

TRATADO DE CONTRATOS

TOMO III

4ª Edición

Director:

RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO

Coordinadores:

**NIEVES MORALEJO IMBERNÓN
SUSANA QUICIOS MOLINA
SEBASTIÁN LÓPEZ MAZA**

R. 202.401



tirant lo blanch
Valencia, 2024

Copyright © 2024

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y otros

© TIRANT LO BLANCH

EDITA: TIRANT LO BLANCH

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

TELF.: 96/361 00 48 - 50

FAX: 96/369 41 51

Email: tlb@tirant.com

www.tirant.com

Librería virtual: www.tirant.es

DEPÓSITO LEGAL: V-2518-2024

ISBN: 978-84-1071-433-5 (Tomo III)

ISBN: 978-84-1071-081-8 (Obra completa)

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

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

resistencia mecánica y estabilidad del edificio²²¹⁸. El importe mínimo del capital asegurado será el 100 por 100 del coste final de ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales²²¹⁹.

DECIMOSEXTA.- La prima del seguro por daños materiales a la que se refiere la cláusula anterior deberá estar pagada en el momento de la recepción de la obra²²²⁰. En ese mismo instante, el constructor deberá entregar al comitente la póliza de dicho seguro y el documento acreditativo de haber abonado la prima correspondiente.

DECIMOSÉPTIMA.- OPCIÓN A: Para todo lo relacionado con la interpretación, cumplimiento e incumplimiento del presente contrato, las partes se someten expresamente a la jurisdicción de los Tribunales de la ciudad de..., con renuncia expresa a sus propios fueros.

OPCIÓN B: Para todo lo relacionado con la interpretación, cumplimiento e incumplimiento del presente contrato, las partes se someten expresamente al procedimiento arbitral regulado en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje²²²¹.

Y en prueba de conformidad, las partes otorgan, ratifican y firman el presente documento por duplicado y a un solo efecto, en el lugar y en la fecha expresados en el encabezamiento.

El comitente

El constructor

Fdo.:.....

Fdo.:.....

III. OTROS: GESTIÓN Y SERVICIOS PROFESIONALES

1. Servicios de gestión empresarial

A) Contrato de externalización (outsourcing)

a) La descentralización productiva como fenómeno empresarial

1621. La descentralización de la actividad productiva, relevante fenómeno de las últimas décadas, constituye una forma de organización de la actividad empresarial en virtud de la cual una empresa principal opta por desplazar ciertas actividades a empresas

²²¹⁸ La suscripción de esta póliza de seguro únicamente será obligatoria para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda (Disp. Adic. 2ª Uno y art. 19.1.c) LOE. Como consecuencia de la reforma operada en la Disp. Adic. 2ª LOE por el art. 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, se ha suprimido la exigencia de concertar este seguro obligatorio en el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. No obstante, el autopromotor deberá asegurar la vivienda en la forma prevista en la LOE cuando proceda a su enajenación *inter vivos* si ésta se lleva a cabo antes de que transcurra el plazo de garantía decenal contemplado en el art. 17.1.a) LOE. La suscripción de los demás seguros previstos en el art. 19 LOE (responsabilidad trienal por vicios de habitabilidad y responsabilidad anual por defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación y acabado de las obras) no será obligatoria mientras no se dicten las normas reglamentarias al respecto (Disp. Adic. 2ª Dos LOE).

²²¹⁹ Art. 19.5.c) LOE.

²²²⁰ Art. 19.2.b) LOE.

²²²¹ Téngase presente la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de Reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado.

auxiliares con quienes celebra contratos de diversa naturaleza²²²². La economía postindustrial es el contexto en el que desarrollan las nuevas formas de producción verticalmente desintegradas basadas en la "subcontratación" que permite la sustitución de la producción interna por la colaboración exterior²²²³.

1622. No obstante, conviene subrayar que, en el lenguaje económico empresarial, la recurrente expresión "subcontratación" implica, simplemente, una forma determinada de organizar la producción: parte del proceso productivo de la empresa principal se externaliza, es decir, se contrata, "a través del mecanismo jurídico que sea, con otro empresario, al que se denomina subcontratista aunque ejecute directamente la tarea encomendada"²²²⁴. Por tanto, la subcontratación en sentido económico no implica, necesariamente, la duplicidad de relaciones contractuales que conforma el presupuesto de la subcontratación en sentido jurídico, caracterizada por la existencia de un contrato básico, padre o principal y otro contrato autónomo derivado del primero, denominado subcontrato, celebrado entre una de las partes del contrato principal (subcontratante) y un tercero (subcontratista). Tal duplicidad aparece claramente destacada por la STS 21.11.1991²²²⁵: "la subcontratación, en cuanto crea una nueva relación contractual, derivada y relacionada con la primera y aunque distinta, supone que el que contrata no pierda o decaiga en su posición de parte principal contratante, dándose de esta forma entrada en el ámbito de la relación original a un tercero que se vincula y se obliga, según lo que se pacte (...) Por tanto, subsiste el contrato principal y uno de los contratantes de éste, otorga otro, en que es parte frente al nuevo contratante". En este sentido, resulta destacable el concepto de subcontratación de matiz jurídico proporcionado por el art. 3.h) de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción (LRSSC): "*La práctica mercantil de organización productiva en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que a él se le ha encomendado*".

1623. El impulso de la descentralización productiva (a partir de la década de 1980) obedece a la necesidad de arbitrar nuevas estrategias de organización y gestión adecuadas al contexto económico. La externalización de la producción permite aligerar las estructuras empresariales y dotarlas de la flexibilidad necesaria para responder a los desafíos de la competitividad derivados de la apertura e internacionalización de los mercados. La fragmentación del ciclo productivo a través de la "subcontratación" permite reducir la mano de obra e invertir en la búsqueda de una ventaja competitiva, ya que las empresas se centran en lo que saben hacer mejor y desatienden a través de la externalización las actividades secundarias o auxiliares (*cf.* STSJ Aragón 23.10.2004²²²⁶). Obviamente, constituye un factor relevante en la expansión del fenómeno el extraordinario desarrollo de la tecnología que permite reducir el tamaño óptimo de la empresa y estimular la descentralización de funciones antes realizadas

²²²² Vid. CRUZ, RL, (1992) I, p. 114.

²²²³ LLANO, *Responsabilidad...*, 1999, p. 4.

²²²⁴ Como subraya RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, RL, n° 7 (1996), p. 1.

²²²⁵ RJ 8473.

²²²⁶ AS 1732.

en el interior de la misma, siendo destacable la proliferación de sociedades especializadas en prestar servicios de alto contenido tecnológico²²²⁷.

1624. No puede ignorarse que el fenómeno de la descentralización de actividades se produce con la misma intensidad en el ámbito de las Administraciones Públicas que recurren, frecuentemente, a la gestión indirecta de servicios y actividades a través de empresas privadas. Al igual que ocurre en el contexto empresarial, la técnica permite que las Administraciones externalicen actividades o servicios públicos. Las razones que explican el creciente interés de las técnicas de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas son similares a las del sector privado: la búsqueda de mayor eficacia por la especialización de la empresa privada, la reducción de costes económicos o la imposibilidad de atender con sus propios medios personales y materiales determinados servicios y actividades²²²⁸.
1625. La descentralización del trabajo como opción empresarial encuentra su apoyo en la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (art. 38 CE), pues "tal libertad no se limita al momento de constitución de la empresa sino que se extiende, también, a decidir sobre sus objetivos, y a dotarla de una estructura organizativa para defender su productividad y situarla en condiciones de competir en un mercado libre"²²²⁹. Conforme a la STS 27.10.1994²²³⁰, la primera que aborda el fenómeno de la externalización: "el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el Estatuto de los Trabajadores cuando se refiere a la contratación o subcontratación para la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa, lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de los controles legales e interpretativos necesarios para evitar que por esta vía puedan vulnerarse los derechos de los trabajadores"²²³¹.
1626. En cuanto a la consideración jurisprudencial sobre el alcance de la figura, declara la STSJ Cataluña 31.1.2006²²³²: "Para la realización de determinadas actividades, la empresa delega en otra u otras la comisión de las mismas acudiendo a la colaboración externa, dando lugar a la llamada externalización o descentralización productiva, que constituye una forma de adaptación de las empresas al entorno cambiante caracterizado por la globalización tanto de la tecnología como de la economía; y aun cuando este proceso no es nuevo, sin embargo su rápido desarrollo, su extensión a sectores en los que tradicionalmente no se empleaba, las múltiples formas que adopta y la pluralidad de causas que lo justifican hacen que esta figura, conocida con el término anglosajón de *outsourcing* o externalización sea uno de los modos de producción que viene adquiriendo un gran protagonismo en la actualidad". Según la SAP

²²²⁷ Vid. LLANO, *Responsabilidad...*, 1999, pp. 4-5; RIVERO, *Descentralización...*, 2003, pp. 23-24; LASIERRA, *Descentralización...*, 2003, pp. 63-66.

²²²⁸ Como señala LLANO, *Responsabilidad...*, 1999, p. 9.

²²²⁹ RIVERO, *Descentralización...*, 2003, p. 26.

²²³⁰ *Tol* 235107.

²²³¹ Conforme a la STS 17.12.2001 (*Tol* 1143844), la contrata de obra y servicios es una "actividad legalmente regulada, en el desarrollo constitucional del principio de libertad de empresa".

²²³² *Tol* 889613.

Madrid 7.6.2004²²³³: "El denominado *outsourcing* más que una modalidad contractual es, simplificando en extremo, una herramienta organizativa de subcontratación, que se lleva realizando desde los albores de la edad moderna. Ha sido en tiempos recientes cuando, sin embargo, la figura se ha implantado extraordinariamente en el mundo de los negocios. El atractivo de la misma para las empresas radica en una regulación de las relaciones laborales que comporta costes excesivos y, acaso por ello, reduce los beneficios y, sobre todo, las ventajas competitivas. Se trata de un mecanismo de externalización o tercerización de ciertos cometidos o áreas funcionales que una industria, empresa u organización precisa llevar a cabo, mediante la que se contrata a un tercero para que realice un trabajo en el que está especializado, con los objetivos de reducir costos y evitar a la organización la adquisición de una infraestructura propia que le permita la correcta ejecución de esos cometidos, al tiempo que permite la concentración de los esfuerzos en las actividades esenciales a fin de obtener competitividad y resultados tangibles. Así se delega una o una serie de responsabilidades y compromisos que no son inherentes a la esencia del negocio, y le permiten centrarse en lo que es, de verdad, objeto de su propio giro".

1627. El proceso de descentralización que desde una perspectiva meramente económica es el resultado de la especialización productiva interempresarial, representa, desde el punto de vista jurídico, la recuperación de un relevante espacio para el trabajo autónomo articulado a través de contratos civiles y/o mercantiles o, en palabras de un ilustre laboralista, el "retorno del arrendamiento de servicios"²²³⁴, germen y constante elemento de confrontación del contrato de trabajo que, desde principios del Siglo XX y hasta las transformaciones del sistema productivo de la sociedad postindustrial, había quedado reducido a cauce normativo de los servicios prestados por los profesionales liberales.

b) *El outsourcing como estrategia empresarial: concepto, ventajas y riesgos*

1628. El término *outsourcing* se identifica, en sentido estricto, con la técnica de gestión empresarial que permite descentralizar la producción, es decir, "la contratación por una sociedad de uno o varios proveedores externos para la prestación, mediante el empleo de activos ajenos a la estructura interna de la sociedad, de un servicio que anteriormente desarrollaba un departamento interno de la misma"²²³⁵.
1629. Sin embargo, esta formulación tiende a ser ampliada para abarcar numerosos supuestos que no implican descentralización productiva sino, simplemente, descentralización del trabajo. Desde la perspectiva de la relación entablada entre empresa principal (cliente) y empresa auxiliar (*outsourcer* o proveedor), parece irrelevante que el servicio fuera desarrollado con anterioridad por un departamento interno

²²³³ *Tol* 497129.

²²³⁴ MARTÍN, *Cuestiones...*, 1990, pp. 209-236.

²²³⁵ Tal como apunta DE CARLOS, *CDC*, 1998, p. 11. Para el autor, constituyen elementos del *outsourcing* la contratación de un servicio con uno o varios proveedores externos, entendiendo "servicio" en sentido amplio que incluye la provisión de bienes (p.ej., componentes del producto final); que el servicio se desarrollase anteriormente por un departamento interno de la empresa principal; y que el servicio se preste mediante activos ajenos a la estructura interna de tal empresa.

de la empresa o que se trate de cualquier servicio incorporado *ex novo*, sin perjuicio de que, el hecho de que éste forme parte de la propia actividad de la empresa (respecto de las obras y servicios nucleares; *cf.* SSTs 18.1.1995²²³⁶ y 24.11.1998²²³⁷) tenga consecuencias en cuanto al establecimiento de responsabilidades en el orden laboral (*cf.* art. 42 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores [ET] y art. 24.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales [LPRL]). Tampoco parece que el asunto de la propiedad de los activos gestionados (empresa principal/empresa auxiliar) sitúe las relaciones entre cliente y proveedor en un escenario contractual esencialmente diverso; aunque la inexistencia de una estructura organizativa y productiva propia de la empresa auxiliar (SSTs 17.2.1993²²³⁸, 17.7.1993²²³⁹, 18.3.1994²²⁴⁰, 21.3.1997²²⁴¹) puede desencadenar en el ámbito laboral las consecuencias propias de la cesión ilegal de trabajadores (art. 43 ET) y la existencia de tal estructura es requerida para intervenir en el proceso de la subcontratación cuando se trata del sector de la construcción (art. 4.1.a) LRSSC). Por tanto, en un sentido amplio, el *outsourcing* puede ser definido como la técnica empresarial consistente en el recurso por parte de una empresa principal a otras empresas auxiliares para la prestación de servicios que podrían ser desempeñados por trabajadores contratados por la primera; o como afirma la SAP Madrid 7.6.2004: "El *outsourcing* es la acción de acudir a una agencia exterior para operar una función que bien puede realizarse en el interior de la empresa".

1630. En ocasiones, se identifica el *outsourcing* con la externalización de servicios informáticos y, ciertamente, es en dicho ámbito donde se ubica en un primer momento el desarrollo del fenómeno²²⁴². En los años ochenta (1980) se produce la proliferación del *outsourcing* informático con la finalidad de rebajar los costes de acceso a las ventajas de la informática. Aunque inicialmente la técnica parece reservada para las empresas modestas, el panorama se transforma tras la externalización de los sistemas informáticos de Kodak en 1989²²⁴³, siendo posteriormente adoptada por las grandes multinacionales²²⁴⁴. Ahora bien, a pesar de la relevancia de la externalización de servicios en el ámbito informático, debe admitirse, tal como hace la doctrina mayoritaria en la actualidad, que el término "*outsourcing*" resulta aplicable a cualquier tipo de servicios contratados con empresas auxiliares (limpieza, seguridad, logística, asesoramiento legal, gestión de nóminas o seguros sociales etc.)²²⁴⁵.

1631. El *outsourcing*, en cuanto técnica de gestión empresarial, implica la previa valoración de eventuales beneficios y riesgos. En cuanto a las ventajas, suele destacar la doctrina

²²³⁶ RJ 514.

²²³⁷ Tol 47328.

²²³⁸ RJ 1177.

²²³⁹ RJ 5688.

²²⁴⁰ Tol 266745.

²²⁴¹ Tol 238243.

²²⁴² Una visión general sobre el *outsourcing* de sistemas informáticos en APARICIO, *La nueva...*, 2002.

²²⁴³ Vid. DE CARLOS, CDC, 1998, p. 12.

²²⁴⁴ La proliferación del fenómeno va acompañada del desarrollo de diferentes modalidades como el *cosourcing* (asociación entre proveedor y cliente) o el *outsourcing* de transición (para facilitar en un corto periodo de tiempo la migración a nuevas tecnologías).

²²⁴⁵ Vid. DE CARLOS, CDC, 1998, p. 9.

las de coste ya que la empresa auxiliar se aprovecha de economías de escala que no tiene la empresa principal (adquisición de activos a mejores precios, utilización de los mismos para prestar servicios a diferentes clientes etc.); además, la empresa principal puede adaptar el coste del servicio a sus necesidades reales, convirtiendo costes fijos en variables. También se producen ventajas contables cuando el *outsourcing* va acompañado de la transmisión a la empresa auxiliar de activos ligados a la prestación de servicios. Se añaden, además, ventajas estratégicas en la medida en que la empresa principal puede centrarse en actividades realmente competitivas. Finalmente, suelen subrayarse las ventajas tecnológicas ya que en algunas áreas como la informática es necesaria la constante revisión de procedimientos y sistemas. Frente a las ventajas apuntadas se encuentran ciertos riesgos como la pérdida de control de la empresa principal sobre las funciones descentralizadas, las graves disfunciones que pueden ocasionar el incumplimiento de la empresa auxiliar, la dificultad para recuperar el servicio externalizado o para traspasarlo a otra empresa y, muy especialmente, los problemas de confidencialidad ya que la empresa auxiliar comparte con la empresa principal información relevante sobre estrategia empresarial, bases de datos, clientes etc.²²⁴⁶.

c) Tipos contractuales aptos para la externalización empresarial

1632. Atendida su complejidad y diversidad, debe descartarse la identificación del *outsourcing* o externalización de funciones de la empresa con un tipo contractual concreto. En principio, cualquier contrato, típico o atípico, que permita articular jurídicamente la prestación de un servicio por la empresa auxiliar puede incluirse entre el grupo de contratos de externalización (*outsourcing*). En este sentido, resulta destacable la afirmación de la STS 12.12.1988²²⁴⁷, referida a un supuesto de *outsourcing* informático: "La prestación de técnicas informáticas no tiene, necesariamente, una calificación uniforme, puesto que puede consistir en un contrato de actividad, asimilable al arrendamiento de servicios o a un contrato de resultado, dentro del concepto genérico de arrendamiento de obra". También resulta de interés la SAP Asturias 31.10.2017²²⁴⁸: "El denominado "*outsourcing*" no constituye realmente una genuina modalidad contractual, pues no es otra cosa que una herramienta de subcontratación para externalizar la realización de determinadas labores o prestaciones que realiza una empresa con la finalidad de ahorrar costes en su ejecución".

1633. La doctrina laboralista tradicional, especialmente preocupada por la cuestión, suele reconducir el concepto de subcontrata (art. 42 ET) al contrato de obra o servicios del art. 1.544 CC (*cf.* STS 15.7.1996²²⁴⁹). Ciertamente, la regulación laboral de la subcontrata tiene su origen en la preocupación del legislador por los problemas que en el sector de la construcción originaba la intervención de distintas empresas. Por tal razón tiende a identificarse en un primer momento la figura con contrato de obra vinculado a la ejecución de una obra de construcción en alguna de sus fases (STS)

²²⁴⁶ Es la exposición de DE CARLOS, CDC, 1998, pp. 14-15.

²²⁴⁷ RJ 9430.

²²⁴⁸ JUR 2017, 294101.

²²⁴⁹ RJ 5990.

Andalucía 15.12.1997²²⁵⁰ y STSJ Asturias 9.1.1998²²⁵¹). Posteriormente se extiende el concepto a la realización de obras en otros sectores empresariales y se aplica el art. 42 ET a los contratos de arrendamiento de servicios. Se afirma, incluso, que deben incluirse, además de los arrendamientos de obra y formas varias de arrendamiento de servicios, contrataciones empresariales atípicas por medio de las cuales la empresa auxiliar se compromete a la realización de una obra o de un servicio que se desgaja de la actividad de la empresa principal²²⁵²; o que la equiparación estricta entre subcontrata y contrato de obra o servicios, resulta demasiado estrecha en un panorama descentralizador mucho más amplio²²⁵³, debiéndose aplicar el concepto de "subcontrata" a muy diversas formas contractuales con estructura obligacional y funcionalidad económica social similares a los contratos de obra o servicios: *catering* (STSJ Comunidad Valenciana 22.5.1997²²⁵⁴), *engineering* (STS 27.6.1998²²⁵⁵), contrato de suministro de componentes por encargo etc.

1634. De particular interés resulta la SAP Madrid 7.6.2004²²⁵⁶ que considera el arrendamiento de servicios como forma contractual más adecuada para la instrumentación jurídica del *outsourcing*: "Otra cuestión de interés apunta a la conveniencia de encuadrar la totalidad del proyecto en un solo tipo contractual o bien dividirlo en módulos independientes. Habida cuenta de la extensa variedad de prestaciones que pueden obtenerse mediante las modalidades convencionales en que el *outsourcing* se puede materializar, resultaría conveniente establecer un acuerdo marco y prever condiciones específicas para cada servicio, ajustadas a las características de la actividad. En este orden de ideas, es lógico sostener que la forma de contratar una actividad periódica y continuada, es por definición distinta a la de implantación de actividades concretas. Sin embargo, la propia naturaleza del instituto sugiere en general un tratamiento unificador de los servicios, aprovechando el carácter duradero y estable de la relación, pudiendo las partes tipificar el contrato como un arrendamiento de servicios con un precio pactado en función de las unidades de cálculo (horas, meses, entregas etc.) y estableciendo un control periódico sobre la consecución de los objetivos perseguidos. En definitiva, cabría concluir que desde el punto de vista doctrinal, el *outsourcing* se corresponde mejor, en principio, con la figura análoga del arrendamiento de servicios, antes que con el arrendamiento de obra. En el ejercicio de la libertad contractual, empero, nada obsta para que los interesados prefiera el perfil del arrendamiento de servicios o de obra e incluso que combinen ambas figuras, a la luz de los propósitos prácticos que ellos persigan"²²⁵⁷. Sin embargo, la jurisprudencia suele identificar el *outsourcing* informático con el contrato de obra (SAP

²²⁵⁰ AS 4980.

²²⁵¹ AS 134.

²²⁵² Cruz, *RI*, (1992) I, p. 122.

²²⁵³ Vid. LARGO/BUESO/HERNÁNDEZ, *Descentralización...*, 2003, pp. 321-324.

²²⁵⁴ AS 1612.

²²⁵⁵ RJ 5471.

²²⁵⁶ Tol 497129.

²²⁵⁷ Como arrendamiento de servicios considera el *outsourcing* de servicios de gestión y manufactura, entre otras, la STSJ Principado de Asturias 24.2.2006 (JUR 21111).

Sevilla 30.9.2002²²⁵⁸, STS 21.7.2003²²⁵⁹, SAP Cantabria 15.10.2004²²⁶⁰, SAP Badajoz 30.6.2005²²⁶¹ y SAP Islas Baleares 7.3.2017²²⁶²).

1635. Obviamente, en la tarea calificadora de contratos que permiten instrumentar jurídicamente la externalización, se evidencia la ausencia de criterios indiscutidos en orden a la delimitación de los contratos básicos de servicios (arrendamiento de servicios, contrato de obra y mandato). El que atiende al objeto de la obligación asumida por el prestador (medios/resultado), acogido en forma mayoritaria por doctrina y jurisprudencia para diferenciar el arrendamiento de servicios y el contrato de obra, presenta serios inconvenientes²²⁶³: la relatividad de la distinción (cuya formación es posterior a la promulgación del Código civil), la diversidad de efectos atribuidos a aquélla en función del entendimiento que se tenga del sistema de responsabilidad contractual, y la disgregación normativa a que conduce, al aparecer integrados los contratos de servicios por obligaciones muy diversas²²⁶⁴. Tampoco parece zanjado en nuestro "peculiar" ordenamiento el asunto de la esencia o elemento que permita diferenciar el mandato de los otros contratos básicos de servicios; hasta el punto de llegarse a afirmar, en algún momento, que los tipos contractuales de obra y servicios aparecen contemplados en el Código por duplicado con dos nombres diferentes (mandato y arrendamiento)²²⁶⁵.
1636. Además, el resultado de la compleja (y discutida) labor delimitadora no se traduce en consecuencias satisfactorias en punto a la determinación del régimen jurídico aplicable, dada la pobreza de la añeja regulación codificada de los contratos de servicios. El arrendamiento de servicios se muestra como un contrato (casi) atípico, el contrato de obra centra su regulación en los conflictos planteados por el supuesto básico que contempla (obra inmobiliaria), y muchas de las normas del contrato de mandato parecen pensadas para el mandato gratuito, mostrándose inadecuadas para la prestación de servicios profesionales²²⁶⁶. En realidad, en defecto de previsión contractual, muchos de los conflictos planteados por los (complejos) contratos de externalización deberán resolverse, con independencia de su calificación, acudiendo a las normas generales del Derecho de obligaciones y a la aplicación directa o análoga de preceptos relativos a diversos contratos. En este sentido afirma la SAP Madrid 7.6.2004²²⁶⁷: "Frecuentemente se trata de negocios jurídicos atípicos y complejos que

²²⁵⁸ JUR 80160.

²²⁵⁹ Tol 295909.

²²⁶⁰ JUR 295403.

²²⁶¹ Tol 777901.

²²⁶² JUR 2017, 117135.

²²⁶³ La SAP Madrid 7.6.2004 (Tol 497129) para un supuesto de *outsourcing* (servicios de *marketing*) recuerda las consecuencias de la distinción: "de calificarse como un arrendamiento de servicios, las obligaciones del *outsourcer* serían obligaciones de medios, de tal modo que el acreedor debería acreditar el incumplimiento y además la culpa del deudor, que no se presume. Por el contrario, si se califica como arrendamiento de obra, las obligaciones del *outsourcer* serían de resultado, y al usuario (acreedor de la prestación del *outsourcer*) sólo le basta con probar el incumplimiento, de modo tal que si no se da el resultado, el deudor (*outsourcer*) sólo se exonera de culpa probando el caso fortuito o la fuerza mayor".

²²⁶⁴ Vid. VAQUERO, *El arrendamiento...*, pp. 116-157.

²²⁶⁵ Así, ALONSO, *Los contratos...*, 1997, p. 127.

²²⁶⁶ Sobre la inadecuación de buena parte de la normativa del mandato para los contratos onerosos vid. VAQUERO, *El arrendamiento...*, 2004, pp. 265-316.

²²⁶⁷ Tol 497129.

ostentan caracteres comunes a los mencionados (arrendamiento de servicios y arrendamiento de obra) y a otros contratos tales como el de distribución o transferencia de tecnología. De tal modo que no es sencillo determinar con rigor su naturaleza jurídica, imponiéndose una especial diligencia a la hora de establecer las obligaciones que asumirá cada parte. La circunstancia de no existir en nuestro Derecho positivo una normativa específica para este tipo de contratación, entraña que a los fines de la legislación aplicable, sea menester acudir a disposiciones de carácter general en materia contractual, tales como el Código Civil y Código de Comercio, señaladamente. Así como también, a aquellas disposiciones reguladoras de cierto tipo de contratos como el *leasing*, transferencia de tecnología o suministro, que fueran aplicables al caso concreto”.

1637. Tampoco parece fácil el asunto de la naturaleza civil o mercantil de los contratos que permiten instrumentar la externalización. En contra de su naturaleza mercantil se encuentra el argumento de que es el Código civil el lugar donde se regulan los arrendamientos de servicios y de obra, es decir, los contratos que instrumentan jurídicamente la mayoría de supuestos de *outsourcing* (con alguna excepción como el contrato de construcción de buques, inicialmente regulado en el Código de comercio y, actualmente en los arts. 108-116 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima). Sin embargo, la configuración del Derecho mercantil como ordenador de la actividad de los empresarios se muestra para algunos autores como elemento decisivo para concluir que el constante tráfico contractual de contratos de servicios prestados por empresarios específicamente organizados no permite considerarlos como algo ajeno a la disciplina²²⁶⁸. La jurisprudencia ordinariamente suele obviar la cuestión pero en alguna ocasión califica el contrato de *outsourcing* como un arrendamiento de servicios mercantil (STSJ Principado de Asturias 24.2.2006)²²⁶⁹. Y según la SAP de Girona 27.11.2012²²⁷⁰: “El contrato de prestación de servicios logísticos, tiene naturaleza de contrato mercantil atípico, oneroso, bilateral, sinalagmático, de tracto sucesivo y complejo”.

d) Cláusulas típicas en los contratos de externalización empresarial

1638. La complejidad de los contratos de externalización en los que suelen estar presentes elementos de distintos contratos típicos (arrendamiento de servicio, contrato de obra, mandato, depósito etc.) y la ausencia de criterios uniformes en su calificación imposibilitan una exposición estándar de derechos y obligaciones de las partes, que dependerán del concreto clausulado contractual y de las circunstancias concurrentes. Sin embargo, cabe hacer alusión a las cláusulas más frecuentes de los contratos de *outsourcing* dirigidas, en buena medida, a salvar los riesgos típicos, antes reseñados, de la técnica de externalización.

a') Cláusulas relativas a la prestación del servicio

1639. Al ser la principal obligación del proveedor la prestación del servicio parece conveniente definir con la máxima exactitud el alcance del mismo y el lugar en que deba prestarse. Suele destacar la doctrina la relevancia, especialmente en la externalización de servicios informáticos, de los estándares de calidad o “acuerdos de nivel de servicios” (SLA, *Service Level Agreement*) que definen los niveles de rendimiento exigible (niveles de servicio garantizados) y, por tanto, eventuales supuestos de incumplimiento. Los acuerdos pueden hacer referencia, por ejemplo, a la disponibilidad, tiempo de recuperación, nivel de fallos o tiempo de respuesta en el caso de servicios informáticos, o a otros como plazos de entrega o pérdidas en los logísticos. Muy frecuentemente, se prevén penalizaciones para los supuestos en que el proveedor no alcance el nivel de rendimiento pactado, reservándose la posibilidad de resolución del cliente para supuestos de incumplimientos graves o constantes²²⁷¹.
1640. El establecimiento de concretos “niveles de servicio” exigibles permite obviar la recurrente disquisición en torno a la naturaleza de la obligación asumida por el proveedor (medios/resultados) y sus inseguras consecuencias (*cf.* SAP Barcelona 27.3.2018²²⁷²). Cuando no se alcanzan los niveles de servicio establecidos se produce incumplimiento (o al menos cumplimiento defectuoso) y las pormenorizadas penalizaciones anudadas al mismo (art. 1.152 CC), independientes de las circunstancias concurrentes, revelan la asunción de una responsabilidad objetiva en el ámbito delimitado por tales niveles (art. 1.105 CC). Sin embargo, con relación a otros eventuales supuestos de incumplimiento, en defecto de previsiones expresas de los contratantes sometidas a los límites del ordenamiento (arts. 1.102 y 1.105 CC), la responsabilidad del proveedor se somete a la culpa como criterio general de imputación (arts. 1.103 y 1.902 CC); aunque es frecuente que el proveedor traslade su responsabilidad concertando un seguro de responsabilidad civil.
1641. Tampoco parece imprescindible el recurso a la dicotomía obligaciones de medios y de resultado para solventar el asunto de la procedencia de la retribución pues en la práctica el criterio último que subyace en las resoluciones jurisprudenciales es el de la utilidad o inutilidad (para el cliente) derivada de la prestación del servicio. Incluso cuando se considera que el contrato es de obra, sólo se niega la retribución en caso de numerosas deficiencias (SAP Madrid 22.2.2005²²⁷³) y para evitar enriquecimientos injustos se ordena la retirada de los equipos (SAP Badajoz 30.6.2005²²⁷⁴); y en caso de deficiencias menos graves se reduce la contraprestación. En este sentido destaca la SAP Cantabria 15.10.2004²²⁷⁵ que, a pesar de entender que el contrato de servicio informáticos es más cercano al de obra que al de servicios afirma: “no se puede obviar que cabe que se hayan ejecutado

²²⁷¹ *Vid.* DE CARLOS, CDC, 1998, p. 20. Añade el autor que es también práctica habitual la inclusión de algún procedimiento de control de los estándares de calidad, como la información periódica del proveedor sobre el nivel del servicio o las auditorías o comprobaciones realizadas por el personal del cliente.

²²⁷² JUR 2018, 104701.

²²⁷³ Tol 634137.

²²⁷⁴ Tol 777901.

²²⁷⁵ JUR 295403.

²²⁶⁸ GARCÍA-PITA, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1997, p. 312.

²²⁶⁹ JUR 21111.

²²⁷⁰ JUR 2013, 12500.

partidas del contrato total y que las mismas puedan ser reclamadas a la contraparte; piénsese en un contrato de obra de una vivienda; el mutuo disenso previo a la finalización de la obra no impedirá que el dueño de la obra haya de abonar al contratista la parte de obra correctamente ejecutada siempre que suponga un beneficio para él (...) De igual forma en el presente caso el programa estaba realizado en lo fundamental y conforme a lo pactado y estaba en condiciones de servir para el propósito acordado por lo que la conceptualización del contrato como de obra no impide que el actor haya de abonar aquella parte del mismo que estaba ejecutada y le servía a los fines acordados". Sin embargo, no procede el pago en un outsourcing de programación cuando los programas son absolutamente inútiles (SAP Valencia 18.6.2018²²⁷⁶).

1642. Además de los estándares de calidad, puede adquirir especial importancia en la delimitación del servicio la identidad de los profesionales (o su cualificación). Es frecuente que entabladas las relaciones con un director de servicio designado por el proveedor se acuerde que su posterior sustitución requiera la aprobación del cliente (acuerdo revelador en principio del *intuitu personae*) pero la aprobación no puede ser caprichosa y debe basarse en razones objetivas (art. 1.256 CC).

1643. Con relación a la subcontratación, puede recurrir a ella el proveedor (salvo que se trate de prestaciones personalísimas) pero responderá éste frente al cliente de la actuación del subcontratista, salvo que el primero hubiere designado al segundo (arts. 1.596, 1.721 CC y 262 Cco). Téngase en cuenta, sin embargo, que la regla general formulada puede aparecer excepcionada o modulada por diversas razones. Así, por la relevancia de los derechos implicados en el ámbito de la contratación de servicios para el tratamiento de datos de carácter personal, el encargado del tratamiento (persona que trata de datos por cuenta del responsable del tratamiento) está sometido a la normativa específica. Las instrucciones sobre el tratamiento han de proceder siempre del responsable del mismo que mantiene de esa forma el control de la situación, y la subcontratación precisa de autorización por escrito del responsable. En este sentido, dispone el art. 28 del RUE 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de datos [RPDP]: "1. Cuando se vaya a realizar un tratamiento por cuenta de un responsable del tratamiento, este elegirá únicamente un encargado que ofrezca garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas, de manera que el tratamiento sea conforme con los requisitos del presente Reglamento y garantice la protección de los derechos del interesado. 2. El encargado del tratamiento no recurrirá a otro encargado sin la autorización previa por escrito, específica o general, del responsable. En este último caso, el encargado informará al responsable de cualquier cambio previsto en la incorporación o sustitución de otros encargados, dando así al responsable la oportunidad de oponerse a dichos cambios (...). 4. Cuando un encargado del tratamiento recurra a otro encargado para llevar a cabo determinadas actividades de tratamiento por cuenta del responsable, se impondrán a este otro encargado (...) las mismas obligaciones de protección de datos que las estipuladas (...) entre el responsable y el

encargado a que se refiere el apartado 3, en particular la prestación de garantías suficientes de aplicación de medidas técnicas y organizativas (...). Si ese otro encargado incumple sus obligaciones de protección de datos, el encargado inicial seguirá siendo plenamente responsable ante el responsable del tratamiento por lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones del otro encargado". Además, añade el art. 29 RPDP: "El encargado del tratamiento y cualquier persona que actúe bajo la autoridad del responsable o del encargado y tenga acceso a datos personales solo podrán tratar dichos datos siguiendo instrucciones del responsable, a no ser que estén obligados a ello en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros". Finalmente, señala el art. 32.4 RPDP: "El responsable y el encargado del tratamiento tomarán medidas para garantizar que cualquier persona que actúe bajo la autoridad del responsable o del encargado y tenga acceso a datos personales solo pueda tratar dichos datos siguiendo instrucciones del responsable, salvo que esté obligada a ello en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros". Por otro lado, las necesidades de protección de los trabajadores dependientes determinan que se prohíba la subcontratación en el sector de la construcción si no se ajusta a los requisitos previstos en su legislación específica en la que se establecen ciertas cautelas dirigidas a evitar situaciones objetivas de riesgo para los trabajadores: se limitan a tres (salvo circunstancias excepcionales) los niveles de subcontratación, se exigen a las empresas importantes requisitos de calidad y solvencia y se introducen mecanismos de transparencia en las obras de construcción (LRSSC y Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción).

b') Cláusulas sobre precios

1644. La principal obligación del cliente es pagar la contraprestación estipulada por la prestación del servicio. Aunque cabe cualquier forma de determinación del precio que haga innecesaria la celebración de un nuevo convenio entre cliente y proveedor (art. 1.273 CC), en la práctica suele componerse de una parte fija y otra variable en función del uso o de los volúmenes (de datos, de productos etc.) manejados; y frecuentemente se incluyen mecanismos de corrección de los precios inicialmente pactados como la aplicación del Índice de Precios al Consumo. No obstante, es también habitual la determinación por referencia a los principales factores de coste, aunque cabe establecer ciertas correcciones, como sólo admitir recargos en el caso de que los parámetros de coste varíen más allá de unos límites predeterminados o de que las variaciones no se deban a la ineficacia del proveedor²²⁷⁷.

²²⁷⁶ JUR 2018, 211376.

²²⁷⁷ Como relata DE CARLOS, CDC, 1998, p. 23.

c') Cláusulas sobre transmisión de activos y empleados²²⁷⁸

1645. Si bien es posible la transmisión aislada a favor del proveedor de activos del cliente²²⁷⁹ (como también imponerle contractualmente inversiones en nuevos activos) o/y la transferencia aislada de empleados que asumían las funciones del *outsourcer* antes de la externalización²²⁸⁰, habitualmente se encauzarán tales fenómenos a través de la sucesión empresarial, pactándose la externalización de la unidad productiva autónoma constituida por un departamento de la empresa, aunque se pacten algunas garantías a favor de los trabajadores como una nueva oferta de trabajo de la empresa descentralizada en caso de resolución anticipada del contrato de *outsourcing* o ciertas limitaciones a la movilidad (*cf.* p.ej., para el supuesto de un departamento de informática la STSJ Comunidad Foral de Navarra 31.12.2002²²⁸¹).

1646. Aunque en el ámbito de las descentralizaciones productivas estratégicas la regla general, proporcionada por la teoría general de las obligaciones, es la necesaria concurrencia del consentimiento del trabajador para que se produzca la cesión del contrato de trabajo (art. 1.205 CC)²²⁸², funcionando esta norma general como garantía esencial de los trabajadores para mantener su vinculación con una empresa sólida y solvente, constituye excepción a dicha regla la sucesión legal de empresa contemplada en el art. 44 ET, justificada por el hecho de que, en el caso contemplado en dicho precepto, la subrogación de los contratos sigue a la transmisión de la empresa o de la unidad productiva correspondiente (*cf.* STSJ Las Palmas 18.4.2006²²⁸³ y STSJ Extremadura 18.5.2006²²⁸⁴). Es decir, uno de los efectos de la sucesión de empresa dispuesto por el art. 44.1 ET es el efecto subrogatorio en la posición de empresario de la relación laboral: "El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior..."

1647. Téngase en cuenta que, tal como señala la STSJ País Vasco 13.2.2007²²⁸⁵ "entre los cambios introducidos en el art. 44 ET por la Ley 12/2001 se incluye la noción misma

²²⁷⁸ Suele distinguir la doctrina diversos tipos de *outsourcing* en función del régimen de transmisión de activos: *outsourcing* transmissivo, en que el cliente transfiere al proveedor todos los activos y la mayoría de empleados relacionados con la prestación del servicio; *outsourcing* cooperativo, en el supuesto de que se transmitan los activos y empleados a una sociedad participada conjuntamente por proveedor y cliente, quienes comparten el control sobre dicha sociedad; *outsourcing* simple, en el que no hay transmisión de activos, limitándose el cliente a cesar en sus actividades; y *outsourcing* de grupo, cuando se constituye una filial dentro de un grupo de sociedades para prestar a las mismas un servicio que hasta entonces prestaban los correspondientes departamentos internos de cada una de ellas.

²²⁷⁹ Evidentemente, cuando los activos del cliente son meros derechos de uso sobre bienes inmateriales, la sublicencia a favor del proveedor requerirá el consentimiento del titular de los derechos de explotación (*cf.* arts. 99 LPI, 48 LM, 82 LP, 60 LDI).

²²⁸⁰ Muy frecuentemente, el proveedor se obliga a procurar la formación adecuada de los empleados que conserva el cliente y a prestarles la asistencia técnica en la materia que constituye el objeto del contrato (servicio de *help desk*, cuando se trata de *outsourcing* informático).

²²⁸¹ AS 387.

²²⁸² Aunque dicho consentimiento puede ser tácito, como en el caso de la STSJ Las Palmas 16.3.2006 (AS 1458).

²²⁸³ Tol 946483.

²²⁸⁴ AS 1860.

²²⁸⁵ Tol 1077996.

de sucesión de empresa, al establecerse en el apartado 2 del precepto que, a efectos de lo previsto en ese artículo, *se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria*. Descripción del fenómeno regulado que supone una evidente innovación respecto a la noción anterior, al alterar de manera esencial la descripción del objeto de la transmisión, que ya no se define como una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma (pese a lo que parece de inicio de apartado 1) sino en los concretos términos de apartado 2, dadas las taxativas palabras con que este se inicia²²⁸⁶.

d') Cláusulas sobre creaciones inmateriales

1648. Resulta conveniente establecer con claridad en el contrato a quién corresponden los derechos de explotación respecto de las creaciones intelectuales del proveedor desarrolladas por encargo del cliente, asunto que ha sido abordado especialmente en el *outsourcing* informático con relación a los programas de ordenador, aunque con solución extensible a cualquier otra obra del ingenio. A diferencia de las creaciones de trabajadores asalariados respecto de las cuales "la titularidad de los derechos de explotación", en defecto de previsión contractual en contrario, corresponde al empresario (art. 97.4 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual [LPI]²²⁸⁷)²²⁸⁸; suele entenderse (ante el silencio de la Ley) que la titularidad de los derechos de explotación de programas de ordenador creados por prestadores de servicios independientes corresponde a los mismos si no se establece expresamente lo contrario (art. 97.1 LPI)²²⁸⁹, adquiriendo el cliente sólo la propiedad del soporte físico²²⁹⁰ (*cf.* arts. 56.1 y 99 LPI)²²⁹¹; a salvo el supuesto en que la colaboración entre cliente y proveedor permita hablar de una cotitularidad (art. 97.3 LPI). No obstante, el cliente adquiere siempre (como mínimo) el derecho de uso necesario para el normal desenvolvimiento del

²²⁸⁶ Apunta la sentencia reseñada que, mientras con anterioridad a la reforma se excluía del supuesto del art. 44 ET los casos de cambio de contratista de un servicio si no llevaba aparejada la transmisión de los elementos patrimoniales precisos para ejecutarlo (aunque el deber de subrogación pudiera venir impuesto por convenio colectivo exigencia del titular del servicio), tras la reforma mencionada, también se engloban en el supuesto de sucesión de empresa tipificado en el art. 44 ET —siguiendo los pasos de la jurisprudencia comunitaria— los casos de cambio de contratista de un servicio en cuya ejecución el elemento trascendental lo constituyen los trabajadores que lo desempeñan, siempre que el nuevo contratista esté obligado a asumirlos en su totalidad o en su parte esencial, sea por convenio o por imposición del titular del servicio, y aunque no lleve aparejada transmisión de los elementos patrimoniales precisos para su ejecución.

²²⁸⁷ En general, sobre propiedad intelectual y relación de trabajo, VALDÉS, *Propiedad...*, 2001.

²²⁸⁸ En realidad, el art. 97.4 LPI implica una regla similar a la general respecto del trabajador asalariado (art. 51 LPI), aunque más favorable para el empresario en sus matices.

²²⁸⁹ FERNÁNDEZ, *La protección...*, 1996, p. 137.

²²⁹⁰ Según la STS 12.12.1988 (RJ 9430), en defecto de pacto, la transmisión de la propiedad alcanza solamente a los objetos confeccionados (no a los programas de ordenador).

²²⁹¹ Suele rechazarse la aplicación analógica de la norma general del autor asalariado (art. 51 LPI) a las relaciones no laborales alegando la ausencia de subordinación y por tanto de identidad de razón (por todos, RODRÍGUEZ, *Comentarios...*, 2007, pp. 840-841). Sin embargo, algunos autores se inclinan por la aplicación analógica del art. 51 LPI al encargo de obra intelectual, así, RAMS, *Comentarios...*, 1994, p. 793 y GUTIÉRREZ-SOLAR, *RGLJ*, 2002, p. 8. También suele negarse la aplicación analógica del art. 97.4 LPI (*vid.* APARICIO/DELGADO, *Comentarios...*, 2007, p. 1323).

contrato (*cf.* arts. 99 *in fine* y 100 LPI)²²⁹² pues, en otro caso, carecería de sentido el encargo, si bien parece conveniente que, a través de estipulación contractual, se asegure el cliente la subsistencia del derecho tras la terminación del contrato. Las mismas consideraciones son aplicables respecto de los eventuales desarrollos o actualizaciones de creaciones intelectuales cuya titularidad corresponda al cliente (arts. 11, 21, 96.3.I LPI).

1649. Sin embargo, con relación a las innovaciones técnicas (incluidos los programas de ordenadores cuando sean patentables, *ex art.* 96.3.II LPI) los derechos corresponden, en defecto de previsión contractual al cliente. Así, conforme al art. 15.1 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes (LP): “*Las invenciones, realizadas por el trabajador durante la vigencia de su contrato o relación de trabajo o de servicios con la empresa, que sean fruto de una actividad de investigación explícita o implícitamente constitutiva del objeto de su contrato, pertenecen al empresario*”²²⁹³. Con mayor claridad, dispone el art. 3.2.b) de la Ley 11/1988, de 3 de mayo, de Protección Jurídica de las topografías de los productos semiconductores (LTPS): “*El derecho a la protección de las topografías de productos semiconductores, creadas en virtud de un contrato no laboral, corresponderá a la parte contractual que haya encargado la topografía, salvo que el contrato estipule lo contrario*”. En el mismo sentido establece el art. 15 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial [LDI]: “*Cuando el diseño haya sido desarrollado por un empleado en ejecución de sus funciones o siguiendo las instrucciones de empresario o empleador, o por encargo en el marco de una relación de servicios, el derecho a registrar el diseño corresponderá al empresario o a la parte contractual que haya encargado la realización del diseño, salvo que el contrato disponga otra cosa*”. Téngase en cuenta que no existe diversidad en el ámbito de la contratación administrativa, pues, salvo previsión en contrario, el contrato conlleva la cesión de los derechos de propiedad intelectual o industrial. Así, conforme al art. 308.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP): “*Salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de este a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público*”.

²²⁹² DELGADO, CCJC, 1998, p. 1068; APARICIO, *La nueva...*, 2002, p. 117; EVANGELIO, *El encargo...*, 2006, p. 206.

²²⁹³ Frente a la consideración de las invenciones laborales como las derivadas de un contrato de trabajo (PÉREZ, *Las invenciones...*, 1994, p. 135), se impone la idea de que la regulación permite incluir la regulación de servicios con la empresa no sometida a régimen laboral, de carácter civil o mercantil (BLANCO, *Protección...*, 1999, p. 92). Téngase en cuenta que, junto a las invenciones de “servicio” (art. 15 LP), se encuentran las invenciones mixtas en las que influyen los conocimientos adquiridos en la empresa o los medios proporcionados por ésta, que atribuyen simplemente al empresario un derecho de opción para asumir la titularidad o utilización de la invención mediante compensación justa (art. 17 LP) y las invenciones libres que pertenecen al trabajador (art. 16 LP).

e') Cláusulas sobre información, asesoramiento y confidencialidad

1650. Aunque las obligaciones de información y secreto son exigibles a cualquier prestador de servicios, con fundamento en la buena fe en cuanto criterio de integración del contrato (art. 1.258 CC), es habitual la inclusión de cláusulas que delimitan el alcance de las mismas²²⁹⁴. Suele establecerse, además de la obligación del proveedor de suministrar al cliente la información precisa para el correcto desarrollo del contrato, una obligación de asesoramiento o consejo que permita adaptar la prestación del servicio a las necesidades reales del usuario. También se incluye de modo habitual una cláusula de confidencialidad o reserva (que el proveedor reproduce en los contratos celebrados con subcontratistas) dirigida a proteger la información reservada adquirida sobre la contraparte con motivo de la relación contractual. En cualquier caso, las informaciones técnicas constituyen secretos empresariales si reúnen los requisitos del art. 1 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (LSE) y su violación constituye un acto de competencia desleal conforme al art. 13 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) y procederá el recurso a las acciones de defensa de secretos empresariales (arts. 8-11 LSE). Por otro lado, la protección de datos personales (de trabajadores y clientes) a los que accede ordinariamente el *outsourcer* de servicios informáticos se somete necesariamente a su normativa específica (de especial interés, arts. 28-34 y 38-40 RPDP; y arts. 5, 12.3, 28-31, 33, 34 y 38 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales [LOPDGDD]).

1651. En materia de datos personales debe tenerse en cuenta que, si bien la regla general es la exigencia del consentimiento del afectado para la comunicación de los datos a un tercero (art. 11.1 LOPDCP), no se considera como tal comunicación (y por tanto no es preciso el consentimiento) el acceso a los datos necesario para la prestación de servicios al responsable del tratamiento, aunque se imponen las cautelas necesarias. En particular, conforme al art. 31.1 LOPDGDD: “*El acceso por parte de un encargado de tratamiento a los datos personales que resulten necesarios para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento. 2. La realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en u, en la presente ley orgánica y en sus normas de desarrollo*”.

f') Cláusulas sobre modificación del servicio inicialmente acordado

1652. Los contratos de servicios de larga duración suelen plantear el asunto de las eventuales modificaciones o revisiones del acuerdo inicial, aconsejadas, bien por razones de estrategia o política empresarial del cliente, bien por razones externas al mismo (p.ej., innovaciones tecnológicas, cambios normativos, etc.). El problema principal que plantean tales modificaciones, y las consiguientes repercusiones sobre el precio inicialmente convenido, es el de su conciliación con el principio de obligatoriedad del contrato que impide, en principio, la modificación unilateral del mismo (art. 1.256 CC). Para salvar el inconveniente apuntado aconseja la doctrina incorporar al contrato un procedimiento de variaciones en el servicio y su coste, por iniciativa

²²⁹⁴ Sobre la importancia en los contratos informáticos de los deberes de información en la fase contractual, CORRIPIO, *Los contratos...*, 1999.

de cualquiera de las partes: imponiendo a las partes la obligación de aceptar ciertas variaciones razonables como, por ejemplo, el recargo o rebaja en los precios como consecuencia de medidas legales o aplicación de innovaciones tecnológicas de eficacia ya probada; o acuerdos de remisión a terceros independientes en caso de falta de acuerdo²²⁹⁵.

1653. Al margen de los posibles acuerdos de revisión, parece razonable entender que en las modificaciones no solicitadas por el cliente el proveedor se somete (y el cliente se beneficia) del principio de invariabilidad del precio en la medida en que las tarifas sean cerradas (arts. 1.471 y 1.593 CC), como manifestación del principio de vinculación contractual; mientras que el proveedor queda expuesto a los cambios solicitados por el cliente bajo ciertas condiciones. El problema puede situarse en un contexto más amplio, el de los límites del *ius variandi* que debe reconocerse al cliente en todo contrato de servicios para adaptar su interés a las circunstancias concurrentes, justificado por las mismas razones que el desistimiento en el contrato de obra (art. 1.594 CC). El derecho del cliente a introducir ciertos cambios tolerables se sujeta al límite de la inmutabilidad del encargo, de modo que no puede imponer los que impliquen un contrato esencialmente diverso. También se somete al límite de la indemnidad económica del proveedor porque el fundamento de su atribución no permite explicar el sacrificio de las expectativas económicas derivadas del contrato: si la variación se traduce en aumento de materiales o trabajo el proveedor debe recibir proporcionalmente la misma remuneración establecida en el contrato; si se traduce en reducción de materiales o trabajo las consecuencias deben ser (proporcionalmente) las mismas que las previstas en el ordenamiento para la desvinculación discrecional (art. 1.594 CC)²²⁹⁶.

g') Cláusulas sobre duración y terminación del contrato

1654. Los contratos de externalización tienen la duración convenida por las partes y en caso de duración indefinida rige el principio general de la contratación que, fundado en la protección de la libertad contractual (art. 1.583 CC), permite a cualquiera de las partes desistir del contrato mediante plazo de preaviso razonable (art. 1.705 CC). Cuando el contrato es (y suele serlo) de duración determinada la extinción se produce por la expiración del término contractual. En defecto de previsión contractual sobre el eventual desistimiento de las partes en contratos de duración determinada (con o sin penalidad: multa de arrepentimiento *ex* art. 1.153 CC), suscita ciertas dudas la posibilidad (y sus consecuencias) de que las partes pongan término al contrato antes del término. El problema se plantea porque no existe uniformidad de criterios legales (ni doctrinales) para los distintos contratos de servicios regulados que permiten instrumentar la externalización empresarial.
1655. Con relación al contrato de obra el ordenamiento atribuye al comitente la posibilidad de desvinculación unilateral, aunque salvaguardando la indemnidad del contratista (art. 1.594 CC). Con relación al arrendamiento de servicios, doctrina y jurisprudencia suelen fundar la posibilidad de desvinculación unilateral (de cualquiera

²²⁹⁵ DE CARLOS, CDC, 1998, p. 24.

²²⁹⁶ Vid. VAQUERO, *El arrendamiento...*, 2004, pp. 523-528.

de las partes) en el *intuitu personae*, pero resulta discutible que tal *intuitu*, en cuanto contemplación causal de la persona del deudor (arts. 1.161, 1.266 y 1.595 CC), esté presente siempre en el contrato y, de estarlo, el desistimiento fundado en la desaparición de la persona del deudor o de sus cualidades sería reconducible a la resolución por frustración del fin del contrato (*cfr.* arts. 1.161, 1.184, 1.124 y 1.595 CC); además, en su caso, permitiría justificar el desistimiento del acreedor del servicio, pero no el del deudor pues las condiciones personales del acreedor, como regla, son irrelevantes. Con relación al contrato de mandato, la posibilidad de desistimiento (sin indemnización) de cualquiera de las partes se regula en el Código civil pensando en el mandato gratuito. Ni tiene sentido atribuir al mandatario profesional la posibilidad de desvinculación arbitraria, ni resulta entendible que el mandante pueda, de forma caprichosa, frustrar las expectativas económicas del mandatario profesional. Así, resulta destacable, por ejemplo, la doctrina (correctora) de la STS 3.3.1998²²⁹⁷ que, referida a un contrato de mandato, impone al mandante la indemnización de los daños y perjuicios causados por la revocación extemporánea (antes de la expiración del plazo).

1656. El problema debería ser enfocado mediante la aplicación de una única solución, pues el conflicto de intereses es idéntico cualquiera que sea la naturaleza jurídica del contrato celebrado. Probablemente la solución más equilibrada (siempre que no concurra un auténtico *intuitu personae*) sea la proporcionada por el art. 1.594 CC para el contrato de obra que permite desistir al comitente en todo caso dejando indemne al contratista y cuya aplicación analógica a otros contratos de servicios parece en principio justificada (art. 4.1 CC). En este sentido destaca el pronunciamiento de la SAP Madrid 7.6.2004²²⁹⁸ con relación al *outsourcing* de servicios de *marketing* para un supuesto en que el cliente pone término al contrato antes del cumplimiento del término: "No hay duda que el contrato celebrado (...) debe encuadrarse entre los contratos de arrendamiento de servicios (...) atendido que la parte actora no ha prestado los servicios (...) no cabe reclamar el precio de los servicios que se prestarían en adelante, que supondría el pago contractual hasta la finalización (...) nada obsta, sin embargo, a reconocer la pertinencia del derecho a ser resarcido que se solicita en la demanda, aplicando por analogía la reglamentación de los contratos de arrendamiento de servicios o de obra en el importe del beneficio industrial que la empresa habría podido obtener en el plazo no respetado".
1657. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el art. 1.594 CC ("*utilidad*") puede conducir a enriquecimientos injustificados en los casos en que el prestador del servicio emplea en forma alternativa sus recursos. Resulta de interés el criterio corrector, con fundamento normativo en el art. 1.103 CC, aplicado para un contrato de limpieza y mantenimiento de edificio por la SAP Alicante 7.6.2001²²⁹⁹: "El art. 1.106 del Código civil cuando se refiere al lucro cesante lo define como la ganancia dejada de obtener y el artículo 1.594 del Código civil cuando se refiere al desistimiento unilateral del propietario de la obra le obliga a indemnizar al contratista por la utilidad que pudiera obtener de ella. Quiere decirse con ello que resulta desproporcionado por exceso

²²⁹⁷ Tol 171458.

²²⁹⁸ Tol 497129.

²²⁹⁹ JUR 236864.

y muy próximo al enriquecimiento injusto indemnizar por el concepto de lucro cesante en una cantidad equivalente al precio dejado de obtener hasta la fecha que hubiese vencido el contrato ya que se estaría retribuyendo un trabajo de los operarios de la empresa de mantenimiento y una puesta a disposición de los medios materiales que no se han ejecutado realmente y que, por el contrario, puede ocurrir que se hayan destinado a otros usuarios que hayan solicitado los servicios de la empresa actora durante ese mismo periodo. No es suficiente con deducir el precio de los productos de limpieza a utilizar durante ese periodo sino también otros gastos como los salarios de los trabajadores y la amortización de los medios materiales empleados durante la prestación del servicio”.

1658. El contrato se extingue en caso de resolución por incumplimiento de cierta entidad (por exigencias de la buena fe debe ser grave o reiterado) mientras que los incumplimientos de escasa entidad sólo generan la correspondiente responsabilidad (art. 1.101 CC), en su caso, en la medida prevista por las partes (penalizaciones por incumplimiento del acuerdo de niveles de servicio). Pero la resolución también procede cuando concurre justo motivo (arts. 1.737 y 1.707 CC) entendiéndose por tal cualquier alteración del sustrato personal que impida puede exigirse a las partes razonablemente la continuación del contrato. Es frecuente que las alteraciones relevantes se incorporen expresamente al contrato como causas de resolución o extinción automática (absorción, fusión, escisión etc.). Sin embargo, la mera declaración de concurso no puede constituirse como causa de resolución o extinción automática salvo en los casos expresamente previstos en el ordenamiento (arts. 156 y 159 TRLC).

1659. Sea cual sea la causa de extinción del contrato es frecuente que, producida la misma, se inicie un periodo de transición previsto en el contrato en que el proveedor se obliga (a cambio de adecuada compensación) a facilitar al cliente la recuperación del servicio o su traslado a un proveedor diverso. También es frecuente que, para ese mismo periodo, se arbitre la posibilidad del cliente de readquirir la propiedad o uso de los activos necesarios para la prestación del servicio e, incluso, de recuperar todos o parte de los antiguos trabajadores.

e) Externalización empresarial y relaciones laborales

1660. Aunque la externalización empresarial es una opción del empresario que cuenta con apoyo constitucional (art. 38 CE) el legislador arbitra instrumentos específicos para proteger los derechos de los trabajadores dependientes afectados por aquélla. En particular, se persigue evitar el fraude de ley dirigido a privar a aquéllos de la tutela dispensada por el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, y se consigue, fundamentalmente, mediante el establecimiento de regímenes particulares de responsabilidad empresarial. Evidentemente, con carácter previo, debe descartarse que la denominada “contrata” o “subcontrata” encubra una cesión ilegal de trabajadores, caso en que entrarán en juego las consecuencias propias de ésta (art. 43 ET²³⁰⁰).

1661. El art. 42 ET constituye el eje central de la regulación protectora del trabajador dependiente en la subcontratación²³⁰¹, aunque se aplica únicamente a las contrata

En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario. 3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores 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. 4. 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”. La protección de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal aparece garantizada por la Ley 14/1994, de 1 de junio.

²³⁰¹ Art. 42 ET: “1. Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellas deberán comprobar que dichas contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerada de responsabilidad la empresa solicitante. 2. La empresa principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado 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. De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por las contratistas y subcontratistas con las personas trabajadoras a su servicio responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo. No habrá responsabilidad por los actos de la contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar una persona respecto de su vivienda, así como cuando el propietario o propietaria de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial. 3. Las personas trabajadoras de la contratista o subcontratista deberán ser informadas por escrito por su empresa 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 de la empresa principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal. Asimismo, la contratista o subcontratista deberán informar de la identidad de la empresa principal a la Tesorería General de la Seguridad Social en los términos que reglamentariamente se determinen. 4. Sin perjuicio de la información sobre previsiones en materia de subcontratación a la que se refiere el artículo 64, cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a la representación legal de las personas trabajadoras 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 personas trabajadoras que serán ocupadas 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 la representación legal de las personas trabajadoras. 5. La empresa contratista o subcontratista deberá informar igualmente a la representación legal de las personas trabajadoras, antes del inicio de la ejecución de la contrata, sobre los mismos extremos a que se refieren el apartado 3 y las letras b) a e) del apartado 4.6. El convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III. No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84.7. Las personas trabajadoras de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a la representación legal de personas trabajadoras de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación. Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones de la persona trabajadora respecto de la empresa de la que depende. 8. La representación legal de las personas trabajadoras 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 en los términos previstos en el artículo 81. La capacidad de representación y ámbito de actuación de la representación de las personas trabajadoras, así como su crédito horario, vendrán determinados por la legislación vigente y, en su caso, por los convenios colectivos de aplicación”.

²³⁰⁰ Conforme al art. 43 ET: “1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan. 2.

(encargos de la empresa principal a las auxiliares) y subcontratas (encargos de las primeras empresas auxiliares a otras para que asuman parte del suyo) de obras o servicios referidas a "la propia actividad"²³⁰² de la empresa principal que descentraliza su ciclo productivo. Para tal supuesto se establece un sistema de responsabilidad solidaria del empresario principal que se extiende al año siguiente a la terminación de su encargo (incluida en su caso la Administración Pública²³⁰³) por las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por contratistas y subcontratistas con sus trabajadores dependientes durante el periodo de vigencia de la contrata. De igual manera, el empresario principal durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responde solidariamente de las obligaciones referidas a la seguridad social contraídas por los empresarios auxiliares con sus trabajadores durante el periodo de vigencia de las contratas o subcontratas, aunque puede quedar exonerado de responsabilidad si solicita certificación negativa de descubierto de la Tesorería General de la Seguridad Social y la obtiene o no se libra aquélla en el plazo de treinta días. Finalmente, el empresario principal que contrate o subcontrate obras o servicios correspondientes a la propia actividad responde solidariamente con los contratistas y subcontratistas, durante el periodo de la contrata, de las obligaciones impuestas por la normativa sobre prevención de riesgos laborales siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal (*cf.* arts. 24 LPRL y 42.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social).

1662. Tratándose de contratas y subcontratas que no se corresponden con la propia actividad de la empresa principal el panorama es sensiblemente distinto. Rige el régimen general de responsabilidad subsidiaria en orden a las prestaciones de la Seguridad social (arts. 142.1 1 y 168 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social). Respecto de otras posibles responsabilidades, ante el silencio de la normativa laboral, suele proponerse cubrir la laguna mediante la aplicación de la acción directa prevista en la regulación del contrato de obra (art. 1.597 CC)²³⁰⁴.
1663. Téngase en cuenta que en el sector de la construcción rige, además, su normativa específica (LRSSC y RLRSSC). En la misma, se imponen importantes requisitos a las empresas para que puedan actuar como contratistas y subcontratistas, así como importantes obligaciones; se limitan a número de tres, como regla, los escalones de subcontratación y se impone la responsabilidad solidaria del contratista y subcontratista respecto de las obligaciones laborales y de seguridad social derivadas de la ejecución del contrato cuando se incumplen las obligaciones de acreditación y registro reguladas.

²³⁰² Sobre el concepto de "propia actividad", DEL REY, *Descentralización...*, 2001, pp. 34-43; DE VAL, *Descentralización...*, 2003, pp. 94-99; LOPERA, *Descentralización...*, 2003, pp. 130-132; MOLERO, *La descentralización...*, 2003, pp. 76-99.

²³⁰³ Sobre la inclusión de contratos celebrados con las Administraciones Públicas en el ámbito del art. 42 LET, DEL REY, *Descentralización...*, 2003, pp. 36-37; MOLERO, *La descentralización...*, 2003, pp. 62-76; DE VAL, *Descentralización...*, 2003, pp. 90-92; SANTOR, *Descentralización...*, 2003, pp. 192-201.

²³⁰⁴ Por todos, DE VAL, *Descentralización...*, 2003, p. 118.