



Roj: **STSJ AS 160/2017 - ECLI:ES:TSJAS:2017:160**

Id Cendoj: **33044340012017100106**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **31/01/2017**

Nº de Recurso: **2853/2016**

Nº de Resolución: **83/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JESUS MARIA MARTIN MORILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL**

**OVIEDO**

**SENTENCIA: 00083/2017**

**T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL - OVIEDO**

C/ SAN JUAN Nº 10

**Tfno:** 985 22 81 82

**Fax:** 985 20 06 59

**NIG:** 33024 44 4 2015 0003067

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0002853 /2016**

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 766/2015

Sobre: RECLAMACIÓN CANTIDAD

**RECURRENTE/S D/ña** Geronimo

**ABOGADO/A:** MARIA CRISTINA GARCIA SAN SEGUNDO

**RECURRIDO/S D/ña:** MORCUERA PEONAJE Y SERVICIOS AUXILIARES S.L.U., AYUNTAMIENTO DE GIJON

**ABOGADO/A:** LETRADO AYUNTAMIENTO

Sentencia nº **83/2017**

En OVIEDO, a treinta y uno de enero de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, el Tribunal de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, formado por los Ilmos. Sres. D. JOSÉ ALEJANDRO CRIADO FERNÁNDEZ, Presidente, D<sup>a</sup>. MARÍA VIDAU ARGÜELLES y D. JESÚS MARÍA MARTÍN MORILLO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NO MBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**



En el RECURSO DE SUPPLICACIÓN 2853/2016, formalizado por la Letrada D<sup>a</sup> María Cristina García San Segundo en nombre y representación de D. Geronimo , contra la sentencia número 481/2016 dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 1 de GIJÓN en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 766/2015, seguido a instancia del citado recurrente frente al AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, representado por la Letrada del Ayuntamiento y a la empresa MORCUERA PEONAJE Y SERVICIOS AUXILIARES S.L.U., siendo Magistrado-Ponente el **Ilmo. Sr. JESÚS MARÍA MARTÍN MORILLO** .

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** D. Geronimo presentó demanda contra el AYUNTAMIENTO DE GIJÓN y contra la empresa MORCUERA PEONAJE Y SERVICIOS AUXILIARES S.L.U., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia número 481/2016, de fecha once de julio de dos mil dieciséis .

**SEGUNDO.-** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

**1º.-** El demandante, D. Geronimo , con DNI nº NUM000 , mayor de edad, prestó servicios para MORCUERA PEONAJE Y SERVICIOS AUXILIARES, S.L.U. desde el 10 de octubre de 2013 en virtud de contrato de trabajo a tiempo parcial. El actor percibe un salario base de 322,65 euros, 53,78 euros de parte proporcional de pagas extras. Como percepciones no salariales, el plus transporte por importe de 72 euros y dietas y kilometraje.

**2º.-** El 10 de septiembre de 2013 MORCUERA PEONAJE Y SERVICIOS AUXILIARES, S. L. U. suscribieron un contrato administrativo. En la descripción del servicio contenido en el pliego de prescripciones generales se detallaba:

#### OBJETO

El objeto del presente pliego es precisar las prescripciones técnicas a las que han de ajustarse las ofertas para la contratación de un servicio de prestación de labores auxiliares para el óptimo desarrollo del Departamento de Orientación Laboral de la Agencia Local de Promoción Económica y Empleo (C/ Avelino González Mallada, 27) así como el resto de los programas que desarrolla el referido área.

#### DESCRIPCIÓN DEL SERVICIO

Prestación de un servicio de labores auxiliares de acuerdo a las características que a continuación se relacionan:

[...]

Tareas:

- Supervisión de las instalaciones del edificio antes de la apertura del mismo.
- Apertura y cierre del edificio.
- Atención telefónica.
- Recepción de usuarios/as y derivación de los mismos hacia el departamento correspondiente.
- Apoyo en la custodia de las llaves del edificio, despachos e instalaciones.
- Actuaciones precisas en situación de emergencia.
- Ronda interior por el edificio antes de proceder al cierre del mismo.
- Emisión de un parte diario del servicio indicando las incidencias, si las hubiera.
- Control y supervisión del espacio TIC.
- Aquellas otras que se le encomienden, relacionadas con sus funciones.

El ejercicio de las funciones que se citan será desempeñado por los auxiliares dependientes de la empresa adjudicataria, vistiendo el uniforme asignado por la misma.

**3º.-** Por diligencia de embargo de créditos de 22 de julio de 2014, la Agencia Tributaria acordó el embargo de los créditos que el Ayuntamiento de Gijón tuviera a favor de MORCUERA PEONAJE, S.L.U.

**4º.-** El 15 de septiembre de 2015 se celebró ante la UMAC de Gijón acto de conciliación respecto de la papeleta presentada el 3 del mismo mes, que concluyó "sin avenencia", respecto del Ayuntamiento de Gijón e "intentada



sin efecto" en relación con la empresa demandada. El Ayuntamiento hizo constar que reconocía que le podría alcanzar la responsabilidad solidaria respecto de los salarios devengados a partir de febrero de 2015, por importe de 3.342,43 euros, pero que no podría acceder a la pretensión de pago, habida cuenta de que los créditos disponibles al efecto están retenidos por la Agencia Tributaria.

5º.- El 22 de septiembre de 2015 el actor presentó reclamación previa

**TERCERO.-** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por D. Geronimo , contra MORCUERA PEONAJE Y SERVICIOS AUXILIARES, S.L.U., y contra el Ayuntamiento de Gijón, condenando a la empresa demandada al abono de la cantidad de 3.342,43 euros más el interés del 10% devengado por dicha cantidad desde el 15 de septiembre de 2015 hasta la fecha de la presente resolución, absolviendo al Ayuntamiento de Gijón de las pretensiones en su contra.

**CUARTO.-** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la representación de Geronimo formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO.-** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 2 de diciembre de 2016.

**SEXTO.-** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 19 de enero de 2017 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia del Juzgado de lo social núm.1 de Gijón de 11 de julio de dos mil dieciséis estimó en parte la demanda y condenó a la empresa demandada, "MORCUERA PEONAJE Y SERVICIOS AUXILIARES S.L.U.", a abonar al actor la suma de 3.342,43 euros más el interés legal del 10% desde el 15 de septiembre de 2015, absolviendo al Ayuntamiento de Gijón.

Frente a dicha resolución, interpone recurso de Suplicación la representación letrada del trabajador al amparo de lo previsto en el Art. 193.c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social , para postular que se revise el derecho aplicado que estima lo ha sido indebidamente, solicitando en suma que se haga extensiva la responsabilidad solidaria en la deuda salarial a la Corporación codemandada.

**Segundo.-** Denuncia la Letrado recurrente, en el motivo segundo del Recurso, la infracción, por aplicación indebida, de lo dispuesto en el artículo 42.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y de la doctrina legal que los aplica e interpreta ( STS de 15 de julio de 1996 , entre otras).

El marco jurídico vigente sobre la protección del trabajo en las contrata y subcontratas no es uniforme, y si reparamos en las normas que establecen responsabilidades empresariales en materia laboral y de Seguridad social, estas diferencian dos tipos de contrata y subcontratas, según que tengan o no por objeto obras o servicios correspondientes a "la propia actividad" del empresario comitente. Partiendo de esta diferenciación se pueden establecer tres niveles diferentes de responsabilidad.

a) Un primer supuesto de total exoneración de responsabilidad del empresario principal por actos del empresario contratista cuando la actividad contratada se refiera única y exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda. Dicha exoneración rige tanto en materia salarial ( Art. 42 E.T .), como de Seguridad social ( Arts. 142 y 168 de la vigente Ley General de la Seguridad Social , texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre), es decir, no existe responsabilidad solidaria ni subsidiaria por los actos del contratista.

b) El segundo nivel de responsabilidad se da cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de su actividad empresarial o cuando el que contrata no es un empresario. En este caso existe una exoneración total del empresario principal respecto de las deudas de naturaleza salarial ( Art. 42 E.T .), pero los Arts. 142 y 168 de la Ley General de la Seguridad Social , prevén un régimen de responsabilidad subsidiaria por los descubiertos de cotización respecto de los trabajadores destinados a la ejecución de la contrata y en materia de prestaciones de la Seguridad social, cuando la empresa auxiliar haya sido declarada responsable de su abono al trabajador por incumplir sus obligaciones de afiliación, alta y cotización y el subcontratista fuera declarado insolvente.

Las reglas expuestas se aplican también al propietario de la obra que contrata su realización por razón de su actividad empresarial, pero la obra o servicio contratado no responde a "la propia actividad" del empresario principal.



c) Un tercer supuesto se produce cuando el empresario principal contrate o subcontrate con otros la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad, es decir, cuando las obras o servicios contratados no son complementarias o accesorias a la actividad de la empresa comitente, por más que puedan considerarse indispensables para un correcto desenvolvimiento de aquella. En este caso el Art. 42 del E.T. (al igual que el Art. 24.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y el Art. 42.3 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto) predica una responsabilidad solidaria del empresario principal que alcanza en primer lugar "a las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por el contratista o subcontratista con sus trabajadores (...) durante la vigencia de la contrata" ( Art. 42.2 del ET ).

Se trata, como es de ver, de una responsabilidad solidaria que implica la posibilidad de reclamación directa a cualquiera de los intervinientes en escala, empresario principal, contratistas y subcontratistas, en los términos previstos en el Art. 1144 del Código civil, esto es, "el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo", lo cual convierte al empresario principal en el máximo garante del cumplimiento de estas obligaciones salariales y en vigilante de su cumplimiento, por su interés en que su responsabilidad no se materialice.

En este caso, la cuestión fundamental que ha de resolverse en el recurso planteado es si el servicio contratado por la Corporación municipal con Morcuera Peonaje y Servicios auxiliares, relativo a vigilancia de las instalaciones y la atención e información al público, se corresponde realmente con la expresión legal de "propia actividad".

Advierte en tal sentido la STS-Sala III 27 de junio de 2016, rec. 2833/2014 que "la expresión empresario, utilizada por el artículo 42, no ha de entenderse limitada a quien sea titular de una organización económica específica que manifieste la existencia de una empresa, en sentido económico o mercantil. El área prestacional y no económica en que es encuadrable el servicio encomendado por el Ayuntamiento recurrente a quien es empleadora directa, efectuado mediante contratación administrativa, no excluye, por la condición pública del titular de tal servicio, la aplicación del artículo 42, dado que dicha condición no es obstáculo para que tal entidad, de haber asumido directamente y por sí misma la gestión del referido servicio, con el cual se atiende a la consecución de fines enmarcados en el área de su competencia, habría actuado como empleador directo, siendo también tal en múltiples facetas de su actividad. Una interpretación teleológica del mencionado precepto fuerza a entender incluida a esta última en su disciplina, con relación al supuesto de gestión indirecta de servicios, mediante la que se encomienda a un tercero tal gestión, imponiéndole la aportación de su propia estructura organizativa y de sus elementos personales y materiales, para el desarrollo del encargo que asume. Entenderlo de manera distinta supondría una reducción del ámbito protector del citado artículo 42, que no respondería al espíritu y finalidad del precepto. Aun posibilitando cesiones indirectas para facilitar la parcelación y división especializada del trabajo, dicho precepto otorga a los trabajadores las garantías que resultan de la responsabilidad solidaria que atribuye al dueño de la obra o servicio. Por otra parte, las expresiones «Contratas o subcontratas», por su generalidad, no cabe entenderlas referidas, en exclusiva, a contratos de obra o de servicio de naturaleza privada, ya que abarcan negocios jurídicos que tuviesen tal objeto, aún correspondientes a la esfera pública, siempre que generasen las antedichas cesiones indirectas y cumpliesen los demás requisitos exigidos para la actuación del mencionado precepto. Esta doctrina es más conforme con el carácter protector que tiene lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de Trabajadores, al que no es ajena la normativa que rige la contratación del sector público, pues en ella no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social constituye uno de los supuestos de prohibición para contratar ( artículo 60.1.d) del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público )".

En el presente caso se trataba como recuerda el juzgador a quo de prestar un servicio de orientación laboral a través de una agencia de promoción y empleo local, y La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, antes de la reforma operada por la ley 27/2013, de 27 de diciembre, disponía en su artículo 25.k) que el Municipio ejercerá en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en las siguientes materias: Prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social. En concreto el Art. 26.c de la citada LRBRL disponía que los Ayuntamientos de más de veinte mil habitantes vienen obligados a prestar los servicios sociales.

Por otra parte, advierte la doctrina unificada ( SSTS de 7 de diciembre de 2012, rec. 4272/2011, y 29 de octubre de 2013, rec. 2558/2012 .-), a la hora de delimitar el concepto de propia actividad, "la doctrina mayoritaria entiende que son las "obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa", y que "nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial " ( SSTS 18 de enero de 1995 -rec



150/94 - 14 de noviembre de 1998 -rec 517/98 -, 22 de noviembre de 2002 -rec. 3904/01 - y 11 de mayo de 2005 -rec 2291/04 )".

Es decir, se sigue la tesis del denominado "ciclo productivo o de la actividad inherente", reduciendo el alcance interpretativo a las operaciones o labores que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal y que son inherentes a la producción de los bienes y servicios específicos que se propone prestar o colocar en el mercado. Ello es así porque, señala la STS de 20 de julio de 2005 (rec. 2160/04 ) "«si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial». Es obvio que la primera de las interpretaciones posibles anula el efecto del mandato del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores que no puede tener otra finalidad que reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente y, por ello, se concluye que "ha de acogerse la interpretación que entiende que la propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente". Y, en segundo lugar, el fundamento de esta interpretación estriba en que las "actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista".

En todo caso, recuerda la STS de 5 de diciembre de 2011 (rec. 4197/2010), la copiosa jurisprudencia que existe sobre ese concepto legal pone claramente de manifiesto que su determinación es una tarea eminentemente casuística, en la que han de analizarse los distintos factores que concurran en su realización.

Pues bien aplicando estos criterios orientadores al caso concreto que nos ocupa es evidente que, de acuerdo con los inalterados datos que constan en los hechos probados y en los fundamentos de derecho de la sentencia combatida, no puede prosperar la censura que se hace en el motivo. Habrá que convenir, atendiendo al criterio de la inherencia de la actividad subcontratada y a las circunstancias en las cuales se desarrolló el servicio, que la vigilancia y custodia del inmueble y de sus instalaciones, la apertura y cierre del edificio así como las labores de conserjería o de atención e información al público para su derivación al correspondiente departamento de la agencia, que fueron las tareas que constituyeron el objeto de la contrata municipal de acuerdo con el pliego de prescripciones técnicas (ordinal segundo), constituyen una actividad colateral que, aunque necesaria, no es la propia del Ente municipal y que no ha de ser llevada a cabo directamente y en todo caso por éste, existiendo por tanto un servicio con autonomía y sustantividad propia que justifica la existencia de la contrata.

Por otra parte, la realidad empresarial del contratista nunca se ha puesto en duda por la parte actora, ni se cuestiona en el recurso que Morcuera Peonaje y Servicios auxiliares S.L. no sea una empresa real y efectiva, y, en consecuencia, no ha lugar a la responsabilidad solidaria de ambas codemandadas conforme a lo dispuesto en el art. 42 ET .

Todo lo cual conduce, al no apreciar la Sala la infracción denunciada, a la desestimación del motivo y, con ello, del recurso y a la confirmación de la sentencia combatida.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación, interpuesto por la dirección letrada de D. Geronimo contra la sentencia del Juzgado de lo social núm. uno de Gijón de fecha 11 de julio de dos mil dieciséis , dictada en los autos núm. 766/15, resolviendo la demanda sobre reclamación de cantidad instada contra la empresa "MORCUERA PEONAJE Y SERVICIOS AUXILIARES S.L.U." y contra el AYUNTAMIENTO DE GIJÓN; en consecuencia, confirmamos íntegramente la sentencia recurrida.

### *Medios de impugnación*

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina** , que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercibimientos en él contenidos.

### *Tasas judiciales para recurrir*

La tramitación del recurso de casación para unificación de doctrina no constituye hecho imponible, y por tanto no se requiere la liquidación de tasas (Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V 3674-23 de 26-12-2013).





### *Depósito para recurrir*

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS , con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 €), estando exento el recurrente que** : fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

**Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta** de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria 1 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguido del nº de rollo (poniendo ceros a su izquierda hasta completar 4 dígitos), y las dos últimas cifras del año del rollo. Se debe indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**".

Si el ingreso se realiza mediante **transferencia** , el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, **notificación** y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.