

Dictamen 2/99 (Ref. A.G. Entes públicos) La gestión indirecta de un servicio exige que el contratista lo preste a través de una empresa propia organizada por éste. Diferencias entre la contrata de servicios y la interposición de empresario con cesión ilegal de trabajadores.

La gestión indirecta de un servicio mediante contrato implica que el contratista adjudicatario asuma la prestación del mismo por medio de una empresa propia, es decir, mediante una infraestructura organizativa propia e independiente. Dentro de ésta, corresponderá al empresario adjudicatario o contratista la organización, el control y la dirección de la actividad, lo que significa que los trabajadores han de estar bajo su única dependencia jerárquica y sometidos a sus instrucciones, sin perjuicio de que el contratante, como titular del servicio, pueda impartir órdenes e instrucciones técnicas respecto del mismo. El incumplimiento de estas exigencias básicas convertiría al adjudicatario en mero aportador del personal, lo cual podría constituir una cesión ilegal de trabajadores por contravenir lo dispuesto en el artículo 43.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo ET), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. De darse tal circunstancia, sería aplicable lo dispuesto en el artículo 43.2 del ET, conforme al cual tanto el empresario cedente como el cesionario (que lo sería la Entidad pública contratante o, incluso, la que de forma efectiva tuviera la dirección jerárquica propia del empleador) «responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan, incluso penales, que procedan por dichos actos». Sobre esas otras responsabilidades se considera infracción muy grave «la cesión de los trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente» (artículo 96.2 del ET), que sería imputable al empresario cedente. Pues bien, teniendo en cuenta lo que se acaba de exponer, puede comprobarse que algunas de las previsiones del pliego de bases y del de cláusulas particulares, transcritas más arriba, resultan incompatibles con el modelo de gestión indirecta y otras pueden servir de base para la asunción de las responsabilidades laborales a que se ha hecho referencia, respecto del personal de la empresa adjudicataria o contratista del servicio.

En relación con esta posible asunción de responsabilidades laborales, incluyendo, en su caso, el deber de asunción de la relación laboral misma, no está de más recoger la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al respecto.

En efecto, la jurisprudencia se ha enfrentado, en múltiples ocasiones con la cuestión de precisar cuándo existe, en el tráfico contractual, una verdadera «contrata» (contrato de ejecución de obra o prestación de un servicio) y cuándo se trata de una «seudocontrata», en la que el «contratista» no ejecuta ninguna obra ni presta ningún servicio al otro contratante, sino que se limita a ceder a éste todo o parte de sus trabajadores. El criterio de distinción aplicado es la verificación de si el contratista cumple determinadas exigencias que le acreditan como un empresario propiamente dicho. Para merecer aquella condición debe disponer de una organización productiva, con existencia autónoma o independiente, esto es, contar con los diversos medios materiales y personales necesarios para el desarrollo de su actividad, además de ejercer como empresario en la realización de las obras o servicios contratados. En este sentido, el Tribunal Supremo niega la existencia de una verdadera empresa contratista tanto cuando se carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales, no se asumen los riesgos propios del negocio o se tiene decisivamente limitada la capacidad de selección y dirección de personal (Sentencias de 17 julio 1993 y de 18 marzo 1994) como cuando, aun ostentando una organización empresarial propia, no se pone ésta en juego, «limitándose, su actividad, al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo del

servicio íntegramente concebido y puesto en práctica por la contratante» (sentencia de 19 enero 1994).

También ha establecido el Tribunal Supremo como «criterios delimitadores» de la auténtica contrata de servicios, frente a los negocios que encubren interposición, los siguientes: «a) actividad empresarial propia del contratista; b) patrimonio, instrumentos y maquinaria adscritos a dicha actividad; c) inmediata recepción por el contratista del producto del trabajo de su personal laboral, y pago a cambio y a su cuenta de la correspondiente contraprestación retributiva; d) consistencia organizativa y directiva y e) asunción directa de los beneficios, responsabilidades y riesgos inherentes a la condición de empresario» (cfr. sentencias de 17 de enero de 1991, 20 de junio de 1994, 28 de enero de 1995 y 2 de febrero de 1996).

No obstante, y sin perjuicio de la doctrina jurisprudencial expuesta, otras sentencias, aun sosteniendo que los trabajadores deben estar sujetos a las órdenes e instrucciones laborales de su empresa, han declarado que esto es compatible con una subordinación a las órdenes de la empresa principal en el aspecto técnico (en este sentido se pronunció una sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 9 de julio de 1981). Más recientemente, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 16 de febrero de 1998, ha diferenciado entre la dependencia laboral y la dependencia funcional, admitiendo esta última, en el supuesto de una contrata de servicios, para las relaciones entre la empresa principal o contratante y los operarios de la empresa contratista, sin que esta circunstancia desnaturalizara la real existencia de la contrata.