

La contrata de obras y servicios

The “*outsourcing*”



Realizado por el alumno D. Marcos Dorta Trujillo
Tutorizado por la Profesora D.^a Mónica Molina García

Grado en Derecho

Curso 2016/2017

Convocatoria de Septiembre

Resumen:

La contrata de obras y servicios es un mecanismo a través del cual las empresas delegan parte de su actividad para que sea desarrollada por terceros. Con ello se obtiene un incremento de la competitividad a través de la reducción de costes laborales.

No obstante, se trata de una práctica susceptible de provocar efectos perjudiciales sobre los trabajadores, y que en ocasiones es ejecutada con tales fines. Asimismo, es una operación que puede encubrir una operación fraudulenta como es la cesión ilegal de mano de obra.

En este contexto, la legislación española que aborda el fenómeno es insuficiente y anticuada. Parece que el legislador le da prioridad al derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE) sobre todos lo demás.

Por ello, el marco jurídico español debe experimentar una notable modificación para cumplir con el principio protector que siempre ha caracterizado al Derecho Laboral y amparar a la parte más débil: el trabajador.

Abstract:

The “*outsourcing*” is a mechanism through which companies delegate part of their activity to be developed by other companies. By doing this, they will increase competitiveness and reduce labour costs.

However, it is a operation which could have bad effects to the employees, and sometimes it is the real purpose. Furthermore, it is a practise which could cover up an irregular operation: an illegal assignment of labor.

In this context, the Spanish law is limited and outdated. It seems that for the legislator it is more important the right to freedom of the enterprise than the other rights.

This is why the Spanish law would have to change drastically in order to keep the protector principle which has always characterized the Labor Law and protect the weakest part: the employee.

• **ÍNDICE**

1. Introducción.....	4
2. La contrata como principal mecanismo de descentralización.....	5-9
3. Concepto de contrata y delimitación con cesión ilegal de trabajadores.....	10-14
2.1. Concepto de contrata.....	10-11
2.2. Delimitación de contrata y cesión ilegal de trabajadores.....	11-14
4. La noción de “propia actividad”	15-18
5. Régimen de responsabilidades y deberes de comitente y contratista.....	19-28
5.1. Deber de comprobación del empresario comitente.....	19-20
5.2 Responsabilidad solidaria de comitente y contratista.....	20-24
5.2.1. Salarios.....	20-21
5.2.2. Deudas con la Seguridad Social.....	21-22
5.2.3. Prevención de Riesgos Laborales.....	23-24
5.3. Deberes de información.....	24-26
5.4. Facultad de coordinación entre trabajadores.....	26
5.5. La responsabilidad en las contratas no referidas a la propia actividad y la responsabilidad en las cadenas de subcontratación.....	27-28
6. El ejercicio del derecho de huelga en las contratas.....	29-33
6.1 El criterio de la << especial vinculación >>. El caso Astrad.....	31-33
• Conclusiones.....	34-38
• Bibliografía.....	39-40

1. Introducción

La contrata de obras y servicios es un mecanismo de descentralización muy común y extendido entre las empresas actuales, y que por ende ha sido abordado en multitud de ocasiones tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

El objetivo de este trabajo es analizar desde un punto de vista crítico algunos de los aspectos más significativos del fenómeno para examinar su impacto en las relaciones laborales (sobre todo en la figura del trabajador). Asimismo, también se pretende valorar el marco jurídico que regula la mencionada figura, señalar sus posibles lagunas y, ¿por qué no?, proponer algunas reformas que podrían realizarse en consonancia con las planteadas por la doctrina.

Para ello, se han consultado varias de las obras principales que tratan la materia y se ha “buceado” entre la más actual y consolidada jurisprudencia.

Por último, las conclusiones alcanzadas permiten sostener que la contrata de obras y servicios es una práctica de descentralización productiva a través de la cual las empresas reducen costes y aumentan su competitividad. Sin embargo, es un mecanismo susceptible de producir efectos perjudiciales para el trabajador. Además, en ocasiones lo que se persigue con esta práctica es precisamente eso: minorar derechos y condiciones laborales. También es la operación ideal para que las compañías lleven a cabo cesiones ilegales de mano de obra.

Frente a este panorama, la legislación española presenta un régimen jurídico obsoleto e insuficiente, que ha de experimentar una notable actualización y modificación si se quiere honrar el principio protector que siempre ha caracterizado al Derecho del Trabajo.

2. La contrata como principal mecanismo de descentralización

La globalización de la economía y el desarrollo de las nuevas tecnologías (en especial las telecomunicaciones) ha provocado que el mercado de bienes y servicios sea cada vez más extenso, imprevisible e incontrolable. En consecuencia, las empresas han tenido que desarrollar una serie de mecanismos para poder adaptarse con la mayor rapidez posible y con menos costes a las fluctuaciones de la demanda. Así, las empresas han modificado sus estructuras productivas para hacerlas más flexibles, con el objeto de responder velozmente a las variaciones del mercado, reduciendo costes y aumentando la competitividad.

En efecto, a partir de los años 60 se ha venido produciendo una transición del modelo de empresa: se ha superado el modelo fordista, caracterizado por su sistema de producción unitario y una gestión funcional jerárquica, para recalar en un modelo de empresa más difuso, en el que el proceso productivo se encuentra segmentado y existe todo un tejido de relaciones interempresariales.

El modelo de empresa fordista representaba el prototipo de empresa clásica, determinada por presentar un sistema de producción en cadena a través del cual se fabricaban bienes idénticos en masa. Se trataba de un prototipo que permitía tener el control sobre la totalidad del proceso productivo.

Sin embargo, este modelo de producción vertical estaba caracterizado por su excesiva rigidez. Por ello, la reclamación de las empresas de incorporar mecanismos de flexibilidad fue tolerada, incluso considerada necesaria. Así, la principal manifestación de esta flexibilidad fueron las prácticas de descentralización o de externalización de servicios (en inglés, “*outsourcing*”, aunque este tiene una definición más amplia)

Son diversos los autores que han elaborado un concepto de descentralización. Sin embargo, este siempre se ha enfocado desde un punto de vista económico, pero nunca jurídico¹.

¹Alcalá Díaz. “*Técnicas jurídico-empresariales de descentralización empresarial*”. En: Gaeta y Gallardo Montoña (directores). “*Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*”.2010. Editorial Bomarzo, pág. 95

Así, uno de los conceptos más acertados es el desarrollado por Cruz Villalón, conforme al cual la descentralización es la << *organización del proceso de elaboración de bienes y/o de prestación de servicios para el mercado final de consumo, en virtud del cual una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo* >>²

En suma, a través de la descentralización una empresa principal delega parte de su actividad para que sea desarrollada por una empresa auxiliar a cambio de un precio. Como se adelantó en la introducción, esta operación se lleva a cabo fundamentalmente a través de la contrata de obras y servicios (otros supuestos son lo grupos de empresa, el trabajo a distancia o la franquicia)

Para el sector empresarial, las principales ventajas que comporta la externalización de servicios son las siguientes:

- a. Mayor adaptabilidad de la empresa a los cambios del mercado (al tener una estructura más transversal que le permite adaptarse permanentemente a las alteraciones de la demanda)
- b. Aumento de la especialización y de la eficiencia: la empresa principal se puede centrar en desarrollar su actividad principal, lo que mejora la calidad del servicio y del producto.
- c. Reducción de costes (en especial, costes laborales): las empresas auxiliares realizan el mismo trabajo por un precio inferior, ya que sus trabajadores perciben tienen salarios más bajos que los de la empresa principal.
- d. Control y disminución de la plantilla de trabajadores, lo que desemboca en la debilitación de poder de los sindicatos.

En resumen, la descentralización origina una serie de efectos cuya finalidad primordial es reducir costes laborales para aumentar la competitividad.

² Cruz Villalón. “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”. Revista de Trabajo y Seguridad Social nº13, 1994.

Sin embargo, la ejecución de estas prácticas produce una serie de secuelas para los trabajadores:

- a. Dispersión del poder de dirección y control, así como de las responsabilidades laborales, ya que estos recaen sobre empresarios distintos: el trabajador se ve sometido a decisiones que no son tomadas por su empleador, del que realmente dependen jurídicamente³
- b. Reducción de la representación colectiva de los trabajadores, y en consecuencia del movimiento sindical en la empresa
- c. Incentivo a la aparición de trabajo sumergido en el último nivel de la cadena de subcontratación⁴, en el cual las condiciones de trabajo de los trabajadores son pésimas.
- d. Mayor probabilidad de que aparezcan prácticas que impliquen un riesgo para la salud y seguridad de los trabajadores que prestan servicios en estas estructuras.⁵

Por ello, en ocasiones estas prácticas no se ejecutan con el objeto de reducir costes y aumentar la competitividad, sino a través de ellas se persigue reducir condiciones y derechos laborales (por ejemplo, aplicar a los trabajadores de la empresa principal el convenio colectivo de la empresa contratista por ser más beneficioso, << evitar que la plantilla de la empresa principal sobrepase un determinado umbral cuantitativo >>⁶, torpedear el ejercicio normal del derecho de huelga, etc.).

De todos modos, debido a los beneficio que comporta para las compañías, la descentralización productiva ha pasado de ser una práctica marginal para delegar

³ Loffredo. “Sobre las transformaciones de la figura del empresario: entre contractualismo y sugerencias institucionalistas”. En la obra citada en la nota al pie nº1, pág. 40: << lo verdaderamente peligroso es que una empresa pueda imponer sus decisiones a otra sin hacerse responsable de la titularidad jurídica de las relaciones de trabajo, dejado al derecho del trabajo impotente, sin margen de actuación >>

⁴ Ramos Quintana. “Subcontratación de obras o servicios y transmisión empresarial”. 2007. Editorial Bomarzo. Pág. 97

⁵ En el año 2016 hubieron 38.403 accidentes con baja en jornada ocurridos a trabajadores en contrata o subcontratas. De todos ellos, 54 fueron mortales (10,9%). Ministerio de Empleo y Seguridad Social, “Estadística de Accidentes de Trabajo: resumen de principales resultados Año 2016”. Recuperado de: http://www.empleo.gob.es/estadisticas/eat/eat16/Resumen_resultados_ATR_2016.pdf

⁶ Ramos Quintana, Ramos Quintana, “La condición del empresario en los procesos de descentralización productiva”. Trabajo y Derecho nº 25/2016 (enero). Editorial Wolters Kluwer. Pág. 5

actividades accesorias (servicios de informática, limpieza, seguridad, etc.) a convertirse en un elemento estructural de la nueva empresa. Así, a través de la externalización de servicios se ha consolidado el nuevo modelo de empresa: se ha evolucionado de una estructura vertical en la que se controlaba la totalidad del proceso productivo a una tendencia en la que las empresas fomentan la delegación de actividades, configurado una especie de red.

La consecuencia de este nuevo paradigma es que se ha extendido la << *pluralización empresarial* >>, lo que significa que en muchas ocasiones varias empresas concurren sobre la misma relación de trabajo. Esto implica un riesgo, ya que sus figuras se pueden llegar a confundir, hasta tal punto que el trabajador llegue a dudar sobre la identidad del empresario.

Como respuesta, lo primero que ha intentado el Derecho del Trabajo ha sido desarrollar una serie de mecanismos de protección que permitan determinar la figura del empresario: el trabajador debe saber en todo momento quién es su verdadero empleador, ya que será a este al que le podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden.

En el ordenamiento jurídico español, tales mecanismos de protección están regulados en el art. 42 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 (en adelante LET)

No obstante, lo primero que hay que señalar que este precepto es que tiene un alcance escaso, ya que solo regula una parte de un fenómeno tan amplio como es la descentralización: aquella que es llevada a cabo únicamente a través de la contrata de obras y servicios. Esta falta de regulación es considerada por una sector de la doctrina como un elemento de flexibilización: la inseguridad jurídica que provoca acrecienta la desigualdad entre el empresario y el trabajador (aumenta el poder del empleador y limita los derechos de los empleados).⁷

⁷ Pedrosa González. "Incidencia sobre la relación laboral del trabajo en contratas", 2008. Editorial Bomarzo. Pág. 19



Sea como fuere, el art. 42 LET configura un régimen de responsabilidades y obligaciones de las empresas que intervienen en la contrata. Sin embargo, la mayoría de los autores opina que este marco jurídico está obsoleto y es insuficiente, ya que no aborda todas las prácticas que las empresas pueden realizar a través de este mecanismo. Estas dan lugar a una serie de situaciones para los trabajadores en las que también necesitan protección, como se verá a lo largo de este trabajo.

3. Concepto de contrata y delimitación con cesión ilegal de trabajadores

3.1. Concepto de contrata

Como ya se ha apuntado, la contrata de obras y servicios es el principal mecanismo de descentralización productiva utilizado por las empresas. A pesar de ello, el ordenamiento jurídico español no ofrece ninguna definición legal de la misma, por lo que es un concepto jurídico indeterminado que ha sido concretado tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencial.

Así, una de las más acertadas definiciones doctrinales es la propuesta por Palomeque y De la Rosa, conforme a la cual la contrata es una relación contractual a través de la cual una empresa auxiliar (contratista) se compromete a la realización de una obra o servicio determinado propio del empresario principal (comitente) a cambio de un determinado precio⁸.

La indefinición legal de contrata ha provocado multitud de problemas de inseguridad jurídica y calificación, por lo que es necesario que el legislador establezca un concepto legal (y ya han habido oportunidades).

Asimismo, esta práctica de descentralización productiva puede continuar de forma encadenada, por lo que la empresa contratista puede delegar a un tercero la realización de determinadas obras o servicios que forman parte de aquella actividad de la empresa principal que se ha comprometido a ejecutar (subcontratación). Esto puede ocurrir sucesivamente, dando lugar a auténticas “*cadena de subcontratación*”.

El fundamento constitucional de estas actuaciones se encuentra en el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE), el cual legitima a los empresarios para que organicen su proceso productivo como deseen.

Además, el negocio jurídico utilizado para celebrar la contrata es indiferente, ya que esta se puede formalizar a través de cualquier tipo de contrato⁹. Pueden haber contratas

⁸ Palomeque López y Álvarez de la Rosa. “*Derecho del Trabajo*”, 2016. Editorial Universitaria Ramón Areces. Pág. 520

⁹ STS (Sala de lo Social) del 15 de diciembre de 2015 y del 9 de julio de 2002

mercantiles, civiles o administrativas. Lo realmente relevante es que a través del nexo contractual un sujeto se comprometa a realizar parte de la actividad de otro a cambio de un precio.

En la actualidad, la ejecución de contrata y subcontratas por parte de las empresas no se produce de manera ocasional: no se recurre a terceros para que realicen alguna obra o servicio eventualmente, sino que se configura una vinculación estable, y la empresa contratista se convierte en una pieza más del engranaje de la empresa principal.¹⁰

3.2. Delimitación de contrata con cesión ilegal de trabajadores

En ocasiones, el uso de la contrata de obras y servicios por parte de las empresas puede tener una finalidad fraudulenta y servir de tapadera para encubrir una cesión ilegal de trabajadores, operación prohibida por el art. 43 LET. Delimitar ambas figuras es una tarea complicada, ya que la frontera que las separa es muy difusa¹¹.

Además, la ley tampoco contiene una definición legal de lo que es una cesión ilegal de trabajadores, sino que presenta una noción amplia del fenómeno. De esta manera, conforme al art. 43.1 LET, es cesión ilegal toda aquella que es realizada por una empresa que no sea Empresa de Trabajo Temporal (en adelante ETT) autorizada para ello.

En un primer momento, fue la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) la que estableció una serie de indicios que podían ser sintomáticos de que se estaba llevando a cabo una actividad ilícita.¹² A continuación, a través de Ley 43/2006, de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo, el legislador plasmó dichos criterios jurisprudenciales, reformando el art. 43 LET. Desde dicha modificación, se considera que hay cesión ilegal de trabajadores si:

¹⁰ Olmos y González. “Subcontratación y descentralización productiva: efectos sobre las relaciones laborales y el papel regulador de la negociación colectiva”. Gaceta Sindical nº 25. Edita Confederación Sindical de Comisiones Obreras. Pág. 163. Los autores defienden que existe una auténtica subordinación en la relación comercial, ya que el poder económico de la empresa comitente le coloca en una desmesurada posición de superioridad frente a la contratista.

¹¹ La Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, a través de la Sentencia de 5 de marzo de 2015 llegó a declarar que << son 2 especies de un mismo género >>

¹² SSTS (Sala de lo Social) del 18 de marzo de 1994 y del 19 de junio de 2002, entre otras.

I. El objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limita a una simple cesión de los trabajadores de la empresa contratista a la empresa principal (que se sea una mera << *puesta en disposición* >>)

II. La empresa cedente:

- Carezca de una actividad o de una organización y estructura propia y estable.
- No cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad (no aporte medios patrimoniales propios como maquinaria, herramientas, etc.)¹³
- No ejerza su poder de dirección sobre su propia plantilla de trabajadores (no concurren las notas de dependencia y ajenidad)

Antes que nada, hay que expresar que estos criterios no son definitivos, sino que son indicios, señales que tienen un valor << *indicativo u orientador* >>¹⁴. La concurrencia de alguno de ellos puede denotar que a través de la contrata se esté encubriendo una auténtica cesión de trabajadores, en la que la empresa auxiliar simplemente se limita a suministrar mano de obra a la empresa principal, la cual ostenta el poder de dirección y obtiene el mayor porcentaje de beneficios, pero sin asumir las responsabilidades empresariales que le corresponden.

De esta forma, se produce la << *traslación de la figura del empleador* >> con el objeto de esquivar las responsabilidades empresariales que le incumbirían de ser el verdadero empleador. Como expresa Ramos Quintana, << *en las contratas ficticias o fraudulentas el contratista cumple la función de suministrar mano de obra a otros empresarios: se incurre con ello en la interposición en el contrato de un tercero, mediante la cual un empresario ficticio (el que aparece como contratista) se interpone entre los verdaderos y reales sujetos del contrato de trabajo ocupando formalmente la posición del que verdaderamente recibe la prestación del trabajador (la empresa contratante)* >>¹⁵

¹³ Hay que valorar que existen algunas actividades que por su naturaleza no necesitan un gran patrimonio para ser desarrolladas. Es el caso de las empresas de seguridad o limpieza.

¹⁴ STSJ de Cantabria del 8 de mayo de 2013

¹⁵ Ramos Quintana. "Ob. cit" en nota al pie nº6. Pág 5.

Por otro lado, el Tribunal Supremo (TS) ha advertido que la cesión ilegal se puede producir aún cuando la contrata se celebre entre empresas reales (esto es: con organización y estructura propias, medios para desarrollar su actividad y ejerciendo el poder de dirección sobre su plantilla de trabajadores)¹⁶. Por ello, el ejercicio de los poderes empresariales de dirección y organización adquiere una especial relevancia: se debe observar en el caso concreto si el empresario cedente actúa verdaderamente como un empleador real de los trabajadores, cumpliendo con las propiedades que el art. 1.2 LET le atribuye (este tiene que ser el que reciba la prestación, dirija su ejecución y se apropie de su utilidad patrimonial)¹⁷.

En resumen, a través de la contrata, la empresa principal puede delegar parte de su actividad esencial a un contratista a cambio de un precio. Sin embargo, si es el empresario comitente quien realmente dirige y organiza el proceso productivo, entonces la contrata queda limitada a una mera transmisión de mano de obra, habiendo entonces una cesión ilegal de trabajadores y no una contrata legal.

De este modo, se puede comprobar que es realmente complejo diferenciar ambas figuras, y la dificultad aumenta porque en la práctica las empresas usan la contrata como mecanismo para obtener mano de obra ilegal. La ardua labor de delimitación ha sido llevado a cabo fundamentalmente por los tribunales a través de la aplicación de los indicios del art. 43 LET, dando lugar a una copiosa jurisprudencia. No obstante, algunos autores opinan que una definición legal de contrata sería conveniente para ayudar en esta tarea de delimitación.

A modo de cierre, no está de más señalar las consecuencias que prevé la LET para aquellas empresas que incurran en una cesión ilegal de trabajadores:

- a. Habrá responsabilidad solidaria entre la empresa cedente y la cesionaria sobre las obligaciones contraídas con los trabajadores (por ejemplo, en materia de salarios) y con la Seguridad Social, (art. 43.3 LET). Asimismo, también se les podría exigir

¹⁶ STS (Sala de lo Social) del 17 de enero de 2002, entre otras

¹⁷ Desdentado Aroca, E. “*La responsabilidad del empresario en la descentralización productiva. Un análisis crítico del art. 42 LET*”. En ob.cit. en la nota al pie nº1, Pág. 195.

responsabilidades administrativas (el art. 8.2 de Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en adelante LISOS, la considera una infracción muy grave) e incluso penales (art. 311 Código Penal).

- b. Los empleados cedidos tendrán la posibilidad de escoger entre la empresa cedente o cesionaria para incorporarse a su plantilla como trabajadores fijos o por tiempo indefinido (art. 43.4 LET)

4. La noción de << *propia actividad* >>

Como ya se ha expresado, el art. 42 LET es el artículo que regula la contrata de obras y servicios. Este precepto permite la celebración de contratas referentes a la “*propia actividad*” del empresario principal (art. 42.1 LET) para que este descentralice parte de su proceso productivo.

En consecuencia, << *propia actividad* >> es un concepto jurídico indeterminado que ha provocado una gran litigiosidad y que por tanto ha sido desarrollado y clarificado por la jurisprudencia.

La doctrina más reciente del TS afianza la teoría del ciclo productivo, conforme a la cual se considera que el ámbito de la << *propia actividad* >> de la empresa principal queda acotado por las tareas << *inherentes e indispensables* >> a su fin y << *que se incorporan al propio ciclo productivo, al resultado final de la empresa, a lo que pone en el mercado* >>¹⁸

Así, las labores relativas a la << *propia actividad* >> del empresario principal son todas las << *operaciones esenciales, nucleares e indispensables para el correcto desenvolvimiento de la actividad de la empresa que las encarga, así como para la consecución de sus fines* >>¹⁹. Estas tareas son tan importantes que de no ser delegadas a un tercero, serían desarrolladas directamente por la propia plantilla de trabajadores de la empresa principal. Por lo tanto, el empleador podría conseguir el mismo resultado sin recurrir a un tercero contratista, lo que demuestra que la labor tiene una estrecha conexión con la actividad principal de la compañía (criterio de la << *sustitibilidad* >>)²⁰ Algunos supuestos que han sido incluidos dentro del concepto de propia actividad son los siguientes:

¹⁸ STS (Sala de lo Social) del 2 de octubre de 2006, entre otras.

¹⁹ STSJ de Asturias del 7 enero de 2011, entre otras

²⁰ Olmos y González, “Subcontratación y descentralización productiva: efectos sobre las relaciones laborales y el papel regulador de la negociación colectiva”. “Ob. cit” en la nota al pie nº 10. Pág.168.

- a. El servicio de comedor y cafetería en un colegio mayor universitario (STS de 24 de noviembre de 1998)
- b. La instalación de postes y tendido aéreo de cables en una empresa de telefonía móvil (STS del 26 de mayo de 2005).
- c. El servicio sanitario de urgencia contratado por una Consejería de Sanidad (STS de 24 de junio de 2008 y STSJ País Vasco del 29 del 10 de 2002)
- d. La actividad de comercialización de los productos en una empresa de telefonía móvil (STS 6 de julio de 2017)
- e. La contratación por parte de una empresa de fabricación de bebidas refrescantes de servicios de promoción con una empresa especializada (STSJ Murcia de 23 de julio de 1999)
- f. La promoción y comercialización de los teléfonos móviles en una una concesionaria servicio de telefonía móvil (STSJ del País Vasco del 9 de abril del 2002)
- g. La contratación de la actividad de lectura de contadores por una empresa dedicada a la distribución y producción de energía eléctrica (STSJ Asturias 25 de enero de 2002)
- h. El servicio de restauración y rehabilitación de zonas degradadas por las visitas en un Parque Nacional respecto de las atribuidas al Organismo Autónomo de Parques Nacionales (STSJ de Aragón del 12 de junio de 2003)
- i. El servicio de control, atención e información a clientes y usuarios de distintos aeropuertos contratados por AENA (STSJ de Baleares, del 16 de marzo de 2010)

Tanto para la jurisprudencia del TS como para un sector mayoritario de la doctrina, que el empresario auxiliar realice actividades propias del proceso productivo del empresario principal es lo que realmente justifica la responsabilidad del comitente.

La teoría del ciclo productivo implica que se excluyan del concepto de propia actividad (y por ende del campo de aplicación del art. 42 LET) todas aquellas contrataciones referidas a las obras y servicios desconectados de la actividad principal de la empresa comitente.

Por consiguiente, se exceptúan las tareas que no son consustanciales a la actividad productiva de la empresa principal, porque no pertenecen a su propio ciclo productivo y

por ende no se incorporan al resultado final del mismo. Se trata de las operaciones auxiliares, complementarias, accesorias o instrumentales, por muy necesarias que sean para la empresa que las encarga. Algunos supuestos son los siguientes:

- a. El servicio de vigilancia y seguridad contratado por una empresa de electricidad o ente público (STS del 18 de enero de 1995, con la que arranca la tesis del ciclo productivo)
- b. La vigilancia de edificios o centros de trabajo (STS de 29 de octubre de 1998)
- c. La promoción de viviendas respecto de la de construcción de viviendas (STS del 20 de julio de 2005)
- d. La distribución de la correspondencia y la producción de campañas de marketing de la tarjeta bancaria en una entidad financiera (STSJ de Asturias del 7 enero de 2011)
- e. La vigilancia y transporte de seguridad en una empresa dedicada a la fabricación de material explosivo y munición (STSJ de Andalucía del 10 de julio de 2002)
- f. El servicio de limpieza contratado por un ayuntamiento (STSJ de Andalucía de 4 de julio de 2002)
- g. El servicio de cafetería de un club deportivo socio-cultural de la Armada (STSJ de Murcia del 11 de diciembre de 2006)

Este es el tipo de contrata más utilizado por las grandes empresas: pactan con terceros para que se encarguen de los servicios auxiliares de seguridad, limpieza o informática y así poder concentrar sus esfuerzos su actividad primordial.

En resumen, el campo de aplicación del art. 42 LET se reduce a las contratas referidas a la propia actividad del empresario principal, por lo que se excluyen todas las contratas a través de las que se ejecuten servicios y obras que no estén relacionados con la actividad habitual del comitente. Esto implica que en estas últimas no se aplique el régimen de responsabilidades y obligaciones que prevé el art. 42 LET, lo que origina que el trabajador tenga una protección inferior. Asimismo, en ocasiones esta laguna es aprovechada por las compañías para eludir tales obligaciones, lo cual reduce aún más el perímetro garantista del precepto.

Por todo ello, la mayor parte de la doctrina considera que el legislador debería establecer un concepto legal de propia actividad, así como extender el ámbito de protección del art. 42 LET a las contratas no referidas a la propia actividad del empresario principal.

5. Régimen de responsabilidades y deberes de comitente y contratista

El art. 42 LET contiene el marco jurídico de responsabilidades y obligaciones que comprometen a las empresas que intervengan en la contrata, cuyo objetivo principal es combatir el fraude y evitar situaciones de insolvencia.

Los deberes que tiene el empresario principal con los trabajadores del empresario auxiliar se fundamentan << *tanto en la incorporación de este a una organización como la obtención del beneficios del primero, independientemente del nexo contractual que los una* >>²¹

Así, la estructura del art. 42 es compleja:

- El apartado 1º establece el deber de comprobación del empresario principal.
- El apartado 2º regula la responsabilidad solidaria de la empresa comitente y los supuestos de excepción.
- Los apartados 3º, 4º y 5º contienen los deberes de información.
- Los apartados 6º y 7º presentan varias cuestiones relacionadas con la representación y coordinación de los trabajadores

5.1. Deber de comprobación del empresario comitente

La empresa principal tiene la obligación de comprobar que la empresa auxiliar no tiene deudas pendientes con la Seguridad social (art. 42.1 LET). Para ello, el empresario comitente debe solicitar por escrito a la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante TGSS) la denominada << *certificación por descubierto* >>. El objeto de esta norma es que no se celebren contratas con empresas insolventes o que no han cumplido sus obligaciones laborales en materia de Seguridad Social.

Transcurridos 30 días desde la solicitud, si no se produce la emisión de la certificación, opera el silencio positivo y la empresas están habilitadas para llevar a cabo la contrata. Si esto ocurre, la empresa principal queda exonerada de todas las obligaciones que adeudara el contratista a la Seguridad Social antes de suscribirla.

²¹ Loffredo. “*Ob.cit*” en nota al pie nº1. Pág. 40

Si la certificación no se solicita (o se solicita y el comitente conoce la morosidad de la empresa auxiliar) la contrata se puede celebrar, pero el empresario principal se convierte es responsable subsidiario respecto de las cuotas que el contratista adeudara antes de la contrata.

Asimismo, el art. 16.5 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 (en adelante LGSS) también obliga al empresario comitente a comprobar, antes del inicio de la contrata, que los trabajadores que vayan a ser empleados por el contratista estén afiliados y dados de alta en la Seguridad Social.

5.2 Responsabilidad solidaria de comitente y contratista

En virtud del art. 42.2 LET, el empresario principal responderá solidariamente de las deudas contraídas por el contratista durante el período de vigencia de la contrata. Se trata de un tipo de responsabilidad solidaria, pero por deuda ajena, por lo que el comitente solo responde en caso de incumplimiento del contratista (como en una fianza)²²

Así, la responsabilidad abarca 3 ámbitos concretos: salarios, deudas con la Seguridad Social y prevención de riesgos laborales. El período de imputación de la misma coincide con la vigencia de la contrata y finalizará al extinguirse esta.

• 5.2.1 Salarios

Conforme al art. 42.2 II LET, se responderá de las obligaciones de << *naturaleza salarial* >> (art. 26.1 LET), lo que implica que no se incluyen las retribuciones extrasalariales mencionadas en el art. 26.2 LET (las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos).

²² Desdentado Aroca. “Ob. cit” en nota al pie nº17. Pág 209

Todo ello ha dado lugar a una gran litigiosidad, por lo que la jurisprudencia ha considerado que tienen naturaleza salarial los siguientes conceptos:

- a. Compensación dinerada de vacaciones no disfrutadas durante el período de disfrute de la contrata (entre otras, STS del 4 de marzo de 2011)
- b. Horas de presencia (STSJ País Vasco del 29 de octubre de 2002)
- c. Incentivos, pluses y partes proporcionales de pagas extras (STSJ Castilla la Mancha del 27 de enero de 1994)
- d. Plus de actividad (STSJ Andalucía del 25 de abril de 2008)
- e. Retribución correspondiente al período de preaviso en la extinción contractual (STS 10 de febrero de 2010 y STSJ de Canarias de 14 de enero de 2014)

Por el contrario, los tribunales han considerado que tienen naturaleza extrasalarial:

- a. Los salarios de tramitación, debido a su naturaleza indemnizatoria (STS 20 de febrero de 2006, entre otras)
- b. Indemnizaciones por fin de contrato o por fin de obra (STS del 19 de enero de 1998)
- c. Dietas y plus de transporte (STSJ de Canarias del 10 de mayo de 2013)
- d. Indemnizaciones por traslados, suspensiones o despidos STSJ Castilla-La Mancha del 23 de marzo de 2009)
- e. La ayuda para los estudios (STSJ Castilla y León del 10 de diciembre de 1996)

Esta responsabilidad solidaria en materia de salarios puede ser exigida por el trabajador hasta 1 año después de la finalización de la contrata, ex art. 42.2 LET.

5.2.2 Deudas con la Seguridad Social

El empresario principal también responderá solidariamente de las << obligaciones referidas a la Seguridad Social >> contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata (art. 42.2 LET). Esta expresión parece que tiene un alcance total y que por tanto la responsabilidad abarca a todas las obligaciones relacionadas con la Seguridad Social. Así, el ratio de esta responsabilidad ha tenido que ser delimitado por la jurisprudencia, por lo que hay que hacer una serie de precisiones:

- a. Dentro del cuotas o cotizaciones se incluyen varias cantidades²³

²³ STS (Sala de lo Contencioso-Adm) del 30 de julio de 1996

- Las cuotas correspondientes a contingencias comunes
- Las primas de accidente de trabajo
- Las cuotas de recaudación conjunta (en concepto de cotización por desempleo, formación profesional y FOGASA)
- Las aportaciones por ayudas equivalentes a jubilaciones anticipadas y las aportaciones a los servicios comunes y sociales de la SS.
- Los recargos sobre las mismas pendiesen, además de los intereses y costas del procedimiento de apremio

b. La responsabilidad solidaria también se extiende en los supuestos de responsabilidad por Incapacidad Temporal (IT), declarada con posterioridad a la finalización de la contrata, pero derivada de accidente o enfermedad sobrevenido durante su vigencia (STS del 17 de mayo de 1996)

c. Se excluyen las mejoras voluntarias en materia de Seguridad Social: << *el empresario principal no tiene la obligación de responder del incumplimiento de las obligaciones que contrajo el empresario auxiliar en materia de mejoras voluntarias de prestaciones* >> (STSJ de Aragón haciendo referencia a la doctrina consolidada en las SSTs del 20 de mayo de 1994 y del 19 de septiembre de 1999)

d. Existirá responsabilidad subsidiaria del empresario principal sobre aquellas prestaciones cuyo pago corresponda al contratista o subcontratista (art. 168.1 LGSS). Esto implica que solo puede imputarse al comitente cuando el empresario auxiliar es declarado insolvente. Esto se extiende a las contratas no referidas a la propia actividad. Esta responsabilidad solidaria referida a las obligaciones con la Seguridad Social puede ser exigida por el trabajador hasta 3 años después de la finalización de la contrata, ex art. 42.2 LET.

• 5.2.3 Prevención de Riesgos Laborales

El ordenamiento jurídico contiene una serie de normas que se deben respetar siempre y cuando los trabajadores tanto de la empresa principal como de la contratista desarrollen su actividad en el mismo centro de trabajo (art. 24.1 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, en adelante LPRL). Estos deberes también deben

ser cumplidos por los trabajadores autónomos que lleven a cabo sus tareas en el mismo centro de trabajo (art. 24.5 LPRL)

Se trata básicamente de obligaciones informativas y de coordinación, así como relativas a la realización de medidas preventivas y de protección. Así:

- a. El empresario titular del centro de trabajo deberá informar a las empresas contratistas acerca de los riesgos existentes en el mismo, así como de las medidas correspondientes (art. 24.2 LPRL)
- b. La empresa principal deberá comprobar que las empresas contratistas o subcontratistas respeten la normativa de prevención de riesgos laborales, si realizan obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas (art. 24.3 LPRRL). La responsabilidad es solidaria e incluso abarca a la indemnización por daños y perjuicios en caso de accidente derivado de la omisión de tales medidas. ²⁴
- c. El art. 41 LPRL regula una serie de normas relativas al uso por parte de los trabajadores de las empresas auxiliares de << *maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo* >> suministrados por la empresa principal.

En cuanto al recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad (art. 164 LGSS), hay responsabilidad solidaria de la empresa principal y la contratista si concurren 3 requisitos:

- a. Las obras o servicios acordados deben pertenecer a la propia actividad del empresario comitente (art. 42.3 LISOS en relación con el art. 24.3 LPRL). En consecuencia, este no es responsable si el trabajador de la empresa contratista realiza un servicio o tarea no relativo a su propia actividad.
- b. La infracción en materia de seguridad e higiene se ha de producir en el centro de trabajo de la empresa principal. Ello implica que si el accidente se produce fuera, no es posible imputar al comitente solidariamente con el contratista (se consolida el criterio locativo)
- c. La infracción se ha de cometer durante la vigencia de la contrata

²⁴ Ramos Quintana. "Ob. cit." en nota al pie nº6. Pág 10. La autora hace referencia a la STS de 22 de noviembre de 2002.

En suma, << el fundamento de la responsabilidad solidaria está en que la inobservancia del deber de vigilancia de la empresa principal haya contribuido a la producción del daño >>²⁵

Asimismo, la falta de información y formación por parte del comitente le convierte en responsable subsidiario aunque la causa del accidente solo haya sido imputado a la contratista (STS de 26 de mayo de 2005)²⁶

A modo de cierre, hay que señalar que << no habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial >> , en virtud del art. 42. III LET

5.3. Deberes de información

Los apartados 3, 4 y 5 del artículo 42 LET regulan los deberes de información que deben de cumplir con sus trabajadores tanto el empresario principal como el contratista. La doctrina manifiesta que este deber de información es doble, ya que se debe efectuar tanto con los representantes legales de los trabajadores como con los propios empleados. El objeto es que se pueda realizar un control más efectivo en los supuestos de contrataciones o subcontratas²⁷, se intenta asegurar que los trabajadores conozcan de su existencia y la identidad de la empresa con la cual se está celebrando.

Así, los deberes de información tienen distintos destinatarios y diferente alcance:

- a. La empresa contratista tiene el deber de informar a sus trabajadores (por escrito y antes del inicio de la contrata) << de la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento >> (art. 42.3 LET). Asimismo, la información deberá tener un contenido mínimo y debe incluir el nombre o razón

²⁵ Muñoz Molina. “El recargo de prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”. [ca. 2016]. Revista del Ministerio de Empleo y Asuntos Sociales nº 59, pág. 161

²⁶ Ramos Quintana. “Ob. cit.” en nota al pie nº6. Pág. 10,

²⁷ Ramos Quintana, “Ob. cit.” en nota al pie nº 4, Pág 31.

social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal. Por último, el contratista o subcontratista deberán informar de la identidad de la empresa principal a la TGSS (art. 42.3 LET)

b. La empresa principal también debe comunicar a los representantes legales de los trabajadores lo siguiente (art. 42.4 LET)

a) Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista.

b) Objeto y duración de la contrata.

c) Lugar de ejecución de la contrata.

d) En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata

en el centro de trabajo de la empresa principal.

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

Asimismo, cuando la empresa principal y la empresa contratista desarrollen su actividad en un mismo centro de trabajo, << la primera deberá disponer de un libro registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas >> al que los representantes legales deben tener acceso.

c. Según el art. 42.5 LET el empresario contratista igualmente está obligado a informar a los representantes legales de sus trabajadores, antes del inicio de la contrata, acerca de prácticamente los mismos supuestos (art. 42.5 LET)

-La identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento

-Objeto y duración de la contrata.

-Lugar de ejecución de la contrata.

-En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata

en el centro de trabajo de la empresa principal.

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

Si las empresas contratistas o subcontratistas no cuentan con representación legal, sus empleados están legitimados para consultar a los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal cualquier cuestión relativa al desarrollo de la actividad laboral, si comparten centro de trabajo (art. 42. 6 LET). Sin embargo, no pueden dirigirse a estos cuando deseen realizar alguna reclamación a la empresa de la que dependan.

5.4. Facultad de coordinación entre trabajadores

En virtud del art. 42.7 LET, los representantes legales de los trabajadores tanto de la empresa principal como de las empresas contratistas y subcontratistas podrán reunirse con el objeto de coordinarse entre ellos en relación con las << condiciones de ejecución de la actividad laboral >> ²⁸. Esto implica que pueden hacer uso de los locales de la empresa principal, el cual es el espacio designado para que ejerzan su derecho de reunión conforme a lo establecido en el art. 81 LET.

El hecho de que la obra o servicio subcontratado se lleva a cabo en el centro de trabajo de la empresa principal conlleva una serie de aspectos negativos.

Por un lado, se incrementa la capacidad de control de la empresa principal sobre la empresa auxiliar, mermando la autonomía de la segunda.

Por otro lado, la convivencia de trabajadores de 2 o más empresas en un mismo centro de trabajo genera dificultades, sin contar con que suelen tener condiciones laborales muy dispares.

5.5. La responsabilidad en las contrata no referidas a la propia actividad y la responsabilidad en las cadenas de subcontratación.

5.5.1. Las contrata no referidas a la propia actividad del empresario principal.

²⁸ Ramos Quintana. “Ob. cit.” en nota al pie nº 6. Pág. 12

Como ya se adelantó en el epígrafe nº4, a las contrataciones de obras y servicios no referidas a la propia actividad del empresario principal no es de aplicación el régimen de responsabilidades y obligaciones que se acaba de describir y que establece el art. 42 LET.

La falta de regulación laboral implica que las relaciones de este sector sean reguladas por el Derecho Civil, con lo que las empresas eluden el régimen de responsabilidades previsto en el art. 42 LET y los trabajadores están menos protegidos frente a incumplimientos y abusos empresariales.

De esta manera:

- a. En materia de salarios, el art. 1597 CC establece que los trabajadores de la empresa contratista solamente podrán dirigirse contra el empresario principal (*<< dueño de la obra >>*) para cobrar las cantidades que este deba al contratista en el momento de hacer la reclamación. Esto implica que el comitente debe ser deudor del contratista y que hay responsabilidad solidaria pero con un límite: solo se podrán reclamar las cantidades debidas²⁹.
- b. En lo referente a la Seguridad Social, el art. 168.1 LGSS establece solo responsabilidad subsidiaria del empresario principal, lo que implica que el contratista debe ser declarado insolvente previamente. Además, no se incluyen todos los tipos de obligaciones con la Seguridad Social como prevé el art. 42.2 LET, sino que esta responsabilidad solo engloba las prestaciones públicas y las cotizaciones referidas a la misma. Como señalan algunos autores, esto es consecuencia de una interpretación jurisprudencial restrictiva.
- c. En el campo a Prevención de Riesgos Laborales, el art. 24.3 LPRRL no es de aplicación porque se exige que la contrata sea referida a la propia actividad del empresario principal.

5.5.2. La responsabilidad en las cadenas de subcontratación

²⁹ STS (Sala de lo Civil) del 19 de diciembre de 2006

Cuando se celebra una contrata de obras y servicios, el contratista puede delegar parte de la actividad concertada a un tercero (subcontratista), y este a su vez puede repetir la operación, formando auténticas cadenas de subcontratación. En su momento, en el seno del Tribunal Supremo se discutió si conforme al art. 42.2 LET la responsabilidad solidaria del empresario principal se extiende a lo largo de toda la cadena o no.

El debate concluyó con la STS de 9 de julio de 2002 de unificación de la doctrina, a partir de la cual se considera que en una cadena de subcontratación, el empresario principal también responde solidariamente de las deudas salariales y de Seguridad Social que tengan todas y cada una de las empresas subcontratistas que hayan intervenido en una obra o servicio determinado.

El tribunal estimó que lo que quiere evitar el precepto es que el empresario principal, que es quien verdaderamente controla la ejecución de la obra o servicio y quien obtiene un mayor porcentaje de beneficios por la actividad que realizan otros, queden exentos ante las deudas que tengan estos son sus trabajadores.

En consecuencia, el TS optó por la denominada << *doctrina del lucro* >>, en virtud de la cual << *quien está en condiciones de obtener un beneficio debe de estar también dispuesto a responder de los perjuicios que puedan derivar del mismo* >>

De lo contrario, el empresario principal tendría demasiadas facilidades para eludir las responsabilidades que le corresponden, ya que bastaría que el contratista celebre una subcontrata para exonerarle de cualquier obligación.

6. El ejercicio del derecho de huelga en las contrataciones

El objetivo principal de las prácticas de descentralización, y en particular de la contratación de obras y servicios, es reducir costes y conseguir un aumento de la competitividad. No obstante, la realidad demuestra que en ocasiones estos mecanismos se ejecutan con la intención de restringir derechos y deteriorar condiciones laborales. Así, uno de los alicientes que tienen las empresas a la hora de celebrar una contratación es la posibilidad de romper el ejercicio normal del derecho de huelga.

La cuestión controvertida está en determinar si el empresario principal, al sustituir a los trabajadores de la empresa contratista que ejercen su derecho a huelga (art. 28.2 CE) por empleados de otra empresa, vulnera tal derecho fundamental. Es decir, hay que establecer si el comitente puede contratar los servicios de una nueva empresa para desarrollar los trabajos que debían ser ejecutados por los huelguistas, empleados de la empresa auxiliar.

Así, conforme al art. 6.5 Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (en adelante RDL 17/1977), << *En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo.* >>

Esta redacción prohíbe el denominado << *esquirolaje externo* >>: el empresario no puede contratar a trabajadores no vinculados con la empresa para que estos realicen el trabajo abandonado por los huelguistas.

Sin embargo, la redacción del precepto << *a priori* >> no impide que las compañías sustituyan a los huelguistas con sus propios empleados. Por ello, la jurisprudencia creó la categoría de << *esquirolaje interno* >>, el cual es entendido como la sustitución de los huelguistas por trabajadores de la propia compañía, y que es una conducta que también lesiona el derecho de huelga. (STC de 28 de septiembre de 1992, 28 de marzo de 2011 y STS 5 de diciembre de 2002, entre otras)

Como se puede observar el papel de la jurisprudencia ha sido primordial. La doctrina sobre esta materia comenzó con el << caso Prisa >> (11 de febrero de 2015)³⁰ y se consolidó con el << caso Coca-Cola >> (STS de 20 de abril de 2015)³¹. Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) relativa al ejercicio del derecho de huelga en supuestos de descentralización productiva se encuentra fundamentalmente en las STC 1992 de 28 de septiembre de 1992 y de 19 de octubre 2010. Las conclusiones alcanzadas fueron las siguientes³²

a. Es posible que determinadas huelgas afecten a terceras personas.

De este modo, el ejercicio del derecho de huelga en supuestos de subcontratación podrá afectar a la actividad de la empresa principal. La comitente es la que recibe los frutos de los trabajadores de la contratista y obtiene el mayor porcentaje de beneficios, por lo que los empleados de la empresa auxiliar deben tener algún medio legítimo para presionarla.

b. Las acciones que dañen del derecho de huelga también pueden ser realizadas por quien no es empresario del trabajador (quien no es titular del contrato de trabajo), si este tiene una << especial vinculación >> con el que sí lo es, si << interviene o interactúa con él en conexión directa con la relación laboral >>.

Así, tanto el empresario principal como el contratista pueden llevar a cabo acciones que lesionen el derecho fundamental de huelga. El empresario comitente recibe los frutos de los trabajadores de la empresa auxiliar, por lo que es el principal interesado en perturbar el ejercicio normal del derecho. Como bien establece el TC, << de poco servirían las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga si se admitiera que éstas alcancen únicamente al contratista, empresario directo en la relación laboral, y no al empresario principal, que es sobre quien habrán de recaer en última instancia los

³⁰ Corrigió la postura del TSJ de Cataluña plasmada en su sentencia del 5 de diciembre de 2014 (caso Godó) en virtud de la cual tales conductas empresariales no lesionaban el derecho de huelga, sino que constituían un << lícito ejercicio de la facultad de contratación mercantil en un escenario de descentralización productiva >>

³² Ramos Quintana. “Ob. cit.” en nota al pie nº6. Pág 14

efectos económicos lesivos de la huelga y quien, por tanto, podrá estar igual o más interesado que el contratista en combatirla. >> (STC 10 de octubre de 2010)

Ergo, respondiendo a la cuestión formulada al principio de este epígrafe, el empresario principal no puede sustituir a los huelguistas de la empresa contratista por empleados de otra empresa, ya que de hacerlo incurriría en una práctica de esquirolaje, vaciando totalmente de contenido el derecho de huelga, ya que anulada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo. A este respecto, la jurisprudencia ha señalado que *<< El desvío de la producción de una empresa para evitar los efectos de la huelga de los trabajadores de su contrata, a otras con las que contrata o subcontrata sus servicios sustituyendo los que no prestan los huelguistas, implica una violación del derecho de huelga >>*

6.1. El criterio de la << especial vinculación >>. El caso Altrad.

En relación con el criterio de la << especial vinculación >>, hay que destacar STS de 11 de noviembre de 2016 (caso Altrad). En este supuesto, la Sala de lo Social del TS corrigió el criterio de la Audiencia Nacional, y entendió que Dow y Basell (las empresas principales) no habían vulnerado el derecho de huelga de los trabajadores de Altrad (contratista) porque no existía esa << especial vinculación >> que la obligase a respetar la huelga y, por tanto, a no contratar con terceras empresas las obras que deberían haber realizado los trabajadores de Altrad. Las empresas principales eran simplemente clientes, y ni siquiera fueron demandadas por los actores.

Asimismo, la resolución establece que *<< La apreciación que hace la sentencia recurrida sobre la supuesta vinculación de Altrad con sus empresas clientes es tan amplia que conduciría a consecuencias totalmente exorbitantes respecto de una adecuada protección del derecho de huelga, pues si se impidiese a los destinatarios de los trabajos, que no lo tengan prohibido por contrato, contratar con otras, llegaríamos a sostener, como señala en su informe el Fiscal de la Audiencia Nacional, que los consumidores habituales de un comercio no pudieran comprar en otro, en caso de*

huelga en el primero, o que, la empresa que tenga que realizar determinados trabajos no pudiera recurrir a otra empresa de servicios >>

Algunos sostienen que con esta sentencia el TS ha modificado la doctrina del esquirolaje en los supuestos de descentralización, doctrina consolidada en los casos PRISA y Coca-Cola. Sin embargo, desde mi punto de vista esta afirmación es quizás un tanto exagerada, aunque es cierto que la argumentación jurídica de la resolución tiene algunos aspectos sorprendentes y sienta un precedente preocupante.

Los magistrados de la Sala de lo Civil del TS estiman que las empresas principales no vulneraron el derecho de huelga ejercido por los trabajadores de Altrad porque no existía una << *especial vinculación* >> entre ellas. Sostienen que los comitentes son meros clientes de la empresa auxiliar, y que no siquiera forman parte del mismo grupo de empresa, al contrario que en los casos de PRISA y Coca-Cola.

Lo cierto es que este argumento es un tanto dudoso, ya que los magistrados ponentes consideran que debería haber un nexo mayor que el contrato mercantil que vincula a la empresa principal con la contratista, cuando esto es algo que en ningún momento ha sido exigido por parte de la jurisprudencia del TS o del TC (a la cual no se le hizo referencia alguna en toda la sentencia).

En efecto, lo que explica que los trabajadores puedan ver vulnerado su derecho de huelga por acciones del empresario comitente es que estos se ven sometidos a sus decisiones, aun cuando este no es su empleador, no es el titular del contrato de trabajo. Asimismo, la empresa principal es la que recibe el producto del trabajo realizado por el empleado de la empresa auxiliar, es la que se más beneficia de ello.

Por tanto, estos elementos son los que demuestran la vinculación existente entre el empresario comitente y el auxiliar (y sus trabajadores), y esta vinculación se formaliza a través de un contrato mercantil. De este modo, basta que acontezca un contrato mercantil entre la empresa principal y la auxiliar para que exista esa especial vinculación, al igual que también es suficiente un contrato mercantil para que opere el conjunto de garantías reguladas en el art. 42 LET y en los demás preceptos de la LGSS y de la LPRL.

Entre las empresas principales y Altrad existía una relación mercantil: ambas tenían formalizado un contrato de servicios para andamiaje, aislamiento y pintura con una vigencia de 3 años. Por tanto, en consonancia con la jurisprudencia del TC existía una especial vinculación entre ellas y de ahí que las empresas comitentes puedan vulnerar el derecho de huelga de los trabajadores de las empresas auxiliares. Por ello, la sustitución de los trabajadores huelguistas de Altrad por los empleados de terceras empresas constituye una acción de esquirolaje externo vulneradora del derecho de huelga.

Como bien expresa el TC, los trabajadores de las empresas contratistas están vinculados directamente a la actividad productiva de las empresas principales, ya que estas son las que reciben los frutos del trabajo, << *son las destinatarias últimas de su actividad laboral* >> . En consecuencia, la efectividad de sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho de huelga, puede verse afectado por la actuación de los empresarios comitentes, por lo que habrán de ser protegidos frente a estas posibles actuaciones vulneradoras del derecho de huelga, ya que de lo contrario se produciría una situación de desamparo de los trabajadores (STC de 19 de octubre de 2010).

• Conclusiones

La contrata de obras y servicios es un mecanismo de descentralización productiva que, debido a la obsesión de aumentar la competitividad vía reducción de costes laborales, produce efectos perversos: provoca la degradación de condiciones de trabajo e, incluso, el menoscabo de la dignidad de los trabajadores.

Asimismo, se trata de una práctica que puede encubrir una actividad fraudulenta como es la cesión ilegal de trabajadores. La frontera entre ambas figuras es difusa, y la labor de delimitación se ve dificultada por la inexistencia de una definición legal de una y otra.

Por otro lado, el legislador ha decidido regular únicamente la contrata de obras y servicios referidos a la propia actividad del empresario principal. Este es un concepto jurídico indeterminado que ha provocado inseguridad jurídica y, consecuentemente, una abundante litigiosidad. Por ello, es una noción que ha tenido que ser delimitada por los tribunales. Además, esto implica que el marco jurídico protector que establece la LET no es de aplicación a las contratas a través de las cuales se realizan tareas auxiliares o secundarias del empresario comitente. En consecuencia, este vacío legal es aprovechado por las compañías para exonerarse de sus responsabilidades, y provoca que los trabajadores que presten sus servicios en las mismas tengan una protección menor.

En adición, un incentivo que tienen las empresas para celebrar una contrata de obras o servicios es la posibilidad de desviar la producción a terceros en caso de que los trabajadores de la contratista se declaren en huelga. De esta forma, se sustituye a los trabajadores de la empresa auxiliar por trabajadores de otras sociedades para que estos desarrollen el trabajo abandonado por los primeros. La jurisprudencia ha intervenido y ha definido esta operación como forma de esquirolaje externo, por lo que el empresario que la realice vulnera el derecho de huelga (art. 28 CE) de los trabajadores huelguistas. Sin embargo, sería apropiado que el TS se pronuncie específicamente por lo que entiende por << especial vinculación >> en pos de la seguridad jurídica y para evitar que se produzcan pronunciamientos como el de Altrad.

En este escenario, el marco jurídico que regula la subcontratación de obras y servicios es el art. 42 LET. Se trata de una regulación deficiente e insuficiente, que ha sido criticada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Esta normativa no contempla todas las relaciones jurídicas que pueden crear las empresas a través de la descentralización productiva, y tiene un campo de aplicación reducido que no protege al trabajador frente a todas las conductas lesivas que puede sufrir por estas operaciones.

En consecuencia, son numerosos los autores los que han demandado una inmediata modificación del art. 42 LET.

Desde mi humilde punto de vista, las reformas que deberían llevarse a cabo (y que generalmente están en consonancia con las propuestas por parte de la doctrina) son las siguientes:

I) Establecer un concepto legal de contrata, así como una definición más concreta de la cesión ilegal de trabajadores.

Ello ayudaría a diferenciar ambas figuras, y crearía una línea más clara que permitiría separar una conducta lícita de otra que no lo es.

II) Constituir una definición legal de << *propia actividad* >> (o eliminarla), en consonancia con lo establecido por la jurisprudencia, y extender la aplicación del régimen de responsabilidades y deberes empresariales del art. 42 LET a las contratas no referidas a la propia actividad del empresario principal.

Son diversos los autores que demandan ambas modificaciones. Sin embargo, nadie ha sugerido que la solución a los problemas que generan ambas podría pasar por eliminar la noción de << *propia actividad* >>. Así, el art. 42 LET dispondría que << *Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la actividad de aquellos (...) >>. La eliminación del término << *propia* >> implicaría que ya no se tendría que diferenciar entre lo que es propia actividad de lo que no lo es, y el marco jurídico garantista del art. 42 LET ampararía a todos los trabajadores.*

El fundamento del régimen de responsabilidades del art. 42 LET es que la empresa contratista se inserta en una organización empresarial mayor, y se subordina al poder del

empresario comitente. Este requisito también se da en las contrataciones no referidas a la propia actividad, por lo que no pueden quedar excluidas. Lo decisivo no debería ser que la empresa contratista realice trabajos propios o no de la empresa comitente, sino que se somete al poder de la misma³³. Por ello, se debería eliminar el concepto de << *propia actividad* >> y ampliar el ámbito de aplicación del art. 42 LET a todas las contrataciones.

III) Ampliar el régimen de responsabilidades y obligaciones empresariales del art. 42 LET.

Se deberían aumentar los supuestos en los que el empresario principal debe responder por incumplimientos o acciones de la empresa contratista, no solo limitarse al campo de salarios, deudas con la seguridad social y prevención de riesgos (por ejemplo, la comitente podría responder en caso de que la auxiliar lesione derechos fundamentales, contrate fraudulentamente, asuma también los pagos de las indemnizaciones, etc.)

IV) Equiparar las condiciones laborales de la empresa principal con las de la empresa auxiliar

Así, a pesar de que la finalidad primordial de la celebración de una contratación es reducir costes laborales, se evitaría la desigualdad de las condiciones de trabajo entre los trabajadores de ambas compañías (sobre todo en un mismo centro) y se cumpliría con el principio de igualdad de retribución por el mismo trabajo. Además, esto es algo que ya está previsto para las ETT.

V) Fijar límites al número de empresas que pueden intervenir en la cadena de subcontratación.

Las peores condiciones laborales son sufridas por los trabajadores que se encuentran en el último eslabón de la cadena. Esta solución ya está prevista en la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, debido a los grandes porcentajes de siniestrabilidad en el sector. Así, el tercer subcontratista de la cadena no puede subcontratar nuevos trabajadores que le han sido encargados por el segundo subcontratista.

³³ Desdentado Aroca, “*Ob. cit.*” en nota al pie nº 17. Página 212

VI) Reforzar el poder de los sindicatos en los supuestos de descentralización productiva, ya que precisamente uno de los alicientes de las empresas a la hora de realizar dichas prácticas de debilitarlo.

En suma, a través de la contrata de obras y servicios se producen toda una serie de efectos perversos para las relaciones laborales. Los trabajadores que prestan servicios en ellas son los que tienen un empleo más precario: reciben bajos salarios, soportan situaciones riesgo para su salud y seguridad, en caso de incumplimiento se suelen encontrar desamparados, etc.

Asimismo, a pesar de ser trabajadores que necesitan de una protección mayor, sorprendentemente cuentan con un marco jurídico anticuado e insuficiente, que no les resguarda frente a todas las operaciones que las empresas pueden llevar a cabo a través de la subcontratación.

Por ello, es necesario actualizar y reformar el artículo 42 LET para evitar que se produzcan abusos y asegurar una serie de garantías para los trabajadores.

La modificación del precepto beneficiaría a la mayor parte de la población (los trabajadores) pero sería rechazada por quien les perjudica (las empresas, sobre todo las multinacionales). De este modo, quizás estemos ante un problema más político que jurídico, ya que la adopción de las reformas que aquí se demandan depende de los intereses de quienes se quiera defender.

De este modo, a través de este estudio se reclama la constitución de una regulación que asegure que la celebración de contratos de obras y servicios no va a deteriorar los derechos y condiciones laborales de los trabajadores que intervengan en ella, como tantas veces ha advertido el Tribunal Constitucional.

Se debe recuperar el principio de protector del Derecho del Trabajo, el cual siempre ha sido su inspiración, y otorgarle al trabajador mecanismos para compensar su posición de desigualdad frente al empresario. Hay que equilibrar una relación que ya de por sí es desequilibrada y buscar la armonía entre flexibilidad y protección de los trabajadores

Hay que comprometerse a parar la huida del Derecho del Trabajo, la cual ha sido suplida de mejor o peor forma por parte de la jurisprudencia, para regular el fenómeno

de la contratación de obras y servicios de una forma más amplia, fortalecer el papel de la negociación colectiva y asegurar una serie de garantías para los trabajadores.

Ya es hora de compaginar el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE), el cual últimamente parece que prevalece sobre todos los demás, con el derecho al trabajo (art. 35 CE) y proteger a la que siempre ha sido y siempre será la parte más débil de la relación laboral: el trabajador.

• Bibliografía

- Palomeque López y Álvarez de la Rosa. *“Derecho del Trabajo”*. 2016. Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Gaeta y Gallardo Montoña (directores). *“Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo”*. 2010. Editorial Bomarzo.
- Ramos Quintana. *“Subcontratación de obras o servicios y transmisión empresarial”*. 2007. Editorial Bomarzo.
- Ramos Quintana. *“La condición del empresario en los procesos de descentralización productiva”*. Trabajo y Derecho nº 25/2016 (enero). Editorial Wolters Kluwer
- Monereo Pérez y Sánchez Montoya (directores). *“El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica”*. 2010. Editorial Comares.
- Pedrosa González. *“Incidencia sobre la relación laboral del trabajo en contratas”*. 2008. Editorial Bomarzo.
- Molina Vega y Luque Parra (coordinadores). *“Estudio sobre las implicaciones laborales de la externalización de actividades productivas: regulación y experiencia comparada”*. 2009. Editorial Grupo 85 Ediciones.
- Pérez de los Cobos Orihuela (director). *“100 preguntas laborales sobre descentralización productiva”*. 2011. Editorial La ley
- “Empresarios: contrata y subcontratas de obras y servicios”*. 2017. Recuperado de: Aranzadi Experto.
- Falguera. *“Una visión crítica de la subcontratación y el tiempo de trabajo en el III AENC”*. Gaceta Sindical nº 25. Edita Confederación Sindical de Comisiones Obreras.
- Olmos y González, *“Subcontratación y descentralización productiva: efectos sobre las relaciones laborales y el papel regulador de la negociación colectiva”*. Gaceta Sindical nº 25, edita Confederación Sindical de Comisiones Obreras.
- Cruz Villalón. *“Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”*. Revista de Trabajo y Seguridad Social nº 13.1994.



-Muñoz Molina. “*El recargo de prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*”. Revista del Ministerio de Empleo y Asuntos Sociales nº 59.

-Preciado Domènech. “Huelga y contratas: el caso Altrad Rodisola”. 2017. Recuperado de: <http://ignasibeltran.com/wp-content/uploads/2017/03/ARTIi%CC%80CULO-HUELGA-Y-SUBCONTRATA-CASO-ALTRAD-RODISOLA.pdf>

-Beltran de Heredia Ruiz, “Huelga, contratas y esquirolaje externo: caso Altrad”. 2017. Recuperado de: <http://ignasibeltran.com/2017/03/15/huelga-contratas-y-esquirolaje-externo-caso-altrad/>

-www.aranzadi.com

-www.boe.es