

CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

PASO A PASO

Guía práctica sobre las contratas, subcontratas, la figura del outsourcing y el falso autónomo

Coordinador de la obra

MANUEL IGLESIAS CABERO

Magistrado jubilado de Sala 4ª (de lo Social) del Tribunal Supremo

1ª EDICIÓN 2019

Incluye formularios



CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

*Guía práctica sobre las contratas, subcontratas,
la figura del outsourcing y el falso autónomo*

1ª EDICIÓN 2019

Obra coordinada por:

Manuel Iglesias Cabero

Magistrado jubilado de Sala 4ª (de lo Social) del Tribunal Supremo

Con la colaboración de

José Juan Candamio Boutureira

Graduado Social

Coordinador del Departamento Laboral de Iberley Información Legal

COLEX 2019

Copyright © 2019

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados; no obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L., habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder al texto con las eventuales correcciones de erratas. Además, como complemento a su libro, dispondrá de un servicio de actualizaciones operativo durante la vigencia de la edición adquirida.

© Editorial Colex, S.L.

Polígono Pocomaco, parcela I, Edificio Diana, portal centro 2,
A Coruña, 15190, A Coruña (Galicia)

info@colex.es

www.colex.es

SUMARIO

PARTE I. CONTRATAS Y SUBCONTRATAS	9
BLOQUE I.- Concepto y régimen jurídico de contratas y subcontratas	9
1.1. Regulación de la figura del subcontrato: Especial relevancia en el sector de la construcción	10
1.2. Contrato de arrendamientos de obras y servicios. Inexistencia de elementos formales.	13
1.3. Criterios para determinar la existencia de una auténtica contrata	16
BLOQUE II.- Propia actividad	18
3.1. Definición de la propia actividad	18
3.2. Régimen jurídico de las contratas y subcontratas de obras o servicios cuando se trata "de la propia actividad" que la empresa principal	19
3.3. Responsabilidad en caso de subcontratas consideradas como propia actividad ..	20
BLOQUE III.- Situaciones de cesión ilegal	25
2.1. Diferencias entre contrata y cesión ilegal.	25
2.2. Licitud de los pactos entre empresarios.	28
2.3. Consecuencias de una cesión ilegal.	29
BLOQUE IV.- Deberes y obligaciones en contratas y subcontratas	35
4.1. Deberes y obligaciones del empresario principal.	35
4.2. Deberes y obligaciones del contratista o subcontratista	36
4.3. Trabajadores procedentes de ETTs	37
4.4. Ámbitos de la responsabilidad	37
4.4.1. Responsabilidad en materia salarial y de Seguridad Social	38
4.4.2. Incumplimiento de obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales	41
4.4.3. Supuestos de cesión ilegal de trabajadores	41
BLOQUE V.- La duración de la contrata y sus consecuencias	44
5.1. La temporalidad de la contrata.	44
5.2. Sucesión de las contratas administrativas	45
5.2.1. Duración de los contratos celebrados con la Administración Pública	45
5.2.2. La sucesión de contratas de la administración pública	45
5.3. Novación de la contrata y su incidencia en las relaciones laborales	47
5.3.1. Extinción por fin de contrata y posible discriminación entre temporales e indefinidos	47
5.4. Modificación, terminación anticipada o reducción del volumen de actividad de la contrata	48
5.5. Efectos de la externalización sobre las excedencias	49
BLOQUE VI.- Sanciones e infracciones	52

SUMARIO

PARTE II. OUTSOURCING	57
BLOQUE I.- Introducción al concepto y definición	57
1.1. El outsourcing para los Tribunales	58
1.2. Tipos de outsourcing	59
1.2.1. Tipos de outsourcing según áreas de la empresa donde se produce la subcontratación	59
1.2.2. Tipos de outsourcing según los procesos externalizados	60
1.2.3. Deslocalización u outsourcing según el lugar dónde se desempeñe el trabajo	60
1.2.4. El Outsourcing en diferentes sectores: sector público, sector informático o Recursos Humanos.	60
1.3. Ventajas e inconvenientes	62
BLOQUE II.- Análisis previo de la situación y fases para la puesta en práctica de la medida	63
BLOQUE III.- Diferencias del outsourcing con figuras próximas	64
3.1. Diferencias con las contratas y subcontratas	64
3.2. Diferencias con la transmisión de empresas	64
3.3. Diferencias con la cesión de trabajadores	65
BLOQUE IV.- Derechos de los trabajadores	65
4.1. Información a los trabajadores	67
4.2. Derechos de los trabajadores en la nueva situación	67
BLOQUE V.- La negociación colectiva	68
5.1. Determinación del Convenio Colectivo aplicable en la externalización productiva	69
BLOQUE VI.- Ámbitos y alcance de la responsabilidad	69
PARTE III.- SUBCONTRATACIÓN Y FALSOS AUTÓNOMOS	75
BLOQUE I.- Naturaleza jurídica y definición del trabajador autónomo	75
1.1. Naturaleza jurídica del trabajo autónomo	75
1.2. Definición del trabajador autónomo	76
1.3. Diferencias entre contrato civil, mercantil y laboral: ¿falso autónomo o no?	78
1.3.1. Principales aspectos del contrato laboral que permiten subsumir la existencia de relación laboral	78
1.3.2. Principales diferencias entre una relación laboral y mercantil: relación mercantil del agente y relación laboral especial del representante de comercio	79
1.3.3. Principales diferencias entre una relación laboral y civil: ejecución de obra o arrendamiento de servicios	80
BLOQUE II.- Figura del falso autónomo en contratas y subcontratas	80
BLOQUE III.- Fraude: a quién beneficia, magnitud y cómo enfrentarse a él	83
3.1. ¿A quién beneficia el fraude?	83
3.2. Magnitud estimada del fraude	83
3.3. ¿Cómo enfrentarse al fraude?	84
3.3.1. Últimas medidas para garantizar la afiliación de los falsos autónomos en el Régimen General de la Seguridad Social (Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020, RD 997/2018, de 3 de agosto y RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre).	84
BLOQUE IV.- Jurisdicción y competencia	85
ANEXO I. ESQUEMAS	93
ANEXO II. FORMULARIOS	105
1. Modelo de solicitud de certificación negativa de descubiertos a la seguridad social en caso de subcontratación	107
2. Escrito del trabajador optando por convertirse en fijo tras cesión ilegal.	109

SUMARIO

3. Escrito reflejando el cumplimiento de requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas (Subcontratación de obra por el contratista con un trabajador autónomo)	111
4. Notificación empresarial a los representantes de los trabajadores de la incorporación de trabajadores de una empresa contratista o subcontratista	115
5. Comunicación de la empresa contratista a sus trabajadores sobre la identidad de la empresa principal para la subcontratación de obras y servicios (art. 42.3 ET)	117
6. Comunicación al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) de subrogación empresarial o sucesión empresarial	119
7. Escrito reflejando el cumplimiento de requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas (subcontratación de obra del primer subcontratista con un trabajador autónomo)	121
8. Modelo de declaración relativa al cumplimiento de porcentaje mínimo de trabajadores contratados con carácter indefinido en el sector de la construcción.	125
9. Acuerdo empresa-trabajador para la subrogación empresarial	127
10. Notificación individual al trabajador de subrogación por sucesión empresarial en prestación de servicios	129
11. Comunicación de la subrogación empresarial a los representantes de los trabajadores (art. 44.6, ET)	131
12. Carta de despido por causas objetivas (Externalización de servicios).	133
1. Formulario de papeleta de conciliación ante el SMAC contra despido por cesión ilegal de trabajadores	135
2. Papeleta de conciliación para reconocimiento de relación laboral y reclamación de cantidad de falso autónomo existiendo acta de la Inspección de Trabajo	137
3. Demanda ante despido por cesión ilegal de trabajadores	141
4. Demanda de reconocimiento de la relación laboral ante cambio en la titularidad de la contrata (falta de subrogación por parte de la nueva contratista previa extinción de contrato de obra o servicio)	145
5. Demanda de despido por incumplimiento empresarial de las obligaciones de subrogación ante extinción ilegal de contrato temporal	151
6. Demanda para el reconocimiento de despido improcedente ante sucesión de empresa tras arrendamiento de industria	155
7. Demanda para el reconocimiento de relación laboral de un falso autónomo durante la prestación de servicios.	161
8. Demanda por despido objetivo (descentralización productiva/externalización de servicios)	169
9. Demanda de impugnación de sanción derivada de acta de infracción de la inspección de trabajo por cesión ilegal	173
10. Escrito de alegaciones contra acta de infracción en orden social levantada por la Inspección de Trabajo (connivencia con el empresario para la obtención indebida de cualesquiera prestaciones de la Seguridad Social)	177
11. Denuncia a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social solicitando el reconocimiento de relación laboral por un falso autónomo	181
1. Contrato de outsourcing (colaboración empresarial externa)	185
2. Contrato de subcontratación de obra suscrito entre dos mercantiles	189
3. Contrato de subcontratación de obra entre trabajadores autónomos	199
4. Contrato de arrendamiento de servicios	205
5. Modelo de contrato de prestación de servicios freelance.	207
ANEXO III. NORMATIVA APLICABLE	209
Arts. 42 a 44 y 64 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	211
Arts. 14, 15, 17, 24 y 42 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.	214

Arts. 8, 11-13, 18, 22, 40 y 42 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..	216
Arts. 142 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.	224
Arts. 3-8 y 11 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.	225
Arts. 1278, 1544 y 1583-1588 del Código Civil.	227
Arts. 1 y 11 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. . . .	228

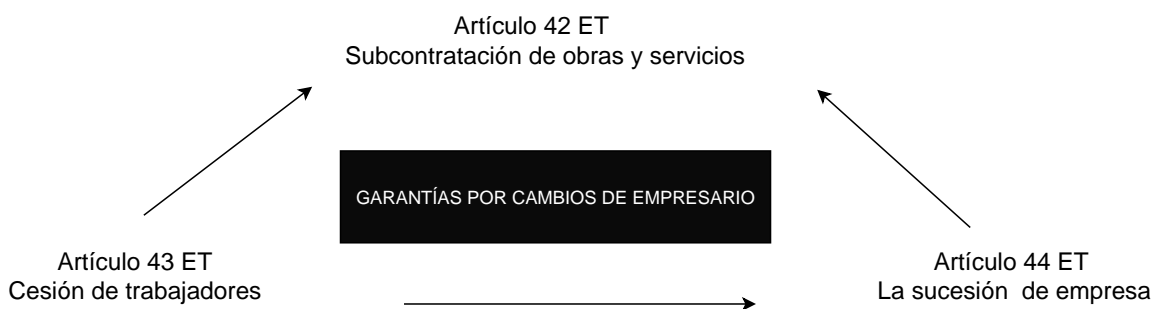
PARTE I. CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

BLOQUE I.- Concepto y régimen jurídico de contratas y subcontratas

Las contratas y subcontratas surgen cuando una empresa, denominada “empresa principal”, encomienda mediante un contrato de naturaleza civil o mercantil, a otra u otras, llamadas empresas contratistas o subcontratistas la realización de obras o servicios necesarios para su actividad productiva.

La complejidad del proceso productivo exige a veces la colaboración de las empresas para que, externalizando o descentralizando la actividad, puedan obtenerse mejores resultados, superando unas veces la carencia de medios humanos o materiales, y otras la estructura deficitaria del dueño de la obra para alcanzar el fin proyectado.

El Estatuto de los Trabajadores, bajo el epígrafe de “Garantías por cambios de empresario”, engloba conjuntamente tres formas distintas pero interrelacionadas, como son, la responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras o servicios, (art. 42), la cesión de trabajadores (Art. 43) y la cesión de empresa (Art. 44).



El artículo 42 del ET regula una figura de perfiles generales, particularmente tratados, y minuciosamente expuesto. El interés de su exposición reside en el tratamiento que deba darse a los supuestos en los que los trabajadores implicados en la puedan ver amenazados algunos de sus derechos e intereses. El precepto trata de la subcontratación de obras y servicios, pero en el mundo del trabajo se generan relaciones que presentan fronteras comunes con las contratas, como sucede con la cesión de trabajadores (artículo 43 del ET) o con la sucesión de empresas (artículo 44 de la propia ley). La subcontratación es una modalidad de operar en el mercado con una cierta descentralización productiva, cuando una empresa contrata o subcontrata con otra empresa la realización de tareas o servicios correspondientes a su propia actividad; el resultado consistirá en la transferencia de una parcela del proceso productivo para que, temporalmente, otra empresa realice, con su propio personal, una parte de la actividad del

PARTE I. CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

dueño del negocio, aunque en realidad en estos supuestos los trabajadores no debieran verse afectados básicamente por la aplicación de esta política laboral, porque van a seguir dependiendo de su empresario, aunque el resultado de su esfuerzo esté destinado a otro empresario, con el que no mantienen vínculo alguno.

Como analizaremos, la doctrina ha puesto de manifiesto la gran complejidad que presenta la diferenciación y delimitación de las figuras lícitas e ilícitas en este ámbito. A la hora de definir los términos tratados podemos establecer:

a) **Empresario/Empresa Principal:** Empresario/Empresa que contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad.

b) **Contrata:** Aquel tipo contractual en virtud del cual una parte llamada contratista, asume la obligación de realizar una obra o servicio determinados a favor del empresario principal o comitente, que asume a su vez la obligación de pagar por ello un precio¹.

c) **Subcontrata:** Acuerdo contractual por el que un contratista o titular de un encargo de contrata encomienda a otro contratista la ejecución de determinadas obras o servicios que forman parte del encargo productivo más complejo que aquel se ha comprometido a realizar².

La relación entre empresas que genera el art. 42 ET no es cualquier relación de colaboración productiva, sino que ha de ser una relación especial de descentralización productiva o subcontratación sobre la propia actividad entre una empresa principal y una empresa auxiliar o subsidiaria. Siendo necesaria la existencia de un elemento subjetivo, como son dos empresas reales, un elemento negocial, como es la realización de obras y servicios por parte de la empresa auxiliar para la empresa principal, y un elemento objetivo, como es la necesidad de un encargo realizado a una empresa/s auxiliar/es perteneciente a la propia actividad de la empresa principal (PARTE I, BLOQUE II.- Propia actividad).

En relación al régimen jurídico de las contrata y subcontratas hemos de atender a los arts. 42.1, 42.2 y 43.3 ET, donde se establece un sistema de responsabilidades en orden a neutralizar las posibles situaciones fraudulentas de índole laboral y seguridad social (PARTE I. BLOQUE IV. punto 4.5.1) y en materia de riesgos laborales (PARTE I. BLOQUE IV. punto 4.5.2.).

1.1. Regulación de la figura del subcontrato: Especial relevancia en el sector de la construcción

El subcontrato es definido por la RAE como un “contrato que una empresa hace a otra para que realice determinados servicios, asignados originalmente a la primera”. El caso típico de subcontratación se produce en el sector de la construcción, cuya normativización se encuentra recogida en la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción y su reglamento de desarrollo (RD 1109/2007, de 24 de agosto).

En este sentido, el art. 1 Ley 32/2006, señala que el objeto de la citada ley es regular la subcontratación en el sector de la construcción y mejorar las condiciones de trabajo del sector, en general, y las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores del mismo, en particular. No obstante, ello se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 42 ET y en el resto de la legislación social.

Por su parte, el art. 2 Ley 32/2006, establece que la ley se aplicará a los contratos que se celebren, en régimen de subcontratación, para la ejecución de los siguientes trabajos realizados en obras de construcción: excavación, movimiento de tierras, construcción, montaje y desmontaje de elementos prefabricados, acondicionamien-

1 STSJ Andalucía Nº 1586/2007, de 8 de mayo de 2007, R. 388/2006.

2 STSJ Canarias Nº 417/2012, de 1 de junio de 2012, R. 610/2011.

PARTE I. CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

tos o instalaciones, transformación, rehabilitación, reparación, desmantelamiento, derribo, mantenimiento, conservación y trabajos de pintura y limpieza y, finalmente, saneamiento.

A los efectos de esta ley, tal y como determina el art. 3 Ley 32/2006, de 18 de octubre, es necesario tener presente una serie de conceptos:

a) **Obra de construcción u obra:** cualquier obra, pública o privada, en la que se efectúen trabajos de construcción o de ingeniería civil.

b) **Promotor:** cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice la obra.

c) **Dirección facultativa:** el técnico o técnicos competentes designados por el promotor, encargados de la dirección y del control de la ejecución de la obra.

d) **Coordinador en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la obra:** el técnico competente integrado en la dirección facultativa, designado por el promotor para llevar a cabo las tareas establecidas para este coordinador en la reglamentación de seguridad y salud en las obras de construcción.

e) **Contratista o empresario principal:** la persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato. Cuando el promotor realice directamente con medios humanos y materiales propios la totalidad o determinadas partes de la obra, tendrá también la consideración de contratista a los efectos de la presente Ley; asimismo, cuando la contrata se haga con una Unión Temporal de Empresas, que no ejecute directamente la obra, cada una de sus empresas miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de obra que ejecute.

f) **Subcontratista:** la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente.

g) **Trabajador autónomo:** la persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o el subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra. Cuando el trabajador autónomo emplee en la obra a trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los efectos de la presente Ley.

h) **Subcontratación:** 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.

i) **Nivel de subcontratación:** cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor.

En cuanto a los requisitos necesarios para que una empresa pueda intervenir en el proceso de subcontratación en el sector de la construcción, como contratista o subcontratista, deberá (art. 4 Ley 32/2006, de 18 de octubre):

a) Poseer una organización productiva propia, contar con los medios materiales y personales necesarios, y utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada.

b) Asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial.

PARTE I. CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

c) Ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores en la obra y, en el caso de los trabajadores autónomos, ejecutar el trabajo con autonomía y responsabilidad propia y fuera del ámbito de organización y dirección de la empresa que le haya contratado.

Además, las empresas que pretendan ser contratadas o subcontratadas para trabajos de una obra de construcción, deberán también:

a) Acreditar que disponen de recursos humanos, en su nivel directivo y productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, así como de una organización preventiva adecuada a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

b) Estar inscritas en el Registro de Empresas Acreditadas al que se refiere el art. 6 Ley 32/2006, de 18 de octubre.

Las empresas contratistas o subcontratistas acreditarán el cumplimiento de los requisitos mediante una declaración suscrita por su representante legal formulada ante el Registro de Empresas Acreditadas. Respecto de las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción, deberán contar con un **número de trabajadores contratados con carácter indefinido** que no será inferior al 10 por ciento durante los dieciocho primeros meses de vigencia de esta Ley, ni al 20 por ciento durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto, ni al 30 por ciento a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive. A estos efectos, en las cooperativas de trabajo asociado, los socios trabajadores serán computados de manera análoga a los trabajadores por cuenta ajena.

Lo referente al **régimen establecido para la subcontratación**, se encuentra recogido en el art. 5 Ley 32/2006, para cuyos efectos se creará el **Registro de Empresas Acreditadas**, contemplado en el art. 6 del mismo texto legal. Por su parte, el art. 7 señala el deber de vigilancia que las empresas contratistas y subcontratistas que intervengan en las obras de construcción deben mantener con respecto a las empresas subcontratistas y trabajadores autónomos con que contraten.

Finalmente, el art. 8 de la reiterada Ley de subcontratación en la construcción, señala como **documentación necesaria y de la que debe disponer el contratista en toda obra de construcción**, el Libro de Subcontratación, que deberá permanecer en todo momento en la obra, y en él se deberán reflejar, por orden cronológico desde el comienzo de los trabajos, todas y cada una de las subcontrataciones realizadas en una determinada obra con empresas subcontratistas y trabajadores autónomos, su nivel de subcontratación y empresa comitente, el objeto de su contrato, la identificación de la persona que ejerce las facultades de organización y dirección de cada subcontratista y, en su caso, de los representantes legales de los trabajadores de la misma, las respectivas fechas de entrega de la parte del plan de seguridad y salud que afecte a cada empresa subcontratista y trabajador autónomo, así como las instrucciones elaboradas por el coordinador de seguridad y salud para marcar la dinámica y desarrollo del procedimiento de coordinación establecido, y las anotaciones efectuadas por la dirección facultativa sobre su aprobación de cada subcontratación excepcional de las previstas en el apdo. 3 del art. 5 Ley 32/2006. A dicho Libro de Subcontratación³, tendrán acceso el promotor, la dirección facultativa, el coordinador de seguridad y salud en fase de ejecución de la obra, las empresas y trabajadores autónomos intervinientes en la obra, los técnicos de prevención, los delegados de prevención, la autoridad laboral y los representantes de los trabajadores de las diferentes empresas que intervengan en la ejecución de la obra.

³ Cada contratista, con carácter previo a la subcontratación con un subcontratista o trabajador autónomo de parte de la obra que tenga contratada, deberá obtener un Libro de Subcontratación habilitado que se ajuste al modelo que se inserta como anexo III del 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.

Asimismo, cada empresa deberá disponer de la documentación o título que acredite la posesión de la maquinaria que utiliza, y de cuanta documentación sea exigida por las disposiciones legales vigentes (apdo. 2, art. 8 Ley 32/2006).

1.2. Contrato de arrendamientos de obras y servicios. Inexistencia de elementos formales

Los conceptos que utiliza el reiterado art. 42 ET -contrata y subcontrata- deben ser entendidos como cualquiera de los arrendamientos de obras y servicios recogidos en los arts. 1588 y 1583 del Código Civil realizados a través de una empresa⁴, o incluso como cualquier negocio jurídico hábil para canalizar la cooperación entre empresas: un contrato de empresa, una ejecución de obra, un arrendamiento de servicios, una concesión administrativa, un contrato de suministro o auxilio técnico, un contrato de franquicia, etc. Eso sí, siempre y cuando la contrata se refiera a la "propia actividad" del comitente.

El contrato de arrendamientos de obras y servicios, se regula de forma conjunta el art. 1544 del Código Civil, donde se establece que "una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto".

En lo que respecta a la regulación concreta del arrendamiento de obras y servicios, es preciso estar a lo contenido en los arts. 1583-1587 Código Civil, atendiendo al C.Civ. podemos especificar:

a) Se sustentan en el **consentimiento o consenso de las partes**, por lo que obligan a las partes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

b) Requiere la **existencia de un precio**.

c) Puede **contratarse sin tiempo fijo, por cierto tiempo, o para una obra determinada**. En base al art. 1583 C.Civ, queda patente la temporalidad de cualquier contratación por esta vía, lo que implica su posible extinción o finalización por según se acuerde por motivos como:

1. Cumplimiento del plazo estipulado.
2. Terminación del servicio pactado.
3. Mutuo acuerdo de las partes.
4. Incumplimiento de las partes.
5. Imposibilidad de prestar el servicio.
6. Fallecimiento o desaparición de una de las partes.

d) **Existe libertad de forma**. Al amparo del art. 1278 C.Civ., hemos de entender que los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez.

e) En caso de **incumplimiento** por una de las partes de las obligaciones pactadas (art. 1124 CCiv.), el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos.

También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

En el caso de los arrendamientos de obra, hemos de prestar especial atención a una serie de supuesto no regulados en el Código Civil, como son:

a) **Construcción de edificios**. Dentro de los contratos de arrendamiento de obra, conviene destacar la modalidad de construcción de edificios que cuenta con una regulación propia tras la aprobación de la Ley 38/1999, de

4 STS 17 diciembre 2001 (Rec. 244/2001).

PARTE I. CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. A través de la misma, se establece como objetivo prioritario el de regular el proceso de la edificación, actualizando y completando la configuración legal de los agentes que intervienen en el mismo, fijando sus obligaciones para así establecer las responsabilidades y cubrir las garantías a los usuarios, en base a una definición de los requisitos básicos que deben satisfacer los edificios.

b) Contrato de edición. El contrato de edición, como modalidad de arrendamiento de obra, se encuentra regulado en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. En la ley, el mismo es definido como aquel contrato mediante el cual el autor o sus derechohabientes ceden al editor, mediante compensación económica, el derecho de reproducir su obra y el de distribuirla. El editor se obliga a realizar estas operaciones por su cuenta y riesgo en las condiciones pactadas y con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

c) Contrato de producción de obra audiovisual. Dicha materia se encuentra normativizada en los art. 86-94 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

d) Contrato de representación teatral y ejecución musical. El contrato de representación teatral y ejecución musical, como modalidad de arrendamiento de obra, se encuentra regulado a lo largo de los art. 74-85 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Mediante el mismo, el autor o sus derecho habientes, ceden a una persona natural o jurídica el derecho de representar o ejecutar públicamente una obra literaria, dramática, musical, dramático-musical, pantomímica o coreográfica, mediante compensación económica. En este caso, el cesionario se obliga a llevar a cabo la comunicación pública de la obra en las condiciones convenidas y con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

e) Contrato de producción de obra audiovisual. Se posiciona como una de las modalidades de arrendamiento de obra, cuya regulación se recoge a lo largo de los art. 86-94 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

De lo dicho hasta el momento se desprende la **total inexistencia de elementos formales para la consignación de un contrato de arrendamiento de obra o servicio**, por lo que es lógico realizarse las siguientes preguntas:

¿Qué fases hemos de seguir?

Ver en Anexo I (esquemas):

7. Fases para la planificación y desarrollo de la externalización u outsourcing

¿Qué debe incluir un contrato de arrendamiento de obra o servicio?

a) Forma: Por escrito. A pesar de la existencia de libertad de forma es recomendable la formalización por escrito..

b) Contenido básico:

1. Identificación de las partes de manera lo más minuciosa posible (nombre, apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, DNI/CIF, domicilios, profesión).

2. Identificación de la obra o servicio a realizar

- Documentación o planos aclaratorios.
- Detalles singulares específicos de la obra o servicio
- Lugar donde se realizará la obra o se desarrollarán los servicios.
- Condiciones técnicas de ejecución.

3. Duración del contrato, atendiendo a si se trata de un servicio concreto o la realización de una obra.

PARTE I. CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

4. Precios pactados

- Definición de la forma de pago y todos los aspectos que afecten al precio y al objeto del contrato como:
- Manera en que se pagarán los servicios.
- Plazos en los que se efectuarán los pagos acordados.
- Conceptos incluidos y excluidos del servicio a efectos de su facturación de forma independiente.
- Aplicación de descuentos.
- Aplicación de recargos por incumplimiento de plazo.

5. Plazo de entrega y sus consecuencias en caso de incumpliendo

- Planificación de tiempos detallada.
- Criterios en caso de entregas parciales.
- Criterios de aceptación, rechazo o calidad

6. Términos y condiciones para la extinción, revisión o renovación del contrato

- Mecanismos de rescisión del contrato.
- Mecanismos de finalización del contrato.
- Cláusulas concretando la transferencia de activos y del servicio a la finalización del mismo.
- Plazos para la rescisión del servicio
- Plazos para la no renovación del servicio.
- Compensaciones o penalizaciones económicas para los distintos supuestos.

7. Normativa a cumplir y régimen de responsabilidades

- Plan de Seguridad e higiene en el trabajo (o adhesión al existente)
- Especificaciones de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción y Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla reglamentariamente.
- Normativa laboral en materia de contratas y subcontratas.

8. Firmas

c) Contenido adicional.

- Compromiso Medio Ambiental.
- Compromiso de Calidad.
- Cumplimiento del Reglamento de Régimen Interno de la empresa principal
- Cumplimiento de procedimientos en materia de compliance
- Designación de un Tribunal u Órgano mediador en caso de desacuerdo.
- Cláusulas y contratos de confidencialidad.
- Cláusulas en relación a la propiedad intelectual.
- Cláusulas de prohibición de subcontratación del servicio externalizado
- Concretar en el contrato una supervisión de forma regular.
- Concretar auditorias periódicas en relación a temas sensibles como prevención de riesgos, protección de datos, cambios en el progreso.
- Pactos o acuerdos en relación al personal/activos cedidos o externalizados.
- etc

Ver en Anexo I (esquemas):

8. ¿Qué debe reflejar un acuerdo de contrata o subcontrata de obra o servicio o con una empresa de outsourcing?

CONTRATAS Y SUBCONTRATAS PASO A PASO

Siguiendo la evolución de las relaciones laborales hacia nuevos sistemas económicos y productivos cuya reglamentación resulta escasa o ambigua por el momento, esta obra pretende, aplicando las tendencias jurisprudenciales actuales, analizar los fenómenos de contratas, subcontratas, outsourcing y la figura de falso autónomo ligadas a los mismos.

En el tema de **contratas y subcontratas**, partiendo de la línea fijada por el actual art. 42 ET y la Ley de Subcontratación en el Sector de la Construcción, se traza un mapa no sólo de los conceptos o figuras intervinientes, sino también del contrato de arrendamientos de obras y servicios, el concepto de "propia actividad", situaciones de cesión ilegal y duración, deberes y obligaciones de las contratas.

Siguiendo con las figuras de rigurosa actualidad, en el **outsourcing** trataremos los distintos tipos, las ventajas o inconvenientes que puede suponer sobre la estrategia empresarial, las diferencias con otras figuras similares, los distintos ámbitos y alcance de la responsabilidad y las posible repercusiones sobre la plantilla.

En la última Parte, se analiza la figura del **falso autónomo** en contratas y subcontratas partiendo de las distintas figuras contractuales civiles o mercantiles hasta la existencia de un verdadero contrato laboral, atendiendo a las últimas tendencias jurisprudenciales, los criterios tenidos en cuentas para la existencia de la figura y sus consecuencias.

Todo lo anterior acompañado del necesario análisis jurisprudencial, ejemplos prácticos comentados y formularios de interés.



www.colex.es



ISBN: 978-84-17618-63-6

