

### La propia actividad como ejemplo de concepto jurídico indeterminado.

**Francisco A. Vila Tierno**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga.*

**Resumen:** *Se trata de analizar si en el concepto de "propia actividad", a los efectos del art. 42 ET, puede incluirse el servicio de cafetería y comedor de los centros municipales de mayores gestionados por el Ayuntamiento de Madrid. Se parte del concepto elaborado jurisprudencialmente pero que, sometido a la importante casuística sobre la materia, puede identificarse como un concepto jurídico indeterminado.*

**Palabras clave:** *Propia actividad. Contratas y subcontratas. Responsabilidad solidaria.*

**Abstract:** *Si tratta di analizzare se nella nozione di "propria attività", ai sensi dell'art. 42 ET, può includere il servizio di caffetteria e mensa dei centri comunali per anziani gestiti dal comune di Madrid. Si parte dal concetto elaborato giurisprudenzialmente ma che, sottoposto all'importante casistica in materia, può essere identificato come un concetto giuridico indeterminato.*

**Keywords:** *Propria attività. Contratti e subappalti. Responsabilità solidale*

---

### I. Introducción

El artículo 42 ET regula un supuesto concreto de responsabilidad solidaria entre empresas que colaboran entre sí mediante una relación de contrata o subcontrata. La cuestión es que no se plantea una ordenación extensiva y sin límites de dicha responsabilidad a cualquier forma de colaboración empresarial bajo esta fórmula, sino que queda delimitada de manera específica por el concepto de propia actividad.

Dos reflexiones se extraen de estas primeras líneas: a) que el fenómeno de colaboración entre empresas es una opción válidamente contemplada, pero con repercusiones en el ámbito de las relaciones laborales; b) que la consecuencia directa que se deduce de la aplicación del precepto estatutario, en el referido ámbito laboral, es la responsabilidad solidaria en él definida y conforme a los presupuestos exigidos. Sea como fuere, la citada exigencia de responsabilidad depende de que la contratación o subcontratación de obras o servicios sea para la propia actividad de la empresa principal. El problema es que éste, el de propia actividad, es un concepto que no se define.

Precisamente, el mismo art. 42 ET, en su apartado primero, dice que "Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la *propia actividad de aquellas* deberán..." para a continuación definir a qué obligación quedan constreñidas tales empresas. Por su parte, en su apartado segundo, define el alcance de la responsabilidad solidaria a las que se

someten contratistas y subcontratistas, pero en ningún momento se desarrolla -ni antes ni después- la noción legal de la tan reiterada propia actividad.

La relevancia de este dato es esencial, porque quedan fuera de aquella responsabilidad las situaciones en las que la contrata o subcontrata no puede identificarse en el marco de aquella propia actividad.

No se trata, en este punto, de analizar otros elementos de debate como la naturaleza del negocio jurídico que debe vincular a las empresas (v.gr. STS de 15 de diciembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:5855), si no, exclusivamente, el concepto delimitador de la responsabilidad expresamente incluido por el legislador.

Y ello es particularmente complejo, puesto que, como se ha adelantado, no existe ningún parámetro legal que permita definir el concepto, hasta el extremo de que así ha sido reconocido por la Sala Cuarta del TS cuando afirma que “La imprecisión de este concepto ha sido suplida por la jurisprudencia que se ha decantado por una concepción estricta que limita su alcance a aquellas obras o servicios que sean inherentes al proceso productivo de la empresa comitente” (STS núm. 184/2018, de 21 de febrero, ECLI:ES:TS:2018:761).

Se aportan, por tanto, en el ámbito de la interpretación judicial, unos parámetros de referencia que no impiden el mantenimiento de una situación de incertidumbre que desemboca, necesariamente, en una extensa casuística que parece llamada a no concluir y de lo que es un claro ejemplo la presente resolución.

El objeto de este análisis se centra, por tanto, en precisar si se ha conseguido, de forma definitiva, definir aquel concepto, o si, por el contrario, seguimos sometidos a una permanente incertidumbre.

## **II. Identificación de la resolución judicial comentada**

**Tipo de resolución judicial:** sentencia.

**Órgano judicial:** Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

**Número de resolución judicial y fecha:** STS-SOC núm. 186/2023, de 9 de marzo.

**Tipo y número recurso o procedimiento:** RCUUD núm. 1518/2020.

**ECLI:ES:TS:2023:881.**

**Fuente:** CENDOJ.

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

**Votos Particulares:** carece.

## **III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes**

El problema que se presenta como objeto de debate, tal y como se explicita en el FJ 1º de la sentencia comentada, es la concreción del responsable para el pago de una deuda salarial que expresamente se ha reconocido respecto a una empleada de una empresa que, en régimen de externalización, ha asumido la prestación de servicios que originalmente dependen de la Comunidad de Madrid.

A estos efectos resultan relevantes dos circunstancias que son determinantes para el fallo:

- Las tareas realizadas -y que son el contrapunto de la prestación salarial adeudada- se corresponden con las de cocina en el marco de los servicios que se dispensan en un centro de mayores de titularidad pública. Dichas tareas se prestan no de un modo directo de contratación entre el Ayuntamiento de Madrid y la trabajadora, sino mediante la contratación de una mercantil que resulta adjudicataria del servicio (por Decreto de 13/05/2016).

- La propia casuística nos sitúa ante dos interpretaciones distintas con relación a si el servicio descrito constituye, o no, propia actividad. Precisamente este hecho es el que sirve para conformar el requisito de contradicción necesario para acceder a la Casación. Y así, de una parte, la STSJ de Madrid 772/2019, de 12 julio (rec.116/2019) entiende que la actividad como ayudante de cocina prestada por una trabajadora para una empresa adjudicataria del servicio descrito sí se enmarca dentro del concepto de propia actividad -generando, por tanto, aquella responsabilidad solidaria-, frente a la STSJ de Madrid 134/2020, de 17 de febrero (rec. 815/2019), que entendió que el servicio de comedor y cafeterías no era indispensable en el ámbito idéntico de los centros de mayores de titularidad pública, prestados, también, por la misma empresa. Esta última resulta ser la sentencia recurrida que da lugar a la unificación de doctrina en la resolución ahora comentada.

La relevancia de los hechos descritos adquiere especial trascendencia para la resolución del caso y para reconocer, o no, responsabilidad solidaria a la empresa principal (el ayuntamiento de Madrid) en tanto que, como hemos advertido, ni la definición legal, ni la interpretación judicial consiguen identificar, de un modo definitivo, que se entiende por propia actividad.

En efecto, será la descripción del supuesto fáctico y su posible identificación con un pronunciamiento anterior, lo que permite resolver en uno o en otro sentido. La dificultad estriba cuando la realidad analizada se aparte de resoluciones anteriores ¿cuál debe ser, en tales circunstancias, el criterio objetivo para alcanzar una conclusión al respecto?

#### **IV. Posición de las partes**

De una parte, la actora, en calidad de empleada de la empresa Vegetales Tradicionales S.L. (hasta 28/02/2018 en que Future Factory, S.L se subrogó en la relación laboral) frente a la que reclama deudas salariales de noviembre y diciembre de 2017 y enero y febrero de 2028. Recuérdese que, como se ha señalado, aquella empresa resultó adjudicataria de los servicios de cafetería y comedor en varios centros municipales de mayores de la ciudad de Madrid. Y así, se reclaman aquellas cantidades tanto a la empresa Vegetales Tradicionales, S.L., como al Ayuntamiento de Madrid como responsable solidario. Y este es el pronunciamiento que se obtiene en la instancia.

Frente a dicha sentencia se alza la entidad local mediante Recurso de Suplicación -no consta que se hubiera planteado oposición por la mercantil- que obtiene satisfacción a su pretensión en la Sala del TSJ, respondiendo a ésta que el repetidamente señalado servicio de comedor y cafeterías no era indispensable para la actividad de los centros municipales de mayores, por lo que no la considera propia actividad.

Finalmente, la actora en casación sigue defendiendo esta naturaleza en contra del sentir del ayuntamiento ratificado en el escrito de impugnación del recurso de casación.

#### **V. Normativa aplicable al caso**

La normativa aplicable al caso viene expresamente desglosada en el Fundamento Jurídico Tercero;

*“El régimen jurídico que regula la responsabilidad empresarial en materia laboral y de Seguridad Social diferencia dos clases de contratadas y subcontratadas, en función de que se trate de obras o servicios de la propia actividad del empresario principal. El art. 42 del ET dispone:*

*“1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos deberán comprobar que*

*dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social [...]*

*2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata.*

*De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo [...]"*

*2.- El art. 4.1.e) y f) del Reglamento de Régimen Interior de los Centros Municipales de Mayores aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid el 25 de febrero de 2011 (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 18 de marzo de 2011) establece:*

*"Art. 4.1. Los Centros Municipales de Mayores contarán, al menos y cuando el espacio lo permita, con los siguientes servicios y espacios básicos:*

*e) Cafetería.*

*f) Comedor."*

*3.- El apartado 4º.2.2.b) del Acuerdo de 29 de octubre de 2015 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 10 de noviembre de 2015) incluye como competencia específica de los Concejales Presidentes de los Distritos:*

*"Gestionar los centros para mayores, comedores y demás equipamientos de servicios sociales municipales ubicados en el Distrito, de conformidad con las disposiciones y directrices del Área de Gobierno de Equidad, Derechos Sociales y Empleo."*

Al margen de ello, existen otras dos referencias en cuanto a las fuentes de derechos y obligaciones que alcanzan a las partes y que pasan prácticamente desatendidos en la resolución, puede que porque se entienda que son irrelevantes para cambiar el fallo, si bien, podrían haber servido como refuerzo a la conclusión que el ponente llega en el Fundamento Jurídico Cuarto como presupuesto definitivo para adoptar la decisión de entender existente responsabilidad solidaria por reconocer los servicios como propia actividad.

Nos estamos refiriendo, de una parte, a la disposición adicional cuarta del Convenio Colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva (alegado por la actora, vid. FJ 1º) y, de otra, el contrato y los Pliegos de Cláusulas Administrativas particulares y de Prescripciones Técnicas para la adjudicación del servicio de comedor y cafetería, pero por lo establecido al respecto por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Refiriéndonos, en primer lugar, a lo dispuesto en la disposición adicional cuarta del Convenio Colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva -a la fecha resultaba aplicable el texto de la Resolución de 16 de marzo de 2016 (BOE 22 de marzo) que posteriormente ha sido objeto de modificaciones-, éste indicaba lo siguiente:

*"En cuanto así se mantenga y las partes no acuerden otro régimen, la subrogación convencional en el ámbito funcional de éste convenio se regirá por lo dispuesto en el capítulo XII del Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería, incluido su desarrollo y modificación por la jurisprudencia y, en especial, en lo relativo a los derechos y garantías de la representación legal y unitaria de los trabajadores"* (con la adición, en

el BOE de 24 de abril de 2027: “Concretamente y en tanto no se negocie otro régimen, se mantiene vigente el artículo 49.e) del Convenio Colectivo de Hostelería de la Comunidad de Madrid, el cual dice: «Los/as representantes sindicales, elegidos/as por agrupación de centros, según lo estipulado en el artículo 63.2 del ET, en los cambios de titular de su centro de trabajo, que cuenten con menos de 50 trabajadores/las, podrán optar entre continuar en el mismo centro o permanecer en la empresa que fueron elegidos/as”.

Y ciertamente, aun siendo invocado por la parte actora, no parece que tenga repercusión alguna respecto al contenido del fallo que ahora se analiza respecto a la existencia o no de la propia actividad. Bien es cierto, no obstante que, en cualquier caso, podría aludirse a la consolidada jurisprudencia que excluye a las Administraciones Públicas de los convenios colectivos sectoriales que imponen condiciones de subrogación, al no formar parte de su ámbito negocial y no haber participado en su negociación (vid. v.gr. STS 11 de noviembre 2021, rec. 3330/2019), pero parece éste un tema tangencial que no ha requerido atención para resolver el presente caso.

En segundo término, la LCSP es suficientemente taxativa al respecto, pero basta citar dos preceptos:

“Artículo 188. Régimen jurídico.

Los efectos de los contratos administrativos se regirán por las normas a que hace referencia el apartado 2 del artículo 25 y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares, o documento descriptivo que sustituya a éstos.

Artículo 189. Vinculación al contenido contractual.

Los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas”.

En este sentido, debe entenderse como vinculante lo reflejado en el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas, en el que “se recogen [...] necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato” al especificar que “Con la prestación del servicio de cafetería o cafetería y comedor, según el caso, en los seis, Centros Municipales de Mayores del Distrito, no sólo se persigue ofrecer un servicio de calidad y a precios más económicos que los habituales de mercado a los usuarios de esos Centros, sino, además, propiciar las relaciones sociales de las personas mayores, promoviendo la convivencia, la participación y la integración social. Además, con carácter transversal, mediante la presente contratación se persigue la consecución de la estabilidad del empleo y el mantenimiento de las condiciones laborales del personal de ejecución del mismo durante el plazo de duración, dentro del respeto a las normas socio laborales vigentes en España, la Unión europea y de la Organización Internacional del trabajo, en el marco normativo de la contratación pública, lo que añade valor al servicio a prestar. Así mismo, los medios con los que cuenta la Administración Municipal para llevar a cabo las prestaciones objeto del presente contrato son inadecuados e insuficientes, habida cuenta de la inexistencia de efectivos suficientes para asumir la realización del mismo...” (Antecedente de hecho segundo, con relación al hecho probado tercero).

## **VI. Doctrina básica**

La doctrina básica asentada y reiterada por esta resolución encuentra su desarrollo en el Fundamento Jurídico Tercero, cuando se hace eco de la

STS de 29 de octubre de 1998 (rcud. 1213/1998). Dicha sentencia ilustra sobre que debe reconocerse como concepto jurídico indeterminado de propia actividad, entendiéndose como parte de ésta, exclusivamente, las obras y servicios que integran la

actividad principal de la empresa. Siendo así, quedan fuera de tal concepto aquellos servicios o tareas que tengan una naturaleza complementaria.

Lo relevante, por tanto, es delimitar su carácter como principal o complementaria a partir de la guía que supone la importante casuística sobre la materia conformada por la doctrina del TS al respecto, si bien, al amparo de dos presupuestos:

- al hilo de los elementos fácticos que se expliciten en el supuesto objeto de análisis;
- así como por la existencia de otros factores como pueda ser una regulación específica al respecto de la actividad que se cuestiona.

## **VII. Parte dispositiva**

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo entiende, de manera sucesiva y encadenada que:

- Existe contradicción -a los efectos del art. 219.1 LRJS- al resolverse, de manera absolutamente contrapuesta, la naturaleza de la actividad de cocina desarrollada por empleados para una misma empresa adjudicataria de idénticos servicios para el Ayuntamiento de Madrid.

- Que se aplicará el art. 42 ET, en virtud de lo expuesto en la STS de 9 de julio de 2002, (rcud. 2175/2001), cuando se cumplan los requisitos del mismo, con el objeto de establecer un mecanismo de reciprocidad entre beneficios y riesgos y, así, el contratista principal, que es el que en mayor medida puede obtener los primeros, debe asumir los segundos.

- Resulta aplicable a este supuesto, para determinar la concurrencia de los presupuestos del art. 42 ET, la doctrina básica sobre el concepto de propia actividad desarrollada a partir de la STS de 29 de octubre de 1998 (rcud. 1213/1998) y reiterada, según cita, por “las sentencias del TS 514/2017, de 14 junio (rcud1024/2016); 519/2017, de 15 junio (rcud 972/2016) y 56/2020, de 23 enero (rcud 2332/2017), entre otras muchas”.

- Al respecto, siguiendo la STS 707/2016, de 21 julio ( rcud 2147/2014), limita la propia actividad a los servicios nucleares de la principal, los únicos que pueden integrarse en la actividad principal y que, de no prestarlos, tendría que asumirlos directamente el contratista.

- Para clarificar el concepto de propia actividad es conveniente:

- en primer término, examinar la doctrina del TS en aquellas ocasiones en las que las ha reconocido. Expresamente con cita de las SSTs de 18 de abril de 1992, recurso 1178/1991; de 22 de noviembre de 2002, recurso 3904/2001; de 11 de mayo de 2005, recurso 2291/2004; de 24 de noviembre de 1998, recurso 517/1998; de 23 de septiembre de 2008, recurso 1048/2007; de 23 de enero de 2008, recurso 33/2007; de 3 de octubre de 2008, recurso 1675/2007; de 24 de junio de 2008, recurso 345/2007; 15 de noviembre de 2012, recurso 191/2012; y 7 de diciembre de 2012, recurso 4272/2011; de 29 de octubre de 2013, recurso 2558/2012; de 15 de abril de 2010, recurso 2259/2009; de 5 de diciembre de 2011, recurso 4197/2010; 707/2016, de 21 julio (rcud 2147/2014); 933/2016, de 8 noviembre (rcud 2258/2015); 366/2017, de 26 abril (rcud 110/2016); 601/2017, de 6 julio (rcud 322/2016); 602/2017, de 6 julio (rcud 325/2016); 184/2018, de 21 febrero (rcud 251/2016) y 485/2018, de 9 mayo (rcud 3535/2016); 56/2020, de 23 enero (rcud 2332/2017); 880/2021, de 14 septiembre (rcud 652/2018); 486/2022, de 27 mayo (rcud 3307/2020); 524/2022, de 7 junio (rcud 675/2021); 525/2022, de 7 junio (rcud 1817/2021); 528/2022, de 8 junio (rcud 674/2021); y 539/2022, de 13 junio (rcud 677/2021); 630/2022, de 6 julio (rcud 2103/2021). Particularmente relevante, dentro de dicha relación, es la consideración de los

servicios de comedor y cafetería de un Colegio Mayor, así como el de los centros docentes públicos de Andalucía, o el servicio municipal de atención a mayores

- en segundo lugar, hacer un recorrido por las Sentencias en las que el TS ha rechazado la existencia de la propia actividad. A tal efecto, describe el motivo del rechazo en las SSTs de 18 de enero de 1995, recurso 150/1994; de 10 de julio de 2000, recurso 923/1999; de 27 de octubre de 2000, recurso 693/1999; de 20 de julio de 2005, recurso 2160/2004; de 2 de octubre de 2006, recurso 1212/2005; de 29 de octubre de 1998, recurso 1213/1998; de 18 de enero de 2010, recurso 3237/2007; 514/2017, de 14 junio (rcud 1024/2016); 519/2017, de 15 junio (rcud 972/2016);
- por último, es conveniente repasar los supuestos en los que se ha reconocido la propia actividad en el marco de las Administraciones Públicas, para lo que se refieren las STSS de 5 de diciembre de 2011, recurso 4197/2010; TS880/2021, de 14 septiembre (rec. 652/20189); 524/2022, de 7 junio (rcud 675/2021); 525/2022, de 7 junio (rcud 1817/2021); 528/2022, de 8 junio (rcud 674/2021); y 539/2022, de 13 junio (rcud 677/2021). Nuevamente se incluyen los servicios de comedor en centros públicos.

A la vista, por tanto, de la doctrina analizada, entiende que se trata de propia actividad, por lo que estima el Recurso interpuesto, casar y anular la sentencia de suplicación, confirmando la sentencia de instancia. En consecuencia, extender la responsabilidad solidaria al Ayuntamiento como contratista de su propia actividad respecto de los Centros municipales de mayores.

### VIII. Pasajes decisivos

En los Fundamentos Jurídicos Tercero y Cuarto se concentran, esencialmente los pasajes decisivos de la sentencia, si bien, antes de los mismos, debemos reseñar un elemento antes comentado y que puede ser muy significativo para entender si nos encontramos, o no, ante un supuesto de propia actividad.

Concretamente, el ya citado Antecedente de hecho segundo, cuando reproduce el hecho probado tercero de la sentencia de instancia, y respecto al Pliego de Cláusulas Administrativas, cuando se explicita que *“Con la prestación del servicio de cafetería o comedor, según el caso, en los seis, Centros Municipales de Mayores del Distrito, no sólo se persigue [...] sino, además, propiciar las relaciones sociales de las personas mayores, promoviendo la convivencia, la participación y la integración social. Además [...] los medios con los que cuenta la Administración Municipal para llevar a cabo las prestaciones objeto del presente contrato son inadecuados e insuficientes, habida cuenta de la inexistencia de efectivos suficientes para asumir la realización del mismo...”*

Si se atiende al contenido del Reglamento de Régimen Interior de los Centros municipales de Mayores de Madrid, este incluye como servicios y espacios básicos tanto comedor como cafetería.

A partir de ahí y al amparo de resoluciones anteriores, resultan decisivos los siguientes pasajes:

- “La sentencia del TS de 9 de julio de 2002, recurso 2175/2001, explicó que el art. 42 del ET quiere evitar que el contratista principal, *“quien se halla mejor situado en esa cadena de contratación [...] que es quien controla realmente su ejecución y quien en definitiva asume en mayor medida los beneficios económicos de la actividad que realizan otros en todo o en parte, quede inmune ante las posibles deudas de estos últimos frente a sus trabajadores ante su posible situación de insolvencia, por lo que deviene razonable que desde el legislador, que no le niega los beneficios, le exija también responder de las posibles deudas salariales o de seguridad social que puedan haber generado aquellos subcontratistas situados en el final de cadena. Se entiende, en definitiva, que el art. 42 ET constituye un reflejo, mal traducido para el caso que contempla, del principio de derecho según el cual quien está en condiciones de*

*obtener un beneficio debe de estar también dispuesto a responder de los perjuicios que puedan derivar del mismo".*

- "La sentencia del TS de 29 de octubre de 1998, recurso 1213/1998, argumentó que el concepto jurídico indeterminado "propia actividad" puede explicarse conforme a dos teorías:

*La teoría del ciclo productivo, que incluye "las operaciones o labores que son inherentes a la producción de los bienes o servicios específicos que se propone prestar al público o colocar en el mercado".*

*La teoría de las actividades indispensables, más amplia que aquélla, que abarca "todas las labores, específicas o inespecíficas, que una determinada organización productiva debe desarrollar para desempeñar adecuadamente sus funciones".*

- La doctrina jurisprudencial se inclinó por la primera, excluyendo *"las actividades complementarias inespecíficas, como la vigilancia de edificios o centros de trabajo"*. La razón es 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, justificando así la responsabilidad patrimonial de la empresa o entidad comitente respecto de los salarios de los trabajadores empleados en la contrata"*.

- "La sentencia del Pleno de la Sala Social del TS 707/2016, de 21 julio ( rcud 2147/2014), compendia la doctrina en la materia:

*"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 [...] ha de acogerse la interpretación que entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente. Son las "obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la empresa, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa"; "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 penade perjudicar sensiblemente su actividad empresarial".*

- "Para precisar el alcance del concepto jurídico "propia actividad" resulta ilustrativo examinar los concretos pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia. Se ha declarado la existencia de propia actividad en los siguientes casos [...] Servicios de comedor y cafetería del colegio mayor contratados por una fundación [que] prestaba los servicios propios de un colegio mayor, que incluye el alojamiento y manutención [...] "servicio de comidas forma parte esencial del cometido del Colegio Mayor de forma que, de no dispensarse la prestación alimenticia [...] quedaría incompleta la labor del Centro que se integra con dos áreas de actividad: una, la docente y otra, la de hostelería de unas específicas características pues ha de contribuir a la formación integral de los colegiales".

- "Servicio municipal de atención a personas mayores en centros de día [...] dicho servicio constituye propia actividad del Ayuntamiento que éste ha asumido y para la que es competente, con independencia de que su prestación le sea legalmente exigible".

- "Servicio de comedor en los centros docentes públicos de la Junta de Andalucía [...] el "servicio de comedor en los centros docentes no es una actividad complementaria inespecífica de la empresa principal [...] el ente público [...] tiene atribuida la competencia relativa a la gestión de los servicios complementarios de la enseñanza no universitaria, incluyendo los comedores en los centros docentes. El servicio de comedor constituye un servicio complementario pero inherente y estrictamente necesario para que el ISE pueda prestar el servicio público que tiene encomendado".

- *“Por el contrario, se ha negado el requisito de propia actividad en los siguientes supuestos [...] "son actividades accesorias de la principal y coadyuvantes a la prestación de servicios administrativos propios de la Junta".*

- *“Hemos explicado que este tribunal ha considerado "propia actividad" de las Administraciones públicas: El servicio de comedor en los centros docentes públicos de la Junta de Andalucía [sentencia del TS880/2021, de 14 septiembre (rec. 652/20189)] porque se trata de una competencia atribuida al ente público. Es un servicio complementario pero inherente y estrictamente necesario para que se pueda prestar el servicio público docente”.*

- Por último, y como decisivo, se concluye que *“La aplicación de la citada doctrina jurisprudencial al supuesto enjuiciado obliga a concluir que el servicio de cafetería y comedor de los centros municipales de mayores no es una actividad complementaria inespecífica de la corporación local, como pueden serlo la limpieza o la vigilancia del centro. El Ayuntamiento de Madrid ha asumido la competencia relativa a los centros municipales de mayores que, si el espacio lo permite, deben incluir cafetería y comedor [art. 4.1.e) y f) del Reglamento de Régimen Interior de los Centros Municipales de Mayores]. No es una actividad meramente auxiliar de esa Administración pública sino que se trata de servicios complementarios pero inherentes y necesarios para que el ayuntamiento pueda prestar a las personas mayores el servicio público que tiene encomendado. Es una labor que la corporación municipal debe desarrollar para desempeñar adecuadamente las competencias que ha asumido, sin que tenga la naturaleza de mera actividad complementaria inespecífica, por lo que debe concluirse que constituye propia actividad de la empresa principal”.*

## **IX. Comentario**

A pesar de la claridad expositiva del ponente en la Sentencia, no reporta la misma un avance sustancial en la definición de un concepto jurídico indeterminado como el de propia actividad. Se confirma, sin embargo, su vinculación a la casuística, pero de un modo más significativo, el peso de la actuación interpretativa del TS en la materia que, a pesar de la indefinición señalada, marca las pautas mínimas para poder delimitar el ámbito objetivo del alcance de la responsabilidad objetiva del art. 42 ET.

En este sentido, una obra o servicio que se inserta en la actividad principal del comitente y que no puede ser considerada complementaria o auxiliar, tendrá la condición de propia actividad.

A tal efecto, es sustancial la descripción de los elementos fácticos que describen el supuesto analizado, pero no menos importantes los antecedentes jurisprudenciales que habrían justificado una motivación extraordinaria para apartarse de lo previamente decidido. Debemos concluir, por tanto, al respecto, que las decisiones previas de la Sala son, para esta cuestión, uno de los factores más determinantes para alcanzar una solución. De hecho, la sistemática para resolver se basa en definir la noción básica para, a continuación, repasar los citados pronunciamientos precedentes para indicar cuando han reconocido o no -y en base a qué-, una obra o servicio como propia actividad.

En la resolución objeto de análisis se aprecia la concurrencia de resoluciones que ya habían identificado la misma actividad desarrollada en el supuesto de hecho como propia actividad, si bien, lo fundamental resulta ser que aquel servicio se había identificado como básico para los centros municipales de mayores. Este es esencial para el desarrollo de la actividad de atención a este colectivo, sin que se pueda separar o cercenar respecto de un conjunto de tareas que conforman un todo con la misma finalidad: el cuidado de este colectivo vulnerable. No puede considerarse, por tanto, una actividad complementaria o auxiliar distinta de la principal de la contratante (como podría ser la limpieza o vigilancia) y, por tanto, en el caso de externalización, opera la garantía de la responsabilidad del art. 42 ET. Se evita, por tanto, una exportación de la responsabilidad que correspondería al contratante en el supuesto de asumir directamente la actividad.

## **X. Apunte final**

Sea como fuere, no se pierde ni el carácter de concepto jurídico indeterminado de la propia actividad, ni la incertidumbre que genera y seguirá generando la importantísima casuística en esta materia, que nos invita a pensar:

- que no es, ni mucho menos, un tema cerrado y;
- que puede estar sujeto a cambios de criterios.

Para los operadores jurídicos, sin embargo, mientras, tres recomendaciones:

- Existe un criterio restringido de propia actividad cuyos parámetros esenciales están definidos y sirven como referencia;
- Resulta de enorme conveniencia dejarse guiar por el catálogo de decisiones jurisprudenciales al respecto, por lo parece determinante la existencia de un precedente;
- Que, a pesar de lo anterior, no es adecuado confiarse, porque como en la misma resolución se refleja, han existido sustanciales cambios de criterio.

En fin, si alguien buscaba una solución definitiva, absoluta o genérica para identificar la propia actividad, no se encontrará en esta sentencia. Sí, sin embargo, una respuesta específica para un caso concreto que, de momento, nos puede servir de referente. Mañana... ya se verá...