

## **Libro III**

### **La externalización de la actividad productiva.**

**Fernando Sicre Gilabert**

Dr. en Economía y Dr. en Derecho

Inspector de Trabajo y Seguridad Social



## **1. El principio general de la libertad de empresa.**

La externalización de la actividad productiva por el empresario debe ser contemplada, en el doble ámbito de derecho y libertad constitucionalmente reconocida al empresario en el artículo 38, en el ejercicio de su libertad de empresa.

La libertad de empresa como un derecho o libertad constitucionalmente garantizado, aparece contemplado en el Capítulo Segundo (Derechos y Libertades), Sección 2ª (de los Derechos y deberes de los ciudadanos), siendo su peculiaridad que dicho derecho debe modularse, en función del concepto de “economía de mercado”, que no contiene un concepto técnico jurídico, sino que se remite a consideraciones de carácter económico, con el propósito de establecer el modelo global del sistema económico y social.

La CE garantiza el ejercicio de la libre empresa y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general, entre las que hay que incluir las que pueden imponerse en virtud de determinados bienes o principios constitucionalmente protegidos<sup>1</sup>.

La economía de mercado debe considerarse conforme a la doctrina constitucional, como defensora de la competencia, que constituye un presupuesto y un límite de aquella libertad, evitando aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado, como es la concurrencia entre empresas y no como una restricción de la libertad económica<sup>2</sup>. Dicha libertad se halla directamente relacionada con la necesaria unidad de la economía nacional y la exigencia de que exista un mercado único, que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de coordinación de la planificación general de la actividad económica<sup>3</sup>. La libertad de empresa es también garantía de las relaciones entre empresarios y trabajadores, sin que suponga limitación alguna a los derechos fundamentales de estos últimos<sup>4</sup>.

La libertad de empresa se erige en núcleo gordiano del contenido económico de la CE, en cuanto que eleva a categoría el modelo de economía de mercado. Sólo conforme a ello, deberán modularse las restricciones admisibles por imperativo de los otros dos conceptos que contiene el precepto ahora objeto de análisis, la economía general y la planificación. La libertad de empresa viene a asegurar a los empresarios una esfera de libertad de actuación fuera de sujeciones a injerencias del Estado.

## **2. El contrato de empresas en el ámbito laboral, comúnmente denominada descentralización productiva.**

---

<sup>1</sup> STC 37/1987, de 26 de marzo.

<sup>2</sup> STC 1/1982, 208/1999, de 11 de noviembre.

<sup>3</sup> STC 96/1984, de 19 de octubre.

<sup>4</sup> STC 75/2010, de 19 octubre.

Se define la descentralización productiva como “aquella forma de organización del proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios para el mercado final de consumo, en virtud de la cual una empresa, que denominaremos empresa principal, 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 -que llamaremos empresas auxiliares, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo. Vía descentralización productiva, la empresa principal opta por no realizar el conjunto del ciclo productivo con sus trabajadores, pues deriva parte de su actividad para que la lleven a cabo otras empresas o profesionales autónomos con su organización, personalmente o con asalariados a su servicio”<sup>5</sup>. El supuesto de hecho en el que consiste el concepto, supone que una empresa decide no realizar directamente ciertas actividades, optando en su lugar encargar la realización de ciertas actividades a otra empresa, que es la que efectivamente los ejecuta y en cuya virtud se formaliza un contrato, ya sea civil o mercantil.

Nos encontramos ante diferentes formas de contratación entre empresas, que desarrollan su actividad en un contexto de descentralización productiva, a través de formas de contratación variopintas, sometidas en cualquier caso a los ámbitos del ordenamiento civil<sup>6</sup>, mercantil o administrativo<sup>7</sup>. En cualquier caso, las relaciones que se suscitan entre empresas, son externas al Derecho del trabajo, que sí es de aplicación a la prestación de trabajo de los trabajadores intervinientes en todos los ámbitos de la descentralización productiva, lo que implica también un peculiar régimen de responsabilidades regulado por el Derecho del trabajo.

La cuestión parte originariamente del derecho que asiste al empresario de decidir cómo realizar sus actividades propias del objeto al que se dedica. El TS de manera reiterada fundamenta este derecho a la gestión, organización y decisión sobre su actividad desplegada como empresario, como formando parte del concepto de la libertad de empresa, dispuesto de manera genérica en el artículo 38 CE. A los efectos de la cuestión ahora objeto de análisis, la posibilidad de elegir entre la realización directa con sus propios trabajadores o a través de la prestación de la actividad de otra empresa, con el concurso lógicamente de su propia plantilla.

Como fenómeno institucional jurídico laboral, se encuentra ampliamente extendido, tanto que incluso en algunos sectores donde la descentralización productiva opera con su mayor intensidad, caso del sector de la Construcción, el legislador optó por limitar mediante ley, las posibilidades de operar sin limitación en los diferentes niveles de subcontratación<sup>8</sup>. Se encuentra comúnmente aceptado y su uso es generalizado. Además de su uso intensivo en el sector de la Construcción, en el de Transporta y el de

---

<sup>5</sup> Cruz Villalón, J. XVIII Congreso Mundial de Derecho del trabajo y de la seguridad. Tema II Derecho del trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva. Paris, 5-8 de Septiembre de 2006. Páginas 2-3.

<sup>6</sup> El uso de los instrumentos dispuestos por el Derecho civil, se materializa con carácter general, aunque no exclusivo, mediante el contrato de arrendamiento o ejecución de obra recogida en el artículo 1588 CC.

<sup>7</sup> El TS en sentencias de 27 de septiembre de 1996 y de 26 de abril de 1999, incluyen en el ámbito de la contratación entre empresas o descentralización productiva, los supuesto de concesiones administrativas. Resaltar a los efectos legales, el artículo 249 LCSP.

<sup>8</sup> Ley 32/2006, de 18 de octubre, de subcontratación en el sector de la Construcción.

la Distribución, también se considerada generalizado su uso, amén del sector del Mantenimiento Industrial.

El outsourcing o descentralización productiva adopta multitud de formas, a cuyo través se externalizan, suponiendo supuestos que van más allá de la mera contrata o subcontrata. Entre ellas podemos destacar las siguientes: 1) Los grupos de empresa, pueden ser utilizados y de hecho se utilizan en ocasiones, como forma de llevar a cabo una determinada política de personal en el contexto del grupo, a través del correspondiente trasiego de trabajadores de una empresa en otra, de las que conforman el grupo. 2) Las empresas de trabajo temporal, aparecen en España a pesar de la fuerte oposición sindical de entonces en 1994, consecuencia de la LETE. En 1998 fue modificado su régimen jurídico, básicamente el mismo consistió en que el trabajador de la ETT que preste servicios en la empresa usuaria, percibirá su salario con cuantía, como mínimo al de otro trabajador de igual categoría de la empresa usuaria. Lo que supuso racionalizar su uso. Sin embargo, se observa desde entonces, una tendencia de los empresarios de utilizar la contrata, en supuestos en los que solo era posible la utilización de las ETT, ya que se generalizaron supuestos de cesión ilegal de mano de obra, conforme a lo prevenido en el artículo 43.2 ET. El motivo era obvio, el intento del ahorro de costes, ya que en las contratas, se aplica el convenio que le es de aplicación a la propia contrata y no el de la empresa principal para la que la contrata presta sus servicios o ejecuta una obra. Por último, la Ley 35/2010, volvió al alterar su régimen jurídico, flexibilizándolo, reduciendo ostensiblemente las limitaciones para su utilización, básicamente en lo concerniente a los supuestos hasta entonces vigentes de prohibición de su uso en determinados sectores de la actividad. 3) El sistema de franquicias y concesiones de venta en exclusiva de determinados productos, como ha sido el caso paradigmático de la venta de automóviles y para terminar, un sistema de prestación de servicios o ejecución de obras habitualmente en las "grandes superficies", aunque no de manera exclusiva, en los que se procede a la cesión de locales, con prestación de servicios comunes, incluso con imposición de condiciones de realización de la actividad comercial que llegan a incidir en las propias condiciones de empleo y de trabajo"<sup>9</sup>. 4) el trabajo autónomo puede catalogarse como supuesto de descentralización productiva, si bien la figura debe considerarse en el ámbito de los falsos autónomos. También, el trabajador autónomo económicamente dependiente<sup>10</sup>, es el caso extremo en este ámbito de la descentralización productiva, con especial incidencia en el sector del transporte y la distribución<sup>11</sup>.

Hay que advertir que siendo lícito la "contrata" de obras o servicios, su límite que supone la transgresión de su régimen jurídico, es la figura de la cesión ilegal de mano de obra, configurada en el artículo 43.2 ET. Se hace preciso por lo tanto delimitar adecuadamente la figura legal de la contrata, lo que supone constituir adecuada y válidamente la empresas, que deberá tener infraestructura propia, para la realización de la actividad que constituye su objeto, que disponga de medios propios de organización, a cuyo través realice el poder de dirección y control sobre su mano de obra. También

---

<sup>9</sup> Cruz Villalón, J. XVIII Congreso Mundial de Derecho del trabajo y de la seguridad. Tema II Derecho del trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva. Paris, 5-8 de Septiembre de 2006. Página 4.

<sup>10</sup> Ley 20/2007, de 11 de julio, Estatuto del Trabajador Autónomo.

<sup>11</sup> Artículo 1.3.g ET.

deberá acreditarse que efectivamente, asume los riesgos propios y naturales del ejercicio de una empresa en el ámbito del mercado, que puede ser sintetizado diciendo que asume el riesgo y ventura en la gestión de su actividad empresarial, asumiendo los beneficios o las pérdidas que se deriven de ello.

## **2.1. Elementos determinantes de las diferentes responsabilidades que se articulan con la descentralización productiva.**

### ***2.1.1. La propia actividad.***

Las obras o servicios contratados o subcontratados pueden corresponder a la propia actividad o a distinta actividad, del de la empresa principal contratante. Nuestra legislación<sup>12</sup> no define el concepto de la propia actividad, por lo que debe ser considerado un concepto jurídico indeterminado de construcción jurisprudencial, que ha ido cambiando con el paso de los tiempos. En la actualidad, el concepto es pacífico por nuestra jurisprudencia.

Para llegar al concepto de común uso, denominado del “ciclo productivo”, representativa de su acepción restringida, es definida como aquella actividad inherente o absolutamente indispensable para el objeto de la empresa principal<sup>13</sup>. Es decir, aglutina el concepto todas aquellas actividades, que se incorporan al producto o servicio fabricado o prestado respectivamente, pero no todo lo que necesita la empresa en cualquier caso, para conseguir su objeto por el que se constituye. O sea, hemos de diferenciar a colación con ello, entre lo que es “indispensable” de lo que es meramente “instrumental”. Entre las primeras, se entienden que son actividades indispensables, aquellas que son inherentes al ciclo productivo de la empresa principal, y sin cuyo concurso no sería posible alcanzar el objeto por la que se constituye. Sin embargo, el TS volvió a restringir el concepto si cabe, en la STS en UD de 24 de noviembre de 1998, “que llega a señalar que sólo quedarían incluidas en el art. 42 ET, las actividades inherentes y no aquellas actividades que por más que puedan ser consideradas como indispensables o necesarias para la correcta ejecución del ciclo productivo o de servicios, no puedan recibir el calificativo de inherentes, al no estar directamente relacionadas con dicho ciclo”.

Ahora bien, existen actividades que sin duda son indispensables, pero no se incorporan como tal al ciclo productivo. Me estoy refiriendo a aquellas actividades instrumentales en el contexto de la producción o prestación del servicio de la principal,

---

<sup>12</sup> Artículo 42 ET, artículo 24 LPRL, artículo 42.3 LISOS y artículo 168 LGSS, entre otras.

<sup>13</sup> STS de 18 de enero de 1995; STS de 20 de julio de 2005. La primera de las expuestas que se dictó en unificación de doctrina, viene a establecer por propia actividad a “las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa. Más que la inherencia al fin de la empresa, es la indispensabilidad para conseguirlo lo que debe definir el concepto de propia actividad”.

pero que cuya actividad no se incorporan al ciclo productivo de la principal. Entre ellas destacamos las empresas cuyas actividades son de limpieza, de seguridad y vigilancia, las de restauración y cafeterías en los centros de trabajo de otras empresas y las de mantenimiento industrial en algunas ocasiones, dependiendo del supuesto de hecho concreto que se plantee. Lógicamente, estas actividades “instrumentales” dejan de serlo, cuando la contrata o subcontrata tiene lugar en el contexto de dichas actividades. Es decir, la contratación de una empresa de limpieza con otra de igual actividad, debe considerarse en buena lógica, que es una contratación de la misma actividad.

Una forma de analizar la cuestión consiste en observar si la actividad desarrollada por los trabajadores de la contratista o la subcontratista, se incorporan directa o indirectamente en el producto final o en el servicio prestado por la principal.

Consecuencia de lo expuesto quedan fuera del concepto de propia actividad los siguientes: además de las actividades instrumentales ya referidas (limpieza, seguridad, restauración y ciertos supuestos de mantenimiento), aquellos que con carácter general, las obras o servicios contratados se encuentran desconectadas de la finalidad productiva que tiene la principal. De lo que se desprende que la determinación o no del concepto, depende en cualquier caso del análisis del caso concreto. Así por ejemplo, se entendió que la actividad desarrollada por el administrativo de una contratista, no entraba dentro del concepto de la propia actividad, por no ser necesaria el concurso de su actividad para la consecución de la finalidad productiva de la empresa principal<sup>14</sup>. Tampoco existe la propia actividad entre la empresa constructora que actúa como empresa principal y la promotora, que en este caso actúa como propietaria<sup>15</sup>. Ahora bien, hay que hacer al respecto ciertas apreciaciones. El promotor, según la legislación sectorial de la construcción, es aquella persona física o jurídica que directamente o con el concurso de otros, encarga la construcción de una edificación, para sí o para enajenarla posteriormente, financiando la operación con recursos propios o ajenos. Por su parte el constructor es quien asume en virtud del contrato de ejecución de obras, suscrito con el promotor, la construcción de la edificación, con medios materiales propios y ajenos, con sujeción a la ley y al contrato. Por lo que estamos ante dos realidades distintas, con objetos perfectamente definidos, que no comportan la misma actividad. Ahora bien, pudiera ser que el promotor en sus estatutos sociales o en su caso se deduzca de las facultades efectivamente realizadas por él mismo, donde se constate que entre sus actividades está la de la construcción, o bien que efectivamente procede a su realización, en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de hecho de la propia actividad, con las consecuencias en orden a las responsabilidades que la ley determina.

### ***2.1.1.1. La propia actividad y el artículo 24.3 LPRL.***

Hay quien piensa que articular el concepto de la propia actividad, en el caso de descentralización productiva, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, debiera

---

<sup>14</sup> ST Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada de 8 de junio de 2011.

<sup>15</sup> STS de 20 de julio de 2005, STS 2 de octubre de 2006.

ser considerado inconsistente, si lo relevante es que la vida e integridad física del trabajador sea protegida en cualquier caso, debido a que la empresa principal o la titular del centro de trabajo, controlan el medio material de trabajo y debieran asumir hasta sus últimas consecuencias las responsabilidades de vigilancia y cumplimiento material de la legislación en materia de prevención, de las contratadas o subcontratadas contratadas, indiferentemente sea o no la propia actividad. Sin embargo no es lo que el legislador ha pretendido, cuando ha introducido el término de la propia actividad en el artículo 24.3. LPRL.

Lo cierto es que con carácter general, la doctrina entiende que la expresión propia actividad, debe tener igual sentido en el ámbito de la prevención de la prevención de riesgos, que en el ámbito del Derecho del trabajo<sup>16</sup>, en concreto, el enfoque jurisprudencial dado en interpretación del artículo 42 ET. Es cierto no obstante, que dicha opción, que por cierto es la interpretación dada por el TS, podría considerarse que transgrede el artículo 17 del Convenio 155 OIT, que dispone el deber de cooperación entre dos empresarios que desarrollen simultáneamente sus actividades en el mismo lugar de trabajo, con independencia de cuál sean las actividades de cada una de ellas<sup>17</sup>.

A los efectos preventivos, tampoco pueda hablarse de un deber de vigilancia y de exigencia del cumplimiento de la legislación preventiva de carácter sustantiva, cuando las contratadas o subcontratadas aun siendo de propia actividad, no se desarrollen en el centro de trabajo de la empresa principal<sup>18</sup>.

## **2.2. El lugar de trabajo de la prestación de los servicios, expresión diferenciada de la de centro de trabajo.**

En materia de prevención de riesgos laborales, el legislador ha tenido la intención indubitada de exigir, además de darse en el supuesto de hecho el concepto de la propia actividad, que la misma se desarrolle en el centro de trabajo de la empresa principal. Ahora bien, en este caso el concepto de centro de trabajo, no puede circunscribirse al estricto concepto de centro de trabajo que aparece definido en el artículo 1.5 ET<sup>19</sup>, ya que una parte importante de las situaciones potenciales, quedarían fuera del concepto de centro de trabajo dado en el ET, como ocurriría por ejemplo en los supuestos de trabajos consistentes en la ejecución de obras de infraestructuras en la calle, todo tipo de obras públicas o la ejecución de tendidos eléctricos y otras conducciones aéreas y de todo tipo de infraestructura tecnológicas y de conducciones energéticas, que quedarían fuera del concepto y por ende con un nivel de desprotección

---

<sup>16</sup> Goerlich Peset, J. M., “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”. Actualidad Laboral nº8-1997. Página. 144.

<sup>17</sup> García Piqueras, M., “La responsabilidad en contratadas y subcontratadas.” Revista de Estudios Financieros. CISS. Noviembre, 1997. Pág. 43.

<sup>18</sup> Alfonso Mellado, C. L. Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998. Página 56.

<sup>19</sup> Artículo 1.5 ET: “A efectos de esta Ley se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral”.



de los trabajadores que allí presten servicios subcontratados sin justificación alguna. Así es que se discutía en el pasado, si el término en cuestión debía ser interpretado en sentido restringido, considerando éste el dado en el artículo 1.5 ET o bien ampliar la interpretación y utilizar para ello y evitar equívocos, utilizando el concepto de lugar de trabajo en lugar del de centro de trabajo. Se justifica ello utilizándolo desde un punto de vista material<sup>20</sup>, en lugar del de su mero prisma legal.

En materia de Derecho del trabajo, el artículo 42.7 ET solo utiliza y de pasada el concepto de centro de trabajo. A tal efecto manifiesta que “los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando compartan de forma continuada centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, haciendo uso de los locales puesto a disposición por el empresario principal, para la representación legal de sus trabajadores”. Pero fíjense que habla del supuesto de compartir de manera continuada centro de trabajo. No condiciona en principio y para nada, que la actividad se desarrolle inexcusablemente en el centro de trabajo de la principal. Además, el artículo 81 ET, comienza diciendo que “en las empresas o centros de trabajo”, dando a entender la equiparación entre ambos, que no puede tener otro sentido que el de ser interpretado de manera extensa y por lo tanto amplificando el concepto estricto de centro de trabajo recogido en el artículo 1.5 ET. Por lo tanto y volviendo al sentido de la norma de prevención, esto es, a su artículo 24.3, no puede entender este, si no es referido al concepto de lugar de trabajo, ya que el precepto en cuestión, como el resto del contenido de la norma, tiene como fuente diferentes normas internacionales<sup>21</sup> y comunitarias<sup>22</sup>, que utilizan sin duda alguna el concepto de centro de trabajo como equivalente al lugar de trabajo.

### **2.3. Las obligaciones del empresario principal: de comprobación de encontrarse al corriente en materia de Seguridad Social y de comunicación a los representantes de los trabajadores.**

#### ***2.3.1. De comprobación de las deudas de Seguridad Social de la contratista o subcontratista y de las altas de los trabajadores.***

El empresario principal que contrate con otros contratistas o subcontratistas la realización de una obra o la prestación de un servicio correspondientes a su propia actividad, deberá comprobar que los mismos están al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social. Para ello, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la TGSS, que deberá librar

---

<sup>20</sup> Alfonso Mellado, C. L. Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998. Página. 21.

<sup>21</sup> Convenio OIT N° 155.

<sup>22</sup> La Directiva 89/391/CEE.

inexcusablemente dicha certificación, en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante<sup>23</sup>. Pero el precepto ha sido interpretado de manera distinta por los tribunales, aunque la corriente imperante y que en la actualidad es mayoritaria, dispone que la exoneración de la que habla el artículo 42.1 ET, se refiere a deudas de la contratista o subcontratista anteriores a la contrata. En ningún caso, las que se generen durante la ejecución de la contrata o subcontrata<sup>24</sup>. El artículo 42.2. ET, corrobora lo dicho, cuando hace mención a que “respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social, contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata”.

La otra corriente jurisprudencial, minoritaria y de la que sólo existen pronunciamientos contados<sup>25</sup>, exoneran de responsabilidad al empresario principal, por deudas de la Seguridad Social contraídas por el contratista o subcontratista durante la duración de la contrata. No comparto esta solución, por ser contraria a la finalidad pretendida por la norma, esto es, advertir del problema que se le plantea al empresario principal si contrata con otro, deudor de las cuotas de la Seguridad Social, en cuyo caso, se hace responsable de las deudas anteriores a la contratación que lógicamente no hayan prescrito. Utilizándose para ello, la derivación de responsabilidades en forma subsidiaria, dado que no se indica en el precepto, la responsabilidad que asume el empresario principal, sí a pesar de la deuda y de haberse emitido en plazo la certificación negativa de descubierto, contrata a la contratista o subcontratista.

También, los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad, o cuando la prestación de servicios de la contrata o subcontrata se lleve a cabo de manera continuada en el centro de trabajo de la principal, deberán comprobar antes del inicio de la actividad, el alta en la Seguridad Social de los trabajadores ocupados en sus centros de trabajo<sup>26</sup>. Hay que puntualizar, que la última opción se refiere a supuestos de distinta actividad.

La Disposición Final Séptima de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, se refiere al supuesto de consulta telemática sobre cumplimiento de obligaciones con la Seguridad Social. Dispuso que “el Gobierno establecerá reglamentariamente un procedimiento de consulta telemática en el ámbito del Sistema de Remisión Electrónica de Datos, para facilitar a los empresarios principales la información correspondiente al cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social de los contratistas y subcontratistas”. A fecha de hoy, no ha sido desarrollado reglamentariamente, no existiendo pues, la posibilidad de llevar a cabo la misma.

---

<sup>23</sup> Artículo 42.1.ET.

<sup>24</sup> STS 28 de octubre de 1996

<sup>25</sup> STS 16 de junio de 1999.

<sup>26</sup> Artículo 5.1 RD-Ley 5/2011, de 29 de abril.

### ***2.3.2. De comunicación a los representantes de los trabajadores de la empresa principal y de llevanza de un libro registro.***

Sin perjuicio de la información sobre previsiones en materia de subcontratación a la que se refiere el artículo 64 ET, cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a los representantes legales de sus trabajadores sobre los siguientes extremos:

- 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.

Cuando las empresas principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá disponer de un libro registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes legales de los trabajadores<sup>27</sup>.

### ***2.3.3. Derechos de información de los trabajadores de la contratista o subcontratista y en su caso de sus representaciones unitarias.***

Los trabajadores del contratista o subcontratista deberán ser informados por escrito por su empresario de la identidad de la empresa principal, para la cual estén prestando servicios en cada momento. Dicha información deberá facilitarse antes del inicio de la respectiva prestación de servicios e incluirá el nombre o razón social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal. Asimismo, el contratista o subcontratista deberán informar de la identidad de la empresa principal a la TGSS en los términos que reglamentariamente se determinen<sup>28</sup>.

La empresa contratista o subcontratista deberá informar igualmente a los representantes legales de sus trabajadores, antes del inicio de la ejecución de la contrata, sobre los mismos extremos de los referidos en el párrafo anterior<sup>29</sup> y sobre el 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

---

<sup>27</sup> Artículo 42.4 ET.

<sup>28</sup> Artículo 42.3 ET.

<sup>29</sup> Artículo 42.5 ET.

la empresa principal y sobre las medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales<sup>30</sup>.

***2.3.4. Otras previsiones contenidas en el artículo 42. 6 y 7 ET. Otros derechos de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, así como de sus respectivas representaciones unitarias si existieran.***

Los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal, cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación. Ahora bien, lo dicho no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende<sup>31</sup>.

Los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando compartan de forma continuada centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral<sup>32</sup>, de un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como uno o varios tablones de anuncios, en los términos previstos en el artículo 81 ET.

**2.4. Especial régimen jurídico de la responsabilidad en materia de contrata y subcontratas.**

El uso generalizado de la descentralización y la consiguiente flexibilización de la actividad productiva, ha producido importantes problemas relacionados con la determinación de las responsabilidades empresariales que nacen como consecuencia de ello. Partiendo de la base de que la contratación empresarial supone un desplazamiento de funciones, de una empresa principal a otra contratista o subcontratista, que en caso contrario la primera estaría obligada a llevar a cabo, para prestar el servicio o realizar la obra comprometida. Esta intervención de varias empresas, que aparecen interdependientes unas de otras, en un esquema productivo o prestacional, exige clarificar las responsabilidades de todas ellas, que intervienen en la prestación última de un servicio o en la ejecución de una determinada obra, para evitar en lo posibles lesiones en los derechos de los trabajadores que se ven inmerso en una dinámica como la que analizamos ahora. El ordenamiento jurídico laboral, ha procedido en cada una de sus parcelas, a articular un especial régimen de responsabilidades, en los casos en los que media cualquier tipo de descentralización productiva.

---

<sup>30</sup> Artículo 42.4 b) a e) ET.

<sup>31</sup> Artículo 42.6 ET.

<sup>32</sup> Artículo 42.7 ET.

En el ámbito de la prevención de riesgos laborales, dos artículos son determinantes al efecto: 1) El artículo 24 LPRL, que viene a considerar diferentes supuestos que pueden considerarse englobados en el término amplio de la descentralización productiva. El apartado primero regula el supuesto de hecho consistente, en que en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, en cuyo caso éstas, deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Para ello, establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, conforme a la previsión contenida en el artículo 18.1 LPRL. Se establecen obligaciones concretas al empresario titular del centro de trabajo, el cual deberá adoptar las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo, reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, debiendo dar traslado cada uno de los empresarios afectados a sus propios trabajadores. En el supuesto de contrata y subcontratas, que tengan la misma actividad que el empresario principal y desarrollen sus actividades en el propio centro de trabajo de la principal, ésta deberá vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales. En el caso de que la contrata o subcontrata no se ejecute en el propio centro de trabajo de la empresa principal, éste deberá proceder a practicar la información necesaria para que la utilización y manipulación de la maquinaria, equipos, productos, materias primas y útiles de trabajo, se produzca sin riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores, siempre que tales trabajadores deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal. Y por último, el caso de descentralización productiva mediante la contratación de trabajadores autónomos, se exige como obligación, los deberes de cooperación y de información e instrucción recogidos en los apartados 1 y 2 del artículo 24 LPRL, siempre que los mismos hayan sido contratados para realizar su prestación de servicios o su ejecución de obra, en el centro de trabajo de la empresa principal. 2) El artículo 42.3.LISOS imputa la responsabilidad solidaria a la empresa principal por las infracciones cometidas por los contratistas o subcontratistas a que se refiere el artículo 24.3 LPRL, del incumplimiento durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha la LPRL en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal.

La responsabilidad que asume el empresario principal desde la óptica del Derecho del trabajo aparece reflejada en el artículo 42.3 ET. A tal efecto establece que “de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo”. Sin embargo, no habrá responsabilidad, cuando la obra o la prestación del servicio sea contratada por el cabeza de familia, respecto de su vivienda familiar y la contratación se refiera exclusivamente a la construcción o

reparación que pueda contratar, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial<sup>33</sup>.

En el ámbito de la Seguridad Social, las responsabilidades que asume el empresario principal respecto de las deudas por cuotas de la Seguridad Social y en orden a las prestaciones de la Seguridad y también en materia de empleo, aparecen recogida en las siguientes normas: 1) El artículo 42. 1 y 2 ET, establecen que los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad y no hayan obtenido la certificación negativa de descubierto en la Seguridad Social y exista descubierto de cuotas, responderán subsidiariamente por las deudas anteriores a la contratación empresarial que no hayan prescrito. Transcurrido el plazo de solicitud del certificado de descubierto, que es de un mes, sin contestación por la Tesorería sobre el mismo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante. Se imputará una responsabilidad solidaria por las obligaciones referidas a la Seguridad Social al empresario principal, durante el transcurso de la contrata, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, por las deudas de Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata. 2) El artículo 168 LGSS determina los supuestos especiales de responsabilidades del empresario en orden a las prestaciones. La responsabilidad que asume el empresario principal en el caso de contratas o subcontratas de obras o servicios correspondientes a la propia actividad, cuando el contratista o subcontratista haya sido declarado responsable, en todo o en parte del pago de una prestación, responderá solidariamente del cumplimiento de dichas obligaciones. Sin embargo, la responsabilidad que asume el propietario de una obra o industria contratada con otro empresario que la ejecuta, no encontrándonos por lo tanto ante el concepto de la propia actividad, tiene naturaleza subsidiaria. Responsabilidad que se desencadenará, si el empresario contratado fuese declarado insolvente. No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria, cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto a su vivienda.

En materia de empleo nos remitimos al artículo 23.2. 3º párrafo LISOS, que dispone que “los empresarios que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad, responderán solidariamente de las infracciones consistentes en dar ocupación como trabajadores, a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, (entre las que se encuentra la prestación de desempleo y el subsidio asistencial), cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad, cometidas por el empresario contratista o subcontratista durante todo el período de vigencia de la contrata”. Calificándose dicha infracción como muy grave, se entenderá que el empresario incurre en una infracción por cada uno de los trabajadores que hayan solicitado, obtenido o disfruten fraudulentamente de las prestaciones de Seguridad Social<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Artículo 42.3 Segundo párrafo.

<sup>34</sup> Artículo 23.2. LISOS.

El empresario al que pertenece el trabajador directamente, como el empresario principal en el caso de contrata o subcontratas, responderán solidariamente de la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el trabajador, en los casos de percibo indebidos de prestaciones de Seguridad Social sin haber sido dados de alta en la Seguridad Social<sup>35</sup> o cuando se produce falseamiento de documentos para que los trabajadores obtengan o disfruten fraudulentamente prestaciones, así como la connivencia con sus trabajadores o con los demás beneficiarios, para la obtención de prestaciones indebidas o superiores a las que procedan en cada caso, o para eludir el cumplimiento de las obligaciones que a cualquiera de ellos corresponda en materia de prestaciones<sup>36</sup>. También, cuando se incremente indebidamente la base de cotización del trabajador, de forma que provoque un aumento en las prestaciones que procedan, así como la simulación de la contratación laboral para la obtención indebida de prestaciones<sup>37</sup>.

Para los supuestos de la formación para el empleo, el artículo 23.1.h LISOS califica la infracción como muy grave, cuando “incurren los empresarios, las entidades de formación o aquellas que asuman la organización de las acciones formativas programadas por las empresas, en el falseamiento de documentos o en la simulación de la ejecución de la acción formativa, incluida la tele formación, para la obtención o disfrute indebido de bonificaciones en materia de formación profesional para el empleo”, en cuyo caso el artículo 23.2.4º párrafo dispone que “las entidades de formación o aquellas que asuman la organización de las acciones formativas programadas por las empresas y los solicitantes o beneficiarios de subvenciones y ayudas públicas, responderán solidariamente de la devolución de las cantidades disfrutadas de forma indebida por cada acción formativa”.

***2.4.1. El deber de vigilancia del cumplimiento de las condiciones materiales y formales de las contratistas y subcontratistas por la empresa principal en materia de prevención de riesgos laborales: presupuesto de la responsabilidad.***

En el artículo 24 LPRL se recoge una obligación en materia de prevención de riesgos laborales, para los casos de descentralización productiva, en los supuestos de la misma actividad y mismo centro de trabajo. La obligación contemplada en apartado 3 del referido artículo, supone el deber de vigilancia respecto del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, por parte del contratista o subcontratista. El artículo 24 LPRL determina una serie de especificidades:

1. Obligaciones exigidas ante la concurrencia de varias empresas en un mismo centro de trabajo. Comprenden los dos supuestos contemplados en los artículos 24. 1 y 2 LPRL. El apartado 1 determina que “cuando en un

---

<sup>35</sup> Artículo 23.2.3º párrafo LISOS en relación con el artículo 23.1.a LISOS.

<sup>36</sup> Artículo 23.2.3º párrafo LISOS en relación con el artículo 23.1.c LISOS.

<sup>37</sup> Artículo 23.2.3º párrafo LISOS en relación con el artículo 23.1.e LISOS.

mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales” y el apartado 2 dispone que “el empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias, para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo, reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores”. El apartado primero exige un deber de colaboración de todas las empresas que prestan servicios en un mismo centro de trabajo, cualquiera que sea la causa de la contratación y el motivo de su estancia en dicho centro de trabajo. El apartado 2 se refiere a la obligación del empresario principal como titular del centro de trabajo, lo que implica un supuesto de hecho diferenciado en principio, del supuesto típico de descentralización productiva con la misma actividad.

Las obligaciones referidas en el párrafo anterior y recogidas en el artículo 24.1 y 2 LPRL, son acumulables para el caso típico de contratación empresarial a través de contratistas o subcontratistas, para las que el artículo 24.3. LPRL reserva además unas obligaciones específicas<sup>38</sup>.

2. Las obligaciones contenidas en el artículo 24 LPRL determinan un deber objetivo limitado. Ello se deduce relacionando los artículos 24 LPRL y 42.3. LISOS, ya que de éste último se infiere, qué normas deben ser vigiladas en cuanto a su cumplimiento por el empresario principal, cuando se lleve a cabo la actividad del contratista o subcontratista en el centro de trabajo de aquel, que serán exclusivamente aquellas normas de prevención de riesgos que le sean de aplicación, en tanto se desarrolla la actividad del contratista o subcontratista en el centro de trabajo del empresario principal. Sin embargo lo dicho, el deber de vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención que le sea de aplicación, deviene en absoluto en cuanto a su intensidad, en los mismos términos que si fueren sus propios trabajadores. Se justifica lo dicho, ya que en caso contrario se permitiría la descentralización productiva sujeta a inferiores condiciones de seguridad. Lo contrario nos llevaría al absurdo de posibilitar la aplicación de condiciones de seguridad y protección distintas, aun encontrándonos ante la misma actividad y en el mismo centro de trabajo. Precisamente, la posibilidad de la imputación de la infracción solidaria ante el incumplimiento de las normas de prevención, en los términos contemplados en el artículo 42.3. LISOS, justifica la misma, en cuanto que ambos, principal y contratista o subcontratista son igualmente responsable, posibilitando la imputación solidaria de la infracción. Es decir, el presupuesto para admitir la responsabilidad del empresario principal, es

---

<sup>38</sup> González Ortega, S. y Aparicio Tovar, J., Comentarios a la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales. Trotta. Madrid, 1996. Página 164.



que se le pueda considerar como empresario infractor, lo que justifica la imputación solidaria de la infracción<sup>39</sup>.

Hay que hacer una apreciación al respecto de lo dicho. No siempre se van a dar las circunstancias que determinan la responsabilidad de ambos, comitente y contratista. Pudiera ser que se den determinadas situaciones, en las que quede exonerado de responsabilidad una de las dos partes, comitente o contratista. Para que el empresario principal pueda ser responsable, debe de haber incumplido sus obligaciones de vigilancia, lo que supone haber permitido por la principal, el desarrollo de la actividad por los trabajadores de la contratista o subcontratista, con incumplimiento de las normas en materia de prevención de riesgos. Sólo en éste caso, el empresario principal podrá ser considerado responsable y por ende, acreedor de que se inicie contra él un procedimiento sancionador, que supondría la imputación de la infracción de manera solidaria<sup>40</sup>.

La obligación del empresario principal no se agota con el cumplimiento del deber de vigilar, sino que al mismo hay que añadir que el comitente, como titular del centro de trabajo en el que se desarrolla la actividad, debe además garantizar que las condiciones en las que ésta se realiza cumplen las obligaciones dispuestas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales. De tal modo, que cuando el comitente incumpla cualquiera de los dos tipos de obligaciones referidas (de vigilancia y de cumplimiento de condiciones de trabajo), infringe la normativa de prevención, deviniendo por ende en responsable. Ahora bien, venimos diciendo que la imputación de responsabilidad por parte del empresario, requiere en cualquier caso el necesario juicio de culpabilidad individual de su conducta. Si se demuestra que el empresario principal o comitente y por la otra parte, el contratista o subcontratista, han cumplido de manera razonada con las obligaciones que en materia de prevención de riesgos laborales, haciendo inclusión a todos los efectos como obligación que es en la materia, la de vigilancia, podrán ser exonerado de responsabilidad, ya que sin incumplimiento, no hay culpa. Y como la ausencia de culpa impide la consideración de sujeto infractor del empresario, que no sería merecedor de la incoación del correspondiente proceso sancionador. Apostillando lo dicho en relación con el deber de vigilancia por el empresario principal, no puede llevarse al extremo de considerar dicha obligación en materia de prevención, como una obligación de naturaleza cuasi policial<sup>41</sup>, entendiéndose la misma cumplida en términos normales, de suficiente prudencia<sup>42</sup>.

La asunción de responsabilidades por infracción, por incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención por el empresario principal o el titular del centro de trabajo o comitente en su caso, en relación con su obligación de vigilancia o de

---

<sup>39</sup> Alfonso Mellado, C. L. Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998. Página 55.

<sup>40</sup> Alfonso Mellado, C. L. Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998. Página 55.

<sup>41</sup> STSJ de Cataluña de 4-6-94.

<sup>42</sup> Alfonso Mellado, C. L. Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998. Página 111.

cumplimiento de condiciones de trabajo, no se agota en su relación con el contratista primero en la escalera de descentralización productiva. Sino que se va sucediendo en forma de escalera conforme se incrementan los niveles de descentralización. De tal forma, que el contratista pasa a ser comitente en relación con el subcontratista y así sucesivamente. Siendo responsables de ese deber por la infracción, todos los intervinientes en la cadena de descentralización de manera ascendente<sup>43</sup>. A pesar de lo expuesto y entendiendo correcto dicha apreciación, otros piensan al respecto de manera más restringida, entendiendo que de la propia dicción del artículo 42.3 LISOS, solo se deriva la imputación de la responsabilidad solidaria por la infracción, única y exclusivamente a la empresa principal<sup>44</sup>. Sin embargo lo dicho, el TS<sup>45</sup> ha interpretado de manera extensa el artículo 24.3 LPRL, manifestando al respecto que si bien el referido artículo habla de la propia actividad, lo importante no es tanto encontrarse ante dicho supuesto, sino que el accidente haya tenido lugar por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad.

Por último, indicar como articular la responsabilidad solidaria, cuando existen varios niveles de subcontratación. Es decir, el supuesto de hecho se refiere a una cadena de responsabilidades, en forma de escalera ascendente, de tal forma que son sujetos de la imputación de la responsabilidad solidaria, todos los contratistas o subcontratistas que están por encima en esa escalera del subcontratista infractor directo en materia de prevención de riesgos laborales<sup>46</sup>. La opción contraria que no comparto, se refiere a la asunción exclusiva de la responsabilidad solidaria del empresario principal y no del resto de los existentes en la cadena o escalera de responsabilidades habitualmente descrita para articular visualmente la descentralización productiva<sup>47</sup>.

#### ***2.4.2. Las responsabilidades en materia salarial.***

En los casos de descentralización productiva correspondientes a la propia actividad, la empresa principal responde solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores durante la contrata, pudiendo imputarse la solidaridad durante el año siguiente a la

---

<sup>43</sup> Goerlich Peset, J. M., “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”. Actualidad Laboral nº8 1997. Página 149. Que manifiesta que: “las restricciones que literalmente se derivan del art. 42.2.1 LPRL deben ceder frente a la consideración del amplio ámbito del deber de vigilancia, que necesariamente, se proyecta en su correlativa responsabilidad solidaria”.

<sup>44</sup> Páramo Montero P., En torno al art. 42.2 de la LPRL: la problemática de la responsabilidad solidaria. Especial referencia a las obras de construcción. Relaciones Laborales nº20 1997. Página. 147.

<sup>45</sup> STS de 7 de octubre de 2008.

<sup>46</sup> Goerlich Peset, J. M., “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”. Actualidad Laboral nº8 1997. Página 149.

<sup>47</sup> Páramo Montero, P. “En torno al artículo 42.2 de la LPRL: la problemática de la responsabilidad solidaria. Especial referencia a las obras de construcción.” Revista Laboral. nº20-1997. Pág. 147. Decía el autor que: “no serían responsables solidarias todas las empresas comitentes respecto de las infracciones cometidas por sus respectivos contratistas... pues no cabe duda de que, si así lo hubiera deseado el legislador, bien que se hubiera cuidado de amarrar este extremo. Donde la ley no distingue no podemos distinguir nosotros, máxime si además esta interpretación conlleva una aplicación extensiva o analógica “in mala partem”, vetada en el derecho sancionador...”

terminación de la misma<sup>48</sup>. Está claro que el ámbito de la responsabilidad referida, se refiere a los conceptos salariales, incluyendo en este caso las cantidades adeudadas en concepto de vacaciones no disfrutadas, quedando fuera las obligaciones con naturaleza extra salarial, las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo, los salarios de tramitación, dada su condición indemnizatorio<sup>49</sup>.

#### ***2.4.3. Las diferentes articulaciones de la responsabilidad en materia de deudas por cuotas y prestaciones de Seguridad Social: la responsabilidad solidaria y subsidiaria.***

El artículo 42. 1 y 2 ET, establecen que los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad y no hayan obtenido la certificación negativa de descubierto en la Seguridad Social y exista descubierto de cuotas, responderá subsidiariamente por las deudas anteriores a la contratación empresarial que no hayan prescrito. Transcurrido el plazo de solicitud del certificado de descubierto, que es de un mes, sin contestación por la Tesorería sobre el mismo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante. Se imputará una responsabilidad solidaria por las obligaciones referidas a la Seguridad Social al empresario principal, durante el transcurso de la contrata, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, por las deudas de Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata. Las responsabilidades descritas se refieren a deudas por cuotas como por prestaciones de Seguridad Social. En ningún caso la responsabilidad descrita se refieren a las mejoras de la Seguridad Social<sup>50</sup>.

La responsabilidad solidaria descrita en el párrafo anterior, se refieren solo respecto de los trabajadores de la contratista o subcontratista que prestan servicios adscrito a la contrata o subcontrata como tal, no al resto de trabajadores pertenecientes a la plantilla y que no quedan circunscrito a la actividad contratada o subcontratada.

La responsabilidad solidaria asumida por el empresario principal se refiere a las del contratista como las del subcontratista. Se dice que aparece una responsabilidad solidaria en cadena, que se articula en forma de escalera ascendente. De tal forma que si la deuda se genera en la subcontratista, la responsabilidad solidaria sería imputada al contratista y al empresario principal al unísono.

Cuando la contratación o subcontratación empresarial no lo sea de la propia actividad, la empresa principal responderá subsidiariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social, contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores durante el período de la vigencia de la contrata<sup>51</sup>. Para que opere la imputación de la responsabilidad subsidiaria en el supuesto de hecho descrito, se exige

---

<sup>48</sup> Artículo 42.2 ET.

<sup>49</sup> STS 20 de febrero de 2006 y STS 19 de enero de 1998.

<sup>50</sup> STS 22 de diciembre de 2000.

<sup>51</sup> Artículo 142 en relación con el artículo 168 LGSS.

que el empresario contratista o subcontratista sea declarado insolvente<sup>52</sup>. Las responsabilidades descritas se refieren a deudas por cuotas como por prestaciones de Seguridad Social. En ningún caso la responsabilidad descrita no se refieren a las mejoras de la Seguridad Social.

## **2.5 Contrataciones de obras o servicios entre empresas pertenecientes a un mismo grupo de empresas.**

Se observa que muchos de los procesos de contratación y subcontratación empresarial se deben a una estrategia de empresas de grupo para flexibilizar la capacidad empresarial de adaptación al mercado y de gestión del personal, siendo relativamente habitual que la creación de una empresa en el contexto del grupo, supone a continuación la contratación empresarial entre algunas de las que ahora conforman el grupo y la nueva, mediante la técnica de la descentralización productiva. Para su análisis y comprensión de lo manifestado, vamos a distinguir los diferentes casos que se pueden dar en la práctica:

- a) La prestación indiferenciada y simultánea de servicios laborales para diversas empresas del grupo, dando lugar a una situación de “plantilla única”, una de las opciones contempladas por la jurisprudencia en el análisis del grupo de empresas y su funcionamiento.
- b) La prestación de servicios de manera sucesiva para varias de las empresas del grupo, sin demasiada claridad del porqué de esa movilidad de trabajadores pertenecientes a diferentes empresas en el seno del grupo de empresas al que todas ellas pertenecen.
- c) La prestación de servicios por trabajadores de una empresa para otra empresa del grupo, con ocasión de una contrata o subcontrata. Lo que supondría una situación diferenciada de la contemplada en el apartado a), lo que impide en principio la calificación como en dicho apartado se hacía de “la plantilla única”.
- d) Todos aquellos supuestos en los que pese a contemplarse un grupo de empresas, la situación debe ser calificada de cesión ilegal de mano de obra, debidamente simulada mediante la técnica de la descentralización productiva a través de la contratación entre empresas.

La cuestión que ahora se dilucida, la contratación empresarial a través de una contrata o subcontrata pertenecientes a un mismo grupo es en principio posible y por lo tanto lícito. Ahora bien, siendo la contrata y la cesión dos figuras jurídico-laborales que limitan entre sí, siendo los dos aspectos, legales e ilegales de una misma situación de hecho, la contratación como tal, hay que considerar la situación de manera

---

<sup>52</sup> STS de 22 de diciembre de 2000.

individualizada para poder calificarla, en orden a descartar que tales contrataciones escondan cesiones ilegales de trabajadores. En atención a los criterios e indicios jurisprudenciales que se viene exponiendo en este capítulo, sobre la distinción entre contrata y cesión de trabajadores, habrá de valorarse si la empresa que actúa como contratista, tiene una entidad propia como empresa, si ejerce el poder de dirección sobre los trabajadores empleados en la contrata y si asume el propio riesgo en la ejecución de la misma<sup>53</sup>. Pero, el caso contrario también se da y con más frecuencia de lo deseable, donde se constata el fenómeno interpositorio, amén de observarse que la empresa principal, en ocasiones actúa como empresa holding en el contexto del grupo, ha creado con capital propio aquella otra empresa con el fin expreso de externalizar sus actividades hacia aquella otra<sup>54</sup>.

También se han observado supuestos en los que una empresa transmite una unidad productiva autónoma de las enunciadas en el artículo 1.5 ET, caracterizadoras del concepto de centro de trabajo, pero con la finalidad de desgajarlo patrimonialmente de la empresa y adscribirlo a otra que se crea con ese sustrato patrimonial. Sin perjuicio de serle de aplicación el artículo 44 ET, sí además conciertan cualquier tipo de acuerdo en orden a la contratación entre empresas, estarán sujetas al régimen jurídico de la contratación a través de la contrata, cuando no sí se dan las condiciones ya expuesta, del supuesto de cesión ilegal de mano de obra.

### **3. Las Empresas de Trabajo Temporal.**

Las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) se insertan también en el marco genérico de la descentralización productiva. Los cambios habidos en la economía en general, han derivado en las transformaciones de los procesos productivos, que han supuesto nuevas formas de organización de las empresas, con repercusiones directas en el empleo y sus formas de ejecución. Es por tanto, una forma más de las diferentes opciones de la llamada externalización de la actividad productiva, también llamada “outsourcing”, en el que se incluyen entre otros: la subcontratación empresarial, los grupos de empresas, el teletrabajo, la utilización del trabajo autónomo.

A pesar de la contestación sindical habida para oponerse a su existencia, cuando en 1994 el legislador decidió regularlas en España, ya era una institución laboral de común uso en toda Europa, que en plena era post industrial habían sopesado la conveniencia de su utilización, por ser demanda por los nuevos procesos productivos, que requieren adaptaciones permanentes a las diferentes situaciones que se le presentan a las empresas en el devenir de su actividad. El Convenio 96 de la OIT, ha venido regulando la actividad de las ETT por entender que su actuación, cuando se desarrolla de forma debidamente controlada, lejos de perjudicar a los trabajadores por ellas contratados, pueden canalizar un volumen muy importante de empleo, cuya especialización e inmediatez en la respuesta, sobre todo en el sector servicios, no puede

---

<sup>53</sup> STS 25 de junio de 2009.

<sup>54</sup> STS 13 de diciembre de 1990.

ofrecerse a través de los mecanismos tradicionales. Hasta ese momento, España se mantuvo ajeno a esa posibilidad. Es más, el artículo 43 ET calificaba de cesión ilegal, cualquier tipo de reclutamiento y contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario, cualesquiera que sean los títulos de dicho tráfico de mano de obra, así como la utilización de los servicios de dichos trabajadores, sin incorporarlos al personal de la empresa en que trabajan. Sin embargo, eran admitidas otras formas de externalización de la actividad, siendo la más representativa y de mayor uso, la posibilidad de contratar una ejecución de obra o la prestación de un servicio, contratando o subcontratando la actividad, en los términos contemplados en el artículo 42 ET.

La situación de desastre en materia de empleo se cebaba con España con unas tasas de desempleo inasumible en 1994. El gobierno de entonces asumió la necesidad modernizar el marco de relaciones laborales entonces existentes y que imposibilitaba a las empresas ajustar sus necesidades de producción, incluido en ello el del factor trabajo, a la situación cambiante del mercado. España había ingresado en la CEE en 1985 y su fundamento principal era el llamado Mercado Común. La necesidad de adecuar nuestra legislación, era una obviedad, ya que en caso contrario los desequilibrios del mercado de trabajo se agudizarían una vez más, alejándonos como casi siempre, de las posibilidades de encauzar adecuadamente los desequilibrios estructurales padecidos por nuestro mercado de trabajo, que redundan al final en una cifra insostenible de desempleo.

Las dos centrales sindicales más representativas, UGT y CC.OO, no solo se opusieron sino que desplegaron una conducta activa contraria a su implantación. Los riesgos que justificaban la oposición sindical, no se refieren necesariamente de la actividad que desarrollan, sino de la posibilidad de actuaciones mal intencionadas que posibilite la aparición de intermediarios o testaferros en el mercado de trabajo, con la única intención de eludir sus obligaciones laborales y de Seguridad Social.

Es importante advertir que el mercado de trabajo español no puede funcionar, sin tener en cuenta las reglas de juego existentes en Europa, porque la lógica de funcionamiento del mercado único europeo, como espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, queda garantizada, sólo nos permitirá converger realmente con Europa, en la medida en que dispongamos de similares instrumentos de regulación de las condiciones de trabajo, que suponen sin duda, el necesario acomodo a las demandas del mercado, sin menoscabo de los derechos de los trabajadores.

Consolidada la Transición española, a partir de la década de 1980, se produce una profunda reestructuración económica y productiva, que modifica las estrategias de organización de muchas empresas y por otra parte, se inicia el proceso de privatizaciones del antiguo sector público español, que llevan al traste el “status quo” hasta entonces existe en el panorama de las relaciones industriales y por ende laborales. Los cambios económicos y tecnológicos en las que se ven involucradas las empresas, exigen mayores factores de flexibilidad en todos los ámbitos empresariales, ya sean ámbitos de producción, gestión y comercialización. Quizás, este nuevo momento

pretenden investigar todas las opciones que permitan a las empresas obtener ventajas competitivas, entre las que sobresale la fragmentación del ciclo productivo. El mercado demanda organizaciones más flexibles y las empresas necesitan disponer de los mecanismos regulatorios que les permita esa permanente adecuación a las cambiantes condiciones del mercado, lo que solo es posible buscando organizaciones económicas más flexibles. Es el fenómeno de la descentralización productiva, la que sin duda ha permitido a las empresas iniciar ese nuevo momento, ya que hasta entonces el ordenamiento laboral seguía anquilosado resistiéndose a cualquier tipo de cambio.

El fenómeno de la descentralización productiva pueda y deba ser apreciado desde dos perspectivas: la vertiente patológica y la dimensión fisiológica. En su acepción “patológica”<sup>55</sup>, la descentralización aparece como una técnica de organización empresarial de reducción de costes y de riesgos, flexibilizando la utilización de la mano de obra y debilitando el poder de los sindicatos. Frente a lo cual su acepción “fisiológica”<sup>56</sup>. Concebida como el modo de flexibilizar la capacidad productiva, estableciendo diferenciaciones en el proceso de producción, de tal manera que el núcleo central retenga las funciones principales y se externalicen las funciones accesorias para una completa realización del proceso. Ello entraña una compleja red de relaciones de cooperación entre las distintas empresas encadenadas, frente a la concepción tradicional de la empresa aislada y autosuficiente.

Como una institución más de las que engloban el concepto “descentralización productiva”, las ETT aparecen en un lugar intermedio entre la descentralización interna y externa<sup>57</sup>, consecuencia de la libertad de empresa y construida desde 1994, por una específica regulación legal<sup>58</sup>, que ha ido sufriendo modificaciones importantes, hasta generalizarse sus posibilidades de utilización, con la reforma emprendida por la Ley 35/2010.

A través de las ETT se canalizan un volumen muy importante de empleo, cuya especialización e inmediatez en la respuesta, sobre todo en el sector servicios, no puede ofrecerse a través de los mecanismos tradicionales. Con el concurso de las ETT, la cesión de trabajadores que se realiza mediante ellas, se inserta plenamente en el proceso de exteriorización de la organización productiva, formalizando la disociación entre quien contrata y remunera la prestación y quien la utiliza efectivamente. Y en este modelo de empresa “flexible” las ETT sirven fundamentalmente para llevar a cabo un sistema de gestión competitiva, flexibilizando la utilización del factor trabajo<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> Monereo Pérez. J.L y moreno vida, M.N. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Nº 48. Página 42.

<sup>56</sup> Monereo Pérez. J.L y moreno vida, M.N. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Nº 48. Página 42.

<sup>57</sup> Paz Ares, C. y Alfaro Águila-Real. J.: «El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y la planificación (Comentario al art. 38 CE)», en Monereo Pérez, Molina Navarrete y Moreno Vida (Dir.): Comentario a la Constitución Socioeconómica de España. Edit. Comares. Granada, 2002.

<sup>58</sup> Monereo Pérez. J.L y moreno vida, M.N. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Nº 48. Página 43.

<sup>59</sup> Monereo Pérez, J.L.: Introducción al nuevo Derecho del Trabajo, Tirant Lo Blanch. Páginas 110 y ss.

### **3.1. La cesión legal de trabajadores a través de las ETT.**

Un empresario con necesidades temporales de contratación, puede optar entre llevar a cabo directamente la contratación del trabajador sujeto a un contrato temporal o en su caso recurrir al concurso de una ETT, para que por esta le sea facilitado o cedido un trabajador, al empresario con necesidades reales de contratación. Es decir, la ETT contrata un trabajador con la finalidad de ser cedido, al empresario que requiere el trabajo temporal del trabajador. Este empresario en el esquema de contratación en el que intervienen una ETT, que es el que contrata al trabajador, se llama empresa usuaria, que es la que efectivamente recibe la prestación de servicios.

Estamos ante una cesión “legal” de trabajadores, cuyo monopolio lo tienen en nuestro ordenamiento las ETT. Es por ello, por lo que para constituirse como ETT, se requiere autorización administrativa, para lo cual deberá constituir una determinada garantía financiera, inscribirse en el correspondiente registro de ETT, quedando obligado la ETT desde que comienza a operar como tal, a informar de aquellas obligaciones que la Ley le exige<sup>60</sup>.

### **3.2. Cautelas para su funcionamiento: garantías para el cumplimiento para el que nacieron.**

En sus principios, allá por 1994, los detractores de esta institución, aducían y justificaban su oposición por responder a un mecanismo de descentralización productiva “sui generis”, cuyo objetivo determinante es la flexibilización de las relaciones de trabajo, posibilitando costes laborales sustancialmente inferiores. Pero pronto, se disipó este problema con la reforma de 1998, que exigía que el trabajador que preste servicios en la empresa usuaria, cobre al menos según el convenio de ésta empresa, como si de un trabajador suyo se tratara. Por lo tanto, la flexibilización que otorga su utilización, no se justifica desde entonces por las diferencias salariales que pudieran existir. Por lo que se clarifica desde entonces, cuál va a ser su ámbito de desenvolvimiento y por qué las empresas utilizan esta posibilidad que el ordenamiento les brinda. Sí a todo ello le unimos las especiales obligaciones que se le imponen a las ETT para su funcionamiento, debemos concluir encontrarnos ante una institución seria, sobre las que las dudas principalmente sindicales, se han disipado.

El artículo 116 Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, modifica la LETT (artículos 1 a 5), en todo lo concerniente al régimen interno de la ETT como empresa, referida la modificación a las obligaciones cuyo cumplimiento la ley exige a las ETT para su autorización y mantenimiento de la autorización, para operar como tales en el mercado.

---

<sup>60</sup> Todo ello se regula en los artículos 2 a 5 LETT, desarrollados por los artículos 1 a 13 y 16 RD. 4/1995, de 13 de enero. Los artículos 2 a 5 LETT han sido modificados por el RD-Ley 8/2014, de 4 de julio. La actividad transnacional de las ETT se regulan los artículos 22 a 27 LETT.



Se requiere mantener la estructura organizativa que fue valorada para la concesión de la autorización para operar como ETT, así como actualizar anualmente la garantía financiera. Cuando la autoridad laboral aprecie que se incumplen los requisitos exigidos para su autorización, iniciará de oficio un procedimiento, con el fin de serle revocada dicha autorización.

Especial relieve adquiere la garantía financiera. El primer año se le exige como requisito constitutivo, el depósito de un importe igual o superior a 25 veces el SMI en cómputo anual. En los siguientes ejercicios, esta garantía deberá tender a alcanzar un importe igual al 10% de la masa salarial del ejercicio económico inmediatamente anterior, sin que en ningún caso pueda bajar de la cifra exigida para su constitución en el expediente de autorización. Ésta garantía se instituye para responder de las deudas de la ETT por indemnizaciones, de tipo salarial o las de Seguridad Social. La ejecución de la misma puede ser instada por el trabajador afectado, siempre que estén pendientes de pago.

### **3.3. El contrato de puesta a disposición.**

Es el celebrado entre la ETT y la empresa usuaria, teniendo por objeto la cesión del trabajador por la ETT a la usuaria, quedando incorporado el trabajador en la estructura organizativa de ésta y a cuyo poder de dirección se debe. Los frutos del trabajo desarrollado por el trabajador, pertenecen a la empresa usuaria.

El ámbito objetivo del contrato de puesta a disposición, se encontró desde los inicios sujetos a importantes limitaciones o prohibiciones, que han terminado por desaparecer una parte importante de ellas. Se excluye de la posibilidad de celebrar contratos de puesta a disposición<sup>61</sup>, en los siguientes casos: a) Para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria. b) Para la realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en el trabajo, en los términos previstos en la disposición adicional segunda de esta Ley y, de conformidad con ésta, en los convenios o acuerdos colectivos<sup>62</sup>. c) Cuando en los doce meses inmediatamente anteriores a la contratación la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que se pretendan cubrir por despido improcedente o por las causas previstas en los artículos 50, 51 y 52, apartado c) ET, excepto en los supuestos de fuerza mayor. d) Para ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal.

Considerando las restricciones antes enumeradas, pasamos a los supuestos de utilización, en los términos contemplados en el artículo 6 LETT<sup>63</sup>: a) Podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa

---

<sup>61</sup> Artículo 8 LETT.

<sup>62</sup> Letra b) del artículo 8 redactada por el apartado uno del artículo 17 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo

<sup>63</sup> Número 2 del artículo 6 redactado por el apartado 1 del número uno del artículo 3 del R.D.-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15 ET. b) Asimismo, podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de trabajo en prácticas o un contrato para la formación y el aprendizaje conforme a lo dispuesto en el artículo 11 ET.

La duración de los contratos de puesta a disposición estará a lo dispuesto en los artículos 11 y 15 ET y en sus disposiciones de desarrollo para la modalidad de contratación correspondiente al supuesto del contrato de puesta a disposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12.3 LETT, en cuanto a los eventuales períodos de formación previos a la prestación efectiva de servicios<sup>64</sup>, que formará parte de la duración del contrato de puesta a disposición, pero será en todo caso previo a la prestación efectiva de los servicios. Si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido.

Sí a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma con un contrato indefinido<sup>65</sup>. Será nula la cláusula del contrato de puesta a disposición que prohíba la contratación del trabajador por la empresa usuaria a la finalización del contrato de puesta a disposición<sup>66</sup>.

### ***3.3.1. Ámbito de aplicación del contrato de puesta a disposición: el juego de las prohibiciones y de la intervención de la negociación colectiva.***

Las ETT se han revelado como un potente agente dinamizador del mercado de trabajo. El legislador ha ampliado ostensiblemente las actividades que van a poder desarrollar, añadiendo las actividades de formación para la cualificación profesional y de consultoría y asesoramiento de recursos humanos.

La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, introdujo modificaciones de calado en el régimen jurídico aplicable a las ETT, dirigidas a incorporar a nuestro Derecho de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de ETT. Además de determinadas modificaciones referidas al principio de igualdad de trato entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y los trabajadores de las empresas usuarias, la adaptación a la legislación comunitaria

---

<sup>64</sup> Número 1 del artículo 7 redactado por el apartado 2 del número uno del artículo 3 del R.D.-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores

<sup>65</sup> Artículo 7.2.LETT.

<sup>66</sup> Artículo 7.3.LETT.

obligó a revisar las restricciones que se aplicaban a las ETT<sup>67</sup>. Para aplicar esta medida, se reservó un período para que la negociación colectiva, dentro de los sectores que hasta la promulgación de la referida Ley 35/2010, se encontraban excluidas de la actividad de las ETT por razones de seguridad y salud en el trabajo, pudieran de manera razonada y justificada, definir los empleos u ocupaciones de especial riesgo, que no debieran ser objeto de contratos de puesta a disposición. Una vez concluido este período y respetando ciertas excepciones para empleos u ocupaciones determinadas que se hayan acordado, se derogaron con algunas excepciones, las restricciones que hasta entonces existían para la formalización del contrato de puesta a disposición. Se establecieron requisitos complementarios para que las empresas de trabajo temporal pudieran realizar contratos de puesta a disposición de trabajadores en estos sectores, mediante el refuerzo de las exigencias en materia de prevención de riesgos laborales y de formación preventiva de los trabajadores.

Los sectores donde ha habido intervención al respecto por la negociación colectiva han sido el de la construcción y el del metal. El acuerdo de negociación colectiva en el sector de la construcción<sup>68</sup> ha incluido limitaciones totales y parciales para la contratación de trabajadores de ETT en determinadas ocupaciones, por razones de seguridad en el trabajo. Tampoco se podrán contratar a trabajadores para desarrollar cualquier tarea que conlleve un riesgo eléctrico de alta tensión, según el acuerdo estatal del sector del metal<sup>69</sup>.

A modo de síntesis, no se podrán celebrar contratos de puesta a disposición, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 y Disposición Adicional 2ª LETT, en los siguientes supuestos: a) Para sustituir trabajadores en huelga en la empresa usuaria; b) Para la realización de trabajos de especial peligrosidad: expuestos a radiaciones ionizantes, a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera y segunda categoría<sup>70</sup>.

Por lo que se pueden celebrar contratos de puesta a disposición, además de en los supuestos generalmente contemplados en el artículo 6 LETT, en las siguientes actividades, siempre considerando en cada caso, las limitaciones que dispongan al efecto la negociación colectiva: construcción, minería a cielo abierto y de interior, industrias extractivas por sondeos en superficies terrestres, trabajos en plataformas

---

<sup>67</sup> Las actividades consideradas de especial peligrosidad, incluían: -Trabajos de minería de interior o a cielo abierto, que requieran el uso de técnica minera. -Trabajos en las industrias extractivas en sondeos terrestres. -Trabajos en plataformas marinas. - Fabricación, manipulación y utilización de explosivos. - Trabajos que implique la exposición a radiaciones ionizantes. -Trabajos con exposición a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción. -Trabajos con exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4.

<sup>68</sup> Resolución de 5.04.11, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el acta con los acuerdos de modificación del IV convenio general del sector de la construcción e incorporación al mismo de un anexo VII, BOE 15.04.11.

<sup>69</sup> Resolución de 5.04.11, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el acta de los acuerdos referentes a la modificación del acuerdo estatal del sector del metal, BOE 15.04.11.

<sup>70</sup> RD 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas y RD 255/2003. Real Decreto 255/2003, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos.

marinas, fabricación, manipulación y utilización de explosivos y los trabajos con riesgos en alta tensión.

### **3.3.2. Formalización del contrato de puesta a disposición.**

La formalización del contrato de puesta a disposición se hace por escrito, en modelo oficial<sup>71</sup>, por duplicado, siendo su contenido mínimo el siguiente<sup>72</sup>:

a) Datos identificativos de la empresa de trabajo temporal, haciendo constar el número de autorización, número de identificación fiscal y códigos de cuenta de cotización a la Seguridad Social.

b) Datos identificativos de la empresa usuaria, indicando, expresamente, número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social.

c) Supuesto de celebración, con expresión concreta de la causa que lo justifica, según lo dispuesto en el artículo 6.2 LETT.

d) Contenido de la prestación laboral y cualificación requerida.

e) La establecida en el artículo 2 Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal<sup>73</sup>.

f) Servicios comunes e instalaciones colectivas de la empresa usuaria.

---

<sup>71</sup> El artículo 15.3 RETT dispone al efecto que: “Los contratos de puesta a disposición que, sin eliminar ninguno de los conceptos contenidos en el modelo que se establezca en las disposiciones de desarrollo de este real decreto ni alterar su denominación, contengan modificaciones de carácter puramente formal o incluyan elementos adicionales de información se considerarán ajustados al citado modelo”.

<sup>72</sup> Artículo 15 RETT.

<sup>73</sup> 1. Con carácter previo a la celebración del contrato de puesta a disposición, la empresa usuaria deberá informar a la empresa de trabajo temporal sobre las características propias del puesto de trabajo y de las tareas a desarrollar, sobre sus riesgos profesionales y sobre las aptitudes, capacidades y cualificaciones profesionales requeridas, todo ello desde el punto de vista de la protección de la salud y la seguridad del trabajador que vaya a ser contratado y de los restantes trabajadores de la empresa usuaria. A tal efecto, la celebración de un contrato de puesta a disposición sólo será posible para la cobertura de un puesto de trabajo respecto del que se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos laborales, conforme a lo dispuesto en los artículos 15.1.b) y 16 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en el capítulo II del Reglamento de los Servicios de Prevención. 2. La información a la que se refiere el apartado anterior deberá incluir necesariamente los resultados de la evaluación de riesgos del puesto de trabajo a cubrir, con especificación de los datos relativos a: a) Riesgos laborales de carácter general existentes en el centro de trabajo y que pudieran afectar al trabajador, así como los específicos del puesto de trabajo a cubrir. b) Medidas de prevención a adoptar en relación con los riesgos generales y específicos que pudieran afectar al trabajador, con inclusión de la referencia a los equipos de protección individual que haya de utilizar y que serán puestos a su disposición. c) Formación en materia de prevención de riesgos laborales que debe poseer el trabajador. d) Medidas de vigilancia de la salud que deben adoptarse en relación con el puesto de trabajo a desempeñar, especificando si, de conformidad con la normativa aplicable, tales medidas tienen carácter obligatorio o voluntario para el trabajador y su periodicidad. 3. Las informaciones previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo deberán incorporarse en todo caso al contrato de puesta a disposición.

- g) Duración prevista del contrato.
- h) Lugar y horario de trabajo.
- i) Precio convenido.
- j) Retribución total.
- k) Convenio colectivo de aplicación en la empresa usuaria.

Cuando el contrato de puesta a disposición tiene por objeto la cesión de trabajadores para la formación o el aprendizaje, se designará a la persona de la empresa usuaria que se encargará de tutelar el desarrollo de la actividad laboral del trabajador.

### **3.4. La prevención de riesgos en la relación triangular.**

La cuestión que ahora se dilucida aparece regulada en el artículo 12.3 LETT, desarrollado por los artículos 2 y 3 RD 216/1999, de 5 de febrero, y todo ello en relación con lo dispuesto en el artículo 28 LPRL.

La empresa de trabajo temporal deberá asegurarse de que el trabajador, previamente a su puesta a disposición de la empresa usuaria, posee la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vaya a estar expuesto. En caso contrario, deberá facilitar dicha formación al trabajador, con medios propios o concertados, y durante el tiempo necesario, que formará parte de la duración del contrato de puesta a disposición, pero será en todo caso previo a la prestación efectiva de los servicios. A tal efecto, la celebración de un contrato de puesta a disposición sólo será posible para la cobertura de un puesto de trabajo, respecto del que se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos laborales, conforme a lo dispuesto en los artículos 15.1.b) y 16 LPRL. El gasto de formación en materia preventiva, será computado en el fondo que deberán constituir las ETT con el 1% de la masa salarial, para la formación de los trabajadores contratados para ser cedidos a las empresas usuarias, si bien el montante así constituido, no constituye en ningún caso un límite a las necesidades de formación en materia preventiva<sup>74</sup>.

Con carácter previo a la celebración del contrato de puesta a disposición, la empresa usuaria deberá informar a la empresa de trabajo temporal sobre las características propias del puesto de trabajo y de las tareas a desarrollar, sobre sus riesgos profesionales y sobre las aptitudes, capacidades y cualificaciones profesionales requeridas, todo ello desde el punto de vista de la protección de la salud y la seguridad del trabajador que vaya a ser contratado y de los restantes trabajadores de la empresa usuaria. La información referida deberá incluir necesariamente los resultados de la

---

<sup>74</sup> Artículo 12.3 LETT.

evaluación de riesgos del puesto de trabajo a cubrir, con especificación de los datos relativos a: a) Riesgos laborales de carácter general existentes en el centro de trabajo y que pudieran afectar al trabajador, así como los específicos del puesto de trabajo a cubrir. b) Medidas de prevención a adoptar en relación con los riesgos generales y específicos que pudieran afectar al trabajador, con inclusión de la referencia a los equipos de protección individual que haya de utilizar y que serán puestos a su disposición. c) Formación en materia de prevención de riesgos laborales que debe poseer el trabajador. d) Medidas de vigilancia de la salud que deben adoptarse en relación con el puesto de trabajo a desempeñar, especificando si, de conformidad con la normativa aplicable, tales medidas tienen carácter obligatorio o voluntario para el trabajador y su periodicidad<sup>75</sup>. Las informaciones que debe suministrar la empresa usuaria a la ETT antes referidas, previstas en el artículo 2. 1 y 2 RD 216/1999, deberán incorporarse en todo caso al contrato de puesta a disposición<sup>76</sup>.

Los trabajadores contratados por empresas de trabajo temporal, deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios, incluida la vigilancia de la salud en los términos establecidos en el artículo 22 LPRL. Es decir, no se justificará en ningún caso una diferencia de trato por lo que respecta a las condiciones de trabajo, en lo relativo a cualquiera de los aspectos de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. Para garantizarlo, la empresa usuaria está obligada a informar a los representantes de los trabajadores en la misma, de la adscripción de los trabajadores puestos a disposición por la empresa de trabajo temporal. Dichos trabajadores podrán dirigirse a estos representantes en el ejercicio de los derechos reconocidos en la presente Ley<sup>77</sup>.

De lo dicho y a efectos prácticos se dispone que la empresa usuaria sólo podrá cubrir un puesto con un trabajador cedido por una ETT, si se ha realizado previamente la evaluación de riesgos de ese puesto y además se ha revisado ésta, teniendo en cuenta que esos riesgos han podido agravarse o verse modificados precisamente por el hecho de que el puesto sea cubierto por un trabajador de una ETT. La planificación de la actividad preventiva deberá tener en cuenta la incorporación de trabajadores de ETT, considerando las especificidades personales, principio básico de la acción preventiva en las empresas.

### ***3.4.1. Obligaciones que asume la empresa usuaria<sup>78</sup>.***

Antes de firmar el contrato de puesta a disposición con una ETT, la empresa usuaria deberá remitir información a la ETT, relacionada con los riesgos específicos del

---

<sup>75</sup> Artículo 2 RD 216/199, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal.

<sup>76</sup> Artículo 2.3 RD 216/1999.

<sup>77</sup> Artículo 28 LPRL.

<sup>78</sup> Artículo 2 y 4 Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal.

puesto que va a desempeñar el trabajador, concretado en lo siguiente: características del puesto y tareas concretas, formación e información en prevención de riesgos laborales que le corresponde al trabajador, equipos de protección que va a necesitar, cualificaciones profesionales específicas que necesita poseer y la vigilancia de su salud.

Informar a la representación unitaria de los trabajadores de la empresa usuaria, antes de la incorporación real del trabajador a su puesto de trabajo de lo siguiente: - entrega de la copia básica del contrato. -El centro de trabajo en el que va a prestar servicios el trabajador. -Características del puesto. -Funciones y tareas. -Equipos de trabajo y productos químicos que utilizará. -Aptitudes, capacidades o cualificaciones profesionales requeridas. -Riesgos laborales generales y específicos del puesto y sus correspondientes medidas de prevención.- Reflejo de la incorporación del trabajador en el Plan de prevención.

Información que suministrará la empresa usuaria al trabajador y la formación que le será impartida por ésta al trabajador. Antes de iniciarse la actividad y con independencia de la que ya haya ofrecida la ETT, la empresa usuaria está obligada a darle cuenta de los riesgos del puesto de trabajo, generales y específicos, informándole y formándolo. La empresa usuaria no debe limitarse a repetir lo que ya ha hecho la ETT, sino que debe informarle más ampliamente, incluyendo lo siguiente: -Cómo está organizada la prevención en la empresa, a lo que debe incluirse los nombres de los responsables. -Quiénes son los recursos preventivos y la constitución del servicio de prevención. -Quiénes son los integrantes de la representación unitaria de los trabajadores con competencia en materia de prevención. -Protocolos de actuación y funcionamiento de las emergencias y medidas de prevención previstas. -Identificación del puesto de trabajo y su ubicación en el centro de trabajo). -Relación de los equipos de protección individuales que son de uso obligatorio en cada puesto de trabajo y elementos de protección colectivos de uso obligado para el desarrollo de la actividad.

Con independencia del cumplimiento material por la ETT de sus obligaciones, la empresa usuaria tiene la obligación de asegurarse de que la ETT las ha cumplido, no debiendo permitir que el trabajador comience a prestar servicios hasta que no quede certificado el cumplimiento. Para que no se ofrezcan dudas al respecto, dichos documentos deberán encontrarse firmados por el trabajador.

Concurrencia de actividades. Si en el centro de trabajo en el que va a prestar servicios el trabajador cedido por una ETT, concurren las actividades de otras empresas, la empresa usuaria asume las siguientes obligaciones: -Poner en conocimiento al trabajador de dicha circunstancias, para que pueda participar en la puesta en marcha de los medios de coordinación preventiva entre las empresas. -Suministrar información sobre los riesgos derivados de la concurrencia de actividades y sobre las medidas de prevención y emergencia. -Advertir al trabajador de los riesgos comunicados por las otras empresas. -Informarle sobre los medios de coordinación previstos, siendo muy importante la puesta en conocimiento de la persona que asume las funciones de coordinador.

### **3.4.2. Obligaciones que asume la ETT<sup>79</sup>.**

La ETT está obligada antes del inicio de la actividad del trabajador en la empresa usuaria a lo siguiente: -Realizar la vigilancia de la salud del trabajador, lo que posibilita acreditar que el estado físico-psíquico del trabajador es compatible con el puesto, según la evaluación de riesgos. -Informar al trabajador de los riesgos a los que se expone, comprendiendo ello además de la información referida a la evaluación genéricas correspondiente a la actividad de la empresa, la específica referida al puesto de trabajo que desempeñará el trabajador. El trabajador también debe conocer las medidas de emergencia y evacuación. -Determinar si el trabajador es apto para el puesto. -Procurarle al trabajador la formación e información necesarias para realizar la actividad en condiciones de seguridad.

### **3.5. La relación laboral del trabajador con la empresa de trabajo temporal.**

El contrato de trabajo celebrado entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador para prestar servicios en empresas usuarias, podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición. Dichos contratos se deberán formalizar por escrito de acuerdo a lo establecido para cada modalidad. Es la ETT la obligada a comunicar su contenido a la oficina pública de empleo, en el plazo de los diez días siguientes a su celebración<sup>80</sup>.

Las ETT podrán celebrar contratos de trabajo en prácticas y contratos para la formación y el aprendizaje con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de las empresas usuarias de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora de dichos contratos. Serán las ETT las responsables de las obligaciones relacionadas con los temas relativos a los aspectos formativos del contrato para la formación y el aprendizaje, siempre que cumpla los requisitos dispuesto en el artículo 18.4 RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual. Será la persona nombrada por la empresa usuaria, la que deberá tutelar el desarrollo de la actividad laboral, ejerciendo así la tutoría, debiendo poseer la cualificación o experiencia profesional adecuada. Será responsable del seguimiento del acuerdo para la actividad formativa anexo al contrato, de la coordinación de la actividad laboral con la actividad formativa, y de la comunicación con el centro de formación. Deberá elaborar al finalizar la relación de trabajo del trabajador, un informe sobre el desempeño del puesto de trabajo. Por su parte, el centro formativo designará una persona, profesora o formadora que será la interlocutora con la ETT, para el desarrollo de la actividad

---

<sup>79</sup> Artículos 3 y 5 Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal.

<sup>80</sup> Artículo 10.1 LETT.



formativa y laboral establecida en el contrato<sup>81</sup>. Ya que será la empresa que celebre el contrato para la formación y el aprendizaje, o sea la ETT, la que deberá suscribir simultáneamente con el contrato de trabajo, un acuerdo con el centro de formación que imparta la formación y con el trabajador, que se anexará al contrato de trabajo.

La ETT podrá celebrar también con el trabajador un contrato de trabajo para la cobertura de varios contratos de puesta a disposición sucesivos con empresas usuarias diferentes, siempre que tales contratos de puesta a disposición estén plenamente determinados en el momento de la firma del contrato de trabajo y respondan en todos los casos a un supuesto de contratación eventual de los contemplados en el artículo 15.1.b) ET, debiendo formalizarse en el contrato de trabajo cada puesta a disposición<sup>82</sup>.

### ***3.5.1. Derechos de los trabajadores contratados por la ETT<sup>83</sup>.***

Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias, tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas, a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto. Se considerarán condiciones esenciales de trabajo y empleo las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos.

La remuneración comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo. Deberá incluir, en todo caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones. Será responsabilidad de la empresa usuaria la cuantificación de las percepciones finales del trabajador y, a tal efecto, dicha empresa usuaria deberá consignar las retribuciones a que se refiere este párrafo en el contrato de puesta a disposición del trabajador.

También, dichos trabajadores tendrán derecho a que se les apliquen las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.

Cuando el contrato se haya concertado por tiempo determinado, finalizado el contrato conforme a las causas consignadas válidamente en el mismo, salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario<sup>84</sup>, el

---

<sup>81</sup> Artículos 20 y 21 RD 1529/2012, de 8 de noviembre.

<sup>82</sup> Artículo 10.3 LETT.

<sup>83</sup> Artículo 11 LETT.

<sup>84</sup> Artículo 49.1 ET.

trabajador tendrá derecho, a recibir una indemnización económica a la finalización del contrato de puesta a disposición equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o a la establecida en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación. La indemnización podrá ser prorrateada durante la vigencia del contrato.

### ***3.5.2 Obligaciones de la ETT para con sus trabajadores contratados para ser cedidos<sup>85,86</sup>.***

Corresponde a la empresa de trabajo temporal el cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social en relación con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de la empresa usuaria.

La empresa de trabajo temporal deberá asegurarse de que el trabajador, previamente a su puesta a disposición de la empresa usuaria, posee la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vaya a estar expuesto. En caso contrario, deberá facilitar dicha formación al trabajador, con medios propios o concertados, y durante el tiempo necesario, que formará parte de la duración del contrato de puesta a disposición, pero será en todo caso previo a la prestación efectiva de los servicios. A tal efecto, la celebración de un contrato de puesta a disposición sólo será posible para la cobertura de un puesto de trabajo respecto del que se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos laborales, conforme a lo dispuesto en los artículos 15.1.b) y 16 de la LPRL. Con carácter general en materia de prevención de riesgos laborales se fijan las siguientes obligaciones<sup>87</sup>:

1. Para la ejecución del contrato de puesta de disposición, la ETT deberá contratar o asignar el servicio a un trabajador que reúna, o pueda reunir, en su caso, previa la formación a la que se refiere el apartado 3 de este artículo, los requisitos previstos en el mismo en materia de prevención de riesgos laborales, asegurándose de su idoneidad al respecto.
2. Los trabajadores a que se refiere el apartado anterior deberán ser informados previamente por la ETT de toda información recibida de la empresa usuaria en cumplimiento del artículo 2. Dichas informaciones se incorporarán igualmente al contrato de trabajo de duración determinada u orden de servicio, en su caso.

---

<sup>85</sup> Las empresas de trabajo temporal estarán obligadas a destinar anualmente el 1 por 100 de la masa salarial a la formación de los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias, sin perjuicio de la obligación legal de cotizar por formación profesional. El gasto de formación en materia preventiva será computado a efectos de lo dispuesto en el apartado 2 anterior, pero el montante establecido en dicho apartado no constituye en ningún caso un límite a las necesidades de formación en materia preventiva.

<sup>86</sup> Artículo 12 LETT.

<sup>87</sup> Artículo 3 Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal.

3. La ETT deberá asegurarse de que el trabajador, previamente a su puesta a disposición en la empresa usuaria, posee la formación teórica y práctica en materia preventiva necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar. A tal fin, comprobará fehacientemente que la formación del trabajador es la requerida y que se encuentra actualizada y adaptada a la evolución de los equipos y métodos de trabajo y al progreso de los conocimientos técnicos. En caso contrario, deberá facilitar previamente dicha formación al trabajador, con medios propios o concertados, durante el tiempo necesario, que formará parte de la duración del contrato de puesta a disposición, pero será previo en todo caso, a la prestación efectiva de los servicios. Si resultase necesario un especial adiestramiento en materia preventiva en el puesto de trabajo, esta parte de la formación podrá realizarse por la empresa de trabajo temporal en la propia empresa usuaria, antes del comienzo efectivo del trabajo. Esta formación podrá también ser impartida por la empresa usuaria, con cargo a la ETT, previo acuerdo escrito entre ambas empresas.

4. Los trabajadores puestos a disposición tienen derecho a la vigilancia periódica de su salud a cargo de la ETT en los términos previstos en el artículo 22 LPRL y en el artículo 37.3 del RSP, teniendo en cuenta las características del puesto de trabajo a desempeñar, los resultados de la evaluación de riesgos realizada por la empresa usuaria y cuanta información complementaria sea requerida por el médico responsable.

5. La ETT deberá acreditar documentalmente a la empresa usuaria que el trabajador puesto a su disposición ha recibido las informaciones relativas a los riesgos y medidas preventivas, posee la formación específica necesaria y cuenta con un estado de salud compatible con el puesto de trabajo a desempeñar. Esta documentación estará igualmente a disposición de los delegados de prevención o, en su defecto, de los representantes legales de los trabajadores en la empresa de trabajo temporal, y de las personas u órganos con competencia en materia preventiva en la misma.

Las empresas de trabajo temporal que celebren contratos para la formación y el aprendizaje con trabajadores contratados para ser puestos a disposición de las empresas usuarias, deberán cumplir las obligaciones en materia formativa establecidas en el artículo 11.2 ET y sus normas de desarrollo.

Será nula toda cláusula del contrato de trabajo que obligue al trabajador a pagar a la empresa de trabajo temporal cualquier cantidad a título de gasto de selección, formación o contratación.

### ***3.5.3 Obligaciones de la ETT para con sus trabajadores exclusivamente bajo su dirección y control<sup>88</sup>.***

El régimen jurídico específico regulado por la LETT y normas de desarrollo, no es de aplicación a los trabajadores que las ETT contraten para prestar servicios exclusivamente bajo su dirección y control, excepto lo dispuesto en el artículo 13 LETT, referido a la negociación colectiva, para lo cual, en ausencia de órganos de representación legal de los trabajadores, estarán legitimados para negociar los convenios colectivos que afecten a las empresas de trabajo temporal las Organizaciones sindicales más representativas, entendiéndose válidamente constituida la representación de los trabajadores en la Comisión negociadora cuando de ella formen parte tales Organizaciones.

### ***3.5.4. Forma del contrato suscrito por la ETT con el trabajador que va ser cedido a la usuaria.***

Los contratos llevados a cabo por la ETT con sus trabajadores para ser cedidos a la empresa usuaria, serán formalizados por escrito conforme a lo dispuesto para cada modalidad contractual, debiendo la ETT comunicar su contenido a la oficina pública de empleo, en los términos que reglamentariamente se determinen, en el plazo de los diez días siguientes a su celebración<sup>89</sup>. De no observarse tal exigencia, el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios<sup>90</sup>.

El contrato de trabajo de duración determinada, coincidente con la del contrato de puesta a disposición, contendrá, como mínimo, los siguientes datos<sup>91</sup>:

- a) Identificación de las partes contratantes, haciendo constar en el caso de la empresa de trabajo temporal el número de autorización administrativa, número de identificación fiscal y códigos de cuenta de cotización a la Seguridad Social.
- b) Identificación de la empresa usuaria, especificando el número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social.
- c) Causa del contrato de puesta a disposición.
- d) Contenido de la prestación laboral.

---

<sup>88</sup> Artículo 14 LETT.

<sup>89</sup> Artículo 10.1, 2º párrafo LETT.

<sup>90</sup> Artículo 8.2 ET.

<sup>91</sup> Artículo 16.2. RETT.

- e) Información a que se refiere el artículo 2 del Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero.
- f) Duración prevista del contrato de trabajo.
- g) Lugar y horario de trabajo.
- h) Remuneración convenida.
- i) Convenio colectivo aplicable en la empresa de trabajo temporal y en la empresa usuaria.

En el supuesto de contrato en prácticas, además de los datos indicados en el apartado anterior, se hará constar expresamente la titulación del trabajador<sup>92</sup>.

Para el caso de contrato para la formación y el aprendizaje, además de los datos indicados con carácter general<sup>93</sup>, que son los contemplados cuando el contrato de trabajo de duración determinada, coincidente con la del contrato de puesta a disposición, deberá incluirse el anexo relativo al acuerdo para la actividad formativa conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual.

Cuando el trabajador haya sido contratado por tiempo indefinido por la ETT<sup>94</sup> se le deberá entregar, cada vez que vaya a prestar servicios en una empresa usuaria, la correspondiente orden de servicio, en la que se indicará:

- a) Identificación de la empresa usuaria en la que ha de prestar servicios, especificando el número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social.
- b) Causa del contrato de puesta a disposición.
- c) Contenido de la prestación laboral.
- d) Información a que se refiere el artículo 2 RD 216/1999, de 5 de febrero.
- e) Lugar y horario de trabajo.

### ***3.5.5. Duración del contrato suscrito por la ETT con el trabajador que va a ser cedido a la usuaria.***

El contrato de trabajo celebrado entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador para prestar servicios en empresas usuarias podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a

---

<sup>92</sup> Artículo 16.3 RETT.

<sup>93</sup> Artículo 16.2 RETT.

<sup>94</sup> Artículo 16.5 RETT.

disposición<sup>95</sup>. También podrá celebrar con el trabajador un contrato de trabajo para la cobertura de varios contratos de puesta a disposición sucesivos con empresas usuarias diferentes<sup>96</sup>, siempre que tales contratos de puesta a disposición estén plenamente determinados en el momento de la firma del contrato de trabajo y respondan en todos los casos a un supuesto de contratación eventual de los contemplados en el artículo 15.1.b) ET, debiendo formalizarse en el contrato de trabajo cada puesta a disposición con los mismos requisitos previstos en el artículo 10.1 LETT y en sus normas de desarrollo reglamentario.

La facultad resolutoria del contrato temporal por la ETT, por cumplimiento de la obra o del servicio<sup>97</sup> causa del contrato en la empresa usuaria, entra de lleno en la normalidad de la figura extintiva. Sin embargo, cuando lo que se alega sin más, es la disminución de trabajo en la empresa usuaria, desnaturaliza el mecanismo propio de resolución del contrato, en los términos contemplado con carácter general en el artículo 49.1.c) ET.

### **3.6. La relación del trabajador cedido con la empresa usuaria.**

#### ***3.6.1. Control de la actividad laboral por la empresa usuaria<sup>98</sup>.***

Cuando los trabajadores desarrollen tareas en el ámbito de la empresa usuaria, de acuerdo con lo previsto en esta norma, las facultades de dirección y control de la actividad laboral serán ejercidos por aquélla durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito. En tales supuestos, y sin perjuicio del ejercicio por la empresa de trabajo temporal de la facultad disciplinaria atribuida por el artículo 58 ET, cuando una empresa usuaria considere que por parte del trabajador se hubiera producido un incumplimiento contractual, lo pondrá en conocimiento de la ETT a fin de que por ésta se adopten las medidas sancionadoras correspondientes.

Sin perjuicio del ejercicio por la ETT de la facultad disciplinaria, como facultad inherente del empresario del trabajador, atribuida por el artículo 58 ET, la empresa usuaria que entienda que por el trabajador se ha producido un incumplimiento contractual, sólo puede ponerlo en conocimiento de la ETT, para que por esta se adopten las medidas disciplinarias que procedan<sup>99</sup>

---

<sup>95</sup> Artículo 10.1 LETT.

<sup>96</sup> Artículo 10.3 LETT.

<sup>97</sup> Artículo 15.1.a) ET.

<sup>98</sup> Artículo 15 LETT.

<sup>99</sup> Artículo 15.2 LETT.

### **3.6.2. Obligaciones que asume la empresa usuaria con el trabajador cedido<sup>100</sup>.**

Con carácter previo al inicio de la prestación de servicios, la empresa usuaria deberá informar al trabajador sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo, así como las medidas de protección y prevención contra los mismos.

La empresa usuaria es responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo así como del recargo de prestaciones de Seguridad Social, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo, durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene.

La empresa usuaria responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo. Dicha responsabilidad será solidaria en el caso de que el referido contrato se haya realizado incumpliendo los supuestos permitidos para llevar a cabo dicha contratación<sup>101</sup>, incumpliendo la duración del contrato<sup>102</sup> o en su caso contratando en los supuestos en los que está prohibido hacerlo<sup>103</sup>.

La empresa usuaria deberá informar a los trabajadores cedidos por ETT, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que a los trabajadores contratados directamente por aquélla. Esta información podrá facilitarse mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo, o mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que aseguren la transmisión de la información<sup>104</sup>.

### **3.6.3. Derechos de los trabajadores cedidos en la empresa usuaria<sup>105</sup>.**

Los trabajadores puestos a disposición tienen los siguientes derechos:

- A la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les correspondería de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria.
- Se consideran condiciones esenciales: la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos.

---

<sup>100</sup> Artículo 16 LETT.

<sup>101</sup> Artículo 6 LETT.

<sup>102</sup> Artículo 7 LETT.

<sup>103</sup> Artículo 8 LETT.

<sup>104</sup> Artículo 17.3 LETT.

<sup>105</sup> Artículos 11 y 17 LETT.

- La remuneración comprenderá<sup>106</sup> todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo. Deberá incluir, en todo caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones. Será responsabilidad de la empresa usuaria la cuantificación de las percepciones finales del trabajador y, a tal efecto, dicha empresa usuaria deberá consignar las retribuciones a que se refiere este párrafo en el contrato de puesta a disposición del trabajador. La cuantificación salarial correspondiente al concepto antigüedad, cuando el mismo aparece en el convenio aplicable, debe calcularse para el trabajador cedido, computándose al efecto todos los contratos formalizados con la ETT, para ser puesto a disposición de la usuaria. De igual modo hay que entender la forma de cálculo de la indemnización por despido, computándose todos los contratos formalizados por el trabajador, en igualdad de condiciones de las expresadas<sup>107</sup>.
- las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.
- Cuando el contrato se haya concertado por tiempo determinado, y en los mismos supuestos a que hace referencia el artículo 49.1.c) ET, el trabajador tendrá derecho, además, a recibir una indemnización económica a la finalización del contrato de puesta a disposición equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o a la establecida en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación. La indemnización podrá ser prorrateada durante la vigencia del contrato.

Los trabajadores puestos a disposición tendrán derecho a presentar a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral.

Los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria tendrán atribuida la representación de los trabajadores en misión, mientras ésta dure, a efectos de formular cualquier reclamación en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en todo aquello que atañe a la prestación de sus servicios en éstas, sin que ello pueda suponer una ampliación del crédito de horas mensuales retribuidas a que tengan derecho dichos representantes, conforme al artículo 68.e) ET.

---

<sup>106</sup> STS UD de 25-9-2002: “La referida equiparación salarial supone que el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria debe entenderse en sentido amplio, no circunscribiendo exclusivamente al convenio colectivo estatutario, sino incluyendo todos aquellos pactos o acuerdos colectivos de naturaleza impropia o extra estatutaria”.

<sup>107</sup> STS de 19-2-2009.



Lo dispuesto en los párrafos anteriores no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de trabajo temporal de la cual depende.

Igualmente, tendrán derecho a la utilización de los servicios de transporte, de comedor, de guardería y otros servicios comunes e instalaciones colectivas de la empresa usuaria durante el plazo de duración del contrato de puesta a disposición en las mismas condiciones que los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria.

La empresa usuaria deberá informar a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que a los trabajadores contratados directamente por aquella. Esta información podrá facilitarse mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo, o mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que aseguren la transmisión de la información.

Mediante la negociación colectiva se adoptarán las medidas adecuadas para facilitar el acceso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal a la formación disponible para los trabajadores de las empresas usuarias.

### **3.7. Actividad en España de ETT de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo<sup>108</sup>.**

Las ETT establecidas en otros Estados miembros de la Unión Europea o en Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, podrán desplazar temporalmente a sus trabajadores para su puesta a disposición en empresas usuarias establecidas o que ejerzan su actividad en España, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) La ETT deberá, de conformidad con la legislación de su Estado de establecimiento, estar válidamente constituida y reunir los requisitos para poner a disposición de empresas usuarias, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados, no siendo de aplicación el capítulo I LETT.
- b) El contrato de puesta a disposición entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria, sin perjuicio de la legislación aplicable al mismo, deberá formalizarse por escrito y adecuarse a lo dispuesto en el capítulo II de la presente Ley, a excepción de la obligación de formalización en el modelo reglamentariamente establecido.

---

<sup>108</sup> Artículo 22. Requisitos de la actividad en España de empresas de trabajo temporal de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo, añadido por la disposición final 1 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre.

c) La empresa de trabajo temporal estará sujeta a lo establecido en la Ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional<sup>109</sup> y deberá garantizar a sus trabajadores desplazados las condiciones de trabajo previstas en la misma, no siendo de aplicación el capítulo III de la misma, referida a las competencias administrativas: órgano competente en materia de información; funciones en materia de inspección; cooperación con las Administraciones públicas de otros Estados en materia de información e inspección, a excepción de lo dispuesto en el artículo 11, sobre sujetos responsables de la infracción, que “serán los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley, que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en la misma”.

Lo dispuesto con anterioridad, es decir, el desarrollo de la actividad en España por ETT de la UE y Espacio Económico Europeo, se entiende sin perjuicio del cumplimiento de la normativa sobre entrada, permanencia, trabajo y establecimiento de los extranjeros en España y de las obligaciones tributarias de las empresas.

### **3.8 Un régimen jurídico actualizado para homologarse con el del resto de ordenamientos europeos: Ley 14/1994, de 1 de junio; Ley 29/1999, de 16 de julio; Ley 35/2010, de 17 de septiembre y Ley 18/2014, de 15 de octubre.**

La contratación de trabajadores con la finalidad de cederlos con carácter temporal a otras empresas para hacer frente a necesidades coyunturales ha sido tradicionalmente prohibida por los ordenamientos laborales y considerada como tráfico ilegal de mano de obra, asimilándola a la actividad de intermediación en el mercado de trabajo con fines lucrativos, por estimar que ambas figuras podían atentar contra derechos fundamentales de los trabajadores.

En los años sesenta, los principales países que por aquel entonces conformaban la UE y que tenían ratificados, como España, el Convenio 96 de la OIT, decidieron incorporar a sus respectivos ordenamientos la actividad de las ETT, por entender que su actuación, cuando se desarrolla de forma debidamente controlada, lejos de perjudicar a los trabajadores por ellas contratados, pueden canalizar un volumen muy importante de empleo, cuya especialización e inmediatez en la respuesta, sobre todo en el sector servicios, no puede ofrecerse a través de otras instancias o recurriendo a las instituciones de común uso en los mismos desde épocas inmemoriales.

España que no se encontraba por aquel entonces integrada como país miembro de la UE, se mantuvo ajeno a todo el proceso de integración de la institución de las ETT en su ordenamiento socio-laboral, siguiendo con la prohibición en el artículo 43 ET, que prohibía el reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario, cualesquiera que sean los títulos de dicho tráfico de mano de obra. El mercado de trabajo español no debía y no podía funcionar,

---

<sup>109</sup> Ley 45/1999, de 29 de noviembre

sin tener en cuenta las reglas de juego existentes en la UE, porque la lógica de funcionamiento del mercado único europeo, como espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, queda garantizada, sólo nos permitirá converger realmente con Europa en la medida en que, entre otros requisitos, nuestras instituciones sean homologables. De ahí, que cuando España ingresa en la UE en 1985, comienzan a darse los pasos de equiparación y homologación de nuestro ordenamiento con el del resto de países que la integran. De tal forma que el legislador español terminó por convencerse, que los riesgos que se habían venido imputando a las ETT para justificar su prohibición, no derivaban de la actividad que realizan como tales, aunque sí de una actuación clandestina que permite la aparición de intermediarios en el mercado de trabajo, capaces de eludir sus obligaciones laborales y de seguridad social, cosa que únicamente es posible atajar con el contenido de un régimen jurídico capaz de disipar cualquier género de dudas. Y fruto de ello se promulgó la LETT (ley 14/1994, de 1 de junio). Pero, en su contenido había un problema insalvable para su aceptación generalizada: el desfase salarial entre el trabajo prestado por un trabajador contratado por una ETT en una usuaria y el contratado directamente por la usuaria. Lo que además parecía justificar la contratación utilizando esta figura mediadora que en que consiste la ETT, en cuestiones salariales y no en aquellas predeterminadas por la Ley, la cobertura temporal de vacantes en la empresa.

En lo concerniente a la cuestión salarial y con carácter primigenio, La Ley 14/1994 establecía que los trabajadores cedidos, tendrían derecho a ser remunerados de conformidad con lo establecido en el convenio colectivo aplicable a las empresas de trabajo temporal o, en su defecto, en el convenio colectivo correspondiente a la empresa usuaria. Esta opción de no aplicar las tablas salariales de la empresa usuaria, en la que presta servicios el trabajador cedido, mediante la aplicación de un convenio colectivo propio, hizo que se negociaran en el sector de las ETT un gran número de convenios colectivos de empresa, donde se regulaban condiciones salariales muy inferiores a las aplicables en las empresas usuarias, de tal forma que se impuso un modelo de ETT, que justificaban su existencia con el objetivo y finalidad básica de reducción de costes salariales.

A solventar el entuerto y equiparar salarialmente el trabajo prestado en las usuarias con trabajadores de la ETT, como si fueran trabajadores contratados directamente por la usuaria, vino el artículo único.8 de la Ley 29/1999, de 16 de julio, que modifica el artículo 11 LETT, diciendo ahora que: “Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto. A estos efectos, se considerarán condiciones esenciales de trabajo y empleo las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos. La remuneración comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria en la que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo. Deberá incluir, en todo caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones. Será responsabilidad de la empresa usuaria la cuantificación de las percepciones finales del trabajador y, a tal

efecto, dicha empresa usuaria deberá consignar las retribuciones a que se refiere este párrafo en el contrato de puesta a disposición del trabajador. Asimismo, los trabajadores contratados para ser cedidos tendrán derecho a que se les apliquen las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.

Con posterioridad y con ese ánimo de hacer atractiva la utilización de la institución empresarial de las ETT, pero no por motivos de merma de derechos de los trabajadores contratados para ser cedidos, sino por las ventajas intrínsecas de su utilización, se modificó la Disposición Final 3.5.apartado 2 Ley 11/2013, de 26 de julio, que dice que “ cuando el contrato se haya concertado por tiempo determinado, y en los mismos supuestos a que hace referencia el artículo 49.1.c) ET, el trabajador tendrá derecho, además, a recibir una indemnización económica a la finalización del contrato de puesta a disposición equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o a la establecida en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación. La indemnización podrá ser prorrateada durante la vigencia del contrato.

#### **4. La cesión ilegal de los trabajadores.**

La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de ETT debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan<sup>110</sup>. Todos los demás supuestos deben ser considerados supuestos de cesión ilegal de mano de obra.

Se incurre en 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<sup>111</sup>. De donde se deduce que es posible la externalización de servicios por parte de las empresas a través de la subcontratación de ciertas actividades. O sea, que con carácter general la descentralización de la actividad productiva es lícita, en tanto no se desnaturalice ésta, incurriendo entonces en cesión ilegal de mano de obra. Por lo que la subcontratación y la cesión son las dos caras de un fenómeno, que la jurisprudencia ha delimitado, no sin problemas como la que es legal y la que es ilegal.

---

<sup>110</sup> Artículo 41.1 ET.

<sup>111</sup> Artículo 42.2 ET.

Llamativa ha sido cierta jurisprudencia<sup>112</sup> que delimita adecuadamente los supuestos de legalidad e ilegalidad de la cuestión. Así, precisa que no es necesario que la contratación de los trabajadores tuviera la intención de ser cedidos a otra. Si no que basta un fenómeno interpositorio, que supone que en la posición del empresario real aparece otro que no tiene esa condición, la de empresario, en cuanto que no es este sino aquel, el que se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, organiza la actividad, la dirige y lo retribuye.

Siendo un problema muchas veces la fijación de los límites, subyacen más veces de las que serían convenientes, situaciones de manifiesta inseguridad jurídica, fruto de la disparidad interpretativa. Por eso, procedo a exponer a continuación la Disposición Adicional Primera RD-Ley 20/2012, de 13 de julio<sup>113</sup>, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que fija precisamente esos límites, para el caso de prestación de servicios por empresas contratadas por la administración, que nos pueden servir de guía a la hora de amarrar futuros contratos sobre descentralización productiva también el ámbito privado.

#### **4.1. Las cautelas de la Administración para no incurrir en situaciones de cesión ilegal de mano de obra. Su extrapolación a la actividad privada, a los efectos de meras recomendaciones de protección, ante el previsible planteamiento de la cesión ilegal.**

La norma<sup>114</sup> determina las consecuencias para los trabajadores, para el caso de que la ejecución de los servicios externos que una Administración hubiera contratado, no se hubieran hecho por el cauce adecuado, en tanto que la prestación de esos servicios se llevan a cabo por los trabajadores sujetos a la contrata, directamente con la propia Administración contratante, apareciendo el contratista como un mero mecanismo interpositorio.

---

<sup>112</sup> STS 19 de junio de 2012, STS 4 de marzo de 2008 y STS 10 de julio de 2007.

<sup>113</sup> Los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dictarán en sus respectivos ámbitos de competencias las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos. A tal fin lo citados entes, organismos y entidades dictarán antes del 31 de diciembre de 2012 las instrucciones pertinentes para evitar actuaciones que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral. En el supuesto de que en virtud de sentencia judicial los trabajadores de las empresas se convirtieran en personal laboral de la Administración, el salario a percibir será el que corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración, siendo necesario informe favorable de los órganos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias.

<sup>114</sup> Disposición Adicional Primera RD-Ley 20/2012, de 13 de julio.

El Tribunal de Cuentas elevó a las Cortes Generales una Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal laboral de la Administración contratante en virtud de sentencias judiciales. Ello motivó la aprobación de la Resolución de 27 de octubre de 2010, por la Comisión Mixta de las Cortes Generales para las relaciones con el Tribunal de Cuentas. En dicha Resolución se insta a las Administraciones Públicas a instrumentar los mecanismos necesarios para atajar aquellas prácticas, que han venido llevándose a cabo durante los últimos años en las contrataciones de servicios, por cuanto la declaración de la cesión ilegal, que ofrece al trabajador el derecho a adquirir la condición de fijo en la empresa cedente o cesionaria, da lugar, en caso de decantarse por la cesionaria, en este caso una Administración Pública, a adquirir la condición de personal laboral indefinido no fijo.

Se pretende con esta iniciativa conformar unas instrucciones que garanticen en su aplicación práctica, la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse, como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral del personal de la empresa contratista, respecto de la Administración Pública contratante.

Los entes y organismos que forman parte del sector público, conforme al artículo 3.1 LCSP dictarán en sus respectivos ámbitos de competencias, las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos, dando cumplimiento de esta forma a la Resolución ya referida de 27-10-2010.

La gravedad de la situación había sido advertida por la Intervención General de la Administración del Estado. Ésta había promovido determinadas recomendaciones en sus informes anuales, calificando las consecuencias derivadas de la declaración judicial de cesión de mano de obra, de desastrosas para las Administraciones. Además, en el momento de las continuas advertencias de la Intervención, lo que tiene lugar en plena “crisis”, que había provocado un importante aumento de la contratación de servicios externos, por las restricciones impuestas para aumentar las plantillas propias, parecía necesario que tanto los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares como los de Prescripciones Técnicas, se elaborasen con el mayor rigor posible, reiterando la exigencia de que la ejecución del contrato se lleve a cabo una adecuada gestión de la relación contractual.

Sobre la base de la Resolución de 27-10-2010 y los reiterados informes de la Intervención, se han dictado múltiples instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión, a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores.

*A. Buenas prácticas en el proceso de licitación: pliegos de condiciones y condiciones contractuales.*

Como principio de actuación, se recuerda la imposibilidad de contratación de servicios externos para suplir la carencia de medios personales destinados a cubrir necesidades permanentes de personal, relacionados con el ejercicio de las competencias que tenga atribuidas la Entidad.

Los documentos incluyen modelos de cláusulas para incluir en todos los pliegos, indicando unas necesarias “reglas especiales respecto del personal laboral de la empresa contratista”. Encontramos cláusulas del siguiente tenor: “en ningún caso se identificara en el contrato el nombre de los trabajadores que la empresa utilizará para cumplirlo ...”.

En los expedientes de contratación deberán quedar claramente justificada las necesidades del servicio a contratar. El objeto del contrato deberá ser la prestación integral de un servicio, incluyendo la aportación de funciones de organización e iniciativa para garantizar el cumplimiento del mismo.

Deberán determinarse con precisión el objeto del contrato y de las prestaciones que hay que realizar; en particular se describirán las actividades concretas cuya realización es necesaria para la efectiva satisfacción de la prestación y sus características mínimas.

Condiciones que deben cumplir los licitadores:

- a) La empresa debe de acreditar que cuenta con una sede social para el ejercicio de sus funciones, que dispone de medios materiales suficientes y de una infraestructura administrativa adecuada, de modo que garantice que cuenta con una organización propia y estable, viabilidad económica y una clientela propia, para lo que se atenderá al volumen de negocio y a su experiencia en contratos anteriores.
- b) La empresa adjudicataria, deberá designar al menos un coordinador técnico, perteneciente a la plantilla del contratista, que será el interlocutor con quien se relacionará únicamente la entidad contratante y a quien corresponderá la dirección del trabajo, y que impartirá directamente las órdenes e instrucciones al resto de los trabajadores de la empresa adjudicataria.
- c) La entidad contratante, asimismo, designará obligatoriamente un coordinador, que en nombre de la misma supervisará la ejecución del contrato, adoptará las decisiones oportunas y dictará las instrucciones necesarias, con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada. A él le corresponderá la relación ordinaria con la empresa contratista.
- d) La empresa deberá adquirir el compromiso de ejercer de modo real, efectivo y periódico el poder de dirección inherente a todo empresario, en

relación con sus trabajadores, asumiendo la negociación y pago de los salarios, la concesión de permisos, licencias y vacaciones, sustituciones, obligaciones legales en materia de prevención de riesgos laborales, imposición, cuando proceda, de sanciones disciplinarias, y cuantos efectos de Seguridad Social se deriven, en particular el abono de cotizaciones y el pago de prestaciones, y en general todos los derechos y obligaciones que se deriven de la relación contractual entre empleador y empleado. De tal forma que su incumplimiento, será causa de resolución unilateral del contrato por parte de la Administración contratante<sup>115</sup>.

e) El empresario se compromete a prestar el servicio con los medios materiales y/o personales detallados de forma expresa en el pliego de prescripciones técnicas. En cuanto a los medios personales, dependerán exclusivamente del adjudicatario. El contratista procederá inmediatamente, si fuere necesario, a la sustitución del personal preciso de forma que la ejecución del contrato quede siempre asegurada. Igualmente, el adjudicatario queda obligado, con respecto a todo el personal que emplee o utilice en la ejecución del contrato.

f) Con carácter previo al inicio de la prestación contratada y a lo largo de la ejecución de la misma, el responsable del contrato deberá comprobar la afiliación y el alta en la Seguridad Social de cada uno de los trabajadores que el empresario ocupe en la ejecución del servicio.

i) Con carácter general el contratista se deberá comprometer a prestar el servicio con sus medios materiales. En caso de que la entidad contratante ceda equipos o material por razones de una mayor eficacia en la prestación del servicio contratado, se hará constar dicha cesión en los expresados documentos, en los que asimismo se fijarán detalladamente las condiciones de utilización y, en su caso, la exigencia al contratista de suscribir un seguro que cubra los eventuales daños a los mismos. En el mismo sentido, se procederá, cuando se habilite o autorice, por razón de necesidades derivadas de la prestación del servicio, el acceso a aplicaciones informáticas.

j) La prestación de los servicios se efectuará en dependencias o instalaciones propias del contratista, siempre que sea posible. De no ser esto posible, se harán constar las razones objetivas que con carácter excepcional motivan la prestación en centros dependientes de la entidad contratante. En estos casos, se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan espacios y lugares de trabajo con el personal al servicio de la Administración y, de no ser así, se diferenciarán claramente las funciones y los puestos del personal de la Administración y de la contrata, para evitar la confusión de plantillas. Los trabajadores y los medios de la empresa contratante se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad, rotulaciones, etc.

---

<sup>115</sup> artículo 223.f LCSP.



k) El presupuesto del contrato se fijará, con carácter general, atendiendo al coste de los trabajos objeto del contrato. Se evitará, siempre que sea posible, la utilización del criterio de unidades de tiempo para su determinación, sin perjuicio de que, cuando sea necesario atendiendo a las características o naturaleza del contrato, se reseñen las horas de servicios contratados.

#### *B. Buenas Prácticas en la fase de ejecución del contrato.*

Los responsables gestores administrativos del contrato deberán ajustarse en todo momento a lo establecido en el mismo, velando porque la ejecución no se desvíe de lo pactado. Se abstendrán de asumir funciones de dirección sobre el personal de la empresa, evitando dictar órdenes o impartir instrucciones concretas y directas sobre el mismo. Cualquier comunicación que deba mantener el personal de la empresa con los responsables de la entidad contratante, habrá de hacerse a través del coordinador técnico o interlocutor designado al efecto, que será también el responsable de controlar la asistencia del personal al lugar de trabajo, del cumplimiento de las normas laborales de su empresa y de la distribución de vacaciones, de manera que el servicio que se preste no se vea afectado. Todo ello, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en relación a la ejecución de los contratos, o la necesaria coordinación de la prestación integral del servicio, así como de las responsabilidades que como propietario del centro o lugar de trabajo le corresponden, a efectos de prevención de riesgos laborales y horarios de apertura y cierre de las instalaciones.

El coordinador técnico de la empresa contratista designado, será el encargado de informar al responsable gestor de la administración del contrato, de las personas que dejan de prestar el servicio y de las que les sustituyan, con el fin de proceder a la baja de aquellos medios materiales de que se les hubiera dotado, así como el resto de medios que corresponda.

El personal de las empresas contratistas no podrá tener acceso a aquellos servicios que correspondan exclusivamente a los empleados públicos, tales como cursos de formación, servicio médico, etc. En ningún caso podrá percibir indemnizaciones por razón de servicio con cargo a los presupuestos de la entidad contratante. No tendrán acceso al correo electrónico corporativo de la administración. Si fuera estrictamente necesario dotarles de cuenta de correo electrónico, en la dirección de correo deberá dejarse constancia de que se trata de personal externo. Tampoco podrán tener acceso, salvo en situaciones muy excepcionales, a la Intranet corporativa, y en ese caso limitado a los aspectos relacionados con la ejecución del servicio.

Las tarjetas de control de acceso del personal de la contratista serán especiales y distintas de las de los empleados públicos, y no incorporarán el control horario del trabajador.

Los abonos de los trabajos contratados se realizarán mediante la redacción de las correspondientes valoraciones, en razón de los trabajos realmente ejecutados y los

precios contratados, aportados en la correspondiente factura. Se evitará que los abonos se conviertan en pagos periódicos de similar cuantía sin correspondencia a las prestaciones efectivamente realizadas en el periodo de tiempo que corresponda.

Insisto, lo explicitado con anterioridad, se refiere exclusivamente a las relaciones contractuales de los organismos o entes administrativos que deciden externalizar parte de sus actividades, con la intención de delimitar adecuadamente la figura del contratista, en evitación de que la contrata pueda ser calificada de cesión ilegal de mano de obra. Procediendo ahora a analizar las circunstancias que hacen ilegal la cesión de trabajadores, porque realmente se han excedidos los límites de la contrata en que consiste la externalización de servicios, que prácticamente veremos son coincidentes con lo que se ha ido desgranando en las códigos de buenas prácticas, instituidas como consecuencia de la Instrucción formalizada al amparo de la Disposición Adicional Primera RD-Ley 20/2012, de 13 de julio.

#### **4.2. Supuestos que califican ilegal la cesión: la contrata o subcontrata devienen ilegales.**

La redacción actual del artículo 43.2 ET proviene del RD-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, que a continuación fue tramitado como proyecto de Ley, promulgándose la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, procediéndose a deslindar la subcontratación de obras y servicios entre empresas, de las prácticas que incurren en la figura de la cesión ilegal de trabajadores, sobre la base que en nuestra legislación, la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, sólo puede efectuarse legalmente a través de empresas de trabajo temporal, el legislador dispuso incorporar como nuevo contenido del artículo 43.2 ET, una definición de la cesión ilegal de trabajadores, que asume la jurisprudencia existente entonces sobre esta materia. El legislador dispuso que “en todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo, cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”.

La libertad de empresa en el marco de una economía de mercado que el artículo 38 CE consagra, posibilita que cualquier forma que las empresas decidan para organizarse, entre la que se incluye la descentralización productiva o contratación y subcontratación de obras o servicios, deberá entenderse lícita, sí es conforme a derecho. Así, acudiendo a la descentralización productiva, la empresa principal puede atribuir a una empresa contratista la realización de una parte de su actividad, siempre que sea suficientemente diferenciada, es decir, disponga de individualidad propia, no siendo

preciso que la actividad así desarrollada revista única o exclusivamente la cualidad de auxiliar, complementaria o contingente, puesto que también las actividades inherentes al ciclo productivo, que constituyen la base de las denominadas contrata o subcontrata correspondientes a la propia actividad, pueden ser objeto de descentralización productiva a través de la contratación o subcontratación.

Ahora bien, de la licitud de lo expuesto, circunscrito a la figura de la contrata o subcontrata recogida en el artículo 42 ET, se pasa a ilicitud, si se transgrede el marco jurídico establecido para ellas y nos situamos en la ilicitud de la figura de la cesión ilegal de mano de obra contemplada en el artículo 43.2 ET. Es decir, la transgresión de la línea divisoria que diferencia ambas figuras, supone que se pueden generar diversas disfunciones en el marco de las cadenas de subcontratación de configuración piramidal, con determinadas consecuencias negativas en todos los ámbitos del contrato de trabajo. Lo normal es que la cesión ilegal de trabajadores aparentemente se manifieste, bajo el ropaje jurídico de la contrata o subcontrata. De ahí que es fundamental distinguir entre las verdaderas contrata de obras o servicios, de las meras contrata de mano de obra, que constituyen en realidad cesiones ilegales de trabajadores.

A continuación procedo a enumerar los diferentes negocios jurídicos que prohíbe el artículo 43.2 ET, en cuanto que dan lugar a la cesión ilegal de mano de obra:

1. Un pacto entre dos empresarios, uno va a ser denominado empresario real y el otro empresario formal, pensado para que el segundo proporcione al primero trabajadores, cuyas prestaciones de trabajo son asumidas directamente por quien no asume jurídicamente la posición de empresario en la realidad.
2. Un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador.
3. Un contrato efectivo de trabajo entre el trabajador y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal.

Para apreciar la figura de cesión ilegal de trabajadores, es irrelevante el dato de la falta de realidad de la empresa cedente. Es decir que no sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión pues, como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas<sup>116</sup>. O dicho de otra manera, el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propias, no impide la concurrencia de cesión ilícita de mano de obra. Pero, es preciso indicar que existen efectivamente dos tipos de cesión, en una interviene una empresa ficticia, también llamada testafarro y en la otra, ambas empresas intervinientes son empresas reales a todos los efectos, lo que no impide el efecto interpositorio, que fundamenta la figura de la cesión ilegal. Y la distinción es importante, porque los efectos que se deducen de cada una de las dos opciones explicitadas, son distintas desde el punto de vista de la actuación de la Inspección de Trabajo.

Los dos supuestos referidos son:

---

<sup>116</sup> STS 14 de septiembre de 2001 y STS 9 de enero de 2002.

### *1) Cesión entre una empresa real y una empresa ficticia<sup>117y118</sup>.*

La empresa cedente es ficticia y la cesión se realiza con claro ánimo fraudulento y con la misión de eludir responsabilidades a través de una empresa interpuesta. En este caso, los órganos de la jurisdicción cuando tenga conocimiento de ello, procederán a desmenuzar la simulación realizada en fraude de ley, fundamentándolo en base a los artículos 1 y 8 ET, confirmando sí ello queda acreditado, como empresario al que realmente recibe la prestación de servicios y bajo cuya dirección se encuentra el trabajador<sup>119</sup>.

Otra corriente jurisprudencial referida al supuesto de hecho ahora objeto de análisis, o sea, el supuesto de cesión a través de un “testaferro” o empresario aparente, ha dispuesto que por una parte, no se trata de una verdadera cesión en los términos del artículo 43 ET, al faltar en la persona interpuesta la condición de empresario en la realidad, calificándose de testaferro o empresario ficticio y de otra parte, se trata de una cesión de carácter permanente, con intención de permanencia, por lo que no se trataría en principio de cesión temporal, tal y como enuncia el artículo 43.1 ET. En cualquier caso con lo dicho, hay que advertir que el artículo 43 ET prohíbe tanto la cesión temporal como la indefinida<sup>120</sup>, aunque emplee el término “temporal” en el apartado 1.

El artículo 18.4 LGSS, regula las responsabilidades de Seguridad Social, cuando nos encontramos ante las denominadas empresas aparentes o ficticias, que se basa en la teoría del empresario efectivo, al disponer que podrá dirigirse el procedimiento recaudatorio contra quien efectivamente reciba la prestación de servicios de los trabajadores que emplee.

### *2. Cesión entre dos empresas reales: cesión ilegal entre una empresa real (cesionaria) y una contratista o subcontratista (cedente), también real<sup>121,122y123</sup>.*

---

<sup>117</sup> Criterio operativo 96/2015 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en el ámbito de empresas de servicios.

<sup>118</sup> STS 14 de septiembre de 2001, advierte que no sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevante, pueda darse la cesión ilegal de mano de obra. Ahora bien, es cierto que en la práctica, cuando la cesión ilegal opera mediante la interposición de un testaferro, lo habitual es que estos carecen por principio y definición de realidad empresarial.

<sup>119</sup> STS en UD de 3 de febrero de 2.000.

<sup>120</sup> STS 19 de Junio de 2002 y STS 4 de marzo de 2008.

<sup>121</sup> Criterio operativo 96/2015 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en el ámbito de empresas de servicios.

<sup>122</sup> La STS 16 de junio de 2003, sintetiza y sistematiza la cuestión, con referencias a las sentencias más relevantes sobre la delimitación de la cesión ilegal de la subcontratación legal, hasta entonces dictadas, arranca diciendo que se ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios y que tienen un valor orientador. Consideran elementos determinantes de la existencia de la contrata (legal), la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de poderes empresariales, la

El artículo 43.2 ET hay que ponerlo en relación con el artículo 4.1 Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, que al ser más completa y precisa su enumeración, hemos de considerar una opción interpretativa muy importante, para deslindar el supuesto legal de la contrata o subcontrata y la cesión ilegal de manos de obra, muy valioso por su carácter orientador para el resto de sectores.

Cuando la contrata consiste en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión<sup>124</sup>, de ahí que la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios<sup>125</sup>; el ejercicio de los poderes empresariales<sup>126</sup> y la realidad empresarial del contratista<sup>127y128</sup>, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva<sup>129</sup>

La actuación empresarial en el marco de la contrata es un elemento clave de calificación, aunque excepcionalmente el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista, no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión, de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal, como es un caso habitual en ciertos locutorios telefónicos<sup>130</sup>

Resulta irrelevante la naturaleza jurídica del empresario contratista y es indiferente la existencia de conformidad de los trabajadores o de sus representantes legales o sindicales, o el hecho de que no se contrataran ab initio para ser cedidos.

---

realidad empresarial del contratista, entre los que se consideran, el capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva.

<sup>123</sup> STS 14 de febrero de 2011, dictada estando en vigor la Ley 43/2006, que dio nueva redacción al artículo 43.2 ET y cuyo contenido se mantiene vigente en esos términos en la actualidad, parece indicar que se declarararía la cesión ilegal de mano de obra si se acreditase tan solo uno de las circunstancias contempladas en el artículo 43.2 ET: “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”.

<sup>124</sup> STS 2 de junio de 2011.

<sup>125</sup> STS de 7 de junio de 1988.

<sup>126</sup> STS 12 de septiembre de 1988, STS 16 de febrero de 1989, STS 19 de enero de 1994.

<sup>127</sup> STS 16 de febrero de 1989 determinó que la cesión puede tener lugar aun tratándose de dos empresas reales, el trabajador trabaja permanente para la otra y bajo sus órdenes.

<sup>128</sup> STS 19 de enero de 1994 vino a decir que habiéndose acreditado que la contrata tenía actividad y organización propia, sí esa organización en la realidad objeto de análisis judicial y para el caso enjuiciado no se puso en práctica, sólo puede decirse entonces que su actividad quedó limitada al suministro de mano de obra a la empresa cesionaria o arrendataria.

<sup>129</sup> STS 17 de enero de 2002, STS 16 de junio de 2003 y STS 14 de marzo de 2006.

<sup>130</sup> STS 14 de septiembre de 2001, STS 17 de enero de 2002 y STS 16 de junio de 2003.

### **4.3. Recomendaciones de actuación a los empresarios que contraten o subcontraten parte de su actividad en el contexto de la descentralización productiva, para limitar el riesgo de incertidumbre y obviar los riesgo de una eventual calificación de cesión ilegal de mano de obra.**

La externalización de la actividad a través de la descentralización productiva, es una opción que tiene cada empresario a la hora tomar su decisión de producir o prestar el servicio que constituye el objeto de su existencia. Es una más de las muchas decisiones estratégicas de gestión en el devenir de una empresa. Muchas de las veces, la decisión es tomada por razones de competitividad empresarial, directamente relacionadas con la división del trabajo y la especialización de la actividad productiva sectorial, que permite una permanente adecuación de las empresas a las condiciones del mercado. En España ha sido y es muy utilizada, como forma de sortear entre otras cosas, las innumerables rigideces que son connaturales al mercado de trabajo y que ha sufrido un cierto relajó, fundamentalmente a partir de la reforma del mercado de trabajo que se inicia en el año 2012.

Se parte de una premisa, la institución de la cesión ilegal de mano de obra tiene una regulación deficiente y anticuada, a pesar de definirse las circunstancias que la determinan por la Ley 43/2006, que dio nueva redacción al artículo 43.2 ET y que se mantienen en esos términos hasta nuestros días. Es una de tantas figuras socio-laborales de definición legal y adecuación jurisprudencial que excede de sus propios límites. La amplitud definitoria de las circunstancias, determina una continua labor interpretativa, que en ocasiones roza situaciones de cierta inseguridad jurídica para el empresario, donde los pronunciamientos contradictorios y la imprevisibilidad de las decisiones al respecto son la tónica dominante, lo que impide muchas de las veces cuantificar los riesgos que una determinada conducta empresarial supone.

Esta situación de incertidumbre ha traído dos cosas: el aumento de demandas judiciales por cesión ilegal y la continua utilización sindical de la cuestión, que se desborda en el caso de concesiones administrativas y contratación de servicios con una administración.

La cesión temporal de trabajadores no aparece nunca como objeto de la contrata, sino que su existencia se enmascara tras la apariencia de una contrata “cierta” para la realización de una obra o la prestación de un servicio de manera interpuesta.

Cuando el empresario adopta su decisión de descentralizar parte de su actividad, ya sean actividades residuales o auxiliares, también llamadas instrumentales en relación con el objeto al que se dedica la empresa comitente, o bien actividades próximas al núcleo productivo de la empresa, aquel cuyo objeto determina y justifica su existencia, lo que hace es dividir, fragmentar el ciclo productivo o la prestación del servicio objeto de su actividad como tal, con la finalidad de producir o prestar el servicio en las mejores condiciones de mercado. Ahora bien, la contrata o subcontrata, que es la empresa comisionista en esta especial relación entre empresarios, tiene que ser un empresario real, operar en el tráfico jurídico como tal. Para ello deberá contar con una organización

y patrimonio propios y además deberá ejercer de manera efectiva y real las funciones de control y dirección de sus propios trabajadores. O sea, nos encontramos en presencia de una contratista cuando tiene una organización propia, con existencia autónoma, cuenta con medios personales y materiales necesarios para la consecución del objeto para el que nace, y organiza y dirige el trabajo, poniendo esa organización a disposición de la empresa comitente en la ejecución de la obra o en la prestación del servicio.

El empresario comitente tiene unos deberes de información que tiene obligación de cumplir, en los términos contemplados en el artículo 42.4 ET (deber de información a sus representantes legales): “cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a los representantes legales de sus trabajadores sobre los siguientes extremos: 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.

El empresario contratista o subcontratista debe informar a sus trabajadores y a los representantes legales de estos, en los términos contemplados en el artículo 42.3 y 5 ET: “Los trabajadores del contratista o subcontratista deberán ser informados por escrito por su empresario de la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento. Dicha información deberá facilitarse antes del inicio de la respectiva prestación de servicios e incluirá el nombre o razón social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal. Asimismo, el contratista o subcontratista deberán informar de la identidad de la empresa principal a la TGSS en los términos que reglamentariamente se determinen”. “La empresa contratista o subcontratista deberá informar igualmente a los representantes legales de sus trabajadores, antes del inicio de la ejecución de la contrata, sobre los mismos extremos referidos a la obligación de información a los trabajadores, como de los apartados b) a e) del artículo 42.4, referido a la obligación del contratista para con la representación unitaria en el ámbito de la empresa.

Una enumeración sintética de los criterios jurisprudenciales que determinan las circunstancias que deben darse para conformar una contrata, lo que a “sensu contrario” sería circunstancias determinantes de la cesión ilegal:

1. Organización con existencia autónoma e independiente, lo que requiere como primer requisito que esté válidamente constituida.
2. Aportación de medios materiales y personales para la actividad: instalaciones, equipos informáticos, maquinaria; trabajadores debidamente clasificados, acordes al contrato de ejecución de obras previsto o al servicio comprometido.
3. Desarrollo de la actividad propia y específica contratada, que puede ser auxiliar o propia del objeto al que se dedica la principal. En ningún caso los trabajadores de la contratista deben integrarse en el organigrama funcional de la empresa principal, desarrollando sus actividades que deben tener sustantividad y autonomía, de tal modo

que lo que se contrata es un resultado o la prestación de un singular servicio.

4. Ejercer funciones inherentes a su condición de empresario, consistente en organizar, dirigir y controlar la actividad, lo que conlleva que de manera directa se ejercite la condición de empresario en relación con sus recursos humanos, desplegando el haz de funciones organizativas y disciplinarias que establece el propio ordenamiento, referidas básicamente a los artículos 20 y 58 ET.
5. Asunción por el contratista de las responsabilidades y riesgos propios de la actividad empresarial.

Ahora bien, el cumplimiento de estos criterios jurisprudenciales no son suficientes para evitar la calificación de cesión ilegal de mano de obra. A tal respecto, hay que tener en cuenta los llamados “indicios”, que ayudan a diferenciar entre ambas instituciones. Los que se enumeran a continuación, ayudan a presumir la existencia de cesión ilegal:

1. Retribución del contratista por horas de trabajo, por kilómetros realizados en el caso de la utilización para la prestación del servicio de vehículo.
2. El contratista presta servicios para una única empresa.
3. Contratación de los trabajadores por la contratista en el momento de la contratación de los servicios con la empresa principal.
4. Coincidencia de horarios y otras condiciones de trabajo entre los trabajadores de la principal y la contratista.
5. Utilización por la contratista de las instalaciones de la principal, para el desarrollo de su gestión empresarial.
6. Medios materiales aportados por empresa principal o la utilización de los medios materiales de la empresa principal, tales como el mobiliario, vehículos, ordenadores, uniformes.
7. La contratista no dispone en las instalaciones de la principal de persona encargada de la coordinación, dirección y control de la actividad desarrollada.
8. Realización por la contratista de actividades y funciones diferentes al objeto contratado.
9. Dar órdenes e instrucciones por la principal a los trabajadores de la contratista de cómo realizar o ejecutar la actividad.
10. Realización de las mismas funciones de manera indistinta por trabajadores de la empresa principal y de la contrata.
11. Control de acceso y horarios por la principal sobre los trabajadores de la contratista.
12. Formalización de los cuadrantes y planillas de servicios del personal de la contratista por la principal.
13. Acudir a reuniones el personal de la contratista, convocados por la principal.



14. Sustitución de trabajadores de la empresa principal, en casos de incapacidad temporal, vacaciones y permisos retribuidos.
15. Hacer pedidos de material los trabajadores de la contratista en nombre de la empresa principal.
16. Permisos o licencias de toda índole del personal de la contrata autorizados por personal de la empresa principal.
17. Reconocimientos médicos y demás actividades relacionadas con la vigilancia de la salud del personal de la contrata realizados por la empresa principal.

Las cuestiones que hemos enumerado hasta ahora, tendente a conformar una auténtica contrata, así como aquellos indicios que tendentes a no desvirtuarla, se refieren a la fase de ejecución de la misma. De igual modo que en el estudio de la situación en la Administración pública, siguiendo la Instrucción y su desarrollo a través de los escritos de “buenas prácticas”, distinguía entre las buenas prácticas en la fase de ejecución del contrato y buenas prácticas en el proceso de licitación: pliegos de condiciones y condiciones contractuales.

Por ello, queda por relatar las situaciones que se recomiendan en la fase de la contratación de la contrata y la formalización del documento en el que se formaliza la contrata como tal, que vamos a denominar “contenido de las prescripciones técnicas”:

1. Incluir cláusulas que definan de manera clara y concisa la prestación del servicio por los trabajadores de la contrata, siempre referenciando que los frutos de la actividad corresponden a la contrata: el contratista como receptor de los frutos
2. Definir con claridad la asunción de obligaciones por la contratista en materia de prevención de riesgos. Cuando proceda, enumerar los bienes de equipo y elementos de protección colectiva propiedad de la principal y que estarán a disposición de los trabajadores de la contratista.
3. Definir con claridad el servicio, con autonomía y sustantividad propia y evitar expresiones como “apoyo de operaciones”, “para la contratación de tareas varias del departamento”, “servicio de refuerzo de...”
4. Evitar que el objeto del servicio coincida con las descripciones de funciones de las diferentes categorías profesionales recogidas en el convenio colectivo aplicable a la principal.
5. Externalizar la visualización de independencia de la prestación de la actividad por la contrata en relación con la principal. Puede que los horarios sean coincidentes una con otra o no. Conviene evitar expresiones como “en el horario de trabajo que establezca el responsable de la principal, referido al de los trabajadores de la contratista”, “deberá adaptarse al horario de trabajo acordado por la principal”
6. Se puede incluir el horario de prestación del servicio, pero no la jornada laboral del personal de la contratista de manera individualizada. Evitar expresiones como “el personal deberá tener dedicación exclusiva y estará permanentemente al servicio de la principal, cuando sea necesario algún tipo de cambio en la jornada o el horario, por necesidades organizativas, técnicas o productivas”.

7. Medios materiales a aportar por el contratista para la ejecución de la contrata o la formalización del contrato de arrendamiento entre la empresa principal y la contratista, en relación con la utilización de los medios materiales de aquella.
8. Lugar de prestación del servicio, diferenciando y visualizando con claridad los locales o dependencias del contratista o en su caso cuando se ejecute la actividad o se preste el servicio en las dependencias de la empresa principal. Evitar expresiones como “el equipo del contratista se integrará con otros del principal”, “los empleados trabajarán en colaboración con las unidades de la dirección”.
9. Evitar en cualquier caso entrar a detallar cuestiones propias de la organización del contratista. Nunca poner expresiones como “el organigrama de la empresa adjudicataria será susceptible de ser modificado por la principal”.
10. En relación con el personal que preste el servicio:
  - a. La empresa principal en ningún caso tendrá capacidad de decisión en la contratación de los trabajadores de la contratista. Evitar expresiones como “la empresa principal podrá rechazar al personal propuesto por la adjudicataria”, “La empresa principal podrá solicitar el cambio del personal que va a prestar el servicio contratado”. Puede regularse el número mínimo de trabajadores que prestaran con carácter general el servicio, así como sus perfiles, al objeto de contar con elementos propios de fiscalización por la principal, en la previsible evaluación de la actividad desarrollada por la contratista.
  - b. Las vacaciones, bajas, permisos y licencias, así como la previsible sustitución de los trabajadores que se encuentre en algunas de las situaciones contempladas, son de la competencia exclusiva de la contratista. Hay que evitar expresiones como “las vacaciones del personal deberán ser aprobadas por la contratista”. No incluir cláusulas que exijan el reemplazo obligatorio de los profesionales que se encuentren en algunas de las situaciones antes descritas. Si bien sí es habitual apelar a que en cualquier situación de las contempladas ahora, el contratista adquiere el compromiso de prestar adecuadamente el servicio en los términos estipulados.
  - c. Ningún trabajador de la principal ostenta el poder de dirección sobre los trabajadores de la contratista. Evitar expresiones como “el personal realizará las tareas encomendadas por la principal”. Incluir cláusula donde se establezca que las relaciones entre la principal y la contrata se llevarán a cabo únicamente a través del responsable asignado por la principal, en la gestión del contrato de contrata suscrito o coordinador asignado por la contratista. Se deberá indicar la habitual presencia de éste en el centro de trabajo de la principal, donde se ejecuta la contrata o en caso de que la prestación del servicio se realice sin solución de continuidad, se deberá contar con varios coordinadores o en su caso su localización de manera permanente, para atender las incidencias de la actividad.
  - d. La formación de los trabajadores es competencia exclusiva de la contrata. No inmiscuir en ningún momento a la principal en esas consideraciones, salvo las referidas a la coordinación en materia de

prevención de riesgos laborales, cuando así lo dispongan los responsables de coordinación de ambas empresas.

#### **4.4. Dos supuestos especiales de cesión ilegal: en el grupo de empresas y a través de una ETT.**

##### ***4.4.1. La cesión ilegal en el grupo de empresas.***

La jurisprudencia ha considerado que las diferencias entre la misión o encargo de trabajo en el grupo de empresas y la cesión de trabajadores son importantes, suponiendo dos cuestiones distintas con eficacia lógicamente diferente, en todo lo concerniente a los efectos jurídicos referidos a cada uno de ellos. Ya que “salvo supuestos especiales que actúan como auténticas excepciones a la regla general, los fenómenos de circulación dentro del grupo, no suelen perseguir la finalidad de crear un mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo para así ocultar al empresario real”<sup>131</sup>.

Otra cuestión a considerar se refiere a la inaplicación del art. 43.2 ET respecto de la cesión de personal laboral entre Administraciones Públicas. Se construye una teoría al efecto similar al supuesto referido de los grupos de empresas, en donde se refuerza la licitud de tales prácticas por el principio de coordinación, cooperación y colaboración entre Administraciones que prevé el artículo 103.1.<sup>132 y 133</sup>

A pesar de lo dicho, no siempre se han considerado acreditadas las razones técnico-organizativas justificadas de la movilidad en el seno del grupo de empresas, cuando la empresa que había contratado al trabajador, siendo sin dudas una empresa real, había proyectado su actuación con respecto al trabajador como una mera suministradora de mano de obra<sup>134</sup>. Otra doctrina se refiere a la necesidad de distinguir entre la temporalidad o la permanencia de la puesta a disposición de los trabajadores en las empresas que conforman el grupo, entendiéndose la licitud de la primera, considerada esta como auténtica misión y la segunda como una cesión ilegal, ya que la vinculación con la empresa del grupo cedente tendría un carácter meramente formal, siendo la finalidad exclusiva de la contratación del trabajador, la de la puesta a disposición del trabajador a la otra empresa cesionaria.

La licitud de la circulación de los trabajadores en el seno de los grupos de empresas, descansa en una concepción subjetiva de la prohibición de cesión de mano de

---

<sup>131</sup> STS 25 de junio de 2009.

<sup>132</sup> 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.

<sup>133</sup> STSJ Canarias 31 de julio de 2008.

<sup>134</sup> STSJ Madrid 23-5-2006.

obra, que ante la ausencia de un ánimo específico de contratar al trabajador para cederlo a otra empresa, es lo que legitima la circulación de trabajadores en el seno del grupo, lo que supone una excepción a la prohibición legal de cesión de trabajadores. Pero, hay que advertir a continuación cuáles han sido los efectos que a su vez la jurisprudencia ha dispuesto ante estas situaciones de cesión legal en el seno del grupo. Sí cabe reconocer algunos de los efectos previstos por el art. 43.2 ET, declarando una responsabilidad solidaria de las empresas cedente y cesionaria y reconociendo al trabajador una antigüedad desde el inicio de la relación con cualquier empresa del grupo<sup>135</sup>. Aunque también hay que advertir, que lo habitual es llegar a esa consideración de la responsabilidad solidaria como efecto dispuesto en el propio artículo 43.2 ET, por otra vía, que consiste en reconocer la consideración del grupo como unidad a efectos laborales, es decir, como si se estuviese ante un solo empresario, tomado como dato relevante la prestación de servicios por los trabajadores afectados por la situación, para diversas empresas del grupo y habitualmente sin hacer distinciones sobre si esa prestación para diversas empresas del grupo ha sido simultánea o sucesiva<sup>136y137</sup>.

El caso planteado de manera clara por la STSJ de Aragón 19 de abril de 2010, sistematiza la cuestión y zanja de manera diáfana la diferencia entre cesión ilegal de mano de obra y la existencia de un grupo de empresas, que de manera real opera como unidad de empresa, que asume como tal los efectos jurídicos materiales de las relaciones laborales que se establecen en su seno. En este caso las empresas constituían un grupo con unidad de dirección, confusión patrimonial y prestación indiferenciada de servicios por los trabajadores de las empresas que constituían el grupo de empresas. A modo indiciario para la justificación de la “unidad” de empresa, es que contaba con un servicio de prevención mancomunado y régimen de consolidación fiscal, compartiendo los mismos centros de trabajo. La estructura del personal u organigrama, seguía un diseño piramidal, encontrándose en la cúspide de la pirámide para abajo, los jefes o directores de proyecto, luego los analistas funcionales y técnicos. A continuación los programadores. Los primeros dependen de la matriz, que adquiere también la consideración de sociedad holding, perteneciendo los programadores a cualquiera de las tres empresas que conforman el grupo. El diseño de grupo, prevé que las empresas operan como un grupo empresarial en la que los trabajadores prestan servicios de forma indiferenciada para cualquiera de las tres empresas, por lo que originariamente el grupo había sido diseñado como una sola empresa real, que organiza y distribuye el trabajo entre sus trabajadores, basándose en criterios de especialización y eficiencia empresarial.

La reiterada jurisprudencia y doctrina legal ha venido interpretando el artículo 43.2 ET, sobre la base de que el supuesto de hecho ordinario de existencia de cesión ilegal de mano de obra, se construye externalizando servicios, pero a través de del suministro de mano de obra. El supuesto de hecho objeto de análisis, no existía contrato alguno entre las empresas que conforman el grupo, es decir, no se había procedido a llevar a cabo una contratación empresarial a través de una contrata. De tal forma que el juzgador considera que no es posible la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre

---

<sup>135</sup> STS 25 de junio de 2009.

<sup>136</sup> STS 25 de junio de 2009.

<sup>137</sup> STSJ de Aragón 19 de abril de 2010.

las empresas del grupo, porque los trabajadores contratados por cualquiera de ellas, prestaban servicios de manera indiferenciada y conjunta para todas ellas. Y todas ellas, las empresas que conforman el grupo, tienen como objetivo la consecución de un resultado común.

El empresario es el grupo en sí, de tal forma que las empresas que lo componen tienen responsabilidad solidaria frente a los trabajadores, lo cual determina la innecesariedad de la figura de la cesión ilegal de los trabajadores, en cuanto que se llega a un efecto práctico de protección de los trabajadores similar al previsto para la cesión.

#### ***4.4.2. La cesión ilegal a través de una ETT cuando se contraviene el contrato de puesta a disposición.***

Se aprecia cesión ilegal, a pesar de operar la misma a través de una ETT, cuando se vulneran las condiciones previstas legalmente para los contratos de puesta a disposición, especialmente cuando se conciertan contratos de puesta a disposición para supuestos prohibidos legalmente o cuando mediante sucesivos contratos de puesta a disposición de un mismo trabajador en misión, se cubran necesidades permanentes en la empresa usuaria.

Al contemplarse en esos supuestos cesión ilegal de mano de obra, es de aplicación el artículo 43.2. ET a todos los efectos<sup>138</sup>, en concreto, lo concerniente al régimen de responsabilidades que nacen por mor del mismo, lo que hay que relacionarlo con el artículo 16.3 LETT, sobre obligaciones de la empresa usuaria, obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, que dispone que dicha responsabilidad será solidaria en el caso de que el referido contrato se haya realizado incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8 LETT.

#### **4.5. Tres supuestos de cesión legal de mano de obra distintos del de puesta a disposición a través de una ETT.**

El ordenamiento jurídico español contempla cuatro supuestos posibles de cesión “legal” de mano de obra. Además del contemplado en el artículo 43.1. ET y artículo 1 LETT, que posibilita la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, denominada ahora empresas usuarias en virtud de un previo contrato de puesta a disposición, siempre que lo fuera a través de ETT debidamente autorizadas.

---

<sup>138</sup> Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 4 de julio y de 28 de septiembre de 2006; 3 de noviembre de 2008, y de 19 de febrero de 2009.

Además del supuesto contemplado, se permite de manera excepcional otros tres supuestos de cesión de trabajadores, que de no ser por una expresa habilitación legal, serían supuestos constitutivos de cesión ilegal.

En primer lugar, la cesión de trabajadores portuarios, sujetos a relación laboral especial, en la medida en que la Sociedad Anónima de Gestión de Servicios Portuarios<sup>139</sup> que existe en cada uno de los puertos españoles de primera categoría, conforman una bolsa de trabajo, cuyo objeto es satisfacer las demandas puntuales de empleo de las empresas estibadoras que operan en cada uno de los Puertos referidos. La cesión de trabajadores opera desde las sociedades de estiba a cada una las empresas estibadoras que demanden trabajadores, cesión prevista en el articulado de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general crea las SAGEP. Como se observa, un típico supuesto de cesión de mano de obra, siendo el objeto único de las sociedades de estiba, la cesión de trabajadores.

La relación laboral especial de los estibadores portuarios se regula en el Texto refundido de la Ley de puertos aprobado por RD Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, amén de su consideración expresa como relación laboral de carácter especial en el Artículo 2.h ET, que la califica como tal cuando se refiere a la de los estibadores portuarios que presten servicios a través de sociedades estatales o de los sujetos que desempeñen las mismas funciones que éstas en los puertos gestionados por las Comunidades Autónomas.

El segundo caso admitido, es la cesión por una cooperativa agraria o del campo de sus trabajadores a las explotaciones agrícolas de sus socios. Fue autorizada la cesión de trabajadores por primera vez en el artículo 93.2.d) Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Esta última modificó aquella estableciendo desde entonces que “para el cumplimiento de su objeto, las cooperativas agrarias podrán desarrollar, entre otras, las siguientes actividades:... d) Cualesquiera otras actividades que sean necesarias o convenientes o que faciliten el mejoramiento económico, técnico, laboral o ecológico de la cooperativa o de las explotaciones de los socios, entre otras, la prestación de servicios por la cooperativa y con su propio personal que consista en la realización de labores agrarias u otras análogas en la mencionadas explotaciones y a favor de los socios de la misma”.

El tercer supuesto de cesión admitido, es la prestación de servicios en cualquier tipo de empresa, por parte de trabajadores discapacitados contratados mediante una relación laboral especial por centros especiales de empleo y que en virtud de un enclave laboral son destinados a trabajar en una empresa, conforme a lo dispuesto en los artículos 3 a 10 RD 290/2004, de 20 de febrero, que regula los enclaves laborales como medidas de fomento de empleo de los discapacitados.

---

<sup>139</sup> Que asume la antigua posición que tenía antaño la OTP, Organismo Autónomo de Trabajos Portuarios. Esta Sociedad de Estiba, funciona como bolsa de trabajo, cediendo los trabajadores que le son requeridos por las distintas empresas estibadoras, cuando existen períodos puntas de producción, lo que tiene que ver con las estadías en puerto de los buques para efectuar las labores de carga y descarga.

## 4.6. Las consecuencias legales de la cesión ilegal.

### 4.6.1. Cesión entre una empresa real y una empresa ficticia<sup>140</sup>.

No es posible lógicamente ejercitar de manera eficaz en el supuesto de hecho ahora contemplado por parte del trabajador, la opción referida en el artículo 43.4 del ET, que previene 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”.

Serán los órganos jurisdiccionales los que resuelvan a cerca de la simulación realizada en fraude de ley, sobre la base de la aplicación de los artículos 1 y 8 ET, considerando como empresario al que realmente recibe la prestación de servicios y bajo cuya dirección se encuentra el trabajador. Pero, también otra opción jurisprudencial, centra la cuestión sobre la base de la inaplicación del artículo 43 ET, en cuanto que al ser una de las dos partes un testaferro o empresario aparente, no podría darse una verdadera cesión, al faltar en una de las partes de la supuesta contrata, la condición de empresario real. Además, siendo una parte un testaferro se sobreentiende que su finalidad interpositorio es permanente y no temporal, como expresamente previene el artículo 43 ET.

La conducta de los “dos” empresarios (a pesar de la apariencia de uno de ellos) infringe el artículo 43.2 ET, que es calificada como infracción muy grave, tipificada en el artículo 8.2 LISOS. Ambas actuaciones inspectoras van dirigidas a ambas empresas, cedente y cesionaria, a la que acompañaría la de estimación de perjuicios económicos conforme a lo dispuesto en el artículo 148.a) LJS<sup>141</sup>.

Dado que se trata de una empresa ficticia, no siendo posible que el trabajador pueda optar por adquirir la condición de fijo en la empresa cedente, será comunicada la baja de oficio en la empresa aparente, considerándose la nulidad de la misma.

Se comunicará a la TGSS el alta de oficio de los trabajadores en la empresa cesionaria con fecha de efectos desde el inicio de la cesión ilegal. Se practicará acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta de los trabajadores afectados por falta de alta en la empresa real, o sea, en la cesionaria desde el inicio de la cesión ilegal.

---

<sup>140</sup> Criterio operativo 96/2015 de la inspección de trabajo y seguridad social sobre cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en el ámbito de empresas de servicios.

<sup>141</sup> El proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia de las certificaciones de las resoluciones firmes que dicte la autoridad laboral derivadas de las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en las que se aprecien perjuicios económicos para los trabajadores afectados.

Los perjuicios económicos han de calcularse según la remuneración a la que el trabajador tendría derecho de haber sido contratado directamente por la empresa cesionaria, porque es un trabajador de la empresa cesionaria. Por tanto, se tendrá en cuenta el convenio aplicable a la empresa cesionaria para dichos cálculos.

#### ***4.6.2. Cesión entre dos empresas reales<sup>142</sup>.***

La conducta de los dos empresarios cedente y cesionario infringen el artículo 43.2 ET, que es calificada como infracción muy grave, tipificada en el artículo 8.2 LISOS. Ambas actuaciones inspectoras van dirigidas a ambas empresas, cedente y cesionaria, a la que acompañaría la de estimación de perjuicios económicos conforme a lo dispuesto en el artículo 148.a) LJS<sup>143</sup>.

Los empresarios, cedente y cesionario, responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

En lo concerniente a los salarios, la doctrina sentada por la jurisprudencia<sup>144</sup>, señala que la cesión ilegal de mano de obra exige aplicar los efectos salariales con carácter retroactivo, aplicándosele para su cálculo el convenio colectivo de la empresa cesionaria y condenando a las dos empresas solidariamente al abono de los mismos.

No debe darse de baja al trabajador en la empresa cedente puesto que de acuerdo con el 43.4 del ET “los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria, y esta opción sólo puede producirse en el contexto de un procedimiento judicial que declare la existencia de la cesión ilegal”.

La acción de fijeza sobre la elección de empresa en la que opta el trabajador, ha de ejercitarse mientras subsista la cesión necesariamente<sup>145</sup>, considerándose el momento del examen de la cuestión, el de la interposición de la demanda<sup>146</sup> y no el existente en el momento del juicio oral. Efectuada la opción por el trabajador, tiene derecho al salario existente en la empresa en la que se incorpora, desde el inicio del trabajo que ha sido calificado de cesión ilegal de mano de obra. Sí se incorpora en la cesionaria, empresa en la que tiene un salario inferior de la cedente, no tendría derecho en ningún caso a la diferencia salarial existente entre ambas.

---

<sup>142</sup> Criterio operativo 96/2015 de la inspección de trabajo y seguridad social sobre cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en el ámbito de empresas de servicios.

<sup>143</sup> El proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia de las certificaciones de las resoluciones firmes que dicte la autoridad laboral derivadas de las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en las que se aprecien perjuicios económicos para los trabajadores afectados.

<sup>144</sup> STS 30 de noviembre de 2005.

<sup>145</sup> STS 29 de octubre de 2012.

<sup>146</sup> STS 7 de mayo de 2010. A juicio de ésta, ese es el momento de producción de los efectos de la litispendencia, conforme a lo previsto en los artículos 410 y siguientes de la LEC.



No existe modalidad procesal aplicable para el caso de la cesión de mano de obra, por lo que el trabajador demandante cuya pretensión sea el reconocimiento de su condición de trabajador en la empresa cesionaria, deberá interponer la demanda en la instancia a través del proceso ordinario o declarativo laboral. Mediante este procedimiento ordinario se solventan todos los litigios a los que la ley no disponga un procedimiento o modalidad procesal concreta. Comienza con la interposición de la demanda, que es el escrito en el que una parte ejercita una acción y formula una o varias pretensiones ante el órgano judicial, produciéndose a partir de entonces una sucesión de actuaciones procesales que constituyen el proceso. Pero puede ser y es una práctica generalizada en los supuestos de cesión ilegal de mano de obra, que el proceso se inicie como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Basta que el trabajador este trabajando cuando se produzca la actuación inspectora, que suponga levantar un acta de infracción por cesión ilegal de mano de obra<sup>147</sup>.

El TC reconoce la legitimación para la interposición de la demanda en un procedimiento en el que se discute sobre la cesión ilegal de mano de obra a un sindicato<sup>148</sup>.

Es complicado justificar adecuadamente el recurso de casación en unificación de doctrina, en cuanto que la calificación de la cesión ilegal de mano de obra, responde a una especial situación, consiste en una valoración de circunstancias aplicables al caso como tal y que difícilmente son extrapolables a otro<sup>149</sup>.

Las consecuencias de la cesión ilegal una vez declarada judicialmente:

1. Los trabajadores cedidos ilegalmente pueden adquirir la condición de fijos a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. La elección de la empresa no está sujeta a formalidades, bastando con que así aparezca recogida en la demanda. Se presume que la empresa de elección será la cesionaria, porque así se desprende de la propia dicción del artículo 43.2 ET, computándose la antigüedad desde que se inició la cesión ilegal. Pero puede ocurrir, que el trabajador en el uso legítimo del derecho de opción, escoja la empresa cedente, lo que determina de manera inmediata la eliminación de la interposición<sup>150</sup>.
2. No existe litispendencia entre un proceso por despido que aún no es firme con otro de carácter declarativo en el que el objeto de la litis es la cesión ilegal de mano de obra y ello es debido a que la identidad de partes no es suficiente para tal declaración, en cuanto que el objeto de la pretensión es distinto y también lo es la causa de pedir, ya que en el procedimiento de despido queda vinculado a la consideración de ilegal del cese, mientras que la causa de pedir en el otro es la propia cesión como tal.
3. Condición de fijo cualquiera que fuese el tipo de contrato originario. Es indiferente el tipo de contrato que unía al trabajador con la cedente.

---

<sup>147</sup> STSJ de la Rioja 22 de mayo de 2003.

<sup>148</sup> STC 215/2001.

<sup>149</sup> STS 13 de julio de 2009.

<sup>150</sup> STS 9 de diciembre de 2009.

Declarada la cesión ilegal, el trabajador pasa a ser considerado fijo, cualquiera que sea la opción de ser plantilla de la cedente o la cesionaria<sup>151</sup>.

4. Igualdad de condiciones laborales que las aplicables a la plantilla originaria de la cesionaria. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 43.3 ET, 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<sup>152</sup>.

#### ***4.6.3. El procedimiento de oficio y la cesión ilegal de mano de obra: una forma común de entablar el proceso.***

Cuando la actuación inspectora a través de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, conlleva una actividad por ésta de carácter liquidatoria o sancionatoria, parte del presupuesto de la existencia de una relación laboral. A tal efecto, el artículo 148 LJS establece dos supuestos de iniciación del procedimiento de oficio, cuyo fin es la obtención de una sentencia declarativa de derecho, sobre la base de la calificación de los presupuestos (el alta del trabajador y en consecuencia la relación laboral base de aquella) que sirven de justificación al procedimiento de oficio que inicia la Inspección, como acta de infracción o de liquidación de cuotas de Seguridad Social, o bien el de infracción y liquidación por los mismos hechos.

El artículo 148.d) LJS dice que se podrá iniciar el procedimiento de oficio como consecuencia “de las comunicaciones de la autoridad laboral, cuando cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, relativa a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del artículo 3, haya sido impugnada por el sujeto responsable, con base en alegaciones y pruebas que, a juicio de la autoridad laboral, puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora”.

De lo manifestado se infiere que el procedimiento de oficio se produce en el contexto de un procedimiento administrativo sancionador o de liquidación de cuotas de la Seguridad Social, que se encuentra en plena tramitación. De tal forma que el inspector ha procedido a levantar el acta de infracción. Contra ésta los empresarios cedente y cesionario pueden alegar lo que estimen oportuno, intentando desvirtuar el relato fáctico del acta.

La ordenación de la tramitación del expediente sancionador corresponderá al órgano que disponga de competencia para su resolución, con sujeción a lo establecido en este artículo y en las normas que rigen el procedimiento administrativo. Si no se formalizase escrito de alegaciones, continuará la tramitación del procedimiento hasta

---

<sup>151</sup> STSJ Aragón 29 de noviembre de 2001 y STSJ Galicia 15 de junio de 1994.

<sup>152</sup> STS 25 de mayo de 2010.

dictar la resolución que corresponda, cumplimentándose, con carácter previo, el trámite de audiencia en favor del presunto responsable<sup>153</sup>.

Si se formularan alegaciones en plazo contra el acta de infracción, el órgano al que corresponda resolverlas podrá recabar informe ampliatorio al inspector que inició el procedimiento levantando el acta, que se emitirá en quince días. El referido informe será preceptivo si en las alegaciones se invocan hechos o circunstancias distintos a los consignados en el acta, insuficiencia del relato fáctico de la misma, o indefensión por cualquier causa. Dicho informe valorará expresamente las pruebas aportadas o que se hubiesen practicado, y las alegaciones producidas, y contendrá propuesta definitiva de resolución<sup>154</sup>.

Cuando el acta de infracción haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en argumentos y pruebas que razonablemente puedan desvirtuar la naturaleza jurídica de la relación objeto de la propuesta inspectora, el inspector de Trabajo y Seguridad Social podrá proponer al respectivo Jefe de la Inspección Provincial o al órgano competente de la Comunidad Autónoma, que se formalice demanda de oficio ante la Jurisdicción de lo Social, que de formalizarse, motivará la suspensión de la práctica del acta con notificación al interesado<sup>155</sup>.

La propuesta de sanción contendrán los requisitos generales exigidos para las demandas de los procesos ordinarios. Si el respectivo Jefe de la Inspección Provincial o la autoridad competente formulase demanda de oficio, observará en la misma los requisitos indicados acompañando copia del expediente sancionador, y suspenderá el procedimiento sancionador. Una vez recaída sentencia firme y comunicada la misma, de conformidad con el artículo 270 LOPJ continuará la tramitación del expediente administrativo<sup>156</sup>.

La autoridad competente, una vez haya tenido notificación de la sentencia firme derivada del procedimiento judicial social, ordenará que se continúe la tramitación del expediente administrativo sancionador y que el funcionario actuante elabore la correspondiente propuesta de resolución<sup>157</sup>.

Hemos dicho que las alegaciones y pruebas aportadas por el sujeto responsable de la actuación inspectora, tiene como finalidad “desvirtuar la naturaleza laboral de la relación objeto de la propuesta inspectora”. De esta forma se determina de manera clara el objeto del procedimiento de oficio, que queda circunscrito al mismo presupuesto sobre la procedencia de la propuesta de sanción o de liquidación de cuotas, que se proponen en el acta que se impugna.

El procedimiento de oficio se inicia en virtud de comunicación que dirigirá la autoridad laboral al juzgado de lo social. Dicha comunicación que reviste la forma de demanda de oficio, es de obligado cumplimiento por la autoridad laboral, a pesar de

---

<sup>153</sup> Artículo 18.1,2 Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

<sup>154</sup> Artículo 18.3 Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo.

<sup>155</sup> Artículo 19.1 Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo.

<sup>156</sup> Artículo 19.3 Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo.

<sup>157</sup> Artículo 19.4 Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo.

haber sido valorada negativamente por ella en la tramitación administrativa del procedimiento.

Junto a la demanda de oficio, la autoridad laboral acompañará copia del expediente administrativo. La admisión de la demanda producirá la suspensión del expediente administrativo.

Admitida a trámite la demanda, continuará el procedimiento con arreglo a las normas generales recogidas en la LJS, con las especialidades siguientes<sup>158</sup>: 1) El procedimiento se seguirá de oficio, aun sin asistencia de los trabajadores perjudicados, a los que se emplazará al efecto y una vez comparecidos, tendrán la consideración de parte, si bien no podrán desistir ni solicitar la suspensión del proceso. 2) Las afirmaciones de hechos que se contengan en la resolución o comunicación base del proceso harán fe salvo prueba en contrario, incumbiendo toda la carga de la prueba a la parte demandada.

La demanda se dirigirá contra el cesionario, que es quien niega el carácter de la relación laboral en la tramitación del procedimiento administrativo sancionador, que incoa el acta de infracción de la Inspección.

El trabajador adoptará la postura procesal correspondiente en virtud de la previa actuación inspectora formalizada en un acta de infracción o de liquidación. Para el supuesto de infracción laboral, siendo el trabajador interesado en mantener la calificación laboral de su relación con el empresario, adoptará la postura procesal de demandante<sup>159</sup>, sin perjuicio de conservarla también como principal, la Administración representada por la autoridad laboral que inicia el procedimiento.

Hemos manifestado con anterioridad que la admisión de la demanda, producirá la suspensión del expediente administrativo sancionador<sup>160</sup>. La sentencia firme se comunicará a la autoridad laboral y vinculará en los extremos en ella resueltos a la autoridad laboral y a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa ante los que se impugne el acta de infracción o de liquidación<sup>161</sup>. La autoridad laboral que conoció en la tramitación del procedimiento en la vía administrativa, una vez haya tenido notificación de la sentencia firme derivada del procedimiento judicial social, ordenará que se continúe o no con la tramitación del expediente administrativo sancionador y que el funcionario actuante elabore la correspondiente propuesta de resolución, en el caso de que la sentencia declare la naturaleza laboral de la relación jurídica que une al trabajador con el empresario responsable, objeto de la actuación inspectora<sup>162</sup>.

---

<sup>158</sup> Artículo 150.2.a) y d) LJS

<sup>159</sup> STS 5 de mayo de 1994.

<sup>160</sup> Artículo 148.d) 2º párrafo y artículo 19.1 Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo.

<sup>161</sup> Artículo 148.d) 2º párrafo.

<sup>162</sup> Este procedimiento de oficio se configura como una especie de prejudicialidad devolutiva respecto del procedimiento administrativo, tal y como lo determina la STS 5 de mayo de 1994.

#### ***4.6.4. La cesión intra grupo y la consideración del grupo como unidad receptora de las prestaciones de servicios.***

La ausencia de intención de contratar al trabajador para cederlo a otra empresa, es lo que legitima la circulación de trabajadores en el seno del grupo, lo que supone una excepción a la prohibición legal de cesión de trabajadores. Sin embargo, los efectos que la jurisprudencia ha dispuesto ante estas situaciones de cesión legal en el seno del grupo, reconoce algunos de los efectos previstos por el artículo 43.2 ET, declarando una responsabilidad solidaria de las empresas cedente y cesionaria y reconociendo al trabajador una antigüedad desde el inicio de la relación con cualquier empresa del grupo<sup>163</sup>. Aunque también hay que advertir, que lo habitual es llegar a esa consideración de la responsabilidad solidaria como efecto dispuesto en el propio artículo 43.2 ET, por otra vía, que consiste en reconocer la consideración del grupo como unidad a efectos laborales, es decir, como si se estuviese ante un solo empresario, tomando como dato relevante la prestación de servicios por los trabajadores afectados por la situación, para diversas empresas del grupo y habitualmente sin hacer distinciones sobre si esa prestación para diversas empresas del grupo ha sido simultánea o sucesiva.

Debe señalarse el art. 18.4 LGSS, para el caso de las denominadas empresas aparentes o ficticias, que se basa en la teoría del empresario efectivo, al disponer que podrá dirigirse el procedimiento recaudatorio contra quien efectivamente reciba la prestación de servicios de los trabajadores que emplee, aunque formalmente no figure como empresario en los contratos de trabajo, en los registros públicos o en los archivos de las entidades gestoras y servicios comunes. El desarrollo reglamentario se encuentra en el art. 12 RD 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

#### ***4.6.5. Conformidad de los trabajadores en la cesión. Irrelevante para su apreciación***

El TS<sup>164</sup> ha dispuesto al respecto que “la conformidad al menos tácita de los representantes sindicales, a lo que se une una consideración más general sobre la inexistencia de cesión, porque los trabajadores no han sido contratados para ser cedidos...”, no son argumentos suficientes en ningún caso a los que pueden acogerse para excluir la cesión. “Las consideraciones sobre la conveniencia no son susceptibles de ser ponderables para excluir la aplicación de una norma imperativa; en todo caso, podrían determinar que el afectado no ejercite su derecho si no le conviene hacerlo. Pero el órgano judicial no puede sustituirle en ese juicio de conveniencia”. De igual modo debe ser entendido “sobre la conformidad sindical, en cuanto que tal conformidad no podría justificar la inaplicación de una disposición de Derecho necesario, incluyendo

---

<sup>163</sup> STS 25 de junio de 2009.

<sup>164</sup> STS 20 de julio de 2007.

el supuesto en que proceda la aplicación de lo dispuesto en el convenio colectivo, si el mismo tratara de legalizar una cesión prohibida”.

Pese a la defectuosa redacción del artículo 43.2 ET, que al regular la cesión se refiere a la contratación de trabajadores para cederlos, no es necesario que el personal se contrate ya inicialmente con la finalidad de ser cedido. “Para que haya cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparece en la posición contractual propia del empresario, alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio...”.

#### **4.7. La cesión ilegal y el delito contra los derechos de los trabajadores.**

Son dos los supuestos relacionados con el tráfico ilegal de mano de obra: la mediación en la colocación y la cesión de mano de obra, suponiendo esta última una interposición en la relación laboral. El tráfico prohibido es la intermediación y la interposición, que han de ser ilegales, conculcando las normas administrativas al respecto. La ilegalidad del tráfico, como elemento normativo del tipo, requiere la remisión a la normativa laboral, y concreta las posibles modalidades de la conducta típica en la mediación en el contrato de trabajo al margen de los mecanismos legales y la cesión ilícita de mano de obra.

El Título XV del Libro II CP (artículos 311 a 318) recoge los “delitos contra los derechos de los trabajadores”. El articulado ahora referido describe actos o incumplimientos en el ámbito laboral que por su trascendencia merecen el correspondiente reproche social y la correspondiente reacción de la jurisdicción penal. Por lo tanto hay que advertir que los supuestos de hechos circunscritos al ámbito de la cesión ilegal de mano de obra, merecen el reproche en el doble ámbito del Derecho administrativo sancionador y del Derecho Penal. Siendo la única nota característica entre el tipo penal y la infracción administrativa, la gravedad del hecho<sup>165</sup>.

En lo referente a la cesión ilegal de mano de obra, el compendio de Derecho positivo laboral y administrativo sancionador existente es muy extensa. Lo que significa que el ámbito de protección normativo de los trabajadores a este respecto es adecuado. Ahora bien, algunas infracciones de los empresarios sobre los derechos de los trabajadores son por su especial relevancia y gravedad tipificadas en el CP, conociendo de las mismas la jurisdicción penal, siendo aplicable en este caso el artículo 312.1 CP. Se podría plantear el problema del aforismo “non bis in ídem”, pero la cuestión está resuelta en el artículo 3 (Concurrencia con el orden jurisdiccional penal) LISOS. A tal efecto dispone que: “1. No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento. 2. En los supuestos en que las infracciones pudieran ser

---

<sup>165</sup> Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J., Derecho del Trabajo, Tecnos, 2011, Madrid, página 283.

constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones. 3. De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados. 4. La comunicación del tanto de culpa al órgano judicial o al Ministerio Fiscal o el inicio de actuaciones por parte de éstos, no afectará...a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal”.

Ahora bien, el Derecho penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos<sup>166</sup>. Por lo que se entiende que el Derecho Penal ha de ser subsidiario del Derecho administrativo sancionador laboral, desplegando sus efectos en los casos en los que los derechos de trabajadores se vean afectados de manera importante. Al respecto de la cesión de mano de obra, hay que advertir, aunque suele ser anecdótico, que en ocasiones tales derechos no son lesionados. Al contrario, el trabajador sale beneficiado en el supuesto de cesión ilegal, aunque no es lo habitual. En su caso, podría ser que el beneficio sea parcial, por ejemplo en cuestiones salariales, pero siempre suele pender el perjuicio consistente en el menoscabo en los derechos a la estabilidad en el empleo.

De ahí la aplicación del principio de intervención mínima, buscando el bien social con el menor coste, sobre la base de que el Derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino solo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos<sup>167</sup>.

El bien jurídico protegido no está integrado por los derechos del trabajador individualmente considerado, sino por los derechos del trabajador derivados de las condiciones mínimas generales de la relación de trabajo. La finalidad última es evitar abusos por el empresario. La cesión ilegal priva al trabajador de las condiciones de trabajo que le corresponderían por razón del empresario para el que realmente presta el servicio. El efecto interpositorio suele derivar condiciones laborales abusivas, careciendo el trabajador cedido de la protección que en condiciones normales le brindaría el derecho.

## **5. Los trabajadores autónomos, los autónomos económicamente dependientes (TRADE) y los falsos autónomos.**

---

<sup>166</sup> Mir Puig, S. Derecho Penal (parte general), Editorial Reppertor, Barcelona, 2004, página. 127.

<sup>167</sup> Mir Puig, S. Derecho Penal (parte general), Editorial Reppertor, Barcelona, 2004, pág. 127.

La nueva sociedad postindustrial también llamada sociedad de la información, ha provocado cambios importantes en las distintas maneras de incorporación al mercado de trabajo, de segmentos de la población cada vez más grandes. Entre ellos destacan los trabajadores autónomos. Esta nueva situación desplaza sin más el foco fijado desde la revolución industrial entre trabajador por cuenta ajena y empresario.

España cuenta con un número de trabajadores por cuenta propia en torno a los tres millones de personas, en un contexto de población ocupada de 19 millones de personas.

El uso de las nuevas tecnologías son las que permiten que el trabajo autónomo se extienda y esté presente hoy en día en actividades profesionales nuevas, que no sólo se relacionan con las pequeñas industrias, sino también con la mediana y gran industria, a través de los variados mecanismos de empresas en red, como expresión del desarrollo de la actividad en los nuevos tiempos que ahora corren.

En muchos sectores de la actividad empresarial, la extensión de la descentralización productiva es un hecho incuestionable, que en diversas ocasiones comporta procesos de externalización en cadena, en la que en no pocas ocasiones, uno de los eslabones de la misma suele ser algún autónomo.

El trabajo autónomo se ha venido configurando tradicionalmente dentro de un marco de relaciones jurídicas propio del derecho privado, por lo que las referencias normativas al mismo se hallan dispersas a lo largo de todo el ordenamiento Jurídico. La CE sin hacer una referencia expresa al trabajo por cuenta propia, recoge en algunos de sus preceptos derechos aplicables a los trabajadores autónomos. Así, el artículo 38 de la CE reconoce la libertad de empresa, el artículo 35.1 reconoce para todos los españoles el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio y a la promoción a través del trabajo. Estas referencias constitucionales no tienen por qué circunscribirse al trabajo por cuenta ajena, pues la propia CE así lo determina cuando se emplea el término “españoles” en el artículo 35 o el de “ciudadanos” en el artículo 41, al enunciar el sistema español de la Seguridad Social.

En los países de la UE sucede lo mismo que en España: las referencias a la figura del trabajador autónomo se encuentran dispersas por toda la legislación social, especialmente la legislación de Seguridad Social y de prevención de riesgos. En España, la norma básica que constituye el régimen jurídico actual del trabajador autónomo, aparece recogida en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. Recoge su artículo 1 el ámbito de aplicación, que queda circunscrito a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Esta actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial. También será de aplicación la Ley 20/2007, a los trabajos realizados de forma habitual, por familiares de las personas definidas como autónomos, que no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, conforme a lo establecido en el artículo 1.3.e) ET.



Se declaran expresamente comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 20/2007, siempre que cumplan los requisitos (personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo), los siguientes:

- a) Los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias.
- b) Los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común.
- c) Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla, en los términos previstos en el artículo 136.2 LGSS.
- d) Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el Capítulo III del Título II de la Ley 20/2007.
- e) Cualquier otra persona que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 1.1 de la presente Ley, a saber: personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo.

El artículo 2 de la Ley 20/2007, regula los supuestos excluidos. Se encuentran excluidos de su ámbito de aplicación, aquellas prestaciones de servicios que no cumplan con los requisitos del artículo 1.1 de la misma y de manera expresa:

- a) Las relaciones de trabajo por cuenta ajena a que se refiere el artículo 1.1 ET.
- b) La actividad que se limita pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.3.c) ET.
- c) Las relaciones laborales de carácter especial a las que se refiere el artículo 2 ET y disposiciones complementarias.

El Capítulo III de la Ley 20/2007, reconoce y regula la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE). Su regulación obedece a la necesidad de dar cobertura legal a una realidad social: la existencia de un colectivo de trabajadores autónomos que, no obstante su autonomía funcional, desarrollan su actividad con una fuerte y casi exclusiva dependencia económica del empresario o

cliente que los contrata. La Ley contempla el supuesto en el que este empresario es su principal cliente y de él proviene, al menos, el 75% de los ingresos del trabajador. Más de 700.000 trabajan para una única empresa o cliente. La cifra es importante, pero lo significativo es que este colectivo va en aumento, fundamentalmente en el ámbito de la distribución.

A la vista de la realidad anteriormente descrita, la introducción de la figura del TRADE ha planteado la necesidad de prevenir la posible utilización indebida de dicha figura, dado que nos movemos en una frontera no siempre precisa entre la figura del autónomo clásico, el autónomo económicamente dependiente y el trabajador por cuenta ajena.

La intención del legislador es eliminar esas zonas fronterizas grises entre las tres categorías. De ahí que el artículo 11, al definir el trabajador autónomo económicamente dependiente sea muy restrictivo, delimitando conforme a criterios objetivos los supuestos en que la actividad se ejecuta fuera del ámbito de organización y dirección del cliente que contrata al autónomo. Son definidos en el referenciado artículo como aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 % de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales. Además, no podrán tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena, ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente, como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes. No ejecutará su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.

Deberá disponer de infraestructura productiva y material propio, necesario para el ejercicio de la actividad e independiente de los de su cliente, cuando en dicha actividad sea relevante económicamente. Deberán desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente. Percibirán una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla.

Ahora bien, se establecen ciertas excepciones a la prohibición de contratar a trabajadores por cuenta ajena por parte del TRADE, en los siguientes casos, sobre la base de poder contratar a un único trabajador a su cargo:

1. Supuestos de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses.
2. Períodos de descanso por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, pre adoptivo o permanente.
3. Por cuidado de menores de siete años que tengan a su cargo.

4. Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia, debidamente acreditada.

5. Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, con una discapacidad igual o superior al 33%, debidamente acreditada.

En estos supuestos, el TRADE tendrá el carácter de empresario, en los términos previstos por el artículo 1.2 ET.

La contratación del trabajador por cuenta ajena se regirá por lo establecido en artículo 15.1.c) ET y sus normas de desarrollo. Para los supuestos contemplados en el artículo 15. 3, 4 y 5 ET, el contrato se celebrará por una jornada equivalente a la reducción de la actividad efectuada por el trabajador autónomo, sin que pueda superar el 75% de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable en cómputo anual. A estos efectos se entenderá por trabajador a tiempo completo comparable, el establecido en el artículo 12 ET, sobre contrato a tiempo parcial. En estos supuestos, la duración del contrato estará vinculada al mantenimiento de la situación de cuidado del menor de siete años o persona en situación de dependencia o discapacidad a cargo del trabajador autónomo, con una duración máxima de doce meses.

Solo se permitirá la contratación de un único trabajador por cuenta ajena, aunque concurren dos o más de los supuestos previstos y enumerados con anterioridad. Finalizada la causa que dio lugar a dicha contratación, el trabajador autónomo podrá celebrar un nuevo contrato con un trabajador por cuenta ajena, por cualquiera de las causas previstas anteriormente, siempre que en todo caso, entre el final de un contrato y la nueva contratación, transcurra un periodo mínimo de doce meses, salvo que el nuevo contrato tuviera como causa alguna de las previstas en el artículo 11. 1 y 2.

A pesar de lo dicho, en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal, maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante el embarazo o lactancia natural o protección de mujer víctima de violencia de género, así como en los supuestos de extinción del contrato por causas procedentes, el TRADE podrá contratar a un trabajador para sustituir al inicialmente contratado, sin que, en ningún momento, ambos trabajadores por cuenta ajena puedan prestar sus servicios de manera simultánea y sin que en ningún caso, se supere el periodo máximo de duración de la contratación previsto.

La contratación por cuenta ajena reglada será compatible con la bonificación por conciliación de la vida profesional y familiar vinculada a la contratación, prevista en el artículo 30 de la Ley 20/2007.

En ningún caso serán considerados TRADE a los titulares de establecimientos o locales comerciales e industriales y de oficinas y despachos abiertos al público y los profesionales que ejerzan su profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho, que serán a todos los efectos trabajadores autónomos.

Una de las especialidades más sobresalientes referida a los TRADE, es el recurso a la jurisdicción social previsto en el artículo 17 LJS. Se justifica porque la configuración jurídica del TRADE se ha diseñado teniendo en cuenta los criterios, que de forma reiterada ha venido estableciendo la jurisprudencia social. Ésta ha definido una serie de criterios para distinguir entre el trabajo por cuenta propia y el trabajo por cuenta ajena. La dependencia económica que la Ley reconoce al TRADE no debe confundirnos: se trata de un trabajador autónomo y esa dependencia económica en ningún caso debe implicar dependencia organizativa ni ajenidad. Las cuestiones litigiosas propias del contrato civil o mercantil celebrado entre el TRADE y su cliente, van a estar estrechamente ligado a la propia naturaleza de la figura de aquél, de tal forma que las pretensiones ligadas al contrato siempre van a juzgarse en conexión con el hecho de si el trabajador autónomo es realmente económicamente dependiente o no, según cumpla o no con los requisitos establecidos en la Ley. Y esta circunstancia, nuclear en todo litigio, ha de ser conocida por la jurisdicción social.

El contrato formalizado por el TRADE<sup>168</sup> para la realización de su actividad profesional con su cliente, se formalizará siempre por escrito y deberá ser registrado en la oficina pública correspondiente. El TRADE deberá hacer constar expresamente en el contrato su condición de dependiente económicamente respecto del cliente que le contrate, así como las variaciones que se produjeran al respecto. La condición de dependiente sólo se podrá ostentar respecto de un único cliente.

El TRADE podrá solicitar a su cliente la formalización de un contrato de trabajador autónomo económicamente dependiente a través de una comunicación fehaciente. En el caso de que el cliente se niegue a la formalización del contrato o cuando transcurrido un mes desde la comunicación no se haya formalizado dicho contrato, el trabajador autónomo podrá solicitar el reconocimiento de la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente ante la jurisdicción social. Sí ésta reconoce la condición de TRADE del demandante, surtirá efectos desde que se hubiere recibido por el cliente la comunicación. El reconocimiento judicial no tendrá ningún efecto sobre la relación contractual entre las partes anterior al momento de dicha comunicación<sup>169</sup>.

Para el caso de que la relación contractual de un trabajador autónomo con sus diferentes clientes, deviniesen en un solo contrato de prestación de servicios profesionales, cuya consecuencia inmediata derivara en una situación contemplada en el artículo 11 Ley 20/2007, se respetará íntegramente el contrato firmado entre ambas partes hasta la extinción del mismo, salvo que éstas acordasen modificarlo, para actualizarlo a las nuevas condiciones que corresponden a un TRADE.

Cuando el contrato no se formalice por escrito o no se hubiera fijado una duración o un servicio determinado, se presumirá salvo prueba en contrario, que el contrato ha sido pactado por tiempo indefinido.

Todo lo concerniente a la extinción del vínculo contractual entre el TRADE y su cliente, aparece contemplado en el artículo 15 Ley 20/2007, cuando acontezcan algunas

---

<sup>168</sup> Artículo 12 Ley 20/2007, de 11 de julio.

<sup>169</sup> Artículo 11.bis Ley 20/2007.

de las circunstancias que ahora se enuncian: mutuo acuerdo de las partes; causas válidamente consignadas en el contrato, salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto; muerte y jubilación o invalidez incompatibles con la actividad profesional, conforme a la correspondiente legislación de Seguridad Social; desistimiento del TRADE, debiendo en tal caso mediar el preaviso estipulado o conforme a los usos y costumbres; voluntad del TRADE, fundada en un incumplimiento contractual grave de la contraparte; voluntad del cliente por causa justificada, debiendo mediar el preaviso estipulado o conforme a los usos y costumbres; por decisión de la trabajadora autónoma económicamente dependiente que se vea obligada a extinguir la relación contractual como consecuencia de ser víctima de violencia de género y cualquier otra causa legalmente establecida.

Cuando la resolución contractual se produzca por la voluntad de una de las partes fundada en un incumplimiento contractual de la otra, quien resuelva el contrato tendrá derecho a percibir la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. Pero, si la resolución del contrato se produce por voluntad del cliente sin causa justificada, el TRADE tendrá derecho a ser indemnizado

Si la resolución se produce por desistimiento del TRADE y sin perjuicio de la asunción de la obligación de preavisar, el cliente podrá ser indemnizado cuando dicho desistimiento le ocasione un perjuicio importante que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad.

En lo concerniente a las indemnizaciones, sí es el TRADE al que corresponde la misma, la cuantía de ella será la fijada en el contrato individual o en el acuerdo de interés profesional que resulte de aplicación. En los casos en que no estén regulados, a los efectos de determinar su cuantía se tomarán en consideración, entre otros factores, el tiempo restante previsto de duración del contrato, la gravedad del incumplimiento del cliente, las inversiones y gastos anticipados por el TRADE vinculados a la ejecución de la actividad profesional contratada y el plazo de preaviso otorgado por el cliente sobre la fecha de extinción del contrato.

También se establece un particular régimen jurídico relacionado con las interrupciones justificadas de la actividad profesional del TRADE. A estos efectos se considerarán causas debidamente justificadas de interrupción de su actividad, aquellas que se encuentren fundadas en: el mutuo acuerdo de las partes; la necesidad de atender responsabilidades familiares urgentes, sobrevenidas e imprevisibles; el riesgo grave e inminente para la vida o salud del TRADE, le otorga el derecho a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o salud<sup>170</sup>; Incapacidad temporal, maternidad, paternidad, adopción o acogimiento; riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de 9 meses; la situación de violencia de género, para que la trabajadora autónoma económicamente dependiente haga efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral; fuerza mayor. Además de las expuestas, mediante contrato o acuerdo de interés profesional, podrán fijarse otras causas de interrupción justificada de la actividad profesional.

---

<sup>170</sup> Artículo 8.7 Ley 20/2007, de 11 de julio.

Las causas de interrupción de la actividad enunciadas no podrán fundamentar la extinción contractual por voluntad del cliente, todo ello sin perjuicio de otros efectos que puedan acordar las partes. Si el cliente diera por extinguido el contrato, tal circunstancia se consideraría como una falta de justificación de la extinción del vínculo contractual por el cliente. Ahora bien, cuando la interrupción ocasione un perjuicio importante al cliente, que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad, podrá considerarse justificada la extinción del contrato.

### **5.1. El Derecho de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos.**

Las personas que ejerzan una actividad profesional o económica por cuenta propia o autónoma tendrán derecho a su inclusión en uno de los regímenes de los que componen el sistema de la Seguridad Social, que para el caso que nos ocupa se instrumenta el régimen especial de la Seguridad Social de trabajadores autónomos (RETA), que les garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. Ello sin perjuicio de que algunos colectivos específicos de trabajadores autónomos, en razón de su pertenencia a un determinado sector económico, que estarán incluidos en otros regímenes de la Seguridad Social.

La afiliación al sistema de la Seguridad Social es obligatoria para los trabajadores autónomos o por cuenta propia, al igual que el alta en el RETA. Los trabajadores por cuenta propia que ejerzan su actividad a tiempo parcial estarán incluidos, en los supuestos y conforme a las condiciones reglamentariamente establecidas en el RETA.

La cotización es obligatoria en el RETA. La Ley podrá establecer bases de cotización diferenciadas para los TRADE. La Ley podrá establecer reducciones o bonificaciones en las bases de cotización o en las cuotas de Seguridad Social para determinados colectivos de trabajadores autónomos, en atención a sus características personales o a las características profesionales de la actividad ejercida.

Se establece la cobertura voluntaria de ciertas contingencias, como diferenciación básica con el régimen general, donde no existe el derecho de opción. Lógicamente la ausencia de cobertura, comporta aplicación de tipos inferiores sobre la base, a los efectos de la cotización. Sin embargo, en el caso de TRADE, el régimen especial deberá incorporar obligatoriamente, dentro del ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social, la cobertura de la incapacidad temporal y de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. A los efectos de esta cobertura, se entenderá por accidente de trabajo toda lesión corporal del TRADE que sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional, considerándose también accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de la prestación de la actividad, o por causa o consecuencia de la misma. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el accidente no tiene relación con el trabajo, cuando haya ocurrido fuera del desarrollo de la actividad profesional de que se trate.

La exigencia de convergencia de los regímenes especiales con el régimen general, se ha hecho patente con ciertas modificaciones introducidas en la Ley 20/2007, que pretenden regulaciones similares en ambos regímenes, en materia de anticipación de la edad de jubilación y compatibilidad de la jubilación con el desarrollo de la actividad.

El legislador ha optado por trasladar al RETA las mismas bonificaciones que las existentes en el régimen general, por conciliación de la vida profesional y familiar vinculada a la contratación<sup>171</sup>. Así, tendrán derecho por un plazo de hasta doce meses, a una bonificación del 100% de la cuota de autónomos por contingencias comunes, que resulte de aplicar a la base media que tuviera el trabajador, en los doce meses anteriores a la fecha en la que se acoja a esta medida, el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, establecido en el referido régimen especial en los siguientes supuestos: por cuidado de menores de 7 años que tengan a su cargo; por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia, debidamente acreditada; discapacidad intelectual con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33% o una discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%, cuando dicha discapacidad esté debidamente acreditada, siempre que dicho familiar no desempeñe una actividad retribuida.

La aplicación de la bonificación está condicionada a la permanencia en alta en el RETA y a la contratación de un trabajador, a tiempo completo o parcial, que deberá mantenerse durante todo el periodo de su disfrute. En todo caso, la duración del contrato deberá ser al menos, de 3 meses desde la fecha de inicio del disfrute de la bonificación. El trabajador contratado será ocupado en la actividad profesional que da lugar al alta en el RETA por el autónomo. Cuando se extinga la relación laboral, incluso durante el periodo inicial de 3 meses, el trabajador autónomo podrá beneficiarse de la bonificación, si contrata a otro trabajador por cuenta ajena en el plazo máximo de 30 días. El contrato a tiempo parcial no podrá celebrarse por una jornada laboral inferior al 50% de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. Si la contratación es a tiempo parcial, la bonificación será del 50%.

El trabajador autónomo que se beneficie de la bonificación deberá mantenerse en alta en la Seguridad Social durante los seis meses siguientes al vencimiento del plazo de disfrute de la misma. En caso contrario el trabajador autónomo estará obligado a reintegrar el importe de la bonificación disfrutada. Solo tendrán derecho a la bonificación los trabajadores autónomos que carezcan de trabajadores asalariados en la fecha de inicio de la aplicación de la bonificación y durante los doce meses anteriores a la misma. No se tiene en cuenta a los efectos anteriores, al trabajador contratado mediante contrato de interinidad para la sustitución del trabajador autónomo durante los periodos de descanso por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento tanto pre adoptivo como permanente o simple, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural.

La bonificación será compatible con el resto de incentivos a la contratación por cuenta ajena, conforme a las normas vigentes. En lo concerniente a la contratación de trabajadores por cuenta ajena, consecuencia de los supuestos de hechos que originan la

---

<sup>171</sup> Artículo 30 Ley 20/2007, redacción dada por Ley 31/2015, de 9 de septiembre.

bonificación de la Seguridad Social del autónomo, salvo que se establezcan cuestiones puntuales en la propia normativa reguladora de la bonificación ahora objeto de análisis, las contrataciones realizadas se registrarán por lo dispuesto en el artículo 15.1.c) ET.

También la Ley 20/2007, prevé reducciones y bonificaciones a la Seguridad Social aplicables a las cotizaciones del propio autónomo. A tal efecto se establecen las siguientes<sup>172</sup>:

1. La cuota por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal, de los trabajadores por cuenta propia o autónomos que causen alta inicial o que no hubieran estado en situación de alta en los 5 años inmediatamente anteriores, a contar desde la fecha de efectos del alta en el RETA, se reducirá a la cuantía de 50 euros mensuales durante los 6 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta, en el caso de que opten por cotizar por la base mínima que les corresponda. Sí optasen por una base de cotización superior a la mínima que les corresponda, podrán aplicarse durante los 6 primeros meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta, una reducción sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a reducir el resultado de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda, el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal equivalente al 80% de la cuota.

2. Con posterioridad al periodo inicial de 6 meses, podrán aplicarse las siguientes reducciones y bonificaciones sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a reducir el resultado de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda, el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal, por un período máximo de hasta 12 meses, hasta completar un periodo máximo de 18 meses tras la fecha de efectos del alta, según la siguiente escala:

- a) Una reducción equivalente al 50% de la cuota durante los 6 meses siguientes al período que se inicia a partir del séptimo mes.
- b) Una reducción equivalente al 30% de la cuota durante los 3 meses siguientes, a contar desde el inicio del decimotercer mes.
- c) Una bonificación equivalente al 30% de la cuota durante los 3 meses siguientes, a contar desde el decimoséptimo mes.

3. En el supuesto en el que los trabajadores por cuenta propia sean menores de 30 años, o menores de 35 años en el caso de mujeres y causen alta inicial o no hubieran estado en situación de alta en los 5 años inmediatamente anteriores, podrán aplicarse además de las reducciones y bonificaciones ya mencionadas en los ordinales 1 y 2, una bonificación adicional equivalente al 30% sobre la cuota por contingencias comunes, en los 12 meses siguientes a la finalización del periodo de bonificación, siendo la cuota a reducir el resultado de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda, el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento,

---

<sup>172</sup> Artículo 31 Ley 20/2007, redacción dada por Ley 31/2015, de 9 de septiembre.



incluida la incapacidad temporal. En este supuesto la duración máxima de las reducciones y bonificaciones será de 30 meses.

Otras reducciones y bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social para las personas con discapacidad, víctimas de violencia de género y víctimas del terrorismo que se establezcan como trabajadores por cuenta propia. La cuota por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal, de las personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33%, las víctimas de violencia de género y las víctimas del terrorismo, que causen alta inicial o que no hubieran estado en situación de alta en los 5 años inmediatamente anteriores, a contar desde la fecha de efectos del alta en el RETA, se reducirá a la cuantía de 50 euros mensuales durante los 12 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta, en el caso de que opten por cotizar por la base mínima que les corresponda. También, aquellos trabajadores por cuenta propia o autónomos que optasen por una base de cotización superior a la mínima que les corresponda, podrán aplicarse durante los 12 primeros meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta, una reducción sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a reducir el 80% del resultado de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda, el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal. Con posterioridad al periodo inicial de 12 meses y con independencia de la base de cotización elegida, los trabajadores por cuenta propia que disfruten de la medida prevista, podrán aplicarse una bonificación sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a bonificar el 50% del resultado de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda, el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal por un período máximo de hasta 48 meses, hasta completar un periodo máximo de 5 años desde la fecha de efectos del alta. En este caso, las reducciones y bonificaciones resultarán de aplicación, aun cuando los beneficiarios de la medida, una vez iniciada su actividad, empleen a trabajadores por cuenta ajena.

Especial mención merece la compatibilidad de la prestación por desempleo con el inicio de una actividad por cuenta propia. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 282.4 LGSS, los titulares del derecho a la prestación por desempleo de nivel contributivo, por haber cesado con carácter total y definitivo su actividad laboral, que causen alta como trabajadores por cuenta propia en alguno de los regímenes de Seguridad Social, podrán compatibilizar la percepción mensual de la prestación que les corresponda con el trabajo autónomo, por un máximo de 270 días o por el tiempo inferior pendiente de percibir, siempre que se solicite a la entidad gestora en el plazo de 15 días a contar desde la fecha de inicio de la actividad por cuenta propia, sin perjuicio de que el derecho a la compatibilidad de la prestación surta efecto desde la fecha de inicio de tal actividad. Transcurrido dicho plazo de 15 días, el trabajador no podrá acogerse a esta compatibilidad. Estarán excluidos de la compatibilidad, quienes se constituyan como trabajadores autónomos y suscriban un contrato para la realización de su actividad profesional con el empresario para el que hubiese prestado sus servicios por cuenta ajena, con carácter inmediatamente anterior al inicio de la situación legal de desempleo o una empresa del mismo grupo empresarial de aquella.

La realización de un trabajo por cuenta ajena a tiempo completo o parcial del dado de alta en alguno de los regímenes que incluyen en su ámbito de aplicación trabajadores por cuenta propia, supondrá el fin de la compatibilización para el percibo de la prestación de desempleo.

Si el autónomo cesa en su condición de tal y tuviera derecho a la protección por cese de actividad, podrá optar entre percibir esta o reabrir el derecho a la protección por desempleo suspendida y que por lo tanto no llegó a agotarla. Cuando el trabajador opte por la prestación anterior, las cotizaciones que generaron aquella prestación por la que no hubiera optado, no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior.

Otra medida importante de fomento del autoempleo a través de la figura del autónomo es la capitalización de la prestación por desempleo, como forma de financiar la inversión necesaria para su nuevo negocio, el pago de sus cuotas de Seguridad Social como autónomo, o ambas cosas. El artículo 284.2. LGSS acoge también la posibilidad del llamado pago único o capitalización de la prestación de desempleo. A tal efecto hay que remitirse a lo dispuesto en el artículo 34 Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social, que se refiere a la capitalización de la prestación por desempleo. La entidad gestora podrá abonar a los beneficiarios de prestaciones por desempleo de nivel contributivo, hasta el 100% del valor actual del importe de dicha prestación, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando pretendan constituirse como trabajadores autónomos. En este supuesto, el abono de la prestación se realizará de una sola vez por el importe que corresponda a la inversión necesaria para el desarrollo de la actividad por cuenta propia, incluido el importe de las cargas tributarias para el inicio de la actividad. No se incluirán en este supuesto quienes se constituyan como TRADE, suscribiendo un contrato con una empresa con la que hubieran mantenido un vínculo contractual previo, inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo o perteneciente al mismo grupo empresarial de aquella.
- b) Cuando capitalicen la prestación para destinar hasta el 100% de su importe, a realizar una aportación al capital social de una entidad mercantil de nueva constitución o constituida en un plazo máximo de doce meses anteriores a la aportación, siempre que vayan a poseer el control efectivo de la misma, conforme a lo dispuesto en el artículo 136 LGSS y a ejercer en ella una actividad profesional, encuadrados en el RETA o en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. No se incluirán en este supuesto aquellas personas que hayan mantenido un vínculo laboral previo inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo, con dichas sociedades u otras, pertenecientes al mismo grupo empresarial.

En ambos casos, quienes capitalicen la prestación por desempleo, podrán destinar la misma a los gastos de constitución y puesta en funcionamiento de una

entidad, así como al pago de las tasas y tributos. Podrán además, destinar hasta el 15% de la cuantía de la prestación capitalizada al pago de servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad a emprender.

Se abonará como pago único la cuantía de la prestación, calculada en días completos, de la que deducirá el importe relativo al interés legal del dinero.

Si no se obtuviera la prestación por su importe total, el importe restante se podrá obtener de la siguiente manera: la entidad gestora podrá abonar mensualmente el importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social.

La solicitud del abono de la prestación por desempleo de nivel contributivo, bien como pago único o para realizar una aportación al capital social deberá ser de fecha anterior a la de inicio de la actividad como trabajador autónomo o como socio de la entidad mercantil, considerando que tal inicio coincide con la fecha que como tal figura en la solicitud de alta del trabajador en la Seguridad Social. Si el trabajador, o los representantes legales de los trabajadores en caso de despido colectivo, hubieran impugnado el cese de la relación laboral origen de la prestación por desempleo, la solicitud deberá ser posterior a la resolución del procedimiento correspondiente.

No tendrán derecho a percibir la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, quienes en los 24 meses anteriores a su solicitud, hayan compatibilizado el trabajo por cuenta propia con la prestación por desempleo de nivel contributivo.

Si tras el cese involuntario en el trabajo por cuenta propia, sin haber extinguido la prestación por desempleo de nivel contributivo, el trabajador tuviera derecho a la protección por cese de actividad, podrá optar entre percibir esta o reabrir el derecho a aquella. La opción por una u otra protección, implicará la extinción de la prestación por la que no se opta.

Bonificaciones por altas de familiares colaboradores de trabajadores autónomos<sup>173</sup>. El cónyuge y familiares de trabajadores autónomos por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y en su caso por adopción, que se incorporen al RETA, siempre y cuando no hubieran estado dados de alta en el mismo en los 5 años inmediatamente anteriores, y colaboren con ellos mediante la realización de trabajos en la actividad de que se trate, incluyendo a los de los trabajadores por cuenta propia del régimen especial de los trabajadores del mar, tendrán derecho a una bonificación durante los 24 meses siguientes a la fecha de efectos del alta, equivalente al 50% durante los primeros 18 meses y al 25% durante los 6 meses siguientes, de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima, el tipo correspondiente de cotización vigente en cada momento en el régimen especial, o sistema especial en su caso, de trabajo por cuenta propia que corresponda. Lo manifestado no será de aplicación a los familiares colaboradores que con anterioridad se hayan beneficiado de esta medida.

---

<sup>173</sup> Artículo 35 Ley 20/2007, redacción dada por Ley 31/2015, de 9 de septiembre.

## 5.2. Los falsos autónomos y los falsos TRADE.

### 5.2.1. Los falsos autónomos.

Un falso autónomo es una persona que desarrolla su actividad laboral en una relación de dependencia para la empresa, tal y como lo vendría haciendo un trabajador por cuenta ajena bajo un contrato laboral, sólo que lo hace “bajo la apariencia de su condición de autónomo, asumiendo riesgo y ventura en el desarrollo de su actividad”.

Son cuatro las notas características que definen la condición de trabajador por cuenta ajena y que son definitorias y constitutivas de la condición de trabajador por cuenta ajena en el artículo 1.1 ET: voluntariedad, retribución, dependencia y ajenidad. A bote pronto y obviando las dos primeras, que no admiten mucha interpretación, centrémonos en las otras dos:

1. Dependencia: el trabajador por cuenta ajena está sujeto a las órdenes del empresario: tienes un horario de trabajo; la clientela la proporciona el empresario; el empresario toma todas las decisiones relacionadas con el ámbito de gestión de la misma referidas a las relaciones externas de la empresa.
2. Ajenidad: existe ajenidad cuando se usan los medios de producción de la empresa (oficina, teléfono, material informático, etcétera) y la actividad desarrollada por el “autónomo”, se lleva a cabo inmersa en el ámbito organizativo de la empresa, sin posibilidad de anteponer ningún otro sistema organizativo propio.

El Falso Autónomo se enmascara bajo la figura del trabajador autónomo, presentando y simulando las siguientes notas:

1. Las relaciones entre el autónomo y el empresario para el que presta servicio, llamado en el argot de mercado “cliente”, no se rigen por un contrato de trabajo, sino por un contrato mercantil.
2. Se encuentra dado de alta en el RETA.
3. Realiza las retenciones del IRPF contra la presentación de facturas remuneratoria de sus servicios “profesionales” y se encuentra dado de alta como “empresario o profesional” dado de alta en el IVA, realizando las declaraciones trimestrales referentes a la liquidación y pago de este tributo.
4. Se encuentra habitualmente sujeto con el empresario a una retribución fija y determinada unilateralmente por la empresa, cuando no referida a unidades horarias de prestación de la actividad o relacionada con la tarea o actividad objeto de la prestación del contrato suscrito entre las partes.

La Ley 20/2007, ha intentado clarificar en parte la cuestión referida del “falso autónomo”, al determinar en su Título I la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la norma. Estableció una definición genérica de trabajador autónomo y añadió una serie de colectivos que se incluyen y otros que se excluyen. De tal forma que no queda ninguna duda, que después de la promulgación del Estatuto del Trabajo Autónomo por Ley 20/2007, seguían estando plenamente vigente las notas definitorias y constitutivas de la relación de trabajo contenidas en el artículo 1.1 ET. Así es que podemos definir la condición de trabajador autónomo de manera negativa. O sea, siempre que falte alguna de dichas notas (voluntariedad, retribución, dependencia y desarrollo de la actividad dentro de la organización del empresario). Notas que desde luego no se dan, cuando realmente se cumplen las notas caracterizadoras del trabajador autónomo recogidas en el artículo 1.1 Ley 20/2007, a saber: “las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Esta actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial”.

Partiendo de los rasgos definitorios de la relación jurídico-laboral contenidos en el artículo 1.1 ET, trabajador autónomo será aquel que no esté sujeto a una relación laboral, porque en su relación no se da una o ninguna de dichas notas caracterizadoras. Y para ello nada mejor que desgranar la STS 19 de febrero de 2014 en Unificación de Doctrina, sobre la que podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. Existe la nota de la ajenidad cuando: los clientes de la empresa contraten directamente con la empresa y no con los colaboradores; las herramientas o medios a emplear por el colaborador sean propios de la empresa; exista cierta dirección, control o supervisión, no siendo óbice para que concurra esta característica, que el “supuesto falso autónomo” disfrute de un amplio margen de autonomía, pero el producto del trabajo realizado y la utilidad patrimonial del mismo, ingresa directamente en la empresa.
2. Existe dependencia cuando hay una integración en el ámbito organizativo y de dirección de la empresa, lo que es compatible con que exista una gran autonomía profesional del “falso autónomo” en el desarrollo de su actividad, atendiendo a las características del trabajo realizado por él. Se consideran datos indiciarios de la nota de dependencia: la asistencia con independencia de la regularidad con que ello se haga, al lugar o centro de trabajo de la empresa; la existencia de un horario por flexible o mínimo que sea éste; el desempeño personal del trabajo; la programación de una determinada actividad y la ausencia de una organización empresarial propia.

La concurrencia de las dos características anteriores (ajenidad y dependencia) no son desvirtuadas por determinadas prácticas, que según la propia sentencia se hacen para enmascarar la relación laboral. Estas prácticas que son puestas de relevancia en la referida sentencia son:

1. Que el “falso autónomo” “esté dado de alta en el RETA y se considera sujeto pasivo de todos los impuestos que la legislación tributaria exigiría a quien actuase realmente como tal trabajador autónomo (retenciones IRPF contra presentación de facturas, liquidación y pago del IVA, etc). Todo ello se considera a los efectos de determinar la naturaleza de la relación profesional de manera formal que no real, como medio de descalificar la relación como laboral.
2. Otra práctica posible y habitual es la de interponer sociedades, con independencia de que la prestación del servicio sea personal y éste se retribuya mediante la emisión de factura a una empresa de la que el prestador del servicio es miembro u ostenta algún cargo en la misma, siendo el más habitual en el caso que nos ocupa, el de administrador o apoderado de la misma.
3. Otro argumento recurrente es la ausencia de vacaciones, descanso semanal y otros derechos típicos de la relación de trabajo. También la retribución según determinado resultado o por tareas acometidas, como indiciarias de la inexistencia de la relación laboral. Lo que es descartado por la sentencia que se remite a otras STS de 16 de diciembre de 2008 y de 11 de mayo de 2009, que señalan que la retribución a resultado puede considerarse salario conforme a las estipulaciones contenidas en el artículo 26.1 ET.

También el TJUE aclara el concepto de “falso autónomo” en Sentencia de dicho tribunal de 4 de diciembre de 2014, recurso C-413/2013. El Tribunal de la UE ha procedido en la sentencia a aclarar el concepto de trabajador autónomo según el Derecho de la UE y por ende, el de falso autónomo.

El conflicto que se dilucidaba se refería a la aplicación del artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), a un determinado acuerdo del que se discutía su naturaleza y efectos de convenio colectivo respecto de los trabajadores autónomos. El TJUE aprovecha para resolver sobre el concepto de falsos autónomos.

Determina el concepto de falso autónomo, reconociendo la existencia de esta figura, siempre que no actúe como operador económicamente independiente en el mercado. Los argumentos esgrimidos por el TJUE en esta materia son:

1. Un prestador de servicios puede perder su condición de operador económico independiente y por tanto de empresa, cuando no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado, sino que depende completamente de su comitente por el hecho de que no soporta ninguno de los riesgos financieros y comerciales resultantes de la actividad de éste y opera como auxiliar integrado en la empresa del mismo.
2. El propio concepto de “trabajador” debe definirse conforme a criterios objetivos. La característica esencial de la relación laboral estriba, en que una

persona realiza durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución.

3. El TJUE ya ha dispuesto en otras ocasiones que la calificación de “prestador autónomo” con arreglo al Derecho nacional, no excluye que la misma persona deba ser calificada de “trabajador” a efectos del Derecho de la UE, si su independencia sólo es ficticia y disimula, lo que a todos los efectos es una relación laboral.

4. La condición de trabajador por cuenta ajena a efectos del Derecho de la UE no queda desvirtuada por el hecho de que una persona sea contratada como prestadora autónoma de servicios con arreglo al Derecho nacional, por los motivos que se consideren oportunos, ya sean estos motivos tributarios, administrativos o burocráticos, siempre que actúe bajo la dirección del empresario, en particular por lo que se refiere a su libertad para determinar su horario, su lugar de trabajo y el contenido del mismo, que no participe en los riesgos comerciales de dicho empresario y que esté integrada en la empresa durante el período de la relación laboral y de este modo forme con ella una unidad económica

5. A los efectos del Derecho de la UE, los sustitutos autónomos del litigio principal (eran sustitutos en una orquesta, que cubrían vacantes por variados motivos) no son empresas sino realmente trabajadores. Ahora bien, corresponderá al tribunal remitente (nacional) comprobar que, más allá de la naturaleza jurídica de sus contratos por obra o servicio, dichos sustitutos no estén en una relación de subordinación en relación con la orquesta de que se trate durante el período de la relación contractual, sino que dispongan de más autonomía y flexibilidad que los trabajadores que ejerzan la misma actividad, en lo que se refiere a la determinación del horario, el lugar y las modalidades de realización de los encargos que reciben, esto es, de los ensayos y conciertos, para poder acreditar dicha condición de empresa de estos músicos sustitutos.

### **5.2.2. Los TRADE y los falsos autónomos**

Existe por otra parte la necesidad de distinguir a los falsos TRADE de los trabajadores. Es decir, la distinción se refiere con la condición de trabajador, impulsado sobre todo por las exigencias empresariales de reducción de costes y mayor flexibilidad, que encubren una relación materialmente laboral mediante un vínculo formalmente civil, mercantil o administrativo<sup>174</sup>. Los TRADE son auténticos autónomos que se coordinan con el empresario o comitente para el desarrollo de la prestación del servicio

---

<sup>174</sup> VALDÉS ALONSO, A. «El trabajo autónomo en España: evolución, concepto y regulación. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración N° 26. Página 46.

o la ejecución de una obra en que consiste su actividad contratada, no subordinándose al poder de gestión empresarial de forma económicamente dependiente. El auténtico criterio distintivo entre el falso TRADE y el trabajador como categorías diferenciadas que son, radica en el auténtico contenido de la prestación objeto del contrato formalizado entre ambas partes, que determinaría en cualquier caso el contenido real de las obligaciones deducidas del contrato. Los conceptos de subordinación, dependencia, realización de la actividad en determinado ámbito organizativo, son las que van a determinar la frontera entre uno y otra figura<sup>175</sup>. De tal forma que para el falso autónomo, aplicamos los principios que determinan la relación de trabajo en el artículo 1.1 ET, también pero a contrario, los que determinan su consideración como autónomos en el artículo 1.1 Ley 20/2007. Ahora bien, hay que indicar que la frontera entre TRADE y trabajador por cuenta ajena, es mucho más que difusa muchas veces y complicadísima de determinar con exactitud su auténtica naturaleza jurídica. Se parte de su necesaria autonomía organizativa y su falta de subordinación lo que define dicha figura. La transgresión de ello, su consideración como falso TRADE, cuya relación jurídica ha sido construida entorno a la dependencia y a la integración del trabajador en el ámbito de organización y dirección del empleador.

Dado lo difuso de los límites y la importante casuística existente al respecto, lo recomendable para evitar infringir la norma, es evitar forzar la construcción de una relación como autónomo, en la que no quede claramente garantizada las notas de ajenidad y dependencia, ya que las otras dos notas constitutivas de la relación jurídico-laboral, están estrechamente vinculadas a las dos ahora enunciadas.

### **5.3. Especiales consideraciones con el “trabajo de familiares”.**

#### ***5.3.1. Los trabajos auxiliares a cargo de familiares. Especial mención al caso de menores de edad no emancipados.***

El trabajo familiar se encuentra excluido del ámbito de aplicación del ET, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes lo realizan, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.3.e) ET. Considerándose familiares a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción. Por su parte el artículo 7.2 LGSS, sobre extensión del campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, dispone que no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario: el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y en su caso por adopción, ocupados en su

---

<sup>175</sup> J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. Los trabajadores autónomos: hacia un nuevo derecho del trabajo. Madrid, Cinca, 2004. Páginas 69 y ss.



centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo. Es decir se fija como regla general la no consideración como trabajo por cuenta ajena de la actividad desarrollada por el cónyuge y los parientes del empresario, que, sin embargo, podrá serlo si los mismos tienen la condición de asalariados, en los términos a los que se refiere el artículo 1.1 ET. La regla general está basada en una presunción “iuris tantum”, sobre el carácter no laboral del trabajo que se desarrolla en el ámbito familiar. Presunción que admite prueba en contrario, consistente en probar la condición de asalariado del trabajador, que se da si concurren los elementos que definen la relación jurídico-laboral: voluntariedad, ajenidad, retribución y dependencia o sometimiento al ámbito de organización y dirección empresarial. Que son los cuatro principios que informan la existencia de un contrato de trabajo y que ineludiblemente deben darse todos ellos.

### ***5.3.2. El caso de los familiares del empresario, menores emancipados y su situación de Seguridad Social.***

Para poder calificar la relación como laboral, hay que destruir la presunción. No basta con que concurren determinadas circunstancias formales, como la materialización de la relación jurídica entre las partes a través de un contrato de trabajo, ni la atribución de una categoría profesional o la cotización a la Seguridad Social, debiendo demostrarse la independencia económica del trabajador, o lo que es lo mismo, que el trabajador se encuentra sometido a un círculo extraño del que pueda extraerse la existencia de las notas de ajenidad y dependencia propias de la relación laboral y por tanto que su actividad no redunde en beneficio de un patrimonio común<sup>176</sup>.

La falta de la nota de ajenidad en los trabajos familiares, se caracteriza por la transmisión a un tercero de los frutos o resultado del trabajo ejecutado, que no cabe ser apreciada cuando tales frutos se destinan a un fondo social o familiar común, patrimonio de la familia de la que forma parte el miembro de la misma<sup>177</sup>.

No basta para destruir la presunción legal, la existencia de prestación de servicios y su correspondiente resultado económico. Lo importante al efecto de la destrucción de la presunción es justificar que no se presta dentro del ámbito de la unidad familiar y redunde en beneficio de su patrimonio común, sin que quepa diferenciar sus utilidades de las del resto de aportaciones a tal comunidad, y sin que la actividad determine para quien la realiza obligación de carácter personalísimo<sup>178</sup>.

La convivencia familiar mantenida en la vida personal, refuerza la presunción y actúa como impedimento para que se dé una relación de ajenidad entre las mismas personas que conviven, al faltar la precisa contraposición de intereses.

---

<sup>176</sup> STS 14 de junio de 1994.

<sup>177</sup> STS 13 de marzo de 2001.

<sup>178</sup> STSJ de Cataluña 18 de diciembre de 1998.

La destrucción de la presunción, lo que posibilitaría encontrarnos ante la celebración de un contrato de trabajo entre el titular de la empresa y su hijo, exige que concurren los requisitos del contrato de trabajo y en concreto el de ajenidad, que exige la existencia de la autonomía económica del trabajador encaminada a cubrir sus necesidades propias y específicas, no figurando a cargo de los familiares con los que convive.

Un inciso al respecto de lo manifestado, que parece querer desvirtuar lo dispuesto hasta ahora, pero que no lo es. Me refiero a la Disposición adicional décima Ley 20/2007. Manifiesta que “los trabajadores autónomos podrán contratar, como trabajadores por cuenta ajena a los hijos menores de treinta años, aunque convivan con él. En este caso, del ámbito de la acción protectora dispensada a los familiares contratados quedará excluida la cobertura por desempleo.” En cualquier caso, la dicción del mismo, no desvirtúa el criterio expuesto, en el sentido de la existencia de la relación laboral si concurren los requisitos del artículo 1.1 ET. Este mismo tratamiento es aplicable a los hijos del autónomo, que aun siendo mayores de 30 años, tengan especiales dificultades para su inserción laboral. El término “especiales dificultades” comprende ahora: 1) Personas con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%. 2) Personas con discapacidad física o sensorial, con grado de discapacidad reconocida igual o superior al 65%. 3) Los hijos mayores o menores de 30 años con especiales dificultades de inserción en el mercado de trabajo.

### ***5.3.3. El caso de los familiares del empresario menores no emancipados y su situación de Seguridad Social.***

La condición de menor del trabajador, exige haber cumplido los dieciséis años, momento a partir del cual es posible la admisión al trabajo, conforme al artículo 6.1 ET.

El menor de 18 años requiere para trabajar autorización de su representante legal, para contratar la prestación de su trabajo, de acuerdo con los artículos 6 ET y 315 y siguientes CC.

El empresario y familiar del menor tiene una doble consideración, como tal empresario y como representante legal del menor que autoriza al trabajador la celebración del contrato, completando su capacidad limitada, circunstancia que supone una dificultad añadida a la presunción de no laboralidad del trabajo entre familiares (el representante legal tiene que autorizar la celebración de un contrato de trabajo en el que el mismo aparece a su vez como empresario). Lo que nos lleva a considerar que la menor edad del trabajador, distorsiona en mayor medida la presunta relación laboral e incide negativamente en la nota de ajenidad constitutiva del contrato de trabajo. Por lo que es la nota de la ajenidad la que ofrece la mayor dificultad para destruir la presunción y poder acreditar en consecuencia la existencia de un contrato de trabajo entre padre e hijo no emancipado, en cuanto que la ajenidad conlleva la independencia económica del trabajador, a la que no contribuye precisamente la menor edad del mismo.

La consecuencia directa de todo ello a los efectos de su inclusión en la Seguridad Social, supone que si existiera una relación laboral, procedería la inclusión del trabajador en el Régimen General o en el que corresponda en función del sector de actividad.

Sí el trabajo prestado tiene naturaleza familiar, hay que advertir que el trabajo autónomo no está permitido a los menores de 18 años de edad, de acuerdo con la normativa de Seguridad Social. Siendo otra posible interpretación, con seguridad la más lógica y coherente, la de considerar que el menor de 18 años y mayor de 16 que realice trabajos familiares, lógicamente los puede hacer, pero le está desde luego vedado su inclusión en el RETA.

#### **5.4. Cabeza de familia titular de un domicilio y los trabajadores que realizan pequeños trabajos de albañilería o similares para aquel.**

Existirá una relación laboral conforme al artículo 1.1. ET cuando una persona (trabajador) preste sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona (empresario) que recibe tales servicios, de conformidad con el artículo 1.2 ET.

La persona que realiza trabajos de albañilería o similares sería el trabajador, mientras que el cabeza de familia haría las veces de empresario, teniendo en cuenta el juego en principio de la presunción recogida al artículo 8.1 ET. El mismo presume la existencia de contrato de trabajo, entre quien presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución.

La vis atractiva que preconiza dicho artículo 8 ET de la relación laboral no es absoluta, sino que cede ante determinadas situaciones, bien porque la ley las excluye expresamente, bien porque no se dan las características propias de la relación laboral.

La cualidad de cabeza de familia en obras del propio domicilio, lleva a considerar que el amo de casa no es un empresario dedicado a la producción de bienes y servicios que intervenga en tráfico mercantil alguno, requiriendo de los servicios prestados un resultado, como pudieran ser obras en el interior de la vivienda o similares, por ejemplo la reparación de una avería, que puede configurar una relación jurídica más cercana al terreno civil que a la rama social del Derecho. Prueba de ello es el artículo 42.2 ET, que excluye la responsabilidad por 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.

Las STSJ de Andalucía 16 de septiembre de 2005 y 7 de octubre de 2005, en situaciones similares a las que ahora son objeto de análisis en el párrafo anterior, manifiestan que en el propietario de la obra no concurre la condición de empresario, por tratarse de una persona que contrata la realización de servicios en su domicilio particular, por lo que la relación existente es la civil del contrato ejecución de obra o de

arrendamiento de servicios. Lo que nos sitúa por lo tanto fuera del ámbito del derecho del Trabajo y lógicamente de sus efectos, el supuesto consistente en trabajos en un domicilio y carácter de cabeza de familia de quien contrata los trabajos para llevarlos a cabo en el mismo. Lo que nos lleva a considerar inevitablemente la condición de trabajador por cuenta propia, del que contrata con el cabeza de familia en las circunstancias antes contemplada.

Cuando la contratación del cabeza de familia tiene lugar a través de una Agrupación Profesional de Albañilería u otro gremio de similares características, habida cuenta de que el cumplimiento de las obligaciones de alta e ingreso de cotizaciones se realizan a través de una Agrupación Profesional. La OM 2 mayo de 1963, reconoce a estas entidades la facultad de colaborar en el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social relacionadas con los trabajadores que en ellas se encuentren integrados, de manera que desarrollen las funciones de encuadramiento en los Seguros Sociales, recaudación de las cuotas patronal y obrera, tramitación de las solicitudes de prestaciones y abono de las mismas. El incumplimiento de estas obligaciones determina su responsabilidad ante las Entidades Gestoras.

La limitación de la actuación de la Asociación Profesional como gestor de la relación de Seguridad Social derivada del contrato de trabajo, viene confirmada por la STSJ de Andalucía de 23 de abril de 2004, que dice “que no puede atribuirse tal condición de empresario a la Agrupación Profesional... no actuando la misma en ningún caso en sustitución de la empresa, por lo que nunca, se convertirá en empresario, pues sólo responde de las obligaciones de afiliación, alta, recaudación de cuotas e ingreso en Tesorería General de la Seguridad Social”.

Por lo que la contratación del cabeza de familia con la Asociación Profesional, no supone la sustitución del mismo como comitente en la relación contractual, actuando la misma como entidad delegada de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, de manera que, en el propio contrato suscrito por el cabeza de familia, éste solicita a la Asociación Profesional que dé de alta en el régimen general de la Seguridad Social, recaude las cuotas y las ingrese, sin ocupar insisto, la posición de comitente en la relación contractual entre el cabeza de familia y el asociado a la Asociación Profesional, que es quien de manera efectiva procede a prestar la actividad contratada. Por lo que para el caso relatado, el alta procedería en el RETA y no en régimen general.

En el caso de que sea un empresario el que concierta con la Asociación Profesional, tampoco ésta suplanta la condición de empresario de tal forma que sigue aquel manteniéndola respecto de los trabajadores pertenecientes a la misma y que van a prestar servicios para él, sin perjuicio de los actos de gestión relacionados con la Seguridad Social y enumerados en la OM 2 de mayo de 1963.

## **Recapitulando.**

La libertad de empresa es también garantía de las relaciones entre empresarios y trabajadores, sin que suponga limitación alguna a los derechos fundamentales de estos últimos. La cuestión parte originariamente del derecho que asiste al empresario de decidir cómo realizar sus actividades propias del objeto al que se dedica.

El outsourcing o descentralización productiva adopta multitud de formas, a cuyo través se externalizan, suponiendo supuestos que van más allá de la mera contrata o subcontrata. Entre ellas podemos destacar las siguientes: 1) Los grupos de empresa, pueden ser utilizados y de hecho se utilizan en ocasiones, como forma de llevar a cabo una determinada política de personal en el contexto del grupo, a través del correspondiente trasiego de trabajadores de una empresa en otra, de las que conforman el grupo. 2) Las empresas de trabajo temporal, aparecen en España a pesar de la fuerte oposición sindical de entonces en 1994, consecuencia de la LETE. En 1998 fue modificado su régimen jurídico, básicamente el mismo consistió en que el trabajador de la ETT que preste servicios en la empresa usuaria, percibirá su salario con cuantía, como mínimo al de otro trabajador de igual categoría de la empresa usuaria. Lo que supuso racionalizar su uso. Sin embargo, se observa desde entonces, una tendencia de los empresarios de utilizar la contrata, en supuestos en los que solo era posible la utilización de las ETT, ya que se generalizaron supuestos de cesión ilegal de mano de obra, conforme a lo prevenido en el artículo 43.2 ET. El motivo era obvio, el intento del ahorro de costes, ya que en las contratas, se aplica el convenio que le es de aplicación a la propia contrata y no el de la empresa principal para la que la contrata presta sus servicios o ejecuta una obra. Por último, la Ley 35/2010, volvió al alterar su régimen jurídico, flexibilizándolo, reduciendo ostensiblemente las limitaciones para su utilización, básicamente en lo concerniente a los supuestos hasta entonces vigentes de prohibición de su uso en determinados sectores de la actividad. 3) El sistema de franquicias y concesiones de venta en exclusiva de determinados productos, como ha sido el caso paradigmático de la venta de automóviles y para terminar, un sistema de prestación de servicios o ejecución de obras habitualmente en las "grandes superficies", aunque no de manera exclusiva, en los que se procede a la cesión de locales, con prestación de servicios comunes, incluso con imposición de condiciones de realización de la actividad comercial que llegan a incidir en las propias condiciones de empleo y de trabajo". 4) el trabajo autónomo puede catalogarse como supuesto de descentralización productiva, si bien la figura debe considerarse en el ámbito de los falsos autónomos. También, el trabajador autónomo económicamente dependiente, es el caso extremo en este ámbito de la descentralización productiva, con especial incidencia en el sector del transporte y la distribución

El ordenamiento articula un especial régimen jurídico de la responsabilidad en materia de contrata y subcontratas. El uso generalizado de la descentralización y la consiguiente flexibilización de la actividad productiva, ha producido importantes problemas relacionados con la determinación de las responsabilidades empresariales que nacen como consecuencia de ello. Partiendo de la base de que la contratación empresarial supone un desplazamiento de funciones, de una empresa principal a otra contratista o subcontratista, que en caso contrario la primera estaría obligada a llevar a cabo, para prestar el servicio o realizar la obra comprometida. Esta intervención de varias empresas, que aparecen interdependientes unas de otras, en un esquema productivo o prestacional, exige clarificar las responsabilidades de todas ellas, que

intervienen en la prestación última de un servicio o en la ejecución de una determinada obra, para evitar en lo posibles lesiones en los derechos de los trabajadores que se ven inmerso en una dinámica como la que analizamos ahora. El ordenamiento jurídico laboral, ha procedido en cada una de sus parcelas, a articular un especial régimen de responsabilidades, en los casos en los que media cualquier tipo de descentralización productiva. En el caso de contrata y subcontrata, las responsabilidades que nacen son:

1) En materia de prevención de riesgos laborales, son sujetos de la imputación de la responsabilidad solidaria, todos los contratistas o subcontratistas que están por encima en esa escalera del subcontratista infractor directo en materia de prevención de riesgos laborales.

2) En materia salarial, cuando la descentralización productiva corresponde a la propia actividad, la empresa principal responde solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores durante la contrata, pudiendo imputarse la solidaridad durante el año siguiente a la terminación de la misma.

3) En materia de Seguridad Social, se articula una triple responsabilidad: a) En relación con la deuda nacida con anterioridad al inicio de la contrata, los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad y no hayan obtenido la certificación negativa de descubierto en la Seguridad Social y exista descubierto de cuotas, responderá subsidiariamente por las deudas anteriores a la contratación empresarial que no hayan prescrito; b) Cuando la contratación o subcontratación empresarial no lo sea de la propia actividad, la empresa principal responderá subsidiariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social, contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores durante el período de la vigencia de la contrata; c) Se imputará una responsabilidad solidaria por las obligaciones referidas a la Seguridad Social al empresario principal, durante el transcurso de la contrata, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, por las deudas de Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata.

Muchos de los procesos de contratación y subcontratación empresarial se deben a una estrategia de empresas de grupo para flexibilizar la capacidad empresarial de adaptación al mercado y de gestión del personal, siendo relativamente habitual que la creación de una empresa en el contexto del grupo, supone a continuación la contratación empresarial entre algunas de las que ahora conforman el grupo y la nueva, mediante la técnica de la descentralización productiva.

Las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) se insertan también en el marco genérico de la descentralización productiva. Es por tanto, una forma más de las diferentes opciones de la llamada externalización de la actividad productiva, también llamada “outsourcing”, en el que se incluyen entre otros: la subcontratación empresarial, los grupos de empresas, el teletrabajo, la utilización del trabajo autónomo.

España había ingresado en la CEE en 1985 y su fundamento principal era el llamado Mercado Común. La necesidad de adecuar nuestra legislación, era una obviedad, ya que en caso contrario los desequilibrios del mercado de trabajo se agudizarían una vez más, alejándonos como casi siempre, de las posibilidades de encauzar adecuadamente los desequilibrios estructurales padecidos por nuestro mercado de trabajo, que redundan al final en una cifra insostenible de desempleo.

El mercado de trabajo español no puede funcionar, sin tener en cuenta las reglas de juego existentes en Europa, porque la lógica de funcionamiento del mercado único europeo, como espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, queda garantizada, sólo nos permitirá converger realmente con Europa, en la medida en que dispongamos de similares instrumentos de regulación de las condiciones de trabajo, que suponen sin duda, el necesario acomodo a las demandas del mercado, sin menoscabo de los derechos de los trabajadores.

En los años sesenta, los principales países que por aquel entonces conformaban la UE y que tenían ratificados, como España, el Convenio 96 de la OIT, decidieron incorporar a sus respectivos ordenamientos la actividad de las ETT, por entender que su actuación, cuando se desarrolla de forma debidamente controlada, lejos de perjudicar a los trabajadores por ellas contratados, pueden canalizar un volumen muy importante de empleo, cuya especialización e inmediatez en la respuesta, sobre todo en el sector servicios, no puede ofrecerse a través de otras instancias o recurriendo a las instituciones de común uso en los mismos desde épocas inmemoriales.

España que no se encontraba por aquel entonces integrada como país miembro de la UE, se mantuvo ajeno a todo el proceso de integración de la institución de las ETT en su ordenamiento socio-laboral, siguiendo con la prohibición en el artículo 43 ET, que prohibía el reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario, cualesquiera que sean los títulos de dicho tráfico de mano de obra. Cuando España ingresa en la UE en 1985, comienzan a darse los pasos de equiparación y homologación de nuestro ordenamiento con el del resto de países que la integran. De tal forma que el legislador español terminó por convencerse, que los riesgos que se habían venido imputando a las ETT para justificar su prohibición, no derivaban de la actividad que realizan como tales, aunque sí de una actuación clandestina que permite la aparición de intermediarios en el mercado de trabajo, capaces de eludir sus obligaciones laborales y de seguridad social, cosa que únicamente es posible atajar con el contenido de un régimen jurídico capaz de disipar cualquier género de dudas. Y fruto de ello se promulgó la LETT (ley 14/1994, de 1 de junio). Pero, en su contenido había un problema insalvable para su aceptación generalizada: el desfase salarial entre el trabajo prestado por un trabajador contratado por una ETT en una usuaria y el contratado directamente por la usuaria. Lo que además parecía justificar la contratación utilizando esta figura mediadora que en que consiste la ETT, en cuestiones salariales y no en aquellas predeterminadas por la Ley, la cobertura temporal de vacantes en la empresa.

A solventar el entuerto y equiparar salarialmente el trabajo prestado en las usuarias con trabajadores de la ETT, como si fueran trabajadores contratados

directamente por la usuaria, vino el artículo único.8 de la Ley 29/1999, de 16 de julio, que modifica el artículo 11 LETT, diciendo ahora que: “Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto.

También el legislador ha optado por la equiparación económica a los efectos indemnizatorios de la finalización del contrato. Así se modificó la Disposición Final 3.5.apartado 2 Ley 11/2013, de 26 de julio, que dice que “ cuando el contrato se haya concertado por tiempo determinado, y en los mismos supuestos a que hace referencia el artículo 49.1.c) ET, el trabajador tendrá derecho, además, a recibir una indemnización económica a la finalización del contrato de puesta a disposición equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o a la establecida en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación. La indemnización podrá ser prorrateada durante la vigencia del contrato.

La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, introdujo modificaciones de calado en el régimen jurídico aplicable a las ETT, dirigidas a incorporar a nuestro Derecho de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de ETT.

Como una institución más de las que engloban el concepto “descentralización productiva”, las ETT aparecen en un lugar intermedio entre la descentralización interna y externa, que ha ido sufriendo modificaciones importantes, hasta generalizarse sus posibilidades de utilización, con la reforma emprendida por la Ley 35/2010.

A través de las ETT se canalizan un volumen muy importante de empleo, cuya especialización e inmediatez en la respuesta, sobre todo en el sector servicios, no puede ofrecerse a través de los mecanismos tradicionales.

Las ETT se han revelado como un potente agente dinamizador del mercado de trabajo. El legislador ha ampliado ostensiblemente las actividades que van a poder desarrollar, añadiendo las actividades de formación para la cualificación profesional y de consultoría y asesoramiento de recursos humanos.

Hemos dicho de manera reiterada que la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de ETT debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan. Todos los demás supuestos deben ser considerados supuestos de cesión ilegal de mano de obra. Se incurre en 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.

Siendo un problema muchas veces la fijación de los límites, subyacen más veces de las que serían convenientes, situaciones de manifiesta inseguridad jurídica, fruto de



la disparidad interpretativa. Es por ello por lo que se ha pensado en analizar la Disposición Adicional Primera RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, que fija precisamente esos límites, para el caso de prestación de servicios por empresas contratadas por la administración, que nos pueden servir de guía a la hora de amarrar futuros contratos sobre descentralización productiva también el ámbito privado. Ello motivó la aprobación de la Resolución de 27 de octubre de 2010, por la Comisión Mixta de las Cortes Generales para las relaciones con el Tribunal de Cuentas. En dicha Resolución se insta a las Administraciones Públicas a instrumentar los mecanismos necesarios para atajar aquellas prácticas, que han venido llevándose a cabo durante los últimos años en las contrataciones de servicios, por cuanto la declaración de la cesión ilegal, que ofrece al trabajador el derecho a adquirir la condición de fijo en la empresa cedente o cesionaria, da lugar, en caso de decantarse por la cesionaria, en este caso una Administración Pública, a adquirir la condición de personal laboral indefinido no fijo. El contenido de esa “buenas practicas”, se refieren exclusivamente a las relaciones contractuales de los organismos o entes administrativos que deciden externalizar parte de sus actividades, con la intención de delimitar adecuadamente la figura del contratista, en evitación de que la contrata pueda ser calificada de cesión ilegal de mano de obra. Lo que nos lleva ahora a analizar las circunstancias que hacen ilegal la cesión de trabajadores, porque realmente se han excedidos los límites de la contrata en que consiste la externalización de servicios, que prácticamente veremos son coincidentes con lo que se ha ido desgranando en las códigos de buenas prácticas.

Es importante por lo tanto llevar a cabo una serie de recomendaciones de actuación a los empresarios que contraten o subcontraten parte de su actividad en el contexto de la descentralización productiva, para limitar el riesgo de incertidumbre y obviar los riesgos de una eventual calificación de cesión ilegal de mano de obra.

La externalización de la actividad a través de la descentralización productiva, es una opción que tiene cada empresario a la hora de tomar su decisión de producir o prestar el servicio que constituye el objeto de su existencia. Es una más de las muchas decisiones estratégicas de gestión en el devenir de una empresa. Muchas de las veces, la decisión es tomada por razones de competitividad empresarial, directamente relacionadas con la división del trabajo y la especialización de la actividad productiva sectorial, que permite una permanente adecuación de las empresas a las condiciones del mercado. En España ha sido y es muy utilizada, como forma de sortear entre otras cosas, las innumerables rigideces que son connaturales al mercado de trabajo y que ha sufrido un cierto relajamiento, fundamentalmente a partir de la reforma del mercado de trabajo que se inicia en el año 2012.

Se parte de una premisa, la institución de la cesión ilegal de mano de obra tiene una regulación deficiente y anticuada, a pesar de definirse las circunstancias que la determinan por la Ley 43/2006, que dio nueva redacción al artículo 43.2 ET y que se mantienen en esos términos hasta nuestros días. Es una de tantas figuras socio-laborales de definición legal y adecuación jurisprudencial que excede de sus propios límites. La amplitud definitoria de las circunstancias, determina una continua labor interpretativa, que en ocasiones roza situaciones de cierta inseguridad jurídica para el empresario, donde los pronunciamientos contradictorios y la imprevisibilidad de las decisiones al

respecto son la tónica dominante, lo que impide muchas de las veces cuantificar los riesgos que una determinada conducta empresarial supone.

Esta situación de incertidumbre ha traído dos cosas: el aumento de demandas judiciales por cesión ilegal y la continua utilización sindical de la cuestión, que se desborda en el caso de concesiones administrativas y contratación de servicios con una administración.

Otra cuestión que debe ser considerada desde la óptica empresarial y que en no pocas ocasiones genera problemas, muchas de las veces por desconocimiento, es el de cesión de mano de obra en el seno de un grupo de empresas. Si bien no siempre se han considerado acreditadas las razones técnico-organizativas justificadas de la movilidad en el seno del grupo de empresas. La licitud de la circulación de los trabajadores en el seno de los grupos de empresas, descansa en una concepción subjetiva de la prohibición de cesión de mano de obra, que ante la ausencia de un ánimo específico de contratar al trabajador para cederlo a otra empresa, es lo que legitima la circulación de trabajadores en el seno del grupo, lo que supone una excepción a la prohibición legal de cesión de trabajadores. La reiterada jurisprudencia y doctrina legal ha venido interpretando el artículo 43.2 ET, sobre la base de que el supuesto de hecho ordinario de existencia de cesión ilegal de mano de obra, se construye externalizando servicios, pero a través de del suministro de mano de obra. El supuesto de hecho objeto de análisis, no existía contrato alguno entre las empresas que conforman el grupo, es decir, no se había procedido a llevar a cabo una contratación empresarial a través de una contrata. De tal forma que el juzgador considera que no es posible la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre las empresas del grupo, porque los trabajadores contratados por cualquiera de ellas, prestaban servicios de manera indiferenciada y conjunta para todas ellas. Y todas ellas, las empresas que conforman el grupo, tienen como objetivo la consecución de un resultado común. El empresario es el grupo en sí, de tal forma que las empresas que lo componen tienen responsabilidad solidaria frente a los trabajadores, lo cual determina la innecesidad de la figura de la cesión ilegal de los trabajadores, en cuanto que se llega a un efecto práctico de protección de los trabajadores similar al previsto para la cesión.

Los trabajadores autónomos han modificado desde el comienzo de la crisis el “status quo” de la situación hasta ese momento existente y que ha sido la tónica dominante desde los comienzos de la revolución industrial. La nueva sociedad postindustrial también llamada sociedad de la información, ha provocado cambios importantes en las distintas maneras de incorporación al mercado de trabajo, de segmentos de la población cada vez más grandes. Entre ellos destacan los trabajadores autónomos. Esta nueva situación desplaza sin más el foco fijado desde la revolución industrial entre trabajador por cuenta ajena y empresario. El uso de las nuevas tecnologías son las que permiten que el trabajo autónomo se extienda y esté presente hoy en día en actividades profesionales nuevas, que no sólo se relacionan con las pequeñas industrias, sino también con la mediana y gran industria. En muchos sectores de la actividad empresarial, la extensión de la descentralización productiva es un hecho incuestionable, que en diversas ocasiones comporta procesos de externalización en cadena, en la que en no pocas ocasiones, uno de los eslabones de la misma suele ser algún autónomo.

En España, la norma básica que constituye el régimen jurídico actual del trabajador autónomo, aparece recogida en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. Recoge su artículo 1 el ámbito de aplicación, que queda circunscrito a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. El Capítulo III de la Ley 20/2007, reconoce y regula la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE). Su regulación obedece a la necesidad de dar cobertura legal a una realidad social: la existencia de un colectivo de trabajadores autónomos que, no obstante su autonomía funcional, desarrollan su actividad con una fuerte y casi exclusiva dependencia económica del empresario o cliente que los contrata. La Ley contempla el supuesto en el que este empresario es su principal cliente y de él proviene, al menos, el 75% de los ingresos del trabajador. Más de 700.000 trabajan para una única empresa o cliente.

La descentralización productiva por la vía de la subcontratación es lícita en tanto no se transgredan sus propias fronteras legales. Lo mismo ocurre cuando se externaliza parte de la actividad por una empresa a través de la contratación de trabajadores autónomos, lo que es lícito en principio, en tanto no se incumpla el ordenamiento vigente al respecto, apareciendo entonces la figura del falso autónomo. Éste es una persona que desarrolla su actividad laboral en una relación de dependencia para la empresa, tal y como lo vendría haciendo un trabajador por cuenta ajena bajo un contrato laboral, sólo que lo hace “bajo la apariencia de su condición de autónomo, asumiendo riesgo y ventura en el desarrollo de su actividad”.

La Ley 20/2007, ha intentado clarificar en parte la cuestión referida del “falso autónomo”, al determinar en su Título I la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la norma. Estableció una definición genérica de trabajador autónomo y añadió una serie de colectivos que se incluyen y otros que se excluyen. También el TJUE aclara el concepto de “falso autónomo” en Sentencia de dicho tribunal de 4 de diciembre de 2014, recurso C-413/2013. El Tribunal de la UE ha procedido en la sentencia a aclarar el concepto de trabajador autónomo según el Derecho de la UE y por ende, el de falso autónomo.

Existe por otra parte la necesidad de distinguir a los falsos TRADE de los trabajadores. Es decir, la distinción se refiere con la condición de trabajador, impulsado sobre todo por las exigencias empresariales de reducción de costes y mayor flexibilidad, que encubren una relación materialmente laboral mediante un vínculo formalmente civil, mercantil o administrativo.

Termino aludiendo al trabajo desarrollado por familiares directos del empresario. El trabajo familiar se encuentra excluido del ámbito de aplicación del ET, salvo que se demuestre la condición de asalariados. Considerándose familiares a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y en su caso por adopción. Dos especialidades cuando se trate de familiares del empresario en su condición de hijos menores emancipados y no y sus especialidades en materia de Seguridad Social.

## Índice

<b>La externalización de la actividad productiva.....</b>	<b>1</b>
<b>1. El principio general de la libertad de empresa.....</b>	<b>3</b>
<b>2. El contrato de empresas en el ámbito laboral, comúnmente denominada descentralización productiva.....</b>	<b>3</b>
<b>2.1. Elementos determinantes de las diferentes responsabilidades que se articulan con la descentralización productiva.....</b>	<b>6</b>
<b>2.1.1. La propia actividad. ....</b>	<b>6</b>
<b>2.1.1.1. La propia actividad y el artículo 24.3 LPRL.....</b>	<b>7</b>
<b>2.2. El lugar de trabajo de la prestación de los servicios, expresión diferenciada de la de centro de trabajo. ....</b>	<b>8</b>
<b>2.3. Las obligaciones del empresario principal: de comprobación de encontrarse al corriente en materia de Seguridad Social y de comunicación a los representantes de los trabajadores. ....</b>	<b>9</b>
<b>2.3.1. De comprobación de las deudas de Seguridad Social de la contratista o subcontratista y de las altas de los trabajadores. ....</b>	<b>9</b>
<b>2.3.2. De comunicación a los representantes de los trabajadores de la empresa principal y de llevanza de un libro registro. ....</b>	<b>11</b>
<b>2.3.3. Derechos de información de los trabajadores de la contratista o subcontratista y en su caso de sus representaciones unitarias. ....</b>	<b>11</b>
<b>2.3.4. Otras previsiones contenidas en el artículo 42. 6 y 7 ET. Otros derechos de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, así como de sus respectivas representaciones unitarias si existieran.....</b>	<b>12</b>
<b>2.4. Especial régimen jurídico de la responsabilidad en materia de contrata y subcontratas.....</b>	<b>12</b>
<b>2.4.1. El deber de vigilancia del cumplimiento de las condiciones materiales y formales de las contratistas y subcontratistas por la empresa principal en materia de prevención de riesgos laborales: presupuesto de la responsabilidad.....</b>	<b>15</b>
<b>2.4.2. Las responsabilidades en materia salarial. ....</b>	<b>18</b>
<b>2.4.3. Las diferentes articulaciones de la responsabilidad en materia de deudas por cuotas y prestaciones de Seguridad Social: la responsabilidad solidaria y subsidiaria.....</b>	<b>19</b>
<b>2.5 Contrataciones de obras o servicios entre empresas pertenecientes a un mismo grupo de empresas.....</b>	<b>20</b>
<b>3. Las Empresas de Trabajo Temporal.....</b>	<b>21</b>
<b>3.1. La cesión legal de trabajadores a través de las ETT.....</b>	<b>24</b>

<b>3.2. Cautelas para su funcionamiento: garantías para el cumplimiento para el que nacieron.....</b>	<b>24</b>
<b>3.3. El contrato de puesta a disposición.....</b>	<b>25</b>
<b>3.3.1. Ámbito de aplicación del contrato de puesta a disposición: el juego de las prohibiciones y de la intervención de la negociación colectiva. ....</b>	<b>26</b>
<b>3.3.2. Formalización del contrato de puesta a disposición.....</b>	<b>28</b>
<b>3.4. La prevención de riesgos en la relación triangular. ....</b>	<b>29</b>
<b>3.4.1. Obligaciones que asume la empresa usuaria.....</b>	<b>30</b>
<b>3.4.2. Obligaciones que asume la ETT.....</b>	<b>32</b>
<b>3.5. La relación laboral del trabajador con la empresa de trabajo temporal. ....</b>	<b>32</b>
<b>3.5.1. Derechos de los trabajadores contratados por la ETT. ....</b>	<b>33</b>
<b>3.5.2 Obligaciones de la ETT para con sus trabajadores contratados para ser cedidos<sup>y</sup>.....</b>	<b>34</b>
<b>3.5.3 Obligaciones de la ETT para con sus trabajadores exclusivamente bajo su dirección y control.....</b>	<b>36</b>
<b>3.5.4. Forma del contrato suscrito por la ETT con el trabajador que va ser cedido a la usuaria.....</b>	<b>36</b>
<b>3.5.5. Duración del contrato suscrito por la ETT con el trabajador que va a ser cedido a la usuaria.....</b>	<b>37</b>
<b>3.6. La relación del trabajador cedido con la empresa usuaria. ....</b>	<b>38</b>
<b>3.6.1. Control de la actividad laboral por la empresa usuaria. ....</b>	<b>38</b>
<b>3.6.2. Obligaciones que asume la empresa usuaria con el trabajador cedido. ....</b>	<b>39</b>
<b>3.6.3. Derechos de los trabajadores cedidos en la empresa usuaria.....</b>	<b>39</b>
<b>3.7. Actividad en España de ETT de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo.....</b>	<b>41</b>
<b>3.8 Un régimen jurídico actualizado para homologarse con el del resto de ordenamientos europeos: Ley 14/1994, de 1 de junio; Ley 29/1999, de 16 de julio; Ley 35/2010, de 17 de septiembre y Ley 18/2014, de 15 de octubre. ....</b>	<b>42</b>
<b>4. La cesión ilegal de los trabajadores.....</b>	<b>44</b>
<b>4.1. Las cautelas de la Administración para no incurrir en situaciones de cesión ilegal de mano de obra. Su extrapolación a la actividad privada, a los efectos de meras recomendaciones de protección, ante el previsible planteamiento de la cesión ilegal. ....</b>	<b>45</b>
<b>4.2. Supuestos que califican ilegal la cesión: la contrata o subcontrata devienen ilegales. ....</b>	<b>50</b>
<b>4.3. Recomendaciones de actuación a los empresarios que contraten o subcontraten parte de su actividad en el contexto de la descentralización productiva, para limitar el riesgo de incertidumbre y obviar los riesgos de una eventual calificación de cesión ilegal de mano de obra. ....</b>	<b>54</b>
<b>4.4. Dos supuestos especiales de cesión ilegal: en el grupo de empresas y a través de una ETT. ....</b>	<b>59</b>
<b>4.4.1. La cesión ilegal en el grupo de empresas.....</b>	<b>59</b>

<b>4.4.2. La cesión ilegal a través de una ETT cuando se contraviene el contrato de puesta a disposición.....</b>	<b>61</b>
<b>4.5. Tres supuestos de cesión legal de mano de obra distintos del de puesta a disposición a través de una ETT. ....</b>	<b>61</b>
<b>4.6. Las consecuencias legales de la cesión ilegal. ....</b>	<b>63</b>
<b>4.6.1. Cesión entre una empresa real y una empresa ficticia.....</b>	<b>63</b>
<b>4.6.2. Cesión entre dos empresas reales.....</b>	<b>64</b>
<b>4.6.3. El procedimiento de oficio y la cesión ilegal de mano de obra: una forma común de entablar el proceso. ....</b>	<b>66</b>
<b>4.6.4. La cesión intra grupo y la consideración del grupo como unidad receptora de las prestaciones de servicios. ....</b>	<b>69</b>
<b>4.6.5. Conformidad de los trabajadores en la cesión. Irrelevante para su apreciación .....</b>	<b>69</b>
<b>4.7. La cesión ilegal y el delito contra los derechos de los trabajadores. ....</b>	<b>70</b>
<b>5. Los trabajadores autónomos, los autónomos económicamente dependientes (TRADE) y los falsos autónomos. ....</b>	<b>71</b>
<b>5.1. El Derecho de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos. ....</b>	<b>78</b>
<b>5.2. Los falsos autónomos y los falsos TRADE. ....</b>	<b>84</b>
<b>5.2.1. Los falsos autónomos. ....</b>	<b>84</b>
<b>5.2.2. Los TRADE y los falsos autónomos.....</b>	<b>87</b>
<b>5.3. Especiales consideraciones con el “trabajo de familiares”. ....</b>	<b>88</b>
<b>5.3.1. Los trabajos auxiliares a cargo de familiares. Especial mención al caso de menores de edad no emancipados. ....</b>	<b>88</b>
<b>5.3.2. El caso de los familiares del empresario, menores emancipados y su situación de Seguridad Social. ....</b>	<b>89</b>
<b>5.3.3. El caso de los familiares del empresario menores no emancipados y su situación de Seguridad Social.....</b>	<b>90</b>
<b>5.4. Cabeza de familia titular de un domicilio y los trabajadores que realizan pequeños trabajos de albañilería o similares para aquel.....</b>	<b>91</b>
<b>Rescapitulando.....</b>	<b>92</b>