del empleador saliente). En consecuencia, en actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del artículo 44 ET. Cuando (como en el caso) lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal. Y el hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina²⁸.

En aplicación de la doctrina contenida en los analizados puntos anteriores, recientemente, la jurisprudencia ha rechazado que existiera transmisión de empresas en la STS de 8 de junio de 2021²⁹ que contempló el hecho relativo a un servicio de limpieza de habitaciones anteriormente subcontratado, que pasa a ser realizado directamente por el hotel, con su propio personal. Con apoyo en STJUE 20-1-2011 (C-463/09), y la doctrina sobre la limpieza como actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra, razona que, dado que el “nuevo empresario” no se ha hecho cargo de la plantilla, la entidad económica no mantiene su identidad, y no se produce la transmi-

25 STJCE de 11 de marzo de 1997, asunto 13/95, Süzen. En la sentencia de 10 de diciembre de 1998, C-173/96 y C-247/96, Sánchez Hidalgo y otro, entendió que era aplicable la Directiva 77/187/CEE a un supuesto en que un Ayuntamiento adjudicó el servicio de ayuda a domicilio, en régimen de concesión a una determinada empresa y, tras finalizar la concesión, se lo adjudica a una nueva, que contrató a todos los trabajadores que venían prestando servicios para la anterior.

26 Véanse SSTs de 7 de diciembre de 2011, Rcd. 4665/2010; de 28 de febrero de 2012, Rcd. 1885/2011 y de 27 de febrero de 2012, Rec. 202/2010; entre muchas otras.

27 Asunto C-60/17, Somoza Hermo

28 STS de 27 de septiembre de 2018, Rcd. 2747/2016.

29 Rcd.3004/2018.

sión de empresa. En igual sentido, la STS de 18 de enero de 2022³⁰ en un supuesto en el que el servicio fue contratado por el Ayuntamiento de Madrid para sus centros culturales se negó la existencia de transmisión pues no constaba transmisión alguna de medios materiales ni que el personal transmitido (3 de 9 trabajadores) fuera relevante.

Esa misma respuesta refractaria a la constatación de transmisión, se ha dado —en aplicación de la misma doctrina que analizamos— en supuestos de reversión de contrataciones por parte de administraciones públicas; en concreto de entidades locales. En un supuesto de reversión del servicio de limpieza viaria antes externalizado por Ayuntamiento, pues al ser una actividad que descansa esencialmente en la mano de obra, sería necesario que la nueva empresa asumiera los trabajadores adscritos al servicio, lo que no ha ocurrido. No resulta aplicable el art. 130 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) por razones temporales ni la Disposición Adicional 26ª LPGE 2017 (declarada en parte inconstitucional por la STC 122/2018)³¹. En el supuesto contemplado en la STS de 23 de marzo de 2022³², en un asunto sobre reversión del servicio de limpieza viaria, entendió que no procedía aplicar el artículo 44 ET y, en consecuencia, no había lugar a la asunción de la plantilla por el Ayuntamiento que recuperó el servicio, al tratarse de una actividad que descansa básicamente sobre mano de obra y no haber asunción de ningún miembro de la plantilla por parte de la entidad local demandada.

Por el contrario, el TS en jurisprudencia reciente ha admitido la existencia de transmisión de empresa en la STS de 20 de mayo de 2021³³ que entendió existente sucesión empresarial al haberse transmitido los elementos materiales e inmateriales esenciales, sin los cuales resultaba imposible la prestación del servicio de mantenimiento integral de la estación de aguas residuales de la UAM, siendo esos elementos propiedad de la Universidad y puestos a disposición de las sucesivas contratistas para la prestación del servicio público. Se transmitió una unidad productiva autónoma, por lo que la nueva contratista debió haberse subrogado en los derechos y obligaciones de los trabajadores de la anterior.

En el mismo sentido favorable a la constatación de transmisión de empresas, la STS de 15 de diciembre de 2021³⁴ sostuvo la existencia de sucesión cuando se trata de actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial se produce cuando la empresa entrante asume una parte relevante del personal adscrito a la contrata en términos cuantitativos o cualitativos debiendo estar a la entidad o competencia en el desempeño de los servicios. Se aprecia su concurrencia en el caso de sucesión de contrataciones de servicios auxiliares a comunidad de propietarios por existir continuidad en la actividad en la que es esencial el personal que conforma la entidad económica objeto de sucesión, habiendo subrogado la empresa entrante al 40% de la plantilla.

30 Rcd. 3876/2019.

31 STS de 8 de junio de 2021, Rcd. 3004/2018.

32 Rec. 108/2020.

33 Rec. 145/2020.

34 Rcd. 4236/2019.

Y, también se ha constatado la existencia de transmisión cuando la empresa entrante asume una parte significativa de la plantilla de la unidad productiva autónoma en actividad principalmente basada en mano de obra, con independencia de otros factores, incluido el convenio aplicable³⁵, resulta destacable que la no subrogación de una parte de la plantilla determine la existencia de un despido colectivo por superarse los umbrales legalmente establecidos, lo que implica que el mismo sea considerado nulo por no haberse seguido el procedimiento establecido en el art. 51 ET, debiendo responder de sus consecuencias la empresa entrante.

En la sucesión de contratas entre dos empresas auxiliares, en alguna ocasión se ha pretendido que las consecuencias sean asumidas por la empresa principal. En la STS de 22 de abril de 2021³⁶ se trataba del servicio de cafetería-comedor del centro laboral del INSST: la falta de asunción de la totalidad de la plantilla por la nueva adjudicataria, constituye un despido tácito, que se califica como despido colectivo nulo, al haberse realizado prescindiendo totalmente del procedimiento legalmente establecido; de las consecuencias derivadas del mismo responden solidariamente las empresas saliente y entrante, sin que la misma alcance al INSST al no haberse hecho cargo del servicio, en ningún momento.

La STS de 24 de mayo de 2021³⁷ ante un supuesto de sucesión de contratas en el servicio de cafetería del complejo La Moncloa, entendió que la reducción del servicio de comedor y cafetería y su posterior adjudicación a una nueva empresa con carácter temporal, en modo alguno permitía sostener la responsabilidad de la empresa principal y consideró que la única responsable solidaria era la empresa saliente.

La STS de 11 de enero de 2022³⁸ determinó que en sectores donde la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial, existe transmisión de empresa ya se entiende que el conjunto de personas adscritas a la actividad equivale a la unidad económica cuyo cambio de titularidad activa la subrogación. En el caso procede la subrogación dado que correspondía a la empresa entrante acreditar que no se ha producido una asunción suficiente de mano de obra, y al no haberlo hecho, se entiende que se transmitió una unidad productiva autónoma.

5.1. Reversión de contratas en las administraciones públicas: efectos sobre los trabajadores

Recientemente, la Sala cuarta del TS ha tenido que enfrentarse a un problema singular derivado directamente de la reversión de una contrata por parte de un ente público, concretamente de un Ayuntamiento. En concreto, la cuestión, suscitada en

35 STS de 22 de septiembre de 2021, Rec. 106/2021.

36 STS de 22 de abril de 2021, Rec. 148/2020.

37 Rec. 155/2020.

38 Rcd. 2365/2018.

un recurso de casación unificadora, se limitaba a determinar si el personal fijo que está afecto al servicio que ha revertido en la Administración Pública demandada deben mantener tal condición, al existir obligación de subrogación; o, por el contrario, la, administración los asume como personal indefinido no fijo. La cuestión se planteó como consecuencia de la reversión del servicio de atención domiciliaria de un determinado Ayuntamiento. Y llega a casación únicamente el carácter o naturaleza de la relación laboral del personal que estaba vinculado a la empresa concesionaria cuando es asumido por la entidad local con motivo de la reversión del servicio en favor de la misma. No hay, por tanto, discusión en torno a la concurrencia o no de transmisión, lo que se asume y no se discute; siendo el único problema decidir si la incorporación del personal afectado por la transmisión se produce, o no, manteniendo la naturaleza indefinida del contrato que tenían en la empresa concesionaria.

Las SSTs de 31 de enero de 2022³⁹ fijaron doctrina en el sentido de considerar que cuando una Administración Pública se subroga, por transmisión de empresa, en un contrato de trabajo fijo debe mantenerse esa condición (al menos por referencia a la unidad productiva transmitida). Es inadecuado aplicar en este caso la categoría de PINF, so pena de desconocer las exigencias derivadas de la Directiva 2001/23/CE y su interpretación jurisprudencial.

Sostienen las referidas sentencias que, con relación con la figura de la sucesión empresarial, hay que partir de un determinado marco normativo, como la Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, de la que trae causa el art. 44 del ET. En este entorno normativo, las sentencias refieren la jurisprudencia que se ha ido elaborando sobre la figura de la sucesión de empresa no solo respecto a su conceptualización (por ejemplo, en relación con la sucesión de plantilla), para indicar que es un todo que no permite fragmentación “ni siquiera cuando la transmisión de la unidad productiva deriva de la norma que pretende parcelar esa regulación y aplicar solo una parte de la misma”, y, principalmente, su finalidad “favorecer la estabilidad en el empleo ante un cambio de empleador para que los afectados por dicho mecanismo puedan mantener ante el nuevo empresario los mismos derechos que tenía reconocidos con el anterior”, o lo que es lo mismo “una regulación cuya clara finalidad es que el tipo de vínculo existente conserve sus características, sin alteración, como consecuencia del cambio de empleador”, sino también en relación con la administración pública, como empleador, recordando, incluso con cita de la STC 25/2005, que el cesionario de la actividad sea una persona jurídica de Derecho Público no excluye la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la norma, con independencia de que dicha persona jurídica sea una entidad pública encargada de un servicio público. Que

39 Rcds. 3772/2020; 3775/2020; 3777/2020; 3779/2020 y 3781/2020.

el nuevo empleador sea un Ayuntamiento no impide que la Directiva se aplique a la transmisión de las actividades que desarrollaba una empresa⁴⁰, incidiendo en que el objeto de la Directiva es garantizar, en la medida de lo posible, la continuación de los contratos con el cesionario, sin modificaciones, con el fin de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por el mero hecho de la transmisión⁴¹.

Partiendo de esas premisas, la sentencia que estamos recogiendo, refiere la doctrina Correia Moreira⁴² de la que, tras referir el supuesto de hecho —trabajadora de empresa que es asumida por un Ayuntamiento y que la legislación exige que se someta a in procedimiento público de selección— destaca determinadas consideraciones que hace el Tribunal Europeo, como que el respeto a la identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados miembros (art. 4.2 TUE) no puede interpretarse en el sentido de que, en un ámbito en el que los Estados han transferido sus competencias a la Unión, como en materia de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, permite privar a un trabajador de la protección que le confiere el Derecho de la Unión vigente en dicho ámbito.

En sus partes dispositivas concluyen que la Directiva 2001/23 (en relación con el artículo 4.2 TUE) se opone a una normativa nacional que exige que, en caso de transmisión a efectos de dicha Directiva, al ser el cesionario un ayuntamiento, los trabajadores afectados, por un lado, se sometan a un procedimiento público de selección y, por otro, queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario. De esta doctrina lo que se extrae es que las previsiones del artículo 103.3 CE (acceso a la función pública respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad) no puede derivar un argumento que impida aplicar las consecuencias dimanantes de la Directiva.

Por tanto, siguen diciendo estas sentencias, las razones que llevan a entender que no procede aplicar la figura del indefinido no fijo a quienes prestando servicios como fijos pasan a ser subrogados en la administración pública que asume la actividad son:

1. La categoría de PINF surge para explicitar las consecuencias derivadas de previas conductas infractoras. Sin embargo, en nuestro caso no existe infracción de normas que pudiera remediarse mediante la aplicación de la cualidad de PINF.
2. la categoría de PINF viene a resolver un conflicto entre dos bloques normativos de carácter interno: el de las reglas sobre acceso al empleo público y el de las consecuencias de los incumplimientos en materia de contratación temporal. Por el contrario, lo que aquí se plantea es el modo en que debe ju-

40 STJUE 20 de julio de 2017, Píscarreta Ricardo, C-416/16

41 STJUE de 6 de abril de 2017, Unionen, C-336/15

42 STJUE 13 junio 2019 (C-317/18)

gar un conjunto de reglas incorporadas a una Directiva de la Unión Europea y las reseñadas sobre acceso al empleo público.

3. Consecuencia principal de que un contrato pertenezca a la condición de PINF es que la plaza desempeñada por la persona contratada debe ser convocada a concurso público. Para la persona originariamente vinculada mediante un contrato temporal se trata de situación favorable pues sigue prestando sus servicios y se le da la opción de aspirar a hacerlo con fijeza. Sin embargo, para la trabajadora recurrente eso mismo supone un claro detrimento pues debilita su vinculación y debe afrontar un riesgo (no superar las pruebas) que antes era inexistente.

Las sentencias terminan advirtiendo de dos aspectos complementarios, uno muy claro y el otro más críptico. El primero advierte que cuando se considere (y acredite) que ha podido existir una fraudulenta incorporación como personal fijo a una empresa cuya plantilla se previera acabaría integrándose en la Administración (lo que no es el caso), ha de quedar abierta la posibilidad de activar los resortes necesarios para privar de eficacia a esa maniobra torticera.

La segunda advertencia, tras señalar que la solución dada pacifica el conflicto actualmente existente, añade que no estamos cerrando la posibilidad de que la dinámica de la relación laboral reabra el debate sobre el alcance de la fijeza respetada. Porque la misma posee todo su sentido en tanto el desarrollo de las funciones permanezca adscrito o relacionado con la unidad productiva que se transmitió, pero pierde su fundamento y finalidad en el momento en que ya no suceda así. La fijeza no está adquirida incondicionadamente en todo el ámbito de la empleadora, sino funcionalmente limitada al objeto de la transmisión, y sin perjuicio de que puedan acaecer vicisitudes que no nos corresponde ahora aventurar; en clara referencia, en mi opinión, a futuros supuestos en los que pudiera existir una nueva descentralización.

Sobre la revista

Trabajo y Empresa, es una Revista Derecho del Trabajo con la que la Editorial Tirant lo Blanch pretende desarrollar un espacio de producción científica con vocación pluralista y, a su vez, con la vista especialmente puesta en el análisis de cuestiones jurídico-laborales de especial interés para la gestión de las empresas.

Trabajo y Empresa, es una revista cuatrimestral. De los tres números publicados a lo largo del año, uno tendrá carácter monográfico sobre un tema seleccionado por el equipo editorial y los otros dos números se estructurarán con los siguientes contenidos: *Sección artículos*: se publicarán los trabajos cuya temática y contenido resulte de especial interés para la línea editorial, siguiendo el criterio de los informes de evaluadores externos y del equipo editorial. *Sección jurisprudencial*: se publicarán trabajos que constituyan estudios jurisprudenciales relevantes y/o comentarios a sentencias de particular interés, siguiendo también el criterio de los informes de los evaluadores externos y del equipo editorial. Se publicará, asimismo, una reseña de actualidad jurisprudencial seleccionada y elaborada por el equipo editorial.

Equipo editorial



El primer compromiso de **Trabajo y Empresa** es con la calidad. Para ello se ha arbitrado un sistema de selección y evaluación de los originales y se ha estructurado un Comité de redacción y un Comité científico de alto nivel. El equipo editorial es el siguiente:

Director:

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel
Catedrático. Universidad Complutense de Madrid.

Secretario de redacción:

Ángel Jurado Segovia.
Profesor Contratado Doctor. Universidad Complutense de Madrid.

Comité de redacción

María Amparo García Rubio
Profesora Titular. Universidad de Valencia.

Juan Gil Plana.
Profesor Titular. Universidad Complutense de Madrid.

Mónica Llano Sánchez
Profesora Titular. Universidad Complutense de Madrid.

Magdalena Llompарт Bennàssar
Profesora Titular. Universidad de las Islas Baleares.

Enrique Nores Torres
Profesor Titular. Universidad de Valencia.

Javier Thibault Aranda
Profesor Titular. Universidad Complutense de Madrid.

Comité científico

Raquel Aguilera Izquierdo
Catedrática. Universidad Complutense de Madrid.

Icíar Alzaga Ruiz
Catedrática. Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Stefano Bellomo
Professore Ordinario. Università Sapienza di Roma.

Ángel Blasco Pellicer
Catedrático. Universidad de Valencia. Magistrado del Tribunal Supremo.

Alberto Cámara Botía
Catedrático. Universidad de Murcia.

Maria Teresa Carinci
Professoressa Ordinaria. Università degli studi di Milano.

María Antonia Castro Argüelles
Catedrática. Universidad de Oviedo.

Francisco Javier Gárate Castro
Catedrático. Universidad de Santiago de Compostela.

Salvador del Rey Guanter
Catedrático. Esade Law School.

Juan García Blasco
Catedrático. Universidad de Zaragoza.

Joaquín García Murcia
Catedrático. Universidad Complutense de Madrid.

Ignacio García-Perrote Escartín
*Catedrático. Universidad Nacional de Educación a Distancia.
Magistrado del Tribunal Supremo.*

José María Goerlich Peset
Catedrático. Universidad de Valencia.

Jesús Lahera Forteza
Catedrático. Universidad Complutense de Madrid.

María Lourdes López Cumbre
Catedrática. Universidad de Cantabria.

Jesús Martínez Girón
Catedrático. Universidad de A Coruña.

Jesús Mercader Uguina
Catedrático. Universidad Carlos III de Madrid.

José Luis Monereo Pérez.
Catedrático. Universidad de Granada.

Erik Monreal Bringsvaerd.
Catedrático. Universidad de las Islas Baleares.

Margarita Isabel Ramos Quintana
Catedrática. Universidad de La Laguna.

Miguel Rodríguez-Piñero Royo
Catedrático. Universidad de Sevilla.

Remedios Roqueta Buj
Catedrática. Universidad de Valencia.

Carmen Sáez Lara
Catedrática. Universidad de Córdoba.

Carolina San Martín Mazzucconi
Catedrática. Universidad Rey Juan Carlos.

Yolanda Sánchez-Urán Azaña
Catedrática. Universidad Complutense de Madrid.

Wilfredo Sanguineti Raymond
Catedrático. Universidad de Salamanca.

Concepción Rosario Ureste García
Magistrada del Tribunal Supremo.



Normas de edición e instrucciones para la remisión de originales

Admisión de originales y sistema de evaluación ciego por pares

Los originales publicados en la sección artículos y en la sección jurisprudencial serán sometidos al criterio de evaluadores externos, garantizando el anonimato de los autores. Cualquiera de los evaluadores puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado por el equipo editorial. Los autores recibirán el resultado de la evaluación y, en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores.

Los evaluadores tendrán en cuenta especialmente: i) la idoneidad temática; ii) la calidad y el rigor de los argumentos; iii) la adecuación de la estructura expositiva del texto; iv) las fuentes bibliográficas, jurisprudenciales o de otro tipo.

Tras la evaluación realizada por los expertos, la publicación definitiva de los trabajos será sometida de nuevo a la consideración del equipo editorial, que se reserva la facultad de revisar y corregir los textos si éstos presentan errores ortotipográficos, gramaticales o de estilo.

Criterios generales para la presentación y remisión de originales

Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.

Los originales de los artículos de la sección artículos tendrán una extensión de entre 8.000 y 14.000 palabras y los de la sección jurisprudencial una extensión entre 6.000 y 12.000 palabras, en ambos casos con un interlineado de 1.5 y letra de cuerpo 12. Deberán presentarse en soporte informático Word.

Al comienzo del texto ha de indicarse el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, su cargo o profesión y la vinculación institucional con la que los autores desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo. Los autores

harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la Revista se pueda poner en contacto con ellos (teléfono y dirección electrónica).

Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados. Los títulos y subtítulos de los textos seguirán el denominado «Sistema de numeración decimal de capítulos» y se escribirán solo con cifras arábigas (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...)

Todos los artículos deberán ir, asimismo, precedidos de un resumen de en torno a 10 líneas en castellano y en inglés (Abstract). Así como de una lista de cinco o seis palabras clave en castellano y en inglés (key words). El título del artículo también debe escribirse en español y en inglés.

Por lo que se refiere al sistema de citas de bibliografía y jurisprudencia, los trabajos seguirán las siguientes pautas:

Libros: apellidos y nombre, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del libro (en cursiva), lugar de edición, nombre del editor, páginas (sin las grafías pág. o pp.). Ejemplo: Vives Antón, Tomás (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 55-56.

Capítulos de libro: apellidos y nombre, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra (entre comillas angulares), responsables subordinados (directores, coordinadores, editores, etc., precedidos de en), título del libro (ver arriba), lugar de edición, nombre del editor y páginas sin grafías. Ejemplo: Pérez Pérez, María y Martínez Martínez, Laura (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en Ramos Ramos, María (coord.): *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid, Teorema, 34-51.

Artículos de revista científica: apellidos y nombre, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del artículo (entre comillas angulares), nombre de la revista (en cursiva), número y/o volumen de la revista y páginas sin grafías. Ejemplo: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28, 1-14.

En cuanto a la cita de decisiones judiciales, se seguirán los siguientes ejemplos: STC 136/2001, 18 junio 2001, STS 28 noviembre 2017 (Rº 2868/2015); STSJ Andalucía 22 marzo 2018 (Rº 2362/2017); SJS nº 1 Tortosa 27 junio 2017 (Procedimiento nº 473/2016); STJUE diciembre 2016 (asunto C395/15, Daouidi); STEDH 12 enero 2016 (Nº 61496/08, Barbulescu contra Rumania).

Los originales deben ser enviados por correo electrónico a la dirección

trabajoempresa.revista@gmail.com

Los autores deben remitir dos archivos diferenciados del original. La diferencia es que uno deberá estar completamente cegado y no contener ninguna referencia que permita al evaluador conocer su autoría.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com

