

GARANTÍAS Y RESPONSABILIDADES EN MATERIA SALARIAL

CARMEN SÁEZ LARA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Palabras clave: Administración pública, descentralización, responsabilidad salarial, extensión

La contratación por las administraciones públicas con sujetos privados no es solo una fórmula organizativa que permite a éstas prestar servicios de una forma más ágil, eficiente y eficaz, sino que tiene un componente económico y político muy complejo. El punto de partida de este trabajo ha sido el estudio, en términos más generales, de la extensión de la garantía salarial de los trabajadores insertos en fenómenos de descentralización productiva empresarial, su significado y posibilidades de mejora y reforma. En estos casos, lo relevante ha sido siempre determinar cuando estamos ante una situación de subcontratación de la propia actividad, teniendo en cuenta los complejos matices y la amplitud de lo que constituye "propia actividad" para una administración encargada de la prestación de un determinado servicio público. Los casos recientes aclaran una importante cuestión: la aplicación del sistema de responsabilidad salarial previsto por el art. 42 ET no se ve obstaculizado por la encomienda de la Administración a una empresa pública de la gestión de un servicio de su competencia. Del mismo modo destaca también la extensión de esta garantía en los casos de un empresario plural, extendida por la jurisprudencia a los supuestos lícitos de colaboración en el marco del sector público, en los que la negación de un fenómeno de cesión ilegal no impide afirmar la existencia de una posición plural (ex art. 1.2 ET).

ABSTRACT

Key words: Public administration, decentralization, wage responsibility, extension

Procurement by public administrations with private subjects is not only an organizational formula that allows these services in a more agile, efficient and effective way, but it has a very complex economic and political component. The starting point of this work has been the study, in more general terms, of the extension of the wage guarantee of workers inserts in phenomena of business productive decentralization, its meaning and potential for improvement and reform. In these cases, the relevant has been always determine when we are faced with a situation of subcontracting of the activity, taking into account the complex nuances and the breadth of what constitutes "own activity" for an administration responsible for the provision of a public service. The recent cases cleared up an important issue: the application of wage responsibility system provided by article 42 ET is not hampered by the entrustment of Administration to a public company from the management of a service of your competition. In the same way also highlights the extent of this warranty in cases of a plural businessman, extended by case law to legitimate cases of collaboration within the framework of the public sector, in which the denial of a phenomenon of illegal transfer does not affirm the existence of a plural position (ex art. 1.2 ET).

ÍNDICE

1. EXTERNALIZACIÓN PRODUCTIVA Y CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
2. GARANTÍA SALARIAL DE LOS TRABAJADORES ANTE LA EXTERNALIZACIÓN PRODUCTIVA EMPRESARIAL
 - 2.1. Garantía salarial en la subcontratación de obras y servicios
 - 2.2. Garantía salarial en los casos de cesión de trabajadores ex art. 43ET
3. GARANTÍA SALARIAL EN LOS SUPUESTOS DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
 - 3.1. Subcontratación por la Administración Pública
 - 3.2. Subcontratación de la “propia actividad” de la Administración Pública
 - 3.3. Especial referencia a los supuestos de contratación en cadena, en el ámbito público
 - 3.4. Alcance sustantivo y temporal de la garantía salarial de los trabajadores en casos de contratación y subcontratación
4. GARANTÍA SALARIAL EN LOS CASOS DE CESIÓN DE TRABAJADORES EN EL SECTOR PÚBLICO
 - 4.1. Garantía salarial en los supuestos de cesión ilegal de trabajadores
 - 4.2. Garantía salarial en los supuestos de cesión de trabajadores y colaboración en el sector público

1. EXTERNALIZACIÓN PRODUCTIVA Y CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Las administraciones públicas no han sido ajenas a la dinámica de extensión del fenómeno de la descentralización productiva acontecido en el ámbito de la economía privada. Como es bien sabido, en las últimas décadas se ha producido una generalización de la denominada “externalización” en las administraciones públicas, fundamentalmente en la Administración Local, que excede del tradicional ámbito de la contratación administrativa y de las correspondientes potestades autoorganizatorias de la Administración. Hablamos de externalización cuando la Administración encarga a un sujeto privado la prestación de servicios o la realización de actividades que forman parte de la actividad administrativa, de lo que se ha denominado giro o tráfico administrativo. En el ejercicio de sus potestades de autoorganización, la Administración pueda decidir realizar una determinada actividad o prestar un servicio público, bien directamente o bien de forma indirecta a través de cualquiera de las modalidades de gestión de servicios que permite la normativa sobre contratación administrativa¹.

¹ Fuera de este concepto estaría el recurso a las fórmulas de colaboración entre Administraciones Públicas y a la denominada encomienda de gestión, esto es, aquellos supuestos en que la Administración recurre a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración (tal como contempla el art. 11 de Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público) pues la cesión de funciones se va a realizar siempre entre órganos y entidades públicas. También quedarían, en puridad, fuera de este concepto los casos en que la Administración, en virtud de los principios de descentralización funcional y especialización, decide crear un nuevo organismo, al que dota de personalidad jurídica propia, para que sea éste el encargado en exclusiva

Por tanto, una primera aproximación al fenómeno de la externalización nos lleva directamente al terreno de la contratación administrativa, donde la participación de los sujetos privados en la prestación de servicios públicos constituye un fenómeno antiguo. La externalización no supone sustancialmente nada nuevo, sino que nos sitúa directamente en el ámbito de la gestión de los servicios públicos, consistente en encomendar la realización de las correspondientes actividades prestacionales a terceros ajenos al organigrama de la Administración Pública, por lo que la novedad que aparentemente representa este concepto no es tal para el Derecho Administrativo². Sin embargo, resultan enormemente significativas, aunque faltan cifras, la extensión y la especial intensidad que la contratación administrativa está adquiriendo en las últimas décadas³. En el contexto de crisis económica, hace ya algunos años, la contratación con sujetos privados no es solo una fórmula organizativa que permite a las administraciones prestar servicios de una forma más ágil, eficiente y eficaz, sino que tiene un componente económico y político muy complejo. Las razones que están en el origen son como se sabe la mayor eficacia, eficiencia y especialización unidas a exigencias de determinación de la extensión del empleo público y la definición del papel de las administraciones públicas en la sociedad.

Pues bien, lo anterior debe a su vez insertarse en la importancia que la descentralización productiva empresarial ha adquirido, en términos más generales. La externalización productiva empresarial se caracteriza hoy por su intensidad, generalización y universalidad⁴. Sin embargo, bajo el fenómeno de la externalización productiva conviven realidades muy dispares, pues cuando algunas prácticas de externalización reflejan los modos más eficientes de producir bienes y servicios, otras son el resultado de una explícita estrategia empresarial para huir de las leyes laborales y de los derechos/beneficios de los trabajadores. Y así diversos estudios de campo evidencian que cambios organizativos operados por empresas que actúan en sectores de servicios con bajos salarios, a través de procesos de externalización, tienen como consecuencias la rebaja de

de realizar una determinada labor o de prestar un determinado servicio público. Sin embargo, en este último caso si se aplica, como después se verá el art. 42 ET.

² Cfr., Fernández Farreres, G., “La Administración Pública y las reglas de la externalización”, *Justicia Administrativa*, nº 33, 2006, pp. 7 y 13. Bassols Coma, M., “La externalización: tendencias en el Derecho Administrativo español”, en *Le Esternalizzazioni, Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo-spagnoli*, Genova, 2006, Bononia University Press, Bologna, 2007, p. 254.

³ Cfr., Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública, (presidente: Francisco Uría Fernández)

⁴ Cfr., Cruz Villalón, J., “Derecho del trabajo y descentralización productiva”, XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, París, 2006.

condiciones de trabajo y la falta de responsabilidad empresarial. Tras la última crisis la externalización en el sector servicios (de más baja remuneración) está determinando precariedad y pobreza⁵.

En el contexto de un intenso proceso de externalización productiva empresarial, la descentralización en la actividad de las administraciones públicas ha de tener un significado propio pues no se fundamenta, como en el caso de las empresas privadas, en la libertad de empresa ex art. 38 de la Constitución Española, debiendo recordarse que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE).

Ante la importancia del fenómeno de la externalización productiva y su radical incidencia sobre las relaciones laborales⁶ existe un generalizado consenso en torno a la afirmación de que las respuestas legales han sido inadecuadas, insuficientes y parciales⁷. Las respuestas normativas han sido sin embargo diversas, destacadamente más avanzadas en relación con el sector de la construcción y en materia de prevención de riesgos laborales. La norma general de referencia sobre garantías de los trabajadores en casos de contratación y subcontratación sigue estando contenida en el art. 42 ET y en casos de cesión en el art. 43 ET.

En las próximas páginas nos centraremos en el estudio de las garantías salariales de los trabajadores frente a las administraciones públicas, tanto en los supuestos de contratación y subcontratación de obras y servicios como en los casos de cesión de trabajadores. Fuera del trabajo quedan los problemas relativos a la externalización y a la reversión de los servicios públicos y la aplicación del régimen de la sucesión o transmisión de empresa prevista en garantía de los derechos (salariales, entre otros) de los trabajadores por el art. 44 ET⁸.

⁵ Cfr., Who's the boss: Restoring accountability for labor standards in outsourced work, NELP (National Employment Law Project) 2014.

⁶ Cfr., Valdés Dal-Ré, F., "Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo", en Revista Universitaria de la Facultad de Ciencias del Trabajo, 2/2001, p46 y ss.. Valdés Dal-Re, F. cita la sentencia de Spiro SIMITIS "la nueva organización del trabajo está produciendo una desorganización del Derecho del Trabajo".

⁷ Cfr., por todos Cruz Villalón, J., Derecho del trabajo y descentralización productiva, op. cit., p. 7 y ss. Gómez Gordillo, R., El impacto de los procesos de descentralización productiva sobre la eficacia de la norma laboral, en Cruz Villalón J., (Coordinador) Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo, Tirant lo Blanch, 2011.

⁸ Cfr., sobre externalización y aplicación del art. 44 ET, la Sentencia del TSJ de Madrid núm. 93/2011, de 10 de febrero y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Andalucía, Granada, núm. 722/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 10 noviembre.

Previamente, abordaremos, en términos más generales, la extensión de la garantía salarial de los trabajadores insertos en fenómenos de descentralización productiva empresarial, su significado y posibilidades de mejora y reforma.

2. GARANTÍA SALARIAL DE LOS TRABAJADORES ANTE LA EXTERNALIZACIÓN PRODUCTIVA EMPRESARIAL

Entre las respuestas normativas al fenómeno de la externalización productiva en garantía de los derechos de los trabajadores hemos de situar la extensión de la responsabilidad por deudas salariales (y de Seguridad Social) en los supuestos de subcontratación de obras y servicios. En el Estatuto de los Trabajadores la única regulación general relativa a la descentralización o externalización productiva sigue contenida en el art. 42 del ET donde se instaura para los supuestos de subcontratación la responsabilidad solidaria entre empresas por deudas salariales y (de Seguridad Social⁹). En los supuestos de cesión de trabajadores del art. 43 ET también se establece la responsabilidad solidaria entre las diversas empresas, con el objeto más extenso de las deudas laborales (y de Seguridad), además de reconocer la existencia de una posición empresarial plural, por ello su estudio se abordará después forma separada.

2.1. Garantía salarial en la subcontratación de obras y servicios

De partida, hemos de recordar que esta respuesta normativa a la descentralización productiva empresarial prevista por el art. 42 ET se realiza, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, a través de una regulación insuficiente para la tutela de los derechos de los trabajadores¹⁰. Centrándonos en su aplicación, en relación con esta norma la doctrina del Tribunal Supremo establecería como es sabido que la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores¹¹. Igualmente, esta tribunal aclararía que la finalidad del art. 42 ET es garantizar que los beneficiarios del trabajo por cuenta ajena respondan de todas las contraprestaciones inherentes al mismo, evitando que el lucro que puedan obtener vaya en perjuicio de la protección social del trabajador¹².

⁹ Cfr., también el art. 127 LGSS sobre responsabilidad subsidiaria si estamos fuera del 42 ET.

¹⁰ Cfr., En relación con el derecho de huelga: SSTs 75 y 76/2010, de 19 de octubre y 98 a 112/2010 de 16 de noviembre. El art. 42 ET constituye, en efecto, una regulación de las contrataciones y subcontratas que no es acorde con la realidad de la organización del tejido productivo actual.

¹¹ Cfr., STS de 27/10/1994 (Rec. 3724/1993).

¹² Cfr., STS de 17/5/1996 (Rec. 1902/1995).

Ahora bien, la relación entre empresas que genera la responsabilidad por deudas salariales no es cualquier relación de colaboración productiva, sino que ha de ser, atendiendo a esa finalidad del art. 42 ET, una relación especial de descentralización productiva o subcontratación sobre la propia actividad entre una empresa principal y una empresa auxiliar o subsidiaria¹³. De partida, quedarían fuera del marco protector del art. 42 ET las actividades accesorias, como limpieza o seguridad¹⁴. El TS incluso fijaría el criterio de limitar la propia actividad a la actividad inherente al núcleo central de la actividad de la empresa principal, excluyendo el resto de las actividades indispensables¹⁵. Sin embargo, este criterio judicial no fue claramente seguido pues el propio Tribunal Supremo, que en muchos supuestos elude la diferenciación entre actividad indispensable e inherente, asimilando actividad indispensable con propia actividad, en ocasiones también alude a actividades absolutamente indispensables. En todo caso, dada la complejidad de los fenómenos de externalización, que englobarían realidades bien distintas, será difícil en muchos casos diferenciar entre actividades indispensables y actividades inherentes.

Siguiendo los criterios hermenéuticos del TS, la doctrina judicial de los Tribunales de Justicia de las comunidades autónomas también ha utilizado un criterio finalista, encuadrando dentro del art. 42 ET aquella contrata que de no haber existido hubiera producido un perjuicio productivo, es decir que el producto o servicio no hubiera podido hacerse efectivo¹⁶.

Por tanto, de la doctrina del TS se deduciría solo de forma clara la exclusión del manto protector del art. 42 ET de las contrataciones referidas a las llamadas actividades accesorias y por ello no puede dejar de criticarse la expulsión del 42 ET de las contrataciones de actividades accesorias como limpieza y seguridad tradicionalmente con bajas condiciones de trabajo, y tal vez más necesitados de tutela por el Estatuto de los Trabajadores. En sus orígenes, la redacción de la norma tenía como finalidad proteger a los trabajadores de empresas auxiliares de otras empresas. Como ha sido destacado¹⁷, no deja de ser paradójico que

¹³ Cfr., STS de 29/10/1998 (Rec. 1213/1998).

¹⁴ Cfr., STS 18/1/1995, (Rec. 150/1994).

¹⁵ Cfr., STS 24/11/1998 (Rec. 517/1998).

¹⁶ Cfr., ampliamente sobre esta doctrina judicial Falguera Baró, M. A., *La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación*, Bomarzo, 2015.p.26

¹⁷ Ciertamente desde una perspectiva histórica la redacción del art. 42 ET pensaba en una realidad distinta, pues esta norma tiene su origen en el Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre por el que se establecen normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación

la expresión “correspondiente a su propia actividad” en el contexto actual de externalización productiva totalmente distinto al existente en aquellos años, en su interpretación actual por los Tribunales laborales, haya terminado excluyendo de la norma precisamente la realidad prevista por la misma a efectos de su protección. En definitiva, podría concluirse que ciertamente el fin perseguido por el art. 42 ET, según el TS y que cabe configurarlo como esencial, no ha sido desarrollado en toda su amplitud, pues no ha primado una interpretación finalista del citado art. 42 ET, en clave de tutela de los trabajadores.

2.2. Garantía salarial en los casos de cesión de trabajadores ex art. 43ET

La garantía de los derechos salariales en los supuestos de cesión de trabajadores ex art. 43 se inserta en la garantía más amplia, que ofrece la existencia de una posición empresarial plural. En estos casos, además de prever el apartado tercero de la norma que los empresarios, cedente y cesionario responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores, el apartado cuarto establece que los trabajadores (sometidos al tráfico prohibido) tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

Esta garantía salarial del trabajador frente a empresario cedente y cesionario, comprendida en la existencia de un empresario plural, se reconoce en el art. 43 ET en los casos de cesión ilegal de trabajadores y se ha extendido por la jurisprudencia a aquellos casos lícitos de colaboración, en el marco del sector público, en los que la negación de la existencia de cesión ilegal del art. 43 ET no impide afirmar la existencia de una posición empresarial plural (ex art. 1.2 ET). Ahora nos ocuparemos de la doctrina general sobre la cesión ilegal de trabajadores y después abordaremos esta jurisprudencia y doctrina judicial en el epígrafe cuarto, al estar referida específicamente a la cesión de trabajadores en el sector público.

y empleo de los trabajadores. El referido Decreto desarrollaba la figura de la cesión ilegal de trabajadores y además fijaba que las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o trabajos correspondientes a su propia actividad deberán exigir a éstas que se hallen en posesión del Carnet de empresa con responsabilidad, en los supuestos en que esté legalmente previsto y que los subcontratistas estén al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, estableciendo que en todo caso la Empresa principal será solidariamente responsable en obligaciones laborales y Seguridad Social. Cfr., FALGUERA BARÓ, M.A. La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación, Bomarzo, 2015.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a los supuestos de cesión ilegal de trabajadores, como se sabe, la labor judicial de delimitar los supuestos de subcontratación de los casos de cesión ilegal ha sido intensa. La cesión ilegal se admite ya no sólo en los supuestos en los que existe una apariencia de empresa sino también en los casos que tenga entidad real y medios propios la empresa cedente, pero quien ejerce como auténtico empleador es la empresa cesionaria. El vigente art. 43 ET avaló la doctrina judicial, integrando en la letra de la ley indicios establecidos por la jurisprudencia. Así dispone que en su apartado 2 que en todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, 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.

Ahora bien, en este avance de redacción del art. 43 ET, recibiendo la doctrina de los Tribunales faltó un indicio importante para la existencia de una auténtica empresa auxiliar, y excluir el fenómeno de la interposición, la autonomía específica de la empresa contratista, su substantividad propia. Téngase en cuenta que se dan supuestos de concurrencia locativa de trabajadores (de la empresa principal y de la contratista) que realizan funciones idénticas con diversas condiciones contractuales. La externalización debe quedar limitada a actividades con substantividad propia y a término. Los fenómenos en los que la prestación de servicios se inserte en la actividad ordinaria de la empresa y sin limitación temporal deben llevar a la solución de la pluralidad de empresas, y ello sin que se incurra en el supuesto de cesión ilegal o de tráfico prohibido y de la aplicación de otras consecuencias sancionadoras, administrativas o incluso penales.

En definitiva podemos concluir que la variedad y complejidad de los supuestos de externalización determina que la labor de distinción entre los supuestos de contrata ex art. 42 y cesión ex art. 43 constituya una ardua labor técnica que, sobre la base de valorar caso a caso todo el conjunto de indicios concurrentes, conllevará finalmente la adopción de soluciones diversas (y trascendentales para la tutela de los trabajadores) para supuestos solo “coyunturalmente” distintos. Superada la configuración como fraude de ley del supuesto de hecho del art. 43 LET, la diferencia de respuesta jurídica prevista en relación con el supuesto de hecho del art. 42, es decir la previsión de la existencia de un empresario plural, puede determinar en algunos casos diferencias sustanciales de protección de los trabajadores sujetos a prácticas de externalización bastante parecidas. Por ello, considero que deberían reformarse estos preceptos. Una nueva redacción debería

establecer esta importante respuesta normativa al fenómeno de la externalización como es la previsión de una pluralidad de empresarios, definiendo un supuesto de hecho de externalización de actividades imprescindibles y de forma permanente. En estos casos, la admisión de la externalización frente a la contratación de trabajadores propios no debe producir efecto perjudicial alguno sobre los trabajadores afectados.

3. GARANTÍA SALARIAL EN LOS SUPUESTOS DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

A la Administración Pública se aplica, en su misma extensión, las consecuencias jurídicas que impone el art. 42 ET sobre las deudas salariales de la subcontratada respecto a sus trabajadores, cuando concurren las circunstancias y requisitos contemplados para ello. Como ha recordado la jurisprudencia y la doctrina judicial social el concepto de empresario a que se refiere el art. 42.2 ET no es otro que el laboral proporcionado por el art. 1.2 ET, como equivalente al de empleador que recibe la prestación de servicios de trabajadores por cuenta ajena, con independencia de su condición pública o privada, la existencia de ánimo de lucro, la forma jurídica o cualquiera otra circunstancia. La apreciación de contrata a efectos laborales no requiere ánimo de lucro en el comitente ni en el contratista y precisamente, la ausencia de ese ánimo de lucro en el comitente estará presente, con frecuencia, en los casos en que éste resulta ser una administración pública, como sucede, típicamente, en los de contrata cuyo objeto es la concesión de la gestión de un servicio público.

Consecuentemente, la noción de contrata y subcontrata del art. 42 ET, que implica la realización de una obra o servicio determinado por el empresario contratista y la obligación correlativa del pago de un precio cierto y determinado por parte del empresario comitente o contratante no es exclusiva de los contratos de obra o servicios de naturaleza privada, ya que pueden referirse también a la esfera pública, siendo titular del servicio una administración cuya prestación se hace en régimen de gestión indirecta, encomendándose, mediante concesión administrativa, a un tercero, tal gestión, imponiéndole la aportación de su propia estructura organizativa y de sus elementos personales y materiales para realizar el encargo, no afectando al «*solidum*» legal examinado¹⁸.

¹⁸ Esta línea interpretativa se inicia en la jurisprudencia unificadora a partir de la STS de 15 julio de 1996 seguida de las sentencias de 26, 27 septiembre, 18 de noviembre, 23 y 31 diciembre 1996, y 18 marzo 1997.

En fin, también se afirma al respecto que la inclusión de las administraciones públicas en el ámbito del precepto debería estimularlas a vigilar con más cuidado la capacidad empresarial y solvencia de los adjudicatarios de las obras y servicios públicos que contratan.

Desde esta perspectiva no cabe hablar de un régimen jurídico diferente para las empresas privadas y para las administraciones públicas. Como recuerda la STS de 3 de octubre de 2008, no hay "obstáculo alguno para aplicar el art. 42 ET a cualquier contratación efectuada por empresas públicas", y esa aplicación "depende de si se considera o no la actividad contratada o externalizada como parte esencial o no de la actividad de la empresa principal o comitente". El problema no reside por lo tanto en que las administraciones públicas no hayan de ser responsables de estas deudas contraídas por las empresas con las que subcontraten, sino de determinar cuando estamos ante una situación de subcontratación de la propia actividad, teniendo en cuenta los complejos matices y la amplitud que en tal aspecto puede presentarse cuando se trata de establecer el alcance de lo que constituye "propia actividad" para una administración encargada de la prestación de un determinado servicio público.

3.1. Subcontratación por la Administración Pública

Centrando ya nuestra atención en el supuesto de hecho de la subcontratación por parte de una administración, la relación que dará lugar a la apreciación de la existencia de una contrata o subcontrata en términos laborales y, por lo tanto, a la aplicación de la aludida responsabilidad salarial, tendente a proteger a los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista, tendrá su origen en alguna de las figuras contractuales que regula Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP, en adelante). Podrá tratarse de un contrato de obras (art. 6 TRLCSP) que tiene por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I de la citada ley o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante; de un contrato de concesión de obras públicas (art. 7 TRLCSP) que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el citado Anexo I, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos¹⁹. También podrá dar cobertura

¹⁹ Se aplica el art. 42 ET, en un supuesto en el que la empresa adjudicataria había subcontratado la ejecución de la obra objeto del contrato administrativo STJ de Les Illes Balears, Sala de lo Social, de 30 Octubre de 2006, (Rec. 457/2006).

jurídica a una subcontratación pública el contrato de gestión de servicio público, el contrato de servicios²⁰ y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, regulados por los artículos 8, 9 y 11 del TRLCSP²¹.

Ahora bien, desde el punto de vista de la aplicación de las normas laborales para la consideración de la Administración pública como empresario “principal” resulta indiferente que la contrata constituya el objeto de alguno de los contratos administrativos que regula la LCSP. Así, conducirá también a la aplicación del art. 42 ET la situación en que una administración pública a la que compete un servicio público aparezca gestionando éste mediante la creación *ad hoc* de una entidad de Derecho público o la encomienda de su prestación a una sociedad de Derecho privado cuyo capital social pertenezca en su totalidad a dicha Administración²².

Finalmente, entiendo que la garantía salarial ex art. 42 ET operaría incluso cuando la ley establece imperativamente la gestión indirecta de un servicio público, pues es la naturaleza pública de la prestación competencia de una administración, la que justificaría la responsabilidad de la Administración pública competente, ya sea la gestión indirecta una opción organizativa de la propia administración o una imposición legal²³.

²⁰ Existen casos dudosos de identificación de propia actividad, por no resultar inherente a lo que constituye el ciclo productivo de la Administración, como ocurre cuando un ayuntamiento concierta con una empresa la limpieza de los centros escolares que dependen de él, el mantenimiento o la reparación de bienes, equipos e instalaciones, la confección de programas informáticos, el transporte de mobiliario y documentación, un servicio de cafetería para su personal, el servicio de reprografía o la realización de una encuesta [Sentencias TSJ de Cataluña de 1 de febrero y de abril 1997 (AS 712 y 1994, respectivamente)].

²¹ Muchos han sido los supuestos en relación con un contrato de concesión de servicios públicos concertado por un ayuntamiento y la aplicación del artículo 42 del ET, sentencias TS de 3 de marzo de 1997 (Ar. 2194): “La concesión administrativa es subsumible dentro de la expresión contrata o subcontratos si se atiende a la finalidad del precepto”; y de 15 de julio y de 14, 23 y 31 de diciembre de 1996 (Ar. 5990, 9464, 9844 y 9867); también STSJ de Murcia de 18 de diciembre de 2000 (AS 4167) y STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de marzo de 1998 (AS 1282).

²² Cfr., TSJ de Andalucía, Málaga, de 9 de febrero y de 9 de marzo de 1998 (AS 1242 y 1805).

²³ En contra Gárate Castro, afirma que es preciso que la Administración disponga de libertad para optar entre asumir esa realización con sus propios recursos o descentralizarla mediante su encomienda a un contratista o concesionario. A su juicio, la prohibición legal de la asunción directa de una actividad impide, en rigor, que ésta pueda considerarse propia de las operaciones del ciclo productivo del comitente. Así acontece en relación con la gestión del servicio público de estiba y desestiba de buques, que no admite otra realización que la “indirecta”, a través de “personas naturales o jurídicas mediante contrato”, a las que se identifica como “empresas estibadoras” por lo que no puede incluirse entre las pertenecientes a la propia actividad de la autoridad portuaria que tenga encomendada la gestión del puerto de que se trate (cfr., Algunas cuestiones laborales y de

3.2. Subcontratación de la “propia actividad” de la Administración Pública

Resultando pues clara la aplicación de la garantía salarial ex art. 42 ET a los supuestos de subcontratación por parte de una administración pública, siempre que concurra el supuesto de hecho definido por esa norma, el problema no reside por lo tanto en que las administraciones públicas no hayan de ser responsables de estas deudas contraídas por las empresas con las que subcontraten, sino de determinar cuando estamos ante una situación de subcontratación de la “propia actividad”, teniendo en cuenta los complejos matices y la amplitud que en tal aspecto puede presentarse cuando se trata de establecer el alcance de lo que constituye “propia actividad” para una Administración encargada de la prestación de un determinado servicio público. Sobre este particular, la STS de 3 de octubre de 2008 ha concluido que se trataría de la actividad que “se corresponde con aquellas prestaciones que se hallan necesariamente integradas en la función que tiene encomendada y sin cuya actuación no se entendería cumplida esa función (tesis del ciclo productivo o de las actividades inherentes aplicada al sector público)”.

Pues bien, como se viene afirmando, la noción de propia actividad a que se condiciona la responsabilidad solidaria ex art. 42.2 ET es “*indeterminada, enigmática y circunstancial*” y, en una primera interpretación extensiva, abandonada por la moderna jurisprudencia, abarca todas las labores, específicas o inespecíficas, incluidas las complementarias, que una determinada organización productiva debe desarrollar para desempeñar adecuadamente sus funciones (así, por ejemplo, incluyendo los servicios de mantenimiento, limpieza y vigilancia) quedando fuera únicamente las obras o servicios contratados que estén desconectados de su finalidad productiva y de las actividades normales de la misma. Como antes se señaló, en una segunda interpretación, más restringida, hoy mayoritaria, (teoría de las actividades indispensables) la norma se refiere solo a las tareas que forman parte de las actividades principales de la empresa y son absolutamente indispensables o inherentes de tal manera que, de no haber mediado la descentralización, deberían realizarse por el propio empresario para no perjudicar sensiblemente su actividad, excluyendo las tareas “*complementarias o no nucleares*”, marginales o convenientes, y que referido a una actividad pública se corresponde con aquellas prestaciones que se hallan necesariamente integradas en la función que tiene encomendada y sin cuya actuación no se entendería

seguridad social de la descentralización productiva por medio de contratos de obras y servicios, en especial, de las que corresponden a la “propia actividad” -referencias al empleo de esta fórmula de descentralización productiva por parte de las administraciones públicas-, Fundación Democracia y Gobierno Local).

cumplida esa función²⁴. Si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deban corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial.

Para la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, la corresponsabilidad solidaria entre el empresario principal y el contratista y, en su caso, los subcontratistas alcanza únicamente a las obras y servicios contratadas pertenecientes a la propia actividad, entendiéndose por tal, en el caso de una actividad pública, a las correspondientes a aquellas prestaciones que se hallen necesariamente integradas en la función que tiene encomendada la Administración y sin cuya actuación no se entendería cumplida esta función²⁵.

Así por ejemplo, entre los criterios que se deben utilizar para imputar a un Ayuntamiento la responsabilidad solidaria por las deudas salariales contraídas por una sociedad mercantil con sus trabajadores, cuando esta presta un determinado servicio por vía de gestión indirecta a través de la concesión administrativa, estará atender a si legalmente corresponde integrar ese servicio entre las funciones que tiene encomendada la corporación local y sin cuya actuación no se entendería cumplida esa función de conformidad con las competencias legalmente atribuidas²⁶.

²⁴ Cfr., SSTS 18 enero 1995, 29 octubre y 24 noviembre de 1998, 22 noviembre 2002, 20 julio 2005 y 23 enero 2008.

²⁵ Cfr., SSTS de 18 de enero de 1995, 18 de marzo de 1997, 29 de octubre y 24 de noviembre de 1998, 23 de enero, 24 de junio y 3 de octubre de 2008 y 5 de diciembre de 2011.

²⁶ Y por tanto se ha aplicado el art. 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. El referido art 25 LBRL (redacción vigente hasta 2 de octubre de 2016) establece: 1. El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal. 2. El Municipio ejercerá en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en las siguientes materias: a) Seguridad en lugares públicos. b) Ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas. c) Protección civil, prevención y extinción de incendios. d) Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas; parques y jardines, pavimentación de vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales. e) Patrimonio histórico-artístico. f) Protección del medio ambiente. g) Abastos, mataderos, ferias, mercados y defensa de usuarios y consumidores. h) Protección de la salubridad pública. i) Participación en la gestión de la atención primaria de la salud. j) Cementerios y servicios funerarios. k) Prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social. l) Suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales. ll) Transporte público de viajeros. m) Actividades o instalaciones culturales y deportivas: ocupación del tiempo libre; turismo. n) Participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento

En efecto, en muchas sentencias referidas a contrataciones por parte de ayuntamientos el criterio de imputación de responsabilidad a la administración utilizado lleva a identificar “propia actividad” con competencias legales de la referida administración. Ahora bien, en relación con esta cuestión se viene aplicando el art. 42 ET a todos aquellos casos de descentralización por una administración pública de actividades de servicio público que la misma desarrolle, ya sea por mandato legal o por decisión propia²⁷. Por el contrario, sí quedarían fuera del ámbito de aplicación del art. 42 ET, los casos de contrataciones ajenas a la prestación del servicio público por parte de la administración contratante.

En este orden de ideas se ha descartado la noción de propia actividad, dentro de las contrataciones y subcontratas en las que participan como empresas comitentes o principales las administraciones públicas, entre otros casos, el de las contrataciones de vigilancia de las instalaciones de una administración pública²⁸, ni siquiera cuando se realizan bajo la supervisión de miembros de los Cuerpos de Seguridad de tal Administración²⁹, aunque si la contrata, además de las tareas de vigilancia, incluye otras que sí corresponden a la propia actividad del comitente, entra dentro del ámbito del art. 42.2. Tampoco resulta de aplicación el art. 42 ET en los supuestos de impartición de cursos de formación por empresas colaboradoras, aunque estén financiadas por el INEM³⁰. Igualmente queda fuera de la propia actividad la contratación del servicio de cafetería de un club deportivo socio-cultural de la Armada³¹, o la explotación de la cafetería de un Ministerio en virtud de contrata administrativa³². En el ámbito educativo se han excluido, por ejemplo, las actividades contratadas por las AMPAS, como bibliotecas o comedores³³.

de los centros docentes públicos, intervenir en sus órganos de gestión y participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria

²⁷ Cfr., Falguera Baró, M.A. La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación, Bomarzo, 2015, p. 73.

²⁸ Cfr., STS 18 enero 1995.

²⁹ Cfr., STSJ Navarra 24 octubre 2006.

³⁰ Cfr., STS 29 octubre 1998. Es jurisprudencia consolidada y doctrina generalmente compartida que la programación o financiación por parte de un organismo público de las actividades formativas o educativas de otras empresas o entidades no convierte a aquél en empresario de los empleados de éstas, ni da lugar tampoco por sí sola al supuesto de hecho del art. 42 del ET (sentencias de 3-2-1993, 4-2-1993, 26-4-1993, 28-5-1993, 3-7-1995 y 18-7-1995)» (STS/IV 29-10-1998 -recurso 1213/1998).

³¹ Cfr., STSJ Murcia 11 diciembre 2006.

³² Cfr., STSJ Castilla-La Mancha 14 marzo 2004 (Rc. 1298/2002).

³³ Cfr., Cfr., TSJ Catalunya 19/5/2003 (R.3279/2002); STSJ Andalucía (Sevilla) 17/10/2002 (R. 1947/2002).

Ahora bien, en muchas ocasiones nuestros tribunales sociales han interpretado que concurre la noción de “propia actividad”, en relación con actividades contratadas por las administraciones públicas. Como ejemplos pueden citarse las siguientes: contratos concertados por un Ayuntamiento para atender la gestión indirecta de los servicios de atención domiciliaria³⁴; contratación para la prestación de servicios sociales en un centro de discapacitados dependiente de una administración autonómica³⁵; contrata de servicios informáticos efectuada por el Ministerio de Medio Ambiente³⁶; gestión de instalaciones deportivas encomendadas por una Administración Local a empresa privada³⁷; la actividad de retirada de vehículos mediante camión-grúa encomendada por un ayuntamiento a una empresa especializada³⁸; gestión de programas de medidas judiciales con menores en medio abierto, para evitar y prevenir conductas delictivas contratadas por un ayuntamiento³⁹; cuando la empresa adjudicataria había subcontratado la ejecución de la obra objeto del contrato administrativo⁴⁰; el transporte del servicio sanitario de urgencia que un Instituto de Salud tenía concertado con una empresa privada⁴¹; gestión de un centro de día de asistencia a personas mayores contratada por un Ayuntamiento⁴²; gestión de la actividad deportiva de la piscina municipal indirectamente a través de un contrato⁴³; o el servicio de ayuda a domicilio⁴⁴.

Por último, hemos de aclarar que resulta indiferente a efectos de aplicar el manto protector del art. 42 ET que la Administración pública competente para la prestación del servicio público contratado por una empresa, haya creado expresamente un organismo autónomo para la gestión del referido servicio. Como ha señalado el Tribunal Supremo el hecho de haber interpuesto dicho organismo no implica que la competencia última sobre prestación del servicio público (competencia que es la que determina la responsabilidad conforme al artículo 42

³⁴ Cfr., STS 15 julio 1996 y 18 marzo 1997.

³⁵ Cfr., STSJ Comunidad Valenciana 9 de marzo 2004.

³⁶ Cfr., STSJ Madrid 23 febrero 2004.

³⁷ Cfr., STSJ Murcia 18 diciembre 2000.

³⁸ Cfr., STSJ Castilla-La Mancha 27 marzo 2001.

³⁹ Cfr., STSJ Comunidad Valenciana 4 mayo 2005.

⁴⁰ Cfr., STJ Illes Balears, de 30 de Octubre de 2006, Rec. 457/2006.

⁴¹ Cfr., STS 23 de enero de 2008.

⁴² Cfr., STS 5/12/2011, rec.4197/2010).

⁴³ Cfr., STSJ Madrid 435/2013 de 17 de mayo de 2013.

⁴⁴ Cfr., STSJ Islas Canaria, (Santa Cruz de Tenerife) 14/2014 de 14 enero. Con la normativa actual, por tanto, ha de concluirse que desde el momento en que para el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife la atención domiciliaria es un servicio que ha de prestar obligatoriamente, sea a través de su propio personal, sea mediante contrataciones administrativas o en otra de las formas autorizadas por la Ley 39/2006, está dentro de la "propia actividad" del ayuntamiento y, en consecuencia, le es aplicable el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

del Estatuto de los Trabajadores) haya dejado de corresponder a la administración, pues lo contrario sería admitir que a través de un acto administrativo se puede eludir la competencia y responsabilidad que vienen impuestas por normas de rango legal⁴⁵. Sobre este tema nos ocuparemos en el siguiente apartado.

3.3. Especial referencia a los supuestos de contratación en cadena, en el ámbito público

El artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores establece que en caso de subcontratación de obras y servicios entre empresas correspondientes a la propia actividad, el empresario principal responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores, es decir, se establece un supuesto de corresponsabilidad solidaria entre el empresario principal y el contratista y, a su vez, el contratista incurre en idéntica responsabilidad junto con el subcontratista, de forma que finalmente el empresario principal responde de las obligaciones contraídas por el subcontratista. Hay, por tanto, una responsabilidad solidaria en cadena o cascada.

La responsabilidad solidaria del empresario principal por las deudas de naturaleza salarial cubre también el supuesto de cadena de subcontrataciones, también en el caso de las administraciones públicas pues no parece que las condiciones a las que el TRLCSP supedita la subcontratación tengan la finalidad de introducir una excepción al alcance subjetivo que como se acaba de indicar que corresponde a las aludidas garantías jurídico-laborales del artículo 42 del ET. A estos efectos, resulta indiferente que la subcontratación este prevista legalmente con ciertos límites o se encuentre expresamente prohibida por el clausulado de la contratación administrativa. En el primer caso, podemos incluir los supuestos de subcontratación previstos en materia de los servicios públicos de seguridad y defensa o de formación profesional para el empleo⁴⁶. En el supuesto de que la subcontratación estuviera prohibida de manera expresa por el clausulado de la

⁴⁵ Cfr., Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2011, recurso 4197/2010 en relación con un servicio de asistencia social competencia de un ayuntamiento.

⁴⁶ Cfr., Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad en relación con los supuestos en que se admite la subcontratación, el Artículo 61.1 establece como principio general que “El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquélla haya de ser ejecutada directamente por el adjudicatario”. Por lo que respecta a las limitación a la subcontratación en relación con la actividad de formación profesional en la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral, cfr., el Artículo 14 sobre impartición de la formación.

contrata administrativa, ello no exonera a la Administración Pública de responder con arreglo al art. 42.2 del ET de la satisfacción de los créditos salariales surgidos a favor de los trabajadores que ejecutaron materialmente la obra por cuenta y al servicio de la empleadora subcontratista. Tal cláusula no puede mermar las garantías de que normas positivas imperativas dotan a derechos de terceros ajenos al contrato, sin perjuicio, como es natural, de las compensaciones y reajustes económicos que luego procedan en la esfera de las relaciones internas entre los sujetos contratantes. Y menos puede mermarlos si se observa que la Administración ostenta facultades de control y de superior dirección de las obras públicas cuya realización delega mediante la técnica de la contrata y que, ello no obstante, lo que acontece en muchas ocasiones es o que no se percató de que los trabajos estaban siendo efectuados por operarios de empresa distinta de la contratista, o, peor aún, consintió la subcontratación en la práctica contra el mandato explícito de las reglas rectoras del contrato administrativo.

Además, como antes se señalara, la aplicación del sistema de responsabilidad salarial previsto por el art. 42 ET no se ve obstaculizado mediante la encomienda por la Administración a una empresa pública de la gestión de un servicio de su competencia, y cuya actividad sea, de forma más amplia, la gestión de diversos servicios públicos. Lo relevante es que la gestión del servicio público sea competencia de la Administración para entender que la contratación es relativa a la “propia actividad”, siendo por tanto responsable solidaria la empresa (pública) de gestión de servicios públicos que contrata con otra empresa (privada) la gestión del concreto servicio, que le había sido adjudicado por la Administración competente⁴⁷.

Atendiendo a la jurisprudencia y a la doctrina judicial debe destacarse la interpretación amplia de “propia actividad” a los efectos de declarar la responsabilidad solidaria de la empresa adjudicataria de una obra pública o de la gestión de un servicio público que subcontrata con otra empresa. Lo relevante será la

⁴⁷ Cfr., STS (Sala de lo Social) 15 noviembre 2012. RJ 2013\181 declara la responsabilidad solidaria de la empresa pública GESTIÓN DE SERVICIOS PARA LA SALUD Y SEGURIDAD EN CANARIAS, S.A. (GSC), que gestiona el servicio público del transporte sanitario por ambulancia del Servicio Canario de Salud que a su vez subcontrata con una empresa privada el transporte sanitario no urgente. Para la Sala de lo Social si el transporte sanitario se considera "actividad propia" del Servicio Canario de Salud por tratarse de una actividad indispensable para prestar una atención sanitaria correcta, al contratarse por el Servicio de Salud ese transporte sanitario con la empresa pública GSC, con facultades para realizarlo por sí misma o encomendárselo, a su vez, a terceros mediante la correspondiente subcontrata, pasa a ser también "actividad propia" de la referida empresa pública, así como de los demás subcontratistas que asumen el transporte sanitario dentro de lo que es su objeto social, dando lugar por tanto a la responsabilidad solidaria de todos ellos conforme a lo dispuesto en el art. 42 ET .

naturaleza de la obra o del servicio de que se trate y su calificación como correspondiente a la “propia actividad” de una administración pública para extender la responsabilidad solidaria ex art. 42 ET a todos los sujetos actuantes en la cadena de contratación hasta llegar al trabajador cuya tutela se pretende. Ello ha llevado a nuestro Tribunal Supremo a realizar, cuando de una obra pública se trata, una interpretación ad hoc de su doctrina sobre la inaplicación al promotor inmobiliario del art. 42 ET y la negación de la responsabilidad solidaria de los promotores con los contratistas constructores⁴⁸.

3.4. Alcance sustantivo y temporal de la garantía salarial de los trabajadores en casos de contratación y subcontratación

Como es sabido, la responsabilidad solidaria en caso de contrata y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad alcanza únicamente a las obligaciones de naturaleza salarial en sentido estricto, por lo tanto, no se incluyen en este concepto las percepciones extrasalariales⁴⁹, ni tampoco los salarios de tramitación, en caso de despido⁵⁰, ni las indemnizaciones por despido improcedente⁵¹ y, en general, por fin de contrato.

⁴⁸ Cfr., Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 3 julio 2012 (RJ 2012\9291). En el supuesto resuelto la cuestión jurídica a resolver consistía en determinar qué debe entenderse por la “propia actividad” que el precepto estatutario exige para que se produzca la responsabilidad solidaria de la empresa principal. La sentencia recurrida en casación llega a la conclusión de que la actividad de construcción no es la actividad propia de INDRA, basándose para ello en la doctrina del Tribunal Supremo sobre la inaplicación al promotor inmobiliario del art. 42 ET pues la actividad del promotor inmobiliario no es una actividad de construcción y que, por lo tanto, no procede la responsabilidad solidaria de los promotores con los contratistas constructores. STS de 20/7/2005 (RJ 2005, 5595) (RCUD 2160/2004) y en la STS de 2/10/2006 (RJ 2006, 6728) (RCUD 1212/2005). Pero para la Sala de lo Social del TS “es claro que INDRA no es ningún promotor inmobiliario y que, a lo sumo, y salvando todas las particularidades de un supuesto como éste en el que el origen de toda la cadena es una decisión administrativa de realizar una construcción y de adjudicarla a una empresa para que la lleve a cabo, se podría considerar que el promotor es dicha Administración Pública, el Ministerio de Defensa, y que el contratista constructor es la empresa INDRA, adjudicataria de dicha concesión que, a su vez, subcontrata con BEGAR la realización de la obra”.

⁴⁹ Cfr., STS de 19 de enero de 1998 que nos recuerda que el art. 42 ET limita la responsabilidad en el ámbito laboral a las obligaciones salariales, frente a la amplitud de la expresión referida de “obligaciones contraídas por los subcontratistas” que contenía el mencionado artículo 19.2, coincidente a su vez con el artículo 4 del Decreto 3.677/1970, de 17 de diciembre , que disponía que “la empresa principal será solidariamente responsables de las obligaciones contraídas por la subcontratista con sus trabajadores y con la Seguridad Social durante el período de vigencia de la subcontrata”.

⁵⁰ Cfr., SSTS de 14 de julio de 1998 y 28 de abril de 1999.

⁵¹ Cfr., STS de 20 de mayo de 1998.

La duda se ha planteado en un supuesto de descentralización de la Administración Pública, en relación con los salarios del periodo de preaviso del despido por causas objetivas. El tenor literal del artículo 53 párrafo 1º letra c) del Estatuto de los Trabajadores parece apuntar a que lo omitido son eso, salarios, y responden a una naturaleza retributiva más que indemnizatoria. Por su parte la Sala de lo Social del Tribunal Supremo⁵² parece corroborar tal postura pues, aunque reconocen que dichos salarios están excluidos de la cobertura del Fondo de Garantía Salarial y que la ley no define su naturaleza, entiende que desde el momento en que se configura como un concepto diferente de la indemnización por despido objetivo "en todo caso tendría un carácter más próximo al salarial, y prueba de ello es que en caso de revocación de la sentencia extintiva de la relación laboral el trabajador tendría que devolver la indemnización, pero no la cantidad que hubiera podido percibir por el preaviso". Por ello, dada la asimilada naturaleza salarial que el Tribunal Supremo asigna a este concepto compensatorio, la doctrina judicial ha incluido esa cantidad en el ámbito de la responsabilidad solidaria que para las deudas salariales, que configura el artículo 42 párrafo 2º del Estatuto de los Trabajadores⁵³.

Por lo respecta al alcance temporal de la responsabilidad salarial de la Administración, el Tribunal Supremo⁵⁴ reitera, en interpretación del art 42.2 ET, que la responsabilidad solidaria del empresario principal, que se extiende, en su caso, a toda la cadena de subcontratistas pero tiene, sin embargo, una limitación temporal expresamente establecida en el propio precepto, consistente en que dicha afectación abarca solamente al "período de vigencia de la contrata", refiriéndose el límite temporal "durante el año siguiente a la terminación del encargo" al plazo de ejercicio de la acción correspondiente, que, en lo que se refiere a los salarios, coincide con el plazo común de prescripción establecido en el art 59.1 ET. Por todo ello, la responsabilidad solidaria de la empresa principal por las deudas de la contratista o subcontratista - entre las que deben incluirse la parte proporcional de vacaciones- se extiende únicamente a las contraídas por estos durante el periodo de vigencia de la contrata.

4. GARANTÍA SALARIAL EN LOS CASOS DE CESIÓN DE TRABAJADORES EN EL SECTOR PÚBLICO

Como hemos señalado ya en el epígrafe segundo del presente trabajo, la frontera entre la contrata de servicios y la cesión de trabajadores es ciertamente

⁵² Cfr., Sentencias de 2 y 10 de febrero de 2010 (recursos 1908/2009 y 1587/2009).

⁵³ Cfr., STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social) 14/2014 de 14 enero de 2014.

⁵⁴ Cfr., STS 11-11-2013 (R. 2674/12).

tenue y fue marcada por la jurisprudencia y la doctrina judicial en un número significativo de resoluciones. Por su parte, la Ley del Estatuto de los Trabajadores avala que la diferencia viene dada, en primer lugar, por la existencia o no de un verdadero empresario contratista cuya actividad consista en algo que vaya más allá del mero suministro de mano de obra, debiendo por ello existir (y ser utilizada) una organización productiva de la que sea titular. Lo característico del negocio de la contrata es que el empresario contratista que asume el encargo debe aportar para su ejecución una organización empresarial, en la que se insertan unas prestaciones laborales, y éstas tienen un carácter meramente instrumental para la obtención del resultado final. “Con la contrata no se trata de satisfacer directamente una necesidad de mano de obra, sino de atender requerimientos productivos, que exigen no sólo mano de obra externa sino también una gestión empresarial en sentido amplio, es decir, una actividad ejecutada con medio propios, y organizada, dirigida y coordinada por el empresario contratista”.

Además, es preciso recordar que la naturaleza jurídica privada o pública de las empresas o empresarios real y/o formal no impide la posibilidad de la cesión ilegal, pues también la jurisprudencia ha declarado que las expresiones “contratas o subcontratas” del art. 42 ET, no se refiere solamente a contratos de obra o servicio de naturaleza privado, ya que abarcan también negocios jurídicos de semejante objeto correspondientes a la esfera jurídica pública. De igual modo, no puede ser obstáculo a la posibilidad de apreciar la cesión, el dato de que exista una aparente contratación administrativa o convenio efectuado por un ente público y un ente privado, pues lo relevante es el resultado de la investigación respecto a las condiciones en que realmente se ha ejecutado la prestación de servicios. Ni el artículo 43 del ET ni ninguna otra disposición legal circunscriben la figura de la cesión ilegal al ámbito de las relaciones mantenidas entre sujetos privados; por lo tanto, concurriendo el tipo de circunstancias antes descritas y hoy legalmente fijadas que se oponen a la apreciación de una verdadera contrata, no impide considerar que existe una cesión ilícita de trabajadores el hecho de que la empresa cesionaria sea una administración pública y que entre ella y la cedente medie una contratación administrativa. La determinación de si hay una cesión ilegal de trabajadores es cuestión independiente de la regularidad o no de aquella contratación.

Ahora bien, el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores determina la ilicitud de las cesiones de trabajadores salvo cuando el cedente sea una empresa de trabajo temporal debidamente autorizada y en los términos legalmente previstos. Sin embargo, a pesar de la aparente rotundidad de tal pronunciamiento legal, se ha venido admitiendo jurisprudencialmente que no tienen carácter de cesión ilegal los supuestos de puesta a disposición de trabajadores o circulación

de mano de obra en el seno de un grupo de empresas, en cuyo caso solamente estaremos ante una responsabilidad solidaria de todas ellas en su condición de empleadoras y, de forma análoga, se ha admitido la legalidad de los supuestos de cesión de trabajadores entre Administraciones u órganos administrativos. Se trata de supuestos en los que la jurisprudencia y la doctrina judicial establecen la existencia de una pluralidad empresarial en supuestos de colaboración en el sector público. Veremos por separado los supuestos de cesión ilegal y legal en el sector público.

4.1. Garantía salarial en los supuestos de cesión ilegal de trabajadores

En estos casos, cuando se impugne la cesión ilegal efectuada por una administración pública, no se pretende una declaración formal sobre la regularidad de la contratación administrativa o laboral que sirvió de cobertura a la contratación laboral de trabajadores, sino de decidir, si, con independencia de la apariencia de legalidad que proporciona aquella, se produjo o no una cesión ilegal de mano de obra⁵⁵.

Lo anterior no significa, como también destacan nuestros tribunales, que la empresa principal o comitente haya de renunciar a cualquier forma de supervisión del trabajo realizado en el curso de la obra o servicio contratado⁵⁶. Esa supervisión es, en términos generales, posible y, además, en el caso de las administraciones públicas, hasta cuenta con diversas previsiones en el TRLCSP, sin embargo, la ausencia de relación laboral con quienes realizan el trabajo determina que las deficiencias observadas deban ponerse en conocimiento de la empresa contratista para que sea ella la que adopte las oportunas medidas correctoras. En definitiva, en el caso de contratación pública la obra o servicio contratado debe llevarse a cabo con arreglo a las indicaciones de tipo técnico cursadas por el comitente, sobre todo las relacionadas con las medidas de seguridad e higiene. Ahora bien, es el contratista el obligado de hacer efectivas tales indicaciones, de forma que sus trabajadores actúen sólo, indirectamente, sometidos al empresario principal⁵⁷.

En el caso de declararse la existencia de una cesión ilegal la aplicación del art. 43 ET determinaría la responsabilidad solidaria por deudas laborales que integraría además de las estrictamente salariales, todas las cantidades que el

⁵⁵ Cfr., STSJ Galicia, (Sala de lo Social) 3731/2008 de 17 octubre (AS 2008\2546) que declara la existencia de cesión ilegal en un supuesto de actividad limitada a suministrar mano de obra de simulación de contrata de servicios entre un Colegio Oficial de Ingenieros y Administración Autónoma.

⁵⁶ Cfr., STSJ Castilla-La Mancha de 22 de febrero de 2000 (AS 1140).

⁵⁷ Cfr., STSJ del País Vasco de 14 de noviembre de 2000.

trabajador reciba consecuencia de su contrato de trabajo, y de la extinción del mismo, y por tanto también la percepciones extrasalariales, así como cualquier otra indemnización derivada de su relación de trabajo⁵⁸.

En relación con la cesión ilegal de trabajadores, numerosas sentencias han tenido que decidir sobre la existencia de una lícita contrata o una ilícita descentralización productiva, fenómeno interpositivo de utilización cada día mayor, sobre todo en el ámbito de la Administración Pública. Ejemplo paradigmático fue la existencia de cesión ilegal en la prestación de servicios desarrollada a través de la empresa PC, S.L. para el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, mediante convenio de contratación administrativa centralizada⁵⁹. En este supuesto, las tareas realizadas por los trabajadores se habían ejercido al margen de cualquier aportación o dirección empresarial por parte de la empresa que aparece como contratista, la cual no había puesto en juego para el cumplimiento de la contrata ni su organización productiva, ni su gestión empresarial. La prestación de servicios se había realizado en los locales del ente público cesionario, bajo las instrucciones del personal de aquél y utilizando sus medios.

Por similares razones se declararía también la existencia de cesión ilegal entre TRAGSA y el Organismo Autónomo de Parques Nacionales⁶⁰. También aprecia la Sala cesión ilegal de trabajadores a propósito de una contrata de servicios, toda vez que la empresa cedente en absoluto puso en juego su propia organización productiva “*puesto que la misma simplemente no existe*”, de tal

⁵⁸ En relación con la previsión del art. 43.3 ET relativa a que los trabajadores cedidos “tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria”. De acuerdo con ciertas decisiones judiciales, cuando esta última empresa resulte ser una administración pública y el trabajador opte por incorporarse a ella, la indicada regla debe interpretarse con igual criterio que el seguido por la jurisprudencia en relación con los efectos de las irregularidades en la contratación de duración determinada por parte de las administraciones públicas, (SSTS de 7 de octubre y de 30 de diciembre de 1996 (Ar. 7492 y 9139), de 14 de marzo y de 24 de abril de 1997 (Ar. 2471 y 3498) y de 20 y de 21 de enero de 1998 (Ar. 1000 y 1138). El trabajador afectado podría adquirir la condición de trabajador por tiempo indefinido, en la que se mantendrá hasta la provisión, no la condición de fijo de plantilla, por impedirlo los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público (artículos 23.2 y 103.3 de la CE), (SSTSJ del País Vasco de 6 de febrero y de 18 de septiembre de 2001; SSTS de 19 de junio, de 17 de septiembre, de 19 de noviembre y de 11 de diciembre de 2002).

⁵⁹ En la doctrina casacional sobre cesión de trabajadores el crecimiento exponencial reflejado a partir de 2010 se relaciona con el conflicto del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana. Entre otras, en SSTS 17-12-2010 (Rec.1673/10, Rec. 1647/10, Rec. 1655/10, Rec. 1656/10, Rec. 1814/10, Rec. 1815/10, Rec. 2093/10, Rec. 2094/10, Rec. 2114/10, Rec. 2120/10, Rec. 2412/10); 17-01-2011 (Rec. 2082/10; 24-1-11, Rec. 1733/10); 25-01-2011 (Rec. 1657/10); 26-01-2011 (Rec. 1810/10); 16-02-2011 (Rec. 2122/10); 28-02-2011 (Rec. 2413/10); 09-03-2011 (Rec. 3051/10).

⁶⁰ Cfr., STS 27-10-2011 (Rec. 1784/10).

suerte que la empresa de servicios contratista es una mera entidad interpuesta cuya única finalidad es contratar a un determinado número de trabajadores para realizar una parte de la actividad principal de la empresa cesionaria⁶¹.

Una de las consecuencias que se suelen derivar de la existencia de cesión ilegal, es el planeamiento posterior por parte del trabajador cedido de una reclamación de cantidad interesando las diferencias habidas entre lo percibido y la retribución resultante del Convenio Colectivo aplicable en la empresa cesionaria. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha afirmado que en estos casos debe analizarse la categoría real con arreglo al Convenio Colectivo de la cesionaria. En efecto, el mandato del art. 43 ET dirigido a las empresas cedente y cesionaria, en función de la opción que el interesado ejercite, no es atribuir una categoría sino que las funciones que haya desempeñado surtan sus efectos, económicos y de todo género en la empresa en la que adquiriera la fijeza o el carácter indefinido, habrá que estar a las efectivamente realizadas y de haber optado por la cesionaria, otorgarle la categoría que en ésta corresponda, coincidente o no con la categoría de la empresa cedente⁶².

A propósito también de los efectos que derivan necesariamente de declarar la existencia de cesión ilegal, se ha suscitado la cuestión de determinar las condiciones retributivas que corresponden a los trabajadores sometidos a cesión ilegal y que hubieran optado por adquirir la condición de fijo en la empresa cesionaria, y en concreto, si cabe mantener en esta las condiciones salariales superiores que tenía en la empresa cedente. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha venido afirmando, en síntesis, que a partir de la opción ejercitada en ejecución de la sentencia que declara la nulidad del despido, los derechos y obligaciones del trabajador no pueden ser otros que “los que corresponden en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo”, aunque la antigüedad haya de computarse desde el inicio de la cesión ilegal. En relación con los efectos de la cesión ilegal y de la opción por la reincorporación en la plantilla de la cesionaria, prosiguiendo la relación realmente existente, también la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha establecido que los efectos no pueden producirse sólo a partir del ejercicio de la opción, sino que se retrotraen a todo el tiempo que haya durado dicha situación. De tal manera que la reclamación de las diferencias salariales no podrá limitarse a los devengos posteriores a la declaración de la existencia de cesión, sino también a los anteriores⁶³.

⁶¹ Cfr., STS 08-03-2011 (Rec. 791/10).

⁶² Cfr., STS 25-01-2011 (Rec. 1043/10),

⁶³ STS 25-01-2011 (Rec. 1219/10), SSTS 25-5-2010 (Rec. 3077/09) y 9-12-2009 (Rec. 39/09).

4.2. Garantía salarial en los supuestos de cesión de trabajadores y colaboración en el sector público

Como ya se señaló, la garantía salarial del trabajador frente a empresario cedente y cesionario, comprendida en la existencia de un empresario plural, ex art. 43 ET en los casos de cesión ilegal de trabajadores, se ha extendido por la jurisprudencia a aquellos casos lícitos de colaboración en el marco del sector público, en los que la negación de la existencia de cesión ilegal del art. 43 ET no impide afirmar la existencia de una posición empresarial plural (ex art. 1.2 ET).

El TS, en efecto, de forma reiterada ha negado la existencia de cesión ilegal de trabajadores en supuesto de hecho de colaboración en el marco del sector público y aplicando su doctrina sobre cesión de trabajadores en los grupos de empresa⁶⁴. Se trata de supuestos de hecho en los que, en primer lugar concurre “una colaboración en el marco del sector público entre entidades que forman parte del mismo y que mantienen entre sí relaciones de tutela o de coordinación” y “en segundo lugar, estamos ante una actividad de colaboración entre sujetos públicos que se desarrolla de forma reglada conforme a una regulación administrativa”. En definitiva, son casos en los que “se ha creado un entramado empresarial que, aunque podría presentar una posición empresarial unitaria, no resulta incluíble en el art. 43 del ET”, pues “no concurren elementos de un mecanismo interpositorio que pretende organizar un suministro de trabajadores sin la asunción de las correspondientes responsabilidades”. Para el TS en tales casos “se trata, por el contrario, de una opción organizativa que ha sido prevista específicamente por el ordenamiento administrativo para la prestación de determinados servicios”.

Como aclara el Tribunal Supremo “Esta interpretación del art. 43 del ET coincide con la que la Sala ha realizado en algunos supuestos similares, como el de la circulación de trabajadores en el grupo de empresas (sentencia de 26 de noviembre de 1990) y el reconocimiento de la posición empresarial plural se contiene, entre otras, en las sentencias de 3 de mayo de 1990 y 31 de diciembre de 1991. Más recientemente se ha reconocido en la sentencia de 23 de enero de 2007 en el marco de un despido económico”.

Pues bien, esta doctrina establecida en la citada Sentencia de 11 de julio de 2012 se aplica en los supuestos de hecho de las Sentencias del Tribunal

⁶⁴ Esta doctrina que parte de la STS 11/07/2012 Rec. 1591/2011 f3º se aplica en los supuestos de las Sentencias de 14/05/14 Rec. 1467/13 y de 04/02/2015 Rec.96/2014.

Supremo de 14 de mayo de 2014⁶⁵ y de 4 de febrero de 2015⁶⁶, donde la Sala de lo Social excluye la existencia de cesión ilegal cuando el entramado empresarial o pluralidad de empresarios es ajeno a cualquier minoración de las condiciones de trabajo o perjuicio de los derechos de los trabajadores afectados, cuando se producía la puesta en marcha de un mecanismo de coordinación y colaboración en el seno del sector público. Efectivamente, afirma la Sala de lo Social en la citada Sentencia de 14 de mayo de 2014, *“como sosteníamos en la STS/4ª de 11 de julio 2012 (rcud. 1591/2011), no nos hallamos en un caso como el presente ante un supuesto de cesión ilegal puesto que la disociación entre la posición empresarial real y las obligaciones propias de aquélla se derivan aquí de una forma de prestación del servicio legalmente prevista. Sin embargo, la negación de la existencia de cesión ilegal del art. 43 ET no impide afirmar la existencia de una posición empresarial plural (ex art. 1.2 ET)”*.

En definitiva, como se sabe, el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores determina la ilicitud de las cesiones de trabajadores salvo cuando el cedente sea una empresa de trabajo temporal debidamente autorizada y en los términos legalmente previstos. Sin embargo, a pesar de la aparente rotundidad de tal pronunciamiento legal, se ha venido admitiendo jurisprudencialmente que no tienen carácter de cesión ilegal los supuestos de puesta a disposición de trabajadores o circulación de mano de obra en el seno de un grupo de empresas, en cuyo caso solamente estaremos ante una responsabilidad solidaria de todas ellas en su condición de empleadoras. Y, de forma análoga, ha de admitirse la legalidad de los supuestos de cesión de trabajadores entre Administraciones u órganos administrativos, exceptuando tales supuestos de la regulación del art. 43 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de los órganos o entes cedentes y cesionarios en la condición de empleadores de los trabajadores cedidos durante el período de puesta a disposición⁶⁷.

⁶⁵ Cfr., Rec. 1467/2013.

⁶⁶ Cfr., Rec. 96/2014.

⁶⁷ Cfr., STSJ Islas Canarias (Las Palmas) núm. 313/2012 de 8 marzo (AS 2012/2423). En un caso en el que un colectivo de trabajadores que, siendo contratados por la Comunidad Autónoma y considerados como propios de su Administración, prestan sin embargo servicios por cuenta de una Corporación Local durante un periodo determinado, prorrogable, siendo remunerados por ésta. Se afirma que tal estructura de la relación laboral lleva ineludiblemente a la consideración de ambas Administraciones como empresarios en el seno de la misma. Y ello sin perjuicio de la validez de las normas o convenios reguladores de la situación en lo que a la regulación de las relaciones entre Administraciones se refiere. Pero tales normas sólo pueden ser interpretadas como una regulación de la relación interna entre las Administraciones implicadas, sin que sean oponibles frente al trabajador para excepcionar a una de las Administraciones de sus obligaciones y responsabilidades, porque si se admitiera tal derogación se vendría a dar preferencia a la norma reglamentaria autonómica frente a la Ley estatal en una materia, como es la laboral, en la que la competencia normativa, como hemos dicho, está constitucionalmente atribuida al Estado.