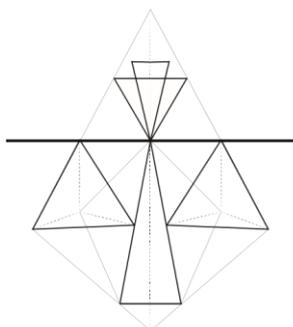


TESIS DOCTORAL

**LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA
LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL EN LOS SUPUESTOS
DE SUBCONTRATACIÓN.
ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO DE IGUALDAD
Y NO DISCRIMINACIÓN.**

Priscila Martín Vales

Director: Dr. D. Enrique Cabero Morán



2017



Universidad de Salamanca

Facultad de Derecho

Departamento del Derecho del Trabajo y Trabajo Social

Actualmente, y cada vez más, vemos en un mundo globalizado, en el cual prima la especialización. En contraposición con la época anterior en la que lo que primaba la centralización de todo el proceso productivo en una empresa.

A lo largo de los años, se observó que se podía sacar una mayor productividad a las empresas si parte de su producción se externalizaba, de manera que dichas empresas fueran más competitivas, por lo que mejoraba la calidad de los productos o servicios que ofertaban. Así fue como, *a grosso modo*, se fue creando la figura de la subcontratación, entre otras figuras como la franquicia.

Mediante la subcontratación el empresario pretende la flexibilización y el abaratamiento de los costes, permitiendo esta figura a las empresas adecuar la plantilla a cada empresa y prestando sus servicios a dicha empresa trabajadores especializados en el área de la producción que ha sido externalizada.

Esto, a su vez, provoca una serie de reticencias en base a posible lesión de los derechos de los trabajadores objeto de las mismas.

Los factores determinantes de la extensión de este fenómeno son diversos. Por un lado, el imperativo de ganar en productividad, capacidad de adaptación y dinamismo en un mercado cada vez más competitivo e internacionalizado, ha sido circunstancia decisiva para el impulso de estrategias de reducción de las dimensiones empresariales a través de la externalización de la producción¹.

El negocio jurídico dimanante de la contrata, puede ser de dos formas, un contrato de arrendamiento de servicios y un contrato de arrendamiento de obras.

Por otro lado, hay otra clasificación, en función de la actividad que desarrolla en la contrata o subcontrata para la empresa principal, y la cual es el objeto del negocio jurídico de la subcontratación. Estas son, las que refieren a la “propia actividad”, la cual es objeto del presente escrito, y la que no goza de este carácter. Ésta última no tiene garantías

¹ LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas*, Ed.: La Ley, Madrid, 1999, pp. 1-17.

reforzadas de las gozan los trabajadores objeto de las mismas, sino que tienen unas garantías comunes, derivadas del CC y de la responsabilidad subsidiaria enmarcada dentro de la LGSS.

El instrumento jurídico que regula el fenómeno de la producción descentralizada², es el denominado por el Código Civil “contrato de ejecución de obra o servicios”³.

En principio podría entenderse que, ya que se enmarca dentro de dichos preceptos, solo existiría el principio de voluntad entre las partes. No obstante, los trabajadores que realizan su prestación de servicios dentro del centro de la trabajo de la empresa principal, o utilizando la maquinaria y equipos de la misma, al “diluirse” los deberes entre el empresario que los contrata directamente y el empresario principal, dichos trabajadores se encontrarían en una posición de desventaja claramente. Por ello, el legislador ha intentado paliar esta situación con los arts. 42 a 44 ET, y con los arts. 104 y 127 LGSS, así como en el art. 24 LPRL.

La legislación civil recoge, para todo tipo de contratos civiles, la concesión de la acción directa frente al dueño de la obra ajustada a tanto alzado por el contratista a favor de quienes ponen trabajo y materiales en la misma.

Por lo tanto, este artículo se aplicará a los supuestos de la exención del cabeza de familia respecto de su vivienda o el empresario que “*no contrate su realización por razón de una actividad empresarial*”. Ya que estos supuestos no se encuadrarían ni en la legislación laboral, ni en la legislación mercantil.

Eso sí, solo para lo referente a responsabilidades en materia salarial, ya que en materia de SS se encuentran los arts. 104.1 y 127.1, los cuales establecen la responsabilidad subsidiaria del empresario principal respecto de los descubiertos en la

² GARCÍA PIQUERAS, M., *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratatas y subcontratatas de obras y servicios*, Ed.: Tirant lo Blanch, colección laboral, Valencia, 1998, p. 20.

³ El contrato de ejecución de obra o servicio se encuentra regulado en los arts. 1.588 y ss. CC.

cotización y en el abono de las prestaciones cuando el empresario auxiliar ha sido declarado insolvente.

La subcontratación supone la participación de determinadas empresas auxiliares en el ciclo productivo de una empresa para que se encarguen de la ejecución de alguna de sus fases⁴.

En consecuencia, podemos afirmar que uno de los objetivos principales de la descentralización es la especialización. Por ello, las empresas contratistas o subcontratistas tendrán como actividad empresarial una diferente a la que posea la empresa principal.

En el plano del mercado, esta especialización y externalización de fases del proceso productivo es muy positiva de cara a la productividad. Sin embargo, acarrea la consecuencia contraria en lo relativo a los derechos de los trabajadores que son objeto de este negocio jurídico, ya que al haber un empresario que contrata y otro donde se presta sus servicios las responsabilidades se diluyen.

De ahí que el legislador intente paliar dicha mayor desigualdad entre ambos empresarios y los trabajadores mediante la creación del art. 42 ET, fundamentalmente, y, por ende, de la responsabilidad solidaria del empresario principal.

Esta figura, puede dar lugar a numerosos fraudes, existiendo, por ello, la figura de los arts. 43 y 44, los cuales están íntimamente ligados con el art. 42 ET. Dichos arts. 43 y 44 –cesión ilegal de trabajadores y sucesión de empresas, respectivamente-, en relación con el art. 42 del citado cuerpo legal.

Un ejemplo de este posible fraude es que las empresas contraten bajo su condición de “cabeza de familia” o “particular”, por lo que, tales supuestos se enmarcarían dentro de unas de las exenciones de responsabilidad del art. 42 ET, cuando lo que realmente está

⁴ MONTOYA MEDINA, D., *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Ed.: Tirant Monografías 335, Valencia, 2004, pág. 179.

haciendo es contratar para su actividad productiva. Y, por ello, pasaría de soportar una responsabilidad solidaria a una responsabilidad subsidiaria.

En consecuencia, este tema de la subcontratación y, del cómo y cuándo responde el empresario principal, el contratista y el subcontratista, al incumplimiento de las obligaciones exigidas en la normativa en materia salarial, de SS y de Seguridad e Higiene laboral, cobra una mayor importancia en nuestros días.

La situación de crisis actual en la que nos encontramos y que comenzó en 2008, ha llevado aparejado una pérdida de los derechos de los trabajadores con las reformas laborales acaecidas hasta ese momento.

Uno de los sectores más castigados ha sido el empleo femenino y las consiguientes medidas de igualdad impuestas por la LOIEMH, que han sido claramente insuficiente o, en algunos casos, inaplicadas.

Siendo, en consecuencia, uno de los puntos más reseñables a la hora de hacer real y efectiva la igualdad laboral, es la retribución por razón de género. En dicho supuesto la igualdad en si misma adquiere una triple dimensión. Por un lado, el art. 9.2 CE nos señala a la igualdad como un valor superior del ordenamiento jurídico, mientras que el art. 14 de dicha norma nos eleva a la igualdad a la categoría de Derecho Fundamental, y, como tercera dimensión el legislador, en el art. 35 de nuestra norma suprema, dotó a la igualdad como una cualidad de derecho de todos los ciudadanos⁵.

Los Derechos Fundamentales a su vez, pueden dividirse en específicos e inespecíficos, enmarcándose el art. 14 CE en el primero de ellos. Mientras que los Derechos Fundamentales inespecíficos de los trabajadores son aquellos que reconoce la

⁵ Afirmación que comparte SERRANO GARCÍA, M. J., en AA.VV., *Igualdad de Género y Relaciones Laborales*, Ed.: Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, p. 140.

Constitución a cualquier ciudadano⁶, por lo que, estos pasan a ser contenido obligacional de los contratos de trabajo y, por ende, de la relación jurídica dimanante entre los mismos.

En consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, podemos decir que la subcontratación es un fenómeno en auge en la actualidad, que ha de estar bien delimitado para evadir los supuestos de fraude derivados de dicha figura jurídica.

Uno de los dogmas fundamentales de la contratación laboral es que toda relación laboral ha de ser de carácter fijo y a jornada completa. Estando los otros tipos de contratos sujetos a unas determinadas condiciones tasadas para su invocación, la cual ha de ser de manera excepcional. Sin embargo, debido en gran medida a las recientes reformas en el plano laboral, esta regla imperante por el legislador, se ha visto desvirtuada, llegando hasta invertirse. De manera que lo que se produce con normalidad es la eventualidad de los contratos, dejando como excepcionalidad su carácter indefinido.

De tal forma que la empresa principal debería adoptar la posición idónea de requerir a la empresa contratista o subcontratista la acreditación de manera periódica, su estado al corriente de pagos con la SS mientras dure la contrata. Para conseguir este extremo, dicha empresa principal puede requerir las nóminas a las contratas, así como comprobar las transferencias realizadas a los empleados contratados directamente por la empresa contratista.

El requisito de solicitud de certificación negativa de descubiertos a la TGSS, solo es de obligado cumplimiento para las empresas que contraten directamente con la Administración y no por los sucesivos eslabones de la cadena de subcontratación. Y, por ende, la Administración sería responsable, en base a los incumplimientos de los subcontratistas, sin perjuicio de las acciones de regreso que pudiera ejercitar contra los mismos.

Por lo que, una posible solución al problema sería requerir tanto a los contratistas como a los subcontratistas, que acreditaran no estar en posesión de descubierto, así como

⁶ GUTIEERREZ-SOLAR CALVO, B., en AA.VV., *Igualdad de Género y Relaciones Laborales*, Ed.: Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, p. 447.

su respectiva solvencia económica, a la Administración o a través de cláusulas en los contratos realizados entre los contratistas y los subcontratistas.

Por lo que, dependiendo del cariz del negocio jurídico en cuestión, estaremos ante una responsabilidad solidaria o, ante una responsabilidad subsidiaria. Por ello, cuando nos encontremos en una subcontratación siendo el objeto de la misma la propia actividad de la empresa principal, este tendrá ambos tipos de responsabilidades, tanto solidaria como subsidiaria.

Mientras que si no nos encontramos en el supuesto anterior, es decir, que el objeto del negocio jurídico no corresponda a la propia actividad del empresario principal, solo responderá dicho empresario principal de manera subsidiaria.

La subcontratación fraudulenta tiene como fin último la evasión de responsabilidades por parte de quien utiliza la prestación de servicios de los trabajadores pero sin aparecer como empleador, para que la empresa principal no llegue a superar un número determinado de trabajadores –lo cual aumentaría sus responsabilidades y el número y fuerza de representantes de los trabajadores y sindicatos-, o para la aplicación de diferentes normas a los trabajadores de la contratista que benefician al empresario principal.

En esencia, habrá cesión ilegal de trabajadores cuando se produzca un mero suministro de mano de obra.

La inversión de la regla general de contratación –contratación indefinida-, por la regla excepcional –contratación temporal-, no se realiza solamente en el plano de las relaciones jurídicas privadas, sino que alcanza a las relaciones jurídicas públicas, siendo, por ende, las AA.PP., las que realizan mayores contrataciones temporales. Estos supuestos se dan, incluso cuando los mismos van en contra de lo establecido en la normativa administrativa, como en la normativa laboral.

A mi modo de ver esto es muy grave, ya que realizan este tipo de contratación prevaleciendo de su situación de superioridad ante el trabajador, con el fin último y primordial, de evadir de forma evidente las responsabilidades empresariales que conlleva la contratación de personal funcional.

En determinados supuestos la Administración puede actuar como empresario subcontratando parte de sus servicios, o mediante la concesión de obra pública.

En aquellos supuestos en los que se modifique la empresa concesionaria, en general, no implica, necesariamente, el inicio de un nuevo procedimiento de adjudicación. Y a que el legislador tiene como objetivo la continuidad y preservación del negocio jurídico existente.

La LOIEMH más que una ley-código, es una ley-marco, ya que dicho cuerpo legal se limita a definir las grandes orientaciones o directrices en materia de igualdad entre hombres y mujeres. Sin embargo, una de las lagunas más incipientes que posee dicha norma, es la relativa al no establecimiento de medidas concretas para paliar la discriminación salarial producida sobre futuras prestaciones, como por ejemplo, jubilación, maternidad, incapacidad temporal o permanente.

En las ocasiones en las que si se discuta si ha habido una discriminación por género, el TC ha establecido, cuestión que comparto en su totalidad, que los jueces y magistrados, han de observar si se ha violado la igualdad o no, e interpretar la norma de manera más favorable al Derecho de Igualdad y no Discriminación.