

**TRABAJO FIN DE GRADO**

**Facultad de Derecho**

**Universidad de La Laguna**

**Curso 2019/2020**

**Convocatoria: Septiembre**

**ANÁLISIS DE LA CONTRATA Y SUBCONTRATA COMO FORMAS DE  
DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA**

**ANALYSIS OF THE CONTRACT AND THE SUBCONTRACTING AS A WAY TO  
OUTSOURCING**

Realizado por la alumna Alexandra Díaz Navarro.

Tutorizado por Mónica Molina García.

Departamento: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Área de conocimiento: Departamento de Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa.

### ABSTRACT

This study focuses on the use of the contract and in some cases the subcontracting as an option, which have the companies to outsourcing their activity at a national level. To that end, first of all, it explains what outsourcing is, understanding it as a tool to get a higher business productivity and the legal basis which validate it. After that, it defines the subject matter (contract and subcontracting) for a better understanding of the responsibilities system which results from it.

Likewise, it explains concepts such as “own activity” for a better understanding of the responsibilities system suitable in each case in terms of social security contributions, prevention of occupational risks and salaries inter alia. Finally, it focuses on the illegal worker’s transfer which take place when occurs an illegal action of the analysed concepts.

**Key Words: contract, subcontracting, own activity, illegal worker’s transfer.**

### RESUMEN

Este estudio se centra en el análisis de la contrata y en algunos casos, subcontrata, como mecanismos habituales adoptados por las organizaciones empresariales para la descentralización de su actividad a nivel nacional. Para ello, primeramente, se expone en qué consiste la externalización productiva como herramienta para alcanzar una mayor productividad empresarial, entre otros objetivos, así como el fundamento jurídico que lo valida. Tras esto, se define el objeto de estudio (contrata y subcontrata) para, posteriormente, centrarlos en el régimen de responsabilidades que proliferan a partir de este.

Asimismo, se abordarán conceptos tales como la propia actividad con objeto de comprender, en mayor medida, el régimen de responsabilidades aplicables a cada caso en materia de Seguridad Social, Prevención de Riesgos Laborales y materia salarial, entre otros. Finalmente, se hará hincapié en la cesión ilegal de trabajadores que se produce cuando tiene cabida un uso antijurídico de las figuras analizadas.

**Palabras clave: contrata, subcontrata, propia actividad, cesión ilegal.**

## ÍNDICE DE CONTENIDOS.

1. Introducción.
2. Descentralización productiva como mecanismo de externalización.
  - 2.1. Fundamento jurídico: artículo 38 de la Constitución Española.
  - 2.2. La influencia de la descentralización productiva sobre el Derecho del Trabajo.
3. La contrata y subcontrata como formas de descentralización productiva.
  - 3.1. Régimen jurídico disperso y variado.
    - 3.1.1. Regulación general y específica.
    - 3.1.2. La contrata: concepto.
    - 3.1.3. La subcontrata: concepto.
  - 3.2. Sujetos involucrados en la contrata y subcontrata.
4. El concepto de propia actividad.
  - 4.1. La tesis restrictiva.
  - 4.2. La tesis amplia.
  - 4.3. La tesis intermedia.
5. Régimen de responsabilidades.
  - 5.1. Obligaciones en materia salarial.
  - 5.2. Obligaciones en materia de Seguridad Social.
    - 5.2.1. Responsabilidad solidaria: requisito de la propia actividad.
    - 5.2.2. Alcance de la responsabilidad.
    - 5.2.3. El deber de comprobación.
    - 5.2.4. Responsabilidad subsidiaria: artículos 142 y 168 LGSS.
  - 5.3. Obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales.
    - 5.3.1. Contenido del artículo 24 LPRL.
    - 5.3.2. Obligaciones formales.
    - 5.3.3. Obligaciones en contratas y subcontratas fuera del centro de trabajo.
    - 5.3.4. Responsabilidades por incumplir obligaciones preventivas.
6. Uso fraudulento de la contrata y subcontrata: cesión ilegal y artículo 43 E.T.
7. Conclusión.

## **1. Introducción.**

La descentralización productiva es un fenómeno bastante común para las empresas puesto que en la actualidad, existe un mercado cada vez más global e industrializado con necesidades peculiares. Se pueden encontrar varias formas de descentralizar la actividad empresarial, pero este análisis profundiza en las dos más utilizadas, al menos, en el territorio español.

Gracias a la contratación y posible subcontratación, las empresas se adaptan al dinamismo del mercado en el que se encuentran sumidas, logrando dar respuesta rápida a los requerimientos de este y consiguiendo, a su vez, un importante ahorro en costes e incremento de la productividad.

El análisis permitirá conocer de cerca cómo el Derecho del Trabajo afecta a tales negocios jurídicos, pudiéndose comprobar en ocasiones, que la legislación llega a ser escasa o quizás no esté pensada para tales relaciones. Es aquí cuando jurisprudencia y doctrina han tenido que crear precedente para intentar dar cobertura a la casuística tan variada que tiene lugar, principalmente porque los mayores afectados con tal indeterminación son los propios trabajadores.

Como todo, estos dos métodos de descentralización productiva tienen su lado negativo, pues en ocasiones se emplean para evadir responsabilidades y acortar derechos en detrimento de los trabajadores. Es por ello, que los artículos 42 y 43, ambos del Estatuto de los Trabajadores, reflejan la existencia de dos realidades y de la delgada línea que las separa; lo que se considera legal por ley y lo que no.

A raíz de esto, se analiza el régimen de responsabilidades y obligaciones existentes respecto de las tres materias básicas, donde interviene el controvertido concepto de propia actividad, para finalmente, explicar y abordar la problemática y común cesión ilegal de trabajadores.

## **2. Descentralización productiva como mecanismo de externalización.**

La crisis económica y la internalización de los mercados a principios de los años 80, propiciaron en los países desarrollados el nacimiento de un nuevo modelo de crecimiento económico basado fundamentalmente en la reestructuración del modelo productivo.

En este sentido, los países industrializados implementaron reformas en sus sistemas de producción, orientadas estas a una transformación de los sectores tradicionales. Debido a la situación se quiso comenzar a adoptar una dinámica que fuera capaz de eliminar la inflexibilidad del modelo productivo de aquel entonces, para intentar dotar este del dinamismo que demandaba y en consecuencia, abrirse a un mercado mundial globalizado.

A raíz de estas exigencias económicas y productivas, la empresa moderna tiende a organizarse mediante varias unidades de producción especializadas que se caracterizan por fragmentar o dividir el proceso productivo y externalizar las actividades <sup>1</sup>.

Esta nueva forma o técnica de organizar el proceso productivo de la empresa, se conoce como “descentralización productiva”, que se trata de la decisión del empresario de delegar alguna actividad o proceso de producción que puede formar parte o no de su actividad principal, para que sea asumida por otra empresa o tercero, pudiéndose vincular estos de diferentes formas jurídicas.

---

<sup>1</sup> TESIS DOCTORAL: CALVO RODRÍGUEZ, E.: “La responsabilidad empresarial en la subcontratación laboral: análisis del artículo 42 del estatuto de los trabajadores”. Disponible en <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/61337/TESIS%20DOCTORAL.%20LA%20RESPONSABILIDAD%20EMPRESARIAL%20EN%20LA%20SUBCONTRATACION%20LABORAL.%20ANALISIS%20DEL%20ARTICULO%2042%20DEL%20ESTATUTO%20DE%20LOS%20TRABAJADORES.pdf?sequence=1> (fecha de última consulta: 15 de agosto de 2020). Pág. 32.

Desde hace ya un tiempo, esta descentralización productiva se ha convertido en un fenómeno globalizado, pasando a transformarse en el modelo predominante de producción de bienes y servicios, así como modelo de empresa actual <sup>2</sup>.

Al hilo de esto y teniendo en cuenta las necesidades de este nuevo modelo, la descentralización no sólo facilita una mejor adaptación a la exigencias del mercado, siendo este un escenario muy dinámico y cambiante, sino también propiciar el abaratamiento de los costes<sup>3</sup> y el hecho de que las empresas puedan acceder a cierta tecnología sin tener que llevar a cabo grandes inversiones económicas, entre otras cuestiones <sup>4</sup>.

### **2.1. Fundamento jurídico: artículo 38 de la Constitución Española.**

El fundamento jurídico que sustenta la descentralización productiva no puede ser otro que el artículo 38 de la C.E que reconoce la libertad de empresa y que literalmente establece lo siguiente:

“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación” <sup>5</sup>.

En relación al precepto anterior, la propia doctrina y la jurisprudencia han llegado a la conclusión de que el mismo reconoce a los particulares no sólo la libertad de decisión

---

<sup>2</sup> BLAT GIMENO, F.: “Análisis jurídico-laboral de la descentralización productiva”, Tesis doctoral inédita, Valencia, 1989, págs. 2 y 3.

<sup>3</sup> MOLERO MARAÑÓN, M. L., “Descentralización productiva y relaciones laborales”, Relaciones Laborales, Tomo I, 2010. Disponible en <http://revista-relacioneslaborales.laley.es>.

<sup>4</sup> MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 42.

<sup>5</sup> Artículo 38 de la Constitución Española.

para crear empresas y actuar en el mercado, sino también para que establezcan sus objetivos y dirijan y planifiquen la actividad como mejor les convenga según los recursos disponibles y las condiciones de aquel.

Por otro lado, el Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Zaragoza Juan Rivero Armas, explicó que “si la constitución Española (art.38) reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, es claro que esta libertad no se puede limitar solo al momento de constitución de las empresas sino que se extiende también a decidir sobre sus objetivos y a dotarla de una estructura organizativa para defender su productividad y situarla en condiciones de competir en un mercado libre”.

De estas dos últimas consideraciones, se concluye que el empresario, en el afán de satisfacer sus intereses, puede siempre y cuando respete los límites establecidos por el ordenamiento jurídico, optar por el modelo de organización productiva que más le favorezca. Al reconocerse el derecho a planificar la actividad, se está dando pie a que los empresarios se sirvan de cuantos mecanismos y procesos les sean necesarios para poder llevar a cabo con éxito su proyecto empresarial.

## **2.2. La influencia de la descentralización productiva sobre el Derecho del Trabajo.**

Inciendo sobre el objeto de estudio y en lo que concierne al Derecho del Trabajo, la descentralización productiva ha propiciado importantes cambios y consecuencias sobre el mismo y sobre las relaciones laborales propiamente dichas.

Estos cambios se deben, en gran parte, a que las notas distintivas de la relación laboral y del contrato de trabajo fueron pensadas para una relación bilateral, donde el empresario figurara como titular de la empresa y donde se diera cierta subordinación.

Por tanto, se puede deducir que el Derecho del Trabajo se planteó para el modelo de empresa original y no para el modelo moderno actual del que se habla.

En consecuencia, tal situación provoca pérdida de eficacia del ordenamiento jurídico laboral a la hora de tratar la compleja realidad que plantea la descentralización productiva.

Las nuevas formas de organización empresarial y la división del trabajo que tienen lugar a consecuencia de estas, ha provocado que los trabajadores se distingan o clasifiquen en función de su respectivo estatus laboral. Este queda condicionado por la ubicación que los mismos tengan dentro de la red productiva en la que la empresa principal lleve a cabo su actividad descentralizada. Mientras que los trabajadores vinculados a la empresa principal poseen trabajo estable y bien remunerado, los vinculados a las empresas auxiliares, sufren condiciones laborales precarias, por norma general <sup>6</sup>.

Toda esta situación, hace pensar que la descentralización productiva acaba teniendo un doble impacto en el Derecho del Trabajo; por un lado se quedan afectadas las bases y principios del mismo ya que la configuración que este establece sobre los conceptos de empresa, empresario y la prestación de servicios no encajan en el modelo de organización moderno y por otro lado, hay una clara reducción del ámbito de aplicación del tal Derecho, pues estas nuevas figuras quedan al margen de la tutela del mismo, provocando lagunas jurídicas e indeterminación que acaban afectando directamente a los trabajadores<sup>7</sup>.

### **3. La contrata y subcontrata como formas de descentralización productiva.**

Existe una amplia variedad de términos para referirse a este fenómeno y precisamente por ello, en ocasiones, hay una clara falta de precisión en el estudio y análisis del mismo.

Algunos de ellos son la tercerización, la externalización y exteriorización y la deslocalización productiva. Cabe destacar que existen matices que hacen que las anteriores no supongan, en definitiva, la misma figura.

---

<sup>6</sup> CALVO RODRÍGUEZ, E.: op. cit., págs. 37 y 38.

<sup>7</sup> CALVO RODRÍGUEZ, E.: op. cit., págs. 105- 110.



Este análisis se centrará exclusivamente en la contratación y la subcontratación:

La contrata y subcontrata son la forma de descentralización productiva por excelencia en España. No son figuras novedosas pues ya la antigua Ley de Seguridad Social del año 1966 (Decreto 907/1966, de 21 de abril) las reconocía y regulaba. Con el paso de los años y el dinamismo que ha adquirido el mercado de producción de bienes y servicios, han pasado a tener un uso generalizado <sup>8</sup>.

Se entiende por contrata (o subcontrata) la acción que ejercita una empresa (principal o comitente) para encomendar, delegar o confiar a otra (contratista), la ejecución de una obra o la prestación de un servicio. Cabe destacar que, a su vez, la contratista puede delegar en otra empresa (subcontratista) parte de la acción que se ha pactado anteriormente en el primer eslabón de la cadena.

Lo que la empresa logra a través de estos mecanismos, es un claro ahorro en costes, una mayor flexibilidad y seguridad puesto que la empresa contratada o subcontratada asume riesgos y errores y por otro lado, innovación pues se aportan ideas externas al proyecto. Como punto muy positivo, la empresa principal puede centrar sus esfuerzos en las áreas clave de la misma (aquellas que no son susceptibles de ser contratadas o subcontratadas) y a su vez ganar especialización y efectividad en las tareas que no forman parte de la propia actividad, término controvertido que se analizará más adelante debido a su gran importancia en el tema que aborda este análisis.

### **3.1. Régimen jurídico disperso y variado.**

Previamente se han dado unas pautas básicas para entender de qué tratan estas figuras y que comprende su uso, por ello, es importante saber que la regulación del trabajo en contratas y subcontratas de obras y servicios que por cierto, gira en torno al artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, supone uno de los ámbitos mas problemáticos del Derecho del Trabajo. Si se tiene en cuenta lo anterior, resulta obvio pensar que jueces y

---

<sup>8</sup> CALVO RODRÍGUEZ, E.: op. cit., pág. 71.

tribunales tengan por costumbre pronunciarse sobre este ámbito y su difuso conjunto de reglas, pues se trata de una cuestión que genera nuevos escenarios y problemas interpretativos.

Tal y como se indicaba en el párrafo precedente, el centro de imputación de esta modalidad, es el artículo 42 del E.T, pero realmente sólo se trata de uno de los muchos que forman parte del régimen laboral de las contrata y subcontratas de obras y servicios. Por ello se afirma en la actualidad, que este régimen jurídico se presenta de forma “dispersa y variada”, cuestión que propicia la aparición de lagunas jurídicas y dificultades a la hora de interpretar en caso concreto <sup>9</sup>.

A pesar de ser una cuestión que suscita verdaderos problemas, tal indeterminación de las reglas aplicables puede llegar a suponer una ventaja frente al continuo cambio de la descentralización productiva y las nuevas formas de ponerla en práctica, puesto que las mismas y los contratos atípicos que surgen podrían tener cobijo en la regulación ya existente <sup>10</sup>.

Dicha regulación, tiene la finalidad de tutelar o proteger a la parte débil, es decir, los trabajadores. Pero más concretamente, a los trabajadores que prestan servicios por cuenta de otro en la empresa contratista o subcontratista para llevar a cabo el proyecto empresarial del principal. Si se analiza todo lo anterior, se reconoce que esta forma de descentralización es totalmente lícita y quizás por ello, todas las normas relativas a la contrata y subcontrata, hagan distinción de las mismas con respecto a la cesión de trabajadores,<sup>11</sup> cuestión que se analizará más adelante.

---

<sup>9</sup> GARCÍA MURCIA, J.: “Contratas y subcontratas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, págs. 13 y 14.

<sup>10</sup> CALVO RODRÍGUEZ, E.: op. cit., pág. 114.

<sup>11</sup> GARCÍA MURCIA, J.: op. cit., pág. 15.

### **3.1.1. Regulación general y específica.**

Como ya se ha indicado anteriormente, el artículo 42 del E.T establece la regulación más general aplicable al conjunto de las relaciones de trabajo sin tener en cuenta los sectores de actividad ni los tipos de trabajo. Téngase en cuenta que dicho artículo, desde sus primeras versiones, ha sido un precepto dotado de mucho contenido pese a su poca extensión. Sin embargo, con el paso de los años, este ha ido perdiendo fuerza dando lugar a la pérdida de unidad, dispersión y fragmentación <sup>12</sup>.

Teniendo en cuenta esa amplia variedad de normas que se encargan de regular el negocio jurídico que aquí se analiza, existen preceptos con un radio de acción más limitado. Es el caso de las normas de Seguridad Social orientadas a las contratatas y subcontratatas de obras y servicios, donde encontramos los artículos 142.1 y 168.1 de la Ley General de Seguridad Social, ambos relativos a las responsabilidades que se puedan derivar en esta materia, así como el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y demás preceptos que serán analizados posteriormente.

### **3.1.2. La contrata: concepto.**

El artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores no termina de definir esta figura y es que tampoco se puede llegar a encontrar una definición propiamente dicha de este concepto en el resto del ordenamiento jurídico. Es por ello, que la doctrina y la jurisprudencia se han visto obligadas a desarrollar el concepto de lo que se debe entender, a grandes rasgos, por contrata.

De esta forma, el ya extinto Tribunal Central de Trabajo ensayó una delimitación del concepto de contrata tomando de referencia el contrato de empresa (al que se considera una subcategoría del contrato de arrendamiento de obra que regula el Código Civil en el artículo 1.544): “El término contrata designa a una de las variantes del tipo contractual que el Código Civil llama arrendamiento de obra. La característica fundamental de este

---

<sup>12</sup> GARCÍA MURCIA, J.: op. cit., pág. 17.

último es la existencia de una obligación de resultado: la obra que una de las partes se compromete a hacer a cambio de un precio cierto y determinado. Tal obra o resultado puede conseguirse mediante el trabajo personal de la parte obligada a su concesión mediante la organización de medios materiales y personales a la que llamamos empresa. En terminología italiana, que está adquiriendo entre nosotros carta de naturaleza, a la primera de estas variantes de contrato de arrendamiento de obra se le suele llamar <<contrato de ejecución de obra>> y a la segunda <<contrato de empresa>>. Lo que en el artículo 42 del E.T se llama <<contrata>>, no es otra cosa que el referido contrato de empresa, entrañando, por tanto, la realización de una obra o servicio determinado por parte del empresario contratista y a la obligación correlativa de pago de un precio cierto por parte del empresario contratante o comitente”<sup>13</sup>.

Teniendo en cuenta que este contrato de empresa no lo reconoce nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina se ha servido del mismo para intentar explicar en qué consiste esta figura y hace un símil de este y del artículo 1.665 del Código Civil Italiano que explica que se trata de “aquel contrato en el que una parte asume, con organización de los medios necesarios y gestión a propio riesgo, la ejecución de una obra o de un servicio a cambio de una retribución en dinero”<sup>14</sup>.

Y por último y para terminar de demostrar que existen numerosas definiciones y que realmente no hay ninguna que sea la “oficial”, también se entiende por contrata o subcontrata, “el vínculo contractual en el que una parte asume, a través de una organización de medios necesarios y con una gestión a propio riesgo, la obligación de realizar para la otra (principal o comitente) una obra o servicio por una remuneración dineraria”<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> CALVO RODRÍGUEZ, E.: op. cit., pág. 115- 116.

<sup>14</sup> MONTROYA MEDINA, D.: op. cit., pág. 69.

<sup>15</sup> CALVO RODRÍGUEZ, E.: op. cit., pág. 118.

### **3.1.3. La subcontrata: concepto.**

Teniendo clara la figura anterior, será fácil comprender en que consiste esta, pues se trata de una ampliación o encadenamiento de la primera que da la posibilidad al contratista de encomendar a un tercero (subcontratista), que realice parcialmente o de forma total la obra o servicio que le ha sido encargada por el comitente.

La doctrina reconoce su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil ya que esta figura tampoco cuenta con regulación expresa, reconociendo que el contratista puede llevar a cabo las obligaciones pactadas en el contrato por sí mismo o mediante un tercero, y es aquí donde entra en juego la subcontrata<sup>16</sup>.

En este punto, cabe destacar que aunque tenga lugar la subcontratación, el vínculo jurídico entre comitente y contratista, así como las obligaciones asumidas por ambos, no se verían alteradas. Si bien es cierto, en el caso de la subcontrata, si podría quedar alterada la esfera jurídica del comitente puesto que existen normas laborales que pueden perjudicar al mismo por los incumplimientos que el subcontratista ocasione respecto de sus trabajadores, pese a la ausencia de relación directa entre ellos.

Al hilo de esto, el régimen de responsabilidades del artículo 42 del E.T se aplica indistintamente a la contrata y subcontrata<sup>17</sup>.

### **3.2. Sujetos involucrados en la contrata y subcontrata.**

Aunque en un primer momento se pueda pensar que la contrata (o subcontrata) de obras y servicios se trata únicamente de un negocio jurídico donde sólo intervienen dos empresarios, cabe destacar que interviene un tercero: el trabajador.

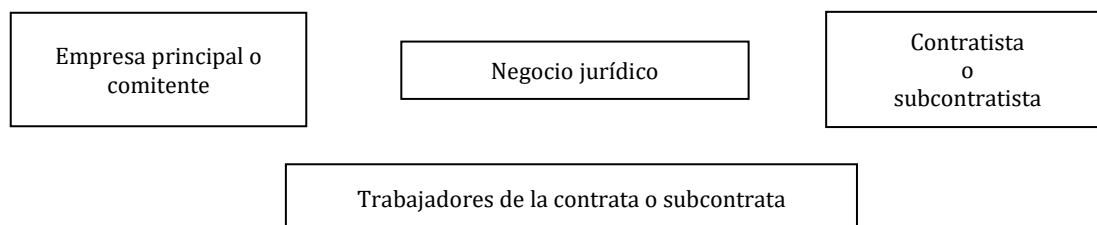
---

<sup>16</sup> LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 1999, págs. 44 y 45.

<sup>17</sup> CALVO RODRÍGUEZ, E.: op. cit., pág. 121.

Por un lado, el empresario principal es quién externaliza parte de su actividad encomendando la misma a un tercero (o terceros si existiera subcontratación). Por otro lado, se encuentra el empresario contratista o subcontratista, que es quien mediante su propia organización productiva lleva a cabo una obra o realización de un servicio para otro empresario mediando un precio cierto. Y, por último, están los trabajadores de la contrata, quienes son los verdaderos protagonistas y ostentan una gran importancia pues se encargan de la ejecución del objeto de la contrata o subcontrata y, al final, son los beneficiarios y destinatarios de la protección legal que ofrece el ordenamiento jurídico.

La relación que tienen los trabajadores con la contrata viene determinada por el previo vínculo jurídico - laboral que los liga al contratista, es decir, un contrato de trabajo que tiene como objetivo satisfacer la obra o servicio pactado. Por tanto, se entiende que los servicios que prestan los trabajadores del contratista, satisfacen los intereses del empresario principal o comitente, siendo este último, beneficiario del trabajo <sup>18</sup>.



#### **4. El concepto de propia actividad.**

Como se ha visto hasta ahora, el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores es el precepto clave cuando se habla de contratas y subcontratas. Este se encarga de hacer una criba pues el mismo solo será de aplicación a aquellos casos en los que se contraten o subcontraten obras o servicios que se correspondan con la propia actividad de la empresa principal.

---

<sup>18</sup> CALVO RODRÍGUEZ, E.: op. cit., pág. 123.

La función básica de este precepto es ofrecer protección legal. Esta se verá más adelante cuando se consiga abordar la problemática de la “propia actividad”.

Los antecedentes de este término se encuentran en el Decreto 3677/1970, concretamente en su artículo 4º<sup>19</sup> y cabe destacar que, desde ese entonces, se ha tratado de una cuestión problemática para tribunales y la propia doctrina, pues es un concepto jurídico indeterminado. Actualmente, se encuentra reflejado en la Ley General de Seguridad Social (artículo 168) y en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (artículo 24.3).

Parte de la doctrina defiende que este hecho no es pura casualidad, sino que el legislador a través de esta formulación abstracta, pretende conseguir cierta flexibilidad que permita una mejor adaptación de este requisito a los cambios que experimentan las empresas en sus estructuras productivas (y más en la actualidad).<sup>20</sup> La parte negativa de esta cuestión, es que aunque se gane en flexibilidad, se pierde en seguridad jurídica, con el agravante de que la incertidumbre legal afecta directamente a las garantías de protección que ofrecen las normas relativas a la contratación y subcontratación<sup>21</sup>.

Como no se ha podido establecer un límite preciso de lo que es la “propia actividad”, doctrina y jurisprudencia se han encargado de aportar una serie de tesis o criterios para tratar de acotar el concepto y poder entenderlo mejor.

#### **4.1. La tesis restrictiva.**

Esta tesis se sirve del criterio de la identidad, según el cual, solo se estaría ante un caso de “propia actividad” cuando la obra o servicio que se contrate o subcontrate tenga exactamente la misma naturaleza de la actividad de la empresa principal o contratante. En base a este criterio o interpretación, quedarían excluidas del alcance del artículo 42

---

<sup>19</sup> Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre, de prevención y sanción de actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores. BOE nº3, de 4 de enero de 1971.

<sup>20</sup> MONTOYA MEDINA, D.: op. cit., pág. 137.

<sup>21</sup> CALVO RODRÍGUEZ, E.: op. cit., pág. 141.

E.T, todas las contrataciones de actividades que complementen el ciclo productivo de la empresa principal, así como aquellas que no guarden suficiente similitud. Esta tesis no ha sido la más exitosa puesto que de ser admitida, su carácter excesivamente excluyente haría casi imposible la aplicación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores<sup>22</sup>.

#### **4.2. La tesis amplia.**

Por otro lado, y en contraposición a la anterior, se encuentra esta tesis que tiene dos vertientes, una basada en el criterio de la “sustituibilidad” y otra en la “indispensabilidad”, pero siempre y cuando exista cierto nexo entre la actividad de la que se trate la contrata y el ciclo productivo de la empresa principal<sup>23</sup>.

El criterio de la “sustituibilidad” establece que se ha de averiguar si, en caso de no darse la contrata o subcontrata, la empresa se vería o no obligada a llevar a cabo esas mismas actividades por medio de su propia organización<sup>24</sup>. Según este criterio, solo quedarían fuera del concepto de “propia actividad” las contrataciones o subcontratas donde las actividades objeto de las mismas, fueran ajenas por completo al ciclo productivo de la empresa principal.

Por otro lado, y en relación al criterio de la “indispensabilidad” que complementa al anterior, se consideran actividades propias de la empresa principal todas las que sean imprescindibles para poder llevar a cabo la actividad productiva, así como las actividades principales o propias del comitente<sup>25</sup>. En consecuencia, se entiende que habrá propia actividad, según lo indispensable que sea la actividad subcontratada para poder lograr el

---

<sup>22</sup> CALVO RODRÍGUEZ, E.: op. cit., págs. 141-143.

<sup>23</sup> Idem, pág. 144.

<sup>24</sup> LLANO SÁNCHEZ, M.: op. cit., pág. 72.

<sup>25</sup> CALVO RODRÍGUEZ, E.: op. cit., pág. 145.



objetivo de la empresa principal, pudiendo ser estas actividades esenciales o accesorias<sup>26</sup> (ej: reparación, vigilancia, limpieza o mantenimiento).

Esta tesis permitiría la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T a un mayor número de trabajadores.

### **4.3. La tesis intermedia.**

Se trata de una postura intermedia respecto de las dos anteriores y finalmente, la más defendida. Esta surge de la interpretación de una Sentencia del Tribunal Supremo en la que se establece que la propia actividad supone tanto las tareas que integran el ciclo productivo de la empresa principal, como las complementarias, siempre y cuando estas últimas sean esenciales para el desarrollo de la actividad principal de la empresa<sup>27</sup>.

En conclusión, esta tesis se diferencia de las dos primeras pues, por un lado, considera propia actividad las actividades que son complementarias del ciclo productivo de la empresa principal y por otro, hace distinción entre actividades indispensables, pero no inherentes y las inherentes propiamente dichas, siendo estas últimas las que realmente se pueden ver comprendidas dentro del término de propia actividad.

Tras analizar las tres tesis, es evidente pensar que existen grandes problemas interpretativos respecto de la consideración o no de propia actividad. Se deduce, por tanto, que es tarea difícil identificar en muchas ocasiones y a consecuencia de esto, las responsabilidades pertinentes.

---

<sup>26</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “La regulación protectora del trabajador en Contratas”, *Revista de Política Social*, núm. 93, 1972, pág. 37.

<sup>27</sup> CALVO RODRÍGUEZ, E.: op. cit., pág. 148.

## **5. Régimen de responsabilidades.**

A continuación, se pondrá de manifiesto como la “la propia actividad” del apartado anterior, tiene mucho que ver con el régimen de responsabilidades aplicable a la contrata y subcontrata, ya que dicho término tiene el poder de delimitar la protección legal.

Tal y como puede comprobarse, este sistema de responsabilidades está pensado, principalmente, para las contratas o subcontratas que se corresponden con la propia actividad de la empresa principal o comitente. Por tanto, solo se podrá emplear en tal caso, excluyendo de su ámbito de aplicación cualquier otra modalidad de contrata o subcontrata. Si bien es cierto, existen otros preceptos en el ordenamiento jurídico español que amplían este régimen de responsabilidades, estén estas actividades relacionadas con la propia actividad o no.

Por un lado, el artículo 168.1 de la Ley General de Seguridad Social que establece un régimen de responsabilidad subsidiaria respecto de las obligaciones en materia de Seguridad Social y por otro lado, la Ley de Prevención de Riesgos laborales que en su artículo 24 regula la concurrencia de actividades empresariales.

En este apartado, se abordarán tres tipos de responsabilidades según la clase de obligaciones: responsabilidades por obligaciones de naturaleza salarial, responsabilidades por obligaciones de Seguridad Social y por último, aquella referidas a la salud y seguridad en el trabajo.

### **5.1. Obligaciones en materia salarial.**

Esta responsabilidad se encuentra reflejada de manera explícita en el texto del artículo 42 del E.T y por tanto, solamente podrá ser de aplicación a las contratas y subcontratas que se correspondan con la propia actividad de la empresa principal.

Siguiendo con lo establecido en el artículo 42 del E.T, para que los trabajadores se puedan dirigir contra el empresario principal y exigir el pago de sus créditos salariales, tiene que haber un previo impago del contratista o subcontratista. Este impago no puede estar

motivado por insolvencia, ya que de ser así, la responsabilidad sería de tipo subsidiaria, por tanto, tiene que tratarse de la existencia de mora <sup>28</sup>.

En cuanto a este mandato del artículo 42 del E.T, el Tribunal Supremo ha hecho una interpretación restrictiva del mismo estableciendo que si dicho artículo “ciñe la responsabilidad a las obligaciones salariales, ello obligaría a resolver el supuesto dentro del ámbito de aplicación del artículo 26 del propio estatuto, con exclusión de retribuciones de otra naturaleza salarial aunque traigan su causa del contrato de trabajo” <sup>29</sup>. Por lo tanto, la responsabilidad solidaria se destina exclusivamente a satisfacer las percepciones salariales que se establecen en el artículo 26.1 del E.T, es decir, salario base y los correspondientes complementos salariales.

Teniendo en cuenta lo anterior, se considerarán, según la doctrina y jurisprudencia, dentro del ámbito material de esta responsabilidad solidaria los siguientes conceptos retributivos:

- El salario base, determinado por unidad de tiempo o de obra, según lo que se estipule en el convenio colectivo o en el contrato individual de trabajo (artículo 26.3 del E.T).
- Las mejoras del salario.
- Los incrementos salariales previstos en convenio colectivo posteriores a la finalización de la contrata, pero de aplicación retroactiva al periodo de vigencia de la misma.
- Las horas extraordinarias.
- Cabe también responsabilidad solidaria por la retribución de las vacaciones o la compensación por vacaciones no disfrutadas durante la vigencia del contrato.

Esta solidaridad respecto de los créditos salariales entre contratista y contratante se ve justificada en la doble vertiente y finalidad que tiene el salario, por un lado, en concepto

---

<sup>28</sup> CALVO RODRÍGUEZ, E.: op. cit., pág. 296.

<sup>29</sup> CALVO RODRÍGUEZ, E.: op. cit., pág. 302.

de contraprestación y por otro, como derecho fundamental que el trabajador tiene reconocido <sup>30</sup>.

En cuanto al alcance temporal de esta responsabilidad, es el propio artículo 42 del E.T el que establece que el empresario principal podrá responder solidariamente de las obligaciones salariales durante el año siguiente a la terminación del encargo respecto a las obligaciones que se generaron durante el periodo de vigencia del contrato.

## **5.2. Obligaciones en materia de Seguridad Social.**

Los dos preceptos nombrados en párrafos anteriores, constituyen uno de los antecedentes más relevantes del susodicho artículo 42 del E.T, tratándose estos de “un circuito complementario” de otras normas aplicables y en cierto modo también “supletorio” respecto de ese “eje normativo” ya que se propicia, de esta forma, una protección singularizada a los trabajadores que no se encuentran comprendidos en los demás preceptos existentes y que les son de aplicación a las contratas y subcontratas.<sup>31</sup>

Profundizando, cabe destacar que hay dos regímenes existentes:

- De responsabilidad solidaria. Aplicable a las contratas y subcontratas que se corresponden con la propia actividad del principal (en consonancia con el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores).
- De responsabilidad subsidiaria. Para todo tipo de contratas y subcontratas, donde la propia actividad no es requisito fundamental (en este caso los artículos 142.1 y 168.1 de la Ley General de Seguridad Social).

---

<sup>30</sup> SORIANO CORTÉS, D.: “Las contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, *Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*, 2007, pág. 345.

<sup>31</sup> GARCÍA MURCIA, J.: op. Cit., pág. 17.

### **5.2.1. Responsabilidad solidaria: requisito de la propia actividad.**

En este caso, las obligaciones de Seguridad Social y la correspondiente responsabilidad, van a venir determinadas por la ejecución de contratas o subcontratas de la propia actividad.

Estas obligaciones atienden a intereses no sólo de los trabajadores sino también al interés recaudatorio del sistema de Seguridad Social. De ahí que se diga: “quiénes obtienen una mejor posición de ventaja económica son los fondos públicos de la Seguridad Social, quiénes en vía de repetición pueden reclamar el abono tanto de los descubiertos de cotizaciones como de capitalización de las prestaciones abonadas conforme al principio de automaticidad no solo frente al empleador del trabajador, sino también frente a la empresa principal”.<sup>32</sup>

Por otro lado, y como justificación adicional de este régimen de responsabilidad solidaria, lo que se pretende también, es evitar que las empresas contraten o subcontraten con otras que no se encuentren al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social o empresas que llevan a cabo prácticas fraudulentas;<sup>33</sup> de ahí que en el artículo 42 se hable del deber de comprobación previa contrata o subcontrata.

### **5.2.2. Alcance de la responsabilidad.**

En cuanto al alcance de la responsabilidad, encontramos dos tesis:

La primera se caracteriza por ser más restrictiva, pues entiende que la responsabilidad solidaria solo debería abarcar las deudas por cotizaciones y cuotas que no hayan sido satisfechas. Esto tiene su fundamento en interpretar con literalidad lo explicado por el

---

<sup>32</sup> CALVO RODRÍGUEZ, E.: op. cit., pág. 311.

<sup>33</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: op. cit., pág.312.

artículo 42 del E.T, que hace únicamente referencia al término “cuotas”. La segunda tesis, defendida por la mayor parte de la doctrina, hace una amplia interpretación sobre lo que debería abarcar esa responsabilidad solidaria en materia de Seguridad Social, es decir, entiende que estarían cubiertas las obligaciones relativas a impagos de cuotas, así como lo que tiene que ver con la satisfacción de prestaciones <sup>34</sup>.

Respecto a esto, la línea jurisprudencial que ha mantenido el Tribunal Supremo en términos de obligaciones en materia de Seguridad Social establecidas en el artículo 42 del E.T comprende los descubiertos de cuotas en que incurra el contratista con sus trabajadores afectados por la contrata, así como las prestaciones sociales asignadas a éstos y de cuyo pago hubiera sido declarado responsable el contratista por incumplimiento de su obligación en materia de afiliación, altas y baja de cotización. <sup>35</sup>

En consecuencia, quedan comprendidas dentro del alcance de la responsabilidad solidaria:

- Las contingencias comunes.
- Los accidentes de trabajo.
- Las enfermedades profesionales.
- El desempleo.
- El FOGASA.
- La formación profesional.
- El recargo por mora de las cuotas.
- Los intereses.
- Incluso las costas por el procedimiento de apremio.

---

<sup>34</sup> CALVO RODRÍGUEZ, E.: op. cit., pág. 312.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

- Prestaciones de Seguridad Social (en los casos de incumplimiento del contratista en obligaciones de afiliación, alta y cotización) <sup>36</sup>.

### **5.2.3. El deber de comprobación.**

El artículo 42.1 del E.T establece lo siguiente en su primer párrafo:

“Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos, *deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social...*”<sup>37</sup>. Por tanto, se entiende que la responsabilidad solidaria que se pueda derivar de este precepto, queda condicionada al cumplimiento de dicho deber de comprobación. Se trata de una obligación dirigida al empresario principal que consiste en verificar que el contratista se encuentra al corriente respecto de sus obligaciones con la Seguridad Social. Dicho trámite se hará a través de la solicitud de certificación negativa por descubiertos en la tesorería General de la Seguridad Social.

Este deber de comprobación ha suscitado muchos problemas prácticos pues se discute si se trata de una obligación legal a cargo del empresario principal o si se refiere simplemente a un acto de carácter facultativo del mismo; la mayor parte de la doctrina entiende que se trata de una facultad y no de una obligación propiamente dicha <sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> LOPÉZ GANDÍA, J. y TATAY PUCHADES, C.: “Contratas y subcontratas y responsabilidades de Seguridad Social”: *Descentralización productiva y protección de trabajo en contratas. Estudios en homenaje de Francisco Blat Gimeno*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pág 230.

<sup>37</sup> Artículo 42.1 del E.T.

<sup>38</sup> CALVO RODRÍGUEZ, E.: op. cit., pág. 318.

#### **5.2.4. Responsabilidad subsidiaria: artículos 142 y 168 LGSS.**

En este apartado se tratan diferentes cuestiones relacionadas con la responsabilidad subsidiaria que se encuentra regulada en el artículo 168 de la Ley General de Seguridad Social. Así, el apartado primero explica lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el artículo anterior, si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de esta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente”<sup>39</sup>.

De esto se deduce que, por un lado, la responsabilidad que establece el artículo 42 del E.T queda reservada para aquellas contratas y subcontratas que se correspondan con la propia actividad, mientras que la responsabilidad subsidiaria que se establece en el artículo 168.1 de la Ley General de Seguridad Social cubre cualquier tipo de contrata o subcontrata independientemente de que sean o no de propia actividad, funcionando ambas de forma complementaria.

En cuanto al alcance de tal responsabilidad, el artículo 142 de la Ley General de Seguridad Social establece en su primer apartado que “el empresario es el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotización e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores, en su totalidad”<sup>40</sup>, atribuyéndosele por tanto la responsabilidad en caso de incumplimiento al “propietario de la obra o industria” como se establece en el artículo 168 de esta misma ley.

---

<sup>39</sup> Artículo 168.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>40</sup> Artículo 142.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.



Lo que verdaderamente llama la atención de esta cuestión, es que tal empresario (al que se refiere el artículo 168), no ha de serlo en sentido estricto tal y como sí que establece el artículo 42 del E.T (que en ese caso sí ostenta la condición de empresario principal y además soporta la responsabilidad solidaria). Esta falta de precisión a la hora de describir con detalle cómo ha de ser la figura del empresario, da lugar a que la responsabilidad subsidiaria tenga mayor alcance que la solidaria del artículo 42 <sup>41</sup>.

Por otro lado, y en relación al alcance temporal, cabe destacar que la ley no señala expresamente límites temporales para esta responsabilidad subsidiaria, pero por suerte, una vez más, la doctrina se posiciona a favor de interpretar que “el propietario de la obra o industria” debe responder durante el periodo de vigencia de la contrata o subcontrata, haciendo una comparación y analogía de lo establecido en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores <sup>42</sup>.

Por tanto y en conclusión, esta responsabilidad subsidiaria tiene lugar en virtud de los artículos 142.1 y 168.1 de la LGSS, tratándose de un supuesto especial que cubre también los casos de contratas y subcontratas que no tienen que ver con la propia actividad, así como aquellos casos en los que si exista esta pero que no sea posible la aplicación del artículo 42 del E.T. Dicha responsabilidad nace del incumplimiento por parte del contratista respecto de las obligaciones que este tenga en materia de Seguridad Social, y siempre y cuando se declare insolvente (pues es el deudor principal), aparecerá el empresario principal o comitente para responder en su lugar.

### **5.3. Obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales.**

De igual forma que el ordenamiento jurídico establece ciertas obligaciones en materia salarial y de seguridad social, también existen disposiciones relativas a la salud y seguridad e higiene en el trabajo.

---

<sup>41</sup> CALVO RODRÍGUEZ, E.: op. cit., pág. 325.

<sup>42</sup> LOPÉZ GARCÍA, J. y TATAY PUCHADES, C.: op. cit., pág. 235.

Dicha materia se regula en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), por el RD 171/2004 de 30 de enero y finalmente algunas disposiciones enumeradas en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social de 4 de agosto de 2000 (TRLISOS). Aunque en este caso, se centrará el foco sobre el artículo 24 de la LPRL que lleva por título “coordinación de actividades empresariales”.

Dicho artículo prevé una serie de obligaciones que se imponen a los empresarios que desarrollan actividades empresariales en un mismo centro de trabajo. Para el caso concreto de la contratación o subcontratación las obligaciones en esta materia se encuentran afectadas por dos circunstancias:

- El caso de contratas y subcontratas correspondientes o no a la propia actividad.
- El lugar de ejecución de las actividades, pudiendo ser o no en el centro de trabajo, pero sí con la maquinaria equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por el empresario principal.

### **5.3.1. Contenido del artículo 24 LPRL.**

En este análisis cabe apreciar una doble vertiente puesto que los dos primeros apartados del artículo hacen referencia a las contratas y subcontratas que se lleven a cabo en el mismo centro de trabajo sin importar si estas se corresponden o no con la propia actividad de la empresa principal. Sin embargo, en el tercer apartado, si se aprecia tal distinción, refiriéndose únicamente a las contratas y subcontratas de la propia actividad: “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”.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Artículo 24.3 de Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.

Por tanto, el centro de trabajo constituye un elemento importante respecto de las obligaciones en materia de Prevención de Riesgos Laborales de contratistas y subcontratistas ya que, por norma general, las contratistas que se desarrollen fuera de las instalaciones del centro de trabajo del empresario principal, no se encontrarían dentro del ámbito de aplicación del artículo 24 de la LPRL.

Visto que el concepto “centro de trabajo” cuenta con gran relevancia, merece la pena indicar una definición formal de este. Así, el artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores establece que se trata de “la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral”<sup>44</sup>. Por otro lado, también se encuentra una definición en el artículo 2 del RD 171/2004 de 30 de enero, donde el centro de trabajo se trata de “cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo”<sup>45</sup>.

### **5.3.2. Obligaciones formales.**

Estas obligaciones que vienen determinadas por el artículo 24 de la LPRL y por el RD 171/2004, se pueden clasificar en:

- Obligación de cooperación.
- Obligación de información.
- Obligación de vigilancia.

---

<sup>44</sup> Artículo 1.5 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>45</sup> Artículo 2 del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales.

### **Obligación de cooperación: la cooperación e información.**

Así lo establece el propio artículo 24.1 LPRL: “cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, estas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales”.<sup>46</sup> A su vez, este artículo concreta esta obligación en dos deberes, por un lado, se han de establecer los medios de coordinación necesarios para la prevención de riesgos laborales y protección contra los mismos y por otro, este deber se concreta a su vez en informar sobre los riesgos que pueda generar la actividad dentro del centro de trabajo <sup>47</sup>.

En relación a lo anterior, cabe destacar que es el RD 171/2004 en su artículo 5 el que señala que estos medios tendrán que ser establecidos atendiendo al grado de peligrosidad de las actividades que se lleven a cabo en el centro de trabajo, al número de trabajadores presentes y la duración de la concurrencia de las actividades <sup>48</sup>.

Es el artículo 11 de este Real Decreto el que establece una pequeña lista de medios de coordinación que pueden ser empleados:

- “a) El intercambio de información y de comunicaciones entre las empresas concurrentes.
- b) La celebración de reuniones periódicas entre las empresas concurrentes.
- c) Las reuniones conjuntas de los comités de seguridad y salud de las empresas concurrentes o, en su defecto, de los empresarios que carezcan de dichos comités con los delegados de prevención.
- d) La impartición de instrucciones.

---

<sup>46</sup> Artículo 24.1 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.

<sup>47</sup> SALA FRANCO, T: *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 242.

<sup>48</sup> Artículo 5 del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. En materia de coordinación de actividades empresariales.

- e) El establecimiento conjunto de medidas específicas de prevención de los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes o de procedimientos o protocolos de actuación.
- f) La presencia en el centro de trabajo de los recursos preventivos de las empresas concurrentes.
- g) La designación de una o más personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas”<sup>49</sup>.

Dichos medios de coordinación serán empleados por las personas designadas, que en este caso son los coordinadores. Los artículos 13 y 14 del Real Decreto establecen las pautas y condiciones para designar a la o las personas responsables de tal actividad, así como las funciones que les quedarían encomendadas.

Por otro lado, y en relación al segundo mandato del artículo 24.1 de la LPRL, el deber de información recae de igual forma y en las mismas proporciones sobre todas las empresas implicadas, pues según el artículo 4.5 del Real Decreto que se ha venido nombrando, es deber de ambas informarse mutuamente de los riesgos que presentan las actividades concurrentes que se llevan a cabo dentro del centro de trabajo y que se puedan agravar a causa de dicha concurrencia. El empleador, por su parte, también tendrá obligación de informar directamente a sus propios trabajadores de los riesgos existentes y más concretamente de los existentes a causa de la concurrencia, según el artículo 4.5 del Real Decreto.

En cuanto a los tiempos de acción de esta obligación, debe trasladarse la información previo inicio de las actividades y mientras están teniendo lugar las mismas. Esto tiene su razón de ser en que las actividades pueden cambiar y se pueden generar nuevos riesgos, en tal caso se tendrá también la obligación de información de cara a la prevención de los mismos.

---

<sup>49</sup> Artículo 11 Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. En materia de coordinación de actividades empresariales.

### **Obligación de vigilancia.**

Resulta conveniente hacer una distinción entre las dos obligaciones anteriores y esta, puesto que la obligación de vigilancia tiene carácter preventivo especial, pensada para aquellos casos en lo que concurren actividades de empresas que compartan actividad, es decir, empresas donde se dé el requisito de la propia actividad. Dicha obligación afecta directamente al empresario principal, pues atesora el deber de comprobar que tanto contratistas como subcontratistas cumplan con la normativa en materia de prevención de riesgos laborales<sup>50</sup>.

Esta obligación se concreta en la acción del empresario principal de actuar como garante de terceros por incumplimiento en materia de PRL, lo cual tiene sentido en tanto en cuanto, por un lado, ostenta el control sobre toda la actividad que se está llevando a cabo en el centro de trabajo<sup>51</sup> y por otro, porque es el titular del centro de trabajo y se puede llegar a pensar que es quien motiva el riesgo y quien finalmente, acaba siendo beneficiario de los resultados<sup>52</sup>.

Aunque se daba por hecho que esta obligación es especial por estar únicamente destinada a aquellas contratas y subcontratas que se corresponden con propia actividad, a eso se le suma la particularidad que establece el artículo 24.3 de la LPRL, pues dicho artículo explica que las actividades han de ser ejecutadas en el centro de trabajo de la empresa principal.

---

<sup>50</sup> CALVO RODRÍGUEZ, E.: op. cit., pág. 343.

<sup>51</sup> MONTOYA MEDINA, D.: op. cit., pág. 371.

<sup>52</sup> PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Contratas y empresas de trabajo temporal: Responsabilidades*, Ed. Tiran Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 51.

### **5.3.3. Obligaciones en contrata y subcontrata fuera del centro de trabajo.**

Como se ha visto en los apartados anteriores, la responsabilidad que se establece en el artículo 24 de la LPRL queda limitada por el lugar donde se lleve a cabo la actividad, es decir, el centro de trabajo. Si bien es cierto, dicho artículo hace una excepción y en su apartado 4, deja de hacer referencia al “elemento locativo”<sup>53</sup> como elemento imprescindible para la exigencia del cumplimiento de las obligaciones en materia preventiva:

“Las obligaciones consignadas en el último párrafo del apartado 1 del artículo 41 de esta Ley serán también de aplicación, respecto de las operaciones contratadas, en los supuestos en que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista no presten servicios en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que tales trabajadores deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal”<sup>54</sup>.

Lo que este apartado viene a decir es que, aquellas empresas que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios que se vayan a desarrollar fuera del centro de trabajo pero aun así se haga uso de las máquinas, equipos, útiles de trabajo, productos, materias primas o sustancias químicas, deberán asegurarse de que estos no supongan un peligro para los trabajadores afectados por la contrata y subcontrata.

También cabe destacar la amplitud de este cuarto apartado del artículo 24 de la LPRL, pues es de aplicación a todas las contrata y subcontratas (fuera del centro de trabajo) independientemente de si se corresponden con la propia actividad de la empresa principal o no, pues en estos casos, el factor de riesgo no es el centro de trabajo de la empresa principal sino la maquinaria, los útiles y demás factores mencionados anteriormente. Al no tratarse de un supuesto de concurrencia propiamente dicho, en virtud de este artículo, se está eximiendo al empresario principal de cumplir con las obligaciones de cooperación, información y vigilancia que vimos anteriormente.

---

<sup>53</sup> CALVO RODRÍGUEZ, E.: op. cit., pág. 347.

<sup>54</sup> Artículo 24.4 de la ley de prevención de riesgos laborales.

#### **5.3.4. Responsabilidades por incumplir obligaciones preventivas.**

Según el artículo 42.1 de la LPRL, el incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales da lugar a una serie de responsabilidades de diferente índole:

“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”.

Por un lado, el Código Penal permite sancionar con pena de prisión el incumplimiento de las obligaciones preventivas cuando por este se produzca la muerte de un trabajador (artículo 138 y ss. C.P), también se prevén delitos de lesiones (artículo 147 y ss. C.P) o por delito contra la seguridad y salud de los trabajadores (artículos 316 y 317).

Por otro lado, en el ámbito administrativo, tenemos que la ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (RD Legislativo 5/2000 de 4 de agosto) establece responsabilidades administrativas en base al tipo de infracción que tenga lugar y de si esta es calificada como grave o muy grave.

Por último, también puede existir responsabilidad civil de tipo contractual o extracontractual según el vínculo que haya entre el trabajador perjudicado y el empresario concurrente (artículos 1101 y 1902 del C.C).

#### **6. Uso fraudulento de la contrata y subcontrata: cesión ilegal de trabajadores y artículo 43 del E.T.**

Aunque la contratación y subcontratación como mecanismos de descentralización productiva son fórmulas totalmente legales y empleadas por una gran cantidad de empresas en la actualidad, se ha hecho frecuente el uso fraudulento de tales figuras. Este uso antijurídico de las mismas, se encuentra regulado en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores y se le conoce como “cesión ilegal de trabajadores”, que implica que la



empresa contratista reclute trabajadores y los contrate con el único fin de cederlos al empresario principal sin que este último los incorpore a su plantilla.

En un primer momento, la cesión ilegal quedaba configurada por dos elementos, por un lado, la inconsistencia de la empresa prestamista y por otro, la cesión de los servicios del trabajador a otro empresario (cesionario). A su vez, también era necesario comprobar que la empresa que cedía era ficticia al carecer de estructura, organización, capital y medios para poder llevar a cabo la actividad<sup>55</sup>. Este posicionamiento inicial, evolucionó una vez que los tribunales llegaron a la conclusión de que se puede estar ante un caso de cesión ilegal aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador trabaja de forma permanente para la otra y bajo las ordenes de la misma<sup>56</sup>. Es por ello que la doctrina y los jueces se han visto obligados a elaborar ciertos criterios que sean capaces de delimitar y distinguir ambas figuras, los mismos se analizan a continuación.

Como se indicó anteriormente, la cesión ilegal se encuentra regulada en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, precepto que no ha sufrido variaciones a lo largo del tiempo hasta la reforma laboral introducida por el RD 5/2006 y la Ley 43/2006. Lo interesante es que, en este momento, la norma pasa a establecer una serie de ejemplos que facilitan el reconocimiento del supuesto, basándose en los que la propia jurisprudencia, años anteriores, ya venía desarrollando.

El artículo también da las claves para entender cuáles son los negocios jurídicos que propician el tráfico ilícito y delimita los tipos de interposición que han sido descritos por la jurisprudencia. En este sentido, se distinguen dos casos diferenciados:

En primer lugar, aquel en el que dos empresas que poseen patrimonio y estructura productiva propias se ceden trabajadores al margen de los límites legales establecidos. En

---

<sup>55</sup> MUNÍN SÁNCHEZ, L.: “La cesión ilegal de trabajadores y su delimitación de las legítimas contrataciones”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 15, 2011, págs. 295 y 296.

<sup>56</sup> CUENCA ALARCÓN, M.: “El impacto de la nueva organización de la empresa: el ejemplo de la cesión ilegal de trabajadores”, *Cuadernos de relaciones laborales*, núm. 2, 2007, pág.64.

este caso, se habla de “cesión sobrevenida”, que tiene lugar una vez los trabajadores han sido contratados entendiéndose que no se tenía intención de cederlos.

En segundo lugar, aquel supuesto en el que la empresa que cede los trabajadores carece de patrimonio y estructura productiva y, por tanto, desde el principio la intención de la misma es defraudadora, pues lo único que busca es ceder a los trabajadores que tiene contratados.

Analizando el artículo 43 más detenidamente, se puede comprobar que según el apartado primero sólo tienen potestad para ceder trabajadores a otras empresas de manera temporal las empresas de trabajo temporal (ETT) que se encuentren legalmente autorizadas.

Teniendo en cuenta lo expuesto por el apartado segundo: “en todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este 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”.

Se pueden extraer de esta redacción las situaciones prohibidas de los supuestos lícitos de contratación y subcontratación a partir de lo que ya ha establecido la jurisprudencia, quedando reflejados cuatro indicios que constituirían cesión ilegal:

1. Que la única finalidad de los contratos entre las empresas sea una mera puesta a disposición de trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria. Este supuesto describe la cesión ilegal desde el punto de vista objetivo de la relación interempresarial entre cedente y cesionario.
2. Que la empresa que cede no tenga actividad ni organización propia y estable. Este criterio es de carácter subjetivo pues lo que hace es describir al empresario ficticio cedente que no dispone de organización y actividad propias.

3. Que la empresa cedente no cuente con los medios necesarios para desarrollar su actividad. Se refiere más bien a los activos (materiales o inmateriales) que estructuran la empresa.

4. Que el empresario de la empresa cedente no ejerza las funciones propias de un empresario. Este criterio aborda la problemática de la dirección y organización de la empresa.

Las últimas tres perspectivas son complementarias de la primera, pero hay que apuntar que el segundo supuesto o criterio, hace una valoración más general del empresario cedente, mientras que los supuestos tercero y cuarto son de carácter más concreto.

Aunque el segundo apartado sea el más interesante de todo el artículo 43, también hay importantes matices en los apartados tercero y cuarto del precepto, como por ejemplo, la responsabilidad solidaria que se establece respecto de las obligaciones que se hubieran contraído en materia de Seguridad Social o la vía de escape muy bien pensada del apartado cuarto, que implica que los trabajadores que se hayan visto afectados por una cesión ilegal, tendrán el poder de adquirir la condición de fijos en cualquiera de las dos empresas (cedente o cesionaria), computando la antigüedad desde el inicio de tal situación fraudulenta.

## **7. Conclusión.**

Como se ha podido comprobar, la descentralización productiva es un mecanismo necesario para las empresas que operan en el mercado actual pues este se caracteriza por ser dinámico y cambiante.

La contrata y subcontrata como figuras que ponen en práctica tal externalización o descentralización, cuentan con una regulación un tanto dispersa y ambigua que ha obligado a tribunales y doctrina a posicionarse sobre tal cuestión. Esto cobra especial importancia, ya que dichas indeterminaciones acaban perjudicando los derechos de la parte más débil y desprotegida: los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista.

Como se ha visto, el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, centro de imputación de las figuras tratadas en este análisis, tiene un gran apoyo por parte de otros preceptos que se encuentran, como se vio anteriormente, en la Ley General de Seguridad Social y en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, mayoritariamente. Estos ofrecen refuerzo a la protección más general y básica y en ocasiones funcionan como vía de escape ante situaciones un poco más complejas estableciendo unas obligaciones claras y concisas.

Se podría llegar a pensar que el legislador ha actuado de forma poco concluyente a lo largo de los últimos años respecto de la cuestión que aquí se trata, pero, por otro lado, quizás tal descuido sea precisamente lo que permita que determinadas situaciones puedan verse protegidas por los parámetros y límites que la ley establece.

Límites y parámetros absolutamente necesarios porque no se debe olvidar que hay una delgada línea entre la contrata y subcontrata como negocios jurídicos lícitos y lo que se conoce como “cesión ilegal de trabajadores”, figura regulada en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores que desafortunadamente tiene lugar en más ocasiones de las deseadas por el legislador, ya sea de manera sobrevenida o planeada.

Por todo lo anterior, cabe afirmar que en este análisis se ha abordado una pequeña parte del Derecho del Trabajo que resulta especialmente compleja por la naturaleza de la misma.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

BLAT GIMENO, F.: “Análisis jurídico-laboral de la descentralización productiva”, Tesis doctoral inédita, Valencia, 1989.

CALVO RODRÍGUEZ, E.: “La responsabilidad empresarial en la subcontratación laboral: análisis del artículo 42 del estatuto de los trabajadores”.

CUENCA ALARCÓN, M.: “El impacto de la nueva organización de la empresa: el ejemplo de la cesión ilegal de trabajadores”, *Cuadernos de relaciones laborales*, núm. 2, 2007.

GARCÍA MURCIA, J.: “Contratas y subcontratas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004.

LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 1999.

LOPÉZ GANDÍA, J. y TATAY PUCHADES, C.: “Contratas y subcontratas y responsabilidades de Seguridad Social”: *Descentralización productiva y protección de trabajo en contratas. Estudios en homenaje de Francisco Blat Gimeno*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

MOLERO MARAÑÓN, M. L., “Descentralización productiva y relaciones laborales”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2010.

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

MUNÍN SÁNCHEZ, L.: “La cesión ilegal de trabajadores y su delimitación de las legítimas contratas”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 15, 2011.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “La regulación protectora del trabajador en Contratas”, *Revista de Política Social*, núm. 93, 1972.

SALA FRANCO, T: *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

SORIANO CORTÉS, D.: “Las contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, *Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*, 2007.

PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Contratas y empresas de trabajo temporal: Responsabilidades*, Ed. Tiran Lo Blanch, Valencia, 2006.