UN NUEVO CAPÍTULO EN EL INACABADO DEBATE SOBRE LA PROPIA ACTIVIDAD

JOSÉ MARÍA RUZ LÓPEZ
Personal investigador FPU en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

Cualquier iuslaboralista (español) no tendría problema en admitir que la noción de propia actividad ha hecho correr ríos de tinta. Sin ánimo de aumentar el caudal de dichos ríos, a través de estas páginas se pretende ofrecer una breve revisión del "delicuescente y circunstancial" concepto de propia actividad, a la luz de uno de los últimos pronunciamientos casacionales dictados al respecto. Se trata de la STS 9-7-2025 (rec. 5381/2023), una sentencia de aparente sencillez fáctica y procesal que, sin embargo, contiene una argumentación jurídica que invita a formular diversas y, a nuestro juicio, interesantes reflexiones dogmáticas.

El supuesto de hecho objeto de controversia parte de un esquema interempresarial prototípico en el marco de las relaciones triangulares. A través de un contrato de prestación de servicios, DRAGADOS, S.A. encarga el control de accesos de una obra a ALEX BODY, S.L., quien, a su vez, firma un contrato de trabajo con D. Sabino, trabajador demandante y posteriormente recurrente en casación.

A nivel procesal, el litigio en liza tampoco genera mayor problemática. En primera instancia, el Juzgado de los Social núm. 6 de Málaga, autos 692/2021, condena solidariamente a los empresarios comitente y contratista a abonar una cantidad referida a diferentes conceptos retributivos, más los correspondientes intereses por mora. La cuantificación de dicha deuda y la responsabilidad del empresario contratista no son objeto de controversia. El empresario comitente interpuso un recurso de suplicación, que fue estimado por el TSJ de Andalucía, sede Málaga, en su sentencia de 18-10-2022. A juicio del Tribunal, las actividades subcontratadas no formaban parte de la propia actividad del empresario comitente, lo que permitió su absolución, manteniendo la condena respecto al empresario contratista. Frente a lo anterior, el trabajador formalizó un recurso de casación para unificación de doctrina, cuya resolución, una vez admitido el requisito de contradicción, desemboca en la sentencia objeto de análisis.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com ; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Sobre la base de lo anterior, el núcleo del debate reside en dilucidar si la prestación subcontratada, control de accesos a una obra, se corresponde con la propia actividad del empresario principal, lo que permitiría accionar la responsabilidad solidaria del art. 42 ET. Con el propósito de responder a la incógnita planteada *supra,* la Sala cuarta despliega una interesante batería argumental. La fundamentación del Tribunal se articula en torno a cuatro polos argumentativos: primero, origen normativo de la propia actividad; segundo, interpretación jurisprudencial de dicho concepto; tercero, análisis de la actividad subcontratada y su comparación con antecedentes judiciales; y, cuarto, respuesta a la concreta incógnita objeto de controversia.

En primer lugar, tras extractar literalmente el art. 42 ET (versión anterior al RD-ley 32/2021, dado que se refiere al término "empresario", no "empresa"), nuestro Alto Tribunal alude al origen de tal disposición: el Decreto 3677/1970. Frente a la abundante jurisprudencia en la materia, convendría destacar la escasez de resoluciones de la Sala cuarta que aluden al Decreto 3677/1970, que en su mayoría versan sobre cesión ilegal, SSTS 7-3-1979 (núm. 682/1979); 28-9-2006 (rec. 2691/2005) o sobre el alcance de la responsabilidad solidaria, SSTS 18-4-1992 (rec. 1178/1991); 19-1-1998 (rec. 2030/1997); 20-5-1998 (rec. 3202/1997); 9-7-2002 (rec. 2175/2001)); y no sobre la noción de propia actividad.

En segundo lugar, desde su origen hasta la actualidad, la delimitación del concepto de propia actividad se ha configurado a través de la jurisprudencia. Como menciona la resolución analizada, en virtud de la STS 29-10-1998 (rec. 1213/1998) —y, añadimos nosotros, las SSTS 18-1-1995 (rec. 150/1994) y 24-11-1998 (rec. 517/1998)— la Sala cuarta articuló un cauce hermenéutico dirigido a verificar la concurrencia de propia actividad. En breve, se formularon dos teorías basadas, de un lado, en la inherencia al ciclo productivo y, de otro lado, en la indispensabilidad de la actividad. Nuestra jurisprudencia, desde finales del siglo pasado hasta la actualidad, ha seguido la primera de dichas teorías, lo que representa un acercamiento ciertamente más restrictivo.

En tercer lugar, sobre el panorama legal y judicial recién descrito, la sentencia en cuestión reflexiona sobre la actividad subcontratada, distinguiendo los servicios de seguridad privada y las actividades de "meras funciones de consejería y control de accesos". Dicha dicotomía tiene su origen en la normativa sobre seguridad privada: Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada. Como reconoce la sentencia, tal distinción se refleja en la normativa sobre construcción, incluyendo el convenio general de la construcción. A renglón seguido, el Tribunal comprueba si la actividad subcontratada está contemplada en la clasificación profesional del convenio aplicable.

Teniendo en cuenta la diferenciación anterior, nuestro Alto Tribunal analiza los antecedentes judiciales en la materia. Mientras que la vigilancia no ha sido calificada como propia actividad, STS 18-1-1995 (rec. 150/1994); 10-7-2000 (rec. 923/1999), sí han

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com ; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

merecido tal consideración los servicios de conserjería, STS 27-5-2022 (rec. 3307/2020), y atención al público, SSTS 7-6-2022 (rec. 675/2021), entre otras resoluciones.

En cuarto y último lugar, acudiendo al supuesto examinado, el Tribunal concluye que la actividad subcontratada, al tratarse de servicios de consejería y control de accesos, merece ser calificada como propia actividad. Lo anterior permite aplicar las tutelas contenidas en el art. 42 ET, concretamente la atribución de responsabilidad solidaria; lo que, a nivel procesal, justifica la estimación del recurso.

Desde un acercamiento crítico, llama nuestra atención que el Tribunal se limite a examinar la actividad subcontratada, dejando en un segundo plano la actividad principal en la que se inserta la subcontratación. Aunque pudiéramos compartir —y compartimos— la solución alcanzada por la Sala, resulta imprescindible realizar una comparación entre los servicios subcontratados y la actividad del empresario comitente. Adicionalmente, resulta llamativa la ausencia de cualquier referencia a la inherencia y al ciclo productivo, conceptos sobre los que descansa la teoría interpretativa predominante.

Por otro lado, la Sala cuarta introduce un argumento adicional vinculado al tamaño de la actividad subcontratada. A juicio del Tribunal, en una obra de escaso tamaño, el control de accesos podría ser asumido de manera accesoria por alguien de la plantilla, mientras que, ante una obra de mayor tamaño, dicha función debe ser asignada específicamente a algún trabajador; lo que permite calificar la actividad en cuestión como propia actividad. Salvo error por nuestra parte, se trata de una argumentación ciertamente novedosa, en comparación con la fundamentación usualmente barajada por la Sala cuarta. En todo caso, dicho razonamiento parece extensible a cualquier actividad empresarial. Aunque pudiera resultar evidente, la contratación de personal siempre obedece a necesidades de mano de obra. Si un empresario puede satisfacer sus exigencias con la plantilla existente, no recurriría a la contratación laboral ni a la subcontratación mercantil. En suma, el presente argumento parece aproximarse a la teoría de la indispensabilidad, en detrimento de la teoría de la inherencia; resultado que, lejos de ensanchar los contornos del concepto de propia actividad, contribuye a difuminarlos.

En definitiva, nuestro Alto Tribunal no plantea un cambio trascendental en la doctrina jurisprudencial sobre la propia actividad. En cualquier caso, desde una perspectiva crítica, la resolución objeto de análisis permite reflexionar sobre, primero, el origen normativo de la expresión “propia actividad”; segundo, la evolución —ciertamente compleja— de la interpretación judicial de la propia actividad; y, tercero, la inseguridad jurídica que puede generar dicho requisito aplicativo.

La comparación entre el vigente art. 42 y su principal antecedente normativo, el Decreto 3677/1970, permite apreciar que, durante más de cincuenta años, el núcleo del régimen jurídico de la subcontratación ha permanecido prácticamente inalterado: el concepto

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com ; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

de propia actividad como condicionante del supuesto de hecho y la responsabilidad solidaria como principal consecuencia jurídica. Lo anterior invita a reflexionar acerca de la evolución no solo de la norma, sino de la realidad normada. En el último cuarto del siglo XX, la subcontratación constituía un fenómeno ciertamente excepcional, observado desde un prisma patológico. Como anota el propio Tribunal en la presente sentencia, la finalidad de la norma residía en "completar la prohibición de cesión ilegal con un supuesto que, sin llegar a la licitud, presenta un cierto riesgo para los derechos de los trabajadores". Convendría cuestionar si la política del Derecho que inspiró la norma ha experimentado —o debe experimentar— alguna evolución ante el contexto actual, en el que la subcontratación representa una estrategia empresarial plenamente insertada en el tejido productivo, tanto en la esfera pública como privada.

En consecuencia, cabría preguntarse si la mayor o menor proximidad entre el servicio subcontratado y la actividad del empresario comitente debe continuar siendo el principal requisito aplicativo del régimen jurídico de la subcontratación. A nuestro parecer, las actividades denominadas complementarias también pueden presentar riesgos para los trabajadores —en algunos supuestos incluso superiores— que podría justificar una eventual intervención normativa.

Ante este nuevo capítulo en el inacabado debate sobre la noción de propia actividad, que este año cumple su 55 aniversario, sería pertinente abrir un debate —sosegado y reflexivo— sobre la pertinencia de mantener, sustituir o suprimir el requisito de propia actividad; lo que permitiría confirmar o descartar que *cuando los ríos (de tinta) suenan, agua llevan.*

CITA: RUZ LÓPEZ, J.M., "Un nuevo capítulo en el inacabado debate sobre la propia actividad", Briefs AEDTSS, número 108, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2025.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com ; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).