



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

**Esta tesis doctoral contiene un índice que enlaza a cada uno de los capítulos de la misma.**

**Existen asimismo botones de retorno al índice al principio y final de cada uno de los capítulos.**

**[Ir directamente al índice](#)**

**Para una correcta visualización del texto es necesaria la versión de [Adobe Acrobat Reader 7.0](#) o posteriores**

**Aquesta tesi doctoral conté un índex que enllaça a cadascun dels capítols. Existeixen així mateix botons de retorn a l'índex al principi i final de cadascun dels capítols .**

**[Anar directament a l'índex](#)**

**Per a una correcta visualització del text és necessària la versió d' [Adobe Acrobat Reader 7.0](#) o posteriors.**

**TESIS DOCTORAL**



T  
2003  
052

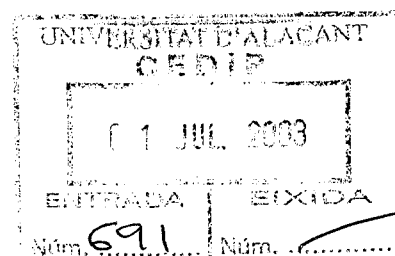
Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

**LA REGULACIÓN JURÍDICA LABORAL  
DEL TRABAJO EN CONTRATAS**  
(Configuración normativa y protección de los trabajadores)

Autor: David Montoya Medina.

Dirigida por: Prof. Dr. Fco. López-Tarruella Martínez

Alicante, 2003





Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## ABREVIATURAS



Universitat d'Alacant  
Universitat de Alicante

AA	Actualidad Administrativa
AAVV.	Autores varios
ACARL	Asociación de Cajas de Ahorros y Relaciones Laborales
AENA	Asociación Española de Navegación Aérea
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AL	Actualidad Laboral
ar.	Referencia jurisprudencial de Aranzadi
art./s	Artículo/Artículos
AS	Revista Aranzadi Social
as.	Referencia jurisprudencial de Aranzadi Social
AT	Accidente de Trabajo
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española de 1978
CEC	Centro de Estudios Constitucionales
CEF	Centro de Estudios Financieros
CES	Consejo Económico y Social
Cfr.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CL	Carta Laboral
DGT	Dirección General de Trabajo
Dir./Dir.	Director/Directores
DL	Documentación Laboral
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DS	Droit Social
edic.	Edición
edit./eds.	Editor/Editores
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
ETT	Empresa/s de Trabajo Temporal
Fund. Jco.	Fundamento Jurídico
GL	Gaceta Laboral
IES	Instituto de Estudios Sociales
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
Jur.	Jurisprudencia (referencia westlaw)
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social
LISOS	Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones del Orden Social
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical

LOPJ	Ley Orgánica 6/1995, de 1 de julio, del Poder Judicial
LOSSP	Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados
LPFP	Ley 8/1987, de 8 de junio, de Planes y Fondos de Pensiones
LPL	Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
LRJAP	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero
LRL	Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales
MFAOS	Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social
MTAS	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
MTSS	Ministerio de Trabajo y Seguridad Social
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo en Europa
OGSHT	Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada por Orden Ministerial de 9 de marzo de 1971
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OM	Orden Ministerial
op. cit.	Obra citada
pág./págs.	Página/Páginas
RD	Real Decreto
RDE	Revista de Economía
RDL	Real Decreto-Ley
RDLG	Real Decreto Legislativo
RDLRT	Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho Social
RE	Revista Economistas
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo
Ref.	Referencia
Res.	Resolución
RFDUC	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
RGD	Revista General del Derecho
RGR	Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, que aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social, modificado por el Real Decrero 1426/1997, de 15 de septiembre
RIT	Revista Internacional del Trabajo
RL	Relaciones Laborales

RMTAS	Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
RPS	Revista de Política Social
RSP	Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, que aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención
RSS	Revista de Seguridad Social
RT	Revista de Trabajo
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional
RTSSCEF	Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros
ss.	Siguientes
TC	Tribunal Constitucional
TCT	Tribunal Central de Trabajo
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TL	Temas Laborales
TRLISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
TRLPPF	Real Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones
TRS	Tribuna Social
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
ud.	Unificación de doctrina
vid.	Véase
vol.	Volumen



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

# ÍNDICE GENERAL



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN.

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO. ....	1
II. CONTRATAS Y DESCENTRALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD PRODUCTIVA. ....	3
1. La organización empresarial descentralizada como "nueva" fórmula de producción. ....	3
1.1. Significado de la descentralización productiva. ....	3
1.2. Factores socioeconómicos inductores de la descentralización productiva. ....	10
1.3. Repercusiones negativas en el ámbito de las relaciones laborales. ....	14
1.4. Tipología de la descentralización productiva. ....	23
2. La respuesta del ordenamiento jurídico ante el fenómeno descentralizador. ....	24
3. El trabajo en contratas como fórmula descentralizadora. ....	27
3.1. El significado de la subcontratación de obras y servicios como técnica de descentralización productiva. ....	28
3.1.1. Regulación vigente del trabajo en contratas y segmentación laboral. ....	31
3.2. El marco jurídico regulador. ....	38
4. El fundamento jurídico del sistema normativo de protección del trabajo en contratas en el Derecho del Trabajo. ....	40



## CAPÍTULO II: EL SUPUESTO DE HECHO DEL ARTÍCULO 42 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

I. PLANTEAMIENTO GENERAL. ....	43
II. LOS CONTRATOS CIVILES DE BASE: EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE OBRA Y SERVICIOS. ....	44
III. ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL ARTÍCULO 42 DEL ET. ....	60
1. La protección jurídica de los trabajadores del contratista dispensada por el Código Civil. ....	61
1.1. La acción directa concedida a los trabajadores del contratista en el artículo 1597 del Código Civil.....	62
1.2. Fundamentación de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil. ....	64
1.3. El problema de la vigencia del artículo 1597 y de su virtualidad jurídico laboral. ....	67
1.4. El problema del ejercicio jurisdiccional de la acción directa. ....	73
2. Antecedentes normativos posteriores al Código Civil.....	78
2.1. Normativa de accidentes de trabajo. ....	78
2.2. Normativa de obras públicas. ....	80
2.3. Normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo. ....	83
2.4. Precedentes en materia laboral y de previsión social. ....	84
2.4.1. Normativa sectorial. ....	85
2.4.2. Normativa general. ....	86
IV. LA SINGULAR RELACIÓN TRIANGULAR DEL TRABAJO EN CONTRATAS. POSICIÓN JURÍDICA DEL TRABAJADOR FRENTE AL COMITENTE Y AL CONTRATISTA. ....	90
1. La relación jurídica del empresario comitente con el empresario contratista. ....	95
2. La relación jurídica del empresario contratista con el trabajador. ....	96
3. La relación jurídica empresario comitente-trabajador. ....	98
V. CARACTERÍSTICAS DEL SUPUESTO DE HECHO NORMATIVO. .	107
1. La condición de empresarios de los sujetos intervinientes en la contrata y subcontrata. ...	107
2. El lugar de ejecución de la contrata. ....	111

3. Obras o servicios correspondientes a la propia actividad. ....	116
3.1. Propia actividad como equivalente a actividad normal. ....	118
3.2. Propia actividad como equivalente a misma actividad. ....	124
3.3. Propia actividad y objeto social. ....	126
3.4. Propia actividad y norma colectiva aplicable. ....	128
3.5. La jurisprudencia unificadora: postura ecléctica. ....	130
3.6. Conclusión: hacia una adaptación flexible del requisito legal. ....	139
4. Encargo realizado por razón de una actividad empresarial. ....	143
5. La exclusión del cabeza de familia. ....	145

### **CAPÍTULO III: EL EMPLEO ANTIJURÍDICO DE LA SUBCONTRATACIÓN.**

I. INTRODUCCIÓN. ....	148
II. LA "PSEUDOCONTRATA" Y LOS FRAUDES EN LA CONTRATACIÓN DE MANO DE OBRA. ....	149

1. Planteamiento previo: contrata de obra y servicios y contrata de mano de obra o "pseudocontrata". .	149
2. Los criterios jurisprudenciales de delimitación jurídica de la contrata de obras y servicios frente a la cesión ilegal de trabajadores. ....	155
2.1. La empresa contratista ha de ser una empresa válidamente constituida y estar dotada de una infraestructura propia e independiente. ....	156
2.2. El objeto de la contrata ha de consistir en una actividad específica y determinada. ....	161
2.3. El contratista ha de ostentar la organización, dirección y control de la actividad encomendada. ....	163
2.4. Asunción de riesgo empresarial y de las responsabilidades propias de la gestión de la actividad. ....	167

III. SUBCONTRATACIÓN E INTERDICCIÓN LEGAL DEL ESQUIROLAJE. ....	169
---	-----

1. La utilización desviada de las facultades organizativas en la empresa. ....169
2. La dudosa aplicabilidad del artículo 6.5 del Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo. ....173

## **CAPÍTULO IV: EL SISTEMA NORMATIVO DE LAS RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES EN LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS DE OBRAS Y SERVICIOS.**

I.	INTRODUCCIÓN.	190
II.	LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN EL ARTÍCULO 42 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.	192
1.	El ámbito subjetivo de la responsabilidad empresarial. El problema del encadenamiento de contratas.	192
2.	La responsabilidad por obligaciones de naturaleza salarial.	205
2.1.	Alcance de la expresión "obligaciones de naturaleza salarial".	207
2.2.	Conceptos retributivos incluidos.	210
2.3.	Conceptos retributivos excluidos.	212
2.4.	Supuestos controvertidos.	220
2.4.1.	El interés por mora.	220
2.4.2.	La compensación económica por vacaciones no disfrutadas.	223
2.4.3.	Los salarios de trámite.	225
3.	La responsabilidad empresarial por obligaciones referidas a la Seguridad Social.	240
3.1.	Planteamiento previo.	240
3.2.	Fundamento específico.	241
3.3.	Alcance de la expresión "obligaciones referidas a la Seguridad Social". El ámbito material de la solidaridad en la responsabilidad de Seguridad Social.	243
3.3.1.	Responsabilidad solidaria por cuotas de Seguridad Social.	247
3.3.2.	La responsabilidad solidaria por prestaciones de Seguridad Social.	249
3.3.3.	Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.	256
3.3.4.	Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene.	270

3.4.	La solicitud de certificación de descubierto en las cuotas y su incidencia en la materialización de la responsabilidad. ....	286
3.4.1.	Consideraciones generales sobre la cautela legal y su ubicación sistemática en el art. 42.1 del ET. ....	286
3.4.2.	La configuración legal de la certificación por descubiertos: consecuencias en el plano de la responsabilidad empresarial. ....	291
	A) Fundamento de la previsión normativa de solicitud de certificación de descubierto. ....	292
	B) Sujeto que debe efectuar la solicitud de certificación administrativa. ....	294
	C) El procedimiento para efectuar la solicitud y el objeto de la comprobación. ....	296
	D) La solicitud de certificación administrativa: ¿deber o facultad? ....	298
	E) Momento para practicar la solicitud. ....	302
	F) La responsabilidad objeto de exoneración y la incidencia del sentido de la certificación sobre la exoneración del empresario principal. ....	313
4.	Las limitaciones legales a la responsabilidad solidaria por obligaciones salariales y de Seguridad Social. ....	326
4.1.	Los límites moduladores de la responsabilidad solidaria del empresario principal en el art. 42 del ET. ....	326
4.2.	El límite subjetivo: obligaciones contraídas con los trabajadores vinculados a la ejecución de la contrata. ....	328
4.3.	Las limitaciones temporales: las obligaciones contraídas por el contratista durante la vigencia de la contrata y su exigibilidad solidaria al empresario principal durante el año siguiente a su terminación. ..	331
4.3.1.	El tiempo de vigencia de la contrata como referente temporal de la responsabilidad. ....	332
4.3.2.	El plazo de exigibilidad de la responsabilidad solidaria al empresario principal. ....	338
4.4.	La inexistencia del límite cuantitativo de la responsabilidad solidaria. ....	343

III.	LOS SUPUESTOS ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD CONTENIDOS EN LA LEY GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL. ....	345
------	--	-----

1. Planteamiento previo. Los artículos 104.1 y 127.1 de la Ley General de Seguridad Social. ....	345
2. La supuesta concurrencia aplicativa del artículo 42 del ET y el artículo 127.1 de la LGSS. ....	347
3. Fundamento específico de la responsabilidad subsidiaria. ....	351
4. El ámbito subjetivo de la responsabilidad subsidiaria de los artículos 104.1 y 127.1 de la LGSS. ....	352
4.1. El requisito de la previa declaración de insolvencia. ....	355
5. El ámbito objetivo. ....	356
6. El ámbito temporal. ....	358
7. La exoneración de la responsabilidad subsidiaria. ....	361

#### **IV. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE INFRACCIONES DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA. ....365**

1. Introducción. ....	365
2. La responsabilidad administrativa solidaria del empresario principal por las infracciones del contratista en materia de prestaciones periódicas de la Seguridad Social. ....	366
2.1. La configuración jurídica de la responsabilidad administrativa del empresario principal en el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social. ..	366
2.2. Fundamento. ....	378
2.3. ¿Se trata de una responsabilidad objetiva? .....	379
2.4. La previsión del artículo 42.1 del TRLISOS. ....	384
3. Las obligaciones y responsabilidades de los empresarios participantes en la contrata en materia de seguridad e higiene en el trabajo. ....	385
3.1. Introducción. ....	385
3.2. la génesis normativa de las obligaciones preventivas en las contratas y subcontratas. ....	388
3.3. La coordinación de actividades empresariales en la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales. ....	392
3.3.1. la obligación de cooperación de los empresarios que comparten un mismo centro de trabajo en la aplicación de las normas de prevención ex artículo 24.1 de la LPRL. ..	397
A) Los servicios de prevención mancomunados y la figura del coordinador de seguridad y salud en el ámbito de la construcción. ...	401

a) Los servicios de prevención mancomunados. ....	402
b) El coordinador de seguridad y salud en las obras de construcción. ....	405
B) Las responsabilidades derivadas del incumplimiento empresarial del deber de cooperación. ....	408
3.3.2. El deber de información del empresario titular del centro de trabajo ex artículo 24.2 de la LPRL. ....	421
A) Las responsabilidades derivadas del incumplimiento empresarial del deber de información. ....	427
3.3.3. El deber de vigilancia de los empresarios que contraten obras o servicios de la propia actividad ex artículo 24.3 de la LPRL. ....	429
A) Las responsabilidades derivadas del incumplimiento empresarial del deber de vigilancia. ....	439
3.3.4. Las obligaciones preventivas en las contratas desarrolladas fuera del centro de trabajo del empresario principal ex artículo 24.4 de la LPRL. ....	445
A) Las responsabilidades derivadas del incumplimiento empresarial de la obligación de dar traslado de la información. ....	449

## **CAPÍTULO V: LA DISCUTIDA APLICACIÓN EXTENSIVA DEL ARTÍCULO 44 ET A LOS SUPUESTOS DE SUCESIÓN DE ACTIVIDAD EN CONTRATAS Y CONCESIONES ADMINISTRATIVAS**

I. PLANTEAMIENTO PREVIO. LA HIPÓTESIS DE LA APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 44 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES A LOS SUPUESTOS DE SUCESIÓN EN LA EJECUCIÓN DE ACTIVIDADES DESCENTRALIZADAS. ....	453
II. EL OBJETO DE LA TRANSMISIÓN EN EL ARTÍCULO 44 DEL ET: ¿PARTICIPA LA CONTRATA DEL SUPUESTO DE HECHO DEL ARTÍCULO 44 DEL ET? LA TESIS PATRIMONIALISTA DEL TRIBUNAL SUPREMO. ....	458

III. LA DIRECTIVA 2001/23/CE SOBRE TRANSMISIÓN DE EMPRESAS Y LA DOCTRINA FLEXIBILIZADORA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: ¿UNA RELECTURA DEL ARTÍCULO 44 DEL ET? .....	471
---	-----

IV. LA DUALIDAD DE CONCEPCIONES DE LA EMPRESA Y SU INCIDENCIA EN LA OPERATIVIDAD DEL ARTÍCULO 44 DEL ET: LOS CRITERIOS DE LA EMPRESA-ORGANIZACIÓN Y LA EMPRESA-ACTIVIDAD. ....	482
--	-----

V. EL PROBLEMA DE FONDO: EL NECESARIO EQUILIBRIO ENTRE LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y EL NORMAL FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO DE CONTRATAS. ....	489
--	-----

## CAPÍTULO VI: LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y SUS REPRESENTANTES LEGALES

I. INTRODUCCIÓN. ....	501
II. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO 64.1 DEL ET ACERCA DE LAS PREVISIONES EMPRESARIALES SOBRE SUBCONTRATACIÓN. ....	506

1. La articulación de los derechos de información de los artículos 64.1.1° y 42 del ET. ....	508
2. El significado del término "subcontratación" empleado en el artículo 64.1.1° del ET. ....	511
3. ¿Es exigible el requisito de la propia actividad en la contrata para que el derecho de información sea operativo? .....	515
4. Los representantes titulares del derecho y los empresarios obligados a proporcionar la información. ....	517
5. Las consecuencias anudadas al incumplimiento del deber de información empresarial. ....	520

III. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN SOBRE CONTRATAS YA CONCERTADAS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 42 DEL ET. ....	523
--	-----

1. El alcance de la reforma del art. 42 del ET por la Ley 12/2001 en materia de derechos de información. ....	523
---	-----

2. Cuestiones comunes en torno a los derechos de información del artículo 42 del ET. ....	527
3. Las obligaciones informativas de la empresa contratista y subcontratista. ....	530
3.1. La obligación de información individual respecto a los trabajadores. ....	530
3.2. La obligación de información institucional a la Seguridad Social. ....	533
3.3. la obligación de información colectiva a los representantes de los trabajadores. ....	536
4. Las obligaciones informativas de la empresa principal. ....	540
CONCLUSIONES .....	542
BIBLIOGRAFÍA CITADA .....	562





Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

# CAPÍTULO I

## INTRODUCCIÓN



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

# CAPÍTULO I

## INTRODUCCIÓN

### I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.

En el presente trabajo se estudia el vigente sistema de ordenación normativa laboral de las contratas y subcontratas de obras y servicios. En el ámbito del conjunto de disposiciones que lo conforman, el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores constituye su núcleo normativo pues opera en dicho conjunto como referente legal en cuanto al tipo de subcontratación sobre la que la norma laboral actúa y en cuanto al establecimiento de la amplia gama de responsabilidades en que puede dar lugar esa actuación.

Tanto la persistencia, todavía hoy, de los problemas que suscitó desde sus iniciales andaduras la interpretación de la vigente normativa ordenadora de la subcontratación, como la reciente reforma operada en el art. 42 del ET por la Ley 12/2001 de 9 de julio aconsejan una puesta al día de la misma a través de una revisión crítica de las diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales que se han ido conformando al socaire de las múltiples cuestiones que dicha normativa suscita.

Con carácter previo al análisis de la regulación jurídica laboral del sistema de trabajo en contratas y subcontratas, se efectuará una breve reflexión acerca del sustrato económico que contextualiza el fenómeno de la subcontratación: la llamada externalización o descentralización de la actividad productiva. Se dará cuenta del significado y alcance socioeconómico de la misma, así como del conjunto de factores que han impulsado la prácticamente instantánea generalización de esta modalidad de

organización productiva, los inconvenientes asociados a su utilización, su tipología y, dentro de ella, la significación que reviste actualmente la subcontratación como una de sus modalidades.

Dicho examen, la significación socioeconómica de la subcontratación, abrirá paso al estudio de su delimitación jurídica y, con ello, al de su marco regulador, comenzando por el supuesto de hecho contenido en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores. Junto con la dimensión técnico contractual de la contrata, se estudiarán los antecedentes normativos de la vigente regulación y ocupará una especial relevancia el análisis del requisito de la "propia actividad empresarial", por ser el condicionante de la importante responsabilidad contenida en el art. 42 del ET y en el 42.3 del TRLISOS.

Seguidamente, se hipotizará sobre los supuestos de utilización desviada de la presente institución jurídica como figura interpositoria o de sustitución de trabajadores en huelga. A continuación, se abordará el estudio de las distintas disposiciones normativas que conforman el actual sistema normativo de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas de obras y servicios. Se distinguirán, a tal efecto, y por razón de la materia, tres bloques normativos: las responsabilidades por obligaciones salariales, las correspondientes a obligaciones empresariales de Seguridad Social y, por último, las referidas a infracciones administrativas, dentro de las cuales habrán de ser objeto de específico análisis las incorporadas a los deberes empresariales de coordinación que para los supuestos de actividad empresarial descentralizada prevé la vigente Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Para finalizar, se centrará la atención en los novedosos instrumentos de información que, para los trabajadores y sus

representantes legales, arbitra el art. 42 del ET tras la reforma operada en el mismo por la Ley 12/2001 de 9 de julio. Disposición que adicionó tres nuevos párrafos al art. 42 del ET de 1980, en los que, por un lado, se reconocen unos derechos de información a los representantes de los trabajadores, tanto de la empresa principal como de la empresa contratista y, por otro, se obliga a la empresa contratista a informar a sus trabajadores y a las entidades gestoras de la Seguridad Social sobre otras tantas cuestiones relativas a la identidad de la empresa principal.

## II. CONTRATAS Y DESCENTRALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD PRODUCTIVA.

### 1. La organización empresarial descentralizada como "nueva" fórmula de producción.

#### 1.1. Significado de la descentralización productiva.

Es generalmente conocido que, desde hace ya algún tiempo, se ha extendido con gran rapidez un nuevo modelo de organización de la actividad empresarial designado con el término "descentralización productiva", "externalización de actividades" o, más recientemente, con el término anglosajón "outsourcing"<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Términos utilizados por la doctrina como equivalentes, por lo que me referiré a uno o a otros indistintamente. La identificación entre los términos "outsourcing" y "descentralización productiva" puede encontrarse en LACITY, M. C. y HIRSCHHEIM, R. "Information System Outsourcing, Myths, Metaphors and Realities", England (Jhon Wiley & Sons), 1993, pág. 2. La identificación de los términos "outsourcing" y "externalización" se ha manifestado, por ejemplo, en la propia definición de outsourcing que emplean algunos economistas en España, para los que son "todos aquellos procesos consistentes en la externalización de actividades que no sean consideradas competencias básicas de la organización, independientemente de que aquellas fuesen desarrolladas o no previamente por la empresa". CASANI, F.; LUQUE, M.A.; RODRÍGUEZ POMEDA, J.; y SORIA LAMBÁN, P. "La problemática del Outsourcing", en "El horizonte de la unión económica y monetaria", RE, n° 72, 1996, pág. 86. Esta asociación de términos también se aprecia en GARCÍA-MORENO GONZALO, J. M., para el que el outsourcing es "el conjunto de contratos mercantiles articuladores de relaciones de colaboración externa empresarial idóneas para materializar la externalización de actividades y funciones de la empresa"; cfr. "Contratos entre empresas para la instrumentación de la externalización de actividades laborales.

Para alcanzar una cabal comprensión del significado de dicho modelo en el terreno de lo socioeconómico<sup>2</sup>, su estudio se ha de abordar, desde mi punto de vista, partiendo, por un lado, del carácter esencialmente dinámico del fenómeno descentralizador y, por otro, de la idea de mutación, de crisis en los modos en que tradicionalmente las empresas han venido organizando sus recursos materiales y humanos (en la comprensible búsqueda del modelo de organización del trabajo que mejor se acomode a los parámetros de máxima eficiencia y productividad<sup>3</sup>). Es preciso, por consiguiente, dar cuenta de este cambio para poder entender lo que implica este fenómeno.

La organización productiva tradicional se ha caracterizado por seguir un modelo productivo de concentración. De acuerdo con el mismo, la empresa se concibe como una unidad, resultante de la conjunción de bienes materiales y humanos, dirigida a la obtención de un fin técnico productivo en el mercado<sup>4</sup>. Esa organización productiva es organizativamente autosuficiente para la consecución de sus fines en el mercado, por lo que en ella se concentran todos los recursos materiales y humanos precisos para ello.

Sin embargo, a lo largo de la década de los años setenta, se comienza a vislumbrar que el anterior modelo de organización

---

Tipología y régimen jurídico básico", en AAVV. "La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar", Valladolid (Lex Nova), 2002, pág. 56.

<sup>2</sup> De hecho, la doctrina mercantilista rechaza identificar al outsourcing como un contrato y se inclina por entenderlo como una "actividad planificada de organización de la estructura de la empresa o de alguna de sus partes", GARCÍA-MORENO GONZALO, J. M<sup>a</sup>. "Contratos entre empresas ...", op. cit., pág. 54. En el mismo sentido, DE FERRATER, P. y FORNESA, T. "¿Qué conviene tener en cuenta a la hora de formalizar un contrato regulador de outsourcing?", Revista Iuris, n<sup>o</sup> 64, 2002, pág. 16.

<sup>3</sup> Sobre la incidencia de la crisis económica en la empresa, vid. MARTÍN ARTILES, A. y JODAR MARTÍNEZ, P. "Breve ensayo sobre crisis y relaciones industriales", en AAVV. "Crisis económica y relaciones industriales. Ensayos sobre el conflicto capital/trabajo. Estrategias y alternativas", Madrid, (Zero), 1985, pág. 24.

<sup>4</sup> MONTOYA MELGAR, A. "Sobre empresa y política", REDT, n<sup>o</sup> 64, 1994, pág. 197.

productiva está en crisis. Las tradicionales estructuras fabriles basadas en los sistemas de concentración productiva que se inspiran en los sistemas taylorista-fordista de estandarización de procedimientos y producción en serie resultan pronto arcaicas para dar una respuesta ágil a las exigencias del mercado en términos de racionalización de costes y máxima productividad. Esas exigencias, a su vez, derivan de la evolución producida en los mercados de las sociedades capitalistas, caracterizada por un ostensible incremento de la actividad empresarial y una fuerte competitividad<sup>5</sup>.

Las organizaciones productivas se van a ver obligadas a buscar nuevas fórmulas estratégicas que les aseguren no sólo la adaptación a las nuevas condiciones impuestas por el mercado para su propia supervivencia sino también la posibilidad de continuar con la producción de sus bienes o servicios en términos competitivos<sup>6</sup>. Paralelamente, existe una tendencia acuciante a la especialización. La actividad productiva se fragmenta aún más, proliferan en el mercado las empresas especialistas y se recurre a ellas desde el convencimiento de que pueden realizar con más

---

<sup>5</sup> De "hipercompetitividad" hablan, en relación a esa etapa de las relaciones de producción DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M. "Descentralización productiva y relación laboral: Escisión de empresas", en AAVV. "Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Madrid (Universidad Complutense), 1999, pág. 459. El mismo término aparece en DEL REY GUANTER, S. Prólogo a la obra colectiva "Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual", Valladolid (Lex Nova), 2001, pág. 17.

<sup>6</sup> La competitividad, como han apreciado los economistas, es un concepto relativo ya que depende del área comercial de cada país. Puede definirse como "la capacidad del tejido productivo de un país de generar bienes y servicios cuyo valor sea apreciado en sus propios mercados y en los mercados del resto del mundo" y depende de tres factores, "la productividad de un país respecto a sus competidores, su inflación relativa y las variaciones de los tipos de cambio entre los países que consideremos", cfr. O'KEAN ALONSO, J. M. "El nuevo entorno económico de la empresa", en AAVV. "El empleador en el Derecho del Trabajo", XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Madrid (Tecnos), 1999, pág. 21. Sobre este complejo término, su significado y los factores que lo determinan en la empresa, vid., además, GONZÁLEZ RENDÓN, M. "Estrategias de política industrial", Madrid (CES), 1994, págs. 111 a 119.



eficiencia las actividades que no generan valor añadido para el resto<sup>7</sup>.

La referencia a ese iter evolutivo es trascendente porque es en ese contexto socioeconómico de crisis en el que debe situarse el fenómeno de la descentralización productiva para poder comprender cómo emerge su funcionalidad.

La organización productiva descentralizada, abandona las técnicas productivas tradicionales presididas por la concentración de recursos y las reemplaza por técnicas de desconcentración productiva. Ello significa que la empresa ya no va a acaparar la organización, dirección, coste, rentabilización y ejecución de la totalidad de las tareas que constituyen su ciclo productivo sino que optará por encomendar a otras empresas especializadas la realización para ella de las tareas que, formando parte de su ciclo productivo, decide no obstante, por razones de oportunidad, no llevar a cabo por sí misma<sup>8</sup>.

Se trata de un fenómeno en el que, en efecto, la empresa desmiembra en otras determinadas fases de su ciclo productivo, de las que se ha venido ocupando tradicionalmente<sup>9</sup>, y concentra

---

<sup>7</sup> HARRISON, B. y KELLEY, M. R. "Outsourcing and the search for flexibility", en *Work, Employment and Society*, 1993, vol. VII, n° 2; London, págs. 213 a 220. EDWARDS, M. "Why governments are pursuing outsourcing", en AAVV. "Perspectives", Melbourne. Victoria, 1994, págs. 4 y 5.

<sup>8</sup> Como aprecia VALDÉS DAL-RE, F. "La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa", *RL*, n° 18, 2001, pág. 5, se produce, en apenas quince años, (1970-1985), una sustitución del "paradigma organizativo de la empresa", pues el modelo de producción tradicional que descansaba sobre los pilares de control por el empresario del ciclo productivo entero, autonomía de la empresa en sus relaciones con las demás, y gestión funcional jerárquica, es reemplazado por otro con rasgos totalmente diferentes: fragmentación de ciclo productivo, dependencia, coordinación, articulación de las relaciones interempresariales y gestión que privilegia la autonomía funcional.

<sup>9</sup> Analiza, con mayor profundidad, este fenómeno de la desmembración de la empresa, CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales", *RTSS*, n° 13, 1994, págs. 8 a 12 y "Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales", en AAVV. "El empleador en el Derecho del Trabajo", XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Madrid (Tecnos), 1999, págs. 35 y ss.

todos sus medios materiales y humanos en la realización de las tareas comprensivas de lo que constituye su "core business"<sup>10</sup>, esto es, el corazón de sus negocios, que no viene a ser otra cosa que las actividades que identifican el fin productivo de dicha empresa, comprenden la esencia de su objeto social y, por esa razón, se llevan a cabo con sus propios medios<sup>11</sup>.

En suma, la descentralización se identifica con la utilización en el marco del proceso productivo de una determinada empresa de ciertos medios materiales y humanos que, organizados por otras empresas, éstas ofertan especializada en el mercado.

En cuanto a las causas que explican la profusión de este modelo organizativo, ya que frecuentemente se alude a la estrecha conexión existente entre el fenómeno descentralizador y el de la llamada "flexibilidad", resulta conveniente dar cuenta de esa interrelación a fin de contextualizar mejor las razones que conducen a la descentralización productiva.

---

Por su parte, la doctrina mercantilista se ha encargado de poner de relieve que una de las notas definidoras del outsourcing, además de la de disciplinar relaciones mercantiles de colaboración, es la de que las tareas productivas que se externalizan han venido siendo desarrolladas por los trabajadores de la propia empresa o, en todo caso, se trata de funciones que pueden realizarse indistintamente por estos o por la empresa externa. En este sentido, se ha distinguido entre una acepción amplia de outsourcing según la cual este comprende cualquier relación de colaboración empresarial y una estricta, para la que el outsourcing engloba solamente las relaciones de colaboración atinentes a funciones que podrían desarrollarse internamente. Cfr. GARCÍA-MORENO GONZALO, J. M\*. "Contratos entre empresas ...", op. cit., págs. 56 y 69.

<sup>10</sup> Término utilizado, con harta frecuencia, incluso por la doctrina laboralista. Cfr., por todos, DEL REY GUANTER, S. prólogo de la obra colectiva "Descentralización productiva y relaciones laborales ...", op. cit., pág. 18.

<sup>11</sup> Salvedad hecha del fenómeno lamentablemente generalizado en las contemporáneas relaciones de producción y que se caracteriza por la presencia de empresas, formalmente constituidas como tales y, por tanto, con personalidad jurídica propia, cuyo ciclo productivo se halla totalmente desmembrado, de manera que, descentralizan a otras empresas, de manera radial, la ejecución de la totalidad de las actividades comprensivas del mismo sin poseer apenas infraestructura propia de medios materiales y humanos. Esta modalidad constituye un abuso de la técnica descentralizadora que, normalmente, no obedece a razones de eficiencia productiva, sino a la voluntad empresarial de elusión de responsabilidades con terceros.

Como se sabe, el acuciante panorama de desempleo que ha caracterizado la evolución del mercado de trabajo en los Estados de la Europa occidental condujo a los poderes públicos a plantear la hipótesis de que la rigidez de las estructuras productivas constituye el origen remoto de la desestabilización del mercado de trabajo. La respuesta no podía ser otra que la de combatir la rigidez con flexibilidad para poder asegurar la propia supervivencia de los mercados, y con ello, la potenciación de la economía<sup>12</sup>.

Por otra parte, es necesario apuntar que el término flexibilidad, aun cuando se encuentra normalmente asociado a la crisis económica y a sus repercusiones en el funcionamiento de las organizaciones productivas, constituye un concepto ambiguo cuya exacta delimitación no está exenta de dificultad<sup>13</sup>. Por esa razón, la doctrina se ha acercado a su significado distinguiendo dos niveles teóricos de flexibilidad que han sido identificados de muy diversas maneras. Pues bien, ya se trate de la llamada "flexibilidad en los métodos de trabajo"<sup>14</sup>, ya de la llamada flexibilidad externa<sup>15</sup>, la idea o propósito empresarial que

---

<sup>12</sup> Repárese en que este tipo de planteamientos se aproxima mucho a los que han inspirado los modelos productivos de EEUU y Japón donde la menor tasa de desempleo es comúnmente atribuida a factores de flexibilidad.

<sup>13</sup> Sobre el concepto de flexibilidad, vid. SAPPÍA, J.J., FONSECA, H.A., MEDINA MAILHO, R.E. y PIÑA, M.E. "Empleo y flexibilidad laboral", Buenos Aires (Astrea), 1996, págs. 2 a 8.

<sup>14</sup> Entendiendo por tal todas las actuaciones reorganizativas en la empresa emprendidas en el contexto de los cambios tecnológicos y de las presiones de competitividad existentes en el mercado, como son la externalización productiva y la producción just in time o producción ajustada, en contraposición a la llamada "flexibilidad en las condiciones de trabajo" (todas las modalidades de prestación de trabajo distintas al trabajo a tiempo completo y de duración indefinida). En este sentido, LASIERRA, J.M. y MURAYAMA, C. "Economía de trabajo y política laboral", Dir. Santos M. Riesga; Madrid (Pirámide), 2002, págs. 258 y 259.

<sup>15</sup> La flexibilidad externa es la relativa a los instrumentos de incorporación y salida del mercado de trabajo (ingreso en la empresa y extinción del contrato) y la interna es la que se predica de la relación laboral ya constituida y en estado dinámico (jornada de trabajo, movilidad geográfica y funcional, fijación de salarios, etc). Sobre esta distinción, vid. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. "Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral", RL, 1989, tomo I, pág. 126. El origen de esta distinción está en el informe de la OCDE de 1989 que distingue hasta cinco manifestaciones distintas de la flexibilidad: flexibilidad cuantitativa interna, flexibilidad

subyace en su defensa, en orden a la potenciación de la productividad en la organización, es lo que ha determinado la externalización de actividades, descentralización, al cabo, que se constituye en instrumento o herramienta de aquella<sup>16</sup>. Efectivamente, la necesaria adaptación flexible a las fluctuaciones del mercado ha tenido como principal manifestación socioeconómica la descentralización de actividades productivas y consecuente recurso al empleo externo.

Además, el recurso a la externalización de actividades ha sido incardinada dentro de una categoría más amplia que la doctrina ha identificado como una más de las respuestas adoptadas por los Estados ante la crisis: el empleo atípico, también identificado con la expresión "nuevas formas de empleo"<sup>17</sup>.

En este contexto, pues, del recurso al empleo externo como una de las formulas típicas, sirva la expresión, del trabajo atípico, es como se entiende la instrumentalización de la subcontratación de actividades al servicio de la flexibilidad en la empresa. La descentralización productiva y, especialmente, la subcontratación ha sido utilizada como fórmula de alternativa

---

cuantitativa externa, externalización, flexibilidad funcional y flexibilidad salarial. BRUNHES, B. "Labour flexibility in enterprises: A comparison of firms in four European countries", en AAVV. "Labour Market Flexibility, Trends in Enterprises", Paris (OCDE), 1989, págs. 11 y ss.

<sup>16</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. "Nuevas tecnologías y relación de trabajo", Valencia (Tirant lo Blanch), 1990, pág. 17).

<sup>17</sup> El trabajo atípico, se define, en términos generales, como "todo tipo de empleo distinto al contrato de trabajo a tiempo completo y por tiempo indefinido", ROJOT, J. "Atypical Work Forms In The Management Of Company Workforces In Europe: Tentative Results From A Four-Country Study", en AAVV. "The changing face of Labour Law and Industrial Relations", Auflage-Baden (Roger Blanpain/Manfred Weiss, eds), 1993, pág. 168. Como se puede comprobar, este concepto no se predica con carácter exclusivo de la descentralización productiva, sino de todos aquellos arquetipos de relaciones laborales que se apartan del modelo clásico que dio origen al Derecho del Trabajo en el siglo XIX, es decir, contratación a domicilio, trabajo autónomo, contratación temporal, contratación a tiempo parcial y empresas de trabajo temporal. En España el llamado trabajo atípico, ha sido estudiado en diversos trabajos doctrinales. Una interesante recopilación de sus modalidades puede encontrarse en CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E. y VALDÉS DAL-RE, F. "Diversidad y precariedad en la contratación laboral en España", RL, 1989, vol. I, págs. 247 y ss. y en CACHÓN RODRÍGUEZ, L. "Tipología sobre las formas atípicas de empleo en Europa", RL, 1989, vol. I, págs. 1287 y ss.

flexible al empleo directo por las notables ventajas que supone para las organizaciones productivas.

## 1.2. Factores socioeconómicos inductores de la descentralización productiva.

Si, como se ha dicho, el móvil desencadenante del fenómeno descentralizador fue básicamente la necesidad de introducir técnicas nuevas de organización productiva que mantuvieran los niveles de competitividad ante las nuevas condiciones imperantes en el mercado, cabe preguntarse cuáles fueron en concreto esas condiciones y qué concretas finalidades se perseguía con el recurso a fórmulas de producción descentralizadas.

En cuanto a la primera de las cuestiones enunciadas, se ha apuntado que a lo largo de los años setenta el mercado se hace cada vez más complejo por razón de la reorientación de la demanda hacia productos diferentes y más personalizados y de la irrupción de las nuevas tecnologías que experimentaron un ostensible avance sobre todo en el ámbito de los sistemas de información<sup>18</sup>. Unido a ello, como antes se dijo, se asiste a un proceso de fuerte especialización incluso en sectores que hasta entonces no habían despegado. Es el caso del sector servicios, en el que merecen ser destacados los de "organización interna" de las empresas, formados por personal de mantenimiento, vigilancia, limpieza, comercial, etc, que serán los que, a la postre, las empresas exteriorizan con mayor frecuencia en búsqueda de esa especialización.

---

<sup>18</sup> O'KEAN ALONSO, J. M<sup>a</sup>. "El nuevo entorno económico de la empresa", op. cit., pág. 19. CASTELLS, M. "La era de la información. Economía, Sociedad y Cultura", vol. I, "La sociedad red", Madrid (Alianza Editorial), 1999, pág. 257. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. "Nuevas tecnologías y relación de trabajo", Valencia (Tirant lo Blanch), 1990, págs. 2 y ss.

En relación a las funcionalidades perseguidas con el recurso a las técnicas descentralizadoras, sin pretensión de agotar todas las posibles, desde mi punto de vista, las más sobresalientes son, en síntesis, las siguientes.

En primer lugar, desde un punto de vista económico, es la de ahorrar costes a las empresas manteniendo la productividad. En efecto, por un lado, la descentralización productiva permite sustituir costes fijos por variables debido a una menor patrimonialización del inmovilizado empresarial<sup>19</sup>; y, por otro, posibilita la reducción de costes en mano de obra. La mano de obra periférica a la que la empresa acude para incorporar su esfuerzo productivo a su propio proceso de producción es normalmente más barata por cuanto se trata de personal perteneciente a pequeñas empresas caracterizadas por crear empleos precarios<sup>20</sup> y menor retribuidos<sup>21</sup>. En efecto, considerando el factor trabajo como factor de coste y, al mismo tiempo, factor de producción, la exteriorización de empleo puede perfectamente inscribirse en esa natural tendencia empresarial a reducir los costes fijos del trabajo sin poner en peligro, sin embargo, la productividad<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> DEL REY GUANTER, S., Prólogo a la obra colectiva, "Descentralización productiva y relaciones laborales ...", op. cit., pág. 17.

<sup>20</sup> Sobre los perjuicios para la productividad, competitividad de las empresas, la economía en general, y los perjuicios que la precarización produce en los trabajadores ha alertado, entre otros, DURÁN LÓPEZ, F. "El futuro del Derecho del Trabajo", REDT, nº 78, 1996, pág. 612.

<sup>21</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. "Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo", en AAVV. "Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva. XIV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva", Madrid (MTAS), 2002, págs. 70 a 72. CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales", op. cit., pág. 13. DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 460.

<sup>22</sup> La apreciación del trabajo como factor de coste y factor de producción ha sido tomada de RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "Contratación temporal y nuevas formas de empleo", RL, 1989, tomo I, pág. 50.

En segundo lugar, desde el punto de vista organizativo, se dota a la organización productiva de la elasticidad técnico-productiva necesaria para afrontar las eventuales fluctuaciones de la demanda<sup>23</sup>. En otras palabras, se dota a la empresa de mayor capacidad de dinamismo y adaptación en un mercado cada vez más internacionalizado y competitivo. Esta elasticidad también es patente en lo que concierne a la organización del factor humano en la empresa. En este sentido, la utilización de las técnicas descentralizadoras, típicamente la subcontratación de actividades, se configura cada vez más como una elección estratégica de organización de los recursos humanos en la empresa de modo que el empleo que antes era directo es progresivamente reemplazado por el indirecto o externalizado, sea este por cuenta ajena o por cuenta propia.

En tercer término, en cuanto a la acción de los trabajadores en la empresa, se debilita la actuación de sus representantes legales en tanto, como es conocido, su posición de fuerza es directamente proporcional al tamaño de la empresa. Desde luego, ello no se ha hecho conscientemente, como factor motivador del despegue del fenómeno externalizador. Sin embargo, dicha consideración no obsta el reconocimiento en ese factor de una clara ventaja añadida para la empresa por cuanto la desmembración organizativa inherente al proceso descentralizador dificulta seriamente la implantación de las estructuras legales de defensa de los intereses colectivos de los trabajadores<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> BLAT GIMENO, F. "Análisis jurídico laboral de la descentralización productiva", Valencia, (inédita), 1989, pág. 14 y "El marco socioeconómico de la descentralización productiva", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, págs. 25 y 26. CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva y sistema ...", op. cit., pág. 14.

<sup>24</sup> A esta circunstancia parece haberse querido referir MARTÍN VALVERDE, A. cuando ha apuntado que la exteriorización de empleo se convirtió en "una estrategia empresarial para hacer frente al poder conquistado por los trabajadores en los centros de trabajo de las grandes empresas en las movilizaciones laborales de los años sesenta y primeros setenta". Cfr. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: a propósito de la tesis doctoral de Francisco Blat Gimeno", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant

Finalmente, se ha reconocido a las técnicas externalizadoras un papel decisivo a la hora de facilitar el acceso de las empresas a los cambios tecnológicos sin necesidad de efectuar grandes inversiones económicas<sup>25</sup>. En este sentido, la descentralización permite concentrar los esfuerzos de la empresa en las líneas productivas que verdaderamente le interesan para permitir que otras empresas especializadas desarrollen aquellos cometidos, necesarios para la organización, pero de carácter auxiliar o complementario, cometidos que, además, son desarrollados con mayor eficiencia que si hubiesen sido asumidos por la empresa de forma directa.

Esta idea de eficiencia y especialización en el desarrollo de determinadas actividades del ciclo productivo, como justificación técnica del recurso a la externalización, es importante porque presenta la descentralización productiva no sólo como un recurso útil sino también como un recurso necesario. Además se ha de tener presente que la empresa moderna ha necesitado hacer uso de las nuevas tecnologías incorporadas a los factores de producción por las ineludibles exigencias de la competitividad. En palabras del profesor SALA FRANCO "el trabajo es un factor más de los costos y los costos un factor más de la competitividad"<sup>26</sup>. Ciertamente, el cuantioso esfuerzo económico que supondría para las empresas la incorporación de las innovaciones tecnológicas a la totalidad de su proceso productivo las ha llevado a recurrir al auxilio de terceras empresas que precisamente han hecho de la explotación de esas nuevas

---

lo Blanch), pág. 69.

<sup>25</sup> DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M. "Descentralización ...", op. cit., pág. 461. Un análisis conjunto de estos y otros factores en BRUNHES, B. "La flexibilidad de la mano de obra en las empresas: estudio comparativo de cuatro países europeos", en OCDE, "Políticas de mercado de trabajo en los noventa", Madrid (MTSS), 1991, pág. 267.

<sup>26</sup> SALA FRANCO, T. "La reforma del mercado de trabajo", Valencia (CISS), 1994, pág. 4.



tecnologías su principal carta de presentación de entrada en el mercado<sup>27</sup>.

### 1.3. Repercusiones negativas en el ámbito de las relaciones laborales.

Expuestas las funcionalidades más características de las técnicas descentralizadoras, no hay que dejar pasar por alto que las mismas, y en especial la subcontratación de actividades productivas, presentan singulares inconvenientes.

Ciertamente, no es tema novedoso el de los perjuicios que para los trabajadores se derivan de la utilización habitual e indiscriminada de la exteriorización del empleo. Esto no obstante, en el marco de esta investigación, resulta conveniente llamar la atención sobre la realidad de estos perjuicios porque, como se podrá comprobar, todos ellos escapan de las garantías diseñadas con fines tuitivos en nuestra vigente ordenación jurídica del trabajo en contratas.

Como punto de partida, constituye ya un lugar común constatar que las consecuencias negativas que para los trabajadores se derivan del recurso habitual por parte de los empresarios al empleo externo o indirecto son reconducibles a un fenómeno socioeconómico mucho más amplio que ha venido de la mano de la crisis económica: la "dualización" o "segmentación" de la colectividad de trabajo. Y es que, entre otros factores, las fórmulas descentralizadoras, concretamente, la subcontratación de obras y servicios, ha conducido a la disgregación de la mano

---

<sup>27</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO habla en concreto de la contrata como "sistema clásico productivo típico en algunas actividades y, desde luego, necesario e indispensable en muchos casos dada la parcelación y división especializada de trabajos que conoce nuestro tiempo", cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "La regulación protectora del trabajo en contratas", RPS., n° 93, 1972, pág. 7.

de obra asalariada en dos grandes categorías o colectivos de empleados.

Por un lado, está el personal comúnmente llamado de plantilla, con el que la empresa, para funcionar ordinariamente, cuenta de forma regular y estable como pieza integral de su estructura organizativa y que constituye el antes llamado "core business" o "núcleo duro" de la fuerza de trabajo en la organización productiva.

Por otro lado, coexiste en la propia empresa, con el personal de plantilla, un personal que, fruto de múltiples instrumentos de trabajo flexible, es, en cambio, periférico, de carácter no estable, temporal y menos retribuido. Este personal periférico cumple una función instrumental por encontrarse al servicio del amplio tejido de empresas auxiliares cuyo objetivo primordial en el mercado es precisamente completar las cadenas productivas de aquellas empresas que, fieles a las pautas marcadas por las nuevas modas organizativas, han ido sustituyendo progresivamente la producción concentrada por la desconcentrada, el empleo directo por el indirecto<sup>28</sup>.

Esos elementos negativos plantean la necesidad de reflexionar sobre la conveniencia de redefinir los límites del

---

<sup>28</sup> La distinción ha sido apuntada por los profesores MAILLARD, J., MANDROYAN, P., PLATTIER, J.P., y PRIESTLEY, T. que se han referido a un núcleo duro y estable que tiende a disminuir y a un personal periférico donde la estabilidad en el empleo es menor y que no se beneficia del estatuto jurídico de la empresa principal. Cfr. MAILLARD, J. y otros "L'éclatement de la collectivité de travail: observations sur les phénomènes d'extériorisation de l'emploi", DS, n° 9-10, 1979, pág. 324. Fuera ya de nuestro entorno, también la doctrina americana ha tenido la ocasión de denunciar la existencia de una mano de obra periférica caracterizada por estar escasamente retribuida y ocupando empleos inestables y precarios. En este sentido, BEDELL, G. "Corporate downsizing and the supervisory and managerial exclusions of the national labor relations act", Labor Law Journal, n° 48, 1997, págs. 144 y ss. Incluso hay quien ha atribuido al outsourcing la consecuencia de polarizar la sociedad entre pobres y ricos, cfr. SHELDON, F. "The hidden costs of outsourcing: a union viewpoint", Proceedings of the Forty-First annual meeting. National Academy of Arbitrators", n° 41, 1989, pág. 119 y, HOOFFMAN, C. "A Union's Lawyer's perspective", en AAVV. "Employment and Labor Law: Perspectives on reform", Washington (National Legal Center for the Public Interest), 1996, pág. 13.

Derecho del Trabajo para frenar el presente proceso de segmentación y revitalizar así su tradicional función como instrumento de cohesión y paz social<sup>29</sup>. El papel entonces del Derecho del Trabajo, ante estos nuevos fenómenos, ha de ser un papel activo pues, si el ordenamiento laboral no ha perdido su función protectora, el Derecho del Trabajo que tuvo como misión originaria la de proteger a los trabajadores de una sociedad industrial, ahora debe enfrentarse al desafío de protegerlos de la sociedad postindustrial (BELLACE)<sup>30</sup>. Por su parte, para nuestra doctrina no ha pasado inadvertido este fenómeno del que no sólo ha dado cumplida cuenta de su existencia<sup>31</sup> sino que además ha encarado en predominante tono crítico. En este sentido, el profesor SAGARDOY presenta la segmentación del mercado de trabajo como uno de los riesgos o efectos negativos de la flexibilidad (la externa, en este caso) y advierte que dicha segmentación puede desembocar en un sentimiento generalizado de injusticia y desánimo en la mayoría de los trabajadores<sup>32</sup>.

Planteadas así las cosas, uno de los efectos negativos más reprochables de esa segmentación del mercado de trabajo es la

---

<sup>29</sup> CORDOVA, E. "El papel de la industrialización y el principio de subordinación en la evolución de la legislación laboral", GL, vol. 3, n° 2, Maracaibo (Venezuela), 1997, pág. 19.

<sup>30</sup> BELLACE, J.R. "Nuevas formas de empleo en los Estados Unidos", RL, 1989, tomo I, pág. 239. En parecidos términos se ha pronunciado CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva y sistema ...", op. cit., pág. 23, para el que la libertad de empresa en la que se ampara la difusión del proceso descentralizador no puede entenderse como "imposibilidad de que la legislación pueda establecer condicionantes significativos al desarrollo del proceso económico y, menos aún, que el legislador deba permanecer indiferente a las consecuencias negativas que puedan derivarse de un proceso descentralizador incontrolado y basado exclusivamente en la obtención de la máxima rentabilidad económica a corto plazo".

<sup>31</sup> Pueden encontrarse algunas reflexiones sobre esta cuestión en VALDÉS DAL-RE, F. "Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo", RL, 2001, vol. II, págs. 83 a 86. SAPPÍA, J.J. y otros "Empleo y flexibilidad laboral", op. cit., pág. 10.

<sup>32</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. "Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral", op. cit., pág. 125.

inestabilidad laboral o precarización del empleo<sup>33</sup>. En efecto, el progresivo aumento del recurso a la exteriorización de empleo ha dado pie a la proliferación de multitud de empresas auxiliares que debido a su escasa solidez patrimonial y a la incertidumbre que genera la siempre imprevisible y eventual demanda de sus servicios en el mercado, no pueden asumir los costes sociales de una plantilla fija y han de recurrir a la contratación temporal, normalmente al contrato de obra o servicio determinado cuya duración se hace coincidir con el tiempo de ejecución de la contrata. Esta solución, por otra parte, ha sido admitida por la jurisprudencia unificadora incluso en sectores como el de vigilancia y limpieza de locales donde es más ostensible el carácter permanente de la actividad y, en consecuencia, pudiera resultar más discutible la causalidad que exige la celebración del contrato con carácter temporal<sup>34</sup>. También es conocido que la

---

<sup>33</sup> HENRIET, B. "Les emplois precaries. Evaluations, interpretations e implications", op. cit., pág. 68.

<sup>34</sup> Sentencias TS 15 de enero de 1997, ar. 497, 25 de junio de 1997, ar. 6133, 8 de junio de 1999, ar. 5209, 20 de noviembre de 2000, ar. 1422 (vol. de 2001) y 26 de junio de 2001, ar. 6839. Razona, en síntesis, esta corriente jurisprudencial que cuando el objeto de la contrata se halla bien delimitado reúne la autonomía y sustantividad propias que exige el art. 15.1 a) del ET para celebrar un contrato por obra o servicio determinado. Además, lo decisivo, a estos efectos, no es el carácter permanente de la actividad para el empresario principal sino su carácter temporal para quien asume dicha posición en el contrato, esto es, para el empresario contratista. Desde mi punto de vista, la argumentación sostenida en esta doctrina de unificación, aunque resulta impecable desde un plano puramente formal, no conduce a un resultado convincente pues, a la postre, supone la ocupación de trabajadores temporales en tareas que son permanentes tanto para la empresa principal como para la contratista cuando se dedica habitualmente a esta actividad. Una solución armonizadora de la tutela de la estabilidad en el empleo de los trabajadores con los riesgos de actividad soportados por las empresas contratistas pasaría por la concertación por estas de contratos por tiempo indefinido con sus trabajadores pactando la suspensión de la relación laboral en el caso de pérdida de la contrata.

Por su parte, la mayoría de la doctrina se ha manifestado crítica con esta corriente y ha abogado por la vuelta a una línea jurisprudencial anterior de signo contrario representada por las sentencias TS 26 de septiembre de 1992, ar. 6816, 30 de noviembre de 1992, ar. 9292, 17 de marzo de 1993, ar. 1866, 10 de mayo de 1993, ar. 4046 y 4 de mayo de 1995, ar. 3746. Cfr. VICENTE PALACIO, M<sup>a</sup>.A. "Algunas consideraciones sobre el objeto del contrato por obra o servicio determinado en el sector de la limpieza de edificios y locales", TL, n<sup>o</sup> 4, 1997, págs. 92 y ss. GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, M<sup>a</sup>.A. "El contrato para obra y servicio determinado", en AAVV. "La contratación temporal", Dir. García Ninet, J.I., Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, págs. 43 y 44. BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>. A. "El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, págs. 398 y 399. SORIANO CORTÉS, D. "La duración de la contrata o subcontrata como posible causa de temporalidad de los

irrupción del fenómeno descentralizador ha desembocado en un vertiginoso avance de las fórmulas contractuales que instrumentan distintas modalidades de trabajo autónomo. Los trabajadores autónomos que se sitúan en el contexto descentralizador han venido a suplir las funciones productivas hasta ahora desempeñadas por medio de las relaciones laborales tradicionales con la agravante de haber introducido en las organizaciones productivas un importante número de relaciones de trabajo de menor tutela jurídica por quedar extramuros, por regla general, del Derecho del Trabajo<sup>35</sup>

En segundo lugar, también se ha puesto de manifiesto el peligro de una desigualdad retributiva entre los trabajadores de los empresarios comitentes y los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas<sup>36</sup>. La sujeción de los trabajadores de unos y otros empresarios a normativas sectoriales diferenciadas conduce irremediabilmente a situaciones de desigualdad retributiva que pueden resultar sangrantes cuando, como ocurre con harta frecuencia, trabajadores de distintos empresarios realizan tareas iguales o similares en el mismo centro o espacio físico de trabajo. Esos desfases retributivos

---

contratos de trabajo" en AAVV. "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo", Madrid (MTAS), 2000, págs. 480 y 481. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. "Subcontratación productiva ...", op. cit., págs. 77 a 79. En contra, MERCADER UGUINA, J.R. "La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, págs. 31 y 35. CALVO GALLEGO, F.J. "La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios", TL, n° 56, 2000, pág. 89, CAMPS RUIZ, L.M. "Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa", Valencia (Tirant lo Blanch), 1997, págs. 49 y 50, LAHERA FORTEZA, J. "Los contratos temporales en la unificación de doctrina", Madrid (La Ley), 2001, págs. 77 y 78.

<sup>35</sup> Circunstancia que es ostensible en nuestro ordenamiento jurídico donde el trabajador autónomo carece de un estatuto profesional como instrumento de protección jurídica y a diferencia de otros ordenamientos como el alemán que contempla la figura de los llamados "semi trabajadores" o el italiano en relación al "trabajo parasubordinado". En este sentido, VALDÉS DAL-RE, F. "Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo", op. cit., pág. 88.

<sup>36</sup> SANGUINETI RAYMOND, W. "Descentralización productiva", op. cit., pág. 2. GARCÍA MURCIA, J. "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores", op. cit., pág. 10. CRUZ VILLALÓN, J. "Los cambios en la organización de la empresa ...", op. cit., págs. 56 y 57.

traen su causa en la reorganización de la negociación colectiva que lleva consigo el fenómeno descentralizador. Se ha dicho, en este sentido, que la descentralización productiva ha ocasionado cierta "desestructuración de la negociación colectiva" o "segregación negocial" que se ha puesto de manifiesto a través de una huida de los convenios colectivos de las empresas principales, caracterizados por proporcionar a los trabajadores un mayor nivel de protección, hacia otros ámbitos negociales (representados por el conjunto de empresas auxiliares) en los que, debido a una menor implantación sindical, las condiciones de trabajo, sobre todo las económicas, resultan comparativamente deficitarias<sup>37</sup>.

En tercer lugar, el recurso permanente a las técnicas descentralizadoras conlleva el riesgo de conducir hacia un debilitamiento de las estructuras representativas ocasionado por lo que la doctrina ha denunciado bien como una "reducción de la dimensión de la empresa" o "redimensionamiento del tamaño de la empresa"<sup>38</sup> bien como la desaparición "la gran empresa como organización de integración vertical y jerárquica"<sup>39</sup>. Ese redimensionamiento de la gran empresa ha tenido gran repercusión en el plano colectivo de las relaciones de trabajo pues es notorio que la reducción de la dimensión de la empresa incide en las mismas de forma directa o indirecta. Por otro lado, esa menor fuerza representativa tiene también repercusión en el ámbito de la prevención de riesgos laborales pues, como es conocido, la vigente ordenación jurídica de la representación de los trabajadores en este ámbito supedita la necesidad de contar con

---

<sup>37</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. "Subcontratación productiva ...", op. cit., págs. 53 y ss.

<sup>38</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "Interposición y trabajo en contratas a través de la jurisprudencia", op. cit., pág. 75. CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva y sistema ...", op. cit., pág. 17.

<sup>39</sup> VALDÉS DAL-RE, F. "Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo", op. cit., pág. 86.

un delegado de prevención a la existencia de órganos de representación unitaria (art. 3.5 LPRL).

Por último, y ya desde el punto de vista de las repercusiones de la dualización de la colectividad de trabajo sobre las empresas, se ha llegado a apuntar cierto dumping social entre las empresas que conservan los modos operandi tradicionales de organización del trabajo y las empresas que han incorporado las nuevas fórmulas de producción flexible. La razón para ello es la mayor onerosidad que para las primeras supone tener mayor número de trabajadores permanentes o de plantilla<sup>40</sup>.

La exposición de todos estos inconvenientes asociados al fenómeno descentralizador son significativos porque van a constituir claros exponentes referenciales de cómo las profundas transformaciones experimentadas en los tejidos productivos van a terminar planteando la cuestión de la eficacia de las actuales regulaciones normativas y, con ello, nuevos desafíos para el Derecho del Trabajo moderno. A ello se ha referido recientemente el profesor VALDÉS DAL-RE que ha apuntado, con buen criterio, cómo los nuevos sistemas de organización del trabajo, a su vez, han "desorganizado" el Derecho del Trabajo. Dicha desorganización normativa se ha manifestado en tres grandes quiebras, a saber: la de la concepción tradicional del empresario, que ya no concentra en un sólo sujeto ni el ejercicio de las facultades organizativas ni el centro de imputación de las responsabilidades empresariales; la del concepto tradicional de empresa, donde, como se ha visto, se ha pasado de la estructura vertical de producción en serie, jerarquizada y concentrada territorialmente, en la que la empresa concentra todas las actividades que componen el ciclo productivo, al modelo de empresa red, desmembrada organizativamente y dislocada territorialmente, en la que la

---

<sup>40</sup> SAPPÍA, J.J. y otros "Empleo y flexibilidad laboral", op. cit., pág. 9.

producción es el resultado de las relaciones de cooperación de una suma de unidades productivas<sup>41</sup>; y, por último, la quiebra de la posición tradicional del trabajador, evidenciada con la segmentación de la colectividad laboral y la existencia de estatutos jurídicos diferenciados, el debilitamiento de las estructuras de representación colectiva y la proliferación de fórmulas de trabajo autónomo<sup>42</sup>.

#### 1.4. Tipología de la descentralización productiva.

La externalización de actividades o outsourcing no es un fenómeno que se pueda identificar exclusivamente con una sola técnica de exteriorización de actividades que tradicionalmente la empresa ha llevado a cabo con medios propios. Como ha afirmado RIVERO LAMAS, el outsourcing es un fenómeno económico multidireccional<sup>43</sup>. Ello supone que, efectivamente, se manifiesta a través de muy variadas formas de reorganización tales como la subcontratación de obras y servicios con otras empresas, los contratos civiles y mercantiles que puedan efectuarse con trabajadores autónomos para la realización de pequeñas tareas, las transmisiones de centros de trabajo o unidades productivas a través de escisiones parciales de la empresa, la cesión de trabajadores en el seno de un grupo de empresas, las empresas de

---

<sup>41</sup> Esta referencia a la transición de un modelo a otro de empresa, también en MARTÍN VALVERDE, A. "Descentralización productiva y protección ...", op. cit., pág. 70 y CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva y sistema ...", op. cit., págs. 7 a 12.

<sup>42</sup> La idea de que "la nueva organización del trabajo está produciendo una desorganización del Derecho del Trabajo", procede de SIMITIS, y de ella parte VALDÉS DAL-RE, F. para poner de manifiesto las quiebras aquí apuntadas. Cfr. "Descentralización productiva y desorganización ...", op. cit., págs. 79 y ss.

<sup>43</sup> RIVERO LAMAS, J. "La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo", en AAVV. "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo", Madrid (MTAS), 2000, pág. 23.



trabajo temporal, el trabajo a domicilio y, como modalidad de este, el teletrabajo<sup>44</sup>.

Esta extensísima tipología obedece a que, como se ha apreciado, la descentralización "es hoy una realidad planetaria", visible en economías de muy variada estructura y empleada en los más diversos sectores económicos. Además, se trata de una "realidad multifuncional" que no sólo afecta a la producción de bienes y servicios, sino que también opera en su gestión y comercialización, introduciéndose incluso en funciones empresariales estratégicas como pueden ser las de dirección<sup>45</sup>.

De entre las múltiples modalidades de técnicas de externalización que han sido enunciadas, y prescindiendo ahora de los criterios sistemáticos que se han ofrecido para agruparlas<sup>46</sup>, merece destacar por su paradigma la subcontratación<sup>47</sup>. No obstante, su significación en el contexto descentralizador y su tipología serán analizadas más adelante.

---

<sup>44</sup> Un repaso de esta rica tipología de la descentralización en BARREIRO GONZÁLEZ, G. "Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna", REDT, n° 94, 1999, pág. 166. MATEOS BEATO, A. "Análisis de la descentralización productiva", en AAVV. "Las empresas de trabajo temporal. Debate de los interlocutores sociales", Valladolid (Lex Nova), 1993, págs. 123 y 124. Sobre el trabajo atípico situado a medio camino entre la relación laboral y el trabajo autónomo, vid. PEDRAZZOLI, M. "El trabajo que cambia: problemas de calificación y de método", RFDUC, n° 14, 1988, monográfico "Estudios sobre flexibilidad laboral y nuevos comportamientos sindicales", págs. 111 y ss.

<sup>45</sup> En este sentido, VALDÉS DAL-RE, F. "La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa", op. cit., pág. 6 y 7.

<sup>46</sup> Un ejemplo de dichos criterios de ordenación es el que distingue entre "sistema de empresas externalizadas" y "sistema de territorial de empresas". COSTA CAMPI, M. T. "Marco externo y sistema de empresas", RDE, n° 2, 1989, págs. 89 y ss.

<sup>47</sup> La doctrina, generalizadamente viene reconociendo la posición preeminente de la subcontratación en el conjunto de la descentralización productiva. Cfr., GÓMEZ ALBO, P. "Descentralización productiva, externalización y subcontratación", AL, n° 10, 2000, pág. 155. BLAT GIMENO, F. "Análisis jurídico laboral de la descentralización productiva", op. cit., pág. 47.

## 2. La respuesta del ordenamiento jurídico ante el fenómeno descentralizador.

La extensión generalizada de las técnicas descentralizadoras en las relaciones de producción contemporáneas exigen que los ordenamientos jurídicos deban adoptar claros posicionamientos que pueden consistir en adoptar medidas extremas (bien reconocer abiertamente el derecho de los empresarios a utilizar estas técnicas, bien prohibirlas de manera indiscriminada) o intermedias (admitirlas pero bajo determinadas restricciones justificadas por la protección de determinados derechos mercedores de cobertura jurídica).

Nuestro ordenamiento jurídico y el resto de ordenamientos contemporáneos de nuestro entorno han optado por la segunda de las hipótesis planteadas. En efecto, partiendo del reconocimiento constitucional en el art. 38 CE del derecho a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, se admite el recurso empresarial a estas técnicas de organización productiva; pero existen normas de carácter laboral que, en aras a la protección de los derechos profesionales de los trabajadores, prohíben, con carácter absoluto, determinadas técnicas externalizadoras o las restringen al cumplimiento de ciertos requisitos legales<sup>48</sup>. La razón de ser de esa posición del ordenamiento jurídico estriba en que, por un lado, la interdicción no parece admisible (supondría una restricción normativa excesiva, propia de un correoso intervencionismo antagónico con la señalada tendencia hacia la flexibilidad externa en un contexto de lucha contra el desempleo) y, por otro, la tolerancia sin paliativos de la descentralización puede hacer

---

<sup>48</sup> Por ejemplo, es el caso de la prohibición de cesión de trabajadores contenida en el art. 43 del ET, norma que impide, en términos absolutos, las operaciones de cesión salvo las realizadas por empresas de trabajo temporal que, no obstante, precisan además estar debidamente autorizadas en los términos previstos en su Ley ordenadora. Vid. Ley 14/1994 de 1 de junio, arts. 2 y ss.

desaparecer el sentido originario del Derecho del Trabajo como rama del ordenamiento nacida de la juridificación de un conflicto de clases para la protección de un determinado grupo social.

Así pues, aunque la actitud ante la descentralización tiene que ser la misma que la adoptada ante cualquier otro mecanismo de flexibilidad externa (considerarla un instrumento útil de potenciación económica y de reacción frente al desempleo), sin embargo, y paralelamente, el Derecho del Trabajo no debe por ello perder su espíritu originario de ordenamiento protector. En este sentido, en el marco del debate sobre la flexibilidad se ha afirmado que "no se trata de desregular la relación laboral, sino de adaptarla a los nuevos condicionamientos que impone la realidad. El Derecho del Trabajo debe dar respuesta a nuevos problemas, a nuevos desafíos, sin perder de vista su función tutelar" (MEDINA MAILHO)<sup>49</sup>.

La tolerancia, por tanto, de los nuevos fenómenos de exteriorización de empleo, en sintonía con un Derecho del Trabajo que, lejos de desaparecer, opta por el cambio y la adaptación a la nueva realidad socioeconómica, se puede entonces situar en el permanente intento de los Estados en implantar, en sus sistemas de relaciones laborales, un equilibrio entre la política liberal y la socialista. El equilibrio entre el fenómeno descentralizador y el papel tuitivo del Derecho del Trabajo constituye una señal más del interés del Estado por "encontrar la dosis justa, el punto medio entre flexibilidad y rigidez, entre paternalismo social y eficacia económica" (SAGARDOY)<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> SAPPÍA, J.J., FONSECA, H.A., MEDINA MAILHO, R.E. y PIÑA, M.E. "Empleo y flexibilidad", op. cit., pág. 2.

<sup>50</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. "Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral", op. cit., pág. 124.

El respaldo constitucional a la descentralización productiva en el art. 38 CE viene siendo reconocido unánimemente por la doctrina científica<sup>51</sup>. También la jurisprudencia, normalmente obiter dicta, ha coincidido en esta posición cuando ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión<sup>52</sup>. Dicho respaldo pone de manifiesto que la Constitución de 1978 no ha establecido una organización económica fija, sino que ha optado por establecer una combinación de conceptos lo suficientemente abiertos que evitan la defensa de un sistema económico único y excluyente<sup>53</sup>.

El derecho a la libertad de empresa es un derecho que, a su vez, comprende tres libertades: la libertad de inversión, entendida como el derecho del propietario de bienes y capitales para colocarlos en el sector industrial que estime conveniente; la libertad de organización, que es la potestad para organizar libremente el proceso de producción, y la libertad de contratación<sup>54</sup>. La segunda de las libertades mencionadas constituye, precisamente, el amparo formal que ofrece cobertura constitucional a los fenómenos descentralizadores. Del derecho constitucional nace el derecho del empresario a optar por una estructura empresarial concentrada o, en cambio, desconcentrada. De esta forma, es libre también la opción del empresario de utilizar el empleo directo contratando la prestación de trabajo

---

<sup>51</sup> Por todos, BARREIRO GONZÁLEZ, G. "Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna", op. cit., pág. 174. DEL REY GUANTER, S. Y LUQUE PARRA, M. "Descentralización productiva y relación laboral", op. cit., pág. 457.

<sup>52</sup> Así lo reconoció la temprana sentencia del TCT de 3 de diciembre de 1984, ar. 9972 en relación a un supuesto de creación de una empresa filial procedente de otra matriz. Por su parte, las sentencias del TS de 20 de enero de 1997, ar. 618 y TSJ Comunidad Valenciana de 21 de mayo de 1996, as. 2304 reconocen que el ordenamiento jurídico no contiene prohibición general alguna que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva.

<sup>53</sup> GOIG MARTÍNEZ, M. "Artículo 38. La libertad de empresa" en AAVV "Comentarios a la Constitución española de 1978", vol III. Madrid (EDERSA), 1996, pág. 732.

<sup>54</sup> DE JUAN ASEÑO, O. "La Constitución económica española", Madrid (CEC), 1984, pág. 154. En la misma línea, GARCÍA PELAYO, M. "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución", en AAVV. "Estudios sobre la Constitución Española de 1978", Zaragoza, edic. preparada por Manuel Ramírez Jiménez (Libros Pórtico), 1979, pág. 39.

de los trabajadores que necesite o de recurrir al empleo indirecto de manera que la realización de esos mismos trabajos sea acometida por mano de obra perteneciente a una empresa contratista. La elección, en definitiva, entre empleo directo o indirecto se configura como una opción funcional del empleador<sup>55</sup>.

Al reconocimiento constitucional de esa libre opción el ordenamiento jurídico no acompaña ningún límite formal ni material. La decisión de exteriorizar o no actividades se puede adoptar, pues, dentro de un marco de amplia discrecionalidad empresarial, porque, en principio, no existe norma alguna (ni constitucional ni infraconstitucional) que de alguna forma acote los supuestos en que una decisión del tipo puede llevarse a cabo.

Sin embargo, como se dijo anteriormente, el artículo 38 CE no puede amparar un derecho absoluto haciendo abstracción de las distintas normas que disciplinen otros aspectos de relevancia económica. En efecto, dado que la libertad de empresa puede incidir en otras libertades y derechos constitucionalmente protegidos, el derecho constitucional puede encontrar restricciones derivadas de la aplicación de otras normas con rango de Ley<sup>56</sup>. Por esta razón, lo que sí se puede encontrar en los ordenamientos jurídicos contemporáneos es la ordenación de un conjunto de garantías dirigidas a evitar que de esa opción empresarial por el empleo indirecto se deriven para los trabajadores perjuicios que no tendrían lugar si la opción hubiese sido la contraria. Sin embargo, nótese que se trata de normas que solamente tratan de paliar los posibles efectos perjudiciales que puedan derivarse del empleo de la contrata

---

<sup>55</sup> BLAISE, H. "A la frontière du licite et de l'illicite: la fourniture de main-d'oeuvre", op. cit., pág. 418.

<sup>56</sup> GOIG MARTÍNEZ, M. "Artículo 38. La libertad de empresa", op. cit., pág. 742.

pero, en ningún modo, de disuadir a los empresarios de su utilización.

Dicha regulación garantista es notoria en el art. 43 del ET, al que se hizo referencia con anterioridad, pero también es apreciable, precisamente en el art. 42 del ET, norma que, por un lado, admite el empleo por los empresarios de técnicas descentralizadoras, a través de la realización de contratas de obras y servicios, pero que, por otro, les impone severas prescripciones legales al imponerles determinados deberes informativos en relación a los trabajadores y a sus representantes y al hacerles partícipes solidariamente de las responsabilidades contraídas por los contratistas con sus trabajadores durante la vigencia de la contrata.

### 3. El trabajo en contratas como fórmula descentralizadora.

La contratación o subcontratación de obras y servicios constituye el paradigma de las técnicas descentralizadoras por tratarse de una figura muy extendida en las actuales relaciones de producción, pero sobre todo, y en lo que ahora interesa, por constituir una institución jurídica que plantea numerosísimos problemas en relación con la determinación del alcance de los derechos y obligaciones que sus normas ordenadoras instauran (principalmente el art. 42 del ET), y no sólo por la complejidad intrínseca de la propia institución, sino por las importantes carencias de los enunciados normativos, carencias denunciadas por la doctrina, cada vez con más frecuencia, con introducción de sugerentes aportaciones de lege ferenda<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> Por todos, RIVERO LAMAS, J. "La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo", op. cit., pág. 45, que califica la vigente ordenación jurídica del trabajo en contratas como "una regulación insegura e inactual".

Interesa, por tanto, ahora acercarse al significado exacto de las operaciones de subcontratación, en el contexto externalizador, y asimismo reparar en el conjunto de normas civiles y laborales que conforman su marco regulador.

### 3.1. El significado de la subcontratación de obras y servicios como técnica de descentralización productiva.

Como ha apreciado el profesor BLAT GIMENO, la ciencia económica otorga a la subcontratación un doble sentido. En una acepción amplia, designa toda descentralización al exterior de la empresa de las actividades o fases que integran su ciclo productivo. En un sentido estricto, cuando se habla de subcontratación se hace referencia a la operación mediante la que una empresa encomienda a otra la ejecución de una parte de la producción o de ciertos servicios<sup>58</sup>.

Los factores, antes apuntados, relativos a las causas y fines que originan la irrupción de los fenómenos descentralizadores y los inconvenientes aparejados a su utilización son, lógicamente, también predicables de la subcontratación.

De entre ellos, merece destacarse el relativo a la función de especialización que cumplen las empresas contratistas. Ciertamente, la aparición de estas empresas, cuya misión es completar las fases de los ciclos productivos de las empresas que las contratan, se debe al fuerte componente de especialización en el desempeño de sus actividades, ya que la generalidad de las empresas dirigen su esfuerzo inversor hacia el "core business"

---

<sup>58</sup> BLAT GIMENO, F. "Análisis jurídico laboral de la descentralización productiva", op. cit., pág. 47. Otra cosa será la significación jurídica del término, cuestión que será objeto de estudio en el próximo capítulo, con ocasión del estudio del supuesto de hecho del art. 42 del ET

de su negocio, al no ser capaces de estar al día, investigar y disponer de tecnología suficiente para competir en actividades como, por ejemplo, informática, mantenimiento, instalaciones, etc. Ni tan siquiera en actividades tan aparentemente sencillas como la limpieza o la vigilancia, pues incluso estas tareas cuentan también con técnicas específicas<sup>59</sup>.

Pero más allá de este importante factor determinante, la función socioeconómica de la contrata como instrumento de técnica productiva se ha ido transformando a medida que en las organizaciones productivas se ha venido asentando la cultura de la flexibilidad en la empresa. De tal manera que el factor flexibilidad al que anteriormente se hizo referencia como uno de los determinantes de la descentralización en general, se ha erigido en el de mayor peso o en el más decisivo. La utilización de la contrata ha ido paulatinamente perdiendo el referente de la excepcional necesidad técnica que la justificaba, como puede ser la incorporación de una nueva tecnología, la aplicación de un programa de calidad o la atención a determinado tipo de demanda en el mercado<sup>60</sup>, para convertirse en un fenómeno corriente y extendido en las actividades productivas, un fenómeno estructural y no coyuntural.

Con la llegada de las modernas tendencias flexibilizadoras en las estrategias organizativas de las empresas, cambió radicalmente el significado de la subcontratación pues, si antes la tendencia era la de desconcentrar actividades sólo en aquellas tareas consideradas auxiliares y tangenciales al objeto social,

---

<sup>59</sup> GÓMEZ ALBO, P. "Descentralización productiva, externalización y subcontratación", op. cit., pág. 159.

<sup>60</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ya había dado cuenta de una antigua línea jurisprudencial del Tribunal Central de Trabajo, que se remontaba a los años setenta, y que exigía una justificación técnica como requisito para la validez misma de la contrata. Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "Interposición y trabajo en contratas a través de la jurisprudencia", op. cit., págs. 78 y 79.



la generalización del recurso al empleo externo lleva a la empresa a adoptar una acusada inclinación por externalizar todo tipo de actividades, incluso las comprendidas en su objeto social<sup>61</sup>.

Se puede decir así que las estructuras productivas clásicas han ido "adelgazando" hasta el punto que se ha pasado de la utilización de la empresa externa sólo en los casos en que resultaba imprescindible para cubrir un exceso coyuntural de la demanda, a una situación en la que la ejecución de los trabajos propios, normales y rutinarios de la empresa se desplazan a empresas externas<sup>62</sup>. En este sentido, y como ya se tuvo ocasión de señalar, se ha tratado de explicar este fenómeno conceptuando el recurso a la contrata como "una elección estratégica en materia social", es decir, la subcontratación se presenta para las empresas también como una manera de gestionar mejor sus capacidades disponibles y de utilizar eficazmente sus recursos humanos<sup>63</sup>.

Pues bien, siendo ello así, la generalización del recurso a la subcontratación como técnica estratégica de organización hace actualmente más palmarios los perjuicios sociales

---

<sup>61</sup> En este mismo sentido, BLAISE señala que "la exteriorización puede ser coyuntural, por ejemplo, para hacer frente a un aumento de actividad. Sin embargo, tiende cada vez más a convertirse en estructural. De una forma duradera los trabajadores externos han tomado lugar al lado de los trabajadores directamente contratados por la empresa", cfr. BLAISE, H. "A la frontière du licite et de l'illicite: la fourniture de main-d'oeuvre", DS, n° 5, 1990, pág. 418.

<sup>62</sup> Para ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. "Subcontratación productiva ...", op. cit., pág. 69, la subcontratación "ha pasado de una consideración casi patológica o excepcional a otra puramente fisiológica (o plenamente normalizada) dentro de los sistemas productivos: o, en otras palabras, ha pasado de ser la excepción a ser la norma general de actuación empresarial". También en esta línea, ALBESA VILLALTA, A. "La Seguridad y salud laboral en las contratas y subcontratas de obras y servicios (obligaciones y responsabilidades)", RTSSCEF, n° 163, 1996, pág. 80.

<sup>63</sup> Cfr. HENRIET, B. "Les emplois precaires. Evaluations, interpretations e implications", Paris (Cresst. Univ. Paris-Sud), 1981, pág. 68. En igual sentido, CACHÓN ha hablado de dos razones posibles para la utilización de la contrata: una razón técnica y una razón social. Cfr. CACHÓN RODRÍGUEZ, L. "Tipología sobre las formas de empleo atípico en Europa", op. cit., pág. 1291.

anteriormente señalados, relacionados con la segmentación de la mano de obra provocada por el fenómeno descentralizador.

### 3.1.1. Regulación vigente del trabajo en contratas y segmentación laboral.

A pesar de ello, en nuestra vigente ordenación jurídica del trabajo en contratas existe una palmaria y criticable falta de sensibilidad normativa hacia este tipo de problemas. Como se sabe, el actual régimen jurídico del trabajo en contratas es, sobre todo, un régimen de garantías pecuniarias. Su objetivo primordial no es otro que el de proteger a los trabajadores y al sistema público de la Seguridad Social de la insolvencia de los empresarios contratistas y subcontratistas involucrados, instaurando la responsabilidad legal de los empresarios comitentes.

Sin embargo, en mi opinión, se ha primado en exceso la protección frente a este tipo de riesgos hasta el punto que se ha desconocido la realidad de otros riesgos, como los expuestos, no menos severos, que han venido de la mano de la evolución económica y sobre los que el Derecho del Trabajo ha de intervenir para no desviarse de su sentido social<sup>64</sup>.

Esa falta de sensibilidad del legislador español frente a los efectos negativos que se derivan de la utilización del empleo externo contrasta con la que se ha manifestado en otras legislaciones de nuestro entorno jurídico como son, por ejemplo, el caso italiano y el francés.

---

<sup>64</sup> En este sentido, el profesor SAGARDOY ya había propuesto la actuación del Derecho del Trabajo para limitar la flexibilidad externa y controlar su abuso. Cfr. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. "Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral", op. cit., pág. 127.

En Italia, la vieja Ley n° 1369, de 1960, ya tuvo cuidado de prestar la atención debida al conocido problema de los desfases retributivos existentes entre los trabajadores del empresario comitente y los trabajadores de los empresarios contratistas como consecuencia de la disparidad de las normas convencionales a las que unos y otros se hallan sujetos. Así, en su art. 3 se ocupó de instaurar una obligatoria paridad de tratamiento retributivo que impide que los trabajadores vinculados al contratista perciban una remuneración inferior a la que percibirían de estar vinculados a la empresa principal.

Por su parte, en el Derecho francés resulta ejemplar a estos efectos la construcción doctrinal y jurisprudencial que se ha efectuado a partir de la prohibición legal del denominado "marchandage", prohibición contenida en el art. 125.1 del Code du Travail. El término "marchandage", que traducido literalmente significa "regateo", hace referencia a toda operación de provisión de mano de obra que tenga como objeto causar un perjuicio al trabajador implicado o eludir la aplicación de disposiciones legales, reglamentarias o convencionales.

Hay que advertir que en este ordenamiento la expresión provisión o suministro de mano de obra<sup>65</sup> no equivale siempre a cesión ilegal de trabajadores o mero préstamo de mano de obra, sino que tiene un sentido mucho más amplio<sup>66</sup>. De hecho no todo suministro de mano de obra ha de caer necesariamente dentro de la ilicitud. En este sentido, la doctrina considera que las prestaciones de servicios que puede generar una contrata y que

---

<sup>65</sup> "Fourniture de main d'oeuvre".

<sup>66</sup> Como pone de manifiesto que sea otro precepto distinto, el art. 125.3, el que específicamente regule el préstamo de trabajadores o cesión ilegal de mano de obra.

se incardinan en un contrato de empresa, constituyen formas perfectamente lícitas de suministro de mano de obra<sup>67</sup>.

Planteadas las cosas en estos términos, se puede extraer de las anteriores premisas una conclusión lógica: si, por una parte, la prohibición del "marchandage" viene referida a cualquier tipo de suministro o aprovisionamiento de mano de obra que produzca consecuencias perjudiciales para el trabajador afectado y, por otra, la contrata de obras y servicios puede constituir uno de los cauces para llevar a cabo ese aprovisionamiento, entonces cuando la contrata ocasione perjuicios a los trabajadores en ella empleados se podrá estar ante la figura prohibida por la Ley<sup>68</sup>.

Esta norma, en definitiva, lo que trata de evitar es que el recurso a la contrata suponga que la prestación de trabajo efectuada por los trabajadores del contratista se realice en condiciones laborales menos ventajosas que las que disfrutaban los trabajadores permanentes de la empresa principal<sup>69</sup>. El precepto tiene pues por objeto paliar, en la medida de lo posible, las repercusiones negativas que trae consigo la generalizada utilización en las empresas del empleo externo con carácter estructural y permanente, fenómeno, por otra parte, también denunciado por la doctrina que ha defendido la utilización de la

---

<sup>67</sup> Cfr. BLAISE, H. "A la frontière du licite et de l'illicite: la fourniture de main-d'oeuvre", op. cit., pág. 419.

<sup>68</sup> Así lo ha apreciado DOROY, F. "Le préjudice causé au salarié dans le delit de marchandage", DS, n° 6, 1994, pág. 547.

<sup>69</sup> Así, si la norma trata de evitar la producción de perjuicios para los trabajadores empleados en la contrata, la jurisprudencia ha declarado que un perjuicio o detrimento de los asalariados puede darse desde el momento en que los asalariados puestos a disposición de una compañía no se benefician de las mismas ventajas que los trabajadores permanentes de la misma compañía, entrándose de lleno en la prohibición legal. Cfr. Cour de Cassation (chambre criminelle) 20 de octubre de 1992 en DS, n° 6, 1994, pág. 550 y Cour de Cassation (chambre criminelle) 25 de abril de 1989 en DS, n° 5, 1990, pág. 425.

contrata para atender solamente en la empresa necesidades particulares y limitadas en el tiempo<sup>70</sup>.

En nuestra vigente disciplina normativa ordenadora del trabajo en contratas, efectivamente, no se contienen disposiciones similares dirigidas a paliar los eventuales perjuicios, típicamente los salariales, que se pudieran derivar de la denunciada segmentación del colectivo laboral. No obstante, desde mi punto de vista, el ordenamiento jurídico sí proporciona instrumentos útiles para estos fines, representativos de posibles y alternativos mecanismos correctores.

En primer lugar, se ha de tener presente el papel que a este respecto pueden jugar los derechos de información de los representantes de los trabajadores tanto ex art. 64.1.1º del ET, en lo relativo a las previsiones empresariales sobre futuras subcontrataciones, como ex art. 42.4 y 5, en lo concerniente a contratas y subcontratas ya concertadas<sup>71</sup>. Tal vez estos derechos de información constituyan un cauce adecuado de control de la política empresarial de subcontratación y, más concretamente, del objeto de las contratas y subcontratas que se concierten a fin de tratar de restringir su utilización tan sólo para la satisfacción de necesidades productivas coyunturales de la empresa principal, reservando para el personal de plantilla el desempeño de las actividades permanentes identificativas de su objeto productivo.

---

<sup>70</sup> Así, los profesores MAILLARD J., MANDROYAN P., PLATTIER J-P. y PRIESTLEY T. rechazan las fragmentaciones de la empresa y abogan por dejar intacto el principio de la subcontratación y de la prestación de servicios tradicionales que permita las operaciones de este tipo sólo cuando corresponda una necesidad particular y limitada en el tiempo de la empresa comitente. MAILLARD, J. y otros, "L'éclatement de la collectivité de travail: observations sur les phénomènes d'exteriorisation de l'emploi", op. cit., pág. 324.

<sup>71</sup> Sobre unos y otros derechos de información, vid. in extenso los contenidos del capítulo V.

Más difícil resulta, en cambio, encontrar una solución a las divergencias de status salariales en las empresas contratistas y descentralizadoras en la medida en que lo habitual es que se vengan rigiendo por convenios colectivos diferentes. Desde la óptica de los derechos de información antes citados, a lo sumo, la aproximación de unos y otros niveles salariales podría venir por la fórmula de la extensión de los derechos de información del art. 42 del ET, vía convenio colectivo, al conocimiento, con carácter previo al inicio de la ejecución de la contrata, de las tablas salariales vigentes en la empresa principal para los trabajadores de categoría igual o equivalente a los que desarrollarán su prestación de servicios en dicha contrata<sup>72</sup>.

En segundo lugar, si no para conseguir una paridad en los niveles salariales, dada la dificultad práctica que ello conlleva, la negociación colectiva, sobre todo la de empresa, posiblemente pudiera resultar útil como reacción frente a la denunciada "explosión" desmesurada de la descentralización productiva, con el fin de controlarla y reducir el empleo de la contrata a la cobertura de necesidades coyunturales y específicas de la empresa evitando así posibles cesiones ilegales de trabajadores y que el recurso a la subcontratación repercuta negativamente en el nivel de empleo que exista en la empresa<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> Y es que, efectivamente, parece difícil llevar a efecto propuestas como la sugerida por ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. "Subcontratación productiva...", op. cit., págs. 64, 87 y 88, que se refiere a acuerdos concretos de carácter colectivo (pero no estrictamente convenios colectivos) concertados "entre las diferentes empresas involucradas en el fenómeno de las contratas" cuya finalidad sería la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores empleados en las mismas. La consecución de un acuerdo en este sentido (como el que el autor cita que se alcanzó en el complejo petroquímico y mineroeléctrico de Puertollano en el año 2000) podría ser interesante para la finalidad apuntada; sin embargo, tales acuerdos hoy por hoy son escasos por su difícil viabilidad habida cuenta de que se trata de acuerdos de carácter interempresarial.

<sup>73</sup> En parecido sentido se pronunció tempranamente RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "Interposición y trabajo en contratas a través de la jurisprudencia", op. cit., pág. 79, que abogó por la conveniencia de exigir una necesidad técnica para reaccionar frente a la descentralización en la empresa sin otro objetivo que evitar la contratación de trabajadores permanentes aún recurriendo a una forma genuina de contrata. Son muy ilustrativas las aportaciones de Derecho Comparado que efectúa el

El único problema que, desde mi punto de vista, se podría plantear es si en nuestro Derecho sería posible introducir en Convenio Colectivo, cláusulas del tipo, dirigidas a limitar la facultad libre del empresario de exteriorizar parcelas de actividad, y, de contemplar esta posibilidad, se suscitaría la duda de cuál sería la eficacia de estas cláusulas limitadoras.

Como se sabe, el art. 85.1 del ET, acorde con el espacio constitucional de libertad de los interlocutores sociales para el ejercicio de su autonomía colectiva, parte de una libertad de fijación del contenido negocial con el único límite del respeto a las leyes, límite que hay que entender referido a los mínimos de Derecho necesario<sup>74</sup>. Asimismo el precepto faculta a los Convenios Colectivos para regular "materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo".

La exteriorización de empleo por medio de contratas, como instrumento al servicio de una determinada política productiva y/o organizativa de la empresa, puede perfectamente concebirse como un aspecto más de la gestión económica de la empresa que puede tener su incidencia, como se ha visto, en las condiciones de trabajo de la mano de obra empleada en la empresa de la que se trate<sup>75</sup> y en el nivel de empleo hasta entonces existente en la misma.

Por esa razón, en mi opinión, no sólo es conveniente, sino también jurídicamente posible, en primer lugar, regular en los

---

autor sobre esta cuestión (pág. 77) que ponen de manifiesto que la negociación colectiva ya ha sido utilizada con éxito para abordar este tipo de cuestiones.

<sup>74</sup> ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G. "El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia", Madrid (Civitas), 1995, pág. 387.

<sup>75</sup> Incidencia que suscribe la sentencia del TSJ de Navarra de 28 de abril de 1995, as. 1351, Fund. Jco. 4°.

Convenios Colectivos de empresa los supuestos en que se puede recurrir al empleo externo por medio de una contrata<sup>76</sup> y, en segundo lugar, establecer en ellos complementariamente las garantías laborales precisas que rodeen su utilización<sup>77</sup>.

El problema de estas cláusulas convencionales es el de su eficacia frente a terceros, concretamente frente a las empresas contratistas, pues podría resultar de muy dudosa operatividad. Efectivamente, en alguna ocasión la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la incidencia de una cláusula de este tipo tanto en la relación mercantil entablada entre la empresa principal y la contratista como en las relaciones laborales, y se ha concluido que, dado que la misma forma parte no del contenido normativo del convenio sino del obligacional, sólo podrá afectar a las partes negociadoras del convenio pero no a terceras empresas ni a los trabajadores, por lo que para los casos de incumplimiento de la cláusula convencional, sin perjuicio de las acciones de responsabilidad que puedan

---

<sup>76</sup> Medida que ha sido reclamada por CCOO y UGT en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 (ANC 2003). De hecho, es algo que en la práctica negocial ya se ha hecho, incluso en ámbitos supraempresariales. Cfr., por ejemplo, el art. 19 del Convenio Colectivo de Ikastolas de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa (Res. 26-7-2002, BOPV 18-9-2002), que establece el compromiso empresarial de no acudir a las contratas para "la realización de actividades docentes ordinarias regladas", circunscribiendo su utilización a la realización de "actividades complementarias o actividades puntuales (docentes) relacionadas con el currículum pero que no forman parte intrínseca del mismo". Ya a nivel de empresa es destacable el acuerdo colectivo contemplado por la sentencia TSJ Madrid 11 de octubre de 2001, as. 4453, que había sido concertado entre una entidad financiera y determinados sindicatos y por el que la empresa se comprometía de futuro a recurrir a la contrata sólo para supuestos coyunturales de lanzamientos de productos o servicios determinados y de duración limitada en el tiempo. También son ilustrativos los acuerdos colectivos consensuados en la empresa Sony y de los que ha dado cuenta ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. "Subcontratación productiva ...", op. cit., págs. 52 (nota a pie n° 14) y 86.

<sup>77</sup> En este sentido, vid., por ejemplo, el art. 80 del Convenio Colectivo Nacional de Empresas de Seguridad para el periodo 2002-2004 (Res. DGT 16-1-2002, BOE 20-2-2002) que instaura para el personal de seguridad mecánico-electrónica una cláusula de mantenimiento del empleo en los casos de subcontratación; la cláusula 4ª del Convenio Colectivo de Telefónica para el periodo 1997-1998 contempla una garantía similar a la anterior e instaurada frente a cualquier reorganización del trabajo que la empresa lleve a cabo "por causas de innovaciones tecnológicas o técnicas" (sobre la validez de esta cláusula se ha pronunciado el TS en sentencia 16 de marzo de 1999, ar. 2206); por su parte, el art. 10 del Convenio Colectivo de Panaderías de Toledo (Res. 26-7-2001, BOP n° 102, 9-8-2002), obliga a las empresas del sector a negociar con los representantes de los trabajadores toda decisión de subcontratar que pueda afectar al nivel de empleo existente en la empresa.



ejercitarse entre las partes negociadoras, no podrá declararse la nulidad de la contrata, ni siquiera la existencia de un supuesto de cesión ilegal<sup>78</sup>.

### 3.2. El marco jurídico regulador.

Como se dijo anteriormente, la posición que adopta el ordenamiento jurídico ante el fenómeno socioeconómico de la subcontratación es de tolerancia hacia el mismo con fundamento en el art. 38 CE.

No obstante ello, también se dijo que simultáneamente el ordenamiento jurídico ha instaurado derechos y obligaciones en beneficio de aquellos que pueden verse afectados por las consecuencias del reconocimiento del derecho de libertad de empresa. Dichas limitaciones son ostensibles en el régimen de regulación laboral del trabajo en contratas.

Las normas laborales que regulan el vigente sistema de trabajo en contratas tienen en común la peculiaridad de ordenar regímenes de responsabilidad empresarial con fines tuitivos de los intereses de los trabajadores y de la propia Seguridad Social que constituyen aquí aquellos sujetos que pueden verse afectados por las consecuencias inherentes al ejercicio empresarial del derecho de libertad de empresa.

La primera norma ordenadora de ese régimen de responsabilidad empresarial es el art. 42 del ET, norma que, dada

---

<sup>78</sup> En este sentido, vid. la anteriormente citada sentencia TSJ Madrid 11 de octubre de 2001, as. 4453. El TSJ razona que, aun dando a dicho acuerdo la eficacia de convenio colectivo estatutario, "la cláusula en cuestión debería considerarse como perteneciente al contenido obligatorio, no al normativo, pues no se trata de la regulación de condiciones de trabajo sino de deberes asumidos por uno de los negociadores frente a los otros, y por tanto igualmente sólo surtiría efectos entre ellos". También en esta línea, SERRANO OLIVARES, R. "Los compromisos de empleo en la negociación colectiva", Valencia (Tirant lo Blanch), 2003, págs. 89 y ss.

su amplia comprensión aplicativa, preside todo el sistema de ordenación legal del sistema de contratas. La misma establece una responsabilidad solidaria del empresario principal por las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas por el contratista con sus trabajadores durante la vigencia de la contrata.

En segundo lugar los arts 104.1 y 127.1 de la LGSS contienen unos supuestos especiales de responsabilidad del empresario principal, esta vez no solidaria sino subsidiaria, por incumplimientos del contratista referidos a cotizaciones y prestaciones sociales que hayan causado sus trabajadores. Este precepto, como se verá, no se solapa con el mandato de la norma laboral porque contempla un supuesto de hecho más amplio y, por tanto, distinto al de dicha norma.

En tercer lugar, el TRLISOS contiene unos mandatos de responsabilidad administrativa solidaria que se extiende, en materia de contratas, a dos infracciones de naturaleza distinta. Por un lado, el referido a una infracción administrativa del contratista, en materia de Seguridad Social, y consistente en dar ocupación a solicitantes o perceptores de prestaciones periódicas de la Seguridad Social (art. 23.2). Por otro, la responsabilidad de la empresa principal, prevista en el art. 42.3, y comprensiva de toda suerte de infracciones cometidas por el contratista, en materia de seguridad e higiene, que hayan tenido lugar en el centro de trabajo del empresario principal. Dicha responsabilidad va inexorablemente ligada al deber de vigilancia sobre la actividad del contratista que el art. 24.3 de la LPRL impone al empresario principal.

Finalmente, cierra el cuadro de ordenación normativa del sistema de protección del trabajo en contratas, el art. 1597 del CC que concede acción directa a los trabajadores empleados en una

obra para dirigirse contra él por la cantidad que este, a su vez, adeude al contratista. Este precepto, primer antecedente de la vigente regulación estatutaria del trabajo en contratas, no ha sido expresamente derogado por ninguna de las normas anteriores por lo que continua en vigor como nivel último de garantía legal instaurada en beneficio de los trabajadores.

#### 4. El fundamento jurídico del sistema normativo de protección del trabajo en contratas en el Derecho del Trabajo.

Como se ha dicho, el actual sistema de ordenación legal del trabajo en contratas está presidido por la instauración de unas responsabilidades, predominantemente solidarias, exigibles al empresario principal por los incumplimientos en que, en relación a sus trabajadores, incurra el empresario contratista ya sea en materia salarial, de Seguridad Social, en la infracción administrativa del art. 23.2 TRLISOS o en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de las obligaciones comprendidas por la LPRL. ¿En qué se fundamenta la atribución legal de estas responsabilidades tratándose de un empresario que no se halla vinculado con esos trabajadores?. De las razones que, hasta ahora, ha proporcionado la doctrina en torno a esta cuestión se pueden extraer, fundamentalmente, dos tipos de consideraciones.

En primer lugar, ha sido tradicional el enfoque de la figura de la contrata y obras de servicios desde una perspectiva patológica, como figura próxima a las interpositorias de tráfico ilegal de mano de obra. Como se comprobará en el capítulo correspondiente, es rigurosamente cierto que en la práctica empresarial se ha recurrido muy frecuentemente a la utilización del art. 42 del ET como norma de cobertura para encubrir el fraude de una cesión ilegal. Desde esta posición se justifica el

establecimiento de un régimen de responsabilidad solidaria para las contratas del art. 42 por el paralelismo que guarda con la institución de la cesión ilegal del art. 43 que castiga a los empresarios cedente y cesionario a responder solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social. Desde esta perspectiva, pues, el art. 42 del ET, toma un cariz predominantemente represivo y sancionador.

En un momento posterior, que coincide con el actual, se abandonó esa concepción patológica porque no sintonizaba muy bien ni con las virtudes de la función socioeconómica que desempeña la institución hoy en día ni con la actitud de tolerancia y reconocimiento que manifiesta el ordenamiento ante el fenómeno descentralizador<sup>79</sup>. Desde esta perspectiva, el establecimiento de un sistema legal de responsabilidades que pesa sobre el empresario principal se explica por el provecho que este obtiene al incorporar a su ciclo productivo el resultado del esfuerzo productivo de la mano de obra empleada por el empresario contratista.

En efecto, no resulta proporcionado excluir al empresario principal de toda responsabilidad cuando experimenta un beneficio derivado de un conjunto de prestaciones de trabajo de cuyos frutos, de forma indirecta, se apropia<sup>80</sup>. Dicho en otras palabras, se trata de evitar que los beneficiarios de los frutos del trabajo por cuenta ajena no acudan al proceso descentralizador en perjuicio del efectivo disfrute por los trabajadores de las

---

<sup>79</sup> El desfase de ese fundamento ya fue puesto de manifiesto por MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios", en AAVV. "Comentarios a las Leyes Laborales", vol. VIII, Madrid (EDERSA), 1988, pág. 264 y CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva y sistema ...", op. cit., pág. 24.

<sup>80</sup> Sobre este fundamento, vid. GARCÍA MURCIA, J. "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el ET", RPS, n° 130, 1981, pág. 27. En el mismo ha reparado la unanimidad de la doctrina posterior, cfr., por todos, CAMPS RUIZ, L. M. "La subcontratación de obras y servicios tras el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo", en ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L. M., GOERLICH PESET, J.Mª. "La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 5/2001", Valencia (Tirant lo Blanch), 2001, pág. 66.

condiciones de trabajo que tienen reconocidas legal o convencionalmente y, en particular, la percepción de sus retribuciones, condiciones de seguridad e higiene y prestaciones de Seguridad Social<sup>91</sup>.

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>91</sup> CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", RL, 1992, vol. I, pág. 118. En este mismo sentido, es elocuente la sentencia TS 17 de mayo de 1996, ar. 4472 para la cual la finalidad del art. 42 es asegurar que "los beneficiarios del trabajo por cuenta ajena respondan de de todas las contraprestaciones inherentes al mismo, evitando que el lucro que de él puedan obtener vaya en perjuicio de la protección social del trabajador".



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

**CAPÍTULO II**  
**EL SUPUESTO DE HECHO DEL**  
**ARTÍCULO 42 DEL ESTATUTO DE**  
**LOS TRABAJADORES**



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## CAPÍTULO II

# EL SUPUESTO DE HECHO DEL ARTÍCULO 42 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

### I. PLANTEAMIENTO GENERAL.

El art. 42 del ET está ubicado en la sección 2ª del capítulo III bajo la rúbrica "*Modificación, suspensión, y extinción del contrato de trabajo*". Esta desafortunada ubicación sistemática no ha pasado inadvertida por la doctrina, pues, como se ha apreciado, la contratación y subcontratación de obras y servicios y sus consecuencias jurídico-laborales poco tienen que ver con las modificaciones, suspensiones y extinción del contrato de trabajo<sup>82</sup>. No en vano, se ha tildado este precepto de complejo y enigmático<sup>83</sup> no sólo por su desconcertante ubicación sistemática sino también por la singular dificultad que conlleva la concreción de su supuesto de hecho.

El párrafo primero del art. 42, hace referencia a "los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos". Aparecen así tres elementos vertebradores del supuesto de hecho: la condición de empresarios de los sujetos intervinientes, el tipo contractual genérico identificado en los términos contrata y subcontrata de obras y servicios; y, en último lugar, el concepto de propia actividad, como cualidad

---

<sup>82</sup> Por todos, MARTÍN VALVERDE, A., "Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios", op. cit., pág. 216. En igual sentido, MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L. "La titularidad de la empresa y el cambio de la misma", en AAVV. "El Estatuto de los Trabajadores. Jornadas de Estudio de los Magistrados de trabajo", Madrid (IES), 1980, págs.134 y 135.

<sup>83</sup> ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G. "El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia", Madrid (Civitas), 1995, pág.204.



particular que esas obras y servicios han de reunir. Pues bien, a través del análisis de dichos elementos por separado, se delimitará de forma rigurosa el supuesto de hecho de la norma, para después poder abordar el análisis de las consecuencias jurídicas que a dicho supuesto normativo se asocian.

## II. LOS CONTRATOS CIVILES DE BASE: EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE OBRA Y SERVICIOS.

Es necesario determinar a qué negocio jurídico o tipo contractual hace referencia el art. 42 cuando se refiere a contratas y subcontratas de obras y servicios.

Las palabras contrata y subcontrata, procedentes seguramente del argot empresarial<sup>84</sup>, hacen referencia en líneas generales a un negocio jurídico en virtud del cual una persona, denominada contratista, por encargo de otra, denominada comitente, se obliga a ejecutar una obra o prestar un servicio a cambio de un precio. Si el contratista realiza el encargo por sí mismo, sin delegar la tarea en un tercero, se estará ante una contrata. En cambio, si el contratista delega la totalidad o parte del encargo a un tercero, denominado subcontratista, se estará ante una subcontrata.

El art. 42 no ha sido muy explícito respecto a la exacta identificación del tipo contractual. Parece hacer referencia no a la clase de negocio que instrumenta jurídicamente la descentralización productiva sino al objeto del contrato que vincula a las empresas participantes. En cualquier caso, la doctrina atribuye el origen de esta figura al contrato de

---

<sup>84</sup> Sentencia del TCT de 10 de abril de 1989, ar.2646.

arrendamiento de obra y servicios contemplado en el art. 1544 del Código Civil<sup>85</sup>.

El arrendamiento de obras y servicios lo define el Código Civil como un contrato bilateral en virtud del cual "una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto". La presencia de la denominación de arrendamiento en este precepto y en la rúbrica general del título VI en el que se encuentra se justifica en el antecedente remoto que tiene esta figura, la institución romana de la locatio conductio<sup>86</sup>. La existencia de dicha institución romana como antecedente histórico ha motivado cierta inercia apreciable en el empleo de la misma denominación en los Códigos Civiles decimonónicos.

Sin embargo, la doctrina civilista ha rechazado la calificación de arrendamiento para esta figura por su difícil similitud con el arrendamiento de cosas<sup>87</sup>. En este sentido, al menos en lo que respecta al contrato de arrendamiento de obra, se ha preferido la denominación "contrato de ejecución de obra" o "contrato de obra", sin más, con el fin de apartarla de su origen histórico en favor de otra denominación más acorde con el objeto y función social del contrato. De hecho, los arts. 1588 y siguientes del Código Civil, que regulan este contrato, no hacen referencia al arrendamiento de obra ni a los términos arrendador y arrendatario, sino que, en su lugar, aparecen los

---

<sup>85</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., "La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos", Madrid (Ibidem), 1994, pág.75.

<sup>86</sup> El Digesto y la Pandectística distinguían entre locatio conductio rei (arrendamiento de cosas), locatio conductio operis (arrendamiento de obra), y locatio conductio operarum (arrendamiento de servicios). Siguiendo estos antecedentes, el art. 1542 del Código Civil establece que el arrendamiento puede ser de cosas, de obras, o de servicios.

<sup>87</sup> LUCAS FERNÁNDEZ, F.: "Comentario al artículo 1544 del Código Civil", en AAVV. "Comentarios al Código Civil", Dir. Manuel Albaladejo García; Madrid (RDP), 2ª edic., 1992 págs.99 y 113.

términos ejecución de obra, contratista, y dueño de la obra. Por esta razón, autores como GULLÓN BALLESTEROS proponen los términos de contratista o ejecutor de la obra, por un lado, y comitente, por otro<sup>88</sup>.

En cuanto al arrendamiento de servicios, también la expresión ha caído en desuso. Con la aparición del contrato de trabajo como nueva figura contractual, éste ha ocupado su lugar en la regulación del trabajo dependiente y por cuenta ajena, quedando el arrendamiento de servicios relegado a la ordenación jurídica de los servicios no laborales o civiles.

En otro orden de ideas, es importante no pasar por alto que el Código Civil, pese a definir en un sólo precepto el arrendamiento de obras y servicios y mostrar una cierta visión globalizada de la institución, al encabezar el capítulo III del título VI con la rúbrica "*Del arrendamiento de obras y servicios*", se está refiriendo a dos tipos contractuales independientes que tanto la práctica judicial como la doctrina y aún el mismo Código Civil vienen diferenciados para someterlos a distinto régimen jurídico<sup>89</sup>.

Es clásica y nada debatida la distinción de ambas figuras en atención al objeto del contrato. Mientras el objeto del arrendamiento de servicios consiste en el desarrollo por el arrendador de una actividad productiva en contraprestación del pago por el arrendatario de un determinado precio cuya exigibilidad es independiente de la consecución por el primero del resultado práctico pretendido por las partes, el

---

<sup>88</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Curso de Derecho Civil", Madrid (Tecnos), 1972, pág.262.

<sup>89</sup> Vid arts. 1583 a 1587 para el arrendamiento de servicios, y 1588 a 1600 para el arrendamiento de obra. Nótese asimismo que cada una de las regulaciones va precedida de un encabezamiento de sección con denominaciones hasta entonces no aparecidas: "*Del servicio de criados y trabajadores asalariados*", por un lado, y "*De las obras por ajuste o precio alzado*", por otro.

arrendamiento de obra o contrato de ejecución de obra tiene como objeto la consecución de un resultado, sin consideración a la actividad necesaria para alcanzarlo, de tal forma que el contratista, como sujeto obligado a realizar la obra, no tiene acción para exigir el precio acordado, mientras no haya alcanzado ese resultado<sup>90</sup>. En resumidas cuentas, en el contrato de arrendamiento de servicios se debe mera actividad, mientras en el de obra, un concreto resultado<sup>91</sup>.

Sin embargo, si bien el criterio del objeto del contrato es el utilizado más frecuentemente, existen otros criterios adicionales que también han sido invocados a la hora de hacer la distinción entre arrendamiento de obra y arrendamiento de servicios.

De entre ellos, merece destacarse el que se podría denominar "criterio del riesgo"<sup>92</sup>. Según este criterio, en el contrato de ejecución de obra los llamados riesgos de ejecución son del contratista mientras que en el arrendamiento de servicios los riesgos son del arrendatario receptor de dichos servicios<sup>93</sup>. Este criterio tiene una cierta conexión lógica con el anterior: si en

---

<sup>90</sup> Este criterio distintivo tiene su origen en la genérica distinción, elaborada por la doctrina francesa y alemana, entre las obligaciones de resultado y las de actividad o comportamiento. Para la distinción entre arrendamiento de obra y arrendamiento de servicios por razón del objeto del contrato, véase PUIG BRUTAU: "Fundamentos de Derecho Civil", tomo II, vol. II, Barcelona (Bosch), 2ª edición, 1982, págs.430 y 439.

<sup>91</sup> También es clásica la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sigue este criterio distintivo. Véase p.ej., sentencias del T.S., sala de lo civil, de 7 de febrero de 1990, ar.668, sobre los servicios profesionales del médico, y la de 7 de marzo de 1988, ar.1559, sobre los del abogado. Sobre este tema, in extenso, vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A. "Obligaciones de actividad y de resultado", Barcelona (Bosch), 1993.

<sup>92</sup> Para este criterio, vid. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. "Un contrato especial de trabajo: el contrato de ejecución de obra", en Anuario de Derecho Civil, Tomo XVII, fascículo 1º, 1964, pág. 48. También, LUCAS FERNÁNDEZ, F. "Comentario al artículo 1588 del Código Civil", en AAVV. "Comentarios al Código Civil", Dir. Manuel Albaladejo García; Madrid (RDP), 2ª edic, 1992, pág.176.

<sup>93</sup> La doctrina distingue los riesgos de ejecución (hechos que impiden o hacen más oneroso la prestación de los servicios o la ejecución de la obra) de los riesgos de explotación (hechos que dificulten o impidan el aprovechamiento económico del resultado del trabajo). Para esta distinción vid. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. "Un contrato especial de trabajo...", op. cit., pág. 48.

el arrendamiento de servicios el arrendador obligado a prestarlos cumple con su mera actividad no debe entonces soportar el riesgo de no alcanzar el resultado práctico pretendido por el arrendatario; por contra, en la ejecución de obra, como el contratista está obligado a alcanzar ese resultado, es él quien debe soportar el riesgo de no alcanzar dicho resultado.

Una vez apuntadas las principales notas distintivas de estas figuras contractuales, hay que advertir que, no obstante, también presentan relevantes similitudes: por un lado, ambos negocios jurídicos parten de un presupuesto previo y fundamental como es la existencia de un encargo; por otro, también en ambos actúan dos sujetos con una específica tarea, uno encomienda el encargo y otro se obliga a llevarlo a cabo. En efecto, la doctrina ha interpretado que el supuesto de hecho del art. 42 exige la existencia de una obra o encargo bien delimitado y un dueño de la obra del que el encargo ha emanado, hasta el punto de que "sin este encargo base la contrata no existe"<sup>94</sup>.

Precisamente son estas similitudes las que, a mi juicio, justifican el tratamiento unitario dado por el Código Civil y, a la postre, motivan que el art. 42 recoja implícitamente ambas figuras bajo la cobertura del mismo supuesto de hecho normativo.

Ahora bien, no hay que pasar por alto que este encargo o tarea se puede encomendar bien a una persona física para que de forma personal lo lleve a cabo, o bien a una empresa que, como organización de bienes materiales y humanos que es, se pondrá en marcha para ejecutar ese mismo encargo. En este último supuesto,

---

<sup>94</sup> ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E. "Derecho del Trabajo", Madrid (Civitas), 20<sup>a</sup> edic., 2002, pág.118.

no se habla ya de arrendamiento de obras o servicios sino de contrato de empresa<sup>95</sup>.

El contrato de empresa no tiene una regulación específica en nuestro Derecho positivo. Sin embargo, en otros ordenamientos jurídicos se aprecia el tratamiento de esta figura como una institución jurídica con sustantividad propia. Es interesante, en este sentido, el art. 1665 del Código Civil italiano que lo define como aquel contrato en el que una parte asume, con organización de los medios necesarios y gestión a propio riesgo, la ejecución de una obra o de un servicio a cambio de una retribución en dinero<sup>96</sup>. De esta forma, se puede decir que el contrato de empresa es una subespecie del contrato de arrendamiento de obras o servicios en el que el contratista o arrendador es una empresa, entendida como conjunción de personas y bienes organizados hacia un fin técnico-productivo, y no una persona natural. Siendo eso cierto, el contratista o arrendador se obliga a ejecutar el encargo no personalmente sino mediante el trabajo de otras personas, concurrente o no con el suyo propio<sup>97</sup>.

Siguiendo esta línea argumental, habrá ahora que plantearse si el supuesto de hecho del art. 42 del ET se está refiriendo al contrato de arrendamiento de obras y servicios o al contrato de empresa.

---

<sup>95</sup> Figura que tiene un tratamiento específico en el Código Civil italiano, bajo la denominación de "contrato de appalto"

<sup>96</sup> Cfr. art. 1665 *Codice Civile*.

<sup>97</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., define el contrato de empresa poniendo el acento en que el contratista utiliza el trabajo de otros para llevar a cabo el encargo. En este sentido, cfr., "el contrato de ejecución de obra". RPS, n°71, 1966, pág.169. Vid. también CALARCO, F.: "Appalti pubblici di lavoro", Milano, (Il Sole 24 hore, Pirola), 3ª edic., 1997, pág.35, donde se distingue el contrato de empresa del de ejecución de obra, en que en el primero el contratista puede valerse del trabajo subordinado de otras personas.

Parece evidente que el art. 42 no está contemplando el encargo (ya sea obra o servicio) hecho a cualquier persona, independientemente de su condición empresarial o particular, sino tan sólo el encomendado a una empresa. Como se ha visto<sup>98</sup>, el art. 42 está dispensando un régimen legal de protección de los trabajadores del contratista obligado a ejecutar el encargo; en su consecuencia, no está pensando en el contratista individual que, sin trabajadores a su cargo, se obliga a realizar la tarea de forma personal sino en el contratista, ya sea persona física o jurídica, como titular de una organización de medios materiales y humanos conocida con el nombre de empresa.

La doctrina ha reparado en esto mismo al apuntar que es característica esencial del supuesto de hecho normativo, "que el contratista esté al frente de una empresa, esto es, que la ejecución de la obra o servicios contratados se lleve a cabo mediante una organización propia de medios y una gestión a propio riesgo"<sup>99</sup>.

De esta forma, se puede concluir que "cuando se alude a las contratas y subcontratas de obras y servicios se está comprendiendo típicamente a los contratos de obras y servicios por empresa o contrato de empresa"<sup>100</sup>.

Se ha planteado por la doctrina si no sería posible hacer una interpretación extensiva del ámbito subjetivo del art. 42, de tal forma que no contemple solamente el contrato de empresa, sino también otros contratos civiles o mercantiles cuya función

---

<sup>98</sup> Cfr., lo ya visto en el capítulo I en relación a la fundamentación jurídica de la protección legal del sistema de trabajo en contratas.

<sup>99</sup> GARCÍA MURCIA, J. "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores", RPS, n°130, 1981, pág.23.

<sup>100</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. "La responsabilidad empresarial ...", op.cit., pág.73. Vid. también MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial ...", op.cit., pág.231.

social, pese a su distinta nomenclatura, sea la misma que la del contrato de empresa, es decir, consista en la realización de una obra o servicio<sup>101</sup>.

Al respecto hay que decir que es cierto que el art. 42 del ET no constriñe el supuesto de hecho a un tipo contractual específico y, aunque el contrato de empresa es el tipo contractual habitual, no por ello ha de ser el exclusivo a la hora de articular el fenómeno de la subcontratación. Por otra parte, se ha sugerido una adaptación flexible del precepto a los cambios producidos en la realidad económica subyacente<sup>102</sup>, pues, al menos en el terreno de la subcontratación, esa realidad está en constante evolución dada la aparición acelerada de nuevas figuras jurídicas que dan cobertura legal a distintos tipos de subcontratación económica<sup>103</sup>. En efecto, existen multitud de negocios jurídicos, típicos y atípicos, de naturaleza civil, mercantil y administrativa que, pese a tener una denominación jurídica distinta, coinciden, en lo esencial, en su función económico social (en este caso, el desempeño de un encargo por cuenta de un tercero). Precisamente por esa razón, no ha sido infrecuente que doctrina y jurisprudencia hayan adoptado posicionamientos favorables a la apertura del concepto de contrata a esa emergente variedad de figuras contractuales.

---

<sup>101</sup> CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por trabajo en contratas", op. cit., pág.120, y MONEREO PÉREZ, J.L.: "La responsabilidad ...", op.cit. pág. 74. MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma del art. 42 del E.T.: Se ha operado una verdadera reforma de envergadura en virtud de la Ley 12/2001", TL, n° 61, 2001, pág. 281 y "Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial", Granada (Comares), 2002, pág. 39.

<sup>102</sup> Idem, págs. 74 y 75.

<sup>103</sup> Son muy ilustrativas, en este sentido, las provenientes del Derecho anglosajón, como el engineering, factoring, leasing, renting, merchandising y algunas modalidades del outsourcing informático como el contrato de back-up o el contract for custom software development. Una exposición sistemática de estas y otras modalidades de outsourcing puede hallarse en GARCÍA-MORENO GONZALO, J. M°. "Contratos entre empresas ...", op. cit., págs. 68 a 99.



Sin embargo, aún a estas alturas siguen sin estar muy claras las líneas fronterizas que delimitan los negocios jurídicos que dan lugar a una contrata del art. 42 del ET de aquellos otros que se sustraen del campo de aplicación de dicha norma. Los esfuerzos que en esta línea ha efectuado la doctrina, normalmente a la luz de los pronunciamientos judiciales que se han erigido en torno a esta cuestión, han contribuido a una mayor clarificación de los criterios distintivos de lo que es y lo que no es contrata pero en modo alguno permiten afirmar que en la actualidad los mismos se encuentren nítidamente perfilados.

Partiendo del estudio del conjunto de aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que se han construido sobre el particular, pueden efectuarse las siguientes consideraciones.

En primer lugar, a efectos de la calificación del negocio jurídico del que se trate como una contrata o subcontrata de obras o servicios, es irrelevante el elemento subjetivo de la calificación o nomen iuris que hayan elegido las partes, por lo que habrá que atender al criterio objetivo de la verdadera naturaleza de dicho negocio, concretamente al de la existencia de un encargo llevado a cabo por un empresario por cuenta de otro como consecuencia de un acto de gestión productiva descentralizada<sup>104</sup>.

En segundo lugar, se puede constatar la inclusión en el art. 42 del ET, con carácter general, de todos aquellos tipos contractuales, distintos a los genéricos contratos de arrendamiento de obras o servicios, que entrañen obligaciones de

---

<sup>104</sup> GARCÍA PIQUERAS, M. "Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas de obras y servicios", Valencia (Tirant lo Blanch), 1998, pág. 20, GOERLICH PESET, J.M. "Actividades laborales externalizables: régimen jurídico", en AAVV. "La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar", Valladolid (Lex Nova), 2002, pág. 120. También en este sentido se ha pronunciado alguna sentencia en suplicación, cfr. TSJ País Vasco 26 de mayo de 1998, as. 5503, Fund. Jco. 2°.

hacer. Es el caso del contrato de transporte<sup>105</sup> y de los contratos atípicos de engineering<sup>106</sup> y outsourcing informático<sup>107</sup>.

En este orden de ideas, es conveniente recordar aquí que, como ya se tuvo ocasión de señalar, la contrata del art. 42 del ET presupone la existencia de un encargo bien delimitado que es encomendado por el empresario principal al auxiliar y que es el que instrumenta el proceso descentralizador. Quiere decirse con ello que, en principio, no cualquier encargo de actividad empresarial genera una contrata o subcontrata de obras o servicios sino tan sólo aquel que esté caracterizado por la especificidad de su objeto, es decir, que se halle acotado materialmente<sup>108</sup>.

La anterior constatación permite efectuar una tercera consideración. Y es que la extensión del concepto de contrata a

---

<sup>105</sup> La inclusión de los contratos de transporte y mensajería en el art. 42 del ET ha sido constante en la jurisprudencia del extinto TCT y en la doctrina de suplicación. Cfr. sentencias TCT 14 de noviembre de 1974, ar. 4734 y 24 de febrero de 1984, ar. 1725, para supuestos de transporte de personas y sentencias TSJ Cataluña 24 de octubre de 1997, as. 3732 y 29 de marzo de 1999, as. 1744, TSJ Madrid 9 de octubre de 1997, as. 3809 y TSJ Murcia 5 de octubre de 1999, as. 3510, para transporte de cosas.

<sup>106</sup> El contrato atípico de engineering es de contenido diverso ya que engloba distintas figuras que van desde el contrato de asesoramiento técnico (uno o varios técnicos especializados se obligan a asesorar a un cliente de manera puntual o continuada antes o durante la ejecución de una obra), los contratos de estudio y proyecto (cuyo objeto es la realización de los análisis y cálculos necesarios para la elaboración de un proyecto de ingeniería), hasta el contrato de ejecución de obra de ingeniería (cuyo objeto es la entrega de una obra de ingeniería, típicamente la entrega "llave en mano" de una planta industrial). GARCÍA-MORENO GONZALO, J. M". "Contratos entre empresas ...", op. cit., págs. 74 a 76. La inclusión en el art. 42 del ET del último supuesto de los citados puede apreciarse en la sentencia del TS de 27 de junio de 1988, ar. 5471.

<sup>107</sup> Cuando se habla de "outsourcing informático" se está haciendo referencia a toda suerte de figuras negociales en las que el objeto de la prestación consiste en la realización de tareas informáticas por orden y cuenta de una empresa principal. Es el caso de los contratos de desarrollo de software y mantenimiento de software, los contratos de back-up, contratos de tratamiento de datos, de cesión de bases de datos y los contratos de suministro de servicios de internet. Idem, págs. 80 y 81. Son muy ilustrativas las sentencias del TSJ Cataluña 16 de septiembre de 1994, as. 3501 y del TSJ Canarias 16 de marzo de 2001, as. 1523, en las que se reconoce comprendidos en el art. 42 los supuestos de descentralización de servicios informáticos integrales.

<sup>108</sup> Si bien la acotación ha de ser material, no ha de serlo también temporalmente pues, desde mi punto de vista, nada impide que la contrata se concierte por indefinido o indeterminado.

todos los negocios jurídicos que entrañen obligaciones de hacer de carácter específico ha generado cierto consenso doctrinal, respaldado por suficientes pronunciamientos judiciales, en el sentido de excluir del ámbito aplicativo del art. 42 del ET aquellos tipos contractuales que conlleven prestaciones de dar y aquellos otros donde la obligación de hacer no reúne la nota de especificidad como ocurre, en cuanto a estos últimos, con los contratos de distribución comercial<sup>109</sup>.

Así, en cuanto a los pertenecientes al primer grupo, se encuentran típicamente excluidos el contrato de compraventa y, como subespecie de este, el contrato de suministro pues es notorio que ambos entrañan una prestación de dar, uno de ejecución instantánea y otro de ejecución continuada<sup>110</sup>.

El problema está en que es relativamente frecuente en la praxis mercantil que dichas figuras contractuales no se presenten en estado puro sino como contratos de estructura compleja que conjugan prestaciones de dar y prestaciones de hacer, lo que permite aproximarlas al contrato de ejecución de obra y, en consecuencia, justificaría identificarlas como contratas de obras o servicios precisamente en atención a la presencia de dichas prestaciones de hacer. Piénsese en las tan recurridas fórmulas de trabajo industrial "just in time" muy utilizadas, por ejemplo, en las cadenas de montaje de automóviles en las que empresas auxiliares, como las de suministro de tapicerías y salpicaderos,

---

<sup>109</sup> Por todos, GOERLICH PESET, J.M<sup>a</sup>. "Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 92, y "Actividades laborales ...", op. cit., pág. 122.

<sup>110</sup> Puede apreciarse la exclusión del contrato de suministro en las sentencias del TSJ País Vasco 30 de octubre de 1993, as. 4309 y del TSJ Murcia 23 de noviembre de 1995, as. 4401.

proporcionan las piezas necesarias y además llevan a cabo con sus propios trabajadores las tareas de montaje precisas<sup>111</sup>.

Resulta sumamente significativo que la vieja jurisprudencia del TCT llegara a seguir esta directriz al negar incluso la calificación de contrato de suministro y calificando de contrata un supuesto en el que la empresa auxiliar proporcionaba a la principal determinados productos que había elaborado con las materias primas que esta le había entregado, de acuerdo con las instrucciones que le habían sido impartidas previamente y sometiéndose al control que ejercía la empresa principal a través de un trabajador suyo desplazado a las instalaciones de la contratista con esta finalidad<sup>112</sup>. En pronunciamientos posteriores en suplicación se puede apreciar una continuidad de esta línea<sup>113</sup>, lo que permite sostener que tanto el contrato de compraventa como el de suministro pueden dar lugar a una contrata de obras o servicios si la prestación de hacer que en los mismos concurra se presenta sustancialmente unida a la de dar.

En cuanto a los contratos pertenecientes al segundo de los grupos enunciados, esto es, los vinculados al género de las obligaciones de dar, su exclusión del ámbito aplicativo del art. 42 del ET permite entender sustraídos a dicha norma laboral los contratos de arrendamiento de superficie o de local de negocio<sup>114</sup>

---

<sup>111</sup> Ejemplo que, por su paradigma, también ha sido considerado por CRUZ VILLALÓN, J. "Outsourcing y relaciones laborales", op. cit., pág. 303.

<sup>112</sup> Sentencias TCT 27 de marzo de 1989, ar. 2120 y 28 de junio de 1979, ar. 4505.

<sup>113</sup> Sentencias TSJ Madrid 9 de septiembre de 1996, as. 3519 y TSJ Aragón 10 de julio de 1999, as. 2737, ambas comprensivas de supuestos de contratos de compraventa con pactos accesorios de asistencia técnica.

<sup>114</sup> Es tradicional la exclusión de este tipo de contratos aún en los supuestos de imposición por el arrendador al arrendatario de ciertas condiciones (horarios, decoración, suministros, etc) para la explotación del local o superficie. Cfr. sentencia TSJ Andalucía 20 de marzo de 1996, as. 1908 que contempla el arrendamiento de un local destinado a la venta de frutos secos e integrado en un supermercado, y la del TSJ Navarra 20 de marzo de 1998, as. 1080, relativa a un supuesto de subarriendo de local, anexo también a un supermercado, destinado a la venta de pan y otros

y los contratos de arrendamiento de industria<sup>115</sup>. Ciertamente, estos últimos son los que más se prestan a confusión con la contrata pues representan la explotación de una actividad empresarial por empresario distinto al que ostenta la titularidad dominical sobre la misma. Sin embargo, se deben sustraer de la regulación estatutaria porque no entrañan un típico supuesto de descentralización productiva en el que un empresario encarga a otro la realización de una parte de su actividad productiva complementariamente a la propia gestión interna del resto de sus actividades productivas, sino que se trata de la cesión de la industria como todo unitario<sup>116</sup>.

Precisamente por esa circunstancia, se ha apreciado no ya la existencia de arrendamiento de industria sino de contrata de obras o servicios cuando el arrendamiento de industria se contextualiza en auténticos supuestos de descentralización productiva, lo que ocurre cuando el empresario principal cede la explotación de una actividad empresarial de la que no se desvincula porque forma parte integrante de otra más amplia. El empresario principal mantiene la titularidad y explotación del resto de su actividad productiva de forma que la explotación de la actividad arrendada no se lleva a cabo sino con el fin de integrar el conjunto de su organización empresarial<sup>117</sup>.

---

comestibles, con cláusula adicional de suministro exclusivo de estos productos por la empresa arrendataria del local.

<sup>115</sup> Cfr. sentencia TSJ Andalucía 19 de enero de 1998, as. 904, para un supuesto de arrendamiento de una estación de servicio, TSJ Murcia 15 de diciembre de 1994, as. 4963, para un supuesto de arrendamiento de una cantina en una base militar, y la del TSJ Castilla León 29 de marzo de 1999, as. 1232, que contempla el subarriendo de la explotación de una concesión minera.

<sup>116</sup> En parecido sentido, GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I. "Contrata y subcontrata de obras y servicios. La cesión de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal", Valencia (CISS), 1998, pág. 18.

<sup>117</sup> Es el caso de la sentencia TSJ Navarra 18 de junio de 1996, as. 2437, que contemplaba la explotación de una estación de servicio integrada en una red cuyo titular la había cedido en arrendamiento y de la sentencia TSJ País Vasco 26 de mayo de 1998, as. 5503, que trata de la explotación por un empresario de la sección de frutería de un supermercado del que es titular otro empresario.

En cuanto a los contratos de distribución comercial tales como la concesión mercantil, la agencia, la mediación o corretaje, el contrato de comisión y la franquicia<sup>118</sup>, existe una tendencia doctrinal a excluirlos del art. 42 del ET en razón a la ausencia de precisa delimitación y acotamiento de la obligación de hacer que llevan intrínseca<sup>119</sup>. Seguramente esa sea también la razón por la que la doctrina de suplicación, sin mayores argumentos, ha venido repetidamente sustrayendo del concepto de contrata los contratos de agencia comercial<sup>120</sup>.

Sin embargo, desde mi punto de vista, la exclusión de los contratos de distribución comercial (típicamente la agencia comercial), aún a la luz de los anteriores planteamientos doctrinales y pronunciamientos judiciales, resulta cuanto menos dudosa y, por consiguiente, discutible.

Por de pronto, la contrata presupone la externalización de una función de la empresa y la realización por otro empresario de una obra o servicio en desarrollo de esa función, elementos que no puede decirse que no concurren cuando la actividad a desarrollar sea la comercialización de los productos de la empresa ya que no cabe duda que se trata de una función empresarial mas y como tal externalizable<sup>121</sup>. Además, no parece

---

<sup>118</sup> En cuanto a esta última, y frente al resto de las citadas, la exclusión del art. 42 del ET es palmaria porque, como ya ha resaltado la doctrina, se trata de una figura que cuenta con una estructura contractual totalmente divergente a la propia de la contrata de obras o servicios ya que, entre otros extremos, quien ha de abonar el canon es la empresa auxiliar que es la que desarrolla la actividad comercial bajo la supervisión y asistencia de la franquiciadora. GONZÁLEZ BIEDMA, E. "Aspectos jurídico-laborales de las franquicias", REDT, n° 97, 1999, págs. 657 y ss. CRUZ VILLALÓN, J. "Outsourcing ...". op. cit., págs. 303 y 304.

<sup>119</sup> LLANO SÁNCHEZ, M. "Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas", Madrid (La Ley-Actualidad), 1999, pág. 47. GARCÍA-MORENO GONZALO, J. M°. "Contratos entre empresas ...", op. cit., pág. 88.

<sup>120</sup> Sentencias TSJ Galicia 23 de noviembre de 1994, as. 4486, TSJ Canarias 25 de noviembre de 1997, as. 4754, y TSJ Madrid 3 de noviembre de 1997, as. 3758, 30 de abril de 1998, as. 5194 y 3 de junio de 1998, as. 2695.

<sup>121</sup> En parecido sentido, GOERLICH PESET, J.M°. "Determinación del supuesto ...", op. cit., pág. 105 y "Actividades laborales ...", op. cit., pág. 126.

muy firme el criterio doctrinal que sienta la exclusión de las actividades de comercialización por carecer de la especificidad que requiere el encargo que origina la contrata cuando, amén de la inseguridad que reviste dicho criterio orientador, la jurisprudencia de suplicación también muestra análogos ejemplos de contratos de naturaleza comercial, como los de telemarketing, y promoción comercial que han sido conceptuados, sin mayor dificultad, como contratas de obras o servicios<sup>122</sup>.

Si bien no concurren razones suficientes para marginar las actividades comerciales del concepto de contrata, cosa bien distinta es que dichas actividades constituyan, en la mayoría de las ocasiones, una función accesoria alejada del núcleo productivo de la empresa principal, lo que permitiría sostener que dicha actividad no constituye actividad propia a efectos de aplicar el art. 42 del ET, a no ser, claro está, que las funciones constitutivas de dicho núcleo sean también comercializadoras. Quiere decirse con ello que tal vez el problema no sea tanto si la externalización de actividades comerciales puede dar lugar a una contrata de obras o servicios pues, insisto, parece que nada se opone a ello, cuanto que dichas funciones puedan considerarse de la propia actividad del empresario principal, cuestión que habrá que valorar a la luz del significado que se le atribuya a esa expresión legal, tal y como se verá más adelante. Téngase en cuenta, en este sentido, que para estar ante una contrata el requisito negocial ha de ir siempre acompañado del requisito de la propia actividad que se

---

<sup>122</sup> Cfr. sentencias TSJ Cataluña 6 de septiembre de 1999, as. 6524, 19 de noviembre de 1999, as. 6628 y 17 de enero de 2000, as. 76, que contemplan supuestos de prestación para Telefónica del servicio de atención al cliente a través de una empresa de teleoperadores. También son ilustrativas las sentencias TSJ Madrid 17 de julio de 2001, as. 3871 y 11 de octubre de 2001, as. 4453, relativas a supuestos de marketing telefónico prestado por cuenta de una entidad financiera. Supuesto muy similar es el previsto en la sentencia TSJ Cataluña 29 de abril de 2002, as. 2017, que, aunque termina apreciando cesión ilegal, reconoce que puede existir una contrata de la propia actividad en la prestación de servicios comerciales y de promoción de determinados productos por cuenta de una entidad bancaria.

situa en un mismo plano<sup>123</sup>, con lo cual, el debate de si un determinado negocio jurídico es o no contrata puede resultar estéril si resulta meridianamente claro que la actividad desempeñada no es de la propia actividad

Sólo resta por apuntar que el concepto de contrata se ha visto extendido no sólo a los negocios jurídicos atípicos de naturaleza privada, como los aquí analizados, sino también a los que revisten carácter público. Es constante la doctrina jurisprudencial que sostiene que no obsta a la aplicación del art. 42 del ET la naturaleza pública del negocio jurídico que instrumente la externalización de actividades, y así se viene predicando en relación con los contratos administrativos y las concesiones administrativas en las que se adjudica a terceros la realización de servicios públicos<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> DEL REY GUANTER, S. "A propósito de los requisitos del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores, y en especial sobre la propia actividad: notas a la luz de la STS de 24 de noviembre de 1998", AL, n° 38, 1999, pág. 740, y, con idéntico título y contenido, en AAVV. "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo", Madrid (MTAS), 2000, pág. 336, y "Los requisitos subjetivo, negocial y objetivo previstos en el artículo 42.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores", en AAVV. "Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual", Valladolid (Lex Nova), 2001, pág. 31.

<sup>124</sup> Cfr., entre otras, sentencias del TS 15 de julio de 1996, ar. 5990, 31 de diciembre de 1996, ar. 9867, 3 de marzo de 1997, ar. 2194 y 18 de marzo de 1997, ar. 2572. La doctrina de suplicación ha seguido esta línea; cfr., por ejemplo, sentencia TSJ Murcia 18 de diciembre de 2000, as. 4167, relativa a un supuesto de concesión administrativa para la explotación de un polideportivo municipal y las sentencias TSJ Madrid 21 de diciembre de 1999, as. 4399, para un supuesto de contrato de asistencia técnica concertado entre una entidad pública y una empresa consultora y TSJ Castilla León 10 de julio de 2001, AL 2002, vol. I, marg. 48, que considera de la propia actividad la prestación del servicio de renovación y actualización del catastro de rústica por cuenta de una Gerencia Territorial del Catastro y en virtud de contrato administrativo. Sorprende, en cambio, la solución seguida por la sentencia del TSJ Madrid 13 de junio de 2001, as. 2811, que parece descolgarse de esta doctrina al negar la existencia de contrata en un contrato de asistencia técnica concertado entre la TGSS y una empresa de grabación de datos, bajo el argumento de tratarse de un contrato de naturaleza administrativa distinto a la concesión administrativa. Esta sentencia, además, se aparta de una doctrina anterior del TCT que, aunque a los sólo efectos de declarar la inexistencia de cesión ilegal, reconocía la existencia de contrata en los contratos de asistencia técnica concertados entre la Administración y una empresa consultora. Cfr. sentencias TCT 19 de enero de 1982, ar. 168 y 8 de marzo de 1982, ar. 1439.



### III. ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL ARTÍCULO 42 DEL ET.

Apuntados los diversos tipos contractuales que es posible identificar bajo los términos contrata y subcontrata, con carácter previo al estudio de los caracteres definitorios de esta institución jurídica y sobre todo de las consecuencias jurídicas que se asocian al supuesto fáctico de la norma, resulta necesario efectuar un recorrido por los antecedentes normativos del art. 42 del ET con el fin de llegar a una interpretación cabal del enunciado contenido en dicho precepto. El análisis de sus antecedentes es necesario no tanto por imperativo de las conocidas reglas de la hermenéutica cuanto por la conveniencia de tener una visión más completa de esta institución jurídica, comprender mejor su actual significado y, con ello, colocarse en las mejores condiciones posibles para formular observaciones críticas sobre su vigente ordenación jurídica.

Debido a la trascendencia que, como se verá, tienen las actuales previsiones del art. 1597 del Código Civil sobre la protección jurídica de los empleados del contratista, se efectuará un estudio separado de este precepto respecto a otros contenidos en otras disposiciones normativas posteriores en el tiempo.

Antes, es conveniente advertir que, aunque se ha catalogado a dicha norma civil como un antecedente normativo del art. 42 del ET, no se trata de un antecedente "strictu sensu" pues, como se verá, se trata de una norma aún no derogada y que, por tanto, puede desplegar plenos efectos en las relaciones laborales orquestadas en un contexto de trabajo en contratas. La calificación de la misma como antecedente obedece a tratarse de la primera norma española que acoge una específica garantía para los intereses económicos de los trabajadores implicados en el

proceso descentralizador, por lo que se puede afirmar que consta de la misma ratio protectora que la que caracteriza al vigente art. 42 del ET<sup>125</sup>.

1. La protección jurídica de los trabajadores del contratista dispensada por el Código Civil.

1.1. La acción directa concedida a los trabajadores del contratista en el artículo 1597 del Código Civil.

De entre las normas del Capítulo III del Título VI del Código Civil destinadas a ordenar el contrato de ejecución de obra, desde la óptica del intérprete iuslaboralista llama especialmente la atención el artículo 1597. Su mera lectura ya sugiere una posible incidencia del precepto en el ámbito de ordenación jurídica de las relaciones de trabajo dependientes y por cuenta ajena<sup>126</sup>.

El art. 1597 del Código Civil, aún no derogado expresamente, es el antecedente más remoto de toda regulación protectora del trabajo en contratas. Se trata de la primera norma española que hace referencia a la tutela de los intereses salariales de los trabajadores del contratista<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> El art. 1597 del CC también ha sido calificado como antecedente normativo del art. 42 del ET por MARTÍN VALVERDE, A. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: a propósito de la tesis doctoral de Francisco Blat Gimeno", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 58.

<sup>126</sup> Como ha apreciado MARTÍN VALVERDE, A., la singularidad de esta disposición "radica en que refleja una preocupación de los codificadores por los intereses laborales que resulta inusitada en el conjunto del texto" del Código Civil. Ibidem, nota a pie n° 1.

<sup>127</sup> Para los comentaristas, el art. 1597 está claramente inspirado en el art. 1798 del Código Civil napoleónico. Vid., por todos, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. "Los créditos derivados del contrato de obra". Madrid (Tecnos), 1969, pág.11.

Este precepto faculta a los trabajadores y proveedores de material del contratista, contra el que tengan un crédito por razón de su aportación de trabajo o material, para satisfacer el importe del mismo dirigiéndose contra el dueño de la obra hasta la cantidad que este deba a aquel contratista por la obra ejecutada.

Hay que advertir que se trata de una acción directa y no subrogatoria pues los proveedores y trabajadores del contratista pueden, en reclamación de su crédito, dirigirse contra el dueño de la obra sin necesidad de hacer previa excusión sobre los bienes del contratista. Sin embargo, no debe pasar por alto que su ejercicio está condicionado por la concurrencia de dos presupuestos: por un lado, un derecho de crédito de trabajadores o proveedores frente al contratista y, por otro lado, un derecho de crédito de éste frente al dueño, ambos nacidos con ocasión del mismo contrato de ejecución de obra. De esta forma, se puede decir que estamos ante una concreta manifestación jurídico positiva, en sede de contrato de ejecución de obra, de la conocida máxima "el deudor de mi deudor también es deudor mío".

En cuanto a los titulares de la acción directa, ésta se atribuye por separado a los que ponen materiales y a los que ponen su trabajo en la obra contratada. Como se trata ahora de estudiar el alcance de la protección jurídica dispensada por este precepto a los trabajadores del contratista, se va a centrar la atención en la acción directa atribuida a estos últimos.

La primera cuestión que sin duda se plantea desde este punto de vista es determinar a quién se refiere el art. 1597 cuando otorga acción a "los que ponen su trabajo".

Desde luego, la expresión es lo suficientemente amplia como para comprender a todo tipo de trabajador, por cuenta ajena o por

cuenta propia, vinculado contractualmente con el contratista. Lo importante es que exista un derecho de crédito frente al contratista independientemente de que este nazca de un contrato de trabajo, arrendamiento de servicios, mandato, ejecución de obra, o de cualquier otra figura contractual que suponga para una de las partes una aportación de trabajo. De esta forma, y pese a que la doctrina que se ha detenido en este precepto del Código Civil haya apuntado que esta es una norma pensada para una época en la que los contratos de ejecución de obra se concertaban con un contratista que prestaba de forma personal su trabajo auxiliado, si acaso, por uno o más operarios<sup>128</sup>, nada impide, al menos desde el puro plano teórico, considerarla también comprensible del crédito salarial de los trabajadores por cuenta ajena vinculados con el contratista por un contrato de trabajo<sup>129</sup>.

Partiendo así de la anterior reflexión, y con el propósito de centrar ahora la atención en la eficacia jurídica en las relaciones laborales del art. 1597 del Código Civil, como precepto protector de los créditos salariales nacidos del contrato de trabajo, es conveniente empezar abordando tres importantes cuestiones que surgen a colación, a saber: en primer lugar, el sentido y fundamentación de la acción otorgada a los trabajadores en el art. 1597; en segundo lugar, la virtualidad jurídica del precepto desde el punto de vista del Derecho del Trabajo; y, por último, el orden jurisdiccional competente para conocer del ejercicio de la acción directa.

---

<sup>128</sup> Por todos, vid. GARCÍA MURCIA, J. "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores", op. cit., pág.15.

<sup>129</sup> Esta idea ya subyace en la obra de DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. "Los créditos derivados del contrato de obra", op. cit., pág.15, nota a pie.

## 1.2. Fundamentación de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil.

¿Por qué la Ley atribuye acción a los trabajadores del contratista para dirigirse contra el dueño de la obra aún siendo totalmente ajenos a la relación jurídica entablada entre éste y aquél?.

Como punto de partida, conviene acudir a la teoría general de los contratos para traer a colación el llamado principio de eficacia relativa o principio de relatividad del contrato. Como es conocido, todo contrato, cuando se perfecciona, establece una reglamentación de la conducta de las partes con el deber de su observancia. Según el aludido principio, esta reglamentación sólo produce efectos entre las partes que la han acordado, sin poder trascender a terceros que nada han tenido que ver con la perfección del contrato de referencia. El contrato así celebrado se presenta a terceros como una *res inter alios acta*. Este principio subyace con claridad en el artículo 1275 del Código Civil que afirma tajante "los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos". Si bien esto es cierto, no lo puede ser menos, en opinión de los profesores DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, que una cosa es que el contrato no pueda crear derechos y obligaciones para terceros sin su consentimiento y otra distinta que estos terceros tengan que contar con dicho contrato y sus efectos<sup>130</sup>. Sin duda, todo contrato puede incidir, con mayor o menor repercusión, en la esfera jurídica de un tercero por la sencilla razón de que es imposible aislar jurídicamente los efectos materiales de un contrato del entramado de relaciones patrimoniales que constituyen el espacio natural en el que dichos efectos han de

---

<sup>130</sup> DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. "Sistema de Derecho Civil", vol II., Madrid, (Tecnos), 1990, págs. 91 y 92.

desplegarse. Existe, por lo tanto, una lógica excepción al principio de eficacia relativa de los contratos motivada por su manifiesta incidencia en la área jurídica de terceros ajenos a su celebración.

En este orden de ideas, tiene sentido ahora llamar la atención sobre la idea de "perjuicio" o "tercero perjudicado"; la Ley, desde luego, no pretende una aplicación escrupulosamente rigorista del principio de eficacia relativa cuando, por otro lado, no desconoce que la propia realidad del tráfico jurídico demuestra que terceros ajenos a la celebración de un determinado negocio jurídico pueden resultar seriamente perjudicados por cualquiera de las vicisitudes resultantes de la aplicación práctica del negocio jurídico celebrado. De esta forma, por la propia voluntad del legislador, el perjuicio a tercero constituye la excepción natural al principio de eficacia relativa<sup>131</sup>.

Precisamente es esta excepción la que, para la generalidad de la doctrina que se ha pronunciado sobre el particular, constituye el fundamento de la acción directa otorgada a los trabajadores del contratista en el art. 1597 del Código Civil. El razonamiento que late en este precepto es que la Ley debe permitir a los trabajadores del contratista accionar contra el dueño cuando este, no sólo no ha pagado lo debido a su contratista, sino que también se ha "aprovechado" materialmente del trabajo de sus operarios recibiendo su fruto o resultado sin soportar, en cambio, la normal onerosidad que como parte contractual le corresponde.

Son entonces los principios de no enriquecimiento injusto y de equidad la otra cara de la moneda en el fundamento de la acción directa del art. 1597; esto es, el perjuicio que produce

---

<sup>131</sup> Idem, pág.92.

a los trabajadores la morosidad del contratista se acompaña de un correlativo enriquecimiento o lucro injusto del dueño de la obra que la recibe sin entregar a cambio la contraprestación que le corresponde; y las más elementales razones de equidad conducen al legislador a proteger a aquellos cuyo perjuicio deriva de una aportación de trabajo no remunerada y que, sin embargo, ha aprovechado o lucrado a un tercero<sup>132</sup>.

Alcanzado este extremo, se puede decir sin riesgo que el art. 1597 del Código Civil y la acción directa que recoge en favor de los trabajadores del contratista constituye la primera manifestación legal tuitiva de un régimen jurídico laboral del trabajo en contratas, construido al amparo de un principio que, en rasgos generales, podría denominarse "principio de protección del trabajo en contratas". Este principio sería aquel que, postulando una reforzada y específica protección de los empleados en empresas contratistas respecto al resto de trabajadores, procura atender a los peculiares riesgos y problemas que comporta para ellos dicha modalidad de prestación de servicios laborales<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> La generalidad de la doctrina que se ha pronunciado sobre el fundamento de la acción directa, acude a razones de equidad y al principio de no enriquecimiento injusto. Así, pueden consultarse LUCAS FERNÁNDEZ, F. "Comentario al artículo 1597 del Código Civil", en AAVV. "Comentarios al Código Civil", Dir. Manuel Albaladejo García; Madrid (RDP), 2ª edic, 1992, pág.444. ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. "Código Civil, doctrina y jurisprudencia". Tomo V, art.1597(Trivium), 1995, pág.1665. De ÁNGEL YAGÜEZ, R. "Los créditos derivados del contrato de obra" op. cit., pág. . Sin embargo, autores como RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., sin desconocer la anterior doctrina, ponen el acento para fundamentar la acción directa en el derecho de crédito que tiene el contratista sobre el dueño. La existencia de este crédito justifica que, a su vez, los acreedores del contratista puedan accionar contra el dueño. Se trata entonces de un derecho sobre crédito ajeno. Vid. en "La regulación protectora del trabajo en contratas", RPS, nº93, 1972, pág.11.

<sup>133</sup> MARTÍN VALVERDE, A. "La protección jurídica del trabajo en contratas: delimitación de los supuestos de hecho". Cuadernos de Derecho Judicial, tomo XXII, Madrid(Consejo General del Poder Judicial), 1994, pág. 114.

### 1.3. El problema de la vigencia del art. 1597 y de su virtualidad jurídico laboral.

Analizado el sentido y fundamentación de este precepto del Código Civil como primera norma española reguladora del sistema de protección del trabajo en contratas, resulta ahora relevante plantearse si, tras la entrada en vigor de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, sigue en vigor el art. 1597 o ha quedado derogado por la más específica y novedosa regulación contenida en el art. 42 del ET. Al mismo tiempo, si se concluye la continuidad de su vigencia, habrá que dilucidar cuál es el alcance protector de este precepto en el actual régimen jurídico del trabajo en contratas y qué parcela de ordenación social regula que no esté ya regulada por el art. 42 del ET.

En mi opinión, son dos argumentos, uno formal y otro material, los que llevan a concluir la vigencia del art. 1597 en la actual regulación jurídica del trabajo en contratas:

El art. 1597 no ha sido formalmente derogado, ni siquiera por el art. 42 del ET, por lo que continua vigente por lo menos como Derecho supletorio. De esta manera, aquella parte de la ordenación del trabajo en contratas que no encuentre respuesta en el art. 42 del ET debe entonces encontrarla en el art. 1597 del Código Civil.

Podría ponerse en duda la vigencia del art. 1597 si su supuesto de hecho coincidiera materialmente con el del art. 42 del ET. Sin embargo, esto no es así. El art. 42 contempla un supuesto de hecho marcadamente restringido y condicionado en comparación con el más genérico y omnicomprensivo del art. 1597.



En primer lugar, porque el art. 1597 se refiere a "los que ponen su trabajo", que como ya se advirtió, es una expresión lo suficientemente amplia como para comprender a todo trabajador, no sólo los vinculados por un contrato de trabajo, sino también aquellos vinculados con el contratista por una relación jurídica no laboral que conlleve una prestación de trabajo en términos distintos a los previstos en el art. 1.1 del ET<sup>134</sup>. Así pues, el art. 1597 resultaría aplicable a las prestaciones de trabajo laborales, reguladas por el Derecho del Trabajo, y a las no laborales.

En segundo lugar porque si nos ceñimos a las prestaciones de trabajo laborales que puedan desarrollarse en una dinámica de trabajo en contratas, el art.42 no regula todas las posibles. En efecto, el ámbito de aplicación del art.42 aparece restringido a un singular tipo de contratas, de tal forma que, ante una determinada contrata que no reúna los requisitos y condicionantes del art.42 del ET, no se podrán aplicar a sus relaciones laborales las consecuencias jurídicas que el mismo precepto prevé. Basta una lectura del primer y tercer párrafo del art.42 para identificar los condicionantes que debe reunir una contrata para determinar la aplicabilidad de esta norma: ha de tratarse de una contrata de obra o servicio celebrada entre dos empresarios, la obra o servicio ha de corresponder con la propia actividad del empresario principal, la actividad contratada no ha de referirse exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, y el encargo encomendado ha de contratarse por razón de una actividad empresarial.

---

<sup>134</sup> Incluidos los subcontratistas autónomos, como ha puesto de manifiesto LUCAS FERNÁNDEZ, F. "Comentario al artículo 1597 del Código Civil", op. cit., pág.448.

Si una determinada contrata no reúne cualquiera de estos condicionantes, no se le podrá aplicar el régimen jurídico del art.42 para la adecuada protección de los intereses salariales de los trabajadores del contratista, sin perjuicio, en tal caso, de la aplicabilidad de las previsiones del art.1597 del Código Civil<sup>135</sup>, cuyo supuesto de hecho no está tan condicionado y, por consiguiente, puede ofrecer, como Derecho supletorio, cobertura legal a la tutela de esos intereses salariales al comenzar su disciplina protectora precisamente donde acaba la del art.42 del ET.

Así pues, a mi modo de ver, son dos las razones que distinguen el art.1597 del Código Civil del art.42 del ET. La primera de ellas es que el art.1597 no es un precepto jurídico laboral propio del trabajo asalariado, sino civil, común a todo tipo de relación de trabajo que implique incorporación de esfuerzo productivo a una obra ajena. La segunda razón hace referencia al ámbito objetivo del precepto, que comprende todas las contratas encargadas por un dueño de obra o comitente, se produzcan o no en el marco de una actividad empresarial.

Esta distinción entre los supuestos de hecho de ambos preceptos, uno más restringido y otro más amplio, ha sido también apreciada por la doctrina en defensa de la vigencia del art. 1597 del Código Civil y de su aplicabilidad a aquellos casos que no encajan exactamente en la ordenación efectuada por el art. 42 del ET<sup>136</sup>. Sin embargo, no toda la doctrina que se ha pronunciado

---

<sup>135</sup> En este sentido, RIVERO LAMAS, J. "La descentralización productiva ...", op. cit., pág. 49, para el que la ausencia singularmente del requisito de la propia actividad determinaría la aplicación del art. 1597 respecto de las obligaciones de naturaleza salarial y la de los arts. 104.1 y 127.1 de la LGSS en lo que atañe a las obligaciones de Seguridad Social. En esta misma línea, cfr. MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma del art. 42 del E.T. ...", op. cit., pág. 290 y "Dimensión laboral ...", op. cit., págs. 91 y 92.

<sup>136</sup> Cfr. GARCÍA MURCIA, J. "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el E.T." op. cit., pág.15, y MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit. pág.219. También, pero poniendo el acento en que el art.1597, a diferencia del

sobre este tema defiende la vigencia del art.1597 del Código Civil en el ámbito de las relaciones laborales. En concreto el profesor CRUZ VILLALÓN sostiene una tesis discrepante con la anterior<sup>137</sup>. Para CRUZ VILLALÓN el art.1597 sólo se mantiene vigente para los que "ponen materiales" en la obra, quedando derogado en el ámbito de las relaciones de trabajo por cuenta ajena por la novedosa y especial regulación del art.42 E.T. Los argumentos que el autor expone para corroborar esta postura son, en síntesis, los siguientes:

En primer lugar, la jurisprudencia nunca se ha pronunciado sobre la vigencia y aplicabilidad en las relaciones laborales del art. 1597 del Código Civil. No hay sentencia judicial española donde se condene a la empresa principal en aplicación del art.1597, sino que cuando el Tribunal concluye que la obra o servicio contratada no reúne las características exigidas por el art.42, se exonera a la empresa principal, no sólo de la responsabilidad prevista en el art.42, sino de todo tipo de responsabilidad por el pago de salarios de la empresa auxiliar; pronunciamiento que no sería posible de entender vigente el art.1597 del Código Civil.

En segundo lugar, la regulación ofrecida por el art.42 del E.T. presenta una voluntad de plenitud normativa que impide la aplicación supletoria del Código Civil, sólo procedente en caso de laguna. Además dicha laguna no existe porque el art.42.2 establece expresamente en su último párrafo que "no habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o

---

art.42, cubre la responsabilidad por obligaciones no estrictamente salariales, GARCÍA PIQUERAS, M. "Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas de obras y servicios", Valencia (Tirant lo Blanch), 1998, pág.51.

<sup>137</sup> Cfr. CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva y responsabilidad laboral ...", op. cit., págs.135 y 136.

reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial".

A la luz de este posicionamiento se puede decir que, sin lugar a dudas, es encomiable que finalmente la doctrina se haya pronunciado con cierto rigor sobre la virtualidad del art. 1597 del Código Civil en las relaciones laborales, aunque sea, en este caso, para negar la vigencia de dicho precepto civil. Sin embargo son, a mi juicio, varias las objeciones que se pueden presentar a esta última tesis interpretativa que, a mi modo de ver, no resulta concluyente:

Que los tribunales laborales nunca se hayan pronunciado sobre la aplicabilidad del art.1597 del Código Civil no quiere decir, ni mucho menos, que dicho precepto haya perdido toda vigencia y virtualidad en el campo de las relaciones laborales. En este sentido conviene recordar que uno de los principios que preside nuestro proceso laboral es el principio dispositivo que puesto en relación con el de congruencia de las sentencias, supone que son las partes procesales las que configuran el objeto del proceso, de tal forma que el juez no puede pronunciarse sobre acción distinta a la ejercitada por la parte actora. De esta forma, que los tribunales no hayan aplicado el art.1597 del Código Civil para declarar la responsabilidad del dueño de la obra puede obedecer a la lógica de funcionamiento de aquellos principios procesales, que impide un pronunciamiento condenatorio en esos términos cuando el actor no hizo invocación expresa en la demanda de la acción que dicho precepto concede<sup>138</sup>.

---

<sup>138</sup> El propio CRUZ VILLALÓN, J. también hace esta reflexión para relativizar la solidez del argumento, cfr. "Descentralización productiva ...", op. cit., nota a pie n°65, pág.136.

También repárese en que, cuando el art. 42.2 del ET en su último párrafo exonera de responsabilidad al propietario de la obra para los casos que expresamente prevé, se está refiriendo lógicamente al régimen de responsabilidad previsto en el párrafo inmediatamente anterior, un régimen de responsabilidad con unos requisitos de procedibilidad y limitaciones de la responsabilidad muy determinados y fijados en el propio precepto. Este régimen de responsabilidad puede ser parecido al previsto en el art.1597 del Código Civil, pero sin duda, es distinto (en lo que se refiere a esos requisitos de ejercicio y limitaciones de la responsabilidad) al previsto en el art.1597 del Código Civil. Así, cuando el art.42 exonera de responsabilidad se refiere a la fijada en el propio precepto, y no impide de ningún modo que entre en funcionamiento otro nivel distinto de garantía para los trabajadores disciplinado por otra norma jurídica, cual es el art.1597 del Código Civil.

En último lugar, una interpretación más garantista para los intereses de los trabajadores debe conducir a la aplicación del art.1597 allí donde no llega la protección del art.42 del ET. No hay que olvidar, en este sentido, que el art.1597 no deja de ser una regla de equidad que pretende proteger a los trabajadores de la morosidad del contratista para así evitar un correlativo enriquecimiento injusto del dueño de la obra. Además, si antes se afirmó que uno de los principios que inspiran el régimen jurídico laboral de la subcontratación es el principio de protección del trabajo en contratas, que supone una tutela reforzada de los trabajadores empleados en contratas respecto al resto de trabajadores, una interpretación de los artículos 42 del ET y 1597 del Código Civil sintonizada con ese principio debe llevar al intérprete a aplicar el art.1597 si la tutela jurídica del art.42 resulta insuficiente. Entenderlo de otro modo, desde mi punto de vista, supondría una injustificada minoración del ámbito protector del régimen jurídico laboral de la

subcontratación que no respondería al espíritu y finalidad de los principios que lo inspiran.

#### 1.4. El problema del ejercicio jurisdiccional de la acción directa.

Defendida en el apartado anterior la plena vigencia y eficacia del art. 1597 del Código Civil y, con ello, su virtualidad jurídica en el ámbito de las relaciones laborales desplegadas en un contexto de trabajo en contratas, la propia lógica del discurso obliga ahora a explicar cómo debe ejercitarse jurisdiccionalmente la acción directa que dicho precepto recoge para que pueda dar cobertura y fiel protección a los intereses de los trabajadores accionantes. Es primordial, entonces, determinar qué jurisdicción va a ser competente para conocer de esa acción directa, la social o la jurisdicción civil.

Como punto de partida, conviene recordar aquí que el ordinario sistema procesal de legitimación se apoya en el sencillo axioma de que a cada titular de un derecho subjetivo el ordenamiento jurídico le tiene que otorgar acción procesal para poder hacer efectivo ese derecho frente al obligado a satisfacerlo. Sin embargo, el art. 1597 del Código Civil supone una quiebra del anterior postulado en cuanto que la acción que otorga no la concede contra el ordinariamente obligado al pago (el contratista empleador del trabajador accionante) sino contra un tercero (el dueño de la obra) y ello por mor de expresa previsión legal.

En ese estado de cosas, son dos las acciones procesales que concurren para proteger el crédito de los trabajadores del contratista: por un lado, la que tiene el titular del crédito (el trabajador) contra su deudor natural o directo (el empresario),

en virtud del contrato de trabajo entre ambos celebrado; y, por otro lado, la que tiene ese mismo titular contra un tercero (el dueño de la obra) ajeno a la relación jurídica que da origen a ese crédito, pero, sin embargo, obligado igualmente por expreso deseo del legislador.

De esta forma, si son estas dos las acciones que posee el trabajador-acreedor para satisfacer su crédito, son dos las vías posibles para instrumentar su ejercicio.

La primera consiste en ejercitar ambas acciones por separado. Una, ante el orden jurisdiccional social con fundamento en el art. 2 a) de la Ley de Procedimiento Laboral, pues se trata de una responsabilidad contractual derivada de un contrato de trabajo. Otra, ante el orden civil, pues entre el trabajador y el tercero, dueño de la obra, no existiría una relación contractual regida por el Derecho del Trabajo y, por consiguiente, no habría fundamento para dirigir esta reclamación al orden social. Dicha reclamación sólo podría fundamentarse en responsabilidad extracontractual nacida del propio art. 1597 del Código Civil, por lo que la competencia para conocerla debería residenciarse en el orden civil.

La segunda radica en ejercitar ambas acciones conjuntamente. En este caso, son dos los problemas a resolver. En primer lugar, determinar si esa acumulación es o no posible; y, en segundo lugar, si se concluye que la acumulación es posible, cuál es el orden jurisdiccional competente para conocer de ese ejercicio conjunto de acciones.

En cuanto al primer problema, considero que existe fundamentación legal más que suficiente para sostener la posibilidad de ejercitar simultáneamente, en un único proceso,

la acción de reclamación de salarios contra el contratista, y la acción directa contra el dueño o comitente de la obra.

La viabilidad jurídica de ese ejercicio conjunto se explica en que, como se ha visto, se trata de dos acciones distintas, una nacida de un contrato de trabajo y otra del mandato legal del art. 1597 del Código Civil Sin embargo, dado que ambas acciones deben su existencia y razón de ser a un presupuesto fundamental, cual es el crédito que se posee contra el contratista, se puede decir, sin duda alguna, que ambas acciones tienen un mismo título mediato constituido por ese derecho de crédito<sup>139</sup>. En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO ha dicho que la acumulación es posible pues "en el fondo es idéntico el crédito cuya ejecución judicial se demanda"<sup>140</sup>.

En este orden de ideas, precisamente la existencia de ese común título mediato es lo que permite afirmar la acumulabilidad de las dos acciones en un mismo proceso. En efecto, el art. 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>141</sup> exige para el ejercicio conjunto de las acciones que se tengan contra varios demandados, el nacimiento de las mismas de un mismo título. La doctrina ha afirmado que el crédito contra el contratista podría ser perfectamente ese título al que se refiere el art.156 y que permite la acumulación. Incluso ha llegado a decir que constituye un auténtico título no mediato sino inmediato "porque si bien la acción contra el comitente nace por virtud de un precepto legal, el título sustantivo, valga la expresión, es el mismo para ambas

---

<sup>139</sup> En cambio, su título inmediato es distinto: en una el crédito que se posee contra el contratista, y en otra la disposición legal que reconoce la acción directa.

<sup>140</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "La regulación protectora ...", op. cit., pág.12.

<sup>141</sup> Invocable aquí como Derecho supletorio ex disposición adicional 1ª de la LPL.



reclamaciones, y no hay motivo para creer que no es ese el título al que el citado art. 156 se refiere"<sup>142</sup>.

Por otra parte, sostiene también la tesis de la acumulabilidad el hecho de que tanto la doctrina como la jurisprudencia del TS hayan afirmado que la responsabilidad a la que están sujetos el dueño y el contratista de la obra es solidaria. De esta forma, afirma ALBÁCAR LÓPEZ que "la obligación no se distribuye en partes iguales entre contratista y el dueño de la obra, ni cada uno de ellos está obligado únicamente al pago parcial, sino que, por el contrario, uno y otro responden indistintamente o in solidum, si bien la responsabilidad del segundo se limita al maximum señalado en el precepto"<sup>143</sup>.

Así, si la responsabilidad de contratista y comitente es solidaria, la propia lógica del funcionamiento procesal de este tipo de responsabilidad debe permitir acumular las acciones que se tengan contra ambos.

Por último, no hay que dejar de puntualizar que, en mi opinión, accionar conjuntamente contra comitente y contratista no sólo es posible jurídicamente sino también aconsejable. En efecto, si el trabajador accionante pretende ejercitar su derecho al cobro con las máximas garantías de verlo prosperar, habrá de demandar conjuntamente al comitente y contratista con el objetivo de obtener asimismo, de ese proceso, una condena conjunta y solidaria al pago de la deuda salarial. Por otra parte, además de la seguridad que puede ofrecer contar con dos posibles obligados al pago, la demanda conjunta favorece la economía

---

<sup>142</sup> DE ÁNGEL YAGÚEZ, R. "Los créditos ...", op. cit., pág. 78.

<sup>143</sup> Cfr. ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. "Código Civil, doctrina y jurisprudencia", op. cit., pág. 1668, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "La regulación protectora ...", op. cit., pág. 12, y DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. "Sistema de Derecho Civil", op. cit., pág. 446. Para jurisprudencia, cfr. Sentencias del TS de 29-4-1991, ar. 3068 y 11-10-1994 ar. 7479.

procesal y, con ello, la celeridad del procedimiento pues se podrá resolver en un sólo pleito, ante un mismo orden jurisdiccional, la totalidad de las cuestiones planteadas.

Alcanzado este punto y evidenciada la posibilidad jurídica de accionar conjuntamente contra contratista y dueño o comitente, tan sólo falta por determinar ante qué orden jurisdiccional se han de ejercitar ambas acciones. Para ello, hay que reparar en el dato nada baladí de que en este tipo de procedimientos existe una acción principal (la dirigida contra el contratista) y otra que se puede denominar accesoria o de segundo grado (la dirigida contra el dueño) en cuanto existe sólo en la medida en que la anterior sea posible. Cuando concurren dos acciones de esta naturaleza en un mismo procedimiento, doctrina y jurisprudencia abogan por acudir al criterio del "forum conexitatis materialis", según el cual es juez competente para conocer de ambas acciones el que conozca de la acción principal<sup>144</sup>.

Este criterio tiene su origen en el art. 633 de la LEC, precepto no aplicable al caso por referirse a obligaciones de garantía o complemento de otras anteriores, pero si empleado doctrinalmente por vía analógica para dar solución a supuestos como el presente. También, por otra parte, la doctrina ha apreciado que las acciones por responsabilidad extracontractual (en este caso la directa del art. 1597 del Código Civil) tienen una naturaleza subsidiaria y, por ello, de coexistir con una acción de origen contractual (la nacida del contrato de trabajo celebrado con el contratista), la segunda haría, en último término, residir la competencia para el conocimiento simultáneo de ambas acciones en el orden social<sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup> Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. "Los créditos derivados ...", op.cit., pág. 77.

<sup>145</sup> Cfr. ALFONSO MELLADO, C. L. "Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral". Valencia (Tirant lo Blanch), 1998, pág. 131.

Planteadas así las cosas, se puede afirmar que de la sustanciación conjunta de ambas acciones ha de conocer el órgano judicial a su vez competente para conocer de la relación jurídica principal, que no es otra que la relación laboral nacida entre trabajador y contratista del contrato de trabajo entre ellos celebrado. Por ende, han de ser los juzgados de lo social, ex art. 2 a) de la LPL, los jurídicamente competentes para pronunciarse en ese procedimiento.

## 2. Antecedentes normativos posteriores al Código Civil.

### 2.1. Normativa sobre accidentes de trabajo.

La especial protección jurídica de los trabajadores empleados en contratas responde a una larga tradición en nuestro ordenamiento que se remonta a la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, cuyo desarrollo reglamentario constituye la primera norma española que contempla la responsabilidad subsidiaria del empresario principal por obligaciones del contratista. Es, por tanto, en materia de accidentes de trabajo donde se manifiestan las primeras regulaciones tuitivas del trabajo en contratas.

El régimen de responsabilidad subsidiaria allí instaurado pasó a las sucesivas normas que disciplinaban la materia hasta la llegada del RD 3667/70 de 17 de diciembre donde, por la insuficiencia de las anteriores soluciones legales, se adopta la fórmula de la responsabilidad solidaria, opción que, como se sabe, es la que ha cristalizado en la vigente Ley del Estatuto de los Trabajadores.

La Ley de Accidentes de Trabajo, en su art.1, definía como patrono, a efectos de responsabilidad por accidentes de trabajo,

al "particular o compañía, propietario de la obra, explotación o industria donde el trabajo se preste". Con ello, se daba a entender que, aun cuando la obra o industria estuviese contratada, era el titular de la explotación el que tenía que responder de los accidentes sufridos por los empleados del contratista, "a menos que el accidente sea debido a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente" (art. 2).

Sin embargo, el desarrollo reglamentario de esos preceptos<sup>146</sup> matiza la anterior solución legal haciendo referencia expresa a la contrata de obra o industria. Así, el art. 1 del Reglamento, tras reproducir el concepto de patrono contenido en la ley que desarrolla, establece que, para el caso de que la obra o industria estuviese contratada, "se considerará como patrono al contratista, subsistiendo siempre la responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra o industria".

Así pues, si de la dicción legal se infería una responsabilidad directa y objetiva del empresario principal, titular de la obra o industria contratada, la reglamentaria suaviza las consecuencias de esa interpretación colocando al contratista como responsable directo, y al principal como subsidiario.

En cualquier caso, se trataba de una responsabilidad con fundamento claramente objetivo y con una estricta finalidad de garantía<sup>147</sup>, elementos que, en la evolución normativa posterior y

---

<sup>146</sup> Reglamento de la Ley de accidentes de trabajo aprobado por Real Decreto de 28 de julio de 1900.

<sup>147</sup> El régimen de responsabilidad subsidiaria contenido en la norma reglamentaria se reprodujo literalmente en las sucesivas normas sobre accidentes de trabajo: Ley de AT de 10 de enero de 1922, Real Decreto de 29 de diciembre de 1922 que aprueba el reglamento Provisional de la Ley de AT, Real Decreto Ley de 23 de agosto de 1926 que aprueba el Código de Trabajo, Decreto de 8 de octubre de 1932 que aprueba el texto refundido sobre AT (esta norma introduce como novedad la expresa equiparación con los patronos, a efectos de responsabilidad, de los entes públicos Estado, Regiones Autónomas, Diputaciones, etc), Decreto de 31 de enero de 1933 que aprueba el

en relación al propio art. 42 del ET, siguen siendo predicables pese a que esta última norma no comprenda específicamente la responsabilidad derivada de los accidentes de trabajo.

## 2.2. Normativa de obras públicas.

En el ámbito de la adjudicación de obras públicas a empresarios contratistas se vislumbra también, de forma muy temprana, una clara preocupación por el saneamiento del mercado de contratistas adjudicatarios, dada la frecuencia de sus incumplimientos ante los obreros que empleaban. De esta sensibilidad va a ser tributaria el art. 42 del ET y, sobre todo, en el ámbito de la contratación administrativa, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas<sup>148</sup>. Efectivamente, las cautelas contenidas en una y otra norma ponen de manifiesto una finalidad de saneamiento del mercado de empresas contratistas y subcontratistas. En el art. 42 del ET, a través de la previsión de solicitud de certificación de descubiertos<sup>149</sup> y en la citada Ley administrativa, por medio de la instauración de una prohibición de contratar para el contratista que no se halle al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias o de Seguridad Social (art. 20 f) y 79.2 b) RDLG 2/2000).

Así, ya a comienzos del siglo XX destaca el Real Decreto de 20 de junio de 1902, relativo a las *"estipulaciones sobre el contrato de trabajo que deben consignarse en los contratos de*

---

Reglamento de Accidentes de Trabajo en la Industria (a diferencia de las regulaciones precedentes, prevé el derecho del responsable subsidiario de repetir contra el responsable directo por el importe de la indemnización abonada y los gastos satisfechos), y finalmente el Decreto de 22 de junio de 1956 que aprueba el texto refundido del Reglamento de AT.

<sup>148</sup> Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

<sup>149</sup> Sobre el significado y alcance de esta cautela legal me remito a las consideraciones que en torno a la misma se efectuarán en el capítulo IV.

obras públicas". El art. 1 de este Decreto preveía la obligación de consignar unas menciones mínimas en todo contrato celebrado entre el obrero y el empresario adjudicatario de la obra pública en cuestión (duración del contrato, requisitos para su denuncia y suspensión, número de horas de trabajo y precio del jornal). Para facilitar al obrero la exigencia del cumplimiento de las condiciones pactadas, se le debía entregar una copia del contrato con un volante donde se identificara la obra contratada, el propio trabajador, y el servicio que prestase u oficio que ejerciese<sup>150</sup>.

Posteriormente, en la misma línea que el Decreto de 1902, el art. 7 del Código de Trabajo de 1926 (aprobado por Real Decreto Ley de 23 de agosto), para el supuesto específico de construcción de las llamadas "casas baratas" que se construyeran con préstamos del Estado, disponía la obligación del contratista-empendedor de efectuar con sus operarios un contrato colectivo de trabajo. Este contrato colectivo, equivalente al actual contrato de grupo<sup>151</sup>, como tenía que revestir la forma escrita, habría de contener las condiciones básicas de ejecución de la prestación laboral, y ello aunque el Código no contuviera previsión expresa al efecto.

Por otra parte, el art. 25 del mismo cuerpo legal, ya de forma genérica para toda obra pública, contenía una previsión muy similar a la del Decreto de 1902 sobre las condiciones mínimas a reflejar en el contrato celebrado entre el obrero y el empresario adjudicatario.

---

<sup>150</sup> Esta norma tenía como antecedente el Real Decreto de 11 de junio de 1986, que aprobaba el "pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas" cuyo art. 16 preveía la obligación del contratista de asegurar la vida de sus operarios para todo accidente que dependiese del trabajo o estuviese relacionado con él.

<sup>151</sup> Según se desprende de la propia exposición de motivos del Código de Trabajo.

Después del Código de Trabajo, la Ley republicana de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931, dedicaba sus arts. 67 a 71 a las garantías legales previstas para los trabajadores empleados en obras públicas del Estado, Provincia, Municipio, o entidades representativas de las anteriores. Dichas garantías no difieren en lo sustancial, de las previstas en las normas precedentes. Sin embargo, como novedad, introduce la consignación obligatoria de nuevas estipulaciones contractuales relacionadas con la remuneración. Por un lado, se exige que las remuneraciones se fijan en relación a los tipos que rijan en las zonas o localidades donde los trabajos hayan de realizarse. Con ello, se pretendía sin duda, evitar una desigualdad retributiva en una misma zona geográfica por trabajos similares o de igual valor. También, en el art. 71, se hace expresamente una equiparación retributiva entre los trabajadores permanentes y los eventuales que fuere preciso contratar durante la ejecución de la obra contratada. Así, cuando fuere preciso contratar eventuales, sus remuneraciones no podían ser inferiores a las estipuladas en el contrato colectivo para trabajadores permanentes en iguales o análogas labores. Por otro lado, la Ley introduce como mención obligatoria en el contrato, los plazos en los que han de realizarse los pagos de los jornales, que no podrán exceder de una quincena para obreros manuales ni de un mes para el resto. Se pretendía con ello, proporcionar al obrero seguridad jurídica, facilitándole el conocimiento exacto del devengo de su derecho a la retribución para, en su caso, poder exigirlo coercitivamente ante una eventual mora del empleador.

Por su parte, el posterior texto refundido de la Ley de Contrato de Trabajo, aprobado por Decreto de 26 de enero de 1944, en su art. 24, emplea la técnica de la remisión a las Reglamentaciones de trabajo respecto a las condiciones de trabajo por las que se hayan de regir los obreros empleados en las obras públicas. En defecto de Reglamentación, se observarían las

condiciones mínimas que rijan en la localidad donde los oficios hubiesen de prestarse. También se reproduce la previsión legal anterior relativa a la igualdad de retribución entre los trabajadores permanentes y los eventuales que se pudieran contratar; sin embargo, ahora se adiciona el derecho de esos eventuales a que se les entregue la cartilla que se facilita a todo obrero y donde se reflejan las condiciones de prestación de su trabajo en la obra.

### 2.3. Normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo.

En el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo, la tendencia generalizada ha sido la de tratar de interesar al empresario principal en la protección de la seguridad y salud de los trabajadores del contratista, en la medida en que estos trabajadores, en la mayoría de las ocasiones, desarrollan su prestación de trabajo en centros de los que el empresario principal es titular, llegando incluso a convivir laboralmente con otros trabajadores que, en cambio, se encuentran al servicio exclusivo de este empresario principal.

Ha sido, por tanto, el hecho objetivo de ser titular de un centro de trabajo en el que empleados de otro empresario despliegan su actividad laboral, el criterio determinante para atribuir a ambos empresarios una responsabilidad compartida en el cumplimiento de las obligaciones que impone la normativa sobre seguridad e higiene.

Son dos normas las que destacan en el terreno de la prevención de riesgos laborales: el art. 153 de la Orden Ministerial de 9 de marzo de 1971 que aprueba la "Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo", y el art. 2.3 del posterior Decreto de 10 de julio de 1975 "sobre procedimiento



administrativo para imposición de sanciones por infracción de leyes sociales y liquidación de cuotas a la Seguridad Social". Hay que advertir que, si bien dichas normas no son antecedentes directos del art. 42 del ET por limitar *ratione materiae* su ámbito de aplicación a aspectos de seguridad e higiene en el trabajo, si que son antecedentes de una pequeña parte de lo que constituye el actual cuerpo normativo que regula las garantías de los trabajadores empleados en contratas<sup>152</sup>.

Estas disposiciones disciplinan una responsabilidad solidaria del empresario principal junto a contratistas y subcontratistas, por las obligaciones de seguridad e higiene impuestas por ambas normas en relación a los trabajadores que estos ocupen en los centros de trabajo de aquel. Como ya se adelantó, se trataba de una responsabilidad objetiva del empresario principal derivada de ser el titular o propietario del espacio físico donde los trabajadores del contratista desenvuelven su prestación de trabajo. No obstante, se volverá con más detenimiento sobre estas normas en el capítulo correspondiente.

#### 2.4. Precedentes en materia laboral y de previsión social.

Es en el ámbito de la responsabilidad empresarial por deudas salariales y de Seguridad Social donde cobra mayor importancia el estudio de los precedentes normativos del art. 42. Como es sabido, esta norma limita *ratione materiae* el régimen de responsabilidad empresarial a las "obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y las referidas a la Seguridad Social durante

---

<sup>152</sup> Cuerpo normativo que, como ya se ha dicho, tiene como pieza básica el art. 42 del ET pero también está integrado por otras normas como los arts. 104.1 y 127.1 de la LGSS, el art. 24 de la LPRL, los arts. 23.2 y 43.2 del TRLISOS, e incluso el art. 1597 del Código Civil.

el periodo de vigencia de la contrata". Por otra parte, y a los efectos que aquí interesan, hay que señalar que el ámbito material de responsabilidad y la respuesta legal ofrecida por la norma no resultan totalmente novedosos, más bien al contrario, pues están inspirados claramente en una compleja normativa sectorial y de alcance general cuyo análisis va a ser objeto de atención seguidamente.

#### 2.4.1. Normativa sectorial.

En primer lugar, hay que destacar la Orden Ministerial de 29 de marzo de 1956, aplicable al sector de la construcción, cuyo art. 9 establecía una responsabilidad subsidiaria de las empresas de construcción y obras públicas por las obligaciones laborales y de previsión que contrajesen los destajistas o subdestajistas<sup>153</sup> con los que hubiesen establecido los correspondientes conciertos.

Se trataba de una responsabilidad limitada a las empresas del sector de la construcción, dado que, en este sector, era habitual la producción descentralizada y habituales también los incumplimientos laborales causados por contratistas poco solventes.

En la misma línea y con idéntica finalidad protectora ante la insolvencia empresarial, en el sector de las industrias manuales del esparto, la Orden Ministerial de 11 de marzo de 1963, establecía igualmente una responsabilidad subsidiaria de las empresas del sector por obligaciones laborales y de previsión social contraídas por los destajistas con los que hubiesen concertado.

---

<sup>153</sup> Entiéndase contratistas o subcontratistas.

Más adelante, la Ordenanza de Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica, aprobada por Orden Ministerial de 28 de agosto de 1970, imponía en su art. 59 dos obligaciones a las empresas del sector que pretendiesen subcontratar parte de su actividad: por un lado, debían exigir a las empresas con las que subcontratasen, la posesión del llamado "carnet de empresa con responsabilidad"<sup>154</sup>; por otro lado, también debían exigirles estar al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.

Seguidamente, el precepto estipulaba que las empresas del sector que subcontratasen con otras parte de su actividad serían responsables subsidiariamente de las obligaciones contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores. Nótese que, a diferencia de las Ordenanzas anteriores, aquí no se hace referencia expresa alguna a la responsabilidad por obligaciones de previsión social, con lo que parece que la responsabilidad se circunscribía solamente a las obligaciones laborales. Sin embargo, la dicción literal del precepto es lo suficientemente amplia como para comprender no sólo las obligaciones salariales sino también las de Seguridad Social<sup>155</sup>. Además, si ello no fuese así, no tendría sentido la anterior cautela, obligada para el empresario principal, de comprobar que su contratista está al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.

#### 2.4.2. Normativa general.

La primera norma de rango legal que, en el ámbito específico de la responsabilidad en materia de Seguridad Social, continua la tradición normativa establecida por las disposiciones

---

<sup>154</sup> Este documento fue introducido por Decreto de 26 de noviembre de 1954. Lo expedía la Autoridad Laboral y su tenencia suponía para terceros una garantía adicional de la solvencia de la empresa con la que contrataban.

<sup>155</sup> Así lo entiende MARTÍN VALVERDE, A. "Descentralización productiva y protección ...", op. cit., pág. 59.

sectoriales anteriores es la Ley General de Seguridad Social de 21 de abril de 1966.

Los arts. 68 y 97 de esta Ley convierten al empresario principal en garante de las insolvencias del contratista al contemplar una responsabilidad subsidiaria de aquel por las obligaciones de cotización y prestaciones de Seguridad Social de las que sea declarado responsable este.

A continuación, se exonera de esa responsabilidad subsidiaria al amo de casa, en relación a las obras de reparación que pueda contratar respecto a su vivienda, lo que pone de manifiesto que la exoneración por tal motivo, contenida en el art. 42.2 del ET, tiene su origen en una norma de Seguridad Social.

Las anteriores previsiones se incorporaron, sin modificación, al texto refundido de la Ley General de Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 y, posteriormente, al vigente Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio que aprueba el nuevo texto refundido de dicha Ley.

Tras la Ley General de Seguridad Social de 1966, sin duda hay que destacar el art. 4 del Decreto 3667/70 de 17 de diciembre "sobre prevención y sanción de actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores"<sup>156</sup>. Son dos motivos los que hacen a este precepto digno de una especial mención: en primer lugar, la propia redacción del precepto ya aventura que estamos ante el más directo antecesor del art. 42 del ET en su versión de 1980, disposición con la que coincide en lo sustancial, no sólo en el aspecto formal, sino también en la solución de fondo.

---

<sup>156</sup> Título cuya mención a "prácticas fraudulentas" ya denota un claro recelo y desconfianza hacia las operaciones de subcontratación. Idem, pág. 60.

En segundo lugar, no pasa desapercibido que en su redacción se tuvieron muy presentes las experiencias normativas anteriores para, ante las deficiencias que presentaban las mismas, corregirlas con fórmulas aún más garantistas para los intereses de los trabajadores empleados en contratas.

En cuanto al contenido del art. 4 del Decreto 3667/70, se aprecian dos previsiones fundamentales, una relativa a las obligaciones formales del empresario principal, y otra sobre el régimen de responsabilidad al que se sujeta.

Respecto a la primera de las previsiones, las obligaciones formales que se imponen al empresario que pretende subcontratar son las mismas que las que estableció la anterior normativa sectorial a la que este precepto sustituye, a saber: comprobar que el contratista posee el carnet de empresa con responsabilidad, y que está al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.

En cuanto al régimen de responsabilidad, como ya se ha apuntado, la regulación contenida en el Decreto es mucho más garantista que las existentes hasta el momento, pues, frente a la clásica y habitual responsabilidad subsidiaria, aparece ahora, como novedad, la responsabilidad solidaria del empresario principal por las obligaciones contraídas por los contratistas y subcontratistas con los trabajadores y con la Seguridad Social.

La fórmula de la responsabilidad solidaria contenida en el Decreto, aparte de novedosa como norma reglamentaria, resultó problemática en tanto que planteó un conflicto de legalidad y jerarquía normativa por contradecir lo estipulado por la Ley General de Seguridad Social de 1966, y la posterior de 1974 que, como se sabe, establecían una responsabilidad subsidiaria. Por ese motivo, el TS en sentencia de su sala de lo contencioso-

administrativo de 23 de noviembre de 1977, ar. 4642, declaró nulo el inciso último del art. 4 del Decreto, inciso que contenía la mención a la citada responsabilidad solidaria y que, por ello, a juicio del alto tribunal, vulneraba los aludidos principios de legalidad y jerarquía normativa.

Con posterioridad al Decreto 3667/70, el art. 19.2 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 sustituyó, con leves variaciones terminológicas, el art. 4 de la norma reglamentaria. Al reproducir prácticamente su contenido, dio cobertura legal al anterior precepto anulado por el Tribunal Supremo, y solucionó así los problemas de legalidad y jerarquía que se planteaban entre la norma reglamentaria y las leyes de Seguridad Social de 1966 y 1974<sup>157</sup>.

La redacción ofrecida por el art. 19.2 de la LRL, ha sido la definitiva y, por consiguiente, la que se consagró en el art. 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores hasta su modificación por la Ley 12/2001 de 9 de julio..

Por otra parte hay que advertir que, como se verá más adelante con ocasión del estudio de la responsabilidad en materia de Seguridad Social, el art. 19.2 de la LRL ha convivido pacíficamente con el art. 97 de la LGSS de 1974 pese a estipular tipos distintos de responsabilidad (solidaria y subsidiaria respectivamente), no existiendo problema alguno de compatibilidad por tratarse de preceptos con supuestos de hecho distintos: el primero se refiere a las contratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal y, en cambio, el segundo a toda contrata de obra o industria.

---

<sup>157</sup> De hecho, en la fecha de publicación de la sentencia del TS que declaró la nulidad del art. 4 del Decreto, los problemas de legalidad y jerarquía ya habían desaparecido, pues había entrado en vigor la Ley de Relaciones Laborales de 1976.

#### IV. LA SINGULAR RELACIÓN TRIANGULAR DEL TRABAJO EN CONTRATAS. POSICIÓN JURÍDICA DEL TRABAJADOR FRENTE AL COMITENTE Y AL CONTRATISTA.

La relación jurídica sobre la que se ha construido el actual Derecho del Trabajo ha estado tradicionalmente anclada en una estructura bilateral. Según este esquema tradicional, sólo son dos las partes que celebran el contrato de trabajo y también son dos las que participan de su dinámica y vicisitudes. En efecto, el contrato de trabajo y la relación obligatoria que de él nace es esencialmente bilateral pues presupone la existencia de dos partes "naturales", trabajador y empresario, y permite el intercambio de trabajo por salario mediante la integración del primero en el ámbito de organización y dirección del segundo. En ese estado de cosas, el Derecho contemplará como única posibilidad el trabajo prestado para un sólo empleador en el centro de trabajo de éste<sup>158</sup>.

Siendo entonces solamente dos los protagonistas de la relación de trabajo, el Derecho contemplará con recelo la interposición de terceros en la relación laboral, llegando a rechazar expresamente la existencia de relaciones jurídicas triangulares por apartarse del anterior esquema tradicional. De esta forma, la doctrina ha llegado incluso a afirmar que uno de los principios en los que se ha sustentado esa relación bilateral ha sido el principio de "ocupación en la propia empresa" que, aunque a simple vista parece que tiene un significado topográfico o espacial, implica, en cambio, que el trabajador tiene derecho

---

<sup>158</sup> CORDOVA, Efrén "Las relaciones de trabajo atípicas I", RL 1986, vol.I, pág. 241.

a que su trabajo se reciba directamente por su empleador, sin interposición de terceros<sup>159</sup>.

Sin embargo, en nuestros días, y por muy diversas razones de tipo socioeconómico, se ha puesto en tela de juicio la vigencia de esa tradicional concepción de las relaciones laborales. Las notables transformaciones producidas en el desarrollo de la actividad económica y el cambio producido en la estructura del mercado de trabajo (apoyado ahora, sobre todo, en el sector terciario o sector servicios), ha dado lugar, a su vez, a la adopción de cambios en la organización y estructura de las empresas, impuestos por la proliferación de nuevas tendencias en las relaciones de producción caracterizadas fundamentalmente por el mayor control de los costes internos, preocupación por el incremento de la productividad, la progresiva especialización en el trabajo, y la adopción de fórmulas de trabajo flexible<sup>160</sup>.

Este fenómeno, sin duda alguna, ha tenido una trascendente repercusión en el Derecho del Trabajo moderno que ha visto como la propia dinámica de la actividad económica ha hecho tambalear los cimientos sobre los que ha venido estando anclado. Obviamente, ante esta situación, esta rama del Derecho se ve obligada a cambiar, o al menos, a adoptar posturas más flexibles

---

<sup>159</sup> Cfr. MARTÍNEZ GARRIDO, L.R. "Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas. Problemas y soluciones". Madrid (Fundación Confemetal), 1998, pág. 9.

<sup>160</sup> Se han apuntado aquí, algunos de los factores fundamentales que han conducido a la transformación aludida; sin embargo, junto a estos, existen otros muchos que confluyen: 1) Los avances tecnológicos, cada vez más rápidos, haciendo la inversión en maquinaria y equipos más arriesgada por quedar pronto obsoletos, 2) la creciente preocupación por la mejora de la calidad del producto o servicio y decreciente, al mismo tiempo, por las tareas accesorias o complementarias desarrolladas habitualmente por la empresa, 3) la búsqueda de la eficiencia económica a través de fórmulas alternativas de organización del factor humano en la empresa, y finalmente, 4) factores sociales como el crecimiento demográfico y la incorporación de nuevos colectivos al mercado de trabajo. Una recopilación de estas y otras circunstancias ha sido realizada por la OIT en su Informe VI, presentado en la 85ª Conferencia de la OIT en 1997, dedicada al trabajo en régimen de subcontratación. Sobre dicho informe puede consultarse: BRIONES GONZÁLEZ, C. "El trabajo en régimen de subcontratación, o el extraordinario tránsito de la locatio conductio operis a la parasubordinación de la mano de un Proyecto y Recomendación de la O.I.T.". RL, n° 6, 1998, págs. 79 y ss.



sobre sus bases tradicionales para poder ofrecer mejor respuesta a los nuevos problemas que plantean las modernas relaciones de producción<sup>161</sup>.

De esta forma, la transformación del contexto socioeconómico en interacción con un Derecho del Trabajo en continua evolución, da lugar a la aparición de dos instituciones jurídicas ante las que el Derecho ha de adoptar algún posicionamiento: la cesión de trabajadores y la contrata de obras y servicios.

Sin entrar ahora en las notables diferencias existentes entre ambas instituciones, conviene, al contrario, detenerse en una relevante similitud: ambas figuras suponen la principal manifestación jurídica de la aludida quiebra de las bases tradicionales del Derecho del Trabajo, en tanto que su mecánica de funcionamiento da lugar a la participación de dos o más empresas en un mismo proceso productivo<sup>162</sup>. Se puede decir entonces que estas figuras han dado paso a un nuevo modelo de relación laboral individual que, conviviendo con el anterior modelo bilateral, reviste, en cambio, un carácter triangular.

En una relación laboral triangular, el trabajador se halla contractualmente vinculado con un empresario que, a su vez, lo está con otro empresario que será el que, en definitiva, reciba la prestación de servicios del trabajador llegando, en ocasiones, incluso a ejercitar potestades inherentes a la condición de

---

<sup>161</sup> En este sentido se pronuncia la doctrina cuando, con frecuencia, emplea la expresión "crisis del Derecho del Trabajo". Por todos CORDOVA, Efrén "Las relaciones de trabajo atípicas I" op. cit., pág. 240.

<sup>162</sup> En parecidos términos se pronuncia la sentencia del TS, ud., de 18 de abril de 1992, ar. 4849, afirmando que "es obvio que estas empresas de trabajo temporal y las empresas cesionarias o clientes no son, en absoluto, asimilables a los supuestos de contratas y subcontratas..., pero sin embargo, en ambos casos, se produce una cesión de trabajo, directa en un caso e indirecta en otro.

empresario laboral<sup>163</sup>. Son, por lo tanto, dos los empresarios que, en una relación laboral de este tipo, participan del esfuerzo productivo de un mismo trabajador.

Este fenómeno, como se ha visto, tiene explicación desde el punto de vista socioeconómico, esto es, la necesidad de racionalizar costes y la búsqueda de mayor eficiencia productiva conduce a las empresas a incorporar nuevas fórmulas de gestión estratégica. Sin embargo, nada se ha apuntado desde el puro plano jurídico; habría, por tanto, que plantearse cómo reacciona y explica el Derecho la puesta en marcha de nuevas relaciones de producción y consigo la de relaciones laborales que escapan a los esquemas tradicionales.

Desde luego, el ordenamiento jurídico no puede desconocer ni permanecer insensible ante la realidad de las transformaciones producidas en el ámbito socioeconómico. Eso explica que la propia Constitución española, en su art. 38 reconozca el derecho a la libertad de empresa en una economía de mercado. El derecho constitucional a la libertad de empresa, no sólo es una institución básica del ordenamiento económico general, sino también un derecho subjetivo de todo empresario cuyo contenido básico comprende la libertad para iniciar una actividad económica, desarrollarla en el mercado y cesarla cuando el empresario estime conveniente. Como ya se señaló en el capítulo I, ese contenido básico está, a su vez, integrado por una serie de derechos específicos como son la libre competencia, libre financiación e inversiones, libertad de organización, o la libre

---

<sup>163</sup> Este nuevo modelo de relaciones laborales individuales no sólo se ha identificado con el apelativo de "relaciones triangulares", sino que la doctrina lo ha identificado con diversas denominaciones: "relaciones de trabajo mediatas" por RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "Interposición y trabajo...", op. cit. pág. 70, y en "El lugar de ejecución de la contrata y el art. 42 del ET", RL, n° 5, 1996 pág.6; "trabajo atípico" por CORDOVA, Efrén "Las relaciones de trabajo atípicas", op. cit., págs. 243 y 244; o incluso "relaciones indirectas de trabajo" por BORRAJO DACRUZ, E. "Los empresarios indirectos", Documentación Laboral, n° 2, 1982, pág. 26 y MARTÍN VALVERDE, A. "La protección jurídica ..." op. cit., pág. 114.

organización de los factores productivos. Precisamente la libertad constitucional de la empresa para organizar libremente sus factores productivos, es la que da cobertura jurídica a las nuevas formas de organización del trabajo, especialmente, a las relaciones triangulares de trabajo. Ahora bien, como toda actividad empresarial se despliega en un determinado contexto socioeconómico caracterizado por la confluencia de multitud de relaciones jurídicas y, detrás de ellas, de infinidad de intereses, el ordenamiento jurídico ha de contar con la presencia de esos intereses porque, en buena parte, han de coexistir con los protegidos por la propia libertad de empresa. Todos los derechos, incluidos los constitucionales, son limitados; el derecho de libertad de empresa en su acepción de derecho a la libre organización de los factores productivos no es una excepción precisamente por desplegarse en un contexto de actividad empresarial donde, como se ha apuntado, confluyen otros intereses también susceptibles de protección y, en principio, incompatibles con una defensa a ultranza del presente derecho constitucional.

Así pues, si la propia Constitución tolera, de esta forma, las llamadas relaciones triangulares de trabajo, el ordenamiento jurídico laboral no ha de conformarse con esa tolerancia y ha de intervenir sobre estas figuras con el fin de proteger esos intereses confluyentes que no se desconocen y que, en este caso, bien pueden ser los de los trabajadores, los de la Seguridad Social o incluso los de los propios empresarios que participen en la dinámica de esas nuevas relaciones de producción.

Sentado entonces el reconocimiento por el ordenamiento jurídico del funcionamiento en las actuales relaciones de producción de relaciones laborales triangulares, cuyo paradigma está constituido por la cesión de trabajadores y la contrata de obras y servicios, es el momento adecuado para apuntar algunas

observaciones sobre esta última relación triangular con el fin de dar cuenta de las relaciones jurídicas que la integran y de la naturaleza jurídica de cada una de ellas.

En efecto, en una relación de trabajo en contratas la participación de al menos dos empresarios del esfuerzo productivo de un mismo trabajador origina una relación de carácter triangular<sup>164</sup> integrada por tres relaciones jurídicas diferenciables pero interrelacionadas e interdependientes: la relación del empresario comitente con el empresario contratista, la relación de este último con el trabajador y, finalmente, la relación del empresario comitente con el trabajador. A continuación, se analizarán las tres por separado.

#### 1. La relación jurídica del empresario comitente con el empresario contratista.

Como se ha visto, cuando empresario comitente y empresario contratista conciertan la realización por este último de una obra o servicio determinado encargada por el primero, por regla general están celebrando un contrato de empresa cuya ejecución supone disponer la organización de medios materiales y humanos del contratista al servicio del comitente por razón de ese encargo<sup>165</sup>. El contrato de empresa origina, entre ambos empresarios, una relación jurídica de naturaleza civil o mercantil que no reviste entonces carácter laboral y que se rige por el Derecho Común.

Sin embargo, no se debe desconocer que, por otra parte, el objeto del contrato celebrado entre ambas empresas conlleva la

---

<sup>164</sup> La doctrina también ha calificado la relación de trabajo en contratas como una relación de carácter triangular. Cfr. MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial...", op. cit., pág. 266.

<sup>165</sup> Vid. Supra.

puesta en funcionamiento de la organización productiva de una como parte accidental del ciclo productivo de la otra. Esa circunstancia supone, en la práctica, la incorporación indirecta por el comitente, del trabajo de los operarios del contratista. De esta manera, se puede afirmar que se está ante una relación jurídica de consecuencias que trascienden al ordenamiento laboral, y por tanto, relevante para el Derecho del Trabajo, pese a seguir tratándose de una relación jurídica interempresarial que en ningún modo puede revestir carácter laboral. En este sentido, GOERLICH ha afirmado que "es esta circunstancia (la prestación de servicios de los trabajadores de una empresa para otra empresa) la que hace que esas relaciones interempresariales, en principio extralaborales, pasen a tener trascendencia para el ordenamiento jurídico laboral"<sup>166</sup>. Precisamente, y en esta línea argumental, la doctrina ha llegado a justificar las cargas y responsabilidades de todo tipo que tiene el empresario principal con los empleados del contratista, en el preexistente vínculo interempresarial que origina la relación mediata o indirecta de trabajo<sup>167</sup>.

## 2. La relación jurídica del empresario contratista con el trabajador.

Entre el empresario contratista y el trabajador existe una relación jurídico laboral nacida del contrato de trabajo entre ellos celebrado y cuyo objeto se centrará, durante la ejecución de la contrata, en el desempeño de los servicios profesionales conducentes a la realización del encargo encomendado por el comitente. Esto último es importante porque la existencia de un

---

<sup>166</sup> GOERLICH PESET, J.M\*. "Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales", AL, n°8, 1997, pág. 125.

<sup>167</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "El lugar de ejecución de la contrata y el art. 42 del ET", op. cit., pág. 6. CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva y responsabilidad laboral ...", op. cit., pág. 119.

encargo previo, a cuya consecución van dirigidas las prestaciones laborales de los asalariados del contratista, va a modular, sin duda, las condiciones de ejecución de esas mismas prestaciones de trabajo y, además, condicionará la elección del espacio temporal y locacional en el que habrán de desplegarse. Así, la relativa frecuencia en la praxis empresarial de ejecutar la contrata en los centros de trabajo del principal, la convivencia laboral de los empleados del contratista con los empleados del principal, y la no menos frecuente coincidencia temporal del contrato de trabajo con el periodo de duración de la contrata, son pues evidentes manifestaciones de la interrelación existente entre el contrato de empresa que origina la contrata y los contratos de trabajo celebrados con el contratista. Esta interrelación impide hacer abstracción de la relación jurídico laboral entablada entre contratista y trabajador y, en cambio, exige situarla en el contexto socioeconómico que le corresponde que no es otro que la relación productiva que nace desde el mismo momento de celebración de la contrata. Una reflexión muy similar hace el prof. BORRAJO cuando, al referirse a los "empresarios indirectos" (entiéndase aquí comitentes), afirma que dichos empresarios "condicionan de este modo el comportamiento del empresario directo (entiéndase contratista) cuando este último determina concretamente el contrato y las relaciones laborales"<sup>168</sup>.

En esta línea de pensamiento, cobra sentido traer a colación la reciente concepción dogmática del contrato de trabajo como contrato de organización. Según esta doctrina, el trabajador ha de ofrecer una colaboración subordinada y eso supone trabajar del modo más adecuado al fin propuesto por su empresario. Pues bien, en la relación de trabajo en contratas interactúan al menos dos

---

<sup>168</sup> Recoge el autor una cita literal de la encíclica social *Laborem Exercens* que analiza en el presente estudio (los paréntesis son míos). Cfr. BORRAJO DACRUZ, E. "Los empresarios indirectos", op. cit., pág. 25.

empresarios con objetivos productivos, en principio, distintos. Sin embargo, la concertación de voluntades que efectúan al celebrar la contrata determina que el fin productivo perseguido por el contratista esté dirigido y modulado a su vez por la consecución del fin productivo pretendido por el comitente<sup>169</sup>.

### 3. La relación jurídica empresario comitente-trabajador.

En el apartado anterior se ha afirmado que en una relación de trabajo en contratas la existencia de un encargo previo, encomendado por el comitente al contratista, condiciona, entre otras cosas, la elección del ámbito espacial donde las prestaciones de trabajo han de tener lugar. Como se verá más adelante con ocasión del estudio de la cuestión del lugar de ejecución de la contrata, si bien es cierto que una contrata no viene predefinida por el lugar de ejecución de la misma, pudiéndose desarrollar tanto en el centro de trabajo del contratista como en el del principal, también lo es que la prestación de los servicios laborales en el centro de trabajo del empresario principal es una fórmula relativamente frecuente en la práctica empresarial hasta el punto de llegar a ser considerada por un autorizado sector de la doctrina como un elemento definitorio implícito del art. 42 del ET<sup>170</sup>. Es precisamente en las contratas desarrolladas en el centro de trabajo del principal donde normalmente pueden hallarse concretas manifestaciones de relaciones fácticas entabladas entre el empresario comitente y los trabajadores del contratista. Como se sabe, entre ambos no se ha celebrado un contrato de trabajo y sin

---

<sup>169</sup> Sobre la concepción del contrato de trabajo como contrato de organización, vid. PERSIANI, M. "Contratto di lavoro e organizzazione", Padua (CEDAM), 1966, págs 260 y ss. También, se recoge esta doctrina en FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup>.F. "El poder disciplinario en la empresa", Madrid (Civitas), 1991, págs. 35 y ss.

<sup>170</sup> Por todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "El lugar de ejecución de la contrata y el art. 42 del ET, RL, n° 5, 1996, págs.6 y 8. Sobre esta cuestión se volverá más adelante y con mayor profundidad en el epígrafe correspondiente.

embargo, pueden presentarse, aunque sólo aparentemente, como sujeto prestador y sujeto receptor de una prestación de trabajo y compartir además algunos de los derechos y obligaciones propios del ordenamiento laboral.

Así pues, puede parecer ciertamente singular la naturaleza jurídica de la relación entablada entre comitente y trabajador. Sin lugar a dudas, la inexistencia entre ellos de un vínculo contractual impide hablar de relación jurídico laboral en sentido técnico. No obstante, la inexistencia de relación jurídica no impide afirmar la existencia al menos de una relación fáctica que deriva de la prestación de servicios profesionales de un trabajador para una empresa<sup>171</sup>.

Esa relación fáctica de trabajo entre empresario comitente y trabajador no puede pasar desapercibida para el ordenamiento laboral en tanto que se desarrolla en los centros de trabajo del empresario principal y, en consecuencia, convive con las relaciones laborales entabladas entre este y sus propios trabajadores; relaciones laborales a las que se asemeja y con las que, incluso, se confunde por integrarse todas en un mismo ciclo productivo<sup>172</sup>. En esta línea CORDOVA ha afirmado que "aunque no existan nexos contractuales, tampoco se trata de la simple coincidencia física de una persona que realiza labores en el

---

<sup>171</sup> Sin embargo, para MARTÍN VALVERDE, entre comitente y trabajador no hay relación de trabajo, ni siquiera mediata, entre ambos sujetos, sino una relación indirecta de aprovechamiento de trabajo entre la empresa principal y los trabajadores de la contratista. Cfr. MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial ...", op.cit., pág. 265.

<sup>172</sup> La relevancia de esta relación para el ordenamiento laboral ha sido puesta de manifiesto por RODRÍGUEZ-PIÑERO afirmando que "precisamente el que los trabajadores del contratista trabajaran locativamente "hombro con hombro" con los del empresario comitente ha sido una de las razones que ha dado lugar a una disciplina del trabajo en contratas". Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "La regulación protectora del trabajo en contratas", op. cit., pág. 38.



local de una empresa: hay sin duda una relación fáctica que tiene implicaciones jurídicas"<sup>173</sup>.

De esta forma, y en síntesis, la vinculación indirecta que une al trabajador del contratista con el empresario principal, pese a no nacer de un contrato de trabajo entre ellos celebrado, es de hecho una relación de trabajo que, por incardinarse en el ciclo productivo del empresario principal, es relevante para el Derecho del Trabajo. En concreto, a mi juicio, son dos las manifestaciones que motivan ese interés del ordenamiento laboral en la relación fáctica entablada entre trabajador y empresario comitente: el ejercicio, por este último, de facultades organizativas sobre los trabajadores del contratista y, en segundo lugar, la imposición legal a dicho empresario de específicos deberes de seguridad e higiene respecto a esos mismos trabajadores.

En lo concerniente al ejercicio por el empresario principal de facultades directivas, si se recuerda la citada concepción del contrato de trabajo como contrato de organización, el trabajador debe prestar una cooperación subordinada de la forma que sea más útil para el empresario. En el trabajo prestado por un empleado del contratista que desarrolla su prestación de trabajo en los centros del principal, el interés productivo del empresario contratista viene delimitado por la satisfacción del interés del empresario principal que le hizo el encargo.

Esa coincidencia de intereses explica que, cuando la prestación de trabajo transcurre en los centros de trabajo del principal, este ostente, por vía de la delegación, todas o parte de las facultades organizativas y de dirección que originariamente se atribuyen al contratista. Sin entrar ahora en

---

<sup>173</sup> CORDOVA, Efrén "Las relaciones de trabajo atípicas (I)" op. cit., págs. 267 y 268.

la polémica que existe sobre quien es, en estos casos, el verdadero titular del poder de dirección<sup>174</sup>, lo que hay que dejar sentado ahora es que cuando el trabajo se desarrolla en los centros de trabajo del principal no es infrecuente que sea este empresario, y no el contratista, el que dirija y organice la actividad de los trabajadores contratados por este último para prestar sus servicios en la contrata. Con ello se trata de acomodar, en la mayor medida posible, las prestaciones de trabajo al fin productivo perseguido por el comitente, sin que por ello se haya de desdibujar la relación jurídico laboral que une al trabajador con la empresa que le ha contratado<sup>175</sup>.

En cuanto a los deberes de seguridad e higiene del empresario comitente respecto a los empleados del contratista, puede afirmarse que en el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo es donde, probablemente con mayor intensidad, se manifiesta la preocupación de ordenamiento jurídico por la relación de hecho existente entre el empresario principal y los trabajadores del contratista que desarrollan sus tareas en los centros de trabajo de aquel.

Dicha preocupación se evidencia por la imposición ex lege al empresario principal de específicas obligaciones relacionadas

---

<sup>174</sup> Sobre esta cuestión puede consultarse ROMÁN DE LA TORRE, M. D. "Poder de dirección y contrato de trabajo", Valladolid (Grapheus), 1992, págs. 121 a 126.

<sup>175</sup> No escasea la jurisprudencia que reconoce esta realidad. Así, cfr. sentencia del TSJ de Andalucía, de 22 de diciembre de 1992, ar. 6093, que afirma "la realidad social presenta actividades lícitamente destinadas a facilitar servicios a terceros mediante personal propio... incluso con prestación de trabajo en el domicilio del destinatario de aquellos o donde se realiza la obra, y compartiendo la transferencia de una parte del poder de dirección del verdadero empresario y sus facultades organizativas al lugar y firma en que se prestan los referidos servicios". También, en la misma línea, la sentencia del TSJ del País Vasco, de 24 de septiembre de 1992, ar. 610, aprecia la existencia de una contrata aún cuando los trabajadores se sometían al horario, jornada, instrucciones y dirección de la empresa principal. Finalmente, en unificación de doctrina, la sentencia del TS de 18 de abril de 1992, ar.4849, ha afirmado textualmente que "en los casos de contratas y subcontratas de obras o servicios, aunque es indiscutible que los empleados de la empresa contratista o subcontratista mantienen su vínculo laboral exclusivamente con esta, no puede olvidarse que en muchas ocasiones desarrollan su trabajo bajo el control y la inspección de la empresa principal".

con las condiciones de seguridad y salubridad laboral de todos los empleados ocupados en centros de trabajo o instalaciones cuya titularidad ostenta.

Como es lógico, la intervención del ordenamiento jurídico en este ámbito no se limita a la imposición de los deberes apuntados sino que además alcanza a la ordenación de una rigurosa batería de responsabilidades de orden civil, administrativo, e incluso penal, a las que se encuentra sujeto el empresario principal en el desarrollo de su actividad.

La regulación básica en la materia, como se sabe, se encuentra en la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, donde merece especial atención su art. 24 que, bajo el epígrafe "Coordinación de actividades empresariales", contempla unos singulares deberes de protección que incumben a los empresarios comitentes y que tienen como principal objetivo garantizar, en el ámbito de las relaciones de trabajo descentralizadas, la efectividad del correlativo derecho de los trabajadores a una protección eficaz (derecho consagrado en el art. 14.1 de la citada Ley).

Antes de adelantar cuáles son en concreto estos deberes, hay que advertir que no son exclusivos del trabajo en contratas, sino que son extensibles a todo fenómeno de concurrencia simultánea de varios empresarios en un mismo centro o lugar de trabajo. En efecto, hablar de coordinación de actividades empresariales es hablar de vínculos empresariales en las relaciones de producción, cuya referencia inmediata es la simultánea presencia de dos o más empresarios en un mismo espacio físico de trabajo. Sin duda alguna, la contrata constituye el modelo paradigmático de este tipo de supuestos, y por tanto el principal campo de aplicación del art. 24 de la Ley. Sin embargo, la LPRL va más allá pues son varios, además de la contrata, los fenómenos de coordinación

empresarial que exigen una intervención legislativa en este sentido<sup>176</sup>.

Así pues, son esencialmente tres los deberes que disciplina el art. 24 de la LPRL, y que incumben al empresario principal en relación a los trabajadores que desarrollen su labor en sus centros de trabajo, a saber: deber de coordinación, deber de información y deber de vigilancia (párrafos 1º, 2º y 3º del art. 24 respectivamente). Ahora se trata tan sólo de dar cuenta de la existencia de dichos deberes como manifestación de la intervención del ordenamiento jurídico laboral en la relación de hecho que existe entre comitente y trabajador. El análisis exhaustivo de los mismos y la cuestión de la responsabilidad aparejada a su incumplimiento serán tratados posteriormente en el capítulo correspondiente.

El primero de los deberes, el deber de coordinación, está dirigido genéricamente a todos los empresarios cuyos trabajadores compartan un mismo centro de trabajo. Por tanto, alcanza, entre otros, a empresarios contratistas, subcontratistas y comitentes, cuando desarrollan su actividad en los centros de trabajo de estos últimos. Consiste en la obligación de todos ellos de adoptar las medidas necesarias para coordinar la protección y prevención de los riesgos existentes en la empresa y para informar de los mismos a sus respectivos trabajadores<sup>177</sup>.

En segundo lugar, el deber de información del art. 24.2 de la LPRL afecta de igual modo a los empresarios comitentes por estar dirigido a todo empresario titular de un centro de trabajo

---

<sup>176</sup> Cfr. GOERLICH PESET, J.Mª. "Coordinación de actividades...", op. cit., pág. 126.

<sup>177</sup> Como se verá posteriormente, el art. 24.1 LPRL es una reproducción prácticamente literal del art. 6.4 de la Directiva Marco 89/391/CEE de 12 de junio y el deber de coordinación que contiene ya había sido previsto por el art. 17 del Convenio n° 155 de la OIT.

donde otros desarrollen actividades productivas. De acuerdo con este deber, se interesa al empresario titular del centro de trabajo a informar al resto de empresarios que allí operen de los riesgos existentes en el centro, las medidas de protección a adoptar para paliarlos, y las medidas de emergencia previstas, para que, a su vez, lo trasladen a sus respectivos trabajadores.

Se trata pues de un deber de información dual que implica a cada uno de los empresarios implicados en la relación interempresarial, ya sea en calidad de titular del centro de trabajo o como empresario que desarrolla su actividad en este. Como se verá en su momento, la obligación impuesta al titular del centro de trabajo es exclusivamente interempresarial pese a que alguna posición haya pretendido agrupar los deberes de información que incumben a los distintos empresarios en uno solo colocando, a la postre, al empresario titular del centro de trabajo en el único responsable de hacer llegar la información necesaria a todo trabajador que desarrolle su actividad en ese centro de trabajo.

En último lugar, cierra el cuadro de obligaciones empresariales en la presente materia el deber de vigilancia del art. 24.3 de la LPRL. Precisamente este deber no se refiere ya de forma genérica al empresario titular del centro de trabajo donde otros desarrollen su actividad sino, de forma específica, al empresario principal de una contrata que se desarrolle en su centro de trabajo y corresponda a su propia actividad.

El deber de vigilancia obliga al empresario principal de una contrata correspondiente a su propia actividad a supervisar el cumplimiento por los contratistas y subcontratistas que desarrollan su actividad en su centro de trabajo de las normas de seguridad y prevención. De esta forma, se convierte al empresario principal en garante de la seguridad de los

trabajadores que, aunque no pertenecen a su plantilla, operan en sus instalaciones por razón de la contrata celebrada.

Nótese que, aunque es el contratista el obligado en primer lugar a velar por la seguridad y salud de sus trabajadores, corresponde al principal verificar el estricto cumplimiento por el contratista de las medidas de protección necesarias, incurriendo, en caso de incumplimiento del contratista, en la correspondiente responsabilidad que, como se verá en su momento, reviste carácter objetivo<sup>178</sup>. Eso supone que, de forma directa e inmediata, el principal haya de controlar y supervisar las condiciones de seguridad y salud laboral de los trabajadores del contratista pues la mera constatación empírica de un incumplimiento desencadena automáticamente la responsabilidad del principal.

Una vez manifestada la intervención del ordenamiento jurídico en la relación de trabajo entablada entre el trabajador y el empresario principal a través de la imposición a este último de unos específicos deberes de seguridad e higiene, es oportuno plantearse cuál es el fundamento de esa intervención del ordenamiento laboral aún tratándose de un relación fáctica en la que no media contrato de trabajo alguno.

La doctrina que se ha pronunciado sobre el particular es abundante y unánime. Ciertamente, todo trabajador está expuesto a los riesgos ambientales propios del centro de trabajo, lugar o instalaciones donde presta sus servicios. Cuando estos se despliegan en un medio físico cuya titularidad o control corresponde a su empresario es evidente que será este quien deberá adoptar las medidas necesarias para evitar o paliar esos riesgos. Sin embargo, si el medio físico donde transcurren las

---

<sup>178</sup> Cfr. GOERLICH PESET, J.M. "Coordinación de actividades ...", op. cit., pág. 146.

prestaciones de trabajo está controlado por otro empresario distinto, parece lógico que incumba también a este empresario llevar a cabo la protección necesaria, por ser quién está en mejores condiciones para conocer los peculiares riesgos que se derivan de la ejecución de una actividad productiva en ese medio de trabajo.

Por esa razón, se puede colegir que la imposición legal de específicos deberes de protección al empresario principal sobre los trabajadores empleados en la contrata obedece a que la prestación de trabajo que estos realizan en instalaciones no pertenecientes a la empresa a la que están laboralmente vinculados les hace especialmente vulnerables a los riesgos laborales, pues, los riesgos a los que están expuestos son, además de los inherentes a su actividad, los creados por la empresa principal tanto por sus propias instalaciones como por sus decisiones y omisiones respecto a esos trabajadores<sup>179</sup>.

Dicho en otras palabras, el empresario principal no puede ser ajeno a las condiciones de seguridad e higiene en las que prestan sus servicios los trabajadores del contratista cuando es en sus centros de trabajo e instalaciones donde se despliega la actividad laboral protegible, llegando incluso a ejercer cierto poder de control sobre la manera en que el trabajo ha de llevarse a cabo<sup>180</sup>.

Sin embargo, hay que decir al respecto que la anterior argumentación no difiere, en cualquier caso, de la doctrina general sobre el fundamento de los deberes de seguridad e higiene

---

<sup>179</sup> BORNAECHEA FERNÁNDEZ, J.I. "La responsabilidad solidaria de la empresa principal y de los contratistas y subcontratistas en materia de seguridad e higiene", RL, 1986, vol. II, pág. 833.

<sup>180</sup> Idea similar subyace en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "El lugar de ejecución de la contrata y el art. 42 del ET", op. cit., pág. 6.

que incumben no ya al empresario principal sino a cualquier empresario con trabajadores a su servicio, pues, de hecho, y fuera ya del trabajo en contratas, todo deber de seguridad e higiene que legalmente se impone reside en que el empresario controla o está en condiciones de controlar el lugar donde el trabajo se presta así como las instalaciones, herramientas y máquinas que, para la prestación de trabajo, pone a disposición del trabajador y, por ese motivo, está en condiciones y tiene el deber de reducir al mínimo la insalubridad y peligrosidad del medio ambiente de trabajo<sup>181</sup>.

## V. CARACTERÍSTICAS DEL SUPUESTO DE HECHO NORMATIVO.

1. La condición de empresarios de los sujetos intervinientes en la contrata y subcontrata.

El primer elemento que identifica la contrata y subcontrata de obras y servicios es el de tratarse de un negocio jurídico concertado entre empresarios pues a estos se refiere el tenor literal del art. 42.1 del ET.

La condición de empresarios es cosustancial a este negocio jurídico, lo que explica los supuestos de exoneración contenidos en el apartado segundo y referidos a las obras contratadas por un cabeza de familia respecto de su vivienda y a los encargos no encomendados en un contexto de actividad empresarial.

Lo que ya no está tan claro en la norma es a qué tipo de empresarios se imputan las consecuencias normativas asociadas a su supuesto de hecho. Es preciso así determinar si la condición de empresarios de los sujetos intervinientes lo es a todos los

---

<sup>181</sup> ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E. "Derecho del Trabajo", op. cit., pág. 235.



efectos en su acepción mercantil, como titular de una actividad económica, o en su acepción, laboral, como sujeto receptor de prestaciones de trabajo dependientes y por cuenta ajena en los términos del art. 1.2 del ET. Como se va a comprobar, la solución es distinta según se trate del empresario contratista o subcontratista o del empresario principal.

En cuanto a los empresarios contratistas y subcontratistas es evidente que la norma se está refiriendo a empresarios como equivalente a empleadores. No podía ser de otra forma cuando el art. 42 precisamente lo que trata de proteger son los intereses salariales y de Seguridad Social de los trabajadores contratados por dichos empresarios para emplearlos en la ejecución de las tareas contratadas o subcontratadas. Es, por tanto, imprescindible para estar ante una contrata o subcontrata del art. 42 del ET que la actividad empresarial desarrollada por el contratista o subcontratista se desarrolle con aportación de trabajo en régimen de laboralidad.

En cuanto al empresario principal, la cuestión se presenta más difusa. Es cierto que la norma parece pensar en el empresario principal como titular de una actividad empresarial en la que se desarrollan prestaciones de trabajo respecto a las cuales es titular de los derechos y obligaciones laborales propios de todo empleador. Esta inclinación por la acepción laboral del término se vislumbra en el art. 42.4 que, como se sabe, establece unas determinadas obligaciones informativas del empresario principal en relación con sus representantes de los trabajadores. Si la norma se refiere abiertamente a la representación legal de los trabajadores en la empresa principal es porque se está dando a

esta empresa el tratamiento de empleador en los términos del art. 1.2 del ET<sup>182</sup>.

De todas formas, desde mi punto de vista, la ponderación excesiva del anterior apartado de cara a la solución del problema que nos ocupa, entraña el riesgo de dar el tratamiento de definitorio a un elemento que sólo es accidental y puede o no presentarse en la realidad de la subcontratación. Efectivamente, a mi juicio, nada impide para la aplicación de la norma estatutaria que se esté ante un encargo encomendado por un empresario comitente, sea persona física o jurídica, que no cuente con trabajadores en plantilla. Piénsese, por ejemplo, en un trabajador autónomo titular de una determinada actividad empresarial o de una pequeña sociedad mercantil dedicada a la explotación de un negocio para el que no precise desarrollo de trabajo en régimen de laboralidad<sup>183</sup>. Por otra parte, que la norma se refiera en uno de sus apartados al empresario principal como empleador de trabajo dependiente no ha de significar que en todo caso haya de serlo para poder estar ante una contrata pues dicha previsión normativa ha sido establecida sólo a los efectos de la instauración para dicho empresario de determinadas obligaciones informativas.

---

<sup>182</sup> Igual tendencia se podía apreciar en la redacción del art. 42 anterior a la Ley 12/2001 cuando en su apartado segundo limitaba cuantitativamente la responsabilidad salarial a lo que le correspondería abonar de tratarse de su personal fijo en la misma categoría y puesto de trabajo. Sin embargo, y con buen criterio, se apreció que la funcionalidad de este límite no era la de exigir la condición de empleador del empresario principal sino permitir la propia operatividad de dicho límite en función de cuáles sean las condiciones salariales que rijan en el sector de actividad al que pertenece el empresario principal. Cfr. DEL REY GUANTER, S. "A propósito de los requisitos del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores, y en especial sobre la propia actividad: notas a la luz de la STS de 24 de noviembre de 1998", op. cit., págs. 737 y 738, y, con idéntico título y contenido, en AAVV. "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo", op. cit., págs. 332 y 333, y en "Los requisitos subjetivo, negocial y objetivo previstos en el art. 42.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores", op. cit., págs. 28 y 29.

<sup>183</sup> Consideraciones similares efectuó DEL REY GUANTER, S. "A propósito de los requisitos ...", op. cit., pág. 738, y en AAVV. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 333, y en "Los requisitos subjetivo ...", op. cit., pág. 28.

Así, puede colegirse que la única exigencia de la norma a este respecto es que el empresario principal lo sea en calidad de titular de una actividad empresarial, requiera o no para ello desarrollo de trabajo en régimen de laboralidad. La trascendencia definitoria del desarrollo de una actividad empresarial es puesta de manifiesto en el apartado segundo del art. 42.2 que contiene los citados supuestos de exoneración del cabeza de familia y de las obras contratadas no por razón de una actividad empresarial.

El Tribunal Supremo, sin embargo, cuando ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre el particular, se ha situado en una posición contraria. Así, se ha sostenido en doctrina unificadora que el término empresario utilizado por el apartado primero del art. 42 del ET es equivalente a empleador y la actividad empresarial a la que se refiere el apartado segundo no es la mercantil sino aquella que para su desarrollo requiera aportación de trabajo en régimen de laboralidad<sup>184</sup>.

A pesar del sentido de esta jurisprudencia, desde mi punto de vista no puede tomarse como excluyente de cualquier otra acepción del término empresarios del art. 42.1 del ET. Téngase en cuenta que en los supuestos enjuiciados la acepción laboral del término se ha traído a colación para defender la aplicación extensiva del art. 42 a los casos en que la contrata es concertada por una Administración Pública y así evitar que los entes públicos, por el mero hecho de serlo, puedan beneficiarse del resultado productivo de un trabajo prestado en régimen de laboralidad sustrayéndose, en cambio, de la regulación garantista del art. 42 pues difícilmente podría afirmarse que la actividad desarrollada por una Administración Pública es una actividad

---

<sup>184</sup> Cfr., entre otras, sentencias TS 15 de julio de 1996, ar. 5990, 31 de diciembre de 1996, ar. 9867, 3 de marzo de 1997, ar. 2194 y 18 de marzo de 1997, ar. 2572. En ellas se sostiene esta acepción del término empleador con el fin de justificar la extensión aplicativa del art. 42 del ET a supuestos de contratas concertadas por Administraciones Públicas.

empresarial. Por otra parte, entender que en todo caso sólo es empresario comitente aquel que sea empresario laboral dejaría fuera de cobertura aquellos casos antes aludidos donde el comitente es un trabajador autónomo o una pequeña empresa, supuestos que, como es conocido, proliferarán cada vez más en el devenir del fenómeno descentralizador.

En suma, al margen de los supuestos especiales de las concesiones administrativas, la condición de empresario laboral del comitente no resulta imprescindible para la aplicación del art. 42. Aún siendo esta la hipótesis más habitual, no debe sorprender la aplicación de la norma en aquellos otros casos en que se está ante el mero desarrollo de una actividad empresarial sin aportación de trabajo en régimen de laboralidad y ello porque, como ya se ha argumentado, de la norma se desprende que es el elemento del desarrollo de una actividad empresarial el que ha de identificar al empresario comitente a efectos de la correspondiente imputación normativa de responsabilidad.

## 2. El lugar de ejecución de la contrata.

El elemento locativo no se encuentra explícitamente mencionado en la regulación ofrecida por el art. 42 del ET. Lo cierto es que la realidad de la subcontratación muestra abundantes supuestos de contratos de ejecución de obras y servicios desarrollados tanto en los centros de trabajo del empresario comitente como en los centros de trabajo propios del empresario contratista<sup>185</sup> por lo que, en principio, unos y otros

---

<sup>185</sup> Basta pensar, para el primero de los casos en las clásicas contratas de servicios auxiliares como vigilancia o limpieza o en las contrataciones y subcontrataciones efectuadas en el sector de la construcción; en cuanto al segundo grupo pueden mencionarse los contratos de montaje de piezas que se lleven a cabo en talleres propios de la empresa auxiliar, típicamente los del sector de la automoción, el transporte de mercancías o la gestión informática y contable.

son susceptibles de ser subsumidos en la institución que dicha norma laboral regula.

Si bien alguna posición doctrinal ha llegado a afirmar que el desarrollo de la contrata en los centros de trabajo del empresario principal es un elemento definitorio implícito en el art. 42 del ET y se han argüido para ello razones de analogía con las normas de prevención de riesgos laborales donde este requisito sí forma parte explícitamente de los supuestos de hecho normativo (típicamente el art. 24.3 de la LPRL)<sup>186</sup>, dicha posición no parece concluyente y tampoco ha convencido a la mayoría de la doctrina<sup>187</sup>. Téngase en cuenta que la invocación de las normas preventivas puede también emplearse para formular un argumento a la inversa; esto es, cuando el legislador ha pretendido, a efectos de la imputación de determinadas obligaciones y responsabilidades, exigir que la contrata se desarrolle en los centros de trabajo del empresario principal lo ha hecho expresamente y así ha ocurrido con los arts. 24.2 y 24.3 de la

---

<sup>186</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "El lugar de ejecución de la contrata y el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores", op. cit., págs. 6 y 8, MATEOS BEATO, A. "Análisis de la descentralización productiva", en AAVV. "Las empresas de trabajo temporal. Debate de los interlocutores sociales", Valladolid (Lex Nova) 1993, págs. 124 y 126; Defiende también esta posición, aportando mayor número de argumentos, SERRANO OLIVARES, R. "El elemento locativo en la delimitación del supuesto de hecho del artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores", en AAVV. "Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual", Valladolid (Lex Nova), 2001, págs. 90 a 110, y, con idéntico contenido, "El elemento locativo en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios", RL, 2000, vol II, págs. 318 a 336.

<sup>187</sup> De hecho abundan las posiciones que niegan el carácter de requisito al desarrollo de la contrata en los centros de la empresa principal. Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L. "La responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 81, MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma del art. 42 del E.T. ...", op. cit., pág. 282 y "Dimensión laboral ...", op. cit., pág. 55, LLANO SÁNCHEZ, M. "Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas", Madrid (La Ley-Actualidad), 1999, págs. 91 y 92, DEL REY GUANTER, S. "A propósito de los requisitos del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores ...", op. cit., págs. 741 y 742 y en AAVV. "Descentralización productiva y nuevas ...", op. cit., págs. 338 y 339; y en "Los requisitos subjetivo, negocial y objetivo ...", op. cit., págs. 33 y 34, OLMO GASCÓN, A. M. "Los derechos laborales del trabajo en contratas", Granada (Comares), 2002, págs. 62 y 63, RIVERO LAMAS, J. "La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo", en AAVV. "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo", Madrid (MTAS), 2000, págs. 48 y 49, GOERLICH PESET, J. M. "Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, págs. 103 y 104.

LPRL y 42.3 del TRLISOS<sup>188</sup>. El supuesto de hecho del art. 42 podrá ser difuso, pero no incompleto, por lo que introducir en la norma un requisito que la misma no establece carece de apoyatura legal<sup>189</sup>. Por otra parte pudiera parcer excesivo introducir un nuevo requisito en el art. 42 del ET, que ni siquiera ha sido explicitado con ocasión de la reforma operada en el mismo por la Ley 12/2001, por la mera circunstancia de la aparición de una nueva normativa en materia de prevención de riesgos laborales que si lo exige para ese específico ámbito<sup>190</sup>

Además se ha de reparar en que la presencia de este requisito en las normas de prevención tiene un sentido que no se encuentra en la norma laboral. Como se verá posteriormente, la imputación de determinadas obligaciones y responsabilidades al empresario principal cuando la prestación de servicios de los trabajadores del contratista tiene lugar en su centro de trabajo se justifica en que el primero es deudor de seguridad por la mera circunstancia fáctica de encontrarse en condiciones de controlar el ambiente y espacio físico en que las prestaciones laborales se desarrollan. En cambio, y como ya se ha visto, la imputación de la responsabilidad solidaria al empresario principal en el art. 42 del ET se remonta al aprovechamiento indirecto que obtiene de las prestaciones de trabajo de otro empresario, aprovechamiento que, a mi juicio, tiene lugar tanto si la contrata se desarrolla en el centro de trabajo del principal como en el del contratista<sup>191</sup>. En todo caso, en mi opinión, será el

---

<sup>188</sup> Y en su día ocurrió con otras normas antecedentes de aquellas como el art. 53 de la OGSHT, aprobada por Orden Ministerial de 9 de marzo de 1971, el art. 2.3 del RD 186/1975 de 10 de julio y el art. 40 de la Ley 8/1988 de 7 de abril.

<sup>189</sup> RIVERO LAMAS, J. "La descentralización productiva como fenómeno económico ...", op. cit., pág. 49.

<sup>190</sup> OLMO GASCÓN, A. M. "Los derechos laborales del trabajo en contratas", op. cit., pág. 63.

<sup>191</sup> Es de la misma opinión LLANO SÁNCHEZ, M. "Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas", op. cit., pág. 91. En contra, SERRANO OLIVARES, R. "El elemento locativo en la delimitación del supuesto de hecho ...", op. cit., pág. 91 y

requisito de la propia actividad el elemento cuya presencia determine la mayor ostensibilidad de ese beneficio sobre el trabajo ajeno y, en consecuencia, determine la atribución de la responsabilidad solidaria al empresario principal.

El propio art. 42 del ET, a raíz de la reforma operada en el mismo por la Ley 12/2001, suministra ahora un elemento adicional que contribuye a reforzar esta posición. De acuerdo con los nuevos apartados 4º y 5º del mismo, la empresa principal y la contratista o subcontratista habrán de informar a su representación legal de los trabajadores, entre otros extremos, del lugar de ejecución de la contrata lo que parece indicar que la regulación contenida en el art. 42 en ningún modo viene predefinida por el lugar de ejecución del encargo en el sentido de que este, necesariamente, se haya de desarrollar en el centro de trabajo de la empresa principal sino que esta será más bien una cuestión a decidir por las partes en función de la naturaleza y vicisitudes que caracterizen la ejecución de las tareas que se hayan de desarrollar.

En ocasiones puntuales, sin embargo, los tribunales han tendido a excluir del ámbito de aplicación del art. 42 del ET a aquellas contratas que se desarrollan fuera de los centros de trabajo del empresario principal<sup>192</sup>, a excepción de determinados supuestos donde la realización del trabajo en un espacio exterior es cosustancial a la naturaleza del mismo<sup>193</sup> y han

---

"El elemento locativo en el ámbito ...", op. cit., pág. 319.

<sup>192</sup> Es el caso contemplado en la sentencia TSJ Cataluña 10 de diciembre de 1998, as. 4690, en el que una empresa de fabricación de automóviles concierta con otra las tareas de embalaje de vehículos por piezas para exportarlas al extranjero.

<sup>193</sup> Como es el supuesto de la reparación de líneas eléctricas, contemplado por la sentencia del TS 18 de abril de 1992, ar. 4849 en la que se conceptúan las líneas eléctricas instaladas al aire libre instalaciones propias de la empresa principal. En un supuesto similar, la sentencia TSJ Castilla León 30 de septiembre de 1997, as. 3269, se declara centro de trabajo de la empresa principal una valla publicitaria propiedad de esta.

considerado indicio de la existencia de contrata que la actividad sea desarrollada en los locales de la empresa principal<sup>194</sup>. Fuera de estos casos, la inmensa mayoría de los supuestos jurisprudenciales donde se ha aplicado el art. 42 se han referido a contratas desarrolladas en el centro de trabajo del principal pero sin que el órgano judicial haya efectuado reparación explícita en ello. Esa tendencia, pues, parece ser "inconsciente"<sup>195</sup>, por lo que no puede afirmarse que en todo caso para nuestra jurisprudencia se trate este de un requisito constitutivo de la relación interempresarial regulada por el art. 42 del ET. De hecho, la jurisprudencia del extinto Tribunal Central de Trabajo ofrece algún ejemplo de un supuesto contrario, esto es, de la existencia de contrata cuando la actividad desarrollada por la empresa contratista se llevaba a cabo en sus centros de trabajo<sup>196</sup>

Seguramente está en lo cierto DEL REY GUANTER en el sentido de que ni el desarrollo de los trabajos en el centro de trabajo del empresario principal convierte en todo caso al negocio jurídico que sea en una contrata del art. 42 del ET ni su ejecución fuera de dicho centro impide estar ante esta institución jurídica. La circunstancia de desarrollarse la actividad laboral en los centros de trabajo del empresario principal, a lo sumo, deberá tomarse como indicio de la existencia de una contrata y la hipótesis contraria podrá conducir a la apreciación de cualquier otro negocio jurídico

---

<sup>194</sup> TSJ País Vasco 26 de mayo de 1998, as. 5503, en el que una empresa dedicada a la explotación de un supermercado concierta con otra auxiliar la gestión y explotación de la frutería.

<sup>195</sup> Como ha señalado GOERLICH PESET, J.M\*. "Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios", op. cit., pág. 103. En sentido parecido, constatando que la mayoría de los supuestos jurisprudenciales se refieren a contratas desarrolladas en los centros de la empresa principal, SERRANO OLIVARES, R. "El elemento locativo en la delimitación del supuesto de hecho ...", op. cit., pág. 90 y "El elemento locativo en el ámbito ...", op. cit., pág. 318.

<sup>196</sup> Cfr. Sentencia TCT 27 de marzo de 1989, ar. 2120, Fdo. Jco. 1°.



distinto como un contrato de compraventa o de suministro que se se sitúe extramuros del art. 42 del ET<sup>197</sup>.

### 3. Obras o servicios correspondientes a la propia actividad.

El supuesto de hecho normativo del art. 42 del ET está protagonizado por los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad. La necesidad de que la obra o servicio contratada corresponda con la actividad propia del empresario principal o comitente constituye así el elemento vertebrador de la presente norma pues, como es sabido, de la concurrencia o ausencia en el caso concreto de dicho requisito va a depender la sujeción o no de los empresarios participantes en la contrata al régimen de responsabilidad solidaria previsto en el segundo párrafo del precepto.

La presencia en la norma del requisito legal de la propia actividad permite constatar que el legislador no pretendía instaurar de forma incondicional la responsabilidad solidaria del empresario principal en todos los supuestos de subcontratación sino que su voluntad era más bien la de ceñir esa responsabilidad a un tipo específico de contratas. Esa opción obedece a que en este tipo de contratas, en las contratas de la propia actividad, es donde más ostensiblemente se manifiesta el aprovechamiento indirecto que el empresario principal obtiene recibiendo los resultados del trabajo de los operarios del contratista que incorpora a su patrimonio sin soportar las correlativas obligaciones inherentes a la contratación directa. Además, en

---

<sup>197</sup> DEL REY GUANTER, S. "Los requisitos subjetivo, negocial y objetivo ...", op. cit., pág. 34. Otros autores, en cambio, han considerado esta circunstancia como indicio de la existencia del requisito de la propia actividad. Cfr. MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 238, CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., págs. 133 y 134, LLANO SÁNCHEZ, M. "Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas", op. cit., pág. 92.

estas contratas es más probable el encubrimiento de una cesión prohibida de trabajadores pues, bajo la aparente participación en el ciclo productivo de la empresa contratante, puede ocultarse un mero suministro de mano de obra<sup>198</sup>.

Apuntada su justificación dogmática, es ahora imprescindible abordar el problema de la interpretación de la presente expresión legal, tarea, por otra parte, de innegable repercusión práctica si se tiene en cuenta la ya apuntada y manifiesta incidencia de este requisito en el ámbito subjetivo de responsabilidad disciplinada en el precepto. En efecto, en función de la interpretación que pueda efectuarse de la expresión legal (más elástica o más rígida), una misma contrata quedará sujeta o, por el contrario, se sustraerá al campo de aplicación del art. 42 del ET.

La interpretación de qué se entiende por propia actividad, a efectos de aplicar el art. 42 del ET, no es tarea sencilla pues, como ya ha señalado la doctrina, se trata de un concepto no reconducible a parámetros objetivos que remite más bien a la casuística y a la praxis empresarial, terreno, como se sabe, enormemente resbaladizo que impide formular criterios hermenéuticos generales con vocación de validez para todos los supuestos<sup>199</sup>. Prueba de la aludida dificultad son los abundantes y dispares pronunciamientos jurisprudenciales y las no menos numerosas aportaciones doctrinales que se han venido formulando desde la propia existencia del antiguo art. 4 del Decreto 3667/70 de 17 de diciembre, norma a la que debe su origen el concepto

---

<sup>198</sup> Ambas razones apuntadas por GARCÍA MURCIA, J. en "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores", RPS, n° 130, 1981, pág. 27.

<sup>199</sup> La práctica unanimidad de la doctrina ha advertido la dificultad que entraña dicha interpretación. Por todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "La regulación protectora del trabajo en contratas", op. cit., págs. 35 a 37 y MARTÍNEZ EMPERADOR, R. "El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios", Madrid (IES), 1980, pág. 6.

estatutario. Del estudio de esta nutrida doctrina y jurisprudencia que ha venido configurándose sobre la problemática de la propia actividad, se pueden extraer, con fines sistemáticos, las siguientes posiciones interpretativas:

### 3.1. Propia actividad como equivalente a actividad normal.

Para la primera corriente jurisprudencial, nacida con la doctrina del Tribunal Central de Trabajo anterior al ET, correspondían a la propia actividad del empresario principal las actividades normales y funcionalmente necesarias para el cumplimiento de sus fines aunque esas actividades fuesen en sí mismas de naturaleza distinta al fin productivo de la empresa en cuestión.

Así pues, de acuerdo con este criterio, forman parte de la propia actividad no sólo las tareas que participan de la misma naturaleza que las desarrolladas por la empresa principal, sino también las tareas complementarias o auxiliares que ayuden a su finalidad productiva. Ello ha permitido considerar como actividad propia tareas complementarias como limpieza de locales, vigilancia de instalaciones, mantenimiento, suministros de piezas, y otras<sup>200</sup>.

Este criterio de la actividad normal, también ha tenido su acogida en la jurisprudencia posterior al ET, para la que basta que la tarea desarrollada por el contratista guarde una conexión directa o indirecta con el proceso productivo del principal para

---

<sup>200</sup> Cfr. Limpieza: TCT 25 de mayo de 1977, ar. 2937 y 21 de junio de 1979, ar. 4268. Vigilancia: TCT 17 de mayo de 1977, ar. 2777. Tareas de asesoramiento y estudios de métodos de trabajo: TCT 27 de noviembre de 1976, ar. 5616. Mantenimiento: TCT 8 de abril de 1974, ar. 1769. Suministros industriales: TCT 13 de diciembre de 1977, ar. 6419 y 19 de enero de 1979, ar. 185.

que concurra el requisito de la propia actividad<sup>201</sup>, de tal forma que sólo se excluyen las obras o servicios desprovistos de finalidad productiva y desconectados de las actividades accesorias normales de la empresa, singularmente las obras de construcción y reparación de locales y los servicios de restauración en empresas que, obviamente, no se dediquen a este tipo de actividades<sup>202</sup>.

Este criterio amplio o extensivo sobre la propia actividad, también ha tenido su acogida en la doctrina científica. En concreto, parece aproximarse mucho a alguna postura doctrinal que entiende que, en la mayoría de las ocasiones, existirá correspondencia con la propia actividad porque todas las obras y servicios que como tal contrata un empresario son de su propia actividad, siendo en la práctica extraordinariamente difícil encontrar un supuesto de actividad no propia de un empresario<sup>203</sup>.

Partiendo de la anterior reflexión se ha venido consolidando en la doctrina española<sup>204</sup> una interesante posición interpretativa

---

<sup>201</sup> Cfr. TCT 16 de diciembre de 1983, ar. 10974 para una contrata entre un fabricante de vehículos y una empresa de aparatos eléctricos y montajes. TCT 27 de septiembre de 1984, ar. 7175, RENFE y empresa de transbordo y manipulación de contenedores. TCT 5 de octubre de 1988, ar. 6109, empresa minera y empresa de mantenimiento de maquinaria. TS sala 5ª 2 de diciembre de 1987, ar. 9274 para un arrendamiento de negocio por una entidad recreativa consistente en la explotación de bar y restaurante. Cfr. también jurisprudencia de suplicación: TSJ. Madrid 2 de abril de 1991 as. 2583, Murcia 23 de julio de 1992, as. 361, Cataluña 23 de marzo y 20 de septiembre de 1993, as. 1545 y 3837, Cantabria 3 de enero de 1994, as. 2 y Aragón 5 de octubre de 1994 as. 3735.

<sup>202</sup> Cfr. TCT 6 de abril de 1983 ar. 2779 y 27 de marzo de 1985, ar. 2153, sobre construcción de locales para la principal. TCT 28 de mayo de 1985, ar. 3472, sobre reparación de locales. TCT 28 de junio de 1984, ar. 5768, sobre servicios de restauración. TCT 13 de enero de 1987, ar. 2683, sobre la adjudicación de una obra pública por un Ayuntamiento y TS sala 3ª 14 de diciembre de 1982, ar. 8011, contrata para la instalación y montaje de estructuras metálicas.

<sup>203</sup> ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, Mª.E. "Derecho del Trabajo" op. cit. pág. 116; ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G. "El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia", op. cit., pág. 205.

<sup>204</sup> La acogida doctrinal del presente criterio se encuentra, por otra parte, inspirada de manera manifiesta en la legislación italiana que disciplina el régimen jurídico laboral del trabajo en contratas y en las observaciones dogmáticas que, con ocasión de dicha normativa, se han venido formulando. En efecto, las interpretaciones que en el país vecino se han planteado sobre el art. 3 de la Ley nº 1369 de 1960, precepto básico de la ordenación legal del trabajo en contratas, coinciden sustancialmente con

que ha invocado numerosos argumentos para adoptar una interpretación amplia de la expresión propia actividad<sup>205</sup>. Dichos argumentos son, en síntesis, los siguientes:

Por un lado se argumenta que esta interpretación es más acorde con la finalidad garantista de los créditos laborales que subyace en el art. 42 y con las exigencias sociales de una protección específica de los trabajadores empleados en contrataciones. En este sentido, dado que el art. 42 introduce una garantía indirecta de los créditos laborales<sup>206</sup>, una interpretación de la propia actividad como la propuesta reforzará dicha garantía al extender a la mayoría de las contrataciones la previsión legal de la

---

la presente interpretación extensiva de la expresión propia actividad. El art. 3 de la Ley italiana tiene como supuesto de hecho las contrataciones ejecutadas "nell'interno della azienda", expresión que traducida literalmente significa "en el interior de la empresa", pero que, sin embargo, la doctrina rechaza interpretar en sentido exclusivamente topográfico para interpretarla, en sentido funcional, como la necesidad de que la actividad del contratista se refiera a un sector de la organización técnica propia de la actividad de la empresa comitente (por todos, GALANTINO, L. "Diritto del lavoro", Torino (G. Giappichelli Editore) 1998, pág. 182). En otras palabras, se ha afirmado que para la concurrencia del requisito, la actividad del contratista ha de verse involucrada en el ciclo productivo del principal, entendiéndose por ciclo productivo el complejo de operaciones normalmente necesarias para la consecución del fin de la empresa. Sobre el concepto de ciclo productivo vid. MARIUCCI, L. "Il lavoro decentrato: discipline legislative e contrattuali", Milano (Franco Angeli), 1979, pág. 180 y NICOLINI, G. "Ciclo produttivo dell'impresa e applicazione dell'art. 3 della legge 23-10-1960 n° 1369", Massimario di Giurisprudenza, n° 4, 1972, págs. 391 y ss.).

Pues bien, de acuerdo con esa interpretación de la expresión "nell'interno della azienda", la doctrina ha podido, por un lado, incluir en el supuesto de hecho del art. 3 de la Ley n° 1369, toda contratación referida a tareas complementarias o auxiliares que, aún no coincidentes materialmente con la actividad desarrollada por el principal, son normalmente desarrolladas por este para alcanzar sus fines productivos y, por otro lado, excluir del precepto las contrataciones referidas a actividades no habituales, excepcionales para la empresa principal y desconectadas de su finalidad productiva. Pero es que además la inclusión y exclusión de unas y otras actividades viene apoyada por el propio tenor literal de los arts. 3 y 5 de dicha Ley, donde a título ejemplificativo se hace expresa referencia, para su inclusión, a las contrataciones de porte o carga, limpieza y mantenimiento ordinario de las instalaciones, y, para su exclusión, a las contrataciones de construcción dentro del establecimiento, instalación o montaje de maquinaria e instalaciones, mantenimiento extraordinario, transporte externo, y, en general, a toda contratación realizada para prestaciones intermitentes y circunstanciales, de breve duración, que no comprenden habitualmente ni el ciclo productivo ni la organización de la empresa.

<sup>205</sup> GARCÍA MURCIA, J. "El trabajo en contrataciones ..." op. cit., págs. 30 y 31. MONEREO PÉREZ, J.L. "La responsabilidad empresarial ..." op. cit., págs. 82 a 86. MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma del art. 42 del E.T. ..." op. cit., págs. 282 y ss y "Dimensión laboral ...", op. cit., págs. 40 y ss.

<sup>206</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "Propia actividad y contratación", RL, n° 6, 1996, pág. 1.

responsabilidad solidaria y dicha extensión reviste aún mayor sentido en contratas sobre tareas complementarias (limpieza, vigilancia, mantenimiento, etc.) donde la menor solidez patrimonial del empresario contratista acentúa el riesgo de insolvencias laborales<sup>207</sup>.

Por otro lado, la consideración de actividades accesorias y complementarias como actividad propia y la consiguiente sujeción a responsabilidad del empresario principal cuando encarga su ejecución a un contratista se justifica en el beneficio patrimonial o ventaja económica que finalmente obtiene del resultado productivo de los trabajadores de otro empresario<sup>208</sup>, resultado que tendría que alcanzar con su propia organización productiva y con la contratación directa de no haber celebrado la contrata.

También se ha argumentado en pro de esta interpretación que una acepción lexicológica de "lo propio" es la de "conveniente y a propósito para un fin", y ello ha de conducir a una interpretación finalista de la propia actividad, según la cual corresponderían a la propia actividad toda tarea que, aunque no necesaria, es instrumentalmente conveniente para alcanzar los fines productivos de la empresa<sup>209</sup>.

Incluso más recientemente, y partiendo de la idea de que toda actividad que un empresario contrata como tal es propia, se ha llegado a minorar el papel funcional del requisito legal, negándole virtualidad jurídica y valor delimitador alguno de las

---

<sup>207</sup> Similares consideraciones ha efectuado recientemente CRUZ VILLALÓN, J. "Outsourcing y relaciones laborales", op. cit., págs. 308 a 310, en una crítica a la vigente jurisprudencia unificadora, de corte restrictivo, del Tribunal Supremo.

<sup>208</sup> MARTÍN VALVERDE lo denomina "relación indirecta de aprovechamiento", cfr. MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 265.

<sup>209</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. "La responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 83.

responsabilidades establecidas en el art. 42 del ET. Se argumenta para ello que la realidad de la descentralización productiva pone de manifiesto que la empresa externaliza todo tipo de funciones que forman parte de su ciclo productivo, lo que hace imposible discernir cuáles son en cada caso sus actividades propias. Por esa razón, no tiene sentido que exista un control judicial sobre lo que es propia actividad ya que la propia actividad vendrá determinada por las decisiones organizativas que el empresario adopte en ejercicio de su libertad de empresa<sup>210</sup>.

Ello no obstante, esta posición interpretativa de la actividad normal que, como se ha visto, ha gozado de respaldo jurisprudencial (antes y después del ET) y paralelo apoyo doctrinal, es discutible desde mi punto de vista. En primer lugar porque, a mi juicio, la propia construcción normativa del art. 42 no puede dar cabida a una interpretación amplia o extensiva. Ciertamente, la vigente ordenación jurídica del trabajo en contratas responde a una opción legislativa que consiste meramente en condicionar la responsabilidad solidaria de los empresarios participantes en la contrata al concepto abstracto de la propia actividad; en modo alguno, el legislador se ha decantado por una sujeción expresa a responsabilidad de las contratas relacionadas con el ciclo productivo de la empresa principal, incluidas las relativas a actividades complementarias o auxiliares, aún cuando podía haberlo hecho. Por otro lado, de haberse pretendido la extensión de la responsabilidad a todas las contratas, salvo las desprovistas de finalidad productiva, se podía haber obviado toda referencia a la propia actividad. La presencia en la norma del requisito indica, en cambio, que la voluntad del legislador era la de constreñir o limitar el ámbito de responsabilidad a un modelo específico de contratas y no la

---

<sup>210</sup> RIVERO LAMAS, J. "La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas ...", op. cit., págs. 51 y 52.

de extenderla a la mayor parte de los supuestos de descentralización.

En segundo lugar, la interpretación extensiva conduce al contrasentido de calificar como de la propia actividad tareas o actividades de naturaleza distinta al resultado final perseguido por la organización productiva de la empresa y ello por el mero hecho de ser normales o habituales en el desarrollo de su ciclo productivo. Es decir, en lugar de poner el acento, a efectos de propia actividad, en la conexión material con el ciclo productivo de la empresa principal, se pone en su conexión funcional y frecuencial, al margen de la verdadera naturaleza de la actividad desplegada por dicha empresa.

Seguramente está en lo cierto RODRÍGUEZ-PIÑERO cuando ha afirmado que "este criterio y esta interpretación eran congruentes con el enfoque patológico inicial de la contrata, debido en buena parte a que esa figura jurídica era el vehículo normal de encubrimiento de las cesiones de mano de obra"<sup>211</sup>. En efecto, parece que esta postura concibe la institución de la contrata como una figura muy próxima a la cesión ilegal<sup>212</sup> y, precisamente por esa razón, se quiere reforzar la protección de los trabajadores comprendiendo la responsabilidad solidaria la mayoría de los supuestos de subcontratación<sup>213</sup>.

---

<sup>211</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "Propia actividad y contrata", op. cit., pág. 2.

<sup>212</sup> De hecho, CRUZ VILLALÓN, J. "Outsourcing ...", op. cit., pág. 309, con cierto exceso argumentativo, ha llegado a reprochar a las actuales corrientes jurisprudenciales la no aplicación del art. 43 del ET a estos supuestos de contratas sobre tareas complementarias o auxiliares.

<sup>213</sup> No en vano, la Ley italiana n° 1369 de 1960 a la que, como se ha dicho, debe su inspiración esta interpretación amplia, acoge conjuntamente para su regulación la cesión ilegal y la contrata de obras y servicios, utilizando terminología muy similar en ambas instituciones hasta el punto de conceptuar la cesión ilegal como una "contrata o subcontrata de mera prestación de trabajo", cfr. art. 1 Ley n° 1369 de 1960. Sobre el particular, PÉREZ DE LOS COBOS ha afirmado que la regulación italiana responde a "una visión patológica de la descentralización productiva, a una concepción de la descentralización como medio de soslayar responsabilidades laborales", cfr. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. "Nuevas tecnologías y relación de trabajo", Valencia



### 3.2. Propia actividad como equivalente a misma actividad.

Si el criterio anterior consideraba como propia actividad todas las operaciones necesarias en la marcha normal de la empresa, a principios de los ochenta se vislumbra en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Central de Trabajo un nuevo enfoque diametralmente opuesto a dicha interpretación extensiva.

La tendencia va a ser ahora la de expulsar del supuesto de hecho del art. 42 las tareas complementarias de limpieza de locales, vigilancia, mantenimiento ordinario, etcétera, por constituir actividades habituales o normales en el normal desenvolvimiento de la actividad productiva de una empresa pero que no constituyen parte integrante de esa actividad. Para este nuevo enfoque, la correspondencia con la propia actividad de la empresa principal se produce, en cambio, sólo en aquellos casos en los que exista coincidencia plena entre la actividad productiva desarrollada por el contratista y la desplegada por la empresa principal. Por ese motivo, se sustraerán del ámbito de aplicación del art. 42, no sólo las aludidas tareas complementarias, sino además cualesquiera otras que no se correspondan por su identidad con la actividad desarrollada por la empresa principal<sup>214</sup>.

---

(Tirant lo Blanch), 1990, págs. 28 y 29.

<sup>214</sup> Cfr. TCT 25 de marzo de 1981, ar. 2086, 27 de abril de 1984, ar. 3760, 20 de junio de 1985, ar. 4115 y TS 29 de octubre de 1981, ar. 3045 (tomo de 1982), 14 de diciembre de 1982, ar. 8011, 28 de junio de 1986, ar. 3753, para contratas de construcción, instalación y albañilería. TCT 10 y 11 de julio de 1981, ar. 4869 y 4889, 7 de septiembre y 20 de octubre de 1983, ar. 7371 y 8666, para limpieza de locales e instalaciones. TCT 30 de marzo de 1981, ar. 2215 y 30 de noviembre de 1987, ar. 26588, para vigilancia y seguridad. TCT 21 de julio de 1983, ar. 7183 y 1 de septiembre de 1986, ar. 7215, para distribución y transporte. Singularmente, TCT 12 de noviembre de 1981, ar. 6603, para una contrata de servicio de hostelería y cafetería. También cfr. doctrina de suplicación: TSJ Madrid 19 de octubre de 1994, as. 4116, Cataluña 19 de diciembre de 1994, as. 4828, Andalucía 1 de febrero de 1994, as. 621, Galicia 11 de octubre de 1994, as. 3905.

Como exponente más esclarecedor y significativo en la jurisprudencia del abandono del anterior criterio extensivo y la consiguiente adopción de este nuevo, de corte más restrictivo, la sentencia del Tribunal Supremo, sala 3ª, de 29 de octubre de 1981, ar. 3045 (tomo de 1982), realiza una interesante distinción entre obras necesarias y obras de la propia actividad para advertir seguidamente que una obra o servicio necesario para el normal desenvolvimiento de la actividad propia de una empresa (tareas de limpieza, por ejemplo) pero que no constituye parte integrante de dicha actividad, no puede encajar en el supuesto de hecho del art. 42 del ET. Nótese pues que en el presente criterio, a diferencia del anterior, no se pone el acento en la conexión funcional con el proceso productivo de la empresa principal (tratarse de tareas normalmente necesarias para el funcionamiento ordinario de la empresa) sino en su identidad material (han de ser idénticas tareas a las desarrolladas por la empresa principal), hasta el punto de que sólo el solapamiento de los procesos productivos de principal y contratista permitirá predicar la propia actividad de la obra o servicio contratado<sup>215</sup>.

El criterio de la misma actividad que ciertamente ha contado con singulares apoyos doctrinales<sup>216</sup>, en mi opinión, tampoco resulta concluyente por excesivamente restrictivo. En efecto, si el criterio anterior de la actividad normal pecaba de exceso por conducir a la aplicabilidad del art. 42 sobre la práctica totalidad de los supuestos de descentralización productiva, el

---

<sup>215</sup> En esta línea, la sentencia del TCT de 30 de noviembre de 1987, ar. 26588 afirma que "para que se dé la identidad generadora de la garantía legal, es preciso ....que las funciones que componen la sustancia industrial de la principal sean las mismas que desarrolla la auxiliar, descartándose cualquier cometido accesorio o complementario impuesto por el fin propio y esencial de la empresa contratante. Cfr., en el mismo sentido, las ya citadas del TSJ de Andalucía de 1 de febrero de 1994, as. 621 y del TSJ de Galicia de 11 de octubre de 1994, as. 3905.

<sup>216</sup> Cfr. MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L. "La titularidad de la empresa y el cambio de la misma", en AAVV "El Estatuto de los Trabajadores. Jornadas de Estudio de los Magistrados de Trabajo", Madrid (IES), 1980, pág. 140 y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. "Nuevas tecnologías y relación de trabajo", op. cit., pág. 31

presente peca de defecto pues restringe de tal modo el supuesto de hecho normativo que hace prácticamente inaplicable el precepto, que, de interpretarse así, sólo tendría virtualidad en aquellos supuestos excepcionales en los que una empresa combinara la contratación directa con la concertación de una contrata para la realización de unas mismas actividades productivas<sup>217</sup>. La jurisprudencia ha reparado en esto mismo, y no se han hecho esperar sentencias que definitivamente han abandonado el criterio de la misma actividad por reducir notablemente y de manera forzada, el ámbito de aplicación normativa del art. 42 del ET<sup>218</sup>.

### 3.3. Propia actividad y objeto social.

También nuestra jurisprudencia ofrece muestras de una minoritaria y singular posición interpretativa según la cual se estará ante una contrata correspondiente a la propia actividad cuando la actividad desarrollada durante la contrata venga expresamente recogida en los estatutos sociales de la empresa principal como parte integrante de su objeto social.

Para esta corriente jurisprudencial, entonces, basta la identificación puramente formal de la actividad productiva desarrollada por el contratista como una de las tareas características del objeto social de la empresa comitente para considerar que esa actividad es propia y, en consecuencia, declarar la responsabilidad solidaria de dicha empresa

---

<sup>217</sup> CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 129.

<sup>218</sup> Es elocuente, en este sentido la sentencia del TCT de 11 de mayo de 1988, ar. 3480, al manifestar que "esta estrechez hermenéutica se opone al propio y verdadero sentido de la norma en cuestión y no cuenta, por tanto, con soporte alguno, doctrinal y jurisprudencial, siendo notorio que, de admitirla, se haría prácticamente inaplicable el precepto estatutario de referencia". En esta línea vid. también TCT 12 de septiembre de 1984, ar. 6862, 13 de enero y 5 de octubre de 1988, ar. 880 y 6109, y TS 9 de abril de 1984, ar. 2057.

comitente<sup>219</sup>. Este criterio también ha encontrado singulares apoyos en la doctrina científica<sup>220</sup>.

En mi opinión, el presente criterio interpretativo presenta una evidente ventaja y, al mismo tiempo, varios inconvenientes. En primer lugar, tiene la virtud de medir la propia actividad con un parámetro totalmente objetivo (la mención que se haga del objeto social en los estatutos) y así, ciertamente, se favorece, de forma notable, la seguridad jurídica. Sin embargo, por lo que respecta a los inconvenientes, ha de admitirse que la objetividad señalada es tan sólo aparente. En efecto, como es la propia empresa comitente la que ha de fijar su objeto social en los correspondientes estatutos, dependerá, a la postre, de ella misma la determinación de cuál es su actividad propia, introduciéndose un acentuado elemento de subjetividad que ha de conducir necesariamente a rechazar el criterio, en tanto que, con una mera modificación de sus estatutos, la empresa podría fácilmente eludir la responsabilidad solidaria prevista en el art. 42.2<sup>221</sup>. Pero además, el carácter excesivamente formalista del criterio hace que no pueda dar cuenta de aquellos supuestos, frecuentes en la práctica, en los que una empresa puede desarrollar tareas

---

<sup>219</sup> Sobre esta posición jurisprudencial pueden consultarse: TCT 7 de julio de 1977, ar. 4024, 28 de julio de 1986, ar. 6911 y TSJ de Madrid 4 de noviembre de 1997, as. 3828, para contratas sobre construcción de viviendas y edificaciones. TCT 15 de febrero de 1989, ar. 1224, para un caso de encargo del servicio de distribución y transporte para una empresa de productos lácteos y TSJ de Andalucía 28 de septiembre de 1994, as. 3388 para un supuesto de encargo del proyecto, desarrollo y ejecución de un pabellón de la exposición universal de Sevilla 1992. En contra, por considerar el criterio excesivamente amplio, vid. Sentencia TS, sala 3ª, 23 de julio de 2001, ar. 6783.

<sup>220</sup> Así, DEL REY GUANTER, S., siguiendo la doctrina contenida en las sentencia del TS 24 noviembre de 1998, ar. 10034, considera de la propia actividad las tareas inherentes al ciclo productivo de la empresa principal, entendiendo por este "lo que constituye el objeto social de la empresa en la actividad (o actividades) definitiva de la empresa en si. Cfr. "A propósito de los requisitos ...", op. cit., págs. 745, 749 y 750; misma obra en AAVV. "Descentralización productiva y nuevas ...", op. cit., págs. 344, 350 y 351, y "Los requisitos subjetivo, negocial y objetivo ...", op. cit., págs. 38, 44 y 45. En cambio, CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 134, tan sólo ha admitido este criterio como mero indicio, útil en conjunción con otros para averiguar que actividad es propia.

<sup>221</sup> En el mismo sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "Propia actividad y contrata", op. cit., pág. 5 y CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 134.

productivas ajenas a su objeto social y sin modificar para ello sus estatutos sociales.

Finalmente, no se puede dejar de advertir que este criterio interpretativo sólo puede aplicarse cuando el empresario comitente es un ente societario, resultando así de imposible aplicación cuando se trate de un empresario individual que carece de la necesaria constitución estatutaria.

#### 3.4. Propia actividad y norma colectiva aplicable.

En ocasiones, nuestros tribunales se han detenido en el examen del Convenio Colectivo o Reglamentación de Trabajo aplicable a la empresa principal a los únicos efectos de determinar si la obra o servicio contratada constituía o no actividad propia. El criterio consiste pues en considerar que hay propia actividad cuando las tareas desarrolladas correspondan a grupos y categorías profesionales específicamente previstas en la norma colectiva que resulte aplicable en la empresa principal<sup>222</sup>.

El razonamiento que late en el fondo de este criterio es que si se recogen en el Convenio u Ordenanza que se trate unas determinadas categorías es porque se prevé la contratación potencial de los trabajadores necesarios para ocuparlas, por tratarse de tareas que, de algún modo, integran el ciclo productivo de la organización productiva y que, de esta forma, la empresa ha asumido como propias.

---

<sup>222</sup> Cfr. TCT 7 de febrero de 1987, ar. 2683, que contempla un supuesto en el que el contratista se dedicaba a la fontanería y las empresas comitentes codemandadas a la construcción. El TCT razona que existe propia actividad porque la fontanería es uno de los oficios auxiliares previstos en la Ordenanza de Trabajo de la construcción. Cfr. también, para este criterio interpretativo, TCT 17 de mayo de 1977, ar. 2777 y 13 de noviembre de 1986, ar. 11550.

Ciertamente, este criterio no ha sido utilizado por la jurisprudencia de forma sustantiva, como criterio determinante de la existencia de propia actividad, sino que más bien ha sido invocado por nuestros tribunales obiter dicta, es decir, como apoyo o reforzamiento de otro criterio interpretativo utilizado por el juzgador como pieza fundamental de su argumentación<sup>223</sup>.

A mi juicio, este criterio interpretativo, como cualquier otro que mida la propia actividad con referencias objetivas, como es, en este caso, la norma colectiva de aplicación a la empresa principal, aporta una ostensible certeza y seguridad jurídica. No obstante, considero que sólo puede tener un valor meramente indiciario, útil para detectar la existencia de actividad propia pero en ningún caso concluyente debido a su marcado carácter formal. Es evidente que, como este criterio no tiene en cuenta la naturaleza de la actividad productiva desarrollada por el principal, su aplicación puntillosa podría conducir a declarar de la propia actividad tareas que realmente no tienen nada que ver con la verdadera finalidad productiva de la empresa. Dicho en otras palabras, el hecho de que un Convenio Colectivo o Reglamentación de Trabajo acoja una determinada categoría o grupo profesional no ha de implicar necesariamente que las tareas correspondientes a ese grupo o categoría constituyan actividad propia.

---

<sup>223</sup> Es el caso de la ya citada sentencia del TCT 17 de mayo de 1977, ar. 2777, donde se sigue el criterio amplio de la actividad normal y, en consecuencia, se considera propia actividad la vigilancia de instalaciones en una empresa de fabricación de automóviles; pero además se argumenta que la Ordenanza Laboral de la siderometalurgia, aplicable a la empresa principal, contempla la categoría de guardia jurado o vigilante de industria y, por esa razón, se concluye que la vigilancia es actividad propia. También es ejemplar, en este sentido, la ya citada sentencia del TCT de 13 de noviembre de 1986, ar. 11550, donde, en cambio, se sigue el criterio restrictivo de la misma actividad y se afirma la existencia de propia actividad porque contratista se dedica a excavaciones y principal a la cimentación, ambas actividades comprendidas en la construcción y, seguidamente, se refuerza el argumento constatando que la Ordenanza de la Construcción, Vidrio y Cerámica, aplicable a la empresa principal, contempla, junto a las labores de cimentación, las de excavación de terrenos.

### 3.5. La jurisprudencia unificadora: postura ecléctica.

De entre los criterios interpretativos que han sido expuestos en las páginas precedentes, han de ser destacados el criterio amplio de la actividad normal y el estricto de la misma actividad pues, aún constituyendo polos diametralmente opuestos, hegemonizan la más reciente doctrina jurisprudencial construida sobre la propia actividad.

Como es sabido, ambas corrientes doctrinales han tenido también su acogida en la doctrina de suplicación de las salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia, y su antagonismo ha justificado ulteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo dictados con el propósito de unificar doctrina. En esta dirección conduce la interesante sentencia del Tribunal Supremo en unificación de doctrina de 18 de enero de 1995, ar. 514. Esta sentencia constituye el punto de partida de un nuevo criterio interpretativo de corte restrictivo pero situado en una posición intermedia entre las dos grandes corrientes citadas<sup>224</sup>.

De su fundamentación jurídica se infiere que, para el Tribunal Supremo, constituyen la propia actividad, por un lado, las tareas que integran materialmente el ciclo productivo de la empresa principal por pertenecer al núcleo de actividades desarrolladas por esta y, por otro lado, las tareas accesorias o complementarias pero sólo cuando son absolutamente esenciales para el desarrollo de aquellas.

---

<sup>224</sup> Se trataba de la prestación por el contratista de los servicios de vigilancia y seguridad en los edificios de la Junta de Castilla León. Las sentencias aportadas como contradictorias son las del TSJ de Castilla León de 13 de julio de 1993, que se acoge al criterio restrictivo y, en consecuencia, no considera la vigilancia actividad propia y la de 23 de noviembre de 1993, as. 5092, que sigue el criterio amplio y declara la concurrencia de propia actividad. El TS casa y anula esta última por entender que "la actividad de la Junta de Castilla León no es la prestación de servicios de seguridad y protección, propia de las empresas demandadas, sin que dicha actividad tenga tampoco el carácter de complementaria absolutamente esencial para el desarrollo de la principal desarrollada por la Junta.

Como se puede comprobar, se trata de una postura ecléctica o intermedia. Por una parte, toma del criterio amplio de la actividad normal la referencia al ciclo productivo. Sin embargo, en este caso, a diferencia de aquél, dicha referencia no consiste en la pertenencia funcional al ciclo productivo que, si se recuerda, permitía considerar propia actividad las conocidas tareas complementarias de limpieza, vigilancia, etc., por ser funcionalmente normales en el desarrollo del ciclo productivo de cualquier empresa sino que la referencia al ciclo productivo es material: son de la propia actividad las tareas y funciones materialmente inherentes al ciclo productivo de la empresa principal y por ello, imprescindibles para alcanzar sus fines en el mercado<sup>225</sup>. Por otra parte, esta nueva doctrina del Tribunal Supremo debe también su inspiración al criterio restrictivo de la misma actividad pues coincide con este criterio al presumir la voluntad del legislador de limitar, con el requisito de la propia actividad, los supuestos de responsabilidad de los empresarios comitentes en las contratas y, por esa razón, excluye de la propia actividad, como regla general, las tareas auxiliares o complementarias. No obstante, la coincidencia acaba ahí porque esta nueva posición interpretativa admite la inclusión de alguna de ellas, concretamente las que resulten absolutamente indispensables para los fines productivos de la empresa principal<sup>226</sup>.

---

<sup>225</sup> Así, en el supuesto planteado en la comentada sentencia del TS de 18 de enero de 1995, no hay duda de que las tareas de vigilancia desarrolladas por el contratista, no pertenecen materialmente al proceso productivo desarrollado por el principal, Junta de Castilla León, porque su actividad productiva, desde luego, no consiste en la vigilancia de locales y edificios.

<sup>226</sup> Curiosamente, con anterioridad a la sentencia en casación del TS, la sentencia del TSJ de Canarias de 10 de noviembre de 1994, as. 4444, aplica la doctrina de las tareas complementarias absolutamente esenciales para declarar propia actividad el servicio de bar-restaurante en un club náutico, razonando que "el fin del club náutico es el recreo de sus socios y se logra con el fin esencial de los deportes náuticos y con el complementario del bar-restaurante sin el cual no se entendería la existencia del club".



Sobre la inclusión en la propia actividad de las tareas complementarias absolutamente necesarias o esenciales, alguna antigua posición doctrinal, construida sobre la regulación preestatutaria del Decreto 3677/70, ya tuvo la ocasión de pronunciarse. Así, RODRÍGUEZ-PIÑERO postuló la consideración de actividad propia de aquellas actividades accesorias, distintas a las desarrolladas por los trabajadores del principal, pero necesarias e imprescindibles para alcanzar el objeto productivo de dicha empresa<sup>227</sup>. El problema está, como a simple vista se puede apreciar, en determinar cuando una tarea complementaria es absolutamente esencial para los fines de la empresa principal. Desde luego, no se trata de una cuestión que pueda ser resuelta con un criterio con vocación de validez general sino que, como ya aventura el propio Tribunal Supremo en esta sentencia, habrá de ser resuelto caso por caso según el oportuno criterio del juzgador.

En otro orden de cosas, resulta acertado señalar que esta postura ecléctica tiene como punto de partida en su formulación una interesante aportación doctrinal, precedente en el tiempo, que, con el fin de acercarse a la interpretación de la propia actividad, había apuntado dos teorías posibles. Para la primera, "teoría de las actividades indispensables", forman parte de la propia actividad, además de las tareas específicas del proceso productivo, las inespecíficas y complementarias pero habituales y necesarias en la organización productiva. Para la segunda, "teoría de las actividades inherentes", sólo son de la propia actividad las tareas integrantes del ciclo productivo de la

---

<sup>227</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "La regulación protectora ...", op. cit., pág. 40.

empresa con exclusión de las actividades complementarias e inespecíficas<sup>228</sup>.

Pues bien, la doctrina de unificación que sustenta el presente criterio interpretativo, como cabía esperar, se ha inclinado por la teoría de las actividades inherentes y ha desechado la de las actividades indispensables. En efecto, existen incluso sentencias del Tribunal Supremo posteriores a la de 18 de enero de 1995, también dictadas en unificación de doctrina, que han consolidado la postura ecléctica contenida en aquella sentencia, pronunciándose decididamente a favor de la primera de las teorías. En este sentido, son elocuentes las sentencias del Tribunal Supremo en unificación de doctrina de 24 de noviembre y 29 de octubre de 1998<sup>229</sup>, ar. 10034 y 9049.

Señala la de 29 de octubre, en justificación de la teoría de las actividades inherentes, que "las actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes al ciclo productivo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa 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

---

<sup>228</sup> Ambas teorías se insinúan por MARTÍN VALVERDE, A. en "Responsabilidad empresarial...", op. cit., pág. 237 y más claramente en "La protección jurídica del trabajo en contratas: delimitación de los supuestos de hecho", Cuadernos de Derecho Judicial, tomo XXII, Madrid (CGPJ), 1994, págs. 119 y 120.

<sup>229</sup> En la primera, donde se resuelve la contradicción existente entre las del TSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de mayo y 12 de noviembre de 1997, as. 1612 y 4024, el TS casa y anula esta última y considera propia actividad el servicio de comedor y cafetería prestado por el contratista para un colegio mayor universitario. Argumenta para ello que "tal servicio de comidas forma parte esencial del cometido del colegio mayor, de forma que, de no dispensarse la prestación alimenticia a los colegiales, quedaría incompleta la labor del centro que se integra con dos áreas de actividad: una la docente, y otra la de hostelería". En la segunda sentencia, la controversia se mantiene entre la sentencia del TSJ de Castilla la Mancha de 6 de febrero de 1998, as. 399, que casa y anula, y la del TSJ de Galicia de 12 de abril de 1994, as. 1758. El TS no considera propia actividad la realización de un curso de formación profesional ocupacional encomendado por el INEM a una entidad colaboradora privada, solución que, como se verá más adelante, resulta discutible por excesivamente restrictiva.

empleados en la contrata". Parece pues evidente que para esta doctrina está justificada la calificación de actividad propia y, con ella, la responsabilidad del empresario principal en el acrecimiento patrimonial que este empresario experimenta incorporando a su producto o servicio lo obtenido por medio de la contrata cuando lo podía haber obtenido igualmente a través de prestaciones de trabajo directas; acrecimiento que, por otra parte, sólo se produce cuando la contrata se inserta en su ciclo productivo.

Por otra parte, y completando la doctrina interpretativa contenida en las sentencias anteriores, resultan interesantes otras muchas, inmediatamente posteriores a la de 18 de enero de 1995, que aplican la postura intermedia en ella contenida a supuestos específicos de concesiones y contratos administrativos otorgados por una Administración Pública<sup>230</sup>. En estos casos, el Tribunal Supremo también utiliza el criterio de la pertenencia material al ciclo productivo pero con una versión marcadamente finalista. En efecto, como resulta impropio hablar de ciclo productivo de una Administración Pública, se ha considerado entonces que existe propia actividad cuando la obra o servicio contratado esté dirigido a la consecución de fines propios de la competencia de la Administración Pública contratante, es decir, para el Tribunal Supremo toda obra o servicio contratado que

---

<sup>230</sup> Cfr. TS, sala 4ª, 15 de julio de 1996, ar. 5990, 27 de septiembre de 1996, ar. 6910, 18 de noviembre de 1996, ar. 8628, 14 de diciembre de 1996, ar. 9464, 23 de diciembre de 1996, ar. 9844, 31 de diciembre de 1996, ar. 9867, 3 y 18 de marzo de 1997, ar. 2194 y 2572. En todas ellas se trata de la adjudicación por un Ayuntamiento del servicio de ayuda domiciliaria a través de concesión administrativa. También, cfr. Sentencia TSJ Castilla León 10 de julio de 2001, (AL 2002, vol. I, marg. 48) que, invocando igual doctrina, llega a la misma solución de fondo en un supuesto de contrato administrativo para la prestación del servicio de renovación y actualización del Catastro de finca rústica. Es de destacar en esta sentencia, sin embargo, la lectura equivocada que efectúa de la sentencia TS 18 de enero de 1995 ya que sostiene que esta, en relación a la propia actividad, "ha desechado la tesis de configurarla como la actividad inherente al ciclo productivo de la empresa principal, poniéndose el acento en el dato de la actividad indispensable", criterio que a todas luces no se desprende de la solución adoptada en dicho fallo unificador.

pertenezca a la amplia esfera de competencias atribuidas por la Ley a un ente público constituirá parte de su propia actividad<sup>231</sup>.

En último lugar, no se puede dejar de destacar la abundantísima jurisprudencia de suplicación que, a partir de 1995, y siguiendo las directrices generales de la postura interpretativa del Tribunal Supremo, ha hecho concreta aplicación del criterio ecléctico de la pertenencia material al ciclo productivo y, en consecuencia, ha calificado como propia actividad las tareas inherentes al ciclo productivo y las complementarias sólo cuando se han podido calificar de absolutamente esenciales para el desarrollo de la actividad del principal<sup>232</sup>. No obstante, es claramente apreciable en la doctrina

---

<sup>231</sup> También es el caso de la antes citada sentencia TS 29 de octubre de 1998, ar. 9049, en la que se razona que no existe responsabilidad solidaria del INEM porque "la realización de los cursos de formación profesional ocupacional no forma parte del núcleo competencial de este organismo público". En este supuesto, sin embargo, la solución de fondo adoptada bajo dicho argumento resulta discutible. No parece tan evidente que la ejecución de un plan de formación se pueda sustraer de las competencias básicas del INEM cuando el art. 43 c) de la Ley Básica de Empleo (Ley 51/1980 de 8 de octubre) establece como función del INEM la de "fomentar la formación del trabajador en estrecha vinculación con la política de empleo, a través de las oportunas acciones de actualización, perfeccionamiento y, en su caso, reconversión profesionales". Pretende el TS separar la actividad de fomento de la de formación de la de efectiva impartición de la misma, separación que, a mi juicio, además de conducir a una solución excesivamente restrictiva de cara a la aplicación del art. 42 del ET, resulta artificiosa ya que no cabe duda que la realización de tareas formativas se encuentra comprendida en la función legal de "fomentar la formación del trabajador". En parecido sentido y más in extenso, MARTÍN JIMÉNEZ, R. "Descentralización funcional en las Administraciones Públicas y propia actividad", RL, nº 4, 1999, págs. 72 y 73.

<sup>232</sup> Cfr. TSJ Aragón 18 de abril de 2002, as. 1759. Comunidad Valenciana 5 de diciembre de 1995, as. 4526, 2 y 22 de mayo de 1997, as. 1754 y 1612. TSJ País Vasco 26 de noviembre de 1996, as. 3772, 9 de abril de 2002, as. 1765 y 30 de abril de 2002 (Ref. Westlaw jur 2002/146192). TSJ Asturias 15 de marzo de 1996, as. 1837 y 9 de enero de 1998, as. 134. TSJ Andalucía 10 de diciembre de 1996, as. 4932. TSJ Cataluña 8 de noviembre de 1996, as. 4826 y 29 de abril de 2002, as. 2017 (aunque esta última aprecia una cesión ilegal). TSJ Castilla la Mancha 9 de septiembre de 1997, as. 5111. TSJ Extremadura 9 y 17 de diciembre de 1997, as. 4288 y 4740 y 9 de abril de 2002 (Ref. Westlaw jur 2002/154050). TSJ. Canarias 12 de febrero de 1997, as. 865. TSJ. Murcia 23 de enero de 1998, as. 523. TSJ. Madrid 2 de abril de 1998, as. 1335. De entre ellas, en concreta aplicación de la doctrina del TS sobre las tareas complementarias absolutamente esenciales, destacan la del TSJ. País Vasco 26 de noviembre de 1996, as. 3772 y la del TSJ. Murcia 23 de enero de 1998, as. 523. En la primera se considera propia actividad el servicio complementario de comedor en un colegio, al considerarse un servicio absolutamente esencial por estar ubicado el colegio en una zona rural. En la segunda reviste igual carácter la actividad complementaria de limpieza en un colegio por considerar el Tribunal que esta tarea es ineludible para que la enseñanza pueda desarrollarse en un ambiente de higiene y salubridad.

de suplicación una doble disparidad. Por un lado, existen sentencias que, aún conociendo e invocando la doctrina de unificación, continúan decantándose por los ya superados criterios amplio y estricto, amparándose para ello en la llamada al casuismo que el propio Tribunal Supremo efectúa en la citada sentencia de 18 de enero de 1995 como método más adecuado para abordar la interpretación de la propia actividad<sup>233</sup>. Por otro lado, esta doctrina de suplicación también evidencia que, ante supuestos de hecho muy similares o incluso idénticos, se siguen encontrando sentencias con soluciones totalmente opuestas<sup>234</sup>.

Esa disparidad jurisprudencial pone de manifiesto que aún no están claramente definidos los perfiles de un criterio interpretativo objetivo que tenga vocación de validez generalizada para la interpretación del requisito de la propia actividad. Sin embargo, pese a esa indefinición, considero que la presente posición interpretativa es la más adecuada, de entre las hasta ahora expuestas, para abordar la exégesis del supuesto de hecho del art. 42 del ET y ello por las siguientes razones.

---

<sup>233</sup> Así, siguen el criterio restrictivo: TSJ Andalucía 4 de julio de 1995 y 26 de marzo de 1996, as. 2757 y 1915. TSJ Cataluña 24 de octubre de 1997, as. 3732. Siguen el criterio amplio: TSJ Castilla León 8 de octubre de 1996, as. 4304 y TSJ País Vasco 24 de junio de 1997, as. 1890.

<sup>234</sup> Así, en contratas de limpieza de centros escolares las sentencias del TSJ de Cataluña de 1 de febrero y 1 de abril de 1997, as. 712 y 1994, declaran que no se trata de actividad propia y, sin embargo, las del TSJ de Murcia de 23 de enero de 1998, as. 523 y de Madrid de 8 de mayo de 1996, as. 1555, consideran lo contrario. Se da la misma disparidad en el supuesto de contratas de mantenimiento de jardinería en organismos públicos (TSJ Castilla la Mancha 9 de septiembre de 1997, as. 5111, niega la propia actividad y TSJ Andalucía 9 de febrero de 1998, as. 514, la afirma) y en contratas de construcción y obras encargadas por promotoras inmobiliarias (TSJ Andalucía 9 de junio de 1997, as. 4836, niega la propia actividad frente a la de la misma sala y tribunal de 15 de diciembre de 1997, as. 4980, la del TSJ Comunidad Valenciana, sala de lo contencioso-administrativo, de 5 de diciembre de 2001, Ref. Westlaw Jur 2002/157584 y las del TSJ Navarra 14 de abril de 2000, as. 2015 y 29 de abril de 2002, Ref. Westlaw Jur 2002/168533 que declaran la responsabilidad solidaria de la promotora por apreciar la concurrencia del requisito legal). Es de destacar en este último ámbito, la distinción que efectúa la citada sentencia del TSJ Comunidad Valenciana de 5 de diciembre de 2001, entre el "promotor-constructor" que es el que contrata las actividades de la obra pero controlando y dirigiendo la misma y el "promotor puro" que contrata la obra con una empresa constructora pero se desentiende de la misma. Para esta sentencia sólo en el primero de los casos aparece nítido el requisito de la propia actividad.

Por una parte, porque el enfoque inicialmente restrictivo, característico de este criterio, de no considerar como propia toda labor o tarea contratada por un empresario parece el más acorde con el espíritu y finalidad de la norma. Ya se dijo que si el precepto supedita la responsabilidad del empresario principal a que se trate de obras o servicios correspondientes a su propia actividad es porque el deseo del legislador no era el de extender la responsabilidad de dicho empresario a todos los supuestos de subcontratación y menos aún a los que se encuentren desconectados de sus verdaderos fines productivos.

Por otra parte, porque, en mi opinión, la conexión de la actividad contratada con el proceso productivo de la empresa principal ha de ser material y no meramente funcional o instrumental. En efecto, si el requisito debe su origen a la voluntad del legislador de restringir los supuestos de responsabilidad, resulta lógico predicar la propia actividad sólo de las tareas que componen materialmente el ciclo productivo de la empresa principal y no de cualesquiera otras que puedan ser funcionalmente necesarias para la consecución de sus fines. El argumento de fondo que sostiene esta afirmación es que la responsabilidad solidaria del empresario principal reviste mayor justificación cuando el hecho de encomendar la contrata obedece a una opción de dicho empresario consistente en prescindir de la contratación laboral directa y, de esta forma, completar una o varias fases de su proceso productivo con el recurso a una empresa externa. En otras palabras, la sustitución en la empresa de la producción directa por la producción descentralizada o desconcentrada como opción de política organizativa es la que, a mi juicio, justifica la responsabilidad disciplinada en el

precepto y, a la postre, a esa sustitución se reconduce la norma con el requisito de la propia actividad<sup>235</sup>.

Finalmente, en cuanto a la solución adoptada por este criterio en relación a las actividades complementarias o auxiliares se puede hacer la siguiente consideración: el carácter híbrido de la solución (exclusión de este tipo de tareas, como regla general, del ámbito de aplicación del precepto salvo cuando se consideren absolutamente esenciales) pone de manifiesto que el problema está en que, en muchas ocasiones, la frontera entre lo complementario y lo que no lo es resulta inapreciable para el intérprete y muy difícil de determinar en la práctica. Por ese motivo, en mi opinión, quizá sea arriesgado excluir del precepto, como regla general, las tareas complementarias o incluirlas con igual generalidad si de lo que se trata es de efectuar una equilibrada interpretación del requisito legal para su acomodación a cada concreto supuesto de hecho. Así, la respuesta adoptada por este criterio sobre el particular parece oportuna porque, lejos de ofrecer soluciones unívocas, permite la sujeción del empresario principal a la responsabilidad disciplinada en la norma cuando las actividades contratadas, aún catalogadas habitualmente como complementarias, se encuentran tan estrechamente ligadas a las de su propio proceso productivo que resulta razonable considerarlas como propias y, por tanto, que reciban un tratamiento jurídico similar al de las tareas principales no complementarias<sup>236</sup>.

---

<sup>235</sup> A salvo de lecturas alternativas como la efectuada recientemente por CRUZ VILLALÓN, J. "Outsourcing ...", op. cit., págs. 305 y 306, que conduce a la absoluta inaplicabilidad del régimen de responsabilidad contenido en la norma ya que entiende que la sustitución en la empresa de la producción directa por la descentralizada conlleva que lo que antes constituían actividades propias dejen de serlo. Dicha lectura, sin embargo, aunque pueda extraerse de la exégesis del supuesto fáctico de la norma, conduce a un resultado absurdo (como apunta el propio autor) por lo que, desde mi punto de vista, no resulta sostenible.

<sup>236</sup> En parecido sentido, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. "El concepto de propia actividad empresarial", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 169, entiende que hay que distinguir entre aquellas tareas complementarias que por su conexión con el ciclo

### 3.6. Conclusión: hacia una adaptación flexible del requisito legal.

Como es conocido, el legislador español no ha definido la propia actividad ni ha efectuado una específica relación de las contratas pertenecientes a la propia actividad del empresario principal y que, por tanto, producen la sujeción de dicho empresario a la responsabilidad ordenada en el art. 42.2 del ET.

Por su parte la jurisprudencia, sobre todo la más reciente de unificación, que debe hacer concreción o definición del requisito legal de la propia actividad, invita, sin embargo, al operador jurídico a acudir al caso concreto para una correcta aplicación del requisito<sup>237</sup>. En efecto, resulta singularmente significativo que el propio Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, invoque el casuismo como método más idóneo para efectuar una interpretación cabal. Seguramente ello obedece a que, tal y como está configurado en el ET el supuesto de hecho del art. 42, no se pueda racionalmente hacer otra cosa. Eso explicaría que, en muchas ocasiones, los tribunales hayan optado por declarar pura y llanamente la existencia o no de propia actividad sin hacer referencia expresa al criterio o circunstancias tomadas en cuenta para ello<sup>238</sup>.

Las dos anteriores consideraciones permiten afirmar que se está ante un concepto jurídico indeterminado<sup>239</sup>. Efectivamente,

---

productivo son indispensables a la actividad de la empresa principal y, en consecuencia, constituyen propia actividad de esta, de aquellas otras que por su carácter esporádico o inespecífico no pueden considerarse propia actividad.

<sup>237</sup> Cfr. la ya citada sentencia del TS de 18 de enero de 1995, ar. 514.

<sup>238</sup> Cfr. TS sala 3ª 27 de junio de 1991, ar. 6611, 18 de abril de 1992, ar. 4849. TSJ Andalucía 18 de marzo y 10 de diciembre de 1993, as. 1340 y 5165.

<sup>239</sup> Esta calificación también le es comunmente atribuida por doctrina, cfr. MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma del art. 42 del E.T. ...", op. cit., pág. 282, MARTÍN JIMÉNEZ, R. "Descentralización funcional ...", op. cit., pág. 69 y



desde mi punto de vista, la expresión legal es difícil de precisar dogmáticamente y no da juego para una interpretación con vocación de globalidad, porque se trata de una expresión inserta en una norma jurídica pero caracterizada por claros contornos socioeconómicos. Así, por una parte, la expresión obliga a remitirse a la configuración unilateral que cada empresario efectúe de su actividad empresarial<sup>240</sup>; por otra, es sabido que la constante presión que ejerce el mercado sobre las empresas para que, llevadas por las ineludibles exigencias de competitividad, adapten sus estándares de producción a las transformaciones experimentadas en su entorno hace que el producto o servicio propio de una empresa, su propia actividad, en definitiva, esté sometida a constante revisión. De esta forma, todo posicionamiento o criterio de interpretación dogmática que pretenda colocarse en un plano abstracto con el fin de resolver, en todos los supuestos posibles, la concurrencia o no del requisito de la propia actividad va a adolecer de permanente ambigüedad.

Tal vez la indeterminación del concepto legal esconda detrás el deliberado propósito del legislador de mantener una formulación lo suficientemente abstracta como para que sea, en definitiva, el juzgador el que, por la vía de la interpretación, realice una adaptación flexible del requisito que permita en lo sucesivo acomodarlo a la constante evolución de las estructuras productivas, que no es otra cosa, que dar cumplimiento al mandato del art. 3 del Código Civil de interpretar las normas de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

---

jurisprudencia, cfr. Sentencia TS 29 de octubre de 1998, ar. 9049.

<sup>240</sup> En el mismo sentido, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. "El concepto de propia actividad empresarial", op. cit., pág. 163. Añade el autor que "es seguramente aquí donde radica la principal dificultad en la aprehensión del concepto normativo, en la inevitable tensión entre un concepto la definición de cuyos contornos remite, en última instancia, a una decisión empresarial y la necesaria objetivización del mismo para hacerlo practicable y exigibles las responsabilidades que contempla".

En otro orden de ideas, es importante advertir que, frente a lo dicho anteriormente, la remisión al casuismo y la constante adaptación del precepto, a través de su interpretación, al entorno social en que ha de aplicarse conjuga mal con la seguridad jurídica, valor que, ciertamente, resulta primordial en un precepto como el art. 42, donde se disciplinan importantes responsabilidades patrimoniales y donde interactúan distintos intereses sociales (los de trabajadores, empresarios participantes y Seguridad Social).

Así pues, tal y como está actualmente configurada la regulación del supuesto de hecho del art. 42 del ET, son dos, en mi opinión, las opciones posibles. La primera de ellas, en pro de una mayor seguridad jurídica, consistiría en la definitiva superación de la problemática de la propia actividad modificando el art. 42 del ET con el fin de suprimir en la norma dicho condicionante legal<sup>241</sup>. Y es que no parecen concurrir razones de fondo suficientemente convincentes para limitar la responsabilidad empresarial a través de este requisito ya que, aunque su presencia en la norma se viene justificando, como se ha visto, en el aprovechamiento patrimonial que experimenta la empresa principal cuando descentraliza actividades pertenecientes a su proceso productivo, igual justificación parece poder predicarse cuando son objeto de subcontratación tareas ajenas al mismo.

La desaparición del requisito, por otra parte, permitiría sujetar a responsabilidad al empresario principal en aquellas contratas en las que se reclama una acentuación de la tutela laboral en atención a la menor entidad y fortaleza patrimonial de las empresas que intervienen como contratistas (contratas de

---

<sup>241</sup> Supresión también propuesta por VALDÉS DAL-RE, F. "Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo", RL, 2001, vol. II, pág. 82

servicios auxiliares como limpieza, comedor, vigilancia, mantenimiento)<sup>242</sup>. Además, la modificación propuesta, lejos de redundar en una desincentivación del recurso empresarial a la subcontratación de actividades productivas, repercutiría positivamente en el saneamiento del mercado de contratas ya que, seguramente, las empresas principales extremarían las cautelas en la selección de las ofertas que presentasen las empresas contratistas interesadas en contratar con ellas.

La segunda opción pasa por dejar el precepto tal y como está y, de esta forma, permitir que los tribunales continúen con su adaptación flexible a través del examen ponderado de cada supuesto específico, que es, sin ir más lejos, lo que se ha venido haciendo hasta ahora con el auxilio de los criterios hermenéuticos que doctrina científica y jurisprudencia han venido proponiendo y aplicando para la exégesis del precepto<sup>243</sup>.

En mi opinión, la contradictoria casuística jurisprudencial pone de manifiesto que el supuesto de hecho de la norma necesita una revisión en los términos propuestos en la primera de las opciones posibles. En efecto, si de lo que se trata es de saber cuando un empresario ha de responder por obligaciones laborales y de Seguridad Social contraídas por aquellos con los que haya concertado una contrata, toda referencia a conceptos jurídicos indeterminados como el de propia actividad no sólo menoscaba la

---

<sup>242</sup> También podría contribuir a reforzar la protección laboral en estas empresas y a salvaguardar la seguridad jurídica una eventual clasificación *ope legis* de las contratas que se quiere sujetar a responsabilidad empresarial frente a aquellas otras que se pretende excluir del ámbito de aplicación de la norma (con un esquema parecido al de los arts. 3 y 5 de la Ley italiana n° 1369 de 1960).

<sup>243</sup> Resultan sumamente interesantes, en este sentido, los criterios indiciarios aportados por PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., a saber: el análisis del objeto social de la empresa principal, la coincidencia o no de las normas colectivas aplicables a la empresa principal y a la contratista, el examen del tráfico jurídico habitual de la empresa principal y su imagen corporativa. Cfr. "El concepto de propia actividad empresarial", *op. cit.*, pág. 168.

seguridad jurídica de los sujetos implicados, sino también el propio carácter tuitivo que identifica las normas laborales.

#### 4. Encargo realizado por razón de una actividad empresarial.

De una lectura conjunta del art. 42.1 del ET y del párrafo segundo de su siguiente apartado se desprende con claridad que son tres los presupuestos desencadenantes de la responsabilidad del empresario principal disciplinada en el precepto: comitente y contratista han de ser empresarios, el encargo encomendado por el comitente ha de obedecer a una actividad empresarial ejercida por este, y, finalmente, la obra o servicio en que consista el encargo ha de corresponder a la propia actividad del comitente.

El segundo de los presupuestos enunciados, en el que ahora se va a fijar la atención, es derivación lógica de la exoneración de responsabilidad que la norma prevé en el último párrafo del art. 42.2 para "cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial". De esta forma pues, el precepto pretende decir que la encomendación del encargo y su propia ejecución, ha de desencadenarse, a efectos de responsabilidad, en un contexto de actividad empresarial presidida por el titular o dueño de la obra encargada pues, de no ser así, se produciría la exoneración de responsabilidad de dicho titular. Por su parte, como ya se tuvo ocasión de señalar al tratar el tema de la condición de empresarios de los sujetos intervinientes en la contrata, la jurisprudencia ha matizado aquí, con dudoso criterio, que la actividad empresarial a la que la norma se refiere no es la pura y estrictamente mercantil, sino aquella actividad que para su desarrollo requiera la aportación de trabajo en régimen de laboralidad.

Alcanzado este punto, resulta obligado plantearse cuando para el art. 42 se está ante un encargo no encomendado por razón de una actividad empresarial. En mi opinión, el precepto se está refiriendo a dos supuestos posibles y diferentes, uno distinguido por la ausencia de la condición de empresario en el dueño o propietario de la obra contratada, y otro, caracterizado a su vez, por la falta de naturaleza empresarial de la obra o industria contratada.

En efecto, encajan perfectamente en la dicción legal, en primer lugar, aquellos casos en que cualquier sujeto que no tenga la condición de empresario encarga la realización de una obra o servicio a otro sujeto para la satisfacción de un interés particular no vinculado a una actividad empresarial<sup>244</sup>. En segundo lugar, también son subsumibles en el supuesto aquellos otros casos donde el dueño o propietario si reúne la condición de empresario pero la naturaleza de la obra o servicio contratado está totalmente desconectada de su actividad productiva o, si se prefiere, es totalmente ajena a su propia actividad. A este mismo supuesto se refiere la práctica totalidad de la doctrina cuando ha afirmado que la sustracción al art. 42 del encargo no realizado por razón de una actividad empresarial no es otra cosa que el mero reverso del requisito de la propia actividad<sup>245</sup>.

El fundamento de la exclusión del ámbito de responsabilidad del encargo no realizado por razón de una actividad empresarial se encuentra en que dicho encargo, haya sido o no encomendado por

---

<sup>244</sup> Es el caso previsto en la sentencia del TSJ Comunidad Valenciana de 25 de enero de 1990, as. 21, donde se aplica la exoneración por no reunir la cualidad de empresario una comunidad de propietarios que encomienda a una empresa unas obras de reforma.

<sup>245</sup> Por todos, GARCÍA DE PAREDES, M<sup>a</sup>.L. "Posición del trabajador en la subcontratación de obras y servicios", AL, n<sup>o</sup> 40, 1994, pág. 629. En cambio, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, consecuentes con su postura según la cual, toda obra o servicio encargado por un empresario, corresponde a su propia actividad, sostienen, contrariamente, que la exclusión sólo puede venir referida a un sujeto que no tenga la condición de empresario. Cfr. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E. "Derecho del Trabajo", op. cit., pág. 119.

un empresario, no supone una descentralización de actividad productiva, entendida como el acto por el que un empresario encarga a otro la ejecución y desarrollo de alguna de las fases de su propio ciclo productivo; dicho en otras palabras, el fundamento reside en que cuando la realización de la obra o servicio encomendado no obedece a una actividad empresarial, no se está técnicamente ante una contrata.

Se trata, por tanto, de una exclusión meramente declarativa y por ello, su mención podía haberse omitido en el art. 42. Como se ha dicho, la contrata regulada en este precepto está anclada en dos presupuestos: la condición de empresarios de los sujetos que la llevan a cabo y la correspondencia de la obra o servicio contratado con la propia actividad del empresario comitente. Pues bien, cuando el encargo no es efectuado por razón de una actividad empresarial, como ha sido igualmente señalado, es porque, o bien el dueño de la obra no tiene la condición de empresario (en cuyo caso no se cumplirían ninguno de los presupuestos anteriores), o aún teniéndola, la obra o servicio contratado no corresponde a su propia actividad (no cumpliéndose entoces el segundo presupuesto).

##### **5. La exclusión del cabeza de familia.**

Asimismo, el párrafo segundo del art. 42.2 contempla otro supuesto de exoneración de responsabilidad. Se trata de aquellos casos en que "la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda".

Como se puede apreciar, se trata de un supuesto distinto a la exclusión anterior aunque algún sector doctrinal haya

pretendido su asimilación<sup>246</sup>, si bien es cierto que la exoneración de responsabilidad que acoge reside en el mismo fundamento: nótese, por un lado, que el sujeto que efectúa el encargo no es un empresario sino un cabeza de familia y, por otro lado, que la ejecución de ese encargo no se efectúa en un ámbito de actividad empresarial creada por el dueño de la obra sino que se dirige a la satisfacción de un interés particular, concretamente, la construcción o reparación de su vivienda. Así pues, la razón para sustraer el supuesto del ámbito de responsabilidad empresarial es que aquí tampoco se está ante una contrata en sentido técnico. Por esa razón, la presente exclusión del art. 42 es también una exclusión declarativa, cuya mención, aunque tiene indudable valor aclaratorio, podía haberse obviado en el precepto estatutario.

La jurisprudencia, cuando ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el presente supuesto, lo ha hecho con un enfoque manifiestamente restrictivo. De esta forma, los tribunales sólo han apreciado la exoneración de responsabilidad cuando se ha tratado pura y simplemente de un propietario de vivienda, sin admitir equiparaciones, por la vía de la reconducción, con figuras distintas como las cooperativas de viviendas<sup>247</sup>. Es prueba también de ese enfoque restrictivo que, aún en supuestos extremos de concurrencia en el dueño de la obra de la condición de empresario y propietario de vivienda, en relación con las obras contratadas, se ha optado por declarar la no exoneración de responsabilidad del mismo<sup>248</sup>. Sobre el particular conviene

---

<sup>246</sup> Cfr. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E. "Derecho del Trabajo", op. cit., pág. 119.

<sup>247</sup> Cfr. como muestra singular de la aplicación de la exclusión TCT 16 de junio de 1983, ar. 5750. Negando la exoneración por tratarse de obras encargadas por una cooperativa de viviendas, cfr. TCT 28 de julio de 1986, ar. 6911 y TS, sala 3<sup>a</sup>, 18 de diciembre de 1991, ar. 9334; supuestos en los que, en cualquier caso, se podría haber declarado la exoneración por tratarse de encargos no efectuados por razón de una actividad empresarial.

<sup>248</sup> TCT 24 de abril de 1989, ar. 3015. Se trataba del encargo de unas obras de reparación de un edificio de dos plantas en el que la planta baja era destinada a un fin comercial.

advertir que, en estos casos, aunque la jurisprudencia citada no haya reparado en ello, no es posible que juegue la exclusión porque el precepto exige que las obras contratadas por el cabeza de familia se refieran "exclusivamente" a la construcción o reparación de su hogar. El presupuesto de la exclusividad impide, por tanto, que en los casos en que una misma persona ostente la doble condición empresario-propietario de vivienda pueda declararse la exoneración de responsabilidad.

Ha constituido, sin embargo, una excepción a ese inicial enfoque restrictivo, contrario a la asimilación del cabeza de familia a otros supuestos, los casos en que la reparación de la vivienda se ha efectuado por cuenta de la compañía de seguros con la que el cabeza de familia tenía concertada la póliza de seguro del hogar. La exclusión en estos casos parece razonable puesto que no se trata de un supuesto de descentralización productiva vía contrata de obras o servicios ni de trabajos vinculados a una actividad empresarial sino de unas verdaderas obras de reparación del hogar que, a la postre, redundan en la utilidad del cabeza de familia<sup>249</sup>.

---

<sup>249</sup> Negando en estos casos la existencia de contrata vía asimilación al cabeza de familia, sentencia TSJ Baleares 30 de marzo de 2001, as. 2549.





Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

# CAPÍTULO III

## EL EMPLEO ANTIJURÍDICO DE LA SUBCONTRATACIÓN



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

# CAPÍTULO III

## EL EMPLEO ANTIJURÍDICO DE LA SUBCONTRATACIÓN.

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

### I. INTRODUCCIÓN.

La contrata, una institución amparada por el ordenamiento jurídico en la medida en que cumple una función socioeconómica de relieve, también puede ser objeto de una utilización desviada, esto es, con unos fines antijurídicos.

En efecto, ciertas prácticas empresariales han puesto de manifiesto que, en determinadas ocasiones, el recurso a la contrata puede obedecer no al propósito de mejorar, agilizar o racionalizar determinados aspectos de la gestión productiva en la empresa sino a la consecución de determinados fines que o bien se encuentran explícitamente prohibidos por el ordenamiento jurídico o bien resultan incompatibles con singulares intereses o valores sociales (bienes jurídicos) que son objeto de protección en nuestro ordenamiento.

En unos casos, la antijuridicidad proviene de la utilización de la contrata como mera cobertura formal de una operación o negocio jurídico ilícito. Se trata de utilizar esta institución jurídica para enmascarar la realidad de unas prácticas empresariales que, por estar absolutamente vedadas por el Derecho, se han de cobijar bajo una aparente contrata de obras o servicios. Esto ocurre cuando la contrata, efectivamente, es sólo aparente (pseudocontrata) y oculta en realidad una cesión prohibida de trabajadores.

En otros casos, la lesión al ordenamiento jurídico no deriva de contratas aparentes, en realidad inexistentes, sino de verdaderas contratas cuya utilización al apartarse de la función socioeconómica originaria que justifica la presencia de este instrumento de organización empresarial, produce considerables repercusiones lesivas en bienes jurídicamente protegidos de los que son titulares terceras personas ajenas, en principio, a las relaciones interempresariales que motivaron su celebración. Un supuesto paradigmático de esa utilización antijurídica se produce cuando la empresa recurre a la contrata como un medio de evitar las consecuencias negativas que el ejercicio del derecho de huelga puede suponer para la misma, ejerciendo, así, lo que se ha denominado "esquirolaje indirecto".

## II. LA "PSEUDOCONTRATA" Y EL FRAUDE EN LA CONTRATACIÓN DE MANO DE OBRA.

### 1. Planteamiento previo: contrata de obras y servicios y contrata de mano de obra o "pseudocontrata".

Como es conocido, las operaciones de intermediación en la contratación de mano de obra consistentes en el reclutamiento y contratación de trabajadores con el fin de cederlos a un empresario que recibirá, en definitiva, su prestación de trabajo pero sin incorporarlos en su plantilla se presentan en nuestro Derecho con una doble vertiente. La Ley distingue, en efecto, entre cesión legal y cesión ilegal de trabajadores sometiendo a distintos regímenes jurídicos dos tipos de prácticas que obedecen a un mismo patrón o esquema: la orquestación de una relación triangular de trabajo constituida entre un empresario cedente, otro cesionario y un trabajador.

Si bien nuestro legislador ha adoptado tradicionalmente una actitud de desconfianza hacia los fenómenos interpositorios<sup>250</sup>, la legalización en 1994 de las empresas de trabajo temporal<sup>251</sup> ha supuesto la actual base de sustentación en orden a la distinción jurídica entre cesión legal y cesión ilegal de mano de obra<sup>252</sup>. De esta forma, el vigente art 43 del ET reserva el monopolio de la cesión legal de trabajadores a las empresas de trabajo temporal constituidas de acuerdo con su normativa reguladora<sup>253</sup>.

De la redacción de este precepto se desprende que son tres supuestos posibles los que comprende la prohibición en él contenida: la cesión efectuada por un sujeto que no tenga la condición de empresa de trabajo temporal, la efectuada por una empresa de trabajo temporal aún no autorizada, o, en tercer lugar, la efectuada por una empresa de trabajo temporal autorizada pero para un supuesto no tolerado por su Ley reguladora.

Pues bien, fijando la atención en el primero de los supuestos posibles, se presentan frecuentes y espinosos problemas relacionados con la distinción en la práctica, a la luz de los

---

<sup>250</sup> Como ha puesto de manifiesto la redacción originaria de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, cuyo art. 43 prohibía de forma absoluta todo tipo de cesión de trabajadores en los siguientes términos: "Se prohíbe el reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario cualquiera que sean los títulos de dicho tráfico de mano de obra, así como la utilización de los servicios de dichos trabajadores sin incorporarlos al personal de la empresa en que trabajan".

<sup>251</sup> Régimen jurídico contenido en la Ley 14/1994 de 1 de junio, modificada por Ley 29/1999 de 16 de julio, y en el Real Decreto 4/1995 de 13 de enero.

<sup>252</sup> Con la salvedad de la ya anteriormente admitida cesión de trabajadores en sociedades de estiba y desestiba de buques, regulada por Real Decreto Ley 2/1986 de 23 de mayo. Sobre las razones que motivaron el cambio normativo hacia la permisividad de las empresas de trabajo temporal, puede consultarse: SALA FRANCO, T. "La reforma del mercado de trabajo", Valencia (CISS), 1994, pág. 34 y RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M.C. "Las empresas de trabajo temporal en España", Valencia (Tirant lo Blanch), 1994, págs. 16 a 34.

<sup>253</sup> El actual art. 43.1 del ET dispone: "La contratación de trabajadores para cederlos a otras empresas sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan".

hechos, de cuándo se está ante una lícita contrata de obras y servicios y cuándo realmente existe una cesión prohibida, distinción a todas luces relevante a la hora de determinar el precepto normativo aplicable a determinados supuestos fácticos de trascendencia para el ordenamiento laboral.

La razón de la posibilidad de simulación y de eventual confusión entre los supuestos de hecho de los arts. 42 y 43 está en que, en ambos casos, se está ante una relación triangular en la que la persona que ostenta en el contrato de trabajo la condición de empresario es distinta a la persona que, de modo definitivo, se beneficia como empresario del esfuerzo productivo del trabajador. Esta primera persona puede aparecer oculto, como mero empresario aparente o, en cambio, presentarse como contratista amparado formalmente por la celebración de una contrata en la que tiene que llevar a cabo un determinado encargo. Es en este segundo supuesto, en el que el cedente se presenta no como mero suministrador de mano de obra sino como presunto contratista que, con ocasión de dicho encargo, ha de ejecutar una determinada obra o servicio, cuando puede presentarse una zona gris o de penumbra que sin duda va a dificultar la determinación del precepto jurídico aplicable<sup>254</sup>.

Así pues, si el art. 43 proscribiera tanto la cesión abierta o transparente de trabajadores, efectuada por un sujeto que no ostente la condición de empresa de trabajo temporal, como la efectuada bajo la apariencia de una contrata lícita que en

---

<sup>254</sup> La confusión puede venir de la propia terminología empleada por la jurisprudencia para referirse a ambas instituciones jurídicas. Como apunta GARCÍA MURCIA, la contrata de obras y servicios se ha llegado a tildar de cesión indirecta de mano de obra. Cfr. GARCÍA MURCIA, J, "Cesión de trabajadores" en "Comentarios a las Leyes laborales", Madrid (Edersa), tomo VIII, 1988, pág. 282. En este sentido, la sentencia del TS de 17 de enero de 1991, ar. 58, en su Fund. Jco. 5º habla de "las cesiones indirectas que se producen como consecuencia de contratas o subcontratas" y la sentencia del TSJ de Madrid, de 21 de diciembre de 1998, as. 4399, señala, in fine, que "hubo cesión de los actores, pero no ilegal, proscribida por el art. 43 del ET, sino comprendida en el art. 42 del mismo cuerpo legal".

realidad esconde un mero suministro de mano de obra, los problemas de calificación jurídica se presentarán naturalmente en este segundo supuesto, en el que, en principio, concurren para su aplicación dos normas laborales de naturaleza y efectos distintos, por lo que es entonces necesario encontrar criterios para discriminar cual de ellas ha de ser aplicada<sup>255</sup>.

Es oportuno poner de relieve que estos problemas de delimitación entre una y otra institución jurídica parecen haber adquirido últimamente un mayor calado debido a la notable proliferación en el mercado de las llamadas empresas de servicios. La ausencia de reglas legales en el ámbito de las contratas que impongan paridad de tratamientos retributivos análogos al establecido en el art. 11 de la Ley 14/1994 de ETT ha impulsado cierto repliegue de las empresas de trabajo temporal y un paralelo ensanchamiento de los espacios en los que intervienen las contratas y subcontratas. Ello ha venido a añadir un más rica casuística y una mayor incertidumbre a la hora de determinar qué supuestos son tolerados por la Ley y cuáles caen dentro de la ilegalidad<sup>256</sup>.

En cualquier caso, la utilización formal del negocio lícito de la contrata como técnica empleada para ocultar una cesión prohibida de mano de obra no es nueva en la praxis empresarial. Es conocida tradicionalmente por la doctrina con la denominación de "pseudocontrata", y se genera en aquellos casos en que una empresa contratista, bajo la asunción de una obligación formal

---

<sup>255</sup> La doctrina ya ha señalado que la contrata "de mera prestación de trabajo" se ha de equiparar jurídicamente a la hipótesis en la que el intermediario es formalmente titular de una organización empresarial en la que aparece como pretendido contratista. Cfr. GALANTINO, L. "Diritto del Lavoro", Torino (G. Giappichelli Editore), 1998, pág. 180.

<sup>256</sup> Da cuenta de este fenómeno, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. "Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo", en AAVV. "Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva. XIV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva", Madrid (MTAS), 2002, págs. 66, 68 y 69.



de ejecutar una determinada obra o servicio para otro empresario, en realidad efectúa un mero suministro de prestaciones de trabajo en favor de ese empresario, actuando entonces como intermediario entre el comitente (verdadero empleador) y la fuerza de trabajo<sup>257</sup>.

La pseudocontrata de obras o servicios, entendida entonces como técnica que persigue el amparo formal en una norma jurídica con el fin de escapar a la aplicación de otra norma imperativa cuyos efectos se pretenden eludir, responde al esquema característico de las conductas efectuadas en fraude de Ley (art. 6.4 del Código Civil). En efecto, por un lado el art. 42 jugaría como norma de cobertura, utilizada con el fin de dar apariencia de legalidad a la conducta empresarial; por otro lado, el art. 43 sería la norma defraudada porque la apariencia creada responde al único propósito de evitar su aplicación y, en consecuencia, obtener el resultado antijurídico que dicha norma proscrib<sup>258</sup>.

Ese fraude de Ley, que es consustancial a la figura de la pseudocontrata, no obstante habrá de ser apreciado de forma casuística por el juez, que es quien, en definitiva, ha de calificar jurídicamente los hechos para determinar si realmente la contrata existe o si es sólo aparente y se ha celebrado para ocultar un tráfico ilegal de mano de obra. La misión del juez o tribunal no es otra que la de aplicar la conocida doctrina del levantamiento del velo como instrumento para la detección del fraude, doctrina verdaderamente aplicable en estos casos donde el rigor en la calificación de los hechos se ha de imponer sobre las simples formas o nomen iuris que acompañan a los negocios

---

<sup>257</sup> DEL GIUDICE, F., MARIANI, F., IZZO, F. "Diritto del Lavoro", Napoli (Edizione Giuridiche Simone), 17ª edic., 1998, pág. 188.

<sup>258</sup> Invocando también en el supuesto la doctrina del fraude de Ley, cfr. CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 117.

jurídicos celebrados<sup>259</sup>, sean estos de naturaleza jurídica privada o pública<sup>260</sup>.

Cabe añadir, por último, que, aunque la calificación de "pseudocontrata" ha sido tradicionalmente asociada, como se ha dicho, a los supuestos en los que se presenta un sujeto interpuesto en la relación laboral como pretendido contratista de obras y servicios, el concepto se ha de hacer también extensivo a supuestos en los que, aunque la relación no es triangular sino bilateral, se está ante contratas solamente aparentes en la medida en que son celebradas como tales con trabajadores autónomos sin organización empresarial con el propósito de encubrir verdaderas relaciones de trabajo dependientes y por cuenta ajena. Se trata de un supuesto más del empleo de esta institución con fines antijurídicos en el que también resulta invocable la doctrina del fraude de Ley (aunque aquí la norma defraudada no es el art. 43 del ET sino el art. 1.1) y en el que los tribunales han tenido también que proceder al levantamiento del velo de las meras formas jurídicas<sup>261</sup>. Los criterios delimitadores de las auténticas contratas de obras o servicios que se estudian a continuación resultará oportunos para detectar, en la mayoría de los casos, estas diversas

---

<sup>259</sup> Una interesante aplicación de esta doctrina puede apreciarse, por todas, en la sentencia del TS, sala de lo civil, de 16 de octubre de 1989, ar. 6925.

<sup>260</sup> Efectivamente, y como se comprobará en la jurisprudencia que se cita en las páginas siguientes, los tribunales no han encontrado reparo alguno en aplicar el régimen jurídico de la cesión ilegal a los casos de adjudicación por una Administración Pública de la supuesta contrata a través del correspondiente concurso público, bajo el argumento de que lo relevante a estos efectos es la comprobación de si, una vez obtenido el servicio objeto del contrato administrativo, este se atiende de manera impropia, lo que significa que no se ha de atender a la regularidad de la contratación administrativa en cuyo marco tiene lugar la prestación de servicios laborales, sino de decidir si, con independencia de la apariencia de legalidad que proporciona la misma, ha existido o no una cesión ilegal. Cfr., entre otras, sentencias TSJ País Vasco 14 de noviembre de 2000, as. 2964 y 10 de julio de 2001, as. 3884, y TSJ Comunidad Valenciana 22 de febrero de 2001, as. 3006.

<sup>261</sup> Es elocuente la sentencia del TS, sala 3ª, 8 de noviembre de 1990, ar. 8468 y las de la sala 4ª de 31 de octubre de 1996, ar. 8186 y 19 de noviembre de 1996, ar. 8666. Todas ellas contemplan supuestos de contratas simuladas concertadas con trabajadores autónomos para camuflar auténticas relaciones laborales.

manifestaciones de lo que se viene conociendo como pseudocontratas.

## 2. Los criterios jurisprudenciales de delimitación jurídica de la contrata de obras y servicios frente a la cesión ilegal de trabajadores.

La problemática en torno a la distinción entre lo que es una contrata lícita de obras o servicios y una mera contrata de mano de obra o pseudocontrata no es ni mucho menos novedosa pues se remonta incluso a las regulaciones preestatutarias de ambas instituciones jurídicas<sup>262</sup>. Dicha antigüedad ha dado lugar a una abundantísima jurisprudencia que se arrastra hasta nuestros días. Se trata ante todo de una jurisprudencia de indicios, es decir, proporciona elementos de juicio que operan como criterios jurídicamente relevantes para la delimitación de una y otra figura normativa.

Por otra parte, son abundantes, también desde antiguo, los trabajos doctrinales que, al calor de estas construcciones jurisprudenciales, han llevado a cabo distintas ordenaciones sistemáticas de los criterios delimitadores seguidos por los tribunales, complementándolas con interesantes observaciones críticas. De entre estas aportaciones doctrinales y, con el fin de efectuar una exposición sistemática de los mencionados criterios, voy a seguir la propuesta por el profesor GARCÍA MURCIA por ser todavía representativa de la jurisprudencia más moderna sobre esta cuestión<sup>263</sup>.

---

<sup>262</sup> Me refiero al art. 4 del Decreto 3677/1970 de 17 de diciembre y posterior art. 19 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976.

<sup>263</sup> GARCÍA MURCIA, J. "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores", RPS, n° 130, 1981, págs. 23 y 24.

Así, para distinguir una verdadera contrata de obras y servicios de una cesión ilegal de mano de obra, habrán de considerarse las siguientes circunstancias:

2.1. La empresa contratista ha de ser una empresa válidamente constituida y estar dotada de una infraestructura propia e independiente.

En primer lugar hay que señalar que no cabe duda de que la empresa contratista ha de tener entidad real y, por esa razón, debe estar formalmente constituida como empresa<sup>264</sup> y debe además contar con patrimonio e infraestructura empresarial<sup>265</sup>. La interposición de un tercero en la relación laboral con una mera apariencia empresarial ha de conducir necesariamente a la calificación de la existencia de una cesión ilegal<sup>266</sup>. Incluso se ha llegado a afirmar, con buen criterio, que en aquellos casos en que en una aparente contrata resulta manifiesta la mera ficción en la condición empresarial del contratista, se ha de concluir que la empresa real es el empresario principal por mor del art. 1.1 del ET y sin tener que acudir para ello al art. 43

---

<sup>264</sup> Alguna sentencia ha fundamentado la existencia de contrata en la inscripción registral y en la Seguridad Social de la sociedad que explota la empresa. Cfr. TCT 29 de abril de 1980, ar. 2403. Sin embargo, la inscripción formal no parece ser concluyente para la sentencia TSJ Madrid 12 de abril de 2002 (Ref. Westlaw Jur 2002/165442) que aprecia lícita contrata pese a que la empresa contratista tenía cerrada la correspondiente hoja de inscripción en el Registro Mercantil por el incumplimiento de determinadas obligaciones legales.

<sup>265</sup> Esto es, maquinaria, herramientas, talleres, oficinas, etc. En este sentido, siguiendo jurisprudencia del extinto TCT, MARTÍNEZ GIRON, J. "El empresario aparente", Madrid (Civitas), 1992, pág. 35.

<sup>266</sup> Es muy ilustrativa la sentencia del TS 17 de enero de 1991, ar. 58, donde el contratista era un disminuido psíquico, carente de patrimonio propio y organización empresarial, que trabajaba para el comitente. Razona la sentencia que "pretender que D. ... era el auténtico empresario atenta contra las más elementales reglas de la lógica y el sentido común". Cfr. también TS ud., 17 de julio de 1993, ar. 5688, 15 de noviembre de 1993, ar. 8693, 18 de marzo de 1994, ar. 2548, 21 de marzo de 1997, ar. 2612 y 3 de febrero de 2000, ar. 1600 (todas ellas referidas prestaciones de trabajo en locutorios de Telefónica). También en suplicación, TSJ de Murcia 15 de enero de 1993, as. 246, TSJ de Castilla León 2 de noviembre de 1998, as. 4566 y TSJ País Vasco 14 de noviembre de 2000, as. 2964 (vol. de 2001). Dando cuenta de esta doctrina, aunque en el fondo se llega a declarar la realidad de la empresa contratista, cfr. TS 7 de marzo de 1988, ar. 1863.

del ET ni tan siquiera a la figura del fraude de ley del art. 6.4 del Código Civil<sup>267</sup>.

Sin embargo, es importante advertir que la constitución formal del supuesto contratista como empresario no implica necesariamente la existencia de una verdadera contrata y, por tanto, no impide la aparición de una cesión ilegal de trabajadores. En otras palabras, no basta la válida constitución formal de la empresa contratista pues la cesión ilegal puede producirse aún tratándose de una empresa real y constituida legalmente.

Efectivamente, si bien no se discute que existirá cesión ilegal cuando el contratista es un mero empresario aparente, de ello no se puede colegir necesariamente que no podrá darse en el supuesto inverso, es decir, cuando se trate de un empresario real. Entre otras razones porque, como ya ha apuntado la doctrina, exigir la presencia de un falso empresario para que concurra una cesión ilegal no sintonizaría bien con el art. 43 del ET cuando este precepto permite al trabajador cedido optar por adquirir la condición de fijo en la empresa cedente o en la cesionaria, opción que mal podría ejercitarse si fuese para ello necesario que el cedente no existiese<sup>268</sup>.

---

<sup>267</sup> Cfr., siguiendo las citadas sentencias del TS ud. de 17 de julio de 1993, ar. 5688 y 18 de marzo de 1994, ar. 2548, (aunque en ellas ni tan siquiera se hace alusión explícita al fraude de Ley), PEDRAJAS MORENO, A. "Relaciones de carácter interempresarial: subcontratación, cesión, sucesión, grupos de empresa", en AAVV. "Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz", Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, pág. 242. No obstante, a mi juicio, la doctrina del fraude de ley resulta plenamente invocable en estos supuestos en los que se puede apreciar claramente el juego de la norma de cobertura, el art. 42 del ET, y la norma defraudada, el art. 1.1 del ET. Cfr., en este sentido, y declarando también la irrelevancia de la apreciación de una cesión ilegal, TSJ Aragón 13 de diciembre de 2001, as. 638 (vol. de 2002).

<sup>268</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. "La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994", Madrid (Tecnos), 1995, pág. 121.

Por tanto, hay que entender, de acuerdo con la unanimidad de la doctrina y jurisprudencia, que la llamada tesis de la mera apariencia, exigida por la primera jurisprudencia y consistente en ceñir la cesión ilegal tan sólo a los supuestos de empresario aparente, está definitivamente superada<sup>269</sup>. Así, la existencia de una contrata de obras o servicios no se debe hacer depender exclusivamente del factor subjetivo de la ostentación formal de la condición de empresario sino más bien de criterios más materialistas u objetivos. Hay que fijar la atención, no ya tanto en quién es el empresario contratista sino en cómo actúa y con qué medios. En este sentido, la empresa contratista no sólo debe contar con medios materiales (instalaciones, maquinaria, herramientas) y personales (obreros, técnicos, personal directivo) para el desarrollo de su actividad<sup>270</sup> sino que además debe poner en juego durante la contrata su propia organización empresarial con el fin de alcanzar el fin u objeto que dio lugar a su concertación<sup>271</sup>, lo que no ocurre cuando dichos elementos materiales son predominantemente proporcionados por la empresa principal.

Se trata entonces del cumplimiento de dos requisitos: disponer de un infraestructura organizativa y poner en funcionamiento dicha infraestructura al servicio de los fines

---

<sup>269</sup> Un estudio detenido sobre esta cuestión puede encontrarse en CEGALES FIDALGO, J. "La delimitación de la cesión ilegal de trabajadores en supuestos de contratas de obras y servicios a la luz de la jurisprudencia", REDT, n° 79, 1996, págs. 898 a 902. Cfr. también las sentencias de los TSJ, citadas en la obra, acogiendo aún el criterio de la mera apariencia.

<sup>270</sup> GARCÍA MURCIA, J. "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el ET", op. cit., pág. 23.

<sup>271</sup> Como ha apreciado PEDRAJAS MORENO, A., "se trata de preguntarse qué es lo que, en realidad, aporta la empresa contratista a la empresa principal a través de la contrata. Si la respuesta es que, además de trabajadores aporta algo más, como pueden ser medios materiales, organización, etcétera, la existencia de una contrata real (al margen de posible desviaciones) prevalecerá; pero si la respuesta es que la contratista no aporta nada más que trabajadores, estaremos ante un supuesto que, en general, será calificable como cesión ilegal. Cfr. "La cesión ilegal de trabajadores", en AAVV. "La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar", Valladolid (Lex Nova), 2002, págs. 231 y 232.

perseguidos por la contrata<sup>272</sup>. La jurisprudencia es constante en el sentido de sostener que si la empresa contratista, pese a tener entidad real y patrimonio propio, limita su actividad al suministro de mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que configuran su estructura empresarial se está ante la figura prohibida por el art. 43 del ET<sup>273</sup>.

En muchas ocasiones, la presencia de esa infraestructura se puede comprobar con la titularidad por el empresario contratista de un centro de trabajo donde transcurre la prestación laboral. Sin embargo, es también frecuente que en determinados tipos de contrata, dada la especial naturaleza de la obra o servicio contratado, el encargo se haya de ejecutar precisamente en los centros de trabajo del empresario principal<sup>274</sup>. Es el caso, por

---

<sup>272</sup> Para la sentencia del TS de 17 de enero de 1991, ar. 58 "existe contrata cuando la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables". Es tradicional la jurisprudencia que exige la titularidad por el contratista de elementos patrimoniales afectos a la ejecución del encargo: Sentencias TS ud. 3 de febrero de 2000, ar. 1600 y 17 de enero de 2002, ar. 3755; aunque el TCT ha admitido, en puntuales ocasiones, que alguno de esos elementos haya sido aportado por el comitente: TCT 24 de febrero de 1984, ar. 1725 y 28 de mayo de 1986, ar. 3953. Resulta muy interesante la del TSJ de la Comunidad Valenciana de 26 de noviembre de 1998, as. 4668, que indirectamente llega a exigir titularidad dominical del contratista sobre los bienes afectos a la explotación, pues considera que no es suficiente, para que exista contrata, que la contratista explote los elementos materiales de su actividad (locales y bienes muebles) a título de arrendataria de la empresa principal, abonando por ello la renta correspondiente.

<sup>273</sup> Sentencias TS ud. 17 de enero de 2002, ar. 3755 y 14 de septiembre de 2001, ar. 582 (vol. de 2002), 19 de enero de 1994, ar. 352, 12 de diciembre de 1997, ar. 9315, 19 de octubre de 1999, ar. 7533 y 25 de octubre de 1999, ar. 8152. TSJ Aragón 13 de marzo de 2003, as. 895, TSJ Cataluña 28 de mayo de 2001, as. 2594, 17 de octubre de 2001, as. 835 (vol. de 2002) y 29 de abril de 2002, as. 2017. Para supuestos de cesión ilegal por estos motivos en el ámbito de las Administraciones Públicas, vid. sentencias del TSJ de Canarias de 16 de octubre de 1998, as. 4063 y 25 de enero de 1999, as. 540, TSJ Comunidad Valenciana 22 de febrero de 2001, as. 3006, TSJ País Vasco 10 de julio de 2001, as. 3884 y TSJ Madrid 17 de mayo de 2002, as. 2059. En este ámbito, es notable la disparidad de soluciones a las que han llegado las sentencias del TSJ de Madrid de 5 de marzo y 21 de diciembre de 1998, as. 787 y 4399, ante el supuesto de un contrato de asistencia técnica concertado por una entidad pública con empresas consultoras al amparo del Decreto 1005/74 de 4 de abril. Mientras la primera aprecia cesión ilegal porque la contratista, al no aportar materiales, no puso en juego su organización empresarial, la segunda, bajo circunstancias similares, considera que existe contrata lícita apoyándose en anterior doctrina del TCT que permitía, excepcionalmente, la aportación de materiales por la empresa principal.

<sup>274</sup> Son múltiples las sentencias donde no obsta para la existencia de una contrata que los trabajos, dada su naturaleza, se hayan de desarrollar en el ámbito físico de la empresa principal. Por todas, TS 7 de marzo de 1988, ar. 1863, 4 de octubre de 1996, (continúa...)

ejemplo, de las contratas de construcción, vigilancia, limpieza y tareas de montaje en la propia cadena de producción<sup>275</sup>.

En estos casos, parece evidente que no se puede dilucidar la existencia o no de contrata en función de quién sea el titular del espacio físico donde se ejecuten los trabajos. Habrá, por tanto, que atender a otros elementos de decisión<sup>276</sup> como pueden ser los siguientes: la ubicación física de los trabajadores del contratista en una dependencia específica donde no haya presencia simultánea de trabajadores de la empresa principal y su actividad sea gestionada y dirigida por responsables de la empresa contratista, la titularidad por el contratista de otros elementos patrimoniales distintos al centro de trabajo (utensilios y herramientas, maquinaria, uniformes), que dicha empresa cuente con un significativo capital social, que venga cumpliendo regularmente sus obligaciones fiscales y de Seguridad Social, que cuente con proveedores propios y una plantilla de trabajadores suficiente en número, formada y contratada regularmente (valorándose negativamente que en la misma se integren trabajadores procedentes de la principal), y que venga realizando actividades en el mercado con anterioridad a la celebración de la contrata<sup>277</sup>.

---

<sup>274</sup> (...continuación)  
ar. 7329 y TSJ Canarias 30 de abril de 1992, as. 2017.

<sup>275</sup> Con el problema añadido de que en este tipo de contratas, típicamente las de vigilancia y limpieza en las que se tiende a no dudar de su legalidad, la apreciación de la contrata resulta menos nítida por cuanto la infraestructura aportada por la empresa contratista suele ser mínima. En este sentido, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T. "Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 117.

<sup>276</sup> SALA FRANCO, T. (Dir.), ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M., GARCÍA NINET, J.I. y LÓPEZ GANDÍA, J. "Derecho del Trabajo", Valencia (Tirant lo Blanch), 10ª edic., 1996, pág. 267.

<sup>277</sup> Da cuenta de estos y otros indicios, PEDRAJAS MORENO, A. "La cesión ilegal de trabajadores", op. cit., págs. 232, 233 y 236.



## 2.2. El objeto de la contrata ha de consistir en una actividad específica y determinada.

Ciertamente uno de los criterios más utilizados por la doctrina para diferenciar la contrata de la cesión ilegal es el del objeto de ambos negocios jurídicos<sup>278</sup>. Así, mientras la contrata tiene por objeto la realización de una determinada obra o la prestación de un determinado servicio, la cesión hace de la mera aportación de mano de obra su único objeto<sup>279</sup>. Por su parte la jurisprudencia, en varias ocasiones, ha puesto el acento en el objeto para concluir que se estaba ante una cesión ilegal pues éste consistía en el simple suministro de personal<sup>280</sup>.

Dado que la finalidad originaria de la contrata es permitir en determinados supuestos la participación de empresas auxiliares en el proceso productivo de la empresa principal para colaborar con ella y complementar su actividad, el objeto de la contrata ha de ser, en principio, diferente al de esta empresa<sup>281</sup>.

Ahora bien, la realidad operativa de las organizaciones productivas ha puesto de manifiesto que las actividades de empresario principal y contratistas o subcontratistas no siempre han de ser necesariamente diferentes ni tan siquiera mínimamente distinguibles. Como se ha visto en páginas anteriores, la

---

<sup>278</sup> Para RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T., "lo relevante no es la existencia de verdaderas empresas ni que el trabajador preste sus servicios en el centro de trabajo de la empresa contratista, sino el objeto de la contrata ...". Cfr. "Contratas y subcontratas ...", op. cit., pág. 110.

<sup>279</sup> MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit, pág. 235.

<sup>280</sup> Sentencias TS ud. 17 de enero de 2002, ar. 3755, 14 de septiembre de 2001, ar. 582 (vol. de 2002), 12 de diciembre de 1997, ar. 9315 y 9 de febrero de 1987, ar. 803. A la solución contraria se ha llegado cuando los trabajadores del contratista han desempeñado los trabajos objeto de la contrata, con carácter específico y distinguible de los realizados por los trabajadores de la empresa principal. Cfr. TSJ Madrid 21 de diciembre de 1998, as. 4399.

<sup>281</sup> GARCÍA MURCIA, J. "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el ET", op. cit., pág. 24.

incorporación en las actuales relaciones de producción de fórmulas de trabajo flexible ha llevado a las organizaciones productivas a descentralizar con terceras empresas parcelas de su actividad para que estas produzcan para ellas lo que antes realizaban por si mismas y con sus propios medios.

De esta forma, la contratación con empresas externas de la realización de obras o servicios de la misma actividad se ha generalizado ciertamente en las relaciones de producción modernas, haciendo perder a la contrata su función originaria de ser instrumento para la realización solamente de aquellas tareas de la empresa principal que por su especialidad y especificidad dicha empresa no quiere o no puede realizar directamente.

Por tanto, teniendo en cuenta que pueden existir lícitas contratas ejecutadas en torno a la misma actividad de la empresa principal, en ocasiones la determinación de si se está ante una contrata o una cesión ilegal se torna más difícil ya que doctrina y jurisprudencia han tomado como indicio de cesión ilegal que el trabajador del contratista desempeñe tareas permanentes en la empresa principal<sup>282</sup>.

Sin embargo, a mi juicio, hay que darle una importancia relativa a este indicio teniendo en cuenta que, como se ha visto, no sólo es frecuente en la actividad económica la realización de contratas sobre tareas que constituyen la misma actividad de la

---

<sup>282</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "Interposición y trabajo en contratas a través de la jurisprudencia" en "Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón", Madrid (Tecnos), 1980, pág. 79. PEDRAJAS MORENO, A. "La cesión ilegal de trabajadores", op. cit., pág. 234. RODRÍGUEZ RAMOS, M<sup>a</sup>.J. "La cesión ilegal ...", op. cit., pág. 130. MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 236. Para jurisprudencia, cfr. TCT 15 de noviembre de 1985, ar. 6643. TS 16 de febrero de 1989, ar. 874. TSJ de Cataluña 3 de marzo de 1995, as. 1097 y 6 de abril de 1999, as. 1035, y TSJ Canarias 30 de abril de 1992 que, a la inversa, toma como elemento determinante para la existencia de contrata la mínima duración del contrato entre las empresas, de sólo un mes. En cambio, la sentencia del TSJ de Cataluña de 20 de julio de 1998, ar. 3485, aún reconociendo la presencia en el supuesto de este indicio, llega a la conclusión de que no existe cesión ilegal porque la contratista "era la que realmente percibía la prestación de servicios".

empresa principal sino también que a dichas operaciones no se les pueda formular reproche alguno de ilicitud por constituir verdaderos contratos de ejecución de obra o arrendamiento de servicios.

Así pues, conviene tener presente que una cosa es el negocio jurídico que tiene por objeto la cesión permanente de un trabajador a otra empresa, que entraría en el supuesto de hecho del art. 43<sup>283</sup>, y otra muy distinta el que tenga por objeto la realización de obras o servicios de naturaleza habitual, estable o permanente en la empresa principal por pertenecer a su cadena productiva, supuesto subsumible en el art. 42 del ET.

Por otra parte, paralelamente a la admisibilidad de lícitas contratas encomendadas para la realización de tareas permanentes en la empresa principal, la jurisprudencia ha admitido la existencia de contrata aún en aquellos casos en que el contratista prestaba sus servicios exclusivamente a una sólo empresa principal<sup>284</sup>.

### 2.3. El contratista ha de ostentar la organización, dirección y control de la actividad encomendada.

Como es sabido, la noción de subordinación es consustancial al contrato de trabajo y existe subordinación cuando el trabajador incorpora su trabajo al "ámbito de organización y dirección" del empresario (art. 1.1 ET). Consecuentemente, el

---

<sup>283</sup> Si bien el art. 43 se refiere a la cesión temporal de mano de obra, no se discute que también comprende un eventual cesión permanente, pues, lejos de hacer desaparecer la ilegalidad, la agravaría en todo caso. La doctrina también ha considerado irrelevante para la aplicación del art. 43 que la cesión sea temporal o permanente. Cfr. PEDRAJAS MORENO, A. "La cesión ilegal ...", op. cit., págs. 224 y 225, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T. "Contratas y subcontratas ...", op. cit., págs. 110 y 111. En contra, la sentencia del TSJ de Madrid de 14 de junio de 1991, as. 4072, Fund. Jco. 4º afirma, con fundamento en la del TCT 18 de abril de 1985, ar. 2869, que es necesario que la cesión sea temporal y no definitiva.

<sup>284</sup> Sentencia TCT 9 de julio de 1981, ar. 4850.

art. 20.1 del ET obliga al trabajador a realizar el trabajo bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue. De esta forma, esa subordinación se traduce en la ostentación por el empresario de un poder de dirección, poder que identifica al contrato de trabajo y que obedece a la necesidad de especificar, en el transcurso de la prestación de trabajo, el contenido de la obligación de actividad que debe el trabajador al empresario<sup>285</sup>.

Pues bien, si esto es así, en una relación de trabajo en contratas, como el contratista está vinculado con los trabajadores empleados en la contrata por un contrato de trabajo, ostenta frente a ellos la condición de empleador y, por tanto, deberá especificar la prestación de trabajo mediante el ejercicio de las facultades directivas que la Ley atribuye a todo empresario. Si al contrario, estas facultades directivas no las ostenta el contratista sino el empresario principal, en buena lógica habrá que considerar a este como verdadero empresario de los trabajadores empleados en la contrata y al contratista como sujeto meramente interpuesto entre ambos.

Así lo ha entendido la jurisprudencia que ha declarado la existencia de cesión ilegal cuando el contratista ha hecho dejación del ejercicio de su poder de dirección para que este sea ejercido por el empresario principal y, en cambio, se ha inclinado por la existencia de una lícita contrata cuando el contratista ha asumido la posición de empleador respecto a los trabajadores y ha ejercido sobre los mismos las facultades organizativas, directoras y disciplinarias que le son propias<sup>286</sup>.

---

<sup>285</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. (Dir.), DEL VALLE VILLAR, J.M., GIL Y GIL, J.L. y GETE CASTRILLO, P. "Prontuario de Derecho del Trabajo", Madrid (Civitas), 2ª edic., 1995, pág. 225.

<sup>286</sup> Sentencias TS 30 de mayo de 2002, ar. 7567, 17 de enero de 2002, ar. 3755, 14 de septiembre de 2001, ar. 582 (vol. de 2002), 7 de marzo de 1988, ar. 1863, 12 de septiembre de 1988, ar. 6877. Particularmente, es muy ilustrativa la sentencia del TS de 19 de enero de 1994, ar. 352 donde se otorgó relevancia para declarar la cesión (continúa...)

Sin embargo, el criterio del sujeto que ejercita los poderes de organización y dirección durante la contrata no siempre resulta concluyente. De entre la multitud de supuestos que sido enjuiciados por los tribunales se pone de manifiesto que son relativamente frecuentes aquellos casos en que la empresa principal ostenta ciertas facultades de dirección o gestión sobre la actividad laboral de los trabajadores del contratista. Este fenómeno se da cuando la propia naturaleza de los trabajos que se ejecutan obliga a llevarlos a cabo en los centros de trabajo de la empresa principal, como ocurre con las contratas de mantenimiento, limpieza y vigilancia, donde pueden presentarse manifestaciones propias del ejercicio del poder de dirección por parte del empresario principal. En otras ocasiones, la especial particularidad de los trabajos motiva que la empresa principal imparta determinadas instrucciones técnicas o supervise e inspeccione a través de un encargado la ejecución de los trabajos que se desarrollen. Ambos supuestos han sido contemplados por la jurisprudencia sin que su presencia le haya impedido apreciar la existencia de una contrata<sup>287</sup>.

---

<sup>286</sup> (...continuación)

ilegal al hecho de que era la empresa principal la que impartía la formación de los trabajadores contratados, lo que evidencia que la contratista no puso en juego su organización empresarial ni ejercía su poder de dirección. También son destacables las sentencias del TS de 17 de julio de 1993, ar. 5688, y 18 de marzo de 1994, ar. 2548, donde se tienen en cuenta para declarar la cesión ilegal indicios como la imposibilidad del contratista de organizar el horario de trabajo, su incapacidad para elegir su propio personal y el ejercicio del poder disciplinario por el comitente. Por su parte, la sentencia del TS de 12 de diciembre de 1997, ar. 9315 aprecia cesión ilegal en un supuesto en que el poder de dirección lo ejercía el empresario principal y el disciplinario el contratista bajo el argumento de que esa disociación de facultades sólo es admisible en las ETT. Los TSJ han seguido esta línea jurisprudencial, vid. Sentencias TSJ Aragón 13 de marzo de 2003, as. 895, TSJ Cataluña 29 de abril de 2002, as. 2017, TSJ Madrid 17 de mayo de 2002, as. 2059, TSJ Madrid 5 de marzo de 1998, as. 787 y TSJ Comunidad Valenciana 26 de noviembre de 1998, as. 4668. En esta última se pone el acento, para declarar cesión ilegal, en la carencia del contratista de otras facultades organizativas distintas al poder de dirección, concretamente, la elección del personal, facultad que el Tribunal considera que ostentaba el contratista de forma muy limitada porque el principal podía recusar su personal. En esta misma línea la sentencia TSJ Cataluña 17 de octubre de 2001, as. 835 (vol. de 2002), pondera para apreciar la cesión ilegal, entre otros extremos, que el empresario principal se reservaba la facultad de señalar el perfil del personal que debía prestar los servicios.

<sup>287</sup> Cfr. Sentencias TS 7 de marzo de 1988, ar. 1863, TSJ del País Vasco de 24 de febrero de 1992, as. 610 y TSJ Madrid 21 de diciembre de 1998, as. 4399, 17 de julio (continúa...)

Ciertamente, puede encontrarse una justificación lógica a este tipo de fenómenos que permita considerarlos compatibles con la vigente ordenación jurídica del trabajo en contratas. Por un lado, en lo que respecta al ejercicio de facultades directivas por la empresa principal en contratas como las señaladas, se trata, en mi opinión, de un reparto de poderes empresariales orquestado entre comitente y contratista, que es exigido por el ámbito locacional de ejecución de la contrata y que puede encontrar su explicación en lo que la doctrina ha denominado "teoría del contrato compartido"<sup>288</sup>.

Por otro lado, cuando se trata de impartición por la empresa principal de instrucciones técnicas o supervisión de actividades podría argüirse que, en cualquier caso, no se desdibuja el ejercicio del poder de dirección por la empresa contratista, puesto que dichas instrucciones no son otra cosa que manifestaciones del poder de especificación que ha de ejercitar el empresario comitente, es decir, el conjunto de instrucciones mínimas y necesarias para que el encargo pueda ejecutarse conforme a su voluntad<sup>289</sup>.

---

<sup>287</sup>(...continuación)

de 2001, as. 3871 y 12 de abril de 2002 (Ref. Westlaw, Jur 2002/165442). En sentido contrario, cfr. la sentencia del TS de 17 de julio de 1993, ar. 5688, que aprecia cesión ilegal pese a que el contratista dirigía y organizaba el trabajo y ejercía el poder disciplinario. Para llegar a esa conclusión, el TS se basa en que la empresa principal ejercía otro tipo de poderes sobre los trabajadores (selección de personal, fijación de horarios y condiciones de ejercicio del poder disciplinario). También parece seguir este criterio las ya citadas sentencias TSJ Cataluña 17 de octubre de 2001, as. 835 (vol. de 2002) y 29 de abril de 2002, as. 2017, que aprecian cesión ilegal minusvalorando que la empresa contratista tuviera atribuidas facultades disciplinarias, la organización de las vacaciones y el control de los horarios de inicio y fin de la jornada, en atención a otros elementos probatorios que demostraban que era la empresa principal la que organizaba el trabajo.

<sup>288</sup> Así, señala RODRÍGUEZ RAMOS que frente a una cesión ilegal, también puede estarse ante una situación de cotitularidad patronal que da lugar a un contrato de trabajo compartido. Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS. M<sup>a</sup>.J. "La cesión ilegal ...", op. cit., pág. 128.

<sup>289</sup> En este sentido, la sentencia del TSJ del País Vasco de 24 de febrero de 1992, as. 610, ha afirmado que no impide la existencia de contrata que los trabajadores recibieran órdenes de la empresa principal ni que se sometieran al horario de aquella, "puesto que las subcontratas, por ejemplo de obras, han de ir al unísono de la obra general, y a veces recibir indicaciones o trabajar bajo la dirección de la empresa principal, sin que por ello desaparezca la ligazón que une al trabajador con la  
(continúa...)

#### 2.4. Asunción de riesgo empresarial y de las responsabilidades propias de la gestión de la actividad.

Es conocido que la diferenciación de tratamiento jurídico que ha sido dispensado por el Estatuto de los Trabajadores y sus precedentes normativos entre la cesión de trabajadores y la contrata de obras y servicios ha estado justificada en que, en el primer caso, se está contemplando originariamente la actividad de un sujeto que, sin ostentar la condición de empresario, se interpone en el contrato de trabajo bajo una mera apariencia empresarial; mientras que, en el segundo, se contempla la figura de un verdadero empresario que asume las obligaciones que por su condición le corresponden y que, por tanto, responde frente a terceros<sup>290</sup>.

Así pues, la asunción de riesgos y responsabilidades es definidora de la condición de empresario<sup>291</sup>. Por un lado, es notorio que cualquier actividad empresarial lleva ínsita la posibilidad de que el interés que con ella se pretende alcanzar

---

<sup>289</sup> (...continuación)

empresa que le ha contratado y con la que sigue manteniendo la relación". A igual solución se llega en la sentencia del TSJ Madrid 17 de julio de 2001, as. 3871, que distingue entre verdadero poder de dirección y mera subordinación en el plano técnico en un supuesto de en el que la empresa principal, una entidad financiera, proporcionaba a los trabajadores las instrucciones precisas a través de la entrega de manuales de procedimiento y además les impartía formación.

<sup>290</sup> Eso explica que la legalización de la cesión de trabajadores sólo se haya efectuado desde el momento en que dicha cesión se efectúe por verdaderas empresas, dotadas de solvencia y estructura patrimonial que les permita cumplir las obligaciones propias de todo empleador ( vid. art. 2.1 apartados a), b) y c) de la Ley 14/1994 de 1 de junio).

<sup>291</sup> Es frecuente también encontrar en la jurisprudencia referencias a la asunción de un riesgo empresarial como uno más de los elementos identificadores de una verdadera contrata. Cfr. las ya citadas sentencias del TS de 17 de enero de 1991, ar. 58, 17 de julio de 1993, ar. 5688 y 18 de marzo de 1994, ar. 2548. En las dos últimas la ausencia de asunción de riesgo por el contratista se constata en que sus ingresos consistían en una cantidad fija mensual sin exponerse a aumentos o disminuciones sustanciales de la misma. Esta cantidad estaba garantizada incluso en los casos de pérdidas que, de existir, serían soportadas por la empresa principal. También cfr. TSJ de Madrid 14 de junio de 1991, as. 4072, TSJ Murcia 18 de enero de 1993, as. 247 y, singularmente, la del TCT de 2 de julio de 1981, ar. 5002, donde se considera que el contratista asumía un verdadero riesgo por responder de los daños que, en el ejercicio de su actividad, podría causar a la empresa principal.

se vea frustrado. Si este riesgo se desplaza del contratista al comitente se estará ante una supresión artificial del riesgo que impedirá conceptuar al contratista como empresario y, por consiguiente, impedirá apreciar una contrata de obras o servicios<sup>292</sup>. Por otro lado, es también notorio que necesariamente ha de acompañar a la condición de empresario laboral la asunción de determinadas responsabilidades inherentes al ejercicio de la actividad, en concreto, las obligaciones salariales y de Seguridad Social.

Sin embargo, en cuanto a este último extremo, en algunas ocasiones es difícil determinar que sujeto asume verdaderamente las responsabilidades salariales o de Seguridad Social pues, como ha apuntado la doctrina, puede darse el supuesto de que los salarios sean pagados formalmente por el contratista pero asumidos realmente por el empresario principal<sup>293</sup>.

Ante estos casos, la jurisprudencia ha tenido que acudir a indicios que permitiesen determinar si el contratista ha asumido esas obligaciones en calidad de empresario laboral y, por tanto, independientemente del precio que vaya a percibir por la ejecución del encargo, o si, en cambio, las ha asumido precisamente en función de dicho precio, de forma que los costes de personal que formalmente asume no son estructurales sino mera traslación del precio de la obra. Así se ha considerado que el contratista no asume propiamente sus obligaciones laborales con

---

<sup>292</sup> La doctrina ha puesto la atención en ese desplazamiento del riesgo del contratista al comitente y ha señalado que tendrá lugar cuando "el elemento aleatorio ínsito en todo tráfico mercantil y económico se desplaza, total o parcialmente, al ámbito patrimonial del empresario cesionario, a través de un contrato, acuerdo o práctica habitual. De esa forma, todas las inconveniencias que se habrían de imputar al empresario contratista (mayores gastos de personal, explotación, impuestos, tasas) se desplazarán de una forma más o menos evidente al empresario contratante". CEGALES FIDALGO, J. "La delimitación de la cesión ilegal ...", op. cit., pág. 907.

<sup>293</sup> RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T. "Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores", op. cit., pág. 114. SALA FRANCO, T. y otros "Derecho del Trabajo", 10ª edic, op. cit., pág. 268.



los trabajadores cuando el pago efectuado por el comitente no se hace en razón de un precio alzado determinado con arreglo a criterios objetivos, sino por las horas de presencia de los trabajadores empleados en la contrata y por el tiempo realmente trabajado<sup>294</sup>.

Finalmente, expuestos los fundamentales criterios diferenciadores utilizados por nuestros tribunales para deslindar la contrata de la cesión ilegal de trabajadores, sólo queda advertir que, como se ha podido comprobar, ninguno de los criterios expuestos resulta en todo caso concluyente porque no siempre la realidad de los hechos sobre los que se ha de construir la calificación jurídica se presenta con toda la pureza teórica que sería deseable. Por esa razón, como suele ocurrir cuando se maneja una jurisprudencia de indicios, habrá que prescindir de ponderaciones de elementos aislados y atender a un análisis conjunto de todos ellos<sup>295</sup>.

### III. SUBCONTRATACIÓN E INTERDICCIÓN LEGAL DEL ESQUIROLAJE.

#### 1. La utilización desviada de las facultades organizativas en la empresa.

Es conocido que el empresario, como titular de los medios de producción, ostenta un conjunto de facultades de las que

---

<sup>294</sup> Sentencias TS 9 de febrero de 1987, ar. 803 y 12 de diciembre de 1997, ar. 9315. TSJ Cataluña 17 de octubre de 2001, as. 835 (vol. de 2002) y 29 de abril de 2002, as. 2017.

<sup>295</sup> Así, por ejemplo, las citadas sentencias TSJ Cataluña 17 de octubre de 2001, as. 835 (vol. de 2002) y 29 de abril de 2002, as. 2017, en relación a la valoración del indicio consistente en el abono del precio de la contrata en función de las horas trabajadas, considera que el mismo por sí sólo no es suficiente para desnaturalizar la contrata pero apreciado conjuntamente con otros puede determinar la existencia de cesión prohibida.

dispone para organizar los factores productivos y que dichas facultades constituyen derivación lógica de los derechos constitucionales de corte liberal de propiedad privada y libertad de empresa de los arts. 33 y 38 de la Constitución española. También es notorio que, cuando el empresario no sólo lo es en su acepción puramente económica o mercantilista sino que también es empresario laboral (por incorporar a su organización el esfuerzo productivo del trabajo dependiente y por cuenta ajena) esos derechos liberales, que preexisten a su condición de empresario laboral, han de convivir necesariamente con otros derechos, también de relevancia constitucional, que el Estado ha atribuido paralelamente a los trabajadores ya singularmente, ya como colectivo social<sup>296</sup>.

Así pues, la libre iniciativa económica en ningún momento puede ser considerada de forma aislada sino siempre en relación con los intereses atribuidos por la Constitución a la clase trabajadora<sup>297</sup>.

Sin embargo, situados en el plano de la permanente coexistencia de los derechos reconocidos por la Constitución a cada una de las partes de la relación laboral, merecen una especial atención, del lado de los trabajadores, los derechos constitucionalmente reconocidos en su dimensión grupal, colectiva o de clase, derechos que tradicionalmente han fundamentado lo que se ha venido denominando relaciones colectivas de trabajo o Derecho Sindical.

---

<sup>296</sup> Se está pensando en derechos constitucionales como el derecho de libertad sindical, derecho de huelga, derecho al trabajo, derecho a la limitación de la jornada, derecho a la negociación colectiva, etc.

<sup>297</sup> ROMÁN DE LA TORRE, M\*.D. "Poder de dirección y contrato de trabajo", Valladolid (Grapheus), 1992, pág. 28.

Ciertamente, nuestra Constitución se ha mostrado especialmente sensible con los derechos pertenecientes al plano colectivo de las relaciones de trabajo, a los que ha colocado en una situación de primacía sobre otros derechos constitucionales que también interactúan en las modernas relaciones de producción. Esa sensibilidad del constituyente se manifiesta en la catalogación como derechos fundamentales de la libertad sindical y el derecho de huelga (art. 28.1 y 2) frente a los derechos de propiedad privada y libertad de empresa (arts. 32 y 38) e incluso frente al propio derecho al trabajo (art. 35)<sup>298</sup>.

No obstante esa ubicación preferente en el texto constitucional de los derechos colectivos, es evidente el antagonismo existente entre los intereses que protegen unos y otros derechos: por un lado, el empresario, apoyado en los derechos de propiedad privada y libertad de empresa, defenderá el libre y discrecional ejercicio de sus facultades organizativas y de gestión sobre los medios de producción. Por otro lado, los trabajadores, individualmente y agrupados en sindicatos, se sustentarán en la pluralidad de prerrogativas que les atribuyen sus derechos de libertad sindical para exigir el libre ejercicio de la actividad sindical sin intervención ni injerencia de la parte empresarial<sup>299</sup>.

El problema nace cuando ese antagonismo formal, apreciable, como se ha visto, desde el puro punto de vista teórico, se traduce en una efectiva colisión de derechos. Se trata de la cuestión de cómo ha de reaccionar el ordenamiento jurídico cuando

---

<sup>298</sup> Respecto a los derechos de libertad sindical y de huelga, no se desconoce que en ellos confluyen aspectos individuales y colectivos. Sin embargo, su estudio siempre ha ido tradicionalmente ligado al de las relaciones colectivas de trabajo por tratarse de derechos cuya génesis se remonta a las conquistas sociales del movimiento obrero.

<sup>299</sup> Algún sector doctrinal ha puesto también de relieve esa fricción entre derechos constitucionales pero refiriéndose tan sólo al desarrollo de la actividad sindical dentro de la empresa. Cfr. MOLERO MANGLANO, C. "Derecho Sindical", Madrid (Dykinson), 1996, pág. 279.

el ejercicio empresarial de sus facultades organizativas en la empresa se efectúa con el efecto, deliberado o no, de mitigar las naturales y normalmente enojosas consecuencias que para el empresario conlleva el ejercicio de la actividad sindical en la empresa<sup>300</sup>. Téngase en cuenta, en este sentido, que los derechos de libertad sindical no sólo suponen una serie de facultades y prerrogativas para los trabajadores y sindicatos que los ostenten sino también unas correlativas obligaciones de abstención que incumben a los agentes potencialmente lesivos de esos derechos, en especial, al empresario<sup>301</sup>.

El problema de si se está o no ante un ejercicio abusivo de las facultades organizativas y directivas del empresario se presenta particularmente cuando, convocada una huelga, la empresa opta por descentralizar parte de su actividad con el recurso a una contrata, de tal forma que la empresa externa que asume el encargo suple el vacío generado por la cesación en el trabajo de los trabajadores huelguistas. La cuestión de fondo es entonces si pueden o no violentar el derecho de huelga decisiones empresariales relativas a la externalización de los factores productivos cuando son llevadas a cabo con ocasión de la convocatoria de una huelga, hasta el punto de poder considerarlas jurídicamente como decisiones antisindicales.

---

<sup>300</sup> El posible efecto antisindical de decisiones empresariales relacionadas con la gestión económica-productiva de la empresa, ya ha sido puesto de relieve por la doctrina. Cfr. SANGUINETI RAYMOND, W. "Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales", Madrid (MTSS), 1993, pág. 90.

<sup>301</sup> El empresario no sólo ha de abstenerse de perturbar la práctica libre de la actividad sindical en la empresa, sino que además, en numerosas ocasiones, ha de facilitarla como pone de manifiesto la pluralidad de obligaciones empresariales que, en este sentido, prevé el título IV de la LOLS: descuento de cuotas sindicales (art. 11.2), tolerar reuniones, recaudación de cuotas y distribución de información sindical en el ámbito de la empresa o centro de trabajo (art. 8.1-b), permitir al trabajador afiliado la recepción de la información remitida por su sindicato (art. 8.1-c), disfrute de permisos no retribuidos del trabajador con cargo sindical electivo para el desarrollo de funciones sindicales (art. 9.1-a), disfrute por el representante sindical de permisos retribuidos para participar en comisiones negociadoras de convenios colectivos que afectan a la empresa (art. 9.2) y poner a disposición de determinadas secciones sindicales un tablón de anuncios y un local adecuado (art. 8.2-a y c).

## 2. La dudosa aplicabilidad del artículo 6.5 del Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo.

La cuestión que se acaba de plantear no está exenta de relevancia e interés en tanto afecta a un derecho fundamental, la libertad sindical y, en ella integrado, formando parte de su contenido esencial, al derecho de huelga, también fundamental<sup>302</sup>.

Además, no debe pasarse por alto que la prohibición del llamado esquirolaje<sup>303</sup>, esto es, la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros externos al conflicto, es consustancial al propio concepto de huelga concebido, sin discusión en la doctrina y en la jurisprudencia, como un derecho instrumental<sup>304</sup> y, por ese motivo, la interdicción del esquirolaje pertenece al ámbito del contenido esencial del derecho de huelga<sup>305</sup>. Por otra parte, no se debe olvidar que para el Comité de Libertad Sindical de la OIT la práctica del esquirolaje

---

<sup>302</sup> La sentencia del TC, interpretativa del derecho de huelga, de 8 de abril de 1981, RTC 11, ya advertía que la libertad sindical "sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido. En el mismo sentido, cfr. sentencias del TC de 31 de marzo de 1986, RTC 39 y 25 de enero de 1988, RTC 9.

<sup>303</sup> La palabra "esquirol" tiene un origen topográfico: l'Esquirol es también el nombre con el que se ha conocido la población catalana de Santa María de Corcó. A finales del siglo XIX, ante una huelga producida en Manlleu (Barcelona), los patronos reclutaron obreros de l'Esquirol para sustituir a los huelguistas al no encontrarlos en su propia localidad. Los huelguistas denominaron despectivamente a estos obreros "esquirols", utilizando el nombre del pueblo de donde estos procedían. El término se consagró en las luchas sociales catalanas y de ahí se extendió al resto de la península y a Hispanoamérica.

<sup>304</sup> Para la doctrina el derecho de huelga no consiste en una mera cesación en el trabajo, sino en una cesación en el trabajo con el propósito de producir un daño a la empresa; de ahí su carácter instrumental. Si la empresa pudiera minimizar o extinguir ese daño con el recurso a nuevos trabajadores, el derecho de huelga resultaría desnaturalizado. Cfr., por todos, SANTANA GÓMEZ, A. "El régimen jurídico de los trabajadores no huelguistas", Madrid (Civitas), 1993, pág. 168 y jurisprudencia constitucional allí citada.

<sup>305</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. "Externalización de actividades productivas durante la huelga", AS, vol. IV, 1996, pág. 2862.

menoscaba gravemente el derecho de huelga y repercute en el libre ejercicio de los derechos sindicales<sup>306</sup>.

La trascendente sensibilidad constitucional con la que, a tenor de lo expuesto, ha de abordarse la cuestión planteada contrasta con la ausencia de una previsión específica del problema en la vigente ordenación jurídica del derecho de huelga. En efecto, el aún vigente Real Decreto Ley 17/1977 de Relaciones de Trabajo<sup>307</sup>, que contiene la vigente ordenación jurídica del derecho de huelga, no recoge norma alguna que contemple el supuesto de la realización por empresas contratistas del trabajo no realizado por los trabajadores huelguistas (en adelante, esquirolaje indirecto<sup>308</sup>).

La única previsión específica es la del art. 6.5, norma que prohíbe el llamado por doctrina y jurisprudencia esquirolaje externo, es decir, la sustitución durante la huelga de los trabajadores huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma. La cuestión, por tanto, que hay que plantear es la de si se puede efectuar una interpretación del art. 6.5 lo suficientemente flexible como para acoger y, por consiguiente, entender que también prohíbe ese tipo de esquirolaje o, en cambio, solamente procede una interpretación literal del precepto que conduzca a

---

<sup>306</sup> GERNIGON, B, ODERO, A. y GUIDO, H. "Principios de la OIT sobre el derecho de huelga", RIT, n° 4, 1998, pág. 504.

<sup>307</sup> Como es conocido, en tanto no se apruebe una Ley Orgánica reguladora del derecho de huelga, el Decreto Ley de Relaciones de Trabajo se mantiene en vigor con las correcciones de constitucionalidad efectuadas por el TC en su sentencia de 8 de abril de 1981.

<sup>308</sup> OJEDA AVILÉS, en cambio, para referirse al mismo supuesto utiliza la denominación de "esquirolaje interpuesto". Cfr. OJEDA AVILÉS, A. "Derecho Sindical", Madrid (Tecnos), 4ª edic., 1988, pág. 390, nota a pie n° 34.

concluir que el esquirolaje indirecto no viene contemplado, ni mucho menos prohibido, por dicho precepto preconstitucional<sup>309</sup>.

A primera vista, pudiera parecer que la atipicidad normativa de la conducta empresarial cuya licitud se enjuicia impide formular duda alguna sobre su respetuosidad con la libertad sindical y el derecho de huelga. Dicho de otra forma, si el Legislador hubiese querido catalogar como antisindicales ese tipo de conductas empresariales lo habría expresado con una prohibición expresa. La elemental regla de la lógica jurídica de que todo lo no prohibido está permitido nos lleva entonces a considerar que el esquirolaje indirecto no merece reproche formal alguno sobre su legalidad. De hecho, existe doctrina científica española que se ha inclinado por una interpretación literal del art. 6.5 del RDLRT. y ha entendido que la prohibición no alcanza a la sustitución por medio de contratas<sup>310</sup>.

Ese tipo de argumentación a contrario fue la que sostuvo la sentencia del TCT de 13 de diciembre de 1988 a la hora de enjuiciar un supuesto que, si bien es distinto al presente, guarda, en cambio, marcadas similitudes. Se trataba de un supuesto de esquirolaje interno, es decir, sustitución de los trabajadores huelguistas por otros ya vinculados a la empresa que no han secundado la huelga. La interpretación a contrario del art. 6.5 condujo al TCT a considerar, en resumidas cuentas, que lo único que prohíbe dicho precepto es el esquirolaje externo;

---

<sup>309</sup> Esta doble óptica posible para abordar el problema es la ya propuesta por la doctrina que ha señalado que "el problema seguramente debe enfocarse a la luz de la literalidad del precepto y de la finalidad pretendida por el mismo". SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I. "Derecho Sindical", Valencia (Tirant lo Blanch), 8ª edic., 2002, pág. 416.

<sup>310</sup> Cfr. MOLERO MANGLANO, C. "Derecho Sindical", op. cit., pág. 699.

el esquirolaje interno es, en cambio, conforme a Derecho porque lo que la Ley no prohíbe lo permite<sup>311</sup>.

Dicha sentencia del TCT fue recurrida en amparo ante el TC bajo el argumento de que la interpretación a sensu contrario del art. 6.5 no puede ser defendida en tanto que el esquirolaje interno produce el mismo efecto, lesivo para el derecho fundamental de huelga, que precisamente trata de proscribir la interdicción del externo. Esto es, el art. 6.5 no contempla tanto la forma de la sustitución (si los trabajadores sustitutos pertenecen o no a la empresa) como la sustitución en si misma. Una interpretación teleológica de dicho precepto más respetuosa con el derecho fundamental, debe conducir a atribuir el mismo tratamiento jurídico a una y otra modalidad de esquirolaje.

Y, así, el TC, en sentencia de 28 de septiembre de 1992, resolvió otorgar el amparo solicitado, rechazando explícitamente la interpretación a contrario y acogiendo, en cambio, la interpretación finalista de la norma por entender que, interpretada en consonancia con la Constitución y con la doctrina constitucional sobre el derecho de huelga, "no puede calificarse como lícita la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado"<sup>312</sup>.

Traer a colación la doctrina del TC sobre esquirolaje interno contenida en esta sentencia no resulta nada baladí a la hora de abordar la cuestión de la licitud o ilicitud de lo que hemos denominado esquirolaje indirecto. Es más, en mi opinión, dicha doctrina es perfectamente extrapolable al enjuiciamiento

---

<sup>311</sup> También parte de la doctrina había sostenido una interpretación a contrario del art. 6.5 y entendía que el precepto legitimaba indirectamente el esquirolaje interno. Cfr. OJEDA AVILÉS, A. "Derecho Sindical", op. cit., pág. 422.

<sup>312</sup> TC 28 de septiembre de 1992, RTC 123, Fund. Jco. 5º in fine.



de la cuestión que ahora nos ocupa porque el problema que yace en el fondo es el mismo, a saber: la colisión de dos derechos constitucionales, la libertad de empresa y el derecho de huelga, colisión que se produce cuando, convocada una huelga, el ejercicio por el empresario de sus facultades organizativas (entendidas en el sentido más amplio de los posibles) provoca el efecto de minorar el natural perjuicio que la consecuente cesación en el trabajo ha de producirle. Se trata en ambos casos de una cuestión de límite de derechos. Uno de ellos es ejercitado de forma abusiva o antisocial e incide así en la esfera de eficacia del otro, que precisamente, al constituir un derecho fundamental, se encuentra especialmente tutelado por el ordenamiento jurídico.

Es cierto que en cada uno de estos supuestos, aunque en ambos se trate de la lesión del derecho de huelga derivada de la actuación del empresario como agente lesivo, la conducta empresarial cuya legalidad se enjuicia es distinta: una cosa es el ejercicio del poder de dirección o *ius variandi* empresarial vinculado a la organización del factor humano en la empresa, y otra el conjunto de facultades de gestión económico productiva que se vinculan a la integridad de los elementos patrimoniales que sostienen la actividad empresarial. Sin embargo, conviene reparar en que, como ya se ha encargado de señalar la doctrina, tanto las facultades derivadas del poder de dirección como las relativas a la gestión económico productiva tienen su fundamento último en el derecho de libertad de empresa<sup>313</sup>, con lo que la cuestión de si se lesiona o no el derecho de huelga cuando el

---

<sup>313</sup> La fundamentación del poder de dirección en el derecho de libertad de empresa viene ratificada en la propia sentencia constitucional de amparo cuando en su Fund. Jco. 1º reconduce el problema a "la distonía de la libertad de empresa y la protección del trabajador. También la doctrina ha reconducido la fundamentación del poder de dirección y de las facultades organizativas al derecho de libertad de empresa. Cfr. MARTÍN VALVERDE, A. "El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", RPS, n° 137, 1983, págs. 143 y 144. ROMÁN DE LA TORRE, M.ªD. "Poder de dirección y contrato de trabajo", op. cit., pág. 27.

empresario sustituye a los huelguistas a través del ejercicio de su *ius variandi* (esquirolaje interno) o, en su caso, de sus facultades de organización técnico-productivas (esquirolaje indirecto) ha de estudiarse, a la postre, desde la óptica del conflicto subyacente de derechos constitucionales.

Planteadas así las cosas, se puede trasladar la doctrina del TC contenida en aquella sentencia de 1992 al problema de legalidad del esquirolaje indirecto y así afirmar, en primer lugar, que las razones que en ella se esgrimieron para rechazar la interpretación a *sensu contrario* del art. 6.5 del RDLRT son aquí también invocables.

En efecto, como antes se ha apuntado, puede parecer a simple vista que la ausencia de proscripción expresa en la norma de este tipo de prácticas empresariales no puede dar lugar a este tipo de cuestionamientos sobre su legalidad. Sin embargo hay que decir que, además de la innata ambigüedad de toda interpretación a *contrario*<sup>314</sup>, no parece razonable hacer depender la antisindicalidad de una conducta de su mera tipicidad, que es a lo que conduce ese tipo de interpretaciones en esta materia. Como ya ha señalado la doctrina, no se puede aceptar que poner obstáculos a la libertad sindical sea lícito mientras que no exista una norma que lo prohíba específicamente sino que más bien la conclusión ha de ser la opuesta, es decir, semejante proceder es *contrario a Derecho* mientras no esté autorizado expresamente<sup>315</sup>.

En esta línea de pensamiento se ha afirmado con acierto que, como no existe una lista cerrada de conductas antisindicales,

---

<sup>314</sup> Como ya se encarga de señalar el TC en el Fund. Jco. 2°.

<sup>315</sup> SANGUINETI RAYMOND, W. "Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales", op. cit., pág. 199. En el mismo sentido, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. "Las conductas lesivas de la libertad sindical", Madrid (CES), 1994, pág. 75.

bastará la idoneidad lesiva de cualquier conducta para poder catalogarla como antisindical<sup>316</sup>. Así pues, de la ausencia de previsión legal contra el esquirolaje indirecto no se ha de derivar necesariamente su licitud, sobre todo, si se tiene en cuenta que se trata de una conducta potencialmente lesiva de un derecho fundamental que además no encuentra amparo expreso en norma legal alguna. En efecto, cuando la Ley ha querido tolerar instrumentos de defensa empresarial contra la huelga lo ha hecho expresamente, por lo que hay que entender que lo no permitido expresamente puede atentar contra el derecho fundamental<sup>317</sup>.

Por otra parte, también se puede extrapolar al presente supuesto la doctrina contenida en la sentencia del TC de 28 de septiembre de 1992 para apostar por una interpretación teleológica del art. 6.5 del RDLRT, interpretación que, a mi juicio, es la más defendible por ser la más respetuosa con el derecho fundamental<sup>318</sup>.

Ciertamente, la realización por empresas contratistas del trabajo dejado por los trabajadores huelguistas produce, a la postre, el mismo efecto perjudicial para estos y para los sindicatos convocantes que un puro esquirolaje externo. Por esa razón, desde un punto de vista de justicia material, hay que entender que esas conductas son igualmente lesivas para el derecho fundamental y, por tanto, son contrarias a Derecho. Recuérdense, para reforzar este argumento, que, como ya se dijo, el derecho de huelga está concebido doctrinal y

---

<sup>316</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. "Las conductas lesivas de la libertad sindical", op. cit., pág. 62.

<sup>317</sup> SALA FRANCO, T. "Problemas jurídicos del trabajador no huelguista", AL, 1984, tomo I, pág. 108.

<sup>318</sup> La doctrina ya ha advertido que "las normas deben ser interpretadas en el sentido más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales. Cfr. LÓPEZ GÓMEZ, J.M. "La sustitución interna de los huelguistas: no huelguistas y esquiroles", TL, n° 27, 1993, pág. 124.

jurisprudencialmente como un derecho instrumental, es decir, no es sólo cesación en el trabajo, sino también instrumento de presión frente a la contraparte empresarial. Es un derecho, entonces, cuya reconocibilidad exige el despliegue de cierta eficacia<sup>319</sup>. Toda actuación externa dirigida a minimizar esa eficacia atenta, en buena lógica, contra el derecho constitucional.

Por esa misma razón, han de ser valoradas con suma cautela las amplias facultades directivas y organizacionales que, derivadas de la libertad de empresa, el empresario ostenta. El conflicto de derechos constitucionales que subyace (libertad de empresa y derecho de huelga) se manifiesta en que la huelga no sólo produce el efecto de suspender el contrato de trabajo, sino también de limitar la libertad del empresario<sup>320</sup>. En este sentido, se ha afirmado que para que un derecho pueda desplegar toda su efectividad es preciso que otros derechos, de menor rango constitucional, minoren paralelamente su potencial<sup>321</sup>. La doctrina constitucional se ha anclado en esta idea para justificar la limitación del poder de dirección empresarial cuando este se utiliza con el fin de neutralizar la huelga<sup>322</sup>.

Sin embargo, es importante hacer constar que, desde la óptica de la proporcionalidad de sacrificios que en todo conflicto colectivo debe existir, tampoco es razonable afirmar que al empresario le está absolutamente vedado el ejercicio de sus facultades organizativas durante el transcurso de la huelga. Desde luego, parece sensato pensar que la empresa conserva

---

<sup>319</sup> La consecución de cierta eficacia resulta esencial para la doctrina constitucional. Cfr. Sentencia TC 21 de marzo de 1984, RTC 41.

<sup>320</sup> Sentencia TC 8 de abril de 1981, RTC 11, Fund. Jco. 10°.

<sup>321</sup> GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R. "Algunas consideraciones sobre el esquirolaje interno", REDT, n° 62, 1992, pág. 977.

<sup>322</sup> Sentencia TC 28 de septiembre de 1992, RTC 123, Fund. Jco. 5°.

durante la huelga las facultades precisas para reorganizar los factores productivos en orden a evitar una total parálisis del proceso productivo y a que la huelga produzca un daño notablemente superior al que razonablemente ha de producir<sup>323</sup>.

En mi opinión, la cuestión está no en si dichas facultades pueden ejercitarse (pues claro es que sí, a menos que se pretenda defender la legitimidad de un efecto multiplicador de la huelga, contrario a la proporcionalidad de sacrificios) sino en la intención o animus con el que se ejercitan. Es, en este caso, la intención, y no la conducta misma, lo que debe medir la antijuridicidad. En este sentido se ha señalado con razón que "los motivos del agente (entiéndase el empresario) pueden ser decisivos para colorear de antisindicalidad un acto en principio lícito<sup>324</sup>.

El problema es que constituye una auténtica probatio diabólica la de acreditar la voluntad lesiva del agente pues se trata de un factor subjetivo o psicológico de muy difícil control cuya exigencia para entender lesionada la libertad sindical haría inoperante en la mayoría de los casos el sistema legal de tutela del derecho fundamental. Por esa razón, el TC y la doctrina científica son unánimes a la hora de reconocer que para apreciar la existencia de una conducta lesiva de derechos fundamentales es irrelevante el elemento intencional bastando apreciar un nexo

---

<sup>323</sup> Para ALONSO GARCÍA, "el empresario tiene derecho a adoptar las medidas pertinentes para atenuar el daño que se pudiera derivar para él del ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores", ALONSO GARCÍA, M. "Curso de Derecho del Trabajo", Barcelona (Ariel), 1987, pág. 690.

<sup>324</sup> DEL REY GUANTER, S. "La conducta antisindical: principios generales a la luz de la Ley Orgánica de Libertad Sindical", RL, 1987, tomo I, pág. 254. Los paréntesis son míos.

causal entre la conducta antijurídica y el resultado lesivo prohibido por la Ley<sup>325</sup>.

De esta forma se explica que el sistema de prueba en este ámbito sea indiciario ya que cuando el demandante introduzca indicios de lesión al derecho fundamental, el empresario sólo tendrá como única vía de escape demostrar que su conducta no obedecía a un móvil antisindical sino que existía una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, tal y como prevé el art. 179.2 de la LPL.

Llevadas estas reflexiones al tema de la licitud o ilicitud del esquirolaje indirecto, se puede afirmar que, si la decisión de subcontratar durante la huelga no obedece a una justificación objetiva y razonable, podrá entenderse que se ha tomado con el único propósito de mitigar los efectos de la huelga realizando el trabajo abandonado por los huelguistas y, en consecuencia, dicha decisión ha de reputarse ilícita<sup>326</sup>.

Téngase en cuenta además que, como ha señalado nuestra doctrina jurisprudencial, los deberes recíprocos de buena fe y lealtad perduran durante la huelga<sup>327</sup>. Si la empresa hace un ejercicio desviado o abusivo de sus facultades organizativas porque estas se dirigen no a la adopción de las medidas normalmente necesarias para el buen desarrollo de la empresa sino

---

<sup>325</sup> Sentencias TC 225/2001 de 26 noviembre, Fund. Jco. 4°, 107/2000 de 5 mayo, Fund. Jco. 9°, 126/1998 de 15 junio, Fund. Jco. 2°, 124/1998 de 15 junio, Fund. Jco. 2° y 11/1998 de 13 enero, Fund. Jco. 6°. SANGUINETI RAYMOND, W. "Lesión de la libertad sindical ...", op. cit., págs. 166, 167, 194 y 195. VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. "Las conductas lesivas ...", op. cit., págs. 84 y ss.

<sup>326</sup> El animus empresarial ha sido también utilizado como vara de medir de la antijuridicidad por la doctrina y jurisprudencia que se ha planteado la licitud del esquirolaje interno. Cfr. LÓPEZ GÓMEZ, J.M. "La sustitución interna de los huelguistas: no huelguistas y esquiroles", op. cit., pág. 126. Cfr. también la ya citada sentencia TC 28 de septiembre de 1992, RTC 123, Fund. Jco. 5°.

<sup>327</sup> TS 24 de octubre de 1989, ar. 7422 y 8 de mayo de 1995, ar. 3752. TC 28 de septiembre de 1992, RTC 123, Fund. Jco. 5°.

exclusivamente a neutralizar el derecho de huelga, esos deberes de buena fe y lealtad serían manifiestamente violentados. En sentido contrario, existe doctrina que, sin embargo, niega radicalmente la vigencia de los deberes de buena fe y lealtad durante la huelga con el argumento de que parece paradójico que el empresario haya de observar buena fe para colaborar en un conflicto que precisamente se ha sostenido para dañarle<sup>328</sup>.

Desde otro punto de vista, y defendida la conveniencia de una interpretación teleológica del art. 6.5 del RDLRT para concluir la ilicitud de esta novedosa modalidad de esquirolaje, es importante destacar que, curiosamente, también una interpretación literal del precepto permite entender prohibidas este tipo de actuaciones empresariales. En efecto, el art. 6.5 prohíbe la sustitución de los huelguistas "por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada" la huelga. Pues bien, en mi opinión, la sustitución de los huelguistas por medio de contratas encajaría dentro de la literalidad de la prohibición porque, en definitiva, se trata igualmente de la utilización de trabajadores no vinculados a la empresa en el momento de ser comunicada la huelga<sup>329</sup>.

Por otra parte, y refrendando también la viabilidad de la interpretación literal, nótese que el art. 6.5 no se refiere de forma expresa a la prohibición de contratar nuevos trabajadores, sino que utiliza una fórmula más genérica diciendo que "no podrá sustituir a los huelguistas". El empleo del término "sustitución" parece entonces lo suficientemente amplio como para comprender cualquier conducta empresarial que suponga precisamente lo que el precepto trata de prohibir, que es la realización o ejecución

---

<sup>328</sup> MOLERO MANGLANO, C. "Derecho Sindical", op. cit., pág. 701.

<sup>329</sup> En el mismo sentido, SALA FRANCO, T. "El esquirolaje externo", AL, n° 3, 1984, pág. 163.

del trabajo abandonado por los huelguistas en el ejercicio de su derecho.

Finalmente, cabe destacar que la muy escasa jurisprudencia que se ha pronunciado sobre el tema del esquirolaje indirecto ha puesto, finalmente, en tela de juicio la licitud de este tipo de conductas empresariales. La única sentencia, hasta el momento, que ha abordado esta problemática es la del TSJ de Baleares de 12 de diciembre de 1996<sup>330</sup>.

En este supuesto, el TSJ de Baleares se sirve de la doctrina jurisprudencial sobre el esquirolaje interno para afirmar que "a la empresa le está vedado adoptar una actitud que directa o indirectamente neutralice o incluso aminore los efectos materialmente perjudiciales que la legítima paralización del trabajo representa" y, consecuentemente con esa doctrina, considera que la conducta empresarial consistente en cubrir con otras empresas los servicios que le era imposible realizar por motivo de la huelga conculca el derecho fundamental de huelga porque produce realmente el efecto de aminorar su efectividad. Tan sólo deja el Tribunal la posibilidad de amparar en Derecho la conducta empresarial con una justificación objetiva y razonable, extremo que, como se sabe, corresponde probar al empresario si pretende evitar una ulterior declaración de antisindicalidad de su actuación.

Es importante, en este sentido, dar cuenta de aquellos supuestos en los que, a mi juicio, si sería defendible el recurso al empleo externo por contratas durante la huelga. Por un lado,

---

<sup>330</sup> As. 4062. Se trataba de una convocatoria de huelga realizada en una compañía de líneas aéreas por el sindicato de pilotos SEPLA. La empresa decidió cumplir con sus compromisos de vuelo con las compañías operadoras subcontratando con otras empresas dichos vuelos. El sindicato entendió que dicho proceder menoscababa el derecho de huelga y, finalmente, así también lo entendió el TSJ de Baleares que consideró vulnerado el derecho de huelga por la conducta del empleador.



habría que admitir la utilización de la contrata en los conocidos supuestos en los que se ha permitido la sustitución de los huelguistas: incumplimiento de los servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa, incumplimiento de servicios mínimos e ilegalidad de la huelga. Por otro, cuando se trate de huelgas convocadas en empresas prestadoras de servicios esenciales parece razonable entender que, dado que el art. 28.2 de la Constitución prevé el establecimiento de las garantías precisas para el mantenimiento de esos servicios, constituiría posiblemente una de esas garantías, como alternativa al habitual establecimiento de servicios mínimos, la concertación de contratas con otras empresas<sup>331</sup>.

Precisamente en relación a un supuesto de convocatoria de huelga en una empresa prestadora de un servicio esencial, merece ser destacada la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2001, ar. 5205<sup>332</sup>. En esta sentencia el Tribunal Supremo aborda una problemática próxima a la contemplada en la sentencia del TSJ de Baleares en tanto también se enjuicia la licitud de determinadas decisiones organizativas del empresario que pudieran incidir en el eficaz desenvolvimiento del derecho de huelga.

Sin embargo, los hechos contemplados en esta sentencia de casación no encajan exactamente con lo que aquí se ha venido identificando como empleo antijurídico de la subcontratación

---

<sup>331</sup> En el mismo sentido, OJEDA AVILÉS, A. "Derecho Sindical", op. cit., pág. 390.

<sup>332</sup> Se trataba de una convocatoria de huelga efectuada por el sindicato ELA-STV en una sociedad pública dependiente del Servicio Vasco de Salud (Osakidetza) cuyo objeto consistía en la gestión, administración y explotación de servicios de radiodiagnóstico y tratamientos sanitarios que conlleven la aplicación de alta tecnología. Convocada la huelga y establecidos los servicios mínimos, la empresa devolvió las órdenes de tratamientos urgentes que no podían ser atendidas por los servicios mínimos y que precisaban servicio de radiodiagnóstico al Servicio Vasco de Salud quien las remitió a otras entidades sanitarias, de carácter privado, con las que ya había establecido los correspondientes concertos con anterioridad al origen del conflicto. El sindicato convocante entendió lesionado el derecho de huelga de los trabajadores e interpuso la correspondiente demanda que fue desestimada por la sentencia del TSJ País Vasco 4 de julio de 2000, as. 2989, fallo que fue confirmado por el Tribunal Supremo en casación.

(esquirolaje indirecto) y, con ello, difícilmente pueden encajar en el art. 6.5 del RDLRT, ya que no se refieren a la celebración de una contrata como mecanismo mediato de sustitución en la empresa de unos trabajadores huelguistas sino del "desvío", por parte de una institución sanitaria pública, que precisamente no es la empresa en la que la huelga es convocada, de los pacientes en lista de espera a otras entidades con las que se venía sosteniendo una previa relación de colaboración en virtud de los correspondientes conciertos con la Administración sanitaria<sup>333</sup>.

En todo caso, resulta interesante en este momento traer a colación esta sentencia porque, como se ha dicho, la problemática de fondo que subyace en ella viene a ser la misma, esto es, la de los límites, a la luz del derecho de huelga, de las decisiones empresariales de tipo organizativo relacionadas con la gestión descentralizada de determinadas funciones o actividades que con anterioridad eran llevadas a cabo por medio de gestión directa.

Lo que más llama la atención del referido pronunciamiento jurisprudencial no es ya tanto la solución adoptada en el fondo del asunto (la ausencia de lesión al derecho de huelga)<sup>334</sup> cuanto

---

<sup>333</sup> Lo que no impide, a mi juicio, conceptuar como contrata del art. 42 del ET tanto la relación que vincula al Servicio Vasco de Salud con la sociedad pública por el mismo creada, como la existente entre dicho Servicio y las entidades privadas con las que se establecieron los correspondientes conciertos sanitarios. De hecho la propia sentencia de instancia del TSJ del País Vasco llega a utilizar el término contrata y a identificar a la empresa en cuestión como "empresa contratista del Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco" y a dicho organismo público como "empresario principal" en relación a la misma y a las empresas con las que se establecieron los conciertos sanitarios (Fund. Jco 3º). El empleo de dicha terminología no sorprende ya que, como es sabido, es constante la doctrina del Tribunal Supremo que entiende extensible el régimen jurídico laboral de las contratas a los supuesto de concesiones, contratos y conciertos administrativos celebrados entre una Administración Pública y una entidad privada para el desarrollo de un servicio público. Sobre el particular, vid. supra Cap II.

<sup>334</sup> Solución que parece plausible a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso: La empresa en cuestión no sustituyó los trabajadores huelguistas ni de forma directa ni indirecta, limitándose a llevar a cabo los servicios mínimos y los correspondientes conciertos que autorizaban el desvío de pacientes habían sido instaurados y venían funcionando con anterioridad al inicio del conflicto lo que excluye la posibilidad de hablar de maniobras empresariales torticeras llevadas a cabo con el propósito de neutralizar el derecho de huelga. Téngase en cuenta, además, que  
(continúa...)

la argumentación jurídica sostenida para refrendarlo. Efectivamente, el Tribunal Supremo concluye que no se ha producido vulneración del derecho de huelga con fundamentación en una concepción de este derecho fundamental cuanto menos novedosa ya que razona que este derecho no debe entrañar en su finalidad la causación de un perjuicio a la empresa. Para el Tribunal Supremo la huelga "es el derecho que tienen los trabajadores a no prestar el trabajo mientras la empresa no les conceda unas condiciones en el desempeño del mismo que se estiman exigibles" y su objeto no es acarrear perjuicios a la empresa sino "obtener condiciones que mejoren los intereses profesionales de los trabajadores" (Fund. Jco. 3°).

A mi juicio, dicha argumentación no puede ser compartida por cuanto es contraria a todo lo hasta ahora expuesto en relación al carácter instrumental del derecho de huelga. En efecto, como antes se afirmó, el derecho de de huelga es un derecho instrumental en tanto su ejercicio responde al empleo legítimo por los trabajadores de un instrumento de presión que conlleva la lógica causación de un daño a los intereses empresariales con el fin de hacer efectivas determinadas reivindicaciones laborales. La provocación de un daño al empresario es cosustancial al ejercicio de este derecho fundamental, incluso aún cuando dicho daño trascienda a los terceros usuarios del servicio público que la empresa desarrolla pues los intereses de éstos ya se encuentran salvoguardados por el cumplimiento de los servicios mínimos<sup>335</sup>.

---

<sup>334</sup> (...continuación)

la decisión cuya licitud se enjuicia no es tomada por la empresa donde la huelga es convocada sino por un tercero (el Servicio Vasco de Salud) ajeno a las relaciones laborales en las que se suscita dicho conflicto y al que, por consiguiente, no se deben extender los efectos de la huelga. Dichas consideraciones son también tenidas en cuenta por la citada sentencia del TSJ País Vasco 4 de julio de 2000, as. 2989.

<sup>335</sup> Argumento que no es compartido por la sentencia de referencia que, incomprensiblemente, califica de "perversión del derecho" el ejercicio del derecho de huelga cuando, además de perjudicar a los intereses empresariales, perjudica a los  
(continúa...)

Como recapitulación del estudio efectuado en torno a estas cuestiones, puede afirmarse que los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales han permitido constatar como la realidad socioeconómica ha puesto en evidencia esa anunciada colisión posible de derechos constitucionales: la libertad de iniciativa económica y el ejercicio de la libertad sindical.

El carácter de fundamental del segundo de los derechos obliga a los tribunales, en cualquier caso, a ser especialmente cautelosos al enjuiciar un conflicto donde se invoca la tutela de un derecho fundamental frente a una determinada actuación empresarial. Y es que es tan amplio el abanico de posibles conductas empresariales con fines antisindicales que éstas no se han de circunscribir estrictamente al campo de las relaciones laborales.

Como se ha visto, decisiones empresariales propias más bien del ámbito de la organización técnico-productiva de la empresa pueden incidir negativamente en el despliegue de la eficacia que tienen atribuida derechos, como la huelga, que se generan y desenvuelven normalmente en el campo de las relaciones de trabajo. Por esa razón la doctrina ha apuntado, con gran acierto, que "presentar como compartimentos estancos los propios de las decisiones organizativo-productivas y los volcados en el terreno de las relaciones laborales sólo sirve para progresar en la misma línea de debilitar, en la práctica, el alcance de una decisión

---

<sup>335</sup> (...continuación)

terceros usuarios (Fund. Jco. 3º). Una crítica a la concepción del derecho de huelga contenido en la misma, en líneas parecidas a las aquí expuestas, en LAHERA FORTEZA, J. "La admisión del desvío de clientes a otras empresas durante una huelga: un salto cualitativo en la valoración jurisprudencial negativa del conflicto laboral", RL, nº 8, 2002, págs. 65, 66 y 67.

que persigue, precisamente, causar un daño: el derivado de cesar en la producción de bienes y servicios"<sup>336</sup>.



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>336</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. "Externalización de actividades productivas durante la huelga", op. cit., pág. 2862. En parecidos términos se pronuncia la sentencia del TSJ de Navarra de 28 de abril de 1995, as. 1351, Fund. Jco. 4º al suscribir que "aunque a primera vista pueda parecer que las decisiones empresariales relacionadas a la gestión económico-productiva de la empresa no se vinculan con la administración de la fuerza de trabajo, lo cierto es que, en la medida en que en muchos casos son capaces de afectar al ingreso y la posición del conjunto de trabajadores en la empresa, son también utilizables, al lado de las motivaciones técnico-productivas aducidas, como una forma de presión o reacción antisindical".



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

**CAPÍTULO IV**

**EL SISTEMA NORMATIVO DE LAS**

**RESPONSABILIDADES**

**EMPRESARIALES EN LAS**

**CONTRATAS Y SUBCONTRATAS**

**DE OBRAS Y SERVICIOS**



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

# CAPÍTULO IV

## EL SISTEMA NORMATIVO DE LAS RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES EN LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS DE OBRAS Y SERVICIOS.

### I. INTRODUCCIÓN

Una vez delimitado el supuesto de hecho contemplado por el art. 42 del ET, que, como se ha visto, viene constituido por las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal, se va a analizar seguidamente el sistema de responsabilidades empresariales que el ordenamiento prevé en orden a la tutela de los trabajadores implicados en la subcontratación. Sistema de responsabilidades que tiene como norma básica de anclaje el propio art. 42 del ET pues, como se verá, este precepto contempla una responsabilidad solidaria cuyo ámbito material de aplicación resultará lo suficientemente amplio como para acoger una extensa variedad de obligaciones empresariales de distinta naturaleza.

Asimismo, en el propio art. 42 del ET viene a desempeñar una posición especial dentro del señalado sistema de responsabilidad empresarial, el mecanismo de exoneración previsto en su apartado primero que, referido a la solicitud de certificación de deudas del contratista que el empresario principal puede solicitar a la Tesorería General de la Seguridad Social, pone de manifiesto que no estamos ante una norma puramente laboral sino también de Seguridad Social.



Sin embargo, y pese al ostensible protagonismo del art. 42 del ET, dicho sistema empieza pero no se agota en la norma estatutaria. Como se verá, los arts. 104.1 y 127.1 de la LGSS completan la norma laboral estableciendo un sistema de responsabilidad subsidiaria para toda contrata, sea o no de la propia actividad, y en relación a determinadas obligaciones de Seguridad Social. Lógicamente, dichos preceptos no contradicen sino que complementan la norma laboral al incorporar al ordenamiento jurídico un nivel más primitivo de garantía que extiende la mencionada responsabilidad subsidiaria a toda suerte de contratas, sean o no de la propia actividad. Otra peculiaridad de la regulación ofrecida por la LGSS en relación con la del ET, consiste en la inexistencia de un mecanismo específico de exoneración y de las limitaciones moduladoras de la responsabilidad que caracterizan la norma estatutaria.

Por otra parte, el mismo supuesto de hecho contenido en el art. 42 del ET va a verse reproducido en otras disposiciones laborales, distintas a las anteriores, que lo tomarán como referente normativo para la imputabilidad de otro género de responsabilidades empresariales donde la solidaridad, también tomada del art. 42 del ET, tendrá un cariz especial. En efecto, el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social seguirá el patrón iniciado por el ET para establecer, por un lado, en su art. 23.2, una responsabilidad administrativa solidaria del empresario principal en relación a una concreta infracción administrativa del empresario contratista en materia de Seguridad Social y, por otro, en su art. 42.3, otra responsabilidad administrativa solidaria del empresario principal referida, esta vez, a las infracciones cometidas por los contratistas y subcontratistas en materia de seguridad e higiene en el trabajo establecidas por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Las específicas obligaciones, impuestas por la LPRL, en ese ámbito, al empresario principal, contratista y

subcontratista justificará un análisis detenido de las normas contenidas en dicha Ley con incidencia en las responsabilidades de todo orden que puedan alcanzar a dichos empresarios.

## II. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN EL ARTÍCULO 42 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

En orden al análisis del régimen jurídico de la responsabilidad solidaria prevista en el art. 42 del ET, es preciso detenerse en los siguientes extremos: el ámbito objetivo de dicha responsabilidad solidaria, el específico mecanismo de exoneración que contiene y los límites moduladores de la misma.

Con carácter previo al examen de esas cuestiones, se ha de abordar otra que resulta imprescindible para una comprensión cabal del funcionamiento de la responsabilidad contenida en la norma laboral. La cuestión se refiere al alcance subjetivo de la responsabilidad prevista en la norma y de la eventual exoneración que puede derivarse a través de la solicitud de la certificación administrativa que se contempla en su apartado primero. A mi juicio, este extremo debe ser analizado previamente pues permite comprender de modo coherente el régimen jurídico de la responsabilidad atribuida al empresario.

### 1. El ámbito subjetivo de la responsabilidad empresarial. El problema del encadenamiento de contratas.

En páginas anteriores, dedicadas al estudio del supuesto de hecho normativo del art. 42 del ET, ya se dejó señalado que, aunque el supuesto típico previsto por el precepto es el de un empresario contratista ejecutando un encargo por cuenta de otro empresario comitente (contrata), encaja también en la norma la hipótesis en la que el contratista encomienda, a su vez, la

totalidad o parte del encargo recibido a un tercer empresario llamado subcontratista (subcontrata).

Es oportuno señalar ahora que el término subcontratación es y puede ser utilizado en dos sentidos. Uno estricto (coincidente con su significación jurídica) y otro amplio (propio de su acepción económica). En sentido estricto, se utiliza como sinónimo de contrata de segundo grado, esto es, la operación por la que el contratista encomienda, a su vez, parte del encargo recibido a un tercer empresario. Este último se constituye en subcontratista y el contratista para el que está realizando el trabajo se convierte en su empresario comitente o principal. La operación puede volver a reproducirse apareciendo una cadena productiva de tantos subcontratistas como permita las características de la actividad productiva de que se trate.

Por otro lado, es de uso generalizado en el lenguaje común el término subcontratación en sentido amplio. Como ya se afirmó<sup>337</sup>, en esta acepción, subcontratar implica toda forma de organización productiva en la que la concentración en la producción es reemplazada por la desconcentración. Subcontratar es, en este sentido, la manifestación más característica de la descentralización productiva y, como ya es conocido, supone la participación de determinadas empresas auxiliares en el ciclo productivo de una empresa para que se encarguen de la ejecución de algunas de sus fases que no quiere o no puede desarrollar por si misma. Así, en este sentido, al hablar de subcontratación se hace referencia indistintamente a la contrata de primer grado y a la de segundo grado (subcontrata).

---

<sup>337</sup> Cfr., cap. I, en lo relativo a la significación de la subcontratación de obras y servicios como técnica de descentralización productiva.

Esa es precisamente la acepción que utiliza el art. 42 del ET cuando aparece rubricado con el título "Subcontratación de obras y servicios"<sup>338</sup>, como demuestra que el apartado primero del precepto mencione como sujetos protagonistas del supuesto de hecho a "los empresarios que contraten o subcontraten con otros". La norma entonces utiliza, por una parte, el sentido amplio de la expresión en la rúbrica y emplea, por otra, el sentido estricto al identificar el supuesto de hecho normativo<sup>339</sup>.

En relación con los supuestos de subcontrata, "strictu sensu" se planteó, a partir de la redacción originaria del art. 42 del ET, una interesante cuestión que atañe a la delimitación del ámbito personal de la responsabilidad empresarial que ha de jugar en los casos de encadenamientos de contratas. En efecto, antes de la reforma operada en la norma por la Ley 12/2001, de 9 de julio, el tenor legal establecía que el empresario principal respondería solidariamente de las obligaciones contraídas por los subcontratistas, dicción de la norma que venía entendiéndose referida realmente a los contratistas<sup>340</sup> pero que no permitía responder sin paliativos a la cuestión de si esa responsabilidad debía derivar también de las obligaciones contraídas por un

---

<sup>338</sup> Rúbrica introducida por el art. 2.1 de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, disposición legal que reformó, entre otros, el art. 42 del ET. La rúbrica que presentaba el art. 42 ET, hasta esa reforma, era la de "Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios".

<sup>339</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO también ha reparado en esas dos acepciones del término, apuntando, de forma paralela a lo aquí expuesto, que la primera representa su significación jurídica y la segunda su significación económica. Cfr. RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "Cadena de contratas y responsabilidad del empresario principal", RL, 1996, vol. I, pág. 43.

<sup>340</sup> Dicción literal de la norma que, interpretada en términos estrictos, suponía entender que no comprendía la responsabilidad del empresario principal en caso de contrata de primer grado, sino tan sólo en los casos de subcontrata. Sin embargo, unánimemente entendían la doctrina y la jurisprudencia, por lo absurdo de la anterior interpretación, que la norma se refería tanto a contratas como a subcontratas. En este sentido, por todos, GARCIA MURCIA, J. "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el ET", RPS, n° 130, 1981, pág. 42 y MARTÍNEZ EMPERADOR, R. "El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios", Madrid (IES), 1980, pág. 7. Vid., asimismo, sentencias TS 12 julio de 1994, ar. 5610; 30 julio de 1996, ar. 6364; 4 marzo de 1997, ar. 1862; 20 junio de 1997, ar. 5302.

eventual subcontratista con el que no ha negociado pero que, por voluntad del contratista, se había incorporado a su propio ciclo productivo.

La nueva redacción del art. 42 ET parece zanjar las dudas definitivamente en sentido afirmativo, al establecer que el empresario principal responderá solidariamente de las obligaciones "contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores"<sup>341</sup>. Sin embargo, desde mi punto de vista, el problema sigue latente. Téngase en cuenta que la norma mantiene la imputación de la responsabilidad a un sólo empresario, el "empresario principal", condición que ostenta tanto el comitente respecto a su contratista en una contrata como el contratista en relación a su subcontratista en una subcontrata<sup>342</sup>. Por esa razón, la reforma normativa, al incluir en el enunciado normativo expresamente a "los contratistas" junto a los subcontratistas, bien pudiera perseguir, sencillamente, la subsanación de la

---

<sup>341</sup> En este sentido, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. "Las responsabilidades del empresario principal en las contratas y subcontratas", en AAVV. "La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar", Valladolid (Lex Nova), 2002, pág. 161. MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma del art. 42 del E.T.: ¿Se ha operado un verdadera reforma de envergadura en virtud de la Ley 12/2001?", TL, n° 61, 2001, pág. 305 y "Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial", Granada (Comares), 2002, págs. 29 y 30. CAMPS RUIZ, L. M. "La subcontratación de obras y servicios tras el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo", en ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M., GOERLICH PESET, J.M°. "La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 5/2001", Valencia (Tirant lo Blanch), 2001, pág. 64. GALA DURÁN, C. "La responsabilidad en materia salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios", en AAVV. "Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual", Valladolid (Lex Nova), 2001, págs. 223 y 224.

<sup>342</sup> En este sentido, la sentencia TCT 10 de abril de 1989, ar. 2646, ha apuntado que "la responsabilidad solidaria cubre tanto al empresario principal con respecto al contratista, como la del contratista con respecto al subcontratista". Cfr. también la ya citada sentencia TS, sala 3ª, 12 de julio de 1994, ar. 5610. La condición de empresario principal del contratista frente al subcontratista ha sido incluso recogida normativamente por el RD 1627/1997 de 24 de octubre sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el ámbito de la construcción. Su art. 2.1 i) define al subcontratista como "la persona física o jurídica que asume contractualmente frente al contratista, empresario principal, el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra, con sujeción al proyecto por el que se rige en su ejecución".

anterior imprecisión terminológica para aclarar que el precepto se refiere tanto a las contratas como a las subcontratas<sup>343</sup>.

El problema planteado no resulta baladí si se tiene en cuenta que, ante encadenamientos de contratas de cierta extensión, la hipótesis de la responsabilidad solidaria pesará sobre todos los empresarios que en la cadena antecedan al subcontratista que haya incumplido sus obligaciones laborales o de Seguridad Social.

Ante la falta de un pronunciamiento expreso en el tenor legal, se pueden barajar dos respuestas posibles: o se declara una extensión de responsabilidad a todas las empresas que constituyen la cadena de contratistas o, en cambio, se opta por una responsabilidad únicamente a duo, es decir, cada empresario principal o comitente sólo responderá de las obligaciones contraídas por el contratista con el que haya tratado pero no con los subcontratistas sucesivos. Ciertamente, mayoritariamente el planteamiento y la respuesta de esta cuestión se ha realizado en términos absolutos o extremos, de tal manera que doctrina y jurisprudencia han optado bien por una solución o bien por la otra. Sin embargo, no ha faltado en nuestra doctrina alguna voz que haya abogado por una tercera hipótesis: el encadenamiento parcial; es decir, extensión de la responsabilidad al primer empresario situado en la cadena productiva pero no al resto que le suceden<sup>344</sup>.

---

<sup>343</sup> Repara en estas dos consideraciones, LLANO SÁNCHEZ, M. "Innovaciones legales en materia de contratación de obras y servicios. Reforma del artículo 42 ETT por la Ley 12/2001, de 9 de julio", AL, n° 1, 2002, págs. 5 y 7. También el problema persiste para ALARCÓN CARACUEL, M.R. "Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001", RDS, n° 15, 2001, pág. 63.

<sup>344</sup> Cfr. CRUZ VILLALON, J. "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", RL, 1992, vol. II, pág. 124.

Esta tercera vía descansa en una interpretación literal del art. 42.2 del ET cuando afirma que "el empresario principal... responderá solidariamente de las obligaciones... contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores". Sin embargo, a mi juicio, ha de ser descartada porque adolece de un error exegético. El error reside en considerar que, para el art. 42.2 del ET, sólo es empresario principal el empresario que comienza la cadena descentralizadora. Sin embargo, como ya se ha visto, a efectos de responsabilidad, tan empresario principal es el comitente respecto al contratista como el propio contratista frente al subcontratista. Téngase en cuenta, además, algo que no se ha dicho anteriormente, y es que, si el fundamento de la responsabilidad instaurada en el precepto radica en el provecho que experimenta el empresario principal sobre el resultado del trabajo ajeno, dicho beneficio repercutirá en cualquier contratista que, a su vez, subcontrate parte del encargo recibido, por lo que también desde este punto de vista el contratista es empresario principal en una subcontrata.

Doctrina y jurisprudencia han tenido contadas ocasiones para pronunciarse sobre esta cuestión, pero, aunque no hayan sido muy abundantes los pronunciamientos, se puede vislumbrar el predominio de una concreta posición sin que existan discrepancias significativas.

En efecto, a estas alturas, parece ya consolidada la tesis que apuesta por la extensión de la responsabilidad a todos los empresarios implicados en la cadena<sup>345</sup>. Esta postura, aun cuando

---

<sup>345</sup> OLMO GASCÓN, A.M. "Los derechos laborales del trabajo en contratas", Granada (Comares), 2002, págs. 122 y 123. SALA FRANCO, T., ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M., LÓPEZ GANDÍA, J. "Derecho del Trabajo. Tomo II. Contrato Individual", Valencia (Tirant lo Blanch), 4ª edic., 2002, págs. 86 y 87, RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "La regulación protectora del trabajo en contratas", RPS, nº 19, pág. 45, MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios", en "Comentarios a las Leyes Laborales", vol. VIII, Madrid (EDERSA), 1998, pág. 262. ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G. "El Estatuto de los Trabajadores. (continúa...)

la propia doctrina ha venido reconociendo que carece de una clara base legal (porque implica una extensión de responsabilidad que el precepto no parece disponer<sup>346</sup>), ha sido defendida con dos argumentos básicos. El primero, de formulación negativa, consiste en advertir de los riesgos que acarrearía negar el encadenamiento: bastaría al empresario principal imponer una subcontratación a su contratista para así desplazarle su eventual responsabilidad<sup>347</sup>. El segundo argumento se refugia en el fundamento de la responsabilidad empresarial disciplinada en el art. 42 del ET: si la razón de la responsabilidad radica en el provecho del trabajo ajeno que repercute en el empresario principal, la responsabilidad ha de alcanzar a todo empresario precedente en la cadena por cuanto también experimenta ese aprovechamiento<sup>348</sup>.

A mi juicio, se vislumbra otra vez aquí, en esta polémica, la conocida posición de recelo y desconfianza hacia el fenómeno descentralizador, concretada en la opinión de que, a mayor número de empresarios implicados en la cadena productiva, mayores son los riesgos que soportan los trabajadores que en ella se emplean. En todo caso, si se sigue el silogismo de este planteamiento, es

---

<sup>345</sup>(...continuación)

Texto, comentarios, jurisprudencia", Madrid (Civitas), 1995, pág. 204. También en la jurisprudencia se aprecia mayoritariamente la observancia de este criterio, aunque en algunos casos se ha dado por supuesto y se ha aplicado de forma automática. Cfr. Sentencias TS ud. 9 de julio de 2002, ar. 10538 y 2 de enero de 1981, ar. 190. Sentencias TSJ Murcia 29 de octubre de 1996, as. 4602, TSJ Cataluña 30 de junio de 1997, as. 2795, TSJ Andalucía 11 octubre de 1995, AL 577/96, vol I, y 26 de junio de 1998, as. 3556, TSJ Castilla León 12 de julio de 1999, as. 2471.

<sup>346</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "Cadena de contratas y responsabilidad del empresario principal", op. cit., pág. 50. Adviértase, no obstante, que este comentario doctrinal y otros que se citarán fueron efectuados con anterioridad a que la citada reforma legal del año 2001 modificase la dicción del art. 42 del ET en el sentido que se ha señalado, por lo que es posible que, a la vista del vigente art. 42 del ET, dicha doctrina modifique sus posicionamientos.

<sup>347</sup> Ibidem.

<sup>348</sup> MARTIN VALVERDE, A "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 262. OLMO GASCÓN, A.M. "Los derechos laborales ...", op. cit., pág. 123. También, vid. Sentencia TS ud. 9 de julio de 2002, ar. 10538, que recuerda en su Fund. Jco. 2º que "quien está en condiciones de obtener un beneficio debe estar también dispuesto a responder de los perjuicios que puedan derivar del mismo".



cierto que en atención al originario fin tuitivo que la norma está llamada a cumplir, se presenta como razonable que, en estos casos, los mecanismos de protección hayan de ser reforzados.

En cambio, como exponente de una postura doctrinal minoritaria, el profesor CRUZ VILLALON<sup>349</sup> se ha inclinado por el no encadenamiento de la responsabilidad apoyándose fundamentalmente en el siguiente argumento. Para el autor, el art. 42 está contemplando a efectos de responsabilidad una relación bipolar entre dos únicas empresas, la principal y la auxiliar. En efecto, en esta norma la previsión sobre la solicitud de certificación negativa de descubierto con fines exoneratorios está prevista para una relación empresarial a duo, es decir, ya se trate del binomio empresario principal-contratista o del binomio contratista-subcontratista. Así, si la exoneración depende del sentido de la certificación que cada empresario solicite respecto a su contratista, es porque la responsabilidad es a dos, sin que pueda extenderse a toda la cadena<sup>350</sup>.

Por su parte la jurisprudencia, como se ha podido comprobar, rara vez ha acogido esta postura interpretativa, seguramente debido a la influencia de esa acusada inercia doctrinal y jurisprudencial de interpretación de las garantías legales en el sentido más tuitivo posible. Son ciertamente escasas las sentencias del extinto TCT y las del TS que nítidamente sostengan la tesis de la no extensión de responsabilidad a toda la cadena

---

<sup>349</sup> CRUZ VILLALON, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 125. Esta posición interpretativa ha encontrado posteriores posturas adeptas. Cfr. LLANO SÁNCHEZ, M. "El alcance personal de la responsabilidad solidaria en los supuestos de encadenamiento de contratas y subcontratas", AL, n° 10, 2000, págs. 154 y ss.

<sup>350</sup> En esta línea de pensamiento se ha apuntado que el uso del plural "empresarios que contraten o subcontraten" indica que el precepto, más que contemplar una cadena, contempla una múltiple relación bilateral entre comitente y contratistas, de modo radial. Cfr. GARCÍA PIQUERAS, M. "Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas de obras y servicios", Valencia (Tirant lo Blanch), 1998, pág. 24.

de contratistas. Particularmente, son ilustrativas de esta doctrina la sentencia del TCT 10 de diciembre de 1987 (ar. 27811) y la del TS 2 de julio de 1983 (ar. 3704)<sup>351</sup>.

El argumento de fondo que sostiene esta doctrina jurisprudencial reside en que la responsabilidad por mora del subcontratista no puede alcanzar al empresario principal cuando este no ha concertado negocio alguno con aquel ni, en la mayoría de las ocasiones, ha podido tener conocimiento ni control de su participación en el proceso productivo<sup>352</sup>. Además dado que la solidaridad de responsables no se puede presumir si no ha sido establecida expresamente por Ley (arts. 1090 y 1137 del Código Civil), no debe existir extensión de responsabilidad puesto que no hay norma que disponga, para este concreto supuesto, la solidaridad en el cumplimiento de todos los empresarios implicados<sup>353</sup>.

En mi opinión, aunque el precepto no permite decantarse decididamente por una u otra postura (puesto que se trata de un problema que no llega a abordar directamente), de una interpretación conjunta de sus dos párrafos puede colegirse que el legislador contempló, al establecer la responsabilidad, una relación interempresarial bilateral.

En este sentido, la previsión acerca de la solicitud de certificación negativa de descubierto no deja lugar a dudas. Si cada empresario, sea comitente o contratista, es el que debe

---

<sup>351</sup> Mantienen también esta posición: TS 22 de enero de 1988, ar. 37, TSJ Andalucía 2 de junio de 1993, as. 3091 y TSJ Cataluña 28 septiembre 1993, as. 3861.

<sup>352</sup> En este sentido, se ha afirmado que "si al margen de lo consentido por las partes, se producen otros fenómenos jurídicos que escapan al control de una de ellas, no es fácil deducir el nacimiento de responsabilidades del tipo que sean en un terreno en que campea la más absoluta involuntariedad de aquel a quien se atribuye dicha responsabilidad". GARCÍA PIQUERAS, M. "Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales ...", op. cit., pág. 25.

<sup>353</sup> Sentencia TS 15 de diciembre de 1986, ar. 7385.

solicitar la certificación que verse sobre cuotas pendientes de Seguridad Social del empresario con el que contrate (y sólo respecto de este) y, según cual sea el resultado de esa certificación puede verse exonerado de responsabilidad, es porque dicha responsabilidad no va más allá de una relación interempresarial dual. En consecuencia, si hubiese querido el legislador que la responsabilidad se pudiese extender a cualquier empresario que en la cadena productiva anteceda al subcontratista incumplidor, entonces el precepto hubiera dispuesto también para el empresario principal la posibilidad de solicitar certificación negativa en relación con el subcontratista, cosa que no ha hecho.

En segundo lugar, comparto la tesis de que la responsabilidad no debe alcanzar al empresario principal por incumplimientos de subcontratistas con los que él no ha contratado, sobre los que no ejerce ningún control y que, por tanto, quedan fuera de su esfera jurídica<sup>354</sup>. Conviene tener en cuenta que la Ley no obliga a la contratista a recabar el consentimiento del empresario principal para subcontratar<sup>355</sup> ni siquiera establece el deber de informarle<sup>356</sup>. Si dicho deber existiese parecería más lógico atribuir responsabilidad al empresario principal por obligaciones del subcontratista cuando hubiese sido informado por el contratista de su voluntad de subcontratar.

---

<sup>354</sup> En el mismo sentido, CRUZ VILLALON, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 125 y LLANO SÁNCHEZ, M. "El alcance personal de la responsabilidad ...", op. cit., pág. 155.

<sup>355</sup> Aunque, ciertamente, dicha posibilidad es cuestionable por su posible colisión con el derecho constitucional de libertad de empresa.

<sup>356</sup> Excepción hecha del art. 115.2 a) del RDLG 2/2000 de 16 de junio que aprueba el texto refundido de la Ley 2/2000 de Contratos de las Administraciones Públicas que instaura este deber a salvo de prohibición de la subcontratación en el contrato o de que, por la naturaleza y condiciones de la actividad, esta haya de ser desarrollada directamente.

De esta forma, y para ser consecuente con la lógica de este argumento, en aquellos casos en los que se acredite que el empresario autorizó la subcontratación o, cuanto menos, tenía conocimiento de su existencia no manifestando su oposición a su ejecución, parecería más plausible proceder a una extensión de la responsabilidad<sup>357</sup>. De hecho, en el supuesto inverso, es decir, cuando comitente y contratista pactan una prohibición de subcontratación o supeditan la facultad de subcontratar al consentimiento del comitente, la doctrina ha señalado que está más justificada aún la no extensión de responsabilidad<sup>358</sup>.

Sin embargo, hay que reconocer en contra de este último argumento que es fácilmente rebatible. Efectivamente, se puede contraargumentar que los pactos bilaterales entre principal y contratista sobre prohibición de subcontratar son irrelevantes porque por imperativo del ya citado principio de eficacia relativa de los contratos (art. 1257 Del Código Civil) han de desplegar sus efectos estrictamente dentro de su esfera jurídica, no pudiendo afectar a las garantías orquestadas en la Ley para proteger a los trabajadores empleados en contratas, ya que se trata de normas imperativas que responden a fundamentos distintos. Así, dado que el incumplimiento de ese pacto privado no puede trascender a terceros, el empresario principal perjudicado por ese incumplimiento tan sólo podría resarcirse a posteriori repitiendo contra su contratista en el orden civil<sup>359</sup>.

---

<sup>357</sup> Así se desprendería de un enfoque a sensu contrario de la anterior solución jurisprudencial. En sentido contrario, sosteniendo que el comitente no debe quedar vinculado al subcontrato por el mero hecho de haber dado su autorización expresa o tácitamente, cfr. LLANO SÁNCHEZ, M. "EL alcance personal de la responsabilidad ...", op.cit., pág. 155.

<sup>358</sup> LÓPEZ MORA, F. "El alcance subjetivo de la responsabilidad solidaria en materia de subcontratación", en AAVV "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 189.

<sup>359</sup> Así ha sido reconocido en doctrina de suplicación: TSJ Murcia 29 de octubre de 1996, as. 4602, TSJ Andalucía 11 de octubre de 1995, AL 577/96, vol. I, y TSJ Castilla León 12 de julio de 1999, as. 2471.

Por otro lado, es cierto que este tipo de posicionamiento proclive a exonerar de responsabilidad al empresario principal por no haber mediado un tracto directo con el subcontratista se alejaría notablemente del fundamento jurídico del régimen de responsabilidad de los empresarios intervinientes en una contrata o subcontrata (esto es, el aprovechamiento o beneficio que se incorpora al empresario comitente por los frutos laborales de la mano de obra del empresario contratista) pues se aproximaría más a situar la fundamentación de la responsabilidad en la culpa in contrahendo<sup>360</sup>. Sin embargo, aún reconociendo que la solución de la extensión de la responsabilidad es la más deseable por reforzar las garantías patrimoniales en favor de los trabajadores, a mi juicio, no es la más reconducible a la letra del precepto<sup>361</sup>. Tal y como se ha dicho, y a la vista de los arts. 1090 y 1137 del Del Código Civil, no parece razonable incorporar a la norma una responsabilidad que no establece, sobre todo teniendo en cuenta que, al constituir precisamente una excepción a la regla general de eficacia relativa de los contratos debe ser objeto de una interpretación restrictiva<sup>362</sup>.

La ausencia de pronunciamiento explícito de la norma sobre el problema estudiado hace necesaria una revisión del precepto con el fin de que incorpore, en pro de una mayor seguridad jurídica, una previsión expresa sobre la extensión subjetiva de la responsabilidad empresarial en caso de encadenamiento de contratas. Ciertamente, es llamativo este silencio normativo ante

---

<sup>360</sup> RIVERO LAMAS, J. "La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo", Madrid (MTAS), 2000, pág. 53.

<sup>361</sup> Con idéntico sentido RODRIGUEZ-PIÑERO ha afirmado que la solución que aboga por la cadena de responsables no es la más correcta a la vista del precepto, "pero ello no implica que sea la más adecuada". RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "Cadena de contratas y responsabilidad del empresario principal", op. cit., pág. 49.

<sup>362</sup> Idem, pág. 48. Nótese pues, que el aludido principio civil juega en la relación jurídica entre empresario comitente y contratista, de modo que los pactos que efectúen no podrán afectar a terceros; pero no juega en la relación empresario principal y trabajadores del contratista o subcontratista porque en este caso el principio se encuentra exceptuado ope legis por la responsabilidad establecida en el art. 42 ET

cuestiones como la presente de indudables repercusiones sociales y económicas. La misión profiláctica que el art. 42 cumple frente a los peligros que encierra toda estructura descentralizada debería ser más ostensible ante las llamadas descentralizaciones en cadena, donde el riesgo de insolvencia empresarial puede acentuarse con la participación en el proceso productivo de pequeñas empresas subcontratistas patrimonialmente delgadas.

Este fenómeno es muy común en determinados sectores de actividad, del que es paradigma el de la construcción, donde el múltiple fraccionamiento en fases productivas, exigido por la naturaleza de la actividad contratada, permite la participación no sólo de empresas de escasa estructura patrimonial, sino incluso de trabajadores autónomos<sup>363</sup>.

Así pues, una regulación más conforme con el espíritu y finalidad de la norma exigiría una previsión específica de extensión de responsabilidad a todos los empresarios que antecedan en la cadena. Ello obligaría seguramente a los empresarios principales a fiscalizar la elección que sus contratistas efectúen de terceros subcontratistas y, de esta forma, la norma contribuiría eficazmente a un mayor saneamiento del mercado de contratas. En cualquier caso, hoy por hoy, el claro predominio en nuestra jurisprudencia de la tesis proclive a extender la responsabilidad hace aconsejable, por lo menos, que los empresarios comitentes para "curarse en salud" ejerzan una puntillosa labor de control sobre los contratistas con los que operen con el fin de conocer si pretenden subcontratar parte del encargo recibido y asimismo la solvencia patrimonial de los

---

<sup>363</sup> En esta misma realidad han reparado determinadas opiniones doctrinales y sindicales que han abogado incluso por un tratamiento normativo específico para el sector. Cfr. RIVERO LAMAS, J. "La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo", op. cit., pág. 54.

eventuales subcontratistas que puedan incorporarse a su ciclo productivo.

## 2. La responsabilidad por obligaciones de naturaleza salarial.

Ya ha sido apuntado en páginas anteriores que la responsabilidad solidaria que el art. 42.2 del ET establece para el empresario principal (por obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas por el contratista o subcontratista con los trabajadores empleados en la contrata) tiene como antecedentes normativos inmediatos el art. 4 del Decreto 3677/1970 de 17 de diciembre y el art. 19.2 de la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976. Contrastar ambos precedentes normativos con el vigente precepto estatutario no resulta baladí puesto que, si bien en relación a la responsabilidad por obligaciones de Seguridad Social no se aprecian cambios sustanciales en sus redacciones, en lo que atañe a la responsabilidad salarial el cambio es notorio y relevante en orden a una correcta interpretación. El art. 42.2 del ET reduce drásticamente el ámbito material de responsabilidad que en las anteriores normas se preveía en relación con el empresario principal. La responsabilidad ahora se circunscribe a las obligaciones salariales del contratista mientras que los preceptos precedentes, de manera más amplia, la predicaban de todas las obligaciones que contrajera el contratista con sus trabajadores, por lo que había que entender que la responsabilidad se extendía a cualquier obligación que dimanase de la relación laboral<sup>364</sup>. Así, la actual redacción de la norma estatutaria, en principio, impide sujetar a responsabilidad al empresario principal por obligaciones distintas a las estrictamente salariales.

---

<sup>364</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "La regulación protectora del trabajo en contratas", RPS, n° 93, 1972, pág. 45.

Esta reducción del ámbito material de protección de la norma, en mi opinión, obedece al determinado propósito del legislador de abandonar el tradicional y originario enfoque patológico del sistema de trabajo en contratas, enfoque que no resultaba compatible con el legítimo interés empresarial en la búsqueda de la eficiencia en la gestión de su organización productiva y en la racionalización de costes<sup>365</sup>.

En cualquier caso, el régimen de responsabilidad salarial instaurado en el precepto constituye la muestra más significativa de la persistencia normativa del llamado "principio de protección del trabajo en contratas", según el cual los trabajadores empleados en una contrata deben ser objeto de una protección específica singular que atienda a los particulares riesgos que toda forma de producción descentralizada conlleva<sup>366</sup>. Esta protección específica, dirigida en este caso a la tutela de los derechos salariales de los trabajadores, se traduce en la afección, por el mecanismo de la solidaridad, de dos patrimonios empresariales al cobro de una deuda salarial<sup>367</sup>.

Sin embargo, y como se dijo en su momento, la razón de ser de dicha protección ha de situarse actualmente, más que en el riesgo de fraude derivada de la participación de dos o más empresarios en un mismo proceso productivo, en la circunstancia del acrecimiento patrimonial que experimenta el empresario

---

<sup>365</sup> En suma, el cambio normativo refleja el propósito de no obstaculizar la descentralización productiva. Cfr. GALA DURAN, C. "La responsabilidad en materia salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios: puntos críticos" en AAVV. "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo". X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid (MTAS.), 2000, pág. 380 y "La responsabilidad en materia salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios", op. cit., pág. 221.

<sup>366</sup> MARTIN VALVERDE, A. "La protección jurídica del trabajo en contratas: delimitación de los supuestos de hecho", Cuadernos de Derecho Judicial, vol. XXII, Madrid (CGPJ), 1994, pág. 114.

<sup>367</sup> LLANO SANCHEZ, M. "Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas". Madrid (La Ley Actualidad), 1999, págs. 216 y 217.



principal al incorporar de forma mediata el resultado del esfuerzo productivo de los trabajadores del contratista<sup>368</sup>.

## 2.1. Alcance de la expresión "obligaciones de naturaleza salarial".

La determinación del ámbito material de la responsabilidad del empresario principal por obligaciones salariales contraídas por el contratista no se presenta como una cuestión especialmente problemática en tanto que, constatada la voluntad restrictiva del precepto, parece evidente que el empresario principal sólo podrá responder por aquellas partidas económicas que tengan cabida en la consideración legal de salario, excluyéndose, en cambio, aquellas otras a las que el ET atribuye carácter extrasalarial.

Así pues, la norma remite implícitamente a la normativa ordenadora del salario (arts. 26 y siguientes del ET). Como es conocido, esta normativa determina qué se considera salario (art. 26.1), qué percepciones económicas se sustraen de dicho concepto (art. 26.2) y fija la estructura del salario en salario base y complementos salariales (art. 26.3).

El problema aparece con frecuencia cuando se está ante una determinada percepción económica que, por la denominación que se le haya atribuido o por su especial naturaleza, no se puede determinar con claridad si pertenece al conjunto de partidas

---

<sup>368</sup> Alguna posició doctrinal ha arribat tot i més lluny, i en lloc de referir-se a una relació mediata o indirecta d'aprovechament, ha situat el fonament de la responsabilitat en ser el empresari principal el que rep la prestació de serveis dels treballadors del contractista. Vid. GARCIA DE PAREDES, M<sup>a</sup>.L. "Posició del treballador en la subcontractació d'obres i serveis", AL, n<sup>o</sup> 40, 1994, pàg. 621. En la meua opinió, no pot sostenir-se tal afirmació perquè col·locaria a la contracta en el mateix pla que els fenòmens il·legals d'interposició. És el contractista i no el comitent el que rep, en virtut de les relacions laborals que manté, la prestació de serveis professionals; cosa distinta és que "a posteriori" el resultat d'aquell treball es incorpori al patrimoni del principal per raó del contracte d'empresa celebrat entre ambdós empresaris.

salariales del art. 26.1 del ET. Para estos casos, es conveniente tener presente dos consideraciones:

En primer lugar, dada la vocación omnicomprensiva de los términos empleados por el art. 26.1 ("se considerará salario la totalidad ..."), la tendencia en la doctrina y jurisprudencia es la de calificar como salario todo emolumento que perciba el trabajador por la prestación de sus servicios. Existe, por tanto, una vis atractiva del concepto legal traducida en presunción iuris tantum de que todo lo que percibe el trabajador le es debido en concepto de salario, de forma que quien invoque el carácter no salarial de una determinada partida económica, tiene la carga de probarlo. En suma, sólo se podrá declarar una percepción como extrasalarial cuando su existencia quede acreditada.<sup>369</sup>

En segundo lugar, es comúnmente admitido en materia de calificación jurídica que la naturaleza de las obligaciones que nacen de los contratos no depende de la calificación formal que les hayan atribuido las partes, sino de su realidad objetiva. En materia salarial dicho principio tiene plena vigencia<sup>370</sup> y, por consiguiente, el juzgador no está vinculado por la atribución salarial o extrasalarial que, en convenio colectivo o contrato

---

<sup>369</sup> RAMIREZ MARTINEZ, J.M. y ALFONSO MELLADO, C.L. "El salario" Valencia (Tirant lo Blanch), 1994, pág. 27. ALONSO OLEA, M y BARREIRO GONZALEZ, G. "El Estatuto de los Trabajadores ...", op. cit., pág. 133. Sentencias TS 9 de febrero de 1987, ar.800, 9 de junio de 1987, ar. 4139, 25 de octubre de 1988, ar. 8152.

<sup>370</sup> Y ello pese a la derogación por la Ley 11/1994 de 19 de mayo del Decreto 2380/1973 de 17 de agosto sobre ordenación del salario y su Orden de desarrollo de 22 de noviembre de 1973 cuyo art. 10 consagraba el aludido principio disponiendo que "en los Convenios Colectivos Sindicales, Reglamentos de Régimen Interior y contratos de trabajo individuales o de grupo, las percepciones económicas de carácter salarial, cualquiera que sea la denominación que las partes les asignasen, se entenderán referidas al salario base ... o a sus complementos según la naturaleza y el carácter de cada percepción ..."

individual, las partes efectúen a una determinada percepción económica<sup>371</sup>.

Si se atiende a la realidad de los anteriores postulados y sosteniendo una lectura teleológica del art. 42 del ET, conforme a su función tuitiva, la regla general debe ser la de una interpretación amplia del ámbito material de responsabilidad salarial, es decir, entender que la responsabilidad del empresario principal por obligaciones de naturaleza salarial ha de comprender todas aquellas percepciones económicas que por su verdadera naturaleza no se puedan incluir en ninguno de los conceptos expresados en el art. 26.2 del ET: indemnizaciones o suplidos por gastos realizados a consecuencia de la actividad laboral, prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social<sup>372</sup> y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones y despidos. No obstante, como se podrá comprobar, este criterio no es el que ha predominado en la jurisprudencia interpretativa que, en ocasiones, ha excluido del ámbito material de responsabilidad determinados conceptos retributivos aunque no encajasen perfectamente en la tipología legal de las percepciones extrasalariales<sup>373</sup>. Además, como también se comprobará, dicho criterio puede resultar inoperante frente a otras percepciones económicas, como los salarios de trámite, cuya especial naturaleza les permite situarse indistintamente en el art. 26.1 o en el 26.2 del ET.

---

<sup>371</sup> TS 2 de noviembre de 1989, ar. 7791 y 25 de mayo de 1992, ar. 3598.

<sup>372</sup> Que, como se verá, podrán quedar comprendidas en la responsabilidad del empresario principal por "obligaciones referidas a la Seguridad Social".

<sup>373</sup> Es el caso de la indemnización por fin del contrato temporal, cfr. Sentencia TSJ Cataluña 3 de mayo de 1994, as. 2029 y el de la compensación monetaria por el no disfrute de las vacaciones, cfr. Sentencia TSJ Castilla la Mancha 10 de diciembre de 1996, as. 4659. No obstante, adviértase que se trata de cuestiones no pacíficas por lo que aún puede hallarse jurisprudencia contradictoria. Cfr., en sentido contrario a las anteriores y respectivamente, sentencias TSJ Andalucía 26 de febrero de 1999, as. 1589 y TSJ Madrid 7 de septiembre de 1999, as. 6309.

## 2.2. Conceptos retributivos incluidos.

Si la responsabilidad ordenada en el art. 42.2 del ET pesa sobre cualesquiera obligaciones de naturaleza salarial contraídas por el contratista con sus trabajadores, esta debe comprender los conceptos retributivos que, conforme al art. 26.3 del ET, comprende la estructura del salario, esto es, el salario base y los complementos salariales.

El salario base, como se sabe, es la retribución fijada por unidad de tiempo o unidad de obra. Sin embargo, a la postre habrá que atender al catalogado como tal por las partes en convenio colectivo o contrato individual pues, como ha reconocido la doctrina, la determinación del salario base es una cuestión en la que impera la autonomía negocial<sup>374</sup>. Por esa razón, resulta lógico que quede comprendida en el ámbito de responsabilidad no sólo el salario base actual sino también las sucesivas actualizaciones que, vía negociación colectiva, repercutan sobre su cuantía aún cuando se trate de atrasos que supongan la aplicación retroactiva del convenio<sup>375</sup>.

Por su parte, los complementos salariales también retribuyen el trabajo prestado pero deben su causalidad a la concurrencia objetiva de unas determinadas circunstancias ya conocidas: condiciones personales del trabajador, trabajo realizado, y situación y resultados de la empresa. Su cuantía asimismo habrá de ser determinada por la autonomía individual o la colectiva (art. 26.3 ET) y lo dicho en relación a las eventuales

---

<sup>374</sup> RAMIREZ MARTINEZ, J.M y ALFONSO MELLADO, C.L. "El salario", op. cit., pág. 32.

<sup>375</sup> Siempre, claro está, que los efectos del convenio se retrotraigan al período de la vigencia de la contrata y la reclamación se refiera a dicho período. Cfr. Sentencias TCT 10 de noviembre de 1988, ar. 7065, 1 de junio de 1985, ar. 3669 y TSJ Castilla León 10 de diciembre de 1996, as. 4659.

actualizaciones del salario base ha de hacerse también extensivo a dichos complementos.

Por constituir un complemento salarial referido al trabajo realizado, la retribución debida por horas extraordinarias también debe formar parte del ámbito material de responsabilidad<sup>376</sup>. Téngase en cuenta que la retribución de las horas extraordinarias constituía, bajo la vigencia del Decreto de Ordenación del Salario de 1973, un complemento por calidad o cantidad de trabajo previsto en su art. 5 c)<sup>377</sup>. Dicho complemento no es mencionado como tal en la vigente ordenación salarial del Estatuto de los Trabajadores, pero parece plausible su reconducción a los complementos relativos al trabajo realizado<sup>378</sup>, pues, como es conocido, el fundamento de esta retribución radica en la obligada compensación del perjuicio (de índole psicológica, social y espiritual) soportado por el trabajador que rebasa en su trabajo el límite ideal constituido por la jornada habitual de trabajo<sup>379</sup>. Fuera ya del ámbito de las horas extraordinarias, parece evidente que asimismo ha de entenderse salarial la retribución correspondiente a las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial pues, de acuerdo con el art. 12.5 f) del ET, estas se retribuyen como ordinarias.

Siguiendo el tenor literal del art. 26.1 del ET también hay que considerar como salario a efectos de responsabilidad la retribución correspondiente a los periodos de descanso computables como de trabajo. Tal es el caso, como había apreciado

---

<sup>376</sup> En contra, Sentencia TCT 5 de abril de 1989, ar. 2596.

<sup>377</sup> ROA RICO, L.F. "El pago en dinero de las horas extraordinarias" en AAVV "Estudios sobre la jornada de trabajo", coord. De la Villa Gil, L.R., Madrid (ACARL) 1991, pág. 438.

<sup>378</sup> RAMIREZ MARTINEZ, J.M. y ALFONSO MELLADO, C.L. "El salario", op. cit., págs. 34 y 35.

<sup>379</sup> ROA RICO, L.F. "El pago en dinero de las horas extraordinarias", op. cit., pág. 435.

BLAT GIMENO, de las vacaciones anuales (art. 38 ET), el descanso semanal (art. 37.1), los días festivos (art. 37.2 ET), el descanso durante la jornada (art. 34.2 ET), y de otras ausencias legales no conectadas causalmente con el descanso como son las ausencias justificadas con derecho a retribución (art. 37.3 y 4 ET), la licencia de seis horas semanales para la búsqueda de un nuevo empleo durante el plazo de preaviso correspondiente al despido por causas objetivas (art. 53.2 ET) y la imposibilidad material de la prestación de trabajo por impedimentos no imputables al trabajador (art. 30 ET).<sup>380</sup>

En relación al "quantum" del salario objeto de la responsabilidad, habrá de estarse a la cuantía realmente abonada aún cuando esta sea superior a la prevista en el convenio colectivo siempre y cuando las mejoras salariales contractuales no respondan a la preconstitución de situaciones fraudulentas ni resulten claramente desproporcionadas en relación con las cantidades que ordinariamente se pagan en las empresas del sector<sup>381</sup>. Ello parece ser así, sobre todo a la vista de la supresión por la Ley 12/2001 de 9 de julio del límite cuantitativo que, en la anterior redacción del art. 42 del ET, atemperaba la responsabilidad del empresario principal a lo que le hubiese correspondido abonar de tratarse de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo.

### 2.3. Conceptos retributivos excluidos.

Como se ha afirmado anteriormente, parece evidente que los conceptos retributivos extrasalariales del art. 26.2 del ET no forman parte del ámbito material de responsabilidad por no

---

<sup>380</sup> BLAT GIMENO, F. "Análisis jurídico-laboral de la descentralización productiva" Valencia, 1989, págs. 130 y 131.

<sup>381</sup> Sentencia TSJ Navarra 14 de abril de 2000, as. 1015.

generar técnicamente las estrictas obligaciones de naturaleza salarial a las que se refiere el art. 42.2 del ET. Ciertamente, estas obligaciones económicas, pese a que son abonadas por el empresario, no encuentran justificación en el sinalagma de la retribución del trabajo prestado<sup>382</sup>, y de ahí puede venir el fundamento de su exclusión del ámbito material de responsabilidad del empresario principal ya que su retribución nada tiene que ver con el aprovechamiento económico que obtiene este empresario y su contratista sobre el esfuerzo productivo de los trabajadores empleados en la contrata.

En relación con las percepciones extrasalariales, el problema se plantea, a mi juicio, en todos aquellos casos en que una determinada partida económica, pese a carecer de naturaleza salarial, tampoco encuentra acomodo fácil en ninguno de los supuestos del art. 26.2 del ET. El problema entonces se reconduce a la cuestión de si la lista del art. 26.2 es cerrada o abierta, ¿es posible admitir otras percepciones extrasalariales que las expresamente previstas en el precepto?. El planteamiento del presente problema pone de manifiesto algo que hasta ahora ha estado implícito y es que para determinar el ámbito de responsabilidad empresarial por obligaciones salariales no es suficiente con determinar qué percepciones son a estos efectos salariales, sino también cuáles han de considerarse extrasalariales.

Desde luego si se llegase a la conclusión de que sólo es extrasalarial aquello que encaje en alguno de los supuestos del art. 26.2 se facilitarían mucho las cosas porque se jugaría con un fundamental elemento de certeza y seguridad muy útil para

---

<sup>382</sup> Para la doctrina el fundamento genérico del establecimiento de determinadas percepciones extrasalariales es la contención de los costes laborales. Cfr. MATORRAS DIAZ-CANEJA, A. "Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicada)", Madrid (Mc Graw Hill) 1999, págs. 51 y 52.

determinar cuándo el empresario principal es responsable por obligaciones de naturaleza salarial. Dicha conclusión podría encontrar su apoyo en las consideraciones anteriores sobre la vis atractiva del concepto legal de salario, la presunción iuris tantum y los pronunciamientos jurisprudenciales que, ante esta cuestión, se han inclinado por afirmar que el concepto de salario no tiene más excepciones que las señaladas en el art. 26.2 del ET<sup>383</sup>

Sin embargo, desde mi punto de vista, dicha solución es difícilmente admisible en tanto que sería incapaz de explicar por qué determinadas cantidades, como las entregadas por el empresario por puro animus donandi o con fines asistenciales, (percepciones que no son reconducibles al art. 26.2), carecen, sin embargo, de carácter salarial. La respuesta está en que existe percepciones cuya funcionalidad es distinta a la de retribuir el trabajo prestado y por tanto, su causa no es reconducible a la prestación de servicios profesionales<sup>384</sup>. Si ello es así, la solución no puede ser otra que la excluir su carácter salarial independientemente de su inclusión o no en el catálogo de percepciones extrasalariales<sup>385</sup>. Refuerza esta conclusión la supresión en el ET del inciso "sin otras excepciones" que empleaba el art. 2 del Decreto de Ordenación del Salario para referirse a estas percepciones no salariales.

---

<sup>383</sup> Sentencias TS,ud, 26 de junio de 1995, ar. 5227, 1 de abril de 1996, ar. 2969 y 3 de mayo de 1996, ar. 4372. Cfr. también la sentencia TS 13 de febrero de 1990, ar. 911.

<sup>384</sup> Precisamente ese es el motivo por el que la sentencia TSJ Castilla León 10 de diciembre de 1996, as. 4659, excluye del concepto de salario a la ayuda por estudios regulada en el convenio colectivo de la construcción de la provincia de Salamanca, razonando que "su abono no se corresponde con retribución de la prestación de servicios por cuenta ajena" (Fund. Jco. 2º). Para la consideración como extrasalariales de las liberalidades satisfechas por la empresa como tales, cfr. TS 20 de diciembre de 1993, ar. 9974.

<sup>385</sup> En este sentido: MATORRAS DIAZ-CANEJA, A. "Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicada)", op. cit., pág. 78. y CRUZ VILLALON, J. "El régimen jurídico del salario como instrumento de política económica" en AAVV "Reforma de la Legislación Laboral" (Univ. Sevilla) 1997, pág. 97. En contra, COLINA ROBLEDO, A. "El salario" (CISS) Valencia, 1995, págs. 25 y 26.



De dicha supresión puede deducirse la voluntad implícita del legislador de admitir la posibilidad de más percepciones extrasalariales que las relacionadas en el art. 26.2 del ET.

En todo caso, lo que nunca ha resultado problemático es la exclusión del ámbito salarial de aquellas partidas económicas que son claramente reconducibles a alguna de las percepciones extrasalariales fijadas por la Ley. Es el caso de las dietas de manutención y alojamiento, los gastos de viaje, plus de transporte y gastos de vestuario, excluidos todos ellos por encajar sin dificultad en el concepto de indemnizaciones o suplidos por gastos realizados por el trabajador como consecuencia de su actividad laboral<sup>386</sup>. Por otra parte, integradas en la partida extrasalarial de las "prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social" pueden situarse, además de las prestaciones en sentido estricto, las mejoras empresariales sobre dichas prestaciones. Esta solución, además, es la que mejor se corresponde con una interpretación histórica del art. 26.2 teniendo presentes sus antecedentes más inmediatos<sup>387</sup>. Sin embargo, ya se verá más adelante que, pese a su carácter extrasalarial, las mejoras empresariales de la acción protectora de la Seguridad Social podrán, por hipótesis, formar parte del ámbito material de responsabilidad del empresario principal por obligaciones de Seguridad Social. En último lugar, la catalogación como extrasalarial de las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones y despidos ha

---

<sup>386</sup> Cfr. sobre esta exclusión, sentencias TS 19 de enero de 1998, ar. 998 y 20 de mayo de 1998, ar. 4738. Sentencias TSJ Cataluña 22 de julio de 1999, as. 3445 y TSJ País Vasco 19 de octubre de 1999, as. 3573.

<sup>387</sup> El art. 4 de la OM 22 de noviembre de 1973 que desarrollaba el Decreto de Ordenación del Salario, excluía del concepto de salario "las mejoras voluntarias previamente homologadas o autorizadas y los demás servicios asistenciales y de Seguridad Social complementaria que pudieran establecerse por las empresas, así como los de asistencia social y otros beneficios sociales". La jurisprudencia, así, viene excluyendo las indemnizaciones pactadas en convenio por muerte del trabajador en accidente de trabajo (Sentencias TS 15 de diciembre de 1986, ar. 7385, 19 de mayo de 1998, ar. 4730) y las prestaciones empresariales de tipo asistencial como las ayudas por estudios (Sentencia TSJ Castilla León 10 de diciembre de 1996, as. 4659.)

permitido sustraer del ámbito de responsabilidad a las indemnizaciones por despido declarado improcedente<sup>388</sup>.

Existen, sin embargo, otro tipo de percepciones de naturaleza indemnizatoria vinculadas no al despido disciplinario sino a otros supuestos extintivos del contrato de trabajo y que merecen una especial mención. Se trata de la indemnización por incumplimiento del plazo de preaviso para la extinción del contrato de trabajo, cuando sea preceptivo, y la indemnización pactada en convenio colectivo por la terminación de un contrato temporal<sup>389</sup>.

En cuanto al primero de los conceptos, es conocido que dicha indemnización puede devengarse en los casos de incumplimiento empresarial del plazo de preaviso tanto en el supuesto de extinción por causas objetivas (art. 53.4 ET) como en el de la extinción de un contrato sujeto a término (art. 8.3 RD 2720/98 de 18 diciembre). Si se trata de una extinción por causas objetivas la exclusión del carácter salarial de este concepto se produce por un doble motivo. Por un lado porque puede ser reconducible al grupo extrasalarial de las indemnizaciones correspondientes a despidos, ya que esta modalidad extintiva es comúnmente nominada como una modalidad mas de despido<sup>390</sup>. Por

---

<sup>388</sup> Para la sentencia del TS 7 de julio de 1994, ar. 6351, el empresario principal no puede responder del incumplimiento por el contratista de las obligaciones de readmitir o indemnizar al trabajador despedido porque "este no responde del inadecuado ejercicio del poder disciplinario del contratista".

<sup>389</sup> Las sentencias TSJ Andalucía 5 de septiembre de 2000, Ref. Westlaw Jur 2001/68714 y TSJ Cataluña de 3 de mayo de 1994, as. 2029 excluyen ambos conceptos del ámbito material de responsabilidad del empresario principal atribuyéndoles directamente naturaleza indemnizatoria y negando su carácter salarial pero sin profundizar en la fundamentación de dicha solución. Con idéntico criterio y solución, pero sólo en relación a la indemnización por fin de contrato pactada en convenio, cfr. Sentencias TS 19 de enero de 1998, ar. 998 y 20 de mayo de 1998, ar. 4738.

<sup>390</sup> Cfr., por todos, VALDES DAL-RE, F. que la califica como una modalidad típica de despido. Prólogo a la obra de BRIONES GONZALEZ, C. "La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas" Madrid (MTSS) 1995, pág. 19. La misma idea, con mayor desarrollo, aparece en la propia obra donde se concibe el despido como toda forma de extinción del contrato a instancia del empresario, siendo el disciplinario no más que  
(continúa...)

otro, porque su naturaleza es indemnizatoria pues su finalidad es resarcir al trabajador del daño producido por la resolución imprevista e inminente del vínculo<sup>391</sup>.

Si se trata del incumplimiento empresarial de preavisar la terminación de un contrato sujeto a término, aunque el supuesto no encaje en ninguno de los categorías extrasalariales del art. 26.2, el carácter no salarial de la indemnización correspondiente se desprende de su función socioeconómica que es compensar al trabajador de la pérdida de los salarios que potencialmente hubiese percibido de encontrar otro empleo durante el tiempo del preaviso<sup>392</sup>.

En cuanto al segundo de los conceptos, esto es, la indemnización pactada en convenio por la finalización de un contrato temporal<sup>393</sup>, aunque existen pronunciamientos de los

---

<sup>390</sup>(...continuación)

una manifestación de dicha facultad extintiva. Cfr. pág. 27.

<sup>391</sup> Así también lo entiende ALMANSA PASTOR, J.M. "Forma y efectos de la extinción por causas objetivas" en "Comentarios a las Leyes Laborales", Dir. Efrén Borrajo Dacruz. Tomo IX, vol. 1°. Madrid (EDERSA) 1983, págs. 327 y 338. Añade el autor, con buen criterio, un argumento adicional y es que sólo la naturaleza indemnizatoria y no salarial de la percepción sustitutiva del preaviso puede explicar que esta sea compatible con los salarios de trámite en los supuestos de declaración judicial de la improcedencia del despido. Cfr. pág. 338 in fine.

<sup>392</sup> Según FOLGUERA CRESPO, J. el carácter indemnizatorio de este concepto tiene menor fundamento porque sustituye a los salarios dejados de percibir y, por tanto, se trata de una obligación de naturaleza salarial. Cfr. "La responsabilidad salarial del empresario en contratas y subcontratas: su alcance objetivo" en AAVV "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch) 2000, pág. 216. Sin embargo, entiendo que es precisamente su finalidad compensatoria por la ausencia de unos salarios que eventualmente se hubiesen percibido en la misma o distinta empresa lo que da a este concepto carácter compensatorio y no retributivo. Además, como ya ha sido advertido, dado que su percepción está asociada a la extinción del vínculo contractual, no se puede concebir que la causa jurídica de su abono sea de índole retributiva. Cfr., en este sentido, MATORRAS DIAZ-CANEJA, A. "Las percepciones extrasalariales ...", op. cit., pág. 263.

<sup>393</sup> Hasta la reforma introducida en el ET por el RDL 5/2001 de 2 de marzo y posterior Ley 5/2001 de 9 de julio, ha sido frecuente la acogida de este tipo de indemnizaciones en los convenios colectivos. La modificación que introducen dichas disposiciones sobre el art. 49.1 c) del texto refundido del ET supone garantizar por ley la percepción de una indemnización de fin de contrato de al menos ocho días por año de servicio. Dicha indemnización rige para todos los contratos temporales causales a excepción de los de interinidad, los formativos y el llamado contrato de inserción que introduce como novedad el apartado 8° del art. 1 de dicho Decreto-Ley.

Tribunales Superiores de Justicia que se han inclinado por su naturaleza salarial<sup>394</sup>, el elemento resarcitorio es el predominante si se atiende igualmente a su finalidad compensatoria (resarce económicamente al trabajador que soporta el perjuicio derivado de la pérdida de empleo)<sup>395</sup>. Además su carácter extrasalarial se ha de desprender de su necesaria vinculación con la efectiva extinción del contrato de trabajo<sup>396</sup>.

En último lugar es preciso dar cuenta, siquiera brevemente, de la exclusión de las gratificaciones voluntarias o liberalidades empresariales. La anterior ordenación del salario contenida en el Decreto de Ordenación del Salario y en su Orden Ministerial de desarrollo, incitó a determinada posición doctrinal a atribuir carácter salarial a las percepciones entregadas por la empresa a título de liberalidad<sup>397</sup>.

No obstante, a raíz de la nueva ordenación del régimen salarial la solución ha de ser distinta porque, como ha señalado

---

<sup>394</sup> Cfr. Sentencias TSJ de Navarra 22 de marzo de 1994, as. 891 y TSJ Andalucía 26 de febrero de 1999, as. 1589. Sin embargo la doctrina contenida en estas sentencias no es nada concluyente. La primera de ellas fue objeto de contraste en sendos recursos de casación para la unificación de doctrina resueltos en sentencias del TS de 19 de enero y 20 de mayo de 1998, ar. 998 y 4738 (ambas ya citadas con anterioridad). En estas sentencias del TS se descarta la doctrina contenida en la citada sentencia de contraste del Tribunal navarro favorable a la calificación como salarial de la indemnización por fin de contrato. La segunda, con escasa argumentación, se apoya tan sólo en la vocación totalizadora del concepto legal de salario aún con la paradoja de referirse en su fundamento tercero a este concepto económico con las denominaciones de "indemnización" y "compensación." En sentido contrario a estas sentencias en suplicación, cfr. las citadas supra.

<sup>395</sup> Elemento resarcitorio que también es predicable de la indemnización legal prevista para la terminación de un contrato temporal de fomento de empleo para trabajadores minusválidos (art. 44 de Ley 42/1994 de 30 de diciembre prorrogado por la disposición adicional 6ª de la Ley 13/1996 de 30 de diciembre y por la disposición adicional 3ª de la Ley 12/2001 de 9 de julio) por lo que las consideraciones efectuadas aquí han de entenderse igualmente referidas a dicha indemnización legal.

<sup>396</sup> MATORRAS DIAZ-CANEJA, A. "Las percepciones extrasalariales ...", op. cit., pág. 271.

<sup>397</sup> Cfr. BLAT GIMENO, F. "Análisis jurídico-laboral de la descentralización productiva", op. cit., pág. 132. Concretamente se refiere el autor al art. 2 del Decreto y al art. 10 de la Orden Ministerial, preceptos de los que se infería, por un lado, que no hay más percepciones extrasalariales que las marcadas por la Ley y, por otro lado, que las percepciones salariales se entenderán referidas al salario base o a sus complementos independientemente de la denominación que las partes les hayan atribuido.

la doctrina, la nota de profesionalidad que define el salario en el art. 26.1 del ET hay que entenderla referida al carácter fijo y periódico de lo que percibe el trabajador, de forma que sólo será salario lo que el trabajador reciba con tal carácter y no aquellas otras percepciones que, aunque pudieran estar causalmente conectadas con la relación de trabajo, son ocasionales y de pago único<sup>398</sup>. Cosa distinta es que dichas liberalidades puedan asemejarse al salario para otros efectos laborales como el de su cotización a la Seguridad Social, circunstancia que no debe empañar su carácter no exigible al no constituir una obligación de pago futuro<sup>399</sup>.

Sólo resta por puntualizar que, sin incluir las gratificaciones voluntarias, los anteriores conceptos retributivos que no pueden ser objeto de la responsabilidad solidaria del art. 42.2 del ET, no obstante, pueden generar eventualmente la responsabilidad prevista en el art. 1597 del Código Civil para el dueño de la obra, siempre, claro está, que concurren los presupuestos aplicativos de dicho precepto que ya fueron objeto de análisis en el epígrafe correspondiente<sup>400</sup>.

---

<sup>398</sup> Así lo ha entendido la unanimidad de la doctrina, cfr. MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A.V., RIOS SALMERON, B. "Comentarios al Estatuto de los Trabajadores", Navarra (Aranzadi), 2000, pág. 148. ALBIOL MONTESINOS, I. "El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales", Bilbao (Deusto), 1992, pág. 20. MONTOYA MELGAR, A. "Derecho del Trabajo", Madrid (Tecnos), 23ª edic., 2002, pág. 386. La jurisprudencia también ha negado carácter salarial a estas liberalidades. Cfr. TS 20 de diciembre de 1993, ar. 9974. Constituyen un ejemplo clásico de estas liberalidades las "cestas de Navidad" y "regalos de Reyes", sobre los que la jurisprudencia ha declarado que no se genera un derecho a su percepción por lo que el trabajador que cesa en la empresa antes de recibir estos obsequios no puede reclamar el pago de la correspondiente parte proporcional. Cfr. TS 18 de enero de 1996, ar. 3249.

<sup>399</sup> FOLGUERA CRESPO, J. "La responsabilidad salarial del empresario en contratas y subcontratas: su alcance objetivo", op. cit., pág. 213.

<sup>400</sup> Como ya se hizo constar en el Cap. II, CRUZ VILLALON, J. mantiene una postura contraria. "Descentralización productiva ...", op. cit., págs. 135 y 136.

## 2.4. Supuestos controvertidos.

Existen determinados conceptos económicos en los que no ha resultado pacífica la determinación de si forman parte del conjunto de partidas salariales sobre las que ha de responder solidariamente el empresario principal ex art. 42.2 del ET. En relación a los mismos son apreciables pronunciamientos judiciales dispares y significativas discrepancias en la doctrina. Por ese motivo, serán objeto de análisis separado el interés por mora, la compensación monetaria por vacaciones no disfrutadas y los salarios de trámite.

### 2.4.1. El interés por mora.

Respecto a este concepto económico, llama mucho la atención el hecho de que, pese a estar generalizadamente admitido que se trata de un concepto de evidente naturaleza indemnizatoria<sup>401</sup>, la jurisprudencia viene tradicionalmente incluyéndolo en el ámbito de responsabilidad empresarial al aplicarlo a los salarios que han sido objeto de reclamación procesal para constituir el objeto de la condena. El problema es que gran parte de los pronunciamientos judiciales sobre el particular se han decantado por esta solución de manera automática sin reparar en una mínima construcción argumentativa que les pudiera servir de soporte<sup>402</sup>.

---

<sup>401</sup> Así lo entiende la práctica totalidad de la doctrina. Cfr. FERNANDEZ LOPEZ, M<sup>a</sup>. F. "La indemnización por retraso en el pago del salario". RL 1985, vol. I, pág. 535. GARCIA ABELLAN, J. "Liquidación y pago del salario" en "Comentarios a las Leyes Laborales", Dir. Efrén Borrajo Dacruz. Tomo VI, Madrid (EDERSA) 1982, pág. 176. BLAT GIMENO, F. "Análisis jurídico-laboral de la descentralización productiva", op. cit., pág. 134.

<sup>402</sup> Es el caso de las sentencias del TSJ Cataluña 17 de febrero de 1997, as. 1226, TSJ País Vasco de 19 de octubre de 1999, as. 3573 y TSJ Navarra 29 de abril de 2002, Ref. Westlaw Jur 2002/168533. En ellas se condena al empresario comitente y al contratista a abonar el principal más el interés de demora confirmando, sin argumentos adicionales sobre esta cuestión, las condenas de instancia. También son interesantes las sentencias del TSJ de Cataluña 20 de septiembre de 1993, as. 3837 y 3 de mayo de 1994, as. 2029 donde, aunque finalmente se decide la improcedencia de su abono por tratarse de una cuantía controvertida, no se pone en cuestión la solución a la que se llegó en instancia en el sentido de declarar responsables solidarios del mismo al  
(continúa...)

Da la impresión de que la jurisprudencia ha optado por la extensión del ámbito de responsabilidad solidaria a este concepto interpretando la garantía diseñada por el precepto de acuerdo con la conocida función protectora que le es atribuible pero descuidando en exceso la atención debida a la ratio decidendi que se constituye en elemento imprescindible de cualquier pronunciamiento judicial. Por esa razón, a menos que se sostenga una visión prácticamente omnicomprendiva del término "obligaciones de naturaleza salarial" que, amparada en ese fin protector, conduzca a la paradoja de entender que abarca conceptos económicos predominantemente indemnizatorios<sup>403</sup>, no se encuentra fácil fundamento para la extensión de la responsabilidad del empresario principal a los intereses moratorios. Dicha extensión, además, no se compagina bien con la ya apuntada restricción en materia salarial del ámbito protector del precepto respecto a sus precedentes normativos inmediatos.

Sin embargo, una determinada posición doctrinal, en un loable intento de encontrar un fundamento legal a la inclusión del recargo y aún suscribiendo el carácter indemnizatorio del mismo, ha acudido al art. 576 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 921 en el anterior texto legal) sosteniendo que, si según su tenor literal toda resolución judicial que condene al

---

<sup>402</sup> (...continuación)

principal y al contratista. Donde si se puede apreciar determinada argumentación sobre el particular es en la sentencia del TCT 1 de junio de 1985, ar. 3669 donde la ratio decidendi gira en torno a la culpa in vigilando pues se razona que el empresario principal también debe responder del recargo por mora porque "podía en todo momento enterarse si el mismo (el contratista) cumplía con el abono de los salarios a los actores en las fechas en que se devengaban". Los paréntesis son míos.

<sup>403</sup> Contradicción en la que no sólo se ha incurrido incidentalmente sino que incluso ha llegado a ser abiertamente defendida por alguna posición doctrinal. Cfr. FOLGUERA CRESPO, J. "La responsabilidad salarial del empresario en contratas ...", op. cit., págs. 211 a 213. Sostiene este autor una diferenciación, a mi juicio artificiosa, entre obligaciones salariales y obligaciones de naturaleza salarial argumentando que dentro de estas últimas pueden quedar comprendidos conceptos puramente indemnizatorios como el propio recargo por mora. Dicha afirmación es consecuencia, a su vez, de la concepción sumamente restringida que el autor sostiene de la catalogación legal de las percepciones extrasalariales no admitiendo otras que las expresamente enunciadas en el art. 26.2, hipótesis que, por las razones y fundamentos expuestos con anterioridad, no puede ser compartida.

pago de una cantidad líquida devenga para el acreedor desde que fue dictada hasta su total ejecución un determinado interés, entonces siempre que empresario principal y contratista sean condenados solidariamente al pago de una deuda salarial el juzgador en el proceso de ejecución podrá de oficio exigir este interés a ambos empresarios<sup>404</sup>.

Dicha posición, desde mi punto de vista, no está exenta de coherencia pues parece, efectivamente, que la eventual responsabilidad del empresario principal sobre los intereses moratorios puede defenderse si se parte de la literalidad de dicho precepto procesal.

Efectivamente, aunque el art. 576 de la LEC se refiere a los llamados intereses procesales, esto es, aquellos que se devengan a partir de la sentencia condenatoria, nótese que dichos intereses son aplicados sobre la cantidad adeudada constituida como un todo por el débito principal y su interés moratorio<sup>405</sup>. Dicha circunstancia, calificable de anatocismo, encuentra su respaldo legal en el art. 1109 del Código Civil<sup>406</sup> y en el propio art. 576 de la Ley Procesal cuando en su párrafo tercero dispone que "tendrá la consideración de cantidad líquida los intereses de una cantidad determinada, cuando se haya fijado en la

---

<sup>404</sup> BLAT GIMENO, F. "Análisis jurídico-laboral de la descentralización productiva", op. cit., págs. 313 y 314.

<sup>405</sup> Cfr. sentencias TSJ Comunidad Valenciana 7 de febrero de 1996, as. 1065 y TSJ País Vasco 24 de noviembre de 1998, as. 7214. En esta misma idea abunda la del TS, sala 1ª, de 24 de diciembre de 1994, ar. 10383 pues razona que la cantidad debida como principal cuando se le adicionan los intereses ya determinados constituye "una cantidad líquida que no se ve razón alguna para que no sea tan debida como la que se reclama como principal... Tan líquida es la cantidad debida como principal como por intereses". Por su parte, en unificación de doctrina, se ha llegado aún más lejos pues el TS ha admitido la aplicación de los intereses procesales de demora sobre previos intereses procesales ya liquidados pero no abonados, cfr. TS, sala 4ª, 26 de enero de 1998, ar. 1059. Para un comentario doctrinal sobre esta última, cfr. SANCHO VILLANOVA, N.B. "La ejecución de sentencias en el proceso social; el interés legal y sus intereses". AL, 1998, vol II, págs. 2215 y ss.

<sup>406</sup> Como asimismo señala, aunque obiter dicta, la anteriormente citada sentencia del TS, ud., 26 de enero de 1998, ar. 1059.



sentencia el tanto por ciento o tipo y el tiempo por el que deban abonarse"<sup>407</sup>.

Pues bien, si se parte de la letra de ambos preceptos civiles, y sin ánimo de confundir los intereses moratorios o remuneratorios con los procesales<sup>408</sup>, no parece lógico considerar que el empresario principal condenado en sentencia al pago de una cantidad deba ser responsable, ex art. 576 de la LEC, del pago de los intereses procesales y, en cambio, no pueda serlo de los intereses moratorios del art. 29.3 del ET cuando, como se ha comprobado, los primeros son aplicados sobre la cantidad líquida que constituye la suma de los segundos a la deuda principal.

#### 2.4.2. La compensación económica por vacaciones no disfrutadas.

Las contadas ocasiones en que los tribunales de justicia se han pronunciado sobre si alcanza o no la responsabilidad solidaria del art. 42 del ET a este concepto económico lo han hecho mayoritariamente en sentido afirmativo, partiendo del carácter asimilable al salario y no indemnizatorio que se le viene a atribuir<sup>409</sup>.

---

<sup>407</sup> En este párrafo del art. 576 de la LEC también se detiene la sentencia TSJ Comunidad Valenciana 7 de febrero de 1996, as. 1065, ya citada, para fundamentar la aplicación del anatocismo.

<sup>408</sup> La diferencia entre unos y otros estriba, no en la cantidad (que sería en ambos casos del 10% salvo que, respecto a los procesales, el interés legal del dinero fuera superior a dicha cifra) sino en su configuración jurídica: los moratorios son fijados previamente por la Ley, tienen finalidad indemnizatoria y se devengan desde el impago hasta su reconocimiento en la sentencia de instancia; los procesales son consecuencia de una sentencia condenatoria, tiene función penalizadora o disuasoria, pues compelen al condenado al pago inmediato, y se devengan a partir de la ejecutividad del fallo condenatorio. Cfr. MARTÍN CONTRERAS, L. "La tasación de costas y la liquidación de intereses y sus impugnaciones en los órdenes jurisdiccionales civil, penal, contencioso-administrativo y social". Granada (Comares) 1998, págs. 346, 380 y 473. Cfr. asimismo los pronunciamientos jurisprudenciales anteriormente citados en relación al art. 576 LEC.

<sup>409</sup> Así, la sentencia del TSJ Andalucía 5 de septiembre de 2000, Ref. Westlaw Jur 2001/68714, razona que dicha compensación no sólo no está incluida en el art. 26.2 del ET como concepto extrasalarial sino que además, en el caso de autos, era calificada como salarial por el convenio de aplicación. En esta línea, cfr. sentencias TSJ Madrid 2 de abril de 1991, as. 2583, 20 de marzo de 1997, as. 696, 14 de enero de 1998, as. (continúa...)

No obstante, en mi opinión, dicha solución no puede resultar concluyente. Da la impresión de que la jurisprudencia mayoritaria de referencia llega a confundir dos conceptos económicos distintos, la compensación sustitutiva de las vacaciones y la propia retribución del periodo correspondiente, al implicar al primero en la naturaleza jurídica del segundo. En efecto, mientras la retribución del periodo de vacaciones tiene naturaleza salarial ya que el art. 26.1 ET atribuye tal carácter a los periodos de descanso computables como de trabajo, la compensación sustitutiva de las vacaciones que, a la terminación del contrato, no han podido ser disfrutadas, es de naturaleza indemnizatoria pues su finalidad no es sustituir el salario derivado de una prestación de trabajo ni retribuir un periodo de descanso, sino reparar el daño producido al trabajador por el no disfrute de esos días de vacaciones<sup>410</sup>. Dicha naturaleza se desprende también de la dicción del art. 11 del Convenio n° 132 de la OIT, precepto que da a este concepto económico el tratamiento de "indemnización compensatoria". Este extremo, sin embargo, ha sido despreciado por la sala 3ª del TS que decididamente se ha decantado por el carácter salarial pero a los efectos de su inclusión en las bases de cotización a la Seguridad Social<sup>411</sup>, circunstancia que, en este momento, no puede ser

---

<sup>409</sup>(...continuación)

67 y 7 de septiembre de 1999, as. 6309; TSJ Navarra 14 de abril de 2000, as. 1015 y 29 de abril de 2002, Ref. Westlaw Jur 2002/168533.

<sup>410</sup> Argumento que también han manejado algunas sentencias en suplicación. Cfr. Sentencias TSJ Castilla León 10 de diciembre de 1996, as. 4659 y 7 de diciembre de 1999, as. 444; sentencia TSJ Comunidad Valenciana 23 de marzo de 2001, as. 3020. En contra, la sentencia TSJ Cantabria 26 de mayo de 1997, as. 1554, razonó la asimilación al salario de esta compensación económica porque "satisface un trabajo prestado en un tiempo que debió ser retribuido sin efectuarlo".

<sup>411</sup> Cfr. Sentencias TS, sala 3ª, 30 de abril de 1996, ar. 3738, 5 de noviembre de 1996, ar. 8423 y 10 de febrero de 1997, ar. 967. Téngase en cuenta, además que estos pronunciamientos defienden el carácter cerrado de la lista de percepciones extrasalariales del art. 26.2, cuestión que resulta discutible como se puso de manifiesto anteriormente.

decisiva dada la autonomía del ordenamiento de la Seguridad Social respecto al Derecho del Trabajo<sup>412</sup>.

En todo caso, la existencia de tesis contrapuestas en los pronunciamientos de la doctrina de suplicación anteriormente citada y la relevancia jurídica y económica de la cuestión aconsejarían un pronunciamiento del Tribunal Supremo para unificar esa doctrina jurisprudencial en la materia.

#### 2.4.3. Los salarios de trámite.

Especialmente problemática se presenta la cuestión de si la solidaridad en la responsabilidad del empresario principal es extensible al pago de los salarios de tramitación que debe abonar el contratista que ha resultado condenado en un proceso por despido.

Una respuesta afirmativa presupondría aseverar que los salarios de trámite quedan comprendidos en las obligaciones de naturaleza salarial a las que se refiere el art. 42.2 ET. Aparentemente se trata, por tanto, de precisar cuál es la naturaleza jurídica de estas percepciones, indemnizatoria o salarial, a efectos de la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria previsto en dicho precepto.

Un primer acercamiento a la cuestión de la naturaleza jurídica de los salarios de trámite aconseja verificar si las normas laborales que actualmente se refieren a esta percepción

---

<sup>412</sup> Autonomía unánimemente predicada por la doctrina. Cfr., por todos, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y DEL REY GUANTER, S. (Dir.) "Prontuario de Seguridad Social", Madrid (Colex) 1999, pág. 30.

económica se inclinan, de forma más o menos decidida, por un tipo u otro de calificación jurídica<sup>413</sup>.

Los artículos 55.6 y 56.1 b) del ET y el art. 113 de la LPL, todos ellos en sede de despido disciplinario, se refieren al abono de los "salarios dejados de percibir", con lo que parecen inclinar la balanza hacia el carácter salarial de los salarios de tramitación. Viene a reforzar este carácter la vigente redacción del art. 33.1 del ET que, en materia de responsabilidad del FOGASA, asimila al salario "los salarios de tramitación en los supuestos en que legalmente procedan".

Sin embargo, la anterior asimilación legal no puede ser determinante en orden a la conceptualización jurídica de los salarios de tramitación ya que, seguramente, no deba ir más allá de los efectos previstos en dicho precepto y, en consecuencia, ha de ser entendida, simplemente, como tal equiparación de cara a la responsabilidad del FOGASA pero no como una calificación jurídica de alcance general<sup>414</sup>. Además, repárese en que la redacción del art. 33.1 anterior a la reforma introducida por el RDL 5/2002 de 24 de mayo, calificaba a los salarios de tramitación de "indemnización complementaria", circunstancia que puede restar virtualidad al argumento terminológico tendente a predicar su carácter salarial.

---

<sup>413</sup> Adviértase que la regulación estatutaria en torno a los efectos del despido y, por tanto, en lo relativo a la responsabilidad en el abono de los salarios de trámite (arts. 33, 55, 56 y 57 ET) ha soportado a lo largo del año 2002 dos importantes reformas que han venido, por un lado, de la mano del RDL 5/2002 de 24 de mayo que suprimió esta figura en los supuestos de despido indemnizado y también la excluyó del ámbito de responsabilidad del FOGASA y, por otro, de la posterior Ley 45/2002 de 12 de diciembre que la ha revitalizado dejando sin efecto la reforma introducida por dicho RDL y retornando así al statu quo preexistente a su entrada en vigor.

<sup>414</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. "Unificación de doctrina sobre salarios de tramitación" en AAVV.: "Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario", Santiago de Compostela (Edita J. Garate Castro), 1997, págs. 326 y 327.

La ausencia en el ET de norma alguna que expresamente conceptúe los salarios de trámite y les atribuya así, con vocación de generalidad, carácter salarial o indemnizatorio, pone de manifiesto que los criterios de interpretación literal van a resultar por sí sólo insuficientes para decidir dicho carácter<sup>415</sup>.

En efecto, la difícil apreciación de una respuesta diáfana en la redacción de las normas laborales anteriores viene suscitando desde antiguo un largo e interesante debate doctrinal que hoy por hoy no se puede dar por zanjado y del que es conveniente dejar un resumido testimonio. En síntesis, se pueden apreciar tres posiciones cuyas diferencias nacen de la asunción por cada una de distintas concepciones del acto del despido y de los efectos que dicha decisión empresarial produce sobre la vigencia del vínculo contractual.

Para un sector de la doctrina los salarios de tramitación tienen naturaleza salarial y fundamenta dicha conclusión en el carácter constitutivo de la sentencia de despido.

En efecto, según esta postura, la extinción perseguida con el despido no es automática sino que depende de que se declare judicialmente procedente o de que el trabajador no lo impugne en el plazo previsto legalmente. Por consiguiente, hasta ese momento el contrato subsiste permaneciendo solamente paralizado en sus efectos de prestación laboral y abono de salarios, a expensas de cuál sea el sentido de un eventual pronunciamiento judicial.

Para los supuestos de declaración judicial de improcedencia o nulidad del despido la vigencia del vínculo laboral se ha

---

<sup>415</sup> Sin embargo, algún autor como MARTINEZ EMPERADOR, R. se ha apoyado en este tipo de criterios de interpretación literal para sostener, en este caso, el carácter salarial de los salarios de trámite. "El Estatuto de los Trabajadores ...", op. cit., pág. 41.

pretendido apoyar en la llamada teoría de la reconstrucción del contrato. Según esta tesis, el fallo que declara la improcedencia o nulidad deja sin justificación la interrupción de la prestación salarial y la prestación de trabajo decidida por el empresario y, por esa razón, se ha de presumir que durante la impugnación del despido la prestación de trabajo no se ha interrumpido.

Se trata, por tanto, de una ficción que permite reconstruir el contrato como si el despido no hubiese existido, eliminando así los efectos asociados a la acción antijurídica del empresario, entre ellos, la no percepción de la retribución.

Dicha teoría justifica así el carácter salarial de los salarios de trámite en tanto dichas percepciones económicas no serían más que la cantidad que el trabajador debió percibir y no obtuvo por una prestación de trabajo que, si bien no fue realmente efectiva, es computable como de trabajo ya que no se pudo llevar a cabo por una decisión antijurídica del empresario dejada sin efecto por una posterior resolución judicial. Expresado en otros términos, los salarios de trámite supondrían la recomposición de los normales efectos retributivos del contrato de trabajo<sup>416</sup>. Ello explica que estén sujetos a obligación de cotización a la Seguridad Social, extremo que, por

---

<sup>416</sup> Una defensa in extenso del carácter salarial de los salarios de trámite apoyada en la teoría de la reconstrucción del contrato puede contrastarse en GARATE CASTRO, J. "Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido", Madrid (ACARL) 1994, págs. 61 a 66. También sostienen su naturaleza salarial: BARREIRO GONZALEZ, G. "Responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas" en AAVV. "El Estatuto de los Trabajadores veinte años después", Madrid (Civitas), 2000, pág. 896. MARTIN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata ...", op. cit., pág. 257. MARTINEZ EMPERADOR, R. "El Estatuto de los Trabajadores ...", op. cit., pág. 41. MATORRAS DIAZ-CANEJA, A. "La imposible unificación de doctrina relativa a la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación. Comentario a la STSJ de Galicia de 26 de julio de 1999", AL, n° 4, 2000, pág. 284.

otra parte, ha sido destacado por la doctrina para argumentar su carácter salarial<sup>417</sup>.

Hay quien, incluso, ha hablado de una mora accipiendi del empleador que, al imposibilitar la prestación de la actividad laboral, desencadena consecuencias parecidas a las previstas en el art. 30 del ET<sup>418</sup>.

Otra corriente doctrinal, de signo contrario, se decanta por la naturaleza indemnizatoria de los salarios de trámite. El principal argumento que ha servido de base para esta solución es la atribución de carácter constitutivo al acto empresarial del despido y no a la sentencia que lo declare procedente<sup>419</sup>. Dicho carácter, como es sabido, supone afirmar que es el despido, y no la sentencia judicial, la que pone fin al vínculo contractual. Ciertamente, el art. 55.7 del ET confirma dicha hipótesis al afirmar que "el despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo ..." (En el mismo sentido, art. 109 de la LPL). Parece evidente, por tanto, que si la extinción se produce con el acto del despido, todo emolumento económico posterior a este no puede tener carácter retributivo sino resarcitorio.

De esta forma, ha sido tradicional defender la naturaleza indemnizatoria de los salarios de trámite poniendo el acento en su finalidad compensatoria. Su finalidad es resarcir al

---

<sup>417</sup> GÁRATE CASTRO, J. "Los salarios de tramitación", op. cit., pág. 67. GALA DURÁN, C. "La responsabilidad en materia salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios", op. cit., pág. 239. MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma del art. 42 del E.T. ...", op. cit., pág. 293 y "Dimensión laboral ...", op. cit., págs. 76 y 77.

<sup>418</sup> GONZALEZ VELASCO, J. y VIVES USANO, M<sup>a</sup>.P. "Aspectos del derecho de opción en los despidos disciplinarios" en AAVV. "Estudios sobre el despido disciplinario", Madrid (ACARL), 2<sup>a</sup> edic., 1992, pág. 850.

<sup>419</sup> ALTÉS TÁRREGA, J.A. "La naturaleza jurídica de los salarios de tramitación: ¿al fin una cuestión resuelta?. RL 1998, vol. II, pág. 132.

trabajador del perjuicio sufrido por no percibir retribución a consecuencia del despido producido, es una indemnización por el lucro cesante<sup>420</sup>. Esa finalidad resarcitoria, además, viene confirmada por el art. 56.1 b) del ET, precepto que, como se sabe, permite al empresario descontar de los salarios de trámite lo percibido por el trabajador en otro empleo ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia<sup>421</sup>. Parece evidente que el fundamento de ese descuento es la inexistencia de perjuicio para el trabajador que ha percibido retribuciones en otro empleo durante la sustanciación del procedimiento. Si la inexistencia del perjuicio justifica el descuento es porque claramente la finalidad de esos salarios no es retributiva sino compensatoria o resarcitoria<sup>422</sup>.

Por otra parte, el argumento utilizado por aquellos que defienden la naturaleza salarial referido a la obligatoria cotización de los salarios de trámite ha sido relativizado en tanto que, dado que la base de cotización es un concepto de construcción normativa en el que pueden quedar excluidas algunas partidas de indudable carácter salarial, no resulta extraño que por motivos de política legislativa se haya dispuesto la cotización de unas partidas que no revisten tal carácter<sup>423</sup>. Es el

---

<sup>420</sup> MONTOYA MELGAR, A. "El despido improcedente y sus efectos" en AAVV. "Estudios sobre el despido disciplinario", Madrid (ACARL) 1992, pág. 532. LLANO SANCHEZ, M. "Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas", op. cit., pág. 238.

<sup>421</sup> El TS ha puesto el acento en la finalidad indemnizatoria de los salarios de tramitación para justificar también su descuento cuando el trabajador ha percibido ingresos por desempeñar una actividad por cuenta propia, posibilidad que con anterioridad ya había sido sugerida por MONTOYA MELGAR, A. "El despido improcedente y sus efectos", op. cit., pág. 532. Cfr. también, por todas, TS ud. 22 de marzo de 1999, ar. 2210. Por otra parte, aunque el descuento viene ceñido legalmente a los supuestos de despido improcedente, el TS lo ha hecho extensivo a los despidos nulos. Cfr. Sentencias TS 13 de mayo de 1991, ar. 3907, 2 de diciembre de 1992, ar. 10050, 19 de mayo de 1994, ar. 4284, y 14 de marzo de 1995, ar. 4646.

<sup>422</sup> ALBIOL MONTESINOS, I. "El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales", Bilbao (Deusto), 1992, págs. 35 y 36. El argumento de la inexistencia de perjuicio como fundamento a la previsión legal del descuento de los salarios de trámite también ha sido utilizado por la jurisprudencia. Cfr., por todas, TS 13 de mayo de 1991, ar. 3907 y 19 de mayo de 1994, ar. 4284.

<sup>423</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. "Unificación de doctrina sobre salarios de tramitación", op. cit., págs. 326 y 327.



caso, por ejemplo, de prestaciones sociales como la de desempleo o incapacidad temporal, sujetas a cotización pese a carecer de carácter salarial.

En último lugar, también hay quien ha defendido una postura híbrida entre las anteriores. Para esta posición la naturaleza jurídica que se debe atribuir a los salarios de tramitación dependerá de si el despido es declarado nulo o improcedente y, en este último supuesto, del sentido de la opción (readmisión o indemnización) que ejercite el empresario<sup>124</sup>.

Así, si el despido es declarado nulo, la readmisión se justifica en que la nulidad supone la plena revitalización de la relación laboral con lo que la retribución correspondiente al tiempo comprendido entre el despido y la efectiva readmisión ha de considerarse salario aunque no haya existido contraprestación de trabajo. Dicho de otra forma, la nulidad del despido neutraliza absolutamente este acto empresarial y, en consecuencia, se ha de presumir que el contrato de trabajo ha continuado desplegando sus efectos y que, por tanto, la prestación de trabajo no se ha interrumpido.

Si el despido se declara improcedente, el carácter de los salarios de tramitación depende de cuál sea el sentido de la opción entre la readmisión o el abono de la indemnización. Si se

---

<sup>124</sup> Aunque también hay quien en la doctrina atribuye distinta naturaleza a los salarios de trámite según cuál sea el objeto litigioso. Así se ha resaltado su carácter indemnizatorio cuando se trata de su compensación con los salarios obtenidos en otro empleo así como a efectos de su calificación como indemnización tasada por Ley; y su carácter salarial a efectos de la responsabilidad del art. 42 del ET y en relación a su obligada cotización a la Seguridad Social. En este sentido, GALA DURÁN, C. "La responsabilidad en materia salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios", op. cit., págs. 236 y 239. Sin embargo, esta posición, dado que está anclada en los distintos pronunciamientos del TS en torno a esta cuestión hasta el año 1998, parece haber perdido su referente jurisprudencial a la vista de la jurisprudencia unificadora posterior al año 1998 que se ha decantado decididamente por la naturaleza indemnizatoria de los salarios de trámite en supuestos de responsabilidad en contratas. Cfr. sentencias TS ud. 2 de octubre de 2000, ar. 8351, 26 de diciembre de 2000, ar. 1880 (vol. de 2001) y 23 de enero de 2001, ar. 2062.

produce la readmisión, se entiende que el empresario con una nueva declaración de voluntad ha revocado su originario acto extintivo y, por ello, el despido carece de toda eficacia. De manera similar a lo que ocurre con el despido nulo por una fictio iuris se considera que durante el tiempo que media entre el despido y la readmisión la relación laboral ha subsistido y, por ese motivo, durante ese lapso temporal se han devengado salarios. Si se opta por la indemnización, el empresario se reafirma en su anterior decisión extintiva, la relación laboral se da por extinguida desde el momento del despido y, en consecuencia, los salarios de tramitación revisten necesariamente carácter indemnizatorio<sup>425</sup>.

En la jurisprudencia también se han podido apreciar relevantes vacilaciones entre el carácter salarial y el indemnizatorio de los salarios de trámite. Ambas posiciones han resultado predominantes en la doctrina jurisprudencial frente a la anterior postura ecléctica<sup>426</sup>.

En un primer estadio, el Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, se decantó por extender la responsabilidad del

---

<sup>425</sup> Una defensa in extenso de esta posición híbrida puede contrastarse en GARCÍA PIQUERAS, M. "Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación", AL, 1993, vol. I, págs. 311 a 322., DURÁN LÓPEZ, F. "Sobre la eficacia extintiva del acto de despido y sobre los salarios e indemnizaciones debidos en virtud del mismo", RL, 1991, vol. I, págs. 362 a 364 y 369. Entre los dos anteriores autores pueden apreciarse significativas discrepancias pese a llegar a soluciones idénticas ya que mientras GARCÍA PIQUERAS (pág. 311) atribuye, como regla general, eficacia constitutiva al acto del despido, DURÁN LÓPEZ (pág. 363) se la niega. Sobre esta postura híbrida, vid. también RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. "Los salarios de tramitación", Madrid (Tecnos), 1992, págs. 13 a 15, y FUENTES FERNÁNDEZ, F. "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad empresarial en la subcontratación, en relación con los salarios de tramitación por despido" TL, n° 56, 2000, pág. 114.

<sup>426</sup> Constituye una interesante representación jurisprudencial de esta última posición la sentencia TS, sala 3ª, 14 de diciembre de 1989, ar. 8747. En ella se fundamentaba el distinto carácter de los salarios de tramitación, según se tratase de despido nulo o improcedente, en el tenor literal de los arts. 55.6 y 56.1 b) del ET pues si el primero de los preceptos, referido al despido nulo, hace mención al abono de "los salarios dejados de percibir", el segundo, respecto al improcedente, se refiere al abono de "una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir".

empresario principal a estas percepciones al entender que ostentaban carácter salarial<sup>427</sup>.

Básicamente son tres los argumentos que ha manejado esta doctrina jurisprudencial para sostener el carácter salarial de los salarios de trámite.

En primer lugar, se ha puesto el acento en que, dado que el trabajador ha sido despedido en el marco de una contrata, los efectos que lleva aparejado el despido improcedente o nulo hay que vincularlos a la misma. Así, en lo que a salarios de trámite concierne, dado que estos representan lo que debería haber abonado el contratista de no haberse producido el despido, deben tener el mismo tratamiento jurídico que dichas percepciones retributivas.

Aunque el TS no haga en esta sentencia referencia explícita a ello, es evidente que lo que subyace en el fondo de este argumento es la teoría de la reconstrucción del contrato y, por consiguiente, la atribución de carácter constitutivo no al acto del despido sino a la sentencia de forma que mientras el juez no se pronuncie la decisión empresarial no extingue totalmente la relación laboral sino que sólo la paraliza<sup>428</sup>.

En segundo lugar, el TS ha recurrido a una interpretación literal de las normas laborales para refrendar el carácter salarial destacando, por un lado, que los arts. 55.4 (vigente

---

<sup>427</sup> TS ud. 7 de julio de 1994, ar. 6351. Constituyen interesantes antecedentes de esta sentencia las de 9 de abril de 1984, ar. 2057, 28 de junio de 1986, ar. 3753, 27 de octubre de 1986, ar. 5906, y 22 de enero de 1988, ar. 37. Han continuado esta línea la de 3 de marzo de 1997, ar. 2194 y la de 4 de mayo de 1998, sala 3ª, ar. 3665, aunque en esta última la responsabilidad del empresario principal durante el tiempo posterior al despido es sostenida obiter dicta.

<sup>428</sup> Manifestación clara de ello es el tenor literal del Fund. Jco. 2º: "los salarios de tramitación suponen la reconstrucción de la relación jurídica rota por el contratista".

art. 55.6) y 56.1 b) del ET y 110.1 y 113 de la LPL se refieren a "salarios dejados de percibir" y, por otro, que el art. 33.1 del ET califica de "salario" la indemnización complementaria por salarios de tramitación<sup>429</sup>.

Sin embargo, desde mi punto de vista, el tenor literal de las anteriores normas laborales ya denotaba en aquel entonces suficiente ambigüedad como para hacer inoperativo el argumento terminológico. Concretamente es la contradicción en la que parecían incurrir los anteriores arts. 55.6, 56.1 b) del ET, 110.1, 113 de la LPL, referidos a salarios, y el art. 33.1 del ET, que se refería a indemnización, la que debió haber impedido ese avance por la vía de la interpretación literal<sup>430</sup>.

En último lugar, para el TS confirmaba el carácter salarial de los salarios de tramitación su obligatoria sujeción a cotización y la necesidad de que el trabajador permaneciese en alta durante su devengo (art. 56.1 b) del ET y ahora vigente art. 209.6 de la LGSS).

También aquí, ni antes ni ahora, se puede dar como concluyente, en orden a atribuirles naturaleza salarial, la obligatoria cotización de los salarios de trámite. Además de la conocida autonomía del ordenamiento de la Seguridad Social respecto al Derecho del Trabajo por estar sujetos a distintos principios y tener asimismo campos de aplicación normativa diferentes, ya se ha puesto de manifiesto anteriormente que la base de cotización es un concepto de construcción legal que puede venir constituido por partidas económicas que no son salariales

---

<sup>429</sup> Como ya se ha dicho, el término "indemnización" aparecía en la redacción del art. 33.1 del ET anterior al RDL 5/2002 de 24 de mayo.

<sup>430</sup> La interpretación literal también fue descartada por este motivo por un sector de la doctrina. Cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V. "Naturaleza de los salarios de tramitación y responsabilidad del empresario principal", AS, 1998, vol. V, págs. 257, 258 y 260.

como es el caso de las dietas, cuando superan determinada cuantía o la prestación por desempleo<sup>431</sup> y en el que también pueden ser excluidos conceptos de naturaleza salarial como los salarios en especie (art. 109 d) LGSS) y las horas extraordinarias para contingencias comunes (art. 109.2 g) LGSS).

En cualquier caso, la necesaria cotización de los salarios de trámite si que podría utilizarse no ya tanto para sostener la estricta naturaleza salarial de los mismos, sino, trascendiendo el tema de dicha naturaleza y, por razones de coherencia jurídica, para sostener la responsabilidad del empresario principal sobre los mismos puesto que si nadie duda que la responsabilidad alcanza a sus cotizaciones sociales por constituir obligaciones de Seguridad Social, no resulta lógico que no deba alcanzar asimismo a las percepciones económicas de las que traen su causa dichas cotizaciones<sup>432</sup>.

En un segundo estadio, el TS, también en unificación de doctrina, ha abandonado el criterio anterior y, remóntandose a una doctrina jurisprudencial incluso precedente a la anterior sentencia de 1994, se ha terminado decantando por rechazar el carácter salarial de los salarios de tramitación y, en consecuencia, la responsabilidad del empresario principal sobre los mismos<sup>433</sup>.

---

<sup>431</sup> No obstante, repárese en que aunque es predicado unánimemente el carácter no salarial de la prestación por desempleo, se trata de una prestación cuya finalidad es paliar la no percepción de las rentas salariales derivada de la pérdida del empleo.

<sup>432</sup> Reflexión que no efectúa el TS en unificación pero que si ha sido observada por alguna posición doctrinal. Cfr. GALA DURAN, C. "La responsabilidad en materia salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios: puntos críticos", op. cit., pág. 395 y "La responsabilidad en materia salarial ...", op. cit., pág. 239. Añade la autora, en la mismas páginas, que si la indemnización por despido no está sujeta a cotización y si lo están los salarios de tramitación es indicativo de que tienen distinta naturaleza. Este último argumento, en cambio, por las razones que se han expuesto con anterioridad, no puede ser compartido.

<sup>433</sup> TS ud. 14 de julio de 1998, ar. 8544. Esta sentencia tiene como precedentes las de 29 de enero de 1987, ar. 174 y 175, 27 de febrero de 1990, ar. 1240, 30 de abril de 1990, ar. 3511, 7 de diciembre de 1990, ar. 9760, 13 de mayo de 1991, ar. 3907, 2 de  
(continúa...)

Sin embargo, lejos de declarar abiertamente la naturaleza indemnizatoria de los salarios de trámite, el TS opta por sostener que constituyen un concepto jurídico propio, con vertientes salariales, como la obligación de cotizar por ellos, e indemnizatorias ya que su finalidad es resarcir al trabajador del perjuicio soportado por la no percepción de retribución desde la fecha del despido y durante la instrucción del correspondiente procedimiento<sup>434</sup>.

Nótese que, de forma implícita, el TS asume ahora la tesis del carácter constitutivo del acto del despido pues no se insinúa la teoría de la reconstrucción del contrato (a diferencia de la sentencia de 1994) ni se refiere a la finalidad retributiva de los salarios de trámite sino expresamente a su finalidad resarcitoria.

Lo que parece claro para el TS en esta nueva corriente es que los salarios de tramitación no son obligaciones de estricta naturaleza salarial, que son las que quedan comprendidas en el ámbito de responsabilidad empresarial del art. 42 del ET, por lo que, tanto si se consideran un concepto propio como un concepto

---

<sup>433</sup> (...continuación)

diciembre de 1992, ar. 10050, 1 de mayo de 1994, ar. 4284 y 14 de marzo de 1995, ar. 2010. Posteriores sentencias, también en unificación han continuado esta línea interpretativa, cfr. TS ud. 22 de marzo de 1999, ar. 2210 (declara, obiter dicta, la naturaleza indemnizatoria de los salarios de trámite ya que el tema decidendi es el posible descuento de los mismos cuando el trabajador ha desempeñado una actividad por cuenta propia), TS ud. 28 de abril de 1999, ar. 4648 (también aquí el tema decidendi no es la naturaleza jurídica sino la extensión temporal de la responsabilidad de empresa principal), TS ud. 10 de julio de 2000, ar. 7175, 2 de octubre de 2000, ar. 8351 y 26 de diciembre de 2000, ar. 1880 (vol. de 2001) y 23 de enero de 2001, ar. 2062 (ya referidas a supuestos de responsabilidad empresarial en contratas de obras y servicios).

<sup>434</sup> En cambio, la posterior sentencia TS 26 de diciembre de 2000, ar. 1880 (vol. de 2001) va mucho más lejos en tanto suscribe que "tales salarios son indemnizaciones por despido y no contraprestaciones o contrapartidas del trabajo realizado".

puramente indemnizatorio, han de sustraerse de dicho ámbito de responsabilidad<sup>435</sup>.

Desde mi punto de vista, aunque la doctrina contenida en esta sentencia de julio de 1998 no revista toda la claridad y rotundidad que sería deseable<sup>436</sup>, la solución de fondo por la que apuesta es la más coherente con nuestro vigente ordenamiento jurídico y la que más se acomoda a la voluntad del legislador a la hora de disciplinar el régimen jurídico de la responsabilidad empresarial en un sistema de trabajo en contratas.

En primer lugar, porque el propio ET y la LPL confirman la producción de efectos extintivos sobre la relación laboral del acto del despido en los arts. 55.7 y 109 respectivamente, por lo que dicha decisión empresarial reviste carácter constitutivo independientemente de su posterior y eventual revisión judicial. Si el despido extingue la relación laboral, toda percepción económica posterior a este, a salvo claro está de las generadas con posterioridad a una eventual readmisión, tendrá que tener carácter indemnizatorio.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que los salarios de tramitación tienen difícil acogida en la definición de salario del art. 26.1 del ET porque, ni retribuyen trabajo efectivo, ni periodos de descanso computables como de trabajo<sup>437</sup>.

---

<sup>435</sup> Cfr. Fund. Jco. 3º, sentencia TS 14 de julio de 1998, ar. 8544. La naturaleza indemnizatoria también ha sido defendido mayoritariamente en la doctrina de suplicación más reciente. Cfr. TSJ Andalucía 17 de noviembre de 2000, as. 4525, TSJ Canarias 21 de julio de 1998, as. 6460, TSJ Cataluña 29 de abril de 1999, AL nº 34, 1999, pág. 3205, 19 de noviembre de 1999, as. 6628, y 17 de enero de 2000, as. 76, TSJ Galicia 26 de julio de 1999, as. 2361, TSJ Comunidad Valenciana 7 de marzo de 2000, as. 2979. En contra, decantándose por la naturaleza salarial, cfr. TSJ Andalucía 4 de junio de 1999, as. 6710 y TSJ Madrid 28 de abril de 2000, as. 2650.

<sup>436</sup> Extremo que ya ha sido criticado por la doctrina, cfr. GALA DURAN, C. "La responsabilidad en materia salarial ...", op. cit., pág. 392.

<sup>437</sup> Es más, de seguir el criterio de la sentencia TS 26 de diciembre de 2000, ya citada, los salarios de tramitación son verdaderas indemnizaciones por despido, por lo que se (continúa...)

En segundo lugar, no hay que olvidar que de lo que se trata ahora es de determinar el alcance de la responsabilidad del empresario principal. Por esa razón, probablemente no sea suficiente pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de los salarios de trámite sino que además sea preciso determinar la voluntad del legislador implícita en el art. 42 del ET. Parece evidente que la intención del legislador al ceñir la responsabilidad del empresario principal a las obligaciones de naturaleza salarial es la de excluir de este ámbito de responsabilidad los emolumentos de finalidad resarcitoria ligados al despido y a la extinción de los contratos de trabajo. En otras palabras, los salarios de tramitación son consecuencia directa más del ejercicio antijurídico de las facultades disciplinarias del empresario y lo que pretende el cuadro de garantías del art. 42 del ET es asegurar el cumplimiento de las obligaciones empresariales derivadas de las actividad laboral, pero no trasladar al empresario principal los efectos de comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico que no le pueden ser atribuidos<sup>438</sup>.

Constituye un indicio de esa "voluntas legislatoris" la redacción más restrictiva del art. 42 del ET de 1980 frente a la amplia dicción del art. 19.2 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976, precepto que, como se sabe, extendía la responsabilidad del empresario principal a todo tipo de obligaciones empresariales.

---

<sup>437</sup>(...continuación)

trata más bien de una percepción extrasalarial del art. 26.2 del ET. En contra, MATORRAS DIAZ-CANEJA, A. invoca el concepto amplio de salario que acoge nuestro ordenamiento jurídico para sostener el carácter salarial de los salarios de tramitación. Cfr. "La imposible unificación de doctrina relativa a la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación", op. cit., pág. 284.

<sup>438</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. "Naturaleza de los salarios de tramitación ...", op. cit., pág. 262.



Incluso puede apreciarse que la sentencia TS 7 de julio de 1994 (ar. 6351) que declara la responsabilidad del empresario principal por los salarios de tramitación incurre en cierta contradicción en tanto que en el fundamento jurídico segundo recuerda algo que ya es clasico en la doctrina jurisprudencial y es que el empresario principal se ha de ver descargado de obligaciones distintas a las de naturaleza salarial puesto que no debe responder del inadecuado ejercicio del poder disciplinario del contratista. Si ello es así, insisto, no se entiende bien porqué ha de responder entonces de uno de los efectos que lleva aparejado ese ejercicio irregular de las facultades disciplinarias.

En último lugar, como ya ha sido apreciado por la doctrina científica, concurren otros factores que contribuyen a resaltar el carácter indemnizatorio de estas percepciones. Los salarios de trámite se abonan sin prestación de actividad laboral, en ocasiones pueden ser de cuenta del Estado (arts. 57 ET, 116 LPL y RD 924/1982 de 17 de abril), pueden compensarse con los ingresos obtenidos por el trabajador en un empleo distinto<sup>439</sup> y además su cuantía es estable ya que se trata de indemnizaciones tasadas por Ley<sup>440</sup> por lo que "han de permanecer inalterables y no actualizables a consecuencia de los consecutivos incrementos salariales que se hayan podido producir por disposición legal o convenio colectivo"<sup>441</sup>.

---

<sup>439</sup> Cfr. MONTOYA MELGAR, A. "El despido improcedente y sus efectos", op. cit., pág. 532.

<sup>440</sup> TS 7 de diciembre de 1990, ar. 9760.

<sup>441</sup> TS 30 de enero de 1991, ar. 193.

### 3. La responsabilidad empresarial por obligaciones referidas a la Seguridad Social.

#### 3.1. Planteamiento previo.

Como es conocido, la responsabilidad solidaria del empresario principal por obligaciones de naturaleza salarial contraídas por el contratista o subcontratista con sus trabajadores viene acompañada en el art. 42 del ET por una responsabilidad asimismo solidaria por las obligaciones que estos empresarios hayan podido contraer en el ámbito de la Seguridad Social.

Esta responsabilidad por obligaciones de Seguridad Social, instaurada en el precepto estatutario, está igualmente condicionada por el presupuesto jurídico de la propia actividad; se encuentra también sujeta a determinados límites materiales y temporales; y puede además quedar vacía si concurre alguno de los supuestos exoneratorios que, con carácter general, establece el precepto (obras de construcción o reparación contratadas por un amo de casa respecto a su vivienda y encargos encomendados sin responder a una actividad empresarial).

Sin embargo, concurren en ella determinadas particularidades que le permiten atribuirse cierto protagonismo en el régimen jurídico de la responsabilidad empresarial en contratas. Por un lado, la presencia en el precepto estatutario de un mecanismo específico de exoneración (la solicitud por el empresario principal a la Tesorería de una certificación negativa de descubiertos por cuotas sociales impagadas por el contratista); instrumento exoneratorio que, como se verá, se circunscribe única

y exclusivamente a la responsabilidades de Seguridad Social<sup>442</sup> . Por otro lado, la concurrencia, junto al art. 42 del ET, de otro precepto normativo, el art. 127 de la LGSS, norma que instaura una responsabilidad no ya solidaria sino subsidiaria del empresario principal en materia de Seguridad Social al amparo de un supuesto fáctico diferente al de la norma estatutaria y con un alcance asimismo distinto.

Son, en suma, las particularidades apuntadas las que permiten de entrada afirmar que el régimen jurídico de la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social es ciertamente complejo y constituye, sin duda, el origen de la mayor parte de los problemas interpretativos que conlleva la puesta en práctica del régimen jurídico de la responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas de obras y servicios.

### 3.2. Fundamento específico.

Con carácter previo al tratamiento del contenido material de la responsabilidad solidaria del empresario principal y contratista en el ámbito de la Seguridad Social, es necesario dejar constancia del porqué de dicha previsión legal. Se pueden barajar dos eventuales respuestas sobre el particular: o bien la instauración de dicha responsabilidad obedece a la misma causa que justifica la responsabilidad empresarial por obligaciones salariales, o bien se puede hablar ahora de un fundamento específico derivado de la tutela de un interés particular en estrecha conexión con nuestro sistema de Seguridad Social.

---

<sup>442</sup> Esta previsión exoneratoria con efectos exclusivos en el ámbito de la Seguridad Social es la que ha impulsado a los profesores ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E. a calificar el precepto estatutario como una norma de Seguridad Social inserta en el ET Cfr. "Derecho del Trabajo", Madrid (Civitas), 20<sup>a</sup> edic., 2002, pág. 116. Idéntica calificación en GARCÍA PIQUERAS, M. "Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales ...", op. cit., pág. 52.

Probablemente ambas hipótesis fundamentadoras no son excluyentes sino perfectamente compatibles. Es cierto que el régimen de responsabilidad empresarial instaurado en el art. 42 del ET, entendido en el sentido más genérico de los posibles, responde al recelo con el que, desde el Decreto 3667/1970, el legislador ha contemplado los fenómenos de colaboración interempresarial. Como se ha señalado en reiteradas ocasiones, el acrecimiento patrimonial que el empresario principal experimenta al incorporar a su patrimonio el producto del esfuerzo productivo de los trabajadores del contratista no puede ser desvinculado de la realidad de los específicos riesgos que dicha modalidad de organización productiva acarrea para aquellos. En otras palabras, todo régimen de responsabilidad solidaria que pese sobre el empresario principal, sea el que sea, obedece a la necesidad de evitar desequilibrios entre los intereses en juego; la libertad de empresa, del lado de los empresarios, y la efectividad de los derechos laborales, del lado de los trabajadores.

Pero, por otra parte, se puede encontrar un fundamento específico a la responsabilidad empresarial por obligaciones referidas a la Seguridad Social, fundamento que, como se verá, también es extensible a la responsabilidad subsidiaria de los arts. 104.1 y 127.1 de la LGSS. Si bien aquí está presente la protección del interés de trabajador a la eficacia de sus derechos de Seguridad Social, típicamente el pago regular de sus cotizaciones sociales y la percepción de prestaciones públicas, también es notorio que se trata de tutelar los fondos públicos de la Seguridad Social, asegurando el crédito que supone las deudas de Seguridad Social por la vía de la responsabilidad solidaria. Téngase en cuenta que por imperativo del principio de automaticidad de las prestaciones del art. 126.3 de la LGSS, como se verá más adelante, la funcionalidad del mecanismo de la

responsabilidad solidaria pasa a un segundo plano<sup>443</sup>. Parece mas bien, por tanto, que predomina la tutela de los intereses recaudatorios de las Entidades Gestora o Mutuas Patronales, en sintonía con la misión básica del sistema de Seguridad Social, cual es el mantenimiento de un régimen público para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes (art. 41 CE), para lo cual dicho sistema debe contar con los medios precisos para el efectivo cobro de sus recursos<sup>444</sup>.

### 3.3. Alcance de la expresión "obligaciones referidas a la Seguridad Social". El ámbito material de la solidaridad en la responsabilidad de Seguridad Social.

El art. 42.2 del ET señala que el empresario principal, durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de "las obligaciones referidas a la Seguridad Social" de los contratistas y subcontratistas que estos hayan contraído durante la vigencia de la contrata. Por su parte, el art. 10.3 del RGR (RD 1637/1995 de 6 de octubre) con similar expresión, pero no idéntica, establece que el empresario principal "responderá solidariamente del pago de las deudas con la Seguridad Social" contraídas por los subcontratistas también durante el período de vigencia de la contrata<sup>445</sup>.

---

<sup>443</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y VIÑAS ARMADA, J.M<sup>a</sup>. "Comentario al art. 127 LGSS" en AAVV. "Comentario a la Ley General de la Seguridad Social", tomo I, Granada (Comares), 1999, pág. 1191. CRUZ VILLALÓN, J. "Outsourcing y relaciones laborales", en AAVV. "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo". X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid (MTAS), 2000, pág. 318.

<sup>444</sup> MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "La descentralización productiva en el ordenamiento de la Seguridad Social: contratas y subcontratas", REDT, n° 96, 1999, pág. 570. Cfr. la misma obra en: AAVV. "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo", X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Madrid (MTAS), 2000, pág. 607.

<sup>445</sup> Nótese que dicho precepto reglamentario, pese a contemplar la responsabilidad solidaria, no la refiere a las contratas de la propia actividad. A mi juicio, se trata de un olvido de la norma reglamentaria, por lo que hay que entender implícito el requisito de la propia actividad pues de lo contrario la norma sería nula por exceder (continúa...)

Se trata ahora de determinar que concretas obligaciones de Seguridad Social quedan amparadas por la garantía legal orquestada en dichos preceptos normativos.

Si bien el precepto reglamentario adopta un enfoque marcadamente restrictivo, pues ciñe la responsabilidad a las deudas que el contratista tenga con la Seguridad Social, ya sean por cuotas impagadas o por otros conceptos, el art. 42.2 del ET, como norma de superior rango, permite extender más el ámbito objetivo de la responsabilidad pues la expresión "obligaciones referidas a la Seguridad Social" es tan amplia como para entender que comprende sin dificultad no sólo las obligaciones jurídico públicas respecto a los deberes de afiliación, alta, y cotización, sino también la obligación de pago de prestaciones sociales de las que sea responsable el contratista por el incumplimiento de dichos deberes y a excepción de las sanciones punitivas impuestas al contratista por el incumplimiento de aquellos deberes<sup>446</sup>, pues el art. 12.4 del RGR sujeta solamente al empresario principal a responsabilidad subsidiaria por dichas sanciones y sólo cuando resulten de su participación en una infracción de normas de Seguridad Social.

Por tanto, puede afirmarse que la citada expresión legal se debe entender no en puros parámetros subjetivos, sino de acuerdo con un criterio *ratione materiae*, esto es, como obligaciones

---

<sup>445</sup>(...continuación)

las previsiones legales. En el mismo sentido se pronuncia la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 16 de diciembre de 1996, afirmando que "la responsabilidad solidaria a que se refiere el art. 10.3 RGR deberá exigirse sólo si la actividad contratada es la propia de la empresa principal pues así lo dispone el art. 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aunque no conste el requisito en el art. 10.3 del Reglamento".

<sup>446</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. "El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contratas. Las obligaciones referidas a la Seguridad Social", RL, 1992, vol. II, pág. 271 y "La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos", op. cit., págs. 107 y 108. Sobre la no extensión de la responsabilidad a las sanciones en que incurra el deudor principal, vid. especialmente sentencias TS 10 de febrero y 15 de mayo de 1981, ar. 3507.

contraídas en el sistema de la Seguridad Social, sea frente a las entidades gestoras o sea frente a los beneficiarios<sup>447</sup>. Confirma esta tesis el hecho de que la expresión "obligaciones contraídas" con la Seguridad Social que contenía el art. 4 del Decreto de 17 de diciembre de 1970<sup>448</sup> y el art. 19.2 de la LRL de 1976 fue reemplazada por la más amplia "obligaciones referidas" que acogió el posterior art. 42 del Estatuto de los Trabajadores de 1980, circunstancia que pone de manifiesto que la intención del legislador era la de ampliar el ámbito material de la responsabilidad<sup>449</sup>.

No parece haber sido este, sin embargo, el criterio adoptado por la jurisprudencia unificadora más reciente que ha rechazado la delimitación *ratione materiae* aquí sostenida y ha optado por una acotación subjetiva de la dicción legal propia de una interpretación mucho más restrictiva del alcance de la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social<sup>450</sup>.

En las sentencias apuntadas se efectúa, efectivamente, una lectura restrictiva de la expresión "obligaciones referidas a la Seguridad Social" entendiéndose que se circunscribe a las

---

<sup>447</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y VIÑAS ARMADA, J.M.<sup>a</sup>. "Comentario al art. 127 LGSS", op. cit., pág. 1192. BAZ RODRÍGUEZ, J. ".Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1998", CL, n° 1, 1999, pág. 114.

<sup>448</sup> Aunque aquella expresión contenida en el Decreto de 1970, en una interpretación literal, permitía entender que la responsabilidad se circunscribía únicamente a las obligaciones que los empresarios contrajesen con las entidades gestoras, típicamente la de pago de cuotas, la doctrina se inclinó por una interpretación más abierta por razón de la materia y comprensiva de cualquier obligación contraída dentro del régimen público de la Seguridad Social, sea con las entidades gestoras o con los beneficiarios. Cfr. GARCÍA MURCIA, J. "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores", op. cit., pág. 48. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "La regulación protectora del trabajo en contratas", op. cit., págs. 46 y 47.

<sup>449</sup> En el mismo sentido, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. "Las responsabilidades ...", op. cit., pág. 162. MONEREO PÉREZ, J.L. "El ámbito material de la responsabilidad en el trabajo en contratas ..." op. cit., pág. 288.

<sup>450</sup> Sentencias TS ud 19 de mayo de 1998, ar. 4730, 16 de septiembre de 1999, ar. 7226 y 22 de diciembre de 2000, ar. 1873 (vol. de 2001), pronunciamientos en los que el tema de fondo es la inclusión o exclusión del ámbito del art. 42 del ET de las mejoras voluntarias de las presatciones públicas, cuestión que será abordada más adelante.

obligaciones contraídas por las empresas contratistas y subcontratistas con las entidades gestoras (cuotas sociales y prestaciones anticipadas a los trabajadores por la Seguridad Social por mor del principio de automaticidad del art. 126.3 de la LGSS) quedando fuera las deudas de esta naturaleza que dichos empresarios tengan con los propios trabajadores (prestaciones públicas no anticipables por la Seguridad Social y mejoras voluntarias de la acción protectora pública).

Pese a la rotundidad con la que se manifiestan estos pronunciamientos en unificación, no creo, sin embargo, que dicha posición pueda entenderse como inconcusa.

Además de que la jurisprudencia del TS también ofrece ejemplos de sentencias, no muy lejanas en el tiempo a las aquí citadas, que se han acercado a una posición opuesta sobre esta misma cuestión<sup>451</sup> (circunstancia indicativa de que el aludido posicionamiento jurisprudencial no es tan definitivo), resulta criticable que el TS haya menospreciado el significativo cambio producido en la dicción literal del art. 42.2 del ET en relación a sus antecedentes inmediatos. Por otra parte, a la vista del fundamento que preside la instauración en la norma de un sistema de responsabilidad solidaria por obligaciones de Seguridad Social que responde, como se ha visto, a la tutela de los intereses públicos y de los propios trabajadores, puede resultar un verdadero despropósito excluir del ámbito protector de dicho sistema los supuestos en los que se encuentra aún más justificado su eficaz desenvolvimiento que son aquellos en los que los trabajadores tan sólo pueden exigir el abono de la prestación a los empresarios responsables por tratarse de prestaciones no

---

<sup>451</sup> Cfr. Sentencias TS ud 19 de enero de 1998, ar. 998 y 20 de mayo de 1998, ar. 4738, en las que se llega a sostener, obiter dicta, que la responsabilidad solidaria del empresario principal se extiende, sin más, a las prestaciones sociales de cuyo pago hubiese sido declarado responsable el empresario contratista.



anticipables y no afectas, por tanto, por la garantía de la automaticidad en el pago.

### 3.3.1. Responsabilidad solidaria por cuotas de Seguridad Social.

Como es conocido, todo empresario está sujeto al deber legal de cotización frente a la Seguridad Social y, en consecuencia, es responsable de ingresar periódicamente en la Entidad Gestora las cuotas sociales propias y las de los trabajadores que emplee (arts. 104.1 y 104.3 LGSS)<sup>452</sup>. Sin embargo, con el fin de reforzar la garantía del pago efectivo de las cuotas a la Seguridad Social, nuestro ordenamiento jurídico, a través del art. 42 del ET, arbitra un mecanismo para la traslación de la responsabilidad de la obligación de cotizar a un tercer empresario, el empresario principal, cuando se trate de una la contratación de una obra o servicio de su propia actividad<sup>453</sup>. Se trata, por tanto, de el traslado a un tercero, no de la deuda, sino de la responsabilidad de su abono, circunstancia que justificaría el ulterior regreso por el empresario que efectuó el pago frente al sujeto obligado. Queda así evidenciado que nuestro ordenamiento jurídico distingue entre los sujetos obligados al pago y los sujetos responsables del pago. Sujetos obligados son las personas físicas o jurídicas a las que se imponga el cumplimiento directo de la obligación de cotizar; sujetos responsables son los primeros mas los

---

<sup>452</sup> La obligación de cotizar se configura como una imposición legal de una naturaleza mixta, pública y privada. Por un lado, es una imposición legal cuasitributaria y, por otro, responde a una finalidad manifiestamente contributiva, como si de un seguro privado se tratase. Cfr. LÓPEZ CUMBRE, L. "Cotización a la Seguridad Social y Recaudación de cuotas" en SAGARDOY BENGOCHEA, J.A y DEL REY GUANTER, S. (Dir.) "Prontuario de Seguridad Social", op. cit., pág. 150.

<sup>453</sup> Como se verá, idéntico desplazamiento efectúa el art. 104 LGSS, aunque con alcance distinto pues la responsabilidad del empresario principal por la obligación de cotizar es subsidiaria y se extiende a toda contrata sea o no de la propia actividad. Por su parte, adviértase que el art. 10.3 RD 1637/1995 RGR, confirma, de manera específica, esta responsabilidad por cuotas sociales al señalar que el empresario principal "responderá solidariamente del pago de las deudas con la Seguridad Social".

responsables solidarios y los responsables subsidiarios (arts. 103.1, 104.1, 127.1 LGSS, y arts. 8 y 9.1.1 RD 1637/1995 RGR).

La responsabilidad solidaria del empresario principal por cotizaciones sociales de cuyo abono resulte obligado el contratista se extiende a todos los elementos integrantes de la cuota: contingencias comunes, accidente de trabajo y enfermedad profesional, desempleo, horas extraordinarias, FOGASA, y formación profesional y además, al eventual recargo por mora en el ingreso de las cotizaciones<sup>454</sup>, los intereses, y las costas del procedimiento de apremio<sup>455</sup>.

El RGR distingue, a efectos de recaudación, el momento en que puede hacerse efectiva la responsabilidad solidaria por cotizaciones (art. 11.1 a), párrafo 1º) del de la declaración y notificación al deudor o deudores solidarios de su responsabilidad (art. 11.1.a), párrafos 2º y 3º). Contempla así que la responsabilidad puede hacerse efectiva tanto en período voluntario como de apremio con la única exigencia de haberse efectuado por la Tesorería la previa y preceptiva reclamación administrativa. Por otra parte, se prevé que incluso la declaración y notificación de la responsabilidad al deudor solidario se haya practicado por la Administración incluso antes de la propia reclamación administrativa. De no verificarse así, en el mismo acto administrativo de reclamación se declarará la responsabilidad solidaria y se exigirá el pago.

---

<sup>454</sup> Además del recargo por mora la responsabilidad comprende de forma unívoca tanto la cuota patronal como la obrera, cfr. TS 7 de diciembre de 1988, ar. 9340. Como ha advertido la doctrina, el fundamento de la extensión de la responsabilidad al recargo por mora debitoris reside en que dicho recargo no tiene carácter sancionador sino de compensación a la Tesorería por el retraso soportado en el ingreso de las cuotas. Cfr., por todos, GARCÍA PIQUERAS, M. "Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales ...", op. cit., pág. 54.

<sup>455</sup> Tal y como señala el art. 10.6 del RD 1637/195 de 6 de octubre que aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social.

### 3.3.2. La responsabilidad solidaria por prestaciones de Seguridad Social.

Es comúnmente admitido que la responsabilidad solidaria del empresario principal comprende el pago de las prestaciones cuyo abono corresponda directamente al empresario contratista por incumplimiento de sus obligaciones de afiliación, alta y cotización<sup>456</sup>. Si bien es cierto que la extensión de la responsabilidad a dichas prestaciones no tiene expresa acogida en la normativa vigente<sup>457</sup>, dicha solución es la que mejor sintoniza con la interpretación finalista que la mayoría de la doctrina y parte de la jurisprudencia han mantenido respecto a la expresión "obligaciones referidas a la Seguridad Social", interpretación que, como se ha visto, permite entender comprendidas todas las obligaciones empresariales que tengan una conexión funcional con la Seguridad Social. No parece, por otra parte, que se presente objeción alguna a que dicha responsabilidad solidaria alcance no sólo al pago de las prestaciones de pago directo por la entidad gestora, sino también al pago de las prestaciones en las que se imponga a las empresas el deber de colaborar en su gestión, esto es, las prestaciones donde se imponga al empresario el pago en régimen

---

<sup>456</sup> Por todos, MARTÍNEZ EMPERADOR, R. "El Estatuto de los Trabajadores ...", op. cit., pág. 34. En contra, como posición minoritaria, ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L. "Instituciones de Seguridad Social", Madrid (Civitas), 18ª edic., 2002, págs. 181 y 477. Se ha argumentado en apoyo de esta postura que las prestaciones a cuyo pago resulte obligado el empresario se han de excluir porque no constituyen responsabilidades de cara a la Seguridad Social, sino cara a los beneficiarios. Sin embargo, como ya se ha señalado, dicha posición no resulta sostenible por ser en exceso restrictiva y por olvidar que las entidades gestoras, con relativa frecuencia, anticipan el pago de la prestación que corresponde abonar al empresario, con lo que tampoco está tan claro que no sean responsabilidades frente a la Seguridad Social. Cfr. LÓPEZ GANDÍA, J. y TATAY PUCHADES, C. "Contratas y Subcontratas y responsabilidades de Seguridad Social", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 230.

<sup>457</sup> El art. 42 del ET sólo contiene la ambigua expresión "obligaciones referidas a la Seguridad Social" sin hacer referencia explícita a las prestaciones públicas y el art. 10.3 RGR parece referirse sólo a la responsabilidad empresarial por cuotas sociales en la dicción "obligaciones contraídas con la Seguridad Social".

delegado<sup>458</sup>. Esto ocurre actualmente con las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo parcial<sup>459</sup>.

Como es conocido, el art. 124 de la LGSS exige, con carácter general, para causar derecho a las prestaciones del sistema que el trabajador se encuentre afiliado, de alta o en situación asimilada y que se hayan efectuados las correspondientes cotizaciones si la prestación en cuestión exige un periodo previo de carencia. Para el caso de incumplimiento empresarial de dichas obligaciones, el art. 126.2 del mismo cuerpo legal hace recaer la responsabilidad directa de su abono sobre el empresario incumplidor, abono del que en principio también deberá responder el empresario principal en una contrata de obras o servicios de acuerdo con la lectura que se sostiene aquí del art. 42.2 del ET.

La responsabilidad empresarial prevista en el art. 126.2 de la LGSS es una responsabilidad ex lege, específica en materia de Seguridad Social<sup>460</sup>, con una finalidad marcadamente represiva o punitiva y al mismo tiempo disuasoria del incumplimiento de las obligaciones legales de afiliación, altas, bajas y cotización<sup>461</sup>, si bien se trata de una responsabilidad que se sitúa causalmente conectada con el perjuicio que el incumplimiento empresarial ha producido en el derecho del trabajador<sup>462</sup>.

---

<sup>458</sup> CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., págs. 141 y 142.

<sup>459</sup> Cfr. art. 77.1.c) LGSS y art. 26.4 RD 625/1985 de 2 de abril.

<sup>460</sup> MUÑOZ MOLINA, J. "Responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la Seguridad Social", Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, pág. 25. Cfr. asimismo en la misma obra, págs. 21 a 25, una breve exposición de las distintas posiciones doctrinales sobre el particular.

<sup>461</sup> MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "La configuración jurídica de la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de la Seguridad Social", REDT, n° 78, 1996, pág. 664. También ponen el relieve en el elemento sancionador, ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L. "Instituciones de Seguridad Social", op. cit., págs. 167 y 168.

<sup>462</sup> Sentencias TS 8 de mayo de 1997, ar. 3970 y 10 de marzo de 1998, ar. 2376.

De acuerdo con lo hasta ahora visto y con la interpretación finalista de la expresión "obligaciones referidas a la Seguridad Social" en contraste con el art. 126.2 de la LGSS, se puede colegir que esta responsabilidad "ex lege" por prestaciones alcanza al empresario principal "in solidum" con el contratista cuando este último haya incumplido sus obligaciones de afiliación, altas, bajas, o cotización con respecto a sus trabajadores<sup>463</sup>.

Ahora bien, es importante advertir que en algunas ocasiones la garantía instaurada en el precepto estatutario no se materializará en una acción procesal ejercitada por el trabajador beneficiario de la prestación frente al empresario principal y al auxiliar, y ello por efecto del alta presunta del art. 125.3 de la LGSS y asimismo por la vigencia en nuestro ordenamiento de la Seguridad Social del principio de automaticidad de las prestaciones (art. 126.3 LGSS)<sup>464</sup>.

---

<sup>463</sup> Solución que, por lo demás, cuenta con respaldo jurisprudencial. Cfr. Sentencias TS ud 19 de enero de 1998, ar. 998 y 20 de mayo de 1998, ar. 4738. También la doctrina en publicación se ha pronunciado en este sentido. Cfr. Sentencia TSJ Cataluña 11 de abril de 2002, ref. Westlaw Jur 2002/173057 (contempla la responsabilidad de las empresas en el abono de las prestaciones de viudedad y orfandad), sentencia TSJ Madrid 29 de noviembre de 2001, ref. Westlaw Jur 2002/108861 (se limita a confirmar la sentencia de instancia en la que se declaraba solidariamente responsable a la empresa principal del pago de la prestación de gran invalidez) y sentencias TSJ Castilla la Mancha 21 de abril de 1999, as. 808, Castilla León 12 de julio de 1999, as. 2471, Galicia 25 de noviembre de 1999, as. 4163 (todas relativas a supuestos de responsabilidad empresarial en el abono de la prestación de IT). En contra, y con criterio realmente cuestionable, se han pronunciado las sentencias del TSJ Madrid 28 de marzo de 2002, ref. Westlaw Jur 2002/163428 y 30 de abril de 2002, as. 1950, que, también ante supuestos de responsabilidad empresarial en el abono de la prestación de IT, sostienen que la responsabilidad de la empresa principal no es la solidaria del art. 42.2 del ET sino la subsidiaria del art. 127.1 de la LGSS.

<sup>464</sup> Ciertamente, alta presunta y automaticidad van unidas funcionalmente en la protección de las contingencias profesionales. En palabras del profesor DESDENTADO BONETE, A. el alta presunta es "un mecanismo que permite actuar directamente la protección por parte de la entidad gestora o colaboradora con independencia de la responsabilidad. El alta de pleno derecho es así un instrumento al servicio del principio de automaticidad", cfr. en "Acción Protectora (II). Régimen jurídico, garantías. Responsabilidades en materia de prestaciones", pertenece a AAVV. "Derecho de la Seguridad Social", Dir. De la Villa Gil, L.E., Valencia (Tirant lo Blanch), 3ª edic., 1999, pág. 336. Con similar alcance, el profesor VIDA SORIA, J. ha apuntado que "el alta de pleno derecho significa sólo el anuncio de que, de uno u otro modo, el trabajador percibirá con cargo a la Seguridad Social la prestación causada". Cfr. en "Las peculiaridades en la protección contra accidentes de trabajo en el Sistema de la Seguridad Social", pertenece a AAVV. "Cien años de Seguridad Social", Madrid (continúa...)

En efecto, de los arts. 126.2 y 126.3 de la LGSS se desprende que, en determinados casos, el incumplimiento por el empresario de sus obligaciones de afiliación, alta o cotización no dejará a los trabajadores sin protección ante una contingencia común o profesional sino que las entidades gestoras o las mutuas patronales procederán al pago de la prestación correspondiente, sin perjuicio de su ulterior repetición frente a los empresarios responsables.

Dichas previsiones, ante la ausencia del desarrollo reglamentario al que aluden los apartados segundo y tercero del art. 126, se han de ver complementados por los arts. 94 a 96 de la LGSS de 1966, preceptos que la práctica totalidad de la doctrina y jurisprudencia han considerado vigentes con carácter reglamentario<sup>465</sup>. Pues bien, de la aplicación de dichos preceptos reglamentarios en desarrollo de los arts. 126.2 y 126.3 LGSS, resulta una funcionalidad matizada de la garantía de corresponsabilidad empresarial del art. 42 ET. en materia de pago de prestaciones.

---

<sup>464</sup> (...continuación)

(Fraternidad-Muprespa y UNED), 2000, pág. 55. Si bien ello es cierto, hay que advertir que la automaticidad no se enlaza sólo y exclusivamente con las situaciones de alta presunta sino que puede ir más allá, extendiendo sus efectos a situaciones que no son de alta presunta, como ocurriría, p.ej., con una incapacidad temporal por contingencias comunes, estando el trabajador en alta, pero sin reunir las cotizaciones precisas por incumplimiento de su empresario (cfr. Art. 95.2 LGSS 1966).

<sup>465</sup> Dicha vigencia prorrogada tiene su origen en la disposición transitoria 2ª del Decreto 1645/1972 de 23 de junio que desarrolla la Ley 24/1972 de 21 de junio de Financiación y Perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social y ha sido mantenida por la mayoría de la doctrina, cfr. por todos, ALONSO SECO, J. Mª. "Responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de Seguridad Social: regulación, jurisprudencia, alternativas para una modificación legal", RTSS, nº 4, 1991, págs. 21 y ss. MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "La responsabilidad en orden a las prestaciones de Seguridad Social", Madrid (La Ley-Actualidad), 1996, pág. 57, y por la jurisprudencia mayoritaria, cfr. TS 13 diciembre 1995, ar. 4765, 12 febrero 1997, ar. 1262, 29 mayo 1997, ar. 4472. En contra, RIVERO LAMAS, J. "La protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (II)", AL, nº 9, 1988, pág. 470. ORDEIG FOS, J. Mª. "Hacia un régimen público de Seguridad Social. La responsabilidad: encrucijada de la jurisprudencia", AL, 1985, vol. I, págs. 1415 y ss.

No se trata, desde luego, de una neutralización de la responsabilidad del art. 42 del ET ni tampoco de la del art. 126.2 de la LGSS. Dicha responsabilidad no se desdibuja por la automaticidad<sup>466</sup>, tan sólo la automaticidad condiciona cuál sea el sujeto frente al que se tenga que exigir el pago de la prestación en primera instancia y, en un segundo momento, cuál será el sujeto que se dirija frente al empresario responsable<sup>467</sup>.

En efecto, en los casos de automaticidad el trabajador disfrutará de la mayor garantía que le supone el adelanto de la prestación por la entidad gestora o mutua y será esta la que tenga que hacer uso de la garantía de la responsabilidad solidaria del art. 42 del ET<sup>468</sup>.

Dado que la operatividad de la automaticidad viene determinada por la concurrencia de determinados requisitos (básicamente si se trata de contingencias comunes o profesionales y si el incumplimiento tiene que ver con falta de alta o con defectos de cotización), la doctrina ha sistematizado con fines expositivos los supuestos reglamentarios donde funciona esta garantía y así se ha referido a supuestos de automaticidad

---

<sup>466</sup> Por esa razón, parece excesiva la expresión "medidas correctoras de las consecuencias de la responsabilidad empresarial" que utiliza el profesor DESDENTADO BONETE, A. para referirse al principio de automaticidad y a la responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora en caso de insolvencia del empresario responsable. Cfr. "Acción Protectora (II). Régimen jurídico, garantías. Responsabilidades en materia de prestaciones", op. cit., pág. 344.

<sup>467</sup> La doctrina ya ha advertido que la automaticidad no supone un retroceso del sistema de responsabilidad privada, sino que se trata de un instrumento para hacer efectivos los derechos de los beneficiarios a través del mecanismo del anticipo. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L. y VIÑAS ARMADA, J. M<sup>a</sup>. "Comentario al art. 126 LGSS", op. cit., pág. 1187.

<sup>468</sup> Con idéntico sentido, aunque refiriéndose no al art. 42 del ET sino al 126.2 de la LGSS, el profesor VIDA SORIA, J. ha destacado que "la responsabilidad empresarial lo es frente a la Entidad Gestora en último término y no frente al trabajador", cfr. "Las peculiaridades en la protección contra accidentes de trabajo en el sistema de la Seguridad Social", op. cit., pág. 56.

relativa o condicionada y a supuestos de automaticidad absoluta, según sea preciso o no el requisito del alta<sup>469</sup>.

De acuerdo con esta doctrina, la automaticidad absoluta juega para contingencias profesionales (incapacidad temporal, invalidez permanente y muerte), desempleo y asistencia sanitaria y la automaticidad relativa, que exige que el trabajador se halle en alta, jugará para incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, maternidad, jubilación y para los riesgos de invalidez y muerte derivadas de contingencias comunes.

Por otra parte, allí donde no juegue la automaticidad, podrá jugar una garantía de segundo grado cual es la responsabilidad subsidiaria del INSS cuando el empresario resulte insolvente (art. 126.4 LGSS 1966)<sup>470</sup>. Esta responsabilidad resultará operativa para las prestaciones de incapacidad permanente derivadas de accidente no laboral, pues en los casos de incapacidad temporal, incapacidad permanente y muerte derivadas de contingencias profesionales concurre con la automaticidad absoluta con lo que no llegará a materializarse en la práctica.

Por tanto, si no actúa el principio de automaticidad enunciado sino el de responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora<sup>471</sup> o ni siquiera puede actuar éste<sup>472</sup>, el trabajador

---

<sup>469</sup> Cfr. BLASCO LAHOZ, J.F, GARCÍA NINET, J.I., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.A. "Lecciones de Seguridad Social", Valencia (Tirant lo Blanch), 1993, págs. 217 a 219. DESDENTADO BONETE, A. "Acción Protectora (II). Régimen jurídico, garantías. Responsabilidades en materia de prestaciones", op. cit., págs. 334 y 335.

<sup>470</sup> El Fondo de Garantía al que se refiere el precepto fue extinguido por la disposición final primera del Real Decreto Legislativo 36/1978 de 16 de noviembre sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo, y sus funciones han sido asumidas por el INSS.

<sup>471</sup> Será el caso de invalidez permanente derivada de accidente no laboral cuando el trabajador no ha sido dado de alta.

<sup>472</sup> Circunstancia que se daría en los casos de IT por contingencias comunes, jubilación, muerte derivada de contingencias comunes e invalidez permanente derivada de enfermedad común.



beneficiario de la prestación habrá de dirigir su reclamación contra los empresarios principal y contratista y serán estos quienes en primera instancia deban responder solidariamente<sup>473</sup>.

Finalmente, y aún en materia de responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones, conviene hacer dos puntualizaciones relacionadas con la extensión temporal de la responsabilidad. Por un lado, que la responsabilidad solidaria del empresario principal nacerá cuando la prestación generada traiga su causa de incumplimientos y hechos causantes acaecidos durante la vigencia de la contrata, y no respecto a momentos anteriores<sup>474</sup> o posteriores, pues la dicción legal "obligaciones contraídas por los subcontratistas ... durante el período de vigencia de la contrata" no da lugar a alternativas. Por otro lado, la jurisprudencia, con buen criterio, ha admitido en unificación de doctrina dicha responsabilidad respecto a prestaciones cuyo devengo se inicia durante la contrata aunque sus efectos se prolonguen más allá de la misma<sup>475</sup>.

Por consiguiente, siempre que la prestación traiga su causa de una contingencia acaecida durante la vigencia de la contrata, se estará ante una prestación de la que responde solidariamente

---

<sup>473</sup> CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 141, solución que, como se ha visto, no parece compartir el TS en sus sentencias ud 19 de mayo de 1998, ar. 4730, 16 de septiembre de 1999, ar. 7226 y 22 de diciembre de 2000, ar. 1873 (vol. de 2001).

<sup>474</sup> TOLOSA TRIVIÑO, C. "La responsabilidad empresarial por contratas y subcontratas", RL, n° 13, 1998, pág. 19.

<sup>475</sup> TS ud. 17 de mayo de 1996, ar. 4472, referida a un supuesto de incapacidad temporal y cuya solución es extensible al resto de prestaciones ya que, como recuerda la sentencia TSJ Madrid 29 de noviembre de 2001, ref. Westlaw Jur 2002/108861, lo relevante es "que el hecho causante se produzca vigente la contrata y a partir de ahí es indiferente sea cual sea la clase de prestación". En contra, sentencia TSJ Navarra 5 de marzo de 1993, as. 1265.

el empresario principal, y ello aunque sus efectos se extiendan a un momento posterior a la extinción de la misma<sup>476</sup> .

### 3.3.3. Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Así como resulta pacífica la inclusión en el ámbito material de la responsabilidad vertebrada en el art. 42 del ET de las cuotas sociales y de las prestaciones de Seguridad Social cuando sea el empresario declarado responsable de su abono, especialmente controvertido se presenta el alcance de dicha responsabilidad solidaria respecto a la llamada protección social complementaria<sup>477</sup> y concretamente, como una de sus manifestaciones, las mejoras voluntarias de la Seguridad Social<sup>478</sup>.

---

<sup>476</sup> LÓPEZ GANDÍA, J. y TATAY PUCHADES, C. "Contratas y subcontratas y responsabilidades de Seguridad Social", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 235.

<sup>477</sup> Entendida como "la previsión desarrollada a través de medios privados", GARCÍA MURCIA, J. "El espacio de las pensiones privadas" en AAVV. "Pensiones sociales. problemas y alternativas", IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, parte II. Madrid (MTAS), 1999, pág. 162; o más extensamente como "conjunto plural de técnicas protectoras de naturaleza privada y carácter voluntario que, complementando o suplementando los regímenes públicos de Seguridad Social, tratan de garantizar a sus beneficiarios la más elevada tasa de sustitución de las rentas de activo". GARCÍA BECEDAS, G. "La Seguridad Social complementaria en España" en AAVV. "III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Valencia (Tirant lo Blanch), 1993, pág. 20. La Seguridad Social complementaria comprende no sólo una acción protectora externa dentro de la cual se comprenden las mejoras voluntarias, el mutualismo libre y los regímenes de previsión voluntaria, sino también una acción protectora interna al sistema e integrada por los servicios sociales y la asistencia social. *Idem*, pág. 18.

<sup>478</sup> Como ha afirmado la doctrina, "las mejoras voluntarias constituyen una especie de la Seguridad Social complementaria". Cfr. YANINI BAEZA, J. "La Seguridad Social complementaria. Mejoras voluntarias. Mutualidades. Contrato de seguro". en AAVV. "Derecho de la Seguridad Social", Dir. De la Villa Gil, L.E., Valencia (Tirant lo Blanch), 3ª edic., 2002, pág. 878. Pueden conceptuarse como "aquellas obligaciones empresariales derivadas de la propia voluntad empresarial o fruto del contrato de trabajo o de la negociación colectiva que tienen como objeto complementar la acción protectora otorgada por el sistema público de Seguridad Social", GALA DURÁN, C. "El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social", Barcelona (BOSCH), 1999, pág. 31; DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN C. "Las mejoras voluntarias: análisis de la reciente negociación colectiva y jurisprudencia", REDT, nº 62, 1993, pág. 871.

De acuerdo con el art. 191 de la LGSS, las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social pueden establecerse mediante mejora directa de las prestaciones y con el establecimiento de tipos de cotización adicionales<sup>479</sup>. Dado que no existe constancia de la utilización en la práctica de los tipos adicionales de cotización, el análisis recaerá exclusivamente sobre las mejoras directas de prestaciones como pudiera ser, por ejemplo, el aumento en norma convencional de la prestación de incapacidad temporal hasta el 100% de la base reguladora o la indemnización pactada también en convenio colectivo para el caso de invalidez o muerte del trabajador en accidente de trabajo<sup>480</sup>. No obstante, es conveniente recordar aquí que actualmente forman parte de la protección social complementaria no sólo las mejoras voluntarias, sino también los planes y fondos de pensiones<sup>481</sup>, por lo que las conclusiones a las que en adelante se llegue en el plano de las responsabilidades empresariales se podrán entender referidas a uno y otro instrumento de previsión social privado<sup>482</sup>.

---

<sup>479</sup> Téngase en cuenta que, además de estas modalidades, la LGSS de 1966 contemplaba el incremento de las bases de cotización. Con la LGSS de 1974 y la progresiva implantación de la cotización según los salarios reales esta previsión perdió su operatividad práctica. Finalmente, la Resolución de la TGSS 26 de diciembre de 1984 determinó la imposibilidad de aprobar nuevos incrementos adicionales de la base de cotización.

<sup>480</sup> Como se ha apreciado, aunque la negociación colectiva no es el único medio para la implantación de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, si es "el medio más típico y, probablemente también, el más idóneo". Cfr. VALDÉS DAL-RE, F. "Negociación colectiva concesiva y mejoras voluntarias de Seguridad Social. Notas de un debate", en AAVV. "Cien años de Seguridad Social", Madrid (Fraternidad-Muprespa y UNED), 2000, pág. 600.

<sup>481</sup> Como es conocido, la relación entre el Plan y el Fondo de Pensiones, es de estricta instrumentalidad pues, como afirma el art. 2 del RDLG 1/2002 de 29 de noviembre que aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, "los fondos de pensiones son patrimonios creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a planes de pensiones". En el mismo sentido, cfr. por todos, MONEREO PÉREZ, J.L. "Instrumentación jurídica e institucional de los Planes y Fondos de Pensiones (I)", REDT, n° 40, 1989, pág. 591 y "Planes y Fondos de Pensiones", en AAVV. "Derecho de la Seguridad Social", Dir. De la Villa Gil, L.E., Valencia (Tirant lo Blanch), 3ª edic, 2002, pág. 902.

<sup>482</sup> Es unánime en la doctrina la consideración de ambos instrumentos de previsión como modalidades esenciales de la Seguridad Social complementaria. Cfr., por todos, MONEREO PÉREZ, J.L. "El régimen jurisdiccional de los sistemas de previsión social", RL, 1991, vol. II, págs 88 y 89.

Lo que si queda fuera de toda discusión es la exclusión del ámbito de responsabilidad solidaria de las cuotas o aportaciones efectuadas por el empresario contratista en virtud de una póliza de seguro concertada con una entidad aseguradora con el fin de cubrir la responsabilidad empresarial en el abono de la mejora ya que dichas aportaciones no pueden ser equiparadas a las cotizaciones de Seguridad Social en la medida en que tienen un origen privado no reconducible a la obligación jurídico-pública de cotización<sup>483</sup> y, por tanto, no son entendibles como obligaciones de Seguridad Social.

De entrada es importante resaltar que el tema de la responsabilidad del empresario principal por las mejoras de origen voluntario a las que puede verse jurídicamente obligado el empresario contratista frente a sus trabajadores, tiene trascendencia en el plano de la Seguridad Social, no sólo por su reconocimiento constitucional al mismo nivel que la Seguridad Social Pública<sup>484</sup> sino también por tratarse de una figura cada vez más extendida ante los denunciados déficits de cobertura de las actuales prestaciones públicas. En efecto, es generalmente admitido que el auge de los sistemas privados de protección se encuentra motivado por la insuficiencia de la cobertura ofrecida por los sistemas públicos, de forma que el espacio que ocupa por

---

<sup>483</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma del art. 42 del E.T. ...", op. cit., pág. 298 y "Dimensión laboral ...", op. cit., págs. 100 y 101. MONEREO PÉREZ, J.L. "La responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 109. OLMO GASCÓN, A.M. "Los derechos laborales del trabajo en contratas", op. cit., pág. 101.

<sup>484</sup> Como es conocido, el art. 41 CE tras encomendar a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes, reconoce la libertad para establecer asistencia y prestaciones complementarias. La doctrina ha reconocido, con acierto, que este último inciso del art. 41 CE ofrece cobertura constitucional a todas las mejoras fijadas mediante fondos de pensiones, planes de pensiones, Mutualidades de Previsión Social y mejoras voluntarias en Convenio Colectivo. Cfr. PÉREZ ALONSO, M<sup>a</sup>. A. "Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social: su interpretación judicial", AL, n<sup>o</sup> 24, 2001, págs. 508 y 509. En desarrollo de este precepto constitucional, configuran el régimen jurídico de las mejoras voluntarias los arts. 39 y 191 a 194 de la LGSS y las disposiciones contenidas en la OM 28 de diciembre de 1966 por la que se regulan las mejoras voluntarias de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social.

naturaleza la iniciativa privada es la franja existente entre la protección básica del sistema público y el "ideal de cobertura"<sup>485</sup> que desean los ciudadanos<sup>486</sup>.

La doctrina científica, cuando ha tenido ocasión para pronunciarse sobre la inclusión o no de las mejoras voluntarias en el ámbito de responsabilidad del empresario principal, ha tendido en su mayoría a una respuesta afirmativa, barajando para ello distintos argumentos.

En algunos casos se ha puesto la atención en la espinosa cuestión de la naturaleza jurídica de las mejoras voluntarias. En este sentido, hay quien ha defendido que, pese a tener un origen privado, pueden estar asimiladas a las prestaciones que integran la protección pública y obligatoria. Es entonces la íntima conexión entre la protección básica y la complementaria la que podría justificar la inclusión de las mejoras voluntarias en el ámbito objetivo de responsabilidad del art. 42.2 del ET<sup>487</sup> Refuerza esta opinión el tenor literal del art. 1.3 de la OM 28 de diciembre de 1966, según el cual "las prestaciones correspondientes a las mejoras a que se refiere el número anterior tendrán los caracteres atribuidos a las prestaciones en el artículo 90 de la Ley de Seguridad Social, y una vez establecidas de acuerdo con lo que en la presente Orden se

---

<sup>485</sup> Para ALONSO OLEA, M., el concepto de "ideal de cobertura" se encuentra configurado por un marco espacial y temporal determinado, esto es, referido siempre a un concreto país y momento histórico. Afirma el autor que hoy en día se puede hablar de la estabilización de un ideal de cobertura que comprende el accidente, la enfermedad y la maternidad en cuanto a asistencia sanitaria, recuperación, y defectos transitorios o permanentes de renta; la vejez, la muerte y supervivencia de causahabientes dependientes, paro forzoso y cargas familiares, Cfr. "La Seguridad Social: presente, pasado y futuro" en AAVV. "Cien años de Seguridad Social", Madrid (Fraternidad-Muprespa y UNED), 2000, pág. 161.

<sup>486</sup> GARCÍA MURCIA, J. "El espacio de las pensiones privadas", op. cit., pág. 167. En el mismo sentido, MANRIQUE LÓPEZ, V. "La Seguridad Social complementaria en el nuevo diseño de una Seguridad Social en transformación", REDT, n° 39, 1989, pág. 389.

<sup>487</sup> GUTIÉRREZ- SOLAR CALVO, B. "Los sujetos responsables de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social en supuestos de contratas y subcontratas" (Comentario a la STS 4ª 9 de septiembre de 1999), RL, n° 4, 2000, pág. 58.

dispone, se entenderá que forman parte, a todos los efectos, de la acción protectora de la Seguridad Social"<sup>488</sup>. En igual consideración ha reparado el profesor MONEREO para el cual dicho precepto y los correspondientes arts. 39, 191 y siguientes de la LGSS permiten afirmar que las mejoras voluntarias forman parte abstractamente de la acción protectora de la Seguridad Social y gozan, por tanto, de una equiparación relativa con las prestaciones públicas<sup>489</sup>.

En otros casos, se ha recurrido a una interpretación literal de la expresión "obligaciones referidas a la Seguridad Social" del art. 42.2 del ET. Desde esta posición se entiende que obligaciones de Seguridad Social lo constituyen no sólo las expresamente referidas al sistema público (como son el pago de cotizaciones y prestaciones), sino también aquellas que tienen una relación directa con dichas obligaciones<sup>490</sup>. En este sentido se ha llegado a invocar la máxima "Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus", ya que la dicción legal "obligaciones referidas ..." no efectúa distinción entre las prestaciones previstas, con carácter obligatorio, en el sistema de la Seguridad Social, y las que entrañen un aumento o beneficio con respecto a aquellas<sup>491</sup>.

---

<sup>488</sup> La referencia al art. 90 hay que entenderla al actual art. 121 del TRLGSS.

<sup>489</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. "La responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 141 y "El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contratas. Las obligaciones referidas a la Seguridad Social", op. cit., pág. 278.

<sup>490</sup> GALA DURÁN, C. "El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social", op. cit., págs. 263 y 264. MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma del art. 42 del E.T. ...", op. cit., pág. 292 y "Dimensión laboral ...", op. cit., págs. 103 y 104. En similar sentido, MARTÍNEZ LUCAS, J.A. señala que la amplitud de la dicción legal permite extender su ámbito a todas las obligaciones que resulten de la LGSS. Cfr. "La descentralización productiva en el ordenamiento de la Seguridad Social", op. cit., pág. 609. Cfr. también en obra del autor con igual título en REDT, n° 96, 1999, pág. 571.

<sup>491</sup> BARREIRO GONZÁLEZ, G. "Responsabilidad empresarial por mejoras voluntarias de la Seguridad Social en caso de contratas o subcontratas de obras y servicios". La Ley, 14-abr-1999, n° 4774, pág. 16.

Téngase en cuenta, por otra parte, que el art. 42.2 no alude a las obligaciones de Seguridad Social sino a las meramente referidas a la Seguridad Social. Este extremo justifica la apertura de la responsabilidad a las mejoras voluntarias en el bien entendido que constituyen obligaciones contraídas por el contratista que estén efectivamente relacionadas funcionalmente con la Seguridad Social<sup>492</sup>.

Existe además un argumento de interpretación histórica que pone el acento en el cambio producido en la redacción del precepto estatutario en relación con sus precedentes normativos inmediatos. En efecto, como ya se ha tenido ocasión de constatar, tanto el art. 4 del Decreto 36/1970 como el art. 19.2 de la Ley 16/1976 de Relaciones Laborales constreñían la responsabilidad a "las obligaciones contraídas con la Seguridad Social". La modificación producida en la posterior Ley 8/1980 del ET es sumamente significativa en tanto implica la voluntad del legislador de ampliar la cobertura de la responsabilidad a obligaciones distintas a las estrictamente contraídas con la Seguridad Social como institución<sup>493</sup>.

Por último, no han faltado voces que han argüido consideraciones de tipo finalístico o teleológico, recordando que la finalidad de la responsabilidad instaurada en el precepto es no sólo la protección de los derechos económicos de la Seguridad Social, sino también los de los trabajadores implicados en el

---

<sup>492</sup> Ahondando en este argumento gramatical, cfr. MONEREO PÉREZ, J.L. "La responsabilidad empresarial ..", op. cit., págs. 131 a 133. El autor apunta especialmente el caso de las mejoras voluntarias directas y los planes de pensiones del sistema empleo ya que, aunque no conforman estrictas medidas de Seguridad Social, cuando se configuran como previsión social complementaria participan del requisito de constituir obligaciones referidas a la Seguridad Social. Idem, pág. 134. Del otro lado, las mejoras autónomas y los planes de pensiones no complementarios del sistema empleo, no podrán considerarse generadoras de este tipo de obligaciones. Idem, págs. 146 y 147.

<sup>493</sup> GALA DURÁN, C. "El régimen jurídico de las mejoras voluntarias ...", op. cit., págs. 263 y 264. MONEREO PÉREZ, J.L. "La responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 132 y "El ámbito material de la responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 288.

proceso descentralizador. Siendo eso así, no parece justificada la exclusión de determinadas deudas del área de responsabilidad empresarial basada en la protección exclusiva de los intereses económicos de un tercero ajeno a los sujetos principalmente involucrados en dicho proceso<sup>494</sup>. En este sentido, también se ha apreciado que, en relación a las mejoras voluntarias y, a diferencia de las prestaciones obligatorias del sistema de Seguridad Social, no puede jugar el principio de automaticidad de las prestaciones por lo que cobra sentido una solución de tutela laboral ya que se trata de cantidades que, como se sabe, tampoco cubre el FOGASA<sup>495</sup>.

Aunque la mayoría de los pronunciamientos doctrinales se han decantado por la inclusión<sup>496</sup>, existe también alguna posición que, en sintonía con la última jurisprudencia del TS, ha adoptado una solución contraria. Así, para LLANO SÁNCHEZ, las mejoras voluntarias no pueden considerarse "obligaciones referidas a la Seguridad Social" ya que se trata de percepciones que nacen del contrato de trabajo o del convenio colectivo. Dicha circunstancia hace que sea el elemento de la voluntariedad el que caracterize el origen de la mejora y ello justifica que sea precisamente el empresario que la ha establecido el único responsable de su abono, descartándose cualquier responsabilidad sobre la misma del empresario principal que no ha prestado su voluntad para obligarse ni de forma individual (porque no es parte en el

---

<sup>494</sup> LUQUE PARRA, M. "La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social", en AAVV. "Descentralización productiva y relaciones laborales", Valladolid (Lex Nova), 2001, págs. 283 y ss. y "La descentralización productiva y la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social", en AAVV. "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo", X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid (MTAS), 2000, págs. 588 y 589.

<sup>495</sup> CRUZ VILLALÓN, J. "Outsourcing y ...", op. cit., págs. 320 y 321.

<sup>496</sup> Incluso invocando para ello, sin mas argumentaciones, la necesidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones empresariales en esta materia. Cfr. SALINAS MOLINA, F. "Contratas y subcontratas en la jurisprudencia unificadora", RDS, n° 5, 1999, pág. 39 y "Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora", RMTAS, n° 38, 2002, pág. 219.



contrato de trabajo) ni de forma colectiva (pues el convenio colectivo del que resulta la mejora pudiera no resultarle aplicable)<sup>497</sup>.

La anterior argumentación, sin embargo, no puede aquí compartirse pues condiciona la efectividad de la responsabilidad establecida en el precepto a que el empresario principal haya consentido en asumir la obligación económica de la que se trate, en este caso, de la mejora. Este requisito, como es sabido, no es exigido por la norma dado que la responsabilidad nace ex lege y no del contrato individual ni del convenio colectivo. Admitir lo contrario justificaría, por ejemplo, la exclusión de la responsabilidad solidaria sobre una mejora salarial establecida por el empresario contratista como condición más beneficiosa en tanto el empresario principal no prestó su consentimiento, como no podría ser de otra forma, para obligarse por la misma<sup>498</sup>.

Como se ha adelantado, la jurisprudencia más reciente se ha decantado por la solución proclive a la exclusión de las mejoras del ámbito de responsabilidad empresarial, superando una corriente anterior de signo contrario<sup>499</sup>. Se sitúan en esta

---

<sup>497</sup> LLANO SÁNCHEZ, C. "Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas", op. cit., pág. 252. Añade la autora el absurdo de garantizar por responsabilidad solidaria sólo las mejoras complementarias excluyéndose las autónomas cuando la función económico-social de ambas es la misma y siendo la referibilidad a la Seguridad Social el único dato distintivo. Idem, pág. 253.

<sup>498</sup> En cuanto a la inclusión de las mejoras complementarias y la exclusión de las autónomas, cierto es que ambas persiguen idéntica función económico-social. Sin embargo, dicha solución es la más coherente con la vigente redacción literal del art. 42.2 del ET.

<sup>499</sup> Son ilustrativas de esta doctrina anterior del TS las sentencias de 11 de febrero de 1986, ar. 740 y de 2 de marzo de 1987, ar. 753. La primera de ellas razona que las indemnizaciones pactadas en convenio colectivo para los casos de invalidez o fallecimiento tienen naturaleza de mejoras voluntarias de la Seguridad Social y, como tales, están afectas por los principios que rigen la Seguridad Social (doctrina sobre la naturaleza jurídica de las mejoras voluntarias avalada por sentencias del TS 29 de junio de 1983, ar. 3061, 15 de julio de 1983, ar. 3798 y 20 de marzo de 1984, ar. 1586). Además la previsión de la indemnización en una cláusula de un convenio colectivo estatutario refuerza su carácter normativo. La segunda de ellas, determina la responsabilidad del empresario principal en el abono de una indemnización pactada en convenio colectivo ante un supuesto de muerte del trabajador de la contratista, con  
(continúa...)

posición las sentencias del TS, en unificación de doctrina, de 19 de mayo de 1998, ar. 4730 y 16 de septiembre de 1999, ar. 7226 y 22 de diciembre de 2000, ar. 1873 (vol. de 2001)<sup>500</sup>.

La interpretación que se efectúa del art. 42.2 del ET en estas sentencias consiste en considerar que el precepto sólo se refiere a obligaciones contraídas con la Seguridad Social entendida como ente gestor de prestaciones y no a obligaciones contraídas con los trabajadores, por lo que sólo es comprensivo de las cuotas sociales y de las prestaciones públicas anticipadas por la Seguridad Social<sup>501</sup>.

Los argumentos que se barajan en dichos pronunciamientos para concluir la no extensión de la responsabilidad por mejoras a la empresa principal son los siguientes. La conocida autonomía del Derecho de la Seguridad Social frente al Derecho del Trabajo, el necesario establecimiento expreso de la solidaridad en la Ley para que ésta sea efectiva (art. 1237 del Código Civil), la no operatividad del principio de automaticidad para las mejoras voluntarias en tanto la responsabilidad del empresario no se ve sustituida por el INSS como continuador del Fondo de Garantía y, finalmente, que la vigente regulación de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de Seguridad Social, cuando se trate de una obra o industria contratada, parte del

---

<sup>499</sup>(...continuación)

la mera constatación de que se trata de una mejora voluntaria y sin más argumentaciones.

<sup>500</sup> Doctrina que se da por reproducida en la sentencia TS ud 14 de febrero de 2000, ar. 2036.

<sup>501</sup> En parecido sentido y, como antecedente de esta corriente jurisprudencial, la sentencia TS 2 de julio de 1983, ar. 3704 razonaba que la responsabilidad del empresario principal no se puede extender a las mejoras voluntarias porque no se trata de prestaciones obligatorias del sistema de Seguridad Social sino de prestaciones con origen en pacto colectivo. Por su parte, la sentencia TS 15 de diciembre de 1986, ar. 7385, también acogía igual solución de fondo pero con menor argumentación pues se limitaba a negar el carácter salarial de las mejoras voluntarias (sin entrar en porqué no pueden considerarse obligaciones de Seguridad Social) y a recordar que la solidaridad no puede presumirse.

principio de subsidiariedad y no del de solidaridad (art. 127.1 LGSS)<sup>502</sup>. Dicha doctrina, por otra parte, ha orientado la mayoría de las posteriores sentencias en suplicación de los Tribunales Superiores de Justicia<sup>503</sup>.

Sin embargo, desde mi punto de vista, la anterior posición no puede compartirse. Para el TS la responsabilidad que arbitra el art. 42 del ET en el plano de la Seguridad Social es tan sólo la referida a prestaciones públicas, esto es, las que eventualmente pudiera asumir la entidad gestora o colaboradora dentro del sistema público de protección. A dicha conclusión podría conducir la anterior regulación contenida en el art. 19.2 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 con la expresión "obligaciones contraídas con la Seguridad Social", pero no la del vigente art. 42 ET que predica la responsabilidad por las obligaciones meramente "referidas a la Seguridad Social", dicción más amplia que permite deducir una implícita voluntad legislatoris de ensanchar el ámbito de la responsabilidad en el terreno de la Seguridad Social para dar cabida a las mejoras voluntarias. Recuérdese, en este sentido, que una interpretación literal de la vigente dicción permite entender incluido en el

---

<sup>502</sup> Como se infiere del Fund.Jco. 3º de la sentencia TS ud. 19 de mayo de 1998, el art. 42 ET se refiere a la responsabilidad por pago de cuotas sociales estableciendo la regla de la solidaridad y el art. 127.1 LGSS a la responsabilidad en el pago de prestaciones, cuando el empresario haya incumplido sus obligaciones de afiliación, alta, o cotización, disponiendo la subsidiariedad.

<sup>503</sup> Cfr. Sentencias TSJ Navarra 29 de abril de 2002, ref. Westlaw Jur 2002/168533 y 15 de diciembre de 1999, as. 4223. TSJ Cataluña 24 de octubre de 2002, as. 837. TSJ Andalucía 3 de enero de 1998, as. 377, Canarias 3 de marzo de 1999, as. 1300, Galicia 15 de abril de 1999, as. 851 y 1 de junio de 1999, as. 1299, . En contra, amparándose en la doctrina anterior del TS, vid. sentencias TSJ Cataluña 18 de junio de 1998, as. 3158 y 30 de marzo de 1998, as. 2045 y Comunidad Valenciana 17 de noviembre de 1998, as. 3650. Pronunciamiento peculiar es el contenido en la sentencia TSJ País Vasco 25 de enero de 1999, as. 2859, que entiende que el art.42 ET no es aplicable a la responsabilidad por mejoras voluntarias pues este precepto se circunscribe a las obligaciones contraídas con la Seguridad Social, pero si lo es el art. 127.1 LGSS, referido específicamente a prestaciones, concluyendo entonces que la responsabilidad por mejoras voluntarias del empresario principal no es la solidaria del art. 42 del ET, sino la subsidiaria del art. 127.1 de la LGSS, solución difícilmente admisible a la luz de la doctrina unificadora contenida en las sentencias del TS 16 de septiembre de 1999, ar. 7226 y 22 de diciembre de 2000, ar. 1873 (vol. de 2001) que razonan, con buen criterio, que el art. 126.2 de la LGSS sólo puede entenderse referido a prestaciones públicas del sistema.

precepto no sólo las estrictas obligaciones de Seguridad Social, sino también aquellas otras que, aún teniendo origen privado, se encuentran funcionalmente conectadas con el sistema público de protección<sup>504</sup>.

También es conveniente tener en cuenta que, como ya se ha dicho, el espíritu teleológico del art. 42 no es sólo la protección de los intereses económicos de la Seguridad Social sino también los de los trabajadores<sup>505</sup>. La extensión de la responsabilidad empresarial a las mejoras voluntarias parece más coherente y respetuosa con dicho fin tuitivo del precepto estatutario.

Llegados a este punto, se puede afirmar que son dos las cuestiones sobre las que gira la solución a la problemática planteada. Por un lado, la naturaleza jurídica de las mejoras voluntarias en el sentido de si constituyen o no prestaciones de Seguridad Social y, por otro, el significado de la expresión "obligaciones referidas a la Seguridad Social"<sup>506</sup>.

La naturaleza jurídica de las mejoras voluntarias resulta especialmente controvertida pues son percepciones con un origen privado (sea el contrato individual o el convenio colectivo) pero que se adicionan y complementan las previstas con carácter obligatorio por el sistema público. En todo caso, el art. 1.3 de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1996, permite considerarlas integradas en el ámbito protector de la Seguridad

---

<sup>504</sup> Es el caso de las mejoras que complementan las prestaciones públicas pues están referenciadas con las otorgadas por el sistema público, pero no el de las mejoras autónomas. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L. "La responsabilidad empresarial ...", op. cit., págs. 146 y 147 y "El ámbito material de la responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 289.

<sup>505</sup> LUQUE PARRA, M. "La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social", op. cit., págs. 283 y ss. y "La descentralización productiva ...", op. cit., págs. 588 y 589.

<sup>506</sup> Sobre este extremo, me remito a las consideraciones y argumentos efectuados supra.

Social pues dispone que dichas mejoras "tendrán los caracteres atribuidos a las prestaciones ... y un vez establecidas ... se entenderá que forman parte, a todos los efectos, de la acción protectora de la Seguridad Social". Por su parte, el Tribunal Supremo parte de una concepción amplia de la Seguridad Social que engloba a las mejoras voluntarias pues para el mismo "dentro de la materia de Seguridad Social son incluibles tanto la acción protectora de carácter público, obligatoria y mínima, cuanto la de naturaleza voluntaria, complementaria o autónoma"<sup>507</sup>

Pero incluso se puede afirmar que no es del todo relevante determinar si las mejoras voluntarias son o no estricta Seguridad Social a efectos de la aplicación de la responsabilidad solidaria del art. 42.2 pues, como ya se sabe, dicho precepto no predica la responsabilidad respecto a las obligaciones de Seguridad Social, sino en relación a las meramente referidas a la Seguridad Social. Este requisito de la referibilidad, como ya se ha dicho, se puede entender como toda conexión funcional con el sistema público de prestaciones, conexión que resulta manifiesta en las mejoras de carácter complementario en tanto que, aún de origen privado, son adicionadas a las establecidas por el sistema público de Seguridad Social.

En último lugar, resulta muy significativa la reforma operada en el art. 44.1 del ET por el art. 2.2 de la Ley 12/2001 de 9 de julio<sup>508</sup>. La nueva redacción del precepto estatutario

---

<sup>507</sup> Añade el TS, como fundamentación de la anterior aserción, que "Las mejoras voluntarias son aludidas por el artículo 41 CE y figuran expresamente contempladas por los arts. 21, 181 y 182 de la Ley General de la Seguridad Social. Integran pues, su sistema". TS 3 de abril de 1995, ar. 2907 y 25 de septiembre de 1995, ar. 6886. En contra, GALLARDO MOYA, R. "Las mejoras complementarias del Sistema de la Seguridad Social en la negociación colectiva", RL, 1991, vol. II, pág. 473, para el que las mejoras voluntarias no forman parte del sistema de Seguridad Social, sino que son salario diferido, por no reunir los caracteres de publicidad, obligatoriedad y solidaridad exigidos por el art. 2 de la LGSS.

<sup>508</sup> Ley 12/2001 de 9 de julio de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad. Dicha disposición legal trae su (continúa...)

incluye en el ámbito objetivo de la subrogación del empresario cesionario, además de los compromisos de pensiones del cedente, "en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente".

Dado que el ámbito material de la responsabilidad disciplinada en el art. 44, como ocurre con el art. 42, comprende los derechos y obligaciones de Seguridad Social, con la particularidad presente en el primero de los preceptos de hacer mención expresa a las obligaciones resultantes de la protección social complementaria, existe una razón de más para, por vía analógica, entender que la responsabilidad del art. 42 del ET por obligaciones de Seguridad Social alcanza también a dicha protección social complementaria<sup>509</sup>.

Por su evidente repercusión en el ámbito de la responsabilidad empresarial por obligaciones derivadas del establecimiento de mejoras voluntarias y planes de pensiones del sistema empleo, se ha de tener en cuenta que la disposición adicional 1ª del TRLPFP (RDLG 1/2002 de 29 de noviembre) prevé para las empresas que mantengan compromisos por pensiones con sus trabajadores la obligación de externalizar los riesgos por pensiones de jubilación, invalidez y muerte y supervivencia<sup>510</sup>.

---

<sup>508</sup> (...continuación)  
origen del RDL 5/2001 de 2 de marzo.

<sup>509</sup> La reforma operada en el art. 42 ET por la Ley 12/2001, dicho sea de paso, hubiese sido una excepcional ocasión para dar solución expresa a esta cuestión, (como ha ocurrido con el art. 44) así como a otros problemas interpretativos que suscita el precepto estatutario.

<sup>510</sup> Obligación que fue introducida en la LPFP (Ley 8/1987 de 8 de junio) por la disposición adicional 11ª de la LOSSP (Ley 30/1995 de 8 de noviembre) y ha sido desarrollada por el RD 1588/1999 de 15 de octubre, que aprueba el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios. De acuerdo con su art. 1 y con las disposiciones transitorias 14ª y 15ª de la LOSSP, el plazo para que las empresas lleven a cabo el proceso de externalización concluía el 1 de enero de 2001, plazo extendido hasta el 16 de noviembre de 2002 por la disposición adicional 25ª de la Ley 14/2000 de 29 de diciembre y que ahora acoge la disposición transitoria 4ª del TRLPFP.

La principal novedad está en que ya no se admite la mejora directa de las prestaciones por las propias empresas tal y como prevé el art. 193 de la LGSS sino que la obligación de externalizar se deberá instrumentar "mediante contratos de seguro, a través de la formalización de un plan de pensiones o de ambos" y sin que sea posible "la cobertura de tales compromisos mediante la dotación por la empresa de fondos internos, o instrumentos similares, que supongan el mantenimiento por parte de ésta de la titularidad de los recursos constituidos" (disp. adic. 1ª TRLPFP y arts. 1 y 3.3 RD 1588/1999). Como se ha apreciado, la citada obligación legal afecta a toda mejora voluntaria (establecida habitualmente por la negociación colectiva) ya se trate de una prestación periódica o de una cantidad a tanto alzado y a los compromisos por pensiones vigentes a la entrada en vigor de la LOSSP y que deriven de obligaciones legales o contractuales del empresario con sus trabajadores<sup>511</sup>.

Pues bien, la incidencia de esta novedosa instrumentación de la Seguridad Social complementaria en el sistema legal de responsabilidades del art. 42 del ET se hace evidente por el reforzamiento que con ella se ha producido de las garantías con que cuentan los trabajadores y demás beneficiarios de los compromisos por pensiones<sup>512</sup>, reforzamiento que, desde mi punto de vista, ha colocado en un segundo plano la operatividad del mecanismo estatutario de responsabilidad solidaria en el ámbito de las obligaciones derivadas de sistemas de previsión social voluntaria.

---

<sup>511</sup> GALA DURÁN, C. "El régimen jurídico de las mejoras ...", op. cit., págs. 146 y 147.

<sup>512</sup> La finalidad garantista es innata al mecanismo de la externalización pues, tal y como señala la exposición de motivos del RD 1588/1999, "el régimen de instrumentación y, en su caso, exteriorización de los compromisos por pensiones de las empresas ... protege los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios en caso de insolvencia o de dificultades financieras para la empresa".

### 3.3.4. Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene.

De manera similar a la problemática que plantean las mejoras voluntarias a la hora de determinar su inclusión o exclusión del ámbito de responsabilidad solidaria del art. 42, se presenta esa misma cuestión respecto al recargo de prestaciones económicas previsto en el art. 123.1 de la LGSS. En efecto, por una parte plantea dificultades la determinación de cuál sea la naturaleza jurídica del mismo, sancionatoria o resarcitoria, pues los distintos principios jurídicos que caracterizan al Derecho sancionador y al Derecho de daños determinarán la aplicación o no del régimen de solidaridad en la responsabilidad empresarial. Por otra, es preciso determinar si el empresario principal puede constituir el "empresario infractor" al que se refiere el art. 123.2 LGSS como sujeto responsable de su abono.

La cuestión resulta espinosa en tanto exige la interpretación de cuatro preceptos normativos concurrentes en el estudio de la misma; el art. 42.2 del ET, el art. 24.3 de la LPRL, el art. 42.3 del TRLISOS y el art. 123.2 de la LGSS. Con ello se tratará de determinar si puede encontrar base legal en todos o en alguno de ellos una hipotética responsabilidad solidaria del empresario principal en el abono del mencionado recargo de prestaciones económicas<sup>513</sup>.

---

<sup>513</sup> La cuestión antes se regulaba en el art. 153 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el trabajo, el art. 40 de la LISOS y el art. 93 de la LGSS de 1974. La primera de las normas mencionadas establecía una responsabilidad solidaria de empresario principal y contratista por el cumplimiento de las obligaciones de seguridad e higiene cuando la prestación se desarrolla en el centro de trabajo del principal. La segunda, añadía además la condición de que se tratase de la contratación de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal. Finalmente, el art. 93 de la LGSS de 1974, al igual que el vigente 123 del texto actual, hace recaer la responsabilidad del abono del recargo sobre el empresario infractor. Los condicionantes exigidos por el art. 40 de la LISOS, y el art. 153 de la Ordenanza se funden ahora en un sólo precepto, el art. 42.3 del TRLISOS (antes, 42.2 LPRL), con lo que la regulación y la problemática en esencia, viene siendo la misma, esto es, si al ser el empresario principal deudor de seguridad respecto a los trabajadores del contratista que desarrollen su actividad en los centros de trabajo (continúa...)



Una primera aproximación, aconseja acercarse a la caracterización técnico-jurídica del recargo<sup>514</sup>. Es generalmente admitido que este concepto económico tiene una naturaleza compleja pues participa de un doble carácter, resarcitorio y punitivo<sup>515</sup>. El carácter resarcitorio deriva de su justificación en la necesidad de compensar el daño sufrido por el trabajador a consecuencia de la conducta culposa y lesiva del empresario consistente en la no adopción de las medidas de seguridad y/o salubridad a las que está legalmente obligado, esto es, en la relación causa-efecto entre la lesión del trabajador y el incumplimiento empresarial. El carácter sancionador proviene de traer su causa en la infracción de normas imperativas de seguridad e higiene en el trabajo. Sin embargo, no se trata de una cuestión pacífica en la doctrina. Por un lado, un importante sector se ha inclinado por el carácter sancionador del

---

<sup>513</sup>(...continuación)

del primero, puede dicho empresario principal ser "empresario infractor" a efectos del vigente art. 123 LGSS.

<sup>514</sup> Para un estudio global sobre el recargo de prestaciones y su caracterización técnico jurídica, cfr. PURCALLA BONILLA, M. A. "El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral. Análisis crítico de su configuración jurídico-positiva", Granada (Comares), 2000 y MONEREO PÉREZ, J.L. "El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo", Madrid (Civitas), 1992.

<sup>515</sup> Son de esta opinión, entre otros, ALFONSO MELLADO, C.L. "Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral", Valencia (Tirant lo Blanch), 1998, págs. 33 y 34. "El recargo de las prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene", TRS, n° 101, 1999, pág. 16. MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J. "Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo", Madrid (MacGraw-Hill), 1996, pág. 310, DEL REY GUANTER, S. "Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social", Madrid (MTSS), 1990, pág. 396., GONZÁLEZ BIEDMA, E. "El sistema sancionador", en AAVV. "La Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Su incidencia en la empresa", Barcelona (Foment del Treball Nacional-Gestió 2000), 1996, pág. 103, GARCÍA ORTEGA, J. "El recargo de prestaciones económicas por accidente de trabajo o enfermedad profesional", TRS, n° 125, 2001, pág. 55. PURCALLA BONILLA, M. A. "Notas sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo", RTSS, n° 18, 1995, págs. 85 y 89 (si bien el autor, en obra posterior que se cita más adelante, revisa esta postura y la modifica).

recargo<sup>516</sup>; por otro, otras posiciones doctrinales, han puesto en tela de juicio esta última naturaleza aduciendo, entre otras razones, que, aunque es un órgano de la Administración Pública el que decide la imposición del recargo, su perceptor es el propio trabajador por lo que prepondera el elemento resarcitorio<sup>517</sup>.

La cuestión está en que si ciertamente está presente en el recargo el elemento sancionador, resultará preciso el respeto al elemento personal de la sanción de modo que, en principio, no será posible extender objetivamente la responsabilidad de su abono al empresario principal cuando el contratista ha incurrido en una acción u omisión sancionable. En cualquier caso y, como ya se ha observado, en la imposición del recargo (cualquiera que sea su naturaleza) el principio de culpabilidad ha de estar presente "sea como fuere" para que pueda darse la

---

<sup>516</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. "El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo", op. cit., pág. 73. "La responsabilidad empresarial...", op. cit., págs. 118 y 119. "El ámbito material de la responsabilidad empresarial...", op. cit., págs. 278 y 279, (si bien, el autor, en estas obras, matiza que el recargo, aunque tiene naturaleza predominantemente sancionadora, tiene componentes mixtos, típicos de la punición y de la reparación). MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo", RGD, n° 619, 1996, págs. 3373 y ss.; "La responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Régimen legal. Criterios jurisprudenciales", Valencia (Editorial Práctica de Derecho), 1996, págs. 48 a 54. SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F. "Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", Valencia (Tirant lo Blanch), 1996, pág. 188. ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L. "Instituciones de Seguridad Social", op. cit., pág. 147. GARCÍA NINET, J.I. "Recargo de las prestaciones económicas en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por omisión de medidas de seguridad (en torno al art. 93 LGSS y la reciente jurisprudencia)", TRS, n° 2, 1991, pág. 24. MOLINA NAVARRETE, C. "Otra vez a vueltas con el problema de la configuración jurídica del recargo de prestaciones por omisión de las medidas de prevención de riesgos: la nueva modernidad de una institución jurídica clásica", REDT, n° 79, 1996, págs. 792 y 823 a 825, aunque este último autor califica más matizadamente el recargo como "sanción civil punitiva o indirecta".

<sup>517</sup> APARICIO TOVAR, J. "Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo", REDT, n° 49, 1991, págs. 734 y 735. CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva...", op. cit., pág. 150. Sostienen con este y otros argumentos la naturaleza indemnizatoria: PURCALLA BONILLA, M. A. "El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral...", op. cit., págs. 67 a 77. MOLINER TAMBORERO, G. "La responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo en el sistema de la Seguridad Social", TRS, n° 125, 2001, pág. 42.

imputabilidad<sup>518</sup>, pues, como es conocido, no cabe la responsabilidad solidaria administrativa sin concurrencia de dolo o culpa de ambos responsables<sup>519</sup>. Por tanto, es necesario, como ya ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional, descartar los criterios de imputación objetiva en favor de los culpabilísticos o de imputación subjetiva<sup>520</sup>. Esto es, el empresario principal podrá responder del recargo no como responsabilidad por hecho ajeno sino por acción u omisión propia.

Aunque la jurisprudencia del extinto Tribunal Central de Trabajo ponía la atención en la cuestión de la naturaleza jurídica del recargo con el fin de determinar su exclusión o inclusión en el ámbito de la responsabilidad solidaria del empresario principal<sup>521</sup>, y alguna posición doctrinal asimismo ha atribuido relevancia a dicha cuestión<sup>522</sup>, la imputabilidad del recargo que efectúa el art. 123 de la LGSS sobre el empresario infractor hace innecesario indagar sobre la misma pues, incluso atribuyéndole por hipótesis una naturaleza puramente indemnizatoria, ello no conduciría al soslayo del elemento culpabilístico ya que, a la vista de dicho precepto, el elemento determinante es la culpabilidad, esto es, el empresario infractor. Por esa razón la doctrina y el Tribunal Constitucional han reparado en que el problema de la naturaleza del recargo no

---

<sup>518</sup> GARCÍA PIQUERAS, M. "Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales ...", op. cit., pág. 55 (nota a pie n° 69).

<sup>519</sup> MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J. "Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo", op. cit., pág. 306.

<sup>520</sup> Para la sentencia del TC 246/1991, de 19 de diciembre "el principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado, resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva sin culpa".

<sup>521</sup> Por todas, TCT 29 de septiembre de 1981, ar. 5470, según la cual, la responsabilidad por falta de medidas de seguridad no puede alcanzar a personas distintas del empleador dado el carácter sancionador y personalista del recargo.

<sup>522</sup> LLANO SÁNCHEZ, M. "Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas", op. cit., pág. 326, nota a pie n° 898.

tiene tantas repercusiones prácticas, ya que la Ley y la jurisprudencia abordan de manera extensa sus problemas aplicativos<sup>523</sup>.

De acuerdo con lo anterior y, como se sabe, sobre el empresario principal pesan unos específicos deberes de información, colaboración y vigilancia en materia de seguridad e higiene cuando la contrata se desarrolla en sus centros de trabajo (art. 24 LPRL). Si la imposición del recargo responde a un criterio de imputación subjetiva, resulta entonces coherente que pueda ser declarado responsable de su abono dicho empresario cuando se constate un incumplimiento de esos mismos deberes. Así, constituiría un requisito elemental para la imposición del recargo el incumplimiento directo por el empresario principal de las normas de prevención de riesgos laborales<sup>524</sup> pues, como ha afirmado el profesor MONEREO "que el empresario principal es responsable directo del cumplimiento efectivo de las medidas de seguridad (y no sólo el empresario contratista o subcontratista) es un dato normativo que constituye un argumento razonable para proyectar la responsabilidad del pago del recargo derivado de

---

<sup>523</sup> ALFONSO MELLADO, C.L. "El recargo de las prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene", op.cit., pág. 16 y "Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral", op.cit., pág. 34.

El TC en su sentencia 81/1995 de 5 de junio, Fund. Jco. 5º, determina que "es innecesario terciar en la polémica doctrinal sobre la naturaleza jurídica de esta figura", opción reprochada por MONTOYA MELGAR, A. "Sentencia 81/1995, de 5 de junio. Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y responsabilidades del empresario directo y el empresario principal", en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A. "Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social", Tomo XIII, Madrid (Civitas), 1996, pág. 167.

<sup>524</sup> GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. "Los sujetos responsables de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social en supuestos de contratas y subcontratas", op. cit., pág. 56 y "Algunos aspectos polémicos del régimen jurídico del recargo de prestaciones públicas de la Seguridad Social del art. 123 LGSS: exigencias constitucionales de tipicidad, determinación del sujeto responsable en supuestos de descentralización productiva a través de contratas y subcontratas y concurrencia de un comportamiento negligente del trabajador", AS, nº 17, 1999, págs. 42 y 43. Razona la autora, en esta última obra, que "mientras que en la responsabilidad civil se admite una responsabilidad automática en el pago de la indemnización a la empresa principal siempre que se cumplan los requisitos funcional, espacial y temporal antes enunciados (que se trate de una contrata de la propia actividad, desarrollada en el centro de trabajo del principal, y que la infracción se produzca durante la vigencia de la contrata), la responsabilidad administrativa de la empresa principal no puede adoptar esos perfiles objetivos". Los paréntesis son míos.

situaciones originadas precisamente por el incumplimiento de dichas normas de seguridad"<sup>525</sup>. De esta forma, la eventual solidaridad de la responsabilidad entre el empresario principal y el contratista en el abono del recargo no residiría en una extensión objetiva hacia el primero de la responsabilidad, sino en una imputación subjetiva conjunta de la infracción de los deberes en que se fundamenta el recargo<sup>526</sup>.

Esta es la posición más reciente que ha sostenido la jurisprudencia. Se ha considerado que el empresario principal puede ser responsable del abono del recargo no ya tanto ex art. 42 del ET, sino ex art. 123 de la LGSS, acudiendo para ello al concepto de "empresario infractor" que se contiene en dicho precepto puesto en relación con el art. 24.3 de la LPRL y 42.3 del TRLISOS<sup>527</sup>. En efecto, razona la sentencia del TS 18 de abril de 1992 que cuando los empleados de la empresa contratista desarrollan su actividad "bajo el control y la inspección de la empresa principal, o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta ... es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario

---

<sup>525</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. "El ámbito material de la responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 281; "La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación", op. cit., págs. 122 y 123 y "El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo", op. cit., pág. 93.

<sup>526</sup> Opinión unánime en la doctrina. Cfr., LUQUE PARRA, M. "La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral", Madrid (CES), 2002, pág. 165, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. "Los sujetos responsables de las mejoras voluntarias ...", op. cit., pág. 56. ALFONSO MELLADO, C.L. "El recargo de las prestaciones ...", op. cit., pág. 20

<sup>527</sup> Sentencias TS ud. 18 de abril de 1992, ar. 4849, 16 de diciembre de 1997, ar. 9320, 5 de mayo de 1999, ar. 4705, 2 de octubre de 2000, ar. 9673 y TC 81/1995 5 de junio. Son numerosas asimismo las sentencias de Tribunales inferiores que siguen esta doctrina en suplicación y, en consecuencia, estiman que el empresario principal puede ser calificado como "empresario infractor" cuando se ha apreciado un incumplimiento por su parte de sus obligaciones preventivas, singularmente, la de vigilancia ex art. 24.3 de la LPRL: Sentencias TSJ Andalucía 9 de junio de 1997, ar. 4836, 30 de abril de 1997, as. 2781, 26 de junio de 1998, ar. 3556, Asturias 24 de enero de 1997, as. 759, 23 de julio de 1999, as. 2217, País Vasco 9 de abril de 2002, as. 2012, 21 de octubre de 1997, as. 3522, 27 de enero de 1998, as. 5112, Navarra 10 de mayo de 1996 (RL, vol. II, 1996, págs. 849 y ss.), 10 de febrero de 1997, as. 505, 18 de julio de 1997, as. 2538, Aragón 11 de febrero de 1998, as. 702 y 10 de julio de 1999 (AL, 1999, vol. III, págs. 4484 y ss.).

principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por este"<sup>528</sup>.

En efecto, como el propio Tribunal Constitucional ha sostenido, por "empresario", a estos efectos, no hay que entender el del art. 1.1 ET, sino, en sentido más amplio, aquél que es deudor de seguridad, de forma que empresario infractor puede serlo tanto el contratista como el empresario principal, como ambos simultáneamente<sup>529</sup>.

Quiere con ello decirse, y es posición que aquí se comparte, que no todo incumplimiento cometido por el contratista de las obligaciones de seguridad e higiene ha de implicar necesariamente un incumplimiento de la empresa principal y viceversa. Son cuatro, por lo tanto, los supuestos posibles de infracción generadoras del recargo, a saber: infracción exclusivamente imputable al empresario principal, infracción exclusivamente imputable al contratista, infracciones simultáneas pero diferenciadas por parte de uno y otro, generadoras de dos sanciones distintas y, por último, infracción o infracciones simultáneas generadoras de una responsabilidad in solidum<sup>530</sup>

---

<sup>528</sup> Recurre además esta sentencia al tantas veces utilizado argumento de que los frutos o resultados obtenidos por los trabajadores del contratista repercuten en provecho patrimonial del empresario principal. Por otro lado, considera que la obligación de responder por el recargo está comprendida en las "obligaciones referidas a la Seguridad Social" del art. 42.2 ET pues dicho recargo acompaña a las prestaciones que si se comprenden en el ámbito de responsabilidad empresarial. Fundamenta asimismo la solución en el art. 153 de la OGST (el equivalente al actual 42.3 TRLISOS) ya que este precepto proclama la responsabilidad solidaria del empresario principal en el cumplimiento de las obligaciones en materia de prevención, si bien limitada en relación a los trabajadores que presten sus servicios en los centros de trabajo de la empresa principal, precepto que califica no de contrapuesto sino concordante con el art.42.2 del ET. Finalmente se remonta el TS al concepto de culpa aquiliana del art. 1902 del Código Civil.

<sup>529</sup> TC 81/1995 de 5 de junio.

<sup>530</sup> En el mismo sentido, pero previendo sólo los tres primeros supuestos, CRUZ VILLALÓN, J. "Outsourcing y Relaciones Laborales", op. cit., pág. 325. Por su parte, la sentencia del TS de 18 de abril de 1992, ar. 4849, afirma asimismo que en estos supuestos la determinación del concepto de empresario infractor "se complica (continúa...)

Criterio distinto sería el de considerar que el contratista es, en todo caso, responsable del recargo y el principal lo será de modo personal (civil, administrativa o penalmente) cuando haya participado en la infracción de normas de seguridad. Se trata esta de una postura minoritaria en la doctrina, defendida por MONTOYA MELGAR<sup>531</sup> que entiende que "empresario infractor" es sólo el empresario laboral del trabajador accidentado, esto es, el empresario contratista, no pudiéndose extender la responsabilidad solidariamente al principal porque la solidaridad no se presume. Solución asimismo proclive a negar la responsabilidad solidaria del empresario principal fue la adoptada por una anterior y ya superada corriente de la sala 3ª del Tribunal Supremo<sup>532</sup>. Dicha solución, no obstante, es incompatible con la noción de empresario infractor en los términos anteriormente referidos pues no se puede desconocer que se pueden presentar supuestos en los que los riesgos soportados por el trabajador de la empresa contratista se derivan de situaciones que están exclusivamente bajo la esfera de actuación del empresario principal cuando al

---

<sup>530</sup> (...continuación)

sobremañera, surgiendo siempre en cada supuesto la interrogante de si alcanza sólo al empresario directo o propio, o sólo al principal, o a ambos a la vez".

<sup>531</sup> MONTOYA MELGAR, A. "Sentencia 81/1995 ...", op. cit., págs. 168 y 169. La misma posición se refleja en MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J. "Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo", op. cit., pág. 311, y en MONTOYA MELGAR, A. y AGUILERA IZQUIERDO, R. "Sobre el régimen jurídico-laboral de contratas y subcontratas (un apunte con la última doctrina de los tribunales del orden social)", AS, n° 18, 2000, pág. 59.

<sup>532</sup> TS 16 de febrero de 1990, ar. 777, 10 de mayo de 1990, ar. 3744 y 1 de diciembre de 1990, ar. 9702. Los argumentos que dichas sentencias sostenían para negar la responsabilidad solidaria del empresario principal respecto a las infracciones administrativas son, en síntesis, la vigencia del principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo sancionador que impide extender de manera objetiva la responsabilidad al empresario principal pues, de lo contrario, se vulneraría la presunción de inocencia del art. 24 CE; en segundo lugar que el art. 153.2 de la OGSHT (precepto en vigor por aquel entonces) que establecía la responsabilidad solidaria, se refiere al cumplimiento de las obligaciones que impone la Ordenanza respecto a los trabajadores y el pago de una multa no es una obligación respecto a estos sino respecto al Estado sancionador; en tercer lugar, que la idea de solidaridad es incompatible con el sentido propio del régimen sancionador en el que lo lógico es que el estado imponga la sanción a todos y cada uno de los sancionados y no a cualquiera de ellos y, finalmente, que la entrada en vigor de la Ley 8/1980 del ET y su art. 42 ha derogado el art. 153 de la OGSHT, ciñendo la responsabilidad solidaria a obligaciones salariales y de Seguridad Social sin hacer mención a las de seguridad e higiene en el trabajo. Obviamente, esta argumentación ya no se sostiene a la luz de los arts. 123.2 LGSS, 24 LPRL, y 42.3 TRLISOS.

mismo corresponde el control de la obra o del tajo correspondiente<sup>533</sup>.

En suma, se trata de considerar "empresario responsable" a aquél que tenga el control sobre los medios, instrumentos o ambiente de trabajo susceptible de generar la situación de riesgo ocasionadora del accidente y ello, sin perjuicio de que el empresario directo, como deudor de seguridad, deba cumplir con sus propias obligaciones preventivas, siendo responsable igualmente en caso de no haberlas observado<sup>534</sup>. Esta posición, además, encuentra acogida en el art.17 del Convenio n° 155 de la OIT sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores<sup>535</sup> y en el art. 6.4 de la Directiva 89/391 de 12 de junio sobre mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo<sup>536</sup>.

Para que la empresa principal responda solidariamente del recargo de prestaciones la normativa de aplicación exige que se trate de una infracción de normas de seguridad cometida en el centro de trabajo del principal, que se trate de una contrata de la propia actividad de dicho empresario, y que la infracción tenga lugar durante la vigencia de la contrata respecto a los trabajadores empleados por la contratista en el centro de trabajo

---

<sup>533</sup> Es el supuesto previsto, entre otros muchos, en la sentencia TSJ Aragón 21 de junio de 1999, as. 1757, donde se declara la responsabilidad exclusiva de la empresa principal al no existir incumplimiento imputable al contratista y tener lugar el accidente en el centro de trabajo del principal y dentro de su círculo rector y organizativo.

<sup>534</sup> Ello ha permitido a la sentencia del TSJ Murcia 11 de junio de 2001, as. 1475, declarar responsables solidarios del abono del recargo al empresario principal y al contratista en un accidente sufrido por un trabajador del primero y ocasionado por un trabajador del segundo.

<sup>535</sup> Convenio n° 155 de la OIT, de 22 de junio de 1981 (ratificado por España el 26-7-1985, BOE de 11-11-1985) sobre "Seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo". Dicho precepto establece que "siempre que dos o más empresas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo tendrán el deber de colaborar en la aplicación de las medidas previstas en el presente Convenio".

<sup>536</sup> Que establece el deber de cooperar en la seguridad, higiene y salud a las empresas que tengan trabajadores en un mismo lugar de trabajo, deber de coordinación que, como se sabe, inspira el vigente art. 24 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales.



del principal. (art. 24.3 Ley 31/1995 de 8 de noviembre y art. 42.3 RDLG 5/2000 de 4 de agosto que aprueba el TRLISOS). Veamos dichos condicionantes legales por separado.

En cuanto al requisito de que la infracción tenga lugar en el centro de trabajo del principal, por centro de trabajo ha de entenderse no el del art. 1.1 del ET sino, en sentido más amplio, como equivalente a lugar de trabajo<sup>537</sup>, esto es, "las áreas del centro de trabajo, edificadas o no, en las que los trabajadores deban permanecer, o a las que puedan acceder en razón de su trabajo. Se consideran incluidos en esta definición los servicios higiénicos y locales de descanso, los locales de primeros auxilios y los comedores. Las instalaciones de servicio o protección anejas a los lugares de trabajo se considerarán como parte integrante de los mismos"<sup>538</sup>. La razón de ser de esta interpretación estriba en la necesidad de garantizar una protección eficaz en aquellos ambientes de trabajo (trabajo al aire libre como el tendido de líneas eléctricas y telefónicas, trabajo móvil como los de montaje y reparación, etc) que no encajan en la noción de centro de trabajo del art. 1.1 del ET<sup>539</sup>,

---

<sup>537</sup> La doctrina es unánime en esta consideración, cfr. por todos, GARCÍA NINET, J.I. "Obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad y salud en los supuestos de contratas y subcontratas. Consideraciones en torno al art. 24 (coordinación de actividades empresariales) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, págs. 277, 278 y 286. Cfr. también "Coordinación de actividades empresariales: relaciones interempresariales, descentralización productiva (Contratas y subcontratas) y prevención de riesgos laborales (I) y (II)", TRS, n° 96, 1998, págs. 5 y 6, TS, n° 97, 1999, pág. 5.

<sup>538</sup> Art. 2 del RD 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo. Por su parte, el art. 3. c) del Convenio n° 155 de la OIT, de 22-6-1981, dispone que la expresión lugar de trabajo abarca todos los sitios donde los trabajadores deben permanecer o adonde tienen que acudir por razón de su trabajo, y que se hallan bajo el control directo o indirecto del empleador.

<sup>539</sup> En el mismo sentido, GOERLICH PESET, J.M°. "Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales", AL, n° 8, 1997, pág. 128. ALFONSO MELLADO, C.L. "Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral", op. cit., pág. 56, y "El recargo de las prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene", op. cit., pág. 21.

además de ser una interpretación más acorde con lo dispuesto en las normas internacionales que inspiran el art. 24 LPRL<sup>540</sup>.

Se trata, en definitiva, de entender como centro de trabajo a efectos de obligaciones preventivas y responsabilidad, no sólo los lugares técnicamente considerados como tales, sino también todos aquellos donde se extiendan las obligaciones de seguridad por encontrarse bajo el control y supervisión del empresario y en los que desarrolle la actividad laboral o, cuanto menos, den acceso al ejercicio de la actividad laboral<sup>541</sup>.

Es importante advertir que, aunque es requisito típico para la imposición del recargo que la infracción se haya producido en el centro de trabajo del principal, son por hipótesis imaginables supuestos de contratas desarrolladas fuera del centro de trabajo del principal donde se produce un accidente de trabajo imputable a la no observancia por este último de sus deberes de seguridad. Piénsese, por ejemplo, en un accidente de trabajo derivado de la utilización de materias primas maquinaria o útiles de trabajo proporcionados por la empresa principal a la contratista sin haber observado la primera su obligación de dar traslado a la segunda de la información precisa para el empleo de esas materias y utensilios en condiciones de seguridad y salubridad, tal y como prevé el art. 24.4 de la LPRL.

---

<sup>540</sup> El art. 2 de la Directiva 89/564 de 30 de noviembre, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, extiende su ámbito de aplicación a "los lugares destinados a albergar puestos de trabajo situados en los edificios de la empresa y/o del establecimiento, incluido cualquier otro lugar dentro del área de la empresa y/o del establecimiento al que el trabajador tenga acceso en el marco de su trabajo".

<sup>541</sup> Este último supuesto es el enjuiciado por la sentencia del TSJ Asturias 23 de julio de 1999, as. 2217, en el que el trabajador de una empresa contratista que se encargaba de la construcción de una estructura de hormigón por cuenta de una principal, sufre un accidente al desplomarse sobre el mismo un portón de acceso a la obra que se situaba a unos 45 metros de la misma. El Tribunal, a efectos de la responsabilidad por el abono del recargo, considera que el portón es centro de trabajo o parte del mismo.

En estos casos, ya que el accidente se ha producido debido a la omisión por el empresario principal de dar traslado de la referida información, éste deberá responder del abono del recargo, ya sea directamente como empresario infractor ex art. 123 de la LGSS si el contratista no tuvo conocimiento alguno de dicha información, ya como responsable solidario con el contratista<sup>542</sup>, sin perjuicio de la eventual repetición, vía regreso, entre los empresarios principal y contratista y entre el principal y el fabricante, importador o suministrador de las materias, maquinaria y útiles empleados<sup>543</sup>.

En segundo lugar, la responsabilidad solidaria del empresario principal en el abono del recargo tendrá lugar si se trata de una contrata de la propia actividad. Sin entrar ahora en el análisis de esta expresión y la virtualidad de su coincidencia con la contenida en el art. 42.1 del ET<sup>544</sup>, interesa ahora efectuar alguna consideración crítica sobre la justificación de este requisito como modulador de la responsabilidad empresarial en el abono del recargo a la luz de los pronunciamientos doctrinales sobre el particular y de su utilización por la jurisprudencia.

En efecto, como el art. 42 del ET predica la responsabilidad del empresario principal por las obligaciones del contratista "referidas a la Seguridad Social" cuando se trate de una contrata de la propia actividad y el art. 42.3 del TRLISOS impone la responsabilidad solidaria del empresario principal con los

---

<sup>542</sup> GONZÁLEZ LABRADA, M. "Responsabilidad por daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones de seguridad e higiene en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios", AS, 1998, vol. II, pág. 2578. ALFONSO MELLADO, C.L. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., págs. 57 y 58, y "El recargo de las prestaciones ...", op. cit., págs. 21 y 22.

<sup>543</sup> PURCALLA BONILLA, M. A. "El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral", op. cit., pág. 148.

<sup>544</sup> Sobre este particular, vid. GOERLICH PESET, J.M\*. "Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales", op. cit., pág. 142 y ss.

contratistas y subcontratistas a los que se refiere el art. 24.3 de la LPRL (esto es, los que desarrollen en el centro de trabajo del principal contratas de su propia actividad), por el cumplimiento durante el período de la contrata de las obligaciones impuestas en dicha Ley en relación con los trabajadores que aquellos ocupen en los centros de trabajo del principal, la jurisprudencia del TS exige para la declaración de responsabilidad del empresario principal en el abono del recargo que se trate de una contrata de la propia actividad<sup>545</sup>.

El problema que se plantea es que, si bien es cierto que dicho requisito trae su origen de dos preceptos normativos (tanto el contenido en el art. 42.1 del ET como el del art. 24.3 de la LPRL), también lo es que no está muy justificada su presencia para la eventual declaración de responsabilidad del empresario principal en el abono del recargo de prestaciones, pues si ya se convino que el empresario principal puede ser calificado como empresario infractor ex art. 123 de la LGSS y dicha calificación depende de dos factores como son la producción de un accidente y que éste sea consecuencia de la no observancia por dicho empresario de los deberes de seguridad y cuidado a los que está legalmente obligado, resulta lógico colegir que el empresario principal pudiera ser responsable del abono del recargo independientemente de si la contrata fuera o no de la propia actividad pues el cumplimiento por el mismo de sus deberes de seguridad es ajeno a la catalogación de la contrata como de propia o no propia.

---

<sup>545</sup> TS 18 de abril de 1992, ar. 4849, F°.J°. 3°, si bien la referencia no se efectúa a los arts. 42.3 del TRLISOS y 24.3 de la LPRL, por no encontrarse en vigor dichos preceptos en la fecha de los hechos enjuiciados, sino al art. 153 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo que proclamaba la responsabilidad solidaria del empresario principal con idénticos requisitos. La doctrina de suplicación, viene asimismo exigiendo tradicionalmente que la contrata sea de la propia actividad para poder declarar responsable solidario al empresario principal, cfr., por todas, TSJ Castilla León, 25 de junio de 1996, as. 1718 y TSJ Cataluña 10 de abril de 1996, as. 1425.

Así pues, desde mi punto de vista, no es tan importante que la actividad contratada o subcontratada forme parte de la propia actividad del empresario principal pues, cuando se trata de la imputabilidad subjetiva del pago de recargo de prestaciones lo realmente relevante es determinar qué empresario es empresario infractor.<sup>546</sup>

No es baladí recordar que cuando se desarrolla en el centro de trabajo del principal una contrata que no sea de la propia actividad pesa sobre este y los contratistas y subcontratistas un deber de coordinación en la aplicación de las medidas preventivas (art. 24.1 LPRL) y asimismo el empresario principal titular del centro de trabajo, en relación con los contratistas y subcontratistas que operan en el mismo, está obligado a proporcionarles la información e instrucciones adecuadas en materia de riesgos y protección frente a los mismos para su traslado a sus respectivos trabajadores (art. 24.2 LPRL). Pues bien, si esos deberes pesan sobre el empresario principal, nada impide que se determine que haya sido su no observancia la causante de un accidente de un empleado de la empresa contratista y, en consecuencia, que sea responsable del abono del recargo, directa o solidariamente, el empresario principal como empresario infractor ex art. 123 de la LGSS aún no tratándose de una contrata de la propia actividad<sup>547</sup>.

La minusvaloración del requisito de la propia actividad ha sido también ponderada por la jurisprudencia unificadora, para

---

<sup>546</sup> GARCÍA ORTEGA, J. "El recargo de prestaciones económicas por accidente de trabajo o enfermedad profesional", op. cit., pág. 59. MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma del art. 42 del E.T. ...", op. cit., pág. 305 y "Dimensión laboral ...", op. cit., pág. 114.

<sup>547</sup> En el mismo sentido, ALFONSO MELLADO, C.L. "Responsabilidad empresarial en materia de seguridad ...", op. cit., págs. 58 y 59 y "El recargo de prestaciones ...", op. cit., pág. 22, GOERLICH PESET, J.M. "Coordinación de actividades ...", op. cit., págs. 140 y 141. LLANO SÁNCHEZ, M. "Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas", op. cit., pág. 327.

la cual, lo decisivo no es tanto esta calificación como el que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad<sup>548</sup>.

En último lugar, que la infracción se haya de producir durante la vigencia de la contrata y respecto a los trabajadores empleados por la contratista en el centro de trabajo del principal supone la existencia un condicionante temporal y otro subjetivo de la responsabilidad solidaria de este en el abono del recargo. De esta manera, la responsabilidad ya no será solidaria sino personal de cada empresario en relación, por una parte, con las infracciones cometidas tanto antes del inicio de la contrata como una vez concluida su ejecución<sup>549</sup> y en relación, por otra, con las infracciones cometidas respecto a trabajadores "propios" de la empresa principal que concurren laboralmente con los de la empresa contratista<sup>550</sup> y con las cometidas respecto a trabajadores de la contratista empleados en centros de los que no sea titular el empresario principal a salvo, como ya se indicó, del supuesto previsto en el art. 24.4 de la LPRL.

---

<sup>548</sup> Sentencias TS ud 16 de diciembre de 1997, ar. 9320 y 5 de mayo de 1999, ar. 4705. Razona esta última que aunque la sentencia de 18 de abril de 1992, ar. 4849 "se refiere a un supuesto en el que había coincidencia entre la actividad contratada y la propia de la empresa principal y se cita por ello el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, la decisión de esta sentencia no se funda de forma decisiva en este dato, sino en una interpretación del art. 93 de la Ley General de Seguridad Social". Un crítica a esta sentencia de 1999, por entrar en colisión con el tenor literal de los arts. 24.3 y 42.2 LPRL (este último reemplazado por el vigente art. 42.3 TRLISOS) en GONZÁLEZ DÍAZ, F.A. "Alcance de la deuda de seguridad y salud en el trabajo en los supuestos de contratas y subcontratas", AS, 1999, vol. II, pág. 2713 y en "La obligación empresarial de prevención de riesgos laborales", Madrid (CES), 2002, pág. 89.

<sup>549</sup> Téngase en cuenta que, aunque la infracción se haya cometido durante la vigencia de la contrata, dicha infracción puede haber prescrito con lo que no sería responsable de su abono ninguno de los empresarios implicados. Los plazos de prescripción son los previstos en el art. 4.5 del TRLISOS, (anterior art. 51 LPRL) según el cual, en materia de prevención de riesgos laborales, las infracciones prescriben las leves al año, las graves a los tres años, y las muy graves a los cinco años, contados desde la fecha de la infracción.

<sup>550</sup> Salvo que sea la empresa contratista la causante del accidente sufrido por el trabajador de la empresa principal y se aprecie concurrencia culpabilística de esta última. Cfr., la ya citada sentencia TSJ Murcia 11 de junio de 2001, as. 1475.

Un última consideración es necesario efectuar relacionada con la fundamentación jurídico-formal de la responsabilidad solidaria de los empresarios principal, contratista y contratista en el abono del recargo. Si bien está claro que la misma se hace residir en los arts. 123.2 de la LGSS, 24.3 de la LPRL y 42.3 del TRLISOS, ninguna referencia se ha hecho a la cuestión, planteada al inicio de este epígrafe, de si dicha responsabilidad encuentra también su acogida en el art. 42.2 del ET.

Si bien se ha sostenido que es y ha sido determinante para la determinación de la responsabilidad del empresario principal en el abono del recargo la noción de empresario infractor del art. 123 LGSS, y el propio Tribunal Supremo ha puesto el acento en ello<sup>551</sup>, también es cierto que nada obsta a que dicha responsabilidad pueda tener también acogida en la expresión "obligaciones referidas a la Seguridad Social" del art. 42.2 en tanto el recargo, al adicionarse a la prestación pública, recibe el tratamiento de prestación de Seguridad Social<sup>552</sup>. Seguramente por este motivo, en ocasiones, se ha hecho residir, sin mayores argumentaciones, la fundamentación de la responsabilidad solidaria de los empresarios principal, contratista y subcontratista en el abono del recargo en la expresión

---

<sup>551</sup> Me refiero a la ya citada sentencia TS 18 de abril de 1992, ar. 4849.

<sup>552</sup> Doctrina y jurisprudencia han catalogado el recargo como prestación de Seguridad Social. Para la doctrina, incluso para algunos de los que sostienen su naturaleza sancionadora, el recargo de prestaciones es una prestación de Seguridad Social agregada a la prestación pública ordinaria que sigue, por asimilación, el régimen jurídico de esta. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L. "La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos", op. cit., pág. 122; "El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo", op. cit., pág. 93; y "El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contratas", op. cit., pág. 281. También es de esta opinión CRUZ VILLALÓN, J. que, como ya se dijo, apuesta, en cambio, por la naturaleza indemnizatoria del recargo. Cfr. "Descentralización productiva ...", op.cit., pág. 150. El Tribunal Supremo también ha llegado a calificar explícitamente el recargo como prestación de Seguridad Social, cfr. sentencia TS 18 de abril de 1992, ar. 4849, Fund. Jco. 3°.

"obligaciones referidas a la Seguridad Social" del art. 42 del ET, además de en los preceptos aludidos anteriormente<sup>553</sup>.

3.4. La solicitud de certificación de descubierto en las cuotas y su incidencia en la materialización de la responsabilidad.

3.4.1. Consideraciones generales sobre la cautela legal y su ubicación sistemática en el art. 42.1 del ET.

Como es conocido, el art. 42.1 del ET contiene una cautela legal que pesa sobre el empresario comitente y que incide ostensiblemente en el régimen de responsabilidad solidaria instaurado en el párrafo siguiente de la norma estatutaria. El empresario principal deberá comprobar la solvencia del contratista o subcontratista con la Seguridad Social y, a tal efecto, deberá solicitar a la Tesorería General de la Seguridad Social, por escrito y con identificación de la empresa afectada, la emisión de una certificación negativa de descubierto de cuotas sociales referidas a dicho empresario<sup>554</sup>. La Tesorería deberá emitir la certificación inexcusablemente en el plazo de treinta

---

<sup>553</sup> CARRILLO MÁRQUEZ, D. "Descentralización productiva y recargo por falta de medidas de seguridad e higiene. Comentario a la STSJ Aragón (Sala de lo Social) de 10 de julio de 1999", AL, 1999, vol. III, pág. 4481. ALFONSO MELLADO, C.L. "Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral", op. cit., pág. 54; y "El recargo de las prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene", op. cit., pág. 20. GARCÍA PIQUERAS, M. "Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales ...", op. cit., pág. 55. Asimismo, la sentencia del TSJ Navarra 10 de mayo de 1996 (RL, 1996, vol. II, págs. 849 y ss) considera el recargo como una obligación referida a la Seguridad Social, a los efectos del art. 42.2 ET, matizando que, sin embargo, en todo caso la responsabilidad solidaria ha ser además vinculada a la idea de "empresario infractor". En contra, MONTOYA MELGAR, A. "Sentencia 81/1995 ...", op. cit., pág. 168, para el que una cosa es la responsabilidad de abono del recargo y otra las obligaciones en materia de afiliación, altas, bajas y cotización que son las que comprende exclusivamente la expresión "obligaciones referidas a la Seguridad Social" del art. 42.2 del ET.

<sup>554</sup> El antecedente inmediato de la certificación negativa de descubierto es el llamado "carnet de empresa con responsabilidad" que se otorgaba por la extinta Organización Sindical. El art. 4 del Decreto 3677/1970 de 17 de diciembre y el posterior art. 19.2 de la posterior Ley de Relaciones Laborales, preveían que el empresario que decidiese contratar o subcontratar con otros la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad, debían exigir a estos la posesión de dicho carnet. Sobre el particular, cfr. in extenso, MARTÍNEZ GARRIDO, L.R. "Tratamiento laboral ...", op. cit., págs. 46 a 48.



días hábiles e improrrogables<sup>555</sup> en los términos que reglamentariamente se establezcan<sup>556</sup>.

La primera consideración que resulta oportuno efectuar sobre el particular es que, como ya ha apreciado la doctrina, se trata de un mandato normativo de Seguridad Social<sup>557</sup> aunque por su ubicación parezca una norma de Derecho del Trabajo "strictu sensu". Y es norma de Seguridad Social no sólo por su mismo contenido, sino también, como se verá, por su incidencia en la

---

<sup>555</sup> En el proyecto original del art. 42 el plazo era de quince días. Pasó a treinta como consecuencia de una enmienda transaccional presentada "in voce" por el Partido Comunista en el debate del pleno del Congreso. Dicha enmienda constituía una alternativa a otras enmiendas precedentes de ese grupo parlamentario que proponían la eliminación de la referencia al transcurso del plazo como supuesto de exoneración. Los términos "inexcusablemente" e "improrrogables" fueron también fruto de esa enmienda, en la que expresamente se matizó que no implicaban que la entidad gestora tuviera que emitir necesariamente el certificado. Cfr. "Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados", Sesión Plenaria n° 55, en MERINO MERCHÁN, J.F. (Edit.) "Estatuto de los Trabajadores. Trabajos Parlamentarios", Madrid (Cortes Generales), 1980, pág. 797. Por otro lado, este plazo, aunque no lo diga la norma, es de días hábiles porque se trata de un plazo para la actuación de un ente administrativo. SEMPERE NAVARRO, A.V. "Fenómenos interempresariales", en AAVV. "La reforma laboral de 2001. Análisis del Real Decreto-Ley, 5/2001, de 2 de marzo", Navarra (Aranzadi), 2001, pág. 106. Anteriormente, coincidieron en esta opinión: GARCÍA MURCIA, J. "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores", op. cit., pág. 34, MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 249, y PÉREZ CAPITÁN, L. "La responsabilidad en materia de cotización a la Seguridad Social en las contratas y subcontratas", RDS, n° 5, 1999, págs. 165 y 166. Idéntico criterio ha sido mantenido por la Circular de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 17 de febrero de 1997. Ejemplar facilitado por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Alicante.

<sup>556</sup> La remisión a un futuro desarrollo reglamentario es fruto de la reforma operada en el art. 42 ET por el RDL 5/2001, de 2 de marzo, convertido en posterior Ley 12/2001 de 9 de julio. Como ha advertido la doctrina, este desarrollo reglamentario concretará el modo en que se debe llevar a cabo la solicitud por el empresario y el modo en que habrá de librar la Tesorería la certificación. SEMPERE NAVARRO, A.V. "Fenómenos interempresariales ...", op. cit., pág. 106. Llama la atención que la reforma se haya centrado en esta cuestión, dejando aún sin resolver otras muchas que plantea el precepto en relación a este tema, como cuál es el objeto de la comprobación, la responsabilidad de la que se puede exonerar el empresario principal, los supuestos de exoneración, y el tiempo durante el que la misma se extiende. Cfr., en el mismo sentido, CAMPS RUIZ, L.M. "La subcontratación de obras y servicios tras el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo", en ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M. y GOERLICH PESET, J.M., "La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 5/2001", Valencia (Tirant lo Blanch), 2001, pág. 61.

<sup>557</sup> ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G. "El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia", op. cit., pág. 204. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E. "Derecho del Trabajo", op. cit., pág. 116. MONTOYA MELGAR, A. y AGUILERA IZQUIERDO, R. "Sobre el régimen jurídico laboral ...", op. cit., pág. 55.

responsabilidades de este orden previstas en el apartado segundo del art. 42 del ET<sup>558</sup>.

En segundo lugar, huelga decir que dicha previsión rige tan sólo para las contratas de obras o servicios de la propia actividad pues ello es manifiesto del tenor literal del art. 42.1 ET<sup>559</sup>. No obstante, dado que el concepto de propia actividad es, como se ha visto, oscuro y necesitado de casuística delimitación jurisprudencial y, por otro lado, la solicitud de certificación negativa y su resultado tienen, como se va a ver, una clara incidencia en el régimen de exoneración del empresario principal, es conveniente que todo empresario que contrate o subcontrate obras o servicios, sean o no de la propia actividad, efectúe cautelarmente dicho deber de comprobación pues, a la postre, la calificación de una actividad como propia o no propia obviamente no va a depender del propio empresario que encarga la realización de la contrata sino de la eventual resolución judicial.

Desde la primera redacción del precepto estatutario en 1980, la previsión normativa de solicitud de certificación negativa plantea numerosos interrogantes interpretativos sobre los que, lamentablemente, no ha incidido la reforma operada en el mismo por la Ley 12/2001 de 9 de julio. Por su parte, como ya se ha dicho, la remisión que se efectúa a un futuro desarrollo reglamentario viene ceñida a la forma y procedimiento para la solicitud de la certificación por el empresario y para su emisión por la Tesorería General, por lo que, a salvo de los problemas

---

<sup>558</sup> No tiene, en cambio, dicha previsión normativa efectos en el ámbito de las responsabilidades por obligaciones salariales, extremo ya denunciado por la doctrina. Cfr. GALA DURÁN, C. "La responsabilidad en materia salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras o servicios: puntos críticos", op. cit., págs. 396 y 397, y "La responsabilidad en materia salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios", op. cit., pág. 245.

<sup>559</sup> La sentencia TS, sala 1ª, 2 de abril de 1998, ar. 1911, repara en esto mismo y justifica que la empresa principal en el supuesto de autos no solicitase la certificación negativa porque se trataba de una contrata no perteneciente a su propia actividad. Cfr. Fund. Jco. 1º.

planteados en relación con estas cuestiones, el desarrollo reglamentario no será instrumento hábil para zanjar el resto de las cuestiones que plantea la confusa redacción legal.

Existe una cuestión de la que, desde mi punto de vista, es necesario dejar constancia con carácter previo al análisis de los específicos problemas que plantea la solicitud de la certificación administrativa ya que es preciso adoptar una posición clara sobre la misma para poder dar a dichos problemas una solución más coherente con la configuración jurídica del art. 42 del ET. Se trata de si los apartados primero y segundo del art. 42 del ET, deben ser considerados como un todo inescindible o como dos mandatos normativos independientes. La cuestión tiene su incidencia sobre la caracterización jurídica de la solicitud de certificación de descubierto porque, como es conocido, la misma se encuentra en el apartado primero del art. 42, por lo que si se considera que dicho apartado es independiente del segundo, se puede afirmar que el deber de solicitud de certificación negativa es un deber autónomo que rige para los empresarios comitentes y cuya inobservancia lleva aparejadas responsabilidades específicas e independientes a las disciplinadas en el apartado segundo. Si, al contrario, se considera que los dos mandatos normativos son interdependientes, la solicitud de certificación negativa tiene que ser pensada en cuanto a su instrumentalidad e incidencia sobre el régimen de responsabilidad empresarial diseñado en el apartado segundo de la norma.

La doctrina que ha estudiado el régimen jurídico de las contratas y subcontratas ha dado pie a este debate en tanto un sector de la misma (GARCÍA PIQUERAS) ha considerado que los dos

primeros apartados del art. 42 ET, son mandatos independientes<sup>560</sup>, dos normas distintas que contienen supuestos de hecho y consecuencias jurídicas asimismo diferentes<sup>561</sup>. Sin embargo, dicha concepción de la norma no se comparte aquí pues, como ha apreciado, entre otros, el profesor VIDA SORIA los dos mandatos normativos contenidos en dichos apartados son interdependientes y constituyen, por tanto, una sólo norma<sup>562</sup>. Buena prueba de ello es la referencia que en el apartado segundo se efectúa al transcurso del plazo de treinta días, establecido en el apartado primero, para que la Tesorería General emita la certificación de descubierto como supuesto de exoneración a la responsabilidad solidaria instaurada en dicho segundo apartado<sup>563</sup>.

---

<sup>560</sup> GARCÍA PIQUERAS, M. "Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales", op. cit., págs. 38 a 42. Similar visión de los dos primeros apartados del art. 42 del ET parece sostener OLMO GASCÓN, A.M. "Los derechos laborales del trabajo en contratos", op. cit., págs. 77 y 78, para la que el apartado primero establece una responsabilidad de carácter subsidiario por cuotas de Seguridad Social anteriores a la contrata o subcontrata, responsabilidad que es específica e independiente de la del apartado segundo.

<sup>561</sup> Idéntico planteamiento parece seguir, aunque no de manera explícita, MARTÍN VALVERDE, A. en tanto hace un estudio independiente de ambos apartados a los que identifica como "dos núcleos normativos" y como "normas" contenidas en el art. 42 ET y además, cataloga la previsión de solicitud de la certificación administrativa como "deber" instrumental de la prohibición de celebrar contratos con contratistas morosas cuyo incumplimiento acarrea una responsabilidad administrativa al empresario comitente. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., págs. 211 y 212, 243 y 244, 254 y 255. Sin embargo, el autor, en un trabajo posterior, parece corregir su postura pues habla de la relación existente entre la responsabilidad solidaria en materia de Seguridad Social, del párrafo 2º del art. 42 y el incumplimiento del deber de comprobación. Cfr. "Garantías por cambio de empresario", en AAVV. "Comentario al ET", Dir. Monereo Pérez, J.L., Madrid (Comares), 1998, pág. 524.

<sup>562</sup> Incluso el profesor VIDA SORIA ha llegado a afirmar para, sostener esta tesis, que nada impide que los dos apartados sean leídos en sentido ordinal diverso. Cfr. Prólogo a la obra de Manuel García Piqueras, "Régimen jurídico de ...", op. cit., págs. 9 y 10.

<sup>563</sup> En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo. Cfr. sentencias TS, sala 3ª, 28 de octubre de 1996, ar. 7714 y, sala 4ª, 9 de abril de 1984, ar. 2057 y 19 de mayo de 1998, ar. 4730. La posición mantenida por GARCÍA PIQUERAS resulta extremadamente forzada por apriorística. No es de extrañar que si el autor considera el apartado primero del art. 42 ET como un mandato normativo independiente del segundo, considere que dicho apartado es "una regulación a medio camino" por estar desprovisto de consecuencia jurídica; que el precepto "se detiene en lo adjetivo, sin atender a lo sustantivo, lo que le hace perder pie peligrosamente, con riesgo de desplome por inconsistente", llegando incluso a plantearse "si nos encontramos ante un vacío normativo o más bien se trata de un indiferente jurídico". Concluye el autor en el absurdo de que "al no determinar el art. 42.1 el contenido material de la responsabilidad que pretende imponer, ésta se diluye por inconcreta", a lo que añade el contrasentido de afirmar que el incumplimiento del deber de solicitud de la certificación es una falta administrativa susceptible sanción pero vacía de contenido (continúa...)

### 3.4.2. La configuración legal de la certificación por descubiertos: consecuencias en el plano de la responsabilidad empresarial.

Son múltiples las cuestiones que, en relación a la solicitud de certificación de descubiertos<sup>564</sup>, han sido objeto de atención por precedentes estudios doctrinales y deben ser objeto aquí de revisión. Es preciso efectuar precisas consideraciones sobre cuestiones como el fundamento y funcionalidad de dicha previsión normativa; la determinación del sujeto que debe efectuar la solicitud, el procedimiento para la misma, y el objeto de la comprobación. También convendrá detenerse en su configuración como un deber o una facultad; en el momento en que debe practicarse la solicitud para que produzca plenos efectos y, finalmente, en su incidencia sobre el régimen de responsabilidad legal en cuanto a la concreta responsabilidad de la que puede verse exonerado el empresario principal y los supuestos de exoneración según cuál sea el sentido de la certificación.

---

<sup>563</sup> (...continuación)

porque la infracción no se encuentra tipificada en la norma. Cfr. "Régimen jurídico ...", op. cit., págs. 40 a 42. Desde mi punto de vista, la situación de indefinición que el autor achaca al apartado primero del art. 42 ET, es precisamente consecuencia natural de esa visión fragmentada que se sostiene del mismo y que sería fácilmente superable si se sostuviese que la norma estatutaria es básicamente una sola.

<sup>564</sup> Nótese que se evita la utilización de la expresión solicitud "certificación negativa por descubiertos" que es la que emplea la vigente redacción del art. 42.1 del ET, en tanto resulta evidente que la solicitud practicada por el empresario es simplemente de la certificación administrativa cualquiera que sea el sentido de la misma, positivo o negativo, pues este extremo lo habrá de determinar la Dirección Provincial de la Tesorería que emita la certificación. El art. 10.3 b) del RGR. ha subsanado esta imprecisión al establecer que los empresarios que contraten o subcontraten podrán recabar de la Tesorería "certificación negativa o positiva por descubiertos". En igual consideración lógica ya había reparado la doctrina. MARTÍNEZ EMPERADOR, R. "El Estatuto de los Trabajadores ...", op. cit., pág. 17; LLANO SÁNCHEZ, M. "Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas", op. cit., pág. 198.

A) Fundamento de la previsión normativa de solicitud de certificación de descubierto.

Aunque, como se comprobará más adelante, la previsión normativa de solicitud de una certificación de descubiertos referida a las cotizaciones del contratista correspondientes a períodos anteriores a la solicitud no constituye la instauración de una prohibición legal de subcontratar con empresas que no se encuentren al corriente en el pago de sus cuotas a la Seguridad Social<sup>565</sup>, se puede afirmar que la finalidad de la misma es evitar dicha posibilidad pues, si la razón que late en el fondo del conjunto normativo del art. 42 es la protección de los intereses económicos de los trabajadores y de la Seguridad Social en una estructura de trabajo descentralizada, resulta coherente que con la solicitud de certificación administrativa se trate no ya de prohibir sino de incentivar la no contratación con empresarios contratistas de dudosa solvencia. Téngase en cuenta, además, que si no fuera restringido el acceso a la actividad empresarial de las contratistas morosas, estas se encontrarían en una clara posición ventajosa en el mercado ofreciendo precios inferiores a los de las empresas contratistas que cumplen escrupulosamente con sus obligaciones sociales<sup>566</sup>

---

<sup>565</sup> Prohibición que eventualmente chocaría con el derecho constitucional a la libertad de empresa del art. 38 CE. Ni siquiera se impide, aunque no lo diga expresamente el art. 42 ET, el perfeccionamiento de la contrata ni se obliga a la paralización de los trabajos en tanto no se obtenga la certificación de descubierto pues, como ha apreciado con buen criterio GARCÍA MURCIA, J., la referencia legal al transcurso del plazo de treinta días como vía de exoneración, presupone la posibilidad de que la contrata se haya iniciado antes de la obtención de la certificación pues, en otro caso, mal se podría hablar de una responsabilidad que todavía no existe. En "El trabajo en contratas y ...", op. cit., pág. 33. En el mismo sentido, CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 158. En contra, MARTÍNEZ EMPERADOR, R., ha opinado que que el empresario debe esperar a la respuesta de la Tesorería para poder celebrar la contrata pues sólo de esa manera sería eficaz el deber de comprobación. "El Estatuto de los Trabajadores y ...", op. cit., pág. 19.

<sup>566</sup> PÉREZ CAPITÁN, L. "La responsabilidad en materia de cotización a la Seguridad Social en las contratas y subcontratas", RDS, n° 5, 1999, pág. 165.

Desde esa perspectiva se comprende que el objetivo sea el de sanear el mercado de contratas a través de un mecanismo legal de incentivación del interés empresarial por conocer si el empresario al que se le ha encargado la contrata es regular en el ingreso de sus cuotas sociales<sup>567</sup>. De otra forma, no se podría entender muy bien la asociación de consecuencias exoneratorias para el empresario principal a la efectiva práctica de esa solicitud.

En todo caso es importante advertir que el tema del fundamento de esta previsión normativa se encuentra en íntima conexión con el momento en que se debe practicar la solicitud de la certificación (cuestión también controvertida) pues no han faltado voces en la doctrina que han puesto el acento no en la finalidad profiláctica de la misma, como medio de evitar la contratación con un contratista moroso sino en su concepción como mecanismo de previsión contable ya que permite al empresario principal retener las cantidades que el contratista adeude a la Seguridad Social para descontárselo del precio a pagar por la totalidad o parte de la obra realizada<sup>568</sup>. Si se sostiene esta fundamentación desde luego no se podrá estar pensando en una solicitud de certificación con carácter previo al inicio de la contrata sino al finalizar la misma puesto que es en ese momento y no antes cuando el empresario principal puede conocer el concreto montante de su responsabilidad por cotizaciones

---

<sup>567</sup> En la idea de saneamiento del mercado de contratas como fundamento de esta previsión estatutaria pone el acento la mayoría de la doctrina y la escasa jurisprudencia que se ha pronunciado sobre esta cuestión, cfr. CAMPS RUIZ, L.M. "La obligación empresarial de comprobar la solvencia del contratista o subcontratista: significado y consecuencias", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 252, y "La subcontratación ...", op. cit., págs. 61 y 62. GARCÍA MURCIA, J. "El trabajo en contratas y la cesión ...", op. cit., págs. 13 y 31. MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 212. SALA FRANCO, T. y otros, "Derecho del Trabajo. Tomo II", 4ª edic., op. cit., pág. 87. MARTÍNEZ GARRIDO, L.R. "Tratamiento laboral ...", op.cit., pág. 48. SEMPERE NAVARRO, A.V. "Fenómenos interempresariales", op. cit., pág. 105. TS, sala 3ª, 28 de agosto de 1996, ar. 7714.

<sup>568</sup> CALVO GALLEGOS, F.J. "La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios", TL, nº 56, 2000, pág. 76.

pendientes del contratista<sup>569</sup>. No obstante, esta cuestión será abordada más adelante con mayor detenimiento.

B) Sujeto que debe efectuar la solicitud de certificación administrativa.

Sin lugar a dudas, es el empresario principal el que debe proceder a la solicitud de la certificación administrativa referida al contratista encargado de la realización de la obra o servicio. El problema se plantea cuando el contratista a su vez encomienda la realización de la totalidad o parte del encargo a un tercero subcontratista pues surge el interrogante de si el empresario principal debe solicitar una segunda certificación administrativa referida a este subcontratista o si es el contratista, actuando como principal, el que debe proceder a dicha solicitud.

En mi opinión existen diversas razones que permiten inclinarse por la segunda de las opciones posibles<sup>570</sup>.

La primera de ellas es el tenor literal del art. 42.1 en cuanto al sujeto activo de la solicitud: "Los empresarios que contraten o subcontraten". Quiere ello decir que el principal ha de solicitar la certificación respecto a su contratista en caso de contrata, y el contratista respecto a el subcontratista en caso de subcontrata. Se trata de una relación bilateral o bipolar en la que, a cada uno de los empresarios, principal en la contrata y contratista en la subcontrata, les incumbe la adopción

---

<sup>569</sup> En consecuencia, AGÍS DASILVA, M., dado que sostiene esta concepción de la solicitud de certificación negativa, defiende, como se verá, una solicitud de certificación practicada de manera previa al cumplimiento por el principal de su obligación de pago al contratista. En "El deber de comprobación empresarial en contratas y subcontratas del artículo 42 ET", TRS, nº 42, 1994, págs. 46 a 48.

<sup>570</sup> Sin vacilaciones también se decanta por esta solución, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. "Las responsabilidades del empresario principal ...", op. cit., pág. 151.



de dicha cautela formal respecto al empresario al que le ha encargado la realización de los trabajos sin que se extienda el deber de comprobación a la relación principal-subcontratista, pues la necesaria comprobación de deudas sociales de este último corresponde al contratista que le antecede.

En segundo lugar, ya se tuvo ocasión de apuntar que la responsabilidad a la que se refiere el art. 42.2 es una responsabilidad a duo, principal-contratista y contratista-subcontratista, sin que pueda hablarse de una responsabilidad solidaria del empresario principal por las obligaciones salariales y de Seguridad Social de toda la cadena de subcontratistas que suceden al contratista inicial. Si esto es así, y la solicitud de certificación administrativa tiene su incidencia en la exoneración de responsabilidad, es necesaria una consonancia entre la bilateralidad de la relación de responsabilidad y la bilateralidad en la solicitud de la certificación administrativa.

Finalmente, hay que tener en cuenta que cuando la cadena de subcontratistas es muy extensa puede resultar muy dificultoso para el empresario principal el conocimiento de todas y cada uno de las subcontrataciones que se efectúen y asimismo enojoso tener que llevar a cabo tantas solicitudes de certificaciones administrativas como subcontratistas en la cadena<sup>571</sup>. Si la solicitud de certificación administrativa tan sólo incumbiese al empresario principal (el primero en la cadena), este, para conseguir una eficaz protección de sus intereses patrimoniales, tendría que optar entre controlar al máximo las subcontrataciones que se efectuasen para poder solicitar las correspondientes

---

<sup>571</sup> Como advierte, LLANO SÁNCHEZ, M. "no pueden ignorarse las enormes dificultades de la articulación de un deber de comprobación en estos supuestos, especialmente cuando la descentralización productiva tiene más de un grado, dando lugar a una cadena de subcontratas", en "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 188.

certificaciones o estipular en el contrato de empresa una cláusula por la cual se prohíbe al contratista la realización de una contrata de segundo grado, ya sea en términos absolutos o ya supeditándolo a la previa autorización del principal.

C) El procedimiento para efectuar la solicitud y el objeto de la comprobación.

Sobre cómo ha de proceder el empresario principal para solicitar la certificación negativa, el art. 42.1 no proporciona suficiente información, en espera, se entiende, del futuro desarrollo reglamentario. Así, tan sólo se especifica que la información se recabará por escrito y con identificación de la empresa afectada. Por esta razón, no parece preciso especificar los concretos trabajadores de la empresa contratista sobre los que la Tesorería debe certificar sino que la solicitud ha de ser genérica y, por consiguiente, como se verá a continuación, también lo habrá de ser la certificación que se referirá a todos los trabajadores de la empresa contratista independientemente de que estén ocupados o no en las tareas subcontratadas<sup>572</sup>.

En efecto, si el objeto de la comprobación es determinar si los contratistas están al corriente en el pago de sus cuotas a la Seguridad Social, se plantea si la certificación ha de limitarse a determinar simplemente si la empresa certificada presenta o no descubiertos o si debe especificar además su cuantía, períodos a los que se refiere, y trabajadores a los que afecta. Como ha apreciado la doctrina, la práctica administrativa demuestra que el contenido de las certificaciones administrativas es muy parco, limitándose a determinar si existen o no descubiertos de cuotas pero sin precisar su cuantía ni respecto a qué períodos y trabajadores, ni siquiera si las cotizaciones

---

<sup>572</sup> LLANO SÁNCHEZ, M. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 197.

efectuadas corresponden a todos los conceptos por los que se debió cotizar o al contrario se ha producido una infracotización<sup>573</sup>.

En cualquier caso, comparto con MARTÍNEZ EMPERADOR que esta solución es la más respetuosa con la intimidad personal puesto que la publicidad de esos datos administrativos podría extenderse a sujetos no realmente interesados ya que para expedir la certificación basta que la solicite cualquier empresario que alegue su propósito de celebrar una contrata<sup>574</sup>. Téngase en cuenta además que, como se apuntó anteriormente, la finalidad del documento emitido por la Tesorería es informar al principal sobre la solvencia del contratista respecto a la Seguridad Social pero nada más; siendo ello así, una certificación administrativa limitada a constatar si existen o no descubiertos del contratista se encuentra perfectamente sintonizada con dicha finalidad.

Adviértase además que la certificación seguirá limitándose a la mera acreditación de existencia o inexistencia de cotizaciones sociales pendientes de pago independientemente de que la solicitud se haya iniciado antes o después de iniciada la contrata.

También téngase en cuenta que la certificación se ha de pronunciar tan sólo y únicamente sobre la existencia o no de

---

<sup>573</sup> MARTÍNEZ GARRIDO, L.R. "Tratamiento laboral ...", op. cit., pág. 49, que llega a calificar a la certificación administrativa de "documento absolutamente insuficiente para precisar la posición del contratista respecto a la Seguridad Social", LUQUE PARRA, M. "La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios", op. cit., pág. 291 y "La descentralización productiva y la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social", op. cit., pág. 594.

<sup>574</sup> En, "El Estatuto de los Trabajadores ...", op. cit., pág. 17. En el mismo sentido, MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 250. En contra, GARCÍA MURCIA, J. "El trabajo en contratas", op. cit., pág. 34, nota a pie n° 67, quien opina que el derecho a la intimidad está suficientemente protegido en tanto defiende que la certificación sólo se puede solicitar, una vez iniciada la contrata, por el empresario que acredite la celebración de la misma.

cuotas sociales pendientes, esto es, cotizaciones, conceptos de recaudación conjunta y recargos sobre unos y otros, pero no otros posibles conceptos, distintos a los anteriores, que adeude el contratista a la Seguridad Social, como pueden ser los capitales coste de renta que deban ingresar las empresas declaradas responsables de prestaciones por resolución administrativa, reintegros de préstamos concedidos por la Tesorería que tengan el carácter de inversión social, aportaciones de las empresas por ayudas equivalentes a jubilaciones anticipadas y ayudas previas a la jubilación ordinaria, etc. (art. 4 RGR).

**D) La solicitud de certificación administrativa: ¿deber o facultad?.**

El tenor literal del art. 42 del ET, "los empresarios que contraten o subcontraten con otros ... deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social", ha llevado a uno de los primeros comentaristas del precepto a sostener que la solicitud de la certificación administrativa constituye un deber legal del empresario principal, y como tal, su inobservancia es generadora de una responsabilidad administrativa; dicho deber lleva además aparejada una prohibición de celebrar contratas con contratistas deudoras con la Seguridad Social<sup>575</sup>.

---

<sup>575</sup> MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., págs. 243, 244 y 254. Para el autor, se trata de un deber que lleva implícito otro de mayor calado cual es la prohibición de celebrar contratas con empresas contratistas en situación de morosidad o insolvencia, deber que es el que origina un responsabilidad administrativa del empresario que no lo observa. Razona el mismo que la exigencia de comprobación de estar al corriente sería poco inteligible si no hubiese detrás un impedimento de contratación para las empresas que no se encuentren en esa situación. Por su parte, GARCÍA PIQUERAS, M. también lo conceptúa como deber legal cuyo incumplimiento genera una responsabilidad administrativa, aunque discrepa con el anterior, en que dicho deber lleve implícita una prohibición de realizar contratas con empresas morosas con la Seguridad Social. Cfr. "Régimen jurídico de las responsabilidades ...", op. cit., págs. 40 a 42.

Sin embargo, y pese al tenor literal de la norma, dicha tesis no puede compartirse aquí, ni es compartida por la mayoría de la doctrina. La solicitud de certificación negativa es un instrumento que el ordenamiento jurídico pone a disposición del empresario para que pueda informarse de la solvencia del contratista<sup>576</sup>, pero del que el mismo puede prescindir si confía en la solvencia del contratista<sup>577</sup>. El único ámbito donde si realmente existe una prohibición legal de realizar contratas con empresas que no se encuentren al corriente en sus obligaciones de Seguridad Social es en el de los contratos con Administraciones Públicas celebrados al amparo del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas<sup>578</sup> donde se establece dicha prohibición bajo sanción de nulidad de la contratación efectuada; sin embargo, no se configura un deber legal de la Administración de comprobar la solvencia del contratista con la Seguridad Social sino de este último de

---

<sup>576</sup> SALA FRANCO, T. y otros, "Derecho del Trabajo. Tomo II", 4ª edic., op. cit., pág. 87. BLAT GIMENO, F. "Análisis jurídico-laboral de la descentralización productiva", Valencia, 1989, págs. 111 a 113. CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva...", op. cit., págs. 159 y 160. Descartando, sin más argumentos, la configuración de la solicitud de certificación como deber, AGÍS DASILVA, M. "El deber de comprobación empresarial en contratas y subcontratas del artículo 42 ET", op. cit., pág. 43 y GARCÍA NINET, J.I. "Artículo cuarenta y dos.-Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios", en AAVV. "El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la ley 8/1980 de 10 de marzo", Madrid (RDP), 1981, pág. 304.

<sup>577</sup> Como señala SEMPERE NAVARRO, A.V., "la empresa, no obstante, puede prescindir de este trámite y afrontar sus eventuales responsabilidades, sea porque actúa a ciegas, sea porque confía ciegamente en la solvencia del contratista", en "Fenómenos interempresariales", op. cit., pág. 106. En contra, razona RAMÍREZ MARTÍNEZ, L.M. "Las responsabilidades...", op. cit., pág. 156, que no se trata de una facultad sino de "una especie de carga" ya que si el empresario no solicita la certificación no existe posibilidad de exoneración respecto a las deudas futuras que se generen durante la contrata.

<sup>578</sup> El art. 20 f) del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas prohíbe contratar con las Administraciones Públicas a las personas que no se hallan "al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determine" y el art. 22 sanciona con "nulidad de pleno derecho" las adjudicaciones de contratos en estas circunstancias. Asimismo el art. 62 b) establece como una de las causas de nulidad del contrato de adjudicación "el estar incurso el adjudicatario en alguna de las prohibiciones o incompatibilidades del artículo 20 de esta Ley"

acreditar estar al corriente en ese tipo de obligaciones para poder contratar con la Administración<sup>579</sup>.

La razón para descartar la configuración en el ET de la solicitud de certificación como obligación legal generadora de una responsabilidad administrativa es que no se prevé en nuestro ordenamiento una tipificación de una específica infracción empresarial relacionada con el incumplimiento de ese supuesto deber formal<sup>580</sup>, ni siquiera responsabilidad sancionadora asociada al incumplimiento del mismo. Tampoco está configurada en nuestro ordenamiento, a salvo de la establecida en el ámbito de las Administraciones Públicas, una prohibición legal de realizar contratas con contratistas de dudosa solvencia,

---

<sup>579</sup> El art. 79.2 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que el interesado en la adjudicación de la obra o servicio por parte de la Administración licitante deberá, entre otra documentación, acompañar a su proposición y en sobre aparte "la declaración responsable ... de hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, sin perjuicio de que la justificación acreditativa de tal requisito deba exigirse antes de la adjudicación a los que vayan a resultar adjudicatarios del contrato, a cuyo efecto se les concederá un plazo máximo de cinco días hábiles". Por su parte, el art. 8 del Real Decreto 390/1996 de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la anterior Ley, considera cumplido por la empresa el requisito de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social cuando, entre otras circunstancias, ha presentado "los documentos de cotización correspondientes a las cuotas de Seguridad Social y, si procediese, de los conceptos de recaudación conjunta con las mismas, así como las asimiladas a aquellas a efectos recaudatorios, correspondientes a los doce meses anteriores a la fecha de solicitud de la certificación" y acredita "estar al corriente en el pago de las cuotas o de otras deudas con la Seguridad Social", y el art. 9 de dicha norma específica que dichas circunstancias "se acreditarán mediante certificación negativa expedida por el órgano competente", esto es, mediante certificación positiva o negativa de descubierto emitida por la Tesorería General de la Seguridad Social.

<sup>580</sup> En la relación de faltas administrativas que recoge el TRLISOS, no aparece ninguna relativa a la solicitud de certificación negativa por el empresario principal. Es cierto que el art. 42.1 del TRLISOS establece que "las infracciones a lo dispuesto en los arts. 42 a 44 del ET determinarán la responsabilidad de los empresarios afectados en los términos allí establecidos", pero dado que el art. 42 del ET no establece una responsabilidad administrativa sino solidaria por las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas por los contratistas durante la vigencia de la contrata, la remisión que efectúa el art. 42.1 del TRLISOS hay que entenderla referida a esta responsabilidad y no a otra. Podría encontrarse, no obstante, un fundamento a la tesis de la responsabilidad administrativa en el art. 6.6 del mismo cuerpo legal en tanto considera infracción leve en materia laboral "cualesquiera otros incumplimientos que afecten a obligaciones meramente formales o documentales". Sin embargo, hay que descartar dicha posibilidad ya que el precepto se refiere a obligaciones formales del empresario como parte del contrato de trabajo, y es evidente que el empresario principal en una contrata no es parte del contrato de trabajo con el trabajador empleado en ella. Cfr., en el mismo sentido, CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 160, nota a pie n° 157.

prohibición que no se puede presumir porque vulneraría el art. 1090 del Código Civil<sup>581</sup> y, como ya se ha dicho, chocaría con la libertad de contratación que se inspira en el derecho de libertad de empresa del art. 38 de la CE<sup>582</sup>.

La conceptualización de la solicitud de certificación negativa como facultad y no como deber jurídico viene, por otra parte, confirmada en sede reglamentaria por el art. 10.3 b) del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social (RD 1637 /1995 de 6 de octubre) en tanto establece que "los empresarios que contraten o subcontraten con otros obras o servicios correspondientes a la propia actividad "podrán recabar" de la Tesorería la correspondiente certificación.

Así pues la solicitud de certificación administrativa sobre la solvencia del contratista en el art. 42. 1 del ET debe ser concebida no como deber jurídico cuyo incumplimiento acarrea una responsabilidad administrativa del empresario sino como facultad vinculada a la posible exoneración de responsabilidad por parte del empresario principal<sup>583</sup>.

---

<sup>581</sup> Según el art. 1090 del Código Civil, "las obligaciones derivadas de la ley no se presumen. Sólo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en leyes especiales, ..."

<sup>582</sup> Téngase en cuenta, además, que el período de 30 días cuyo transcurso da lugar a la exoneración de responsabilidad, presupone de por sí la posibilidad de haber celebrado la contrata independientemente de la situación de descubierto del contratista con la Seguridad Social. Este y otros argumentos para rechazar la tesis de la solicitud-deber en: CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., págs. 159 y 160

<sup>583</sup> Adviértase que el anterior art. 19.2 de la Ley de Relaciones Laborales establecía para el empresario principal un deber de exigir al contratista que estuviese al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social; en cambio el art. 42 del ET sustituye este deber por una mera comprobación de dicho extremo a la que apareja consecuencias exoneratorias para el empresario principal. En el mismo sentido, MARTÍNEZ EMPERADOR, R. "El Estatuto de los Trabajadores y ...", op. cit., págs. 13 y 14.

## E) Momento para practicar la solicitud.

Otra de las cuestiones sobre la que la doctrina ha prestado especial interés es la de en qué preciso momento el empresario principal debe proceder a la solicitud de la certificación de descubiertos para que esta tenga consecuencias exoneratorias sobre el régimen de responsabilidad solidaria previsto en la norma, cuestión que posiblemente constituya la más problemática<sup>584</sup> de las relativas al cumplimiento de este requisito formal por ponerlo de manifiesto las abundantísimas y dispares posiciones doctrinales<sup>585</sup>.

Ciertamente, son múltiples las posibilidades teóricas pues el precepto no determina explícitamente cuándo debe proceder el empresario a presentar esta solicitud. La norma puede estar refiriéndose a una solicitud previa al inicio de la contrata<sup>586</sup> o

---

<sup>584</sup> No obstante, LUQUE PARRA, M. quita relevancia a la cuestión del momento de la solicitud atendiendo a que si la finalidad del art. 42 ET es la protección de los intereses salariales y de Seguridad Social del trabajador afectado por un proceso descentralizador, da igual el momento en que se proceda a la solicitud ya que de la misma no será posible deducir si la empresa contratista es deudora o cumplidora respecto a ese trabajador. "La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios", en AAVV. "Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual", Valladolid (Lex Nova), 2001, págs. 290 a 293; "La descentralización productiva y la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social", en AAVV. "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del Trabajo", X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid (MTAS), 2000, págs. 594 a 596. Adviértase, no obstante, que si desde la perspectiva apuntada por el autor es cierto que la cuestión del momento de la solicitud no es tan relevante, si puede serlo desde la óptica de los posibles efectos exoneratorios que se pueden derivar para el empresario principal, pues es posible que una solicitud practicada por dicho empresario de manera muy extemporánea (por ejemplo, tras llevar ejecutándose la contrata durante un largo tiempo) no produzca los mismos beneficios exoneratorios para el mismo que la practicada de forma anterior o coetánea al inicio de la contrata o que las practicadas mes a mes durante la ejecución de la misma.

<sup>585</sup> Un estudio específico sobre esta concreta cuestión, puede encontrarse en AGÍS DASILVA, M. "El deber de comprobación empresarial ...", op. cit., págs. 40 a 48.

<sup>586</sup> Esta parece ser la postura mantenida por la mayoría de la doctrina científica, cfr. MARTÍNEZ EMPERADOR, R. "El Estatuto de los Trabajadores ...", op. cit., pág. 19, SALA FRANCO, T. y otros "Derecho del Trabajo. Tomo II", 4ª edic, op. cit., pág. 87, CAMPS RUIZ, L. M. "La obligación empresarial ...", op. cit., págs. 245 y 252, y "La subcontratación de obras y servicios tras ...", op. cit., pág. 61, TOLOSA TRIVIÑO, C. "La responsabilidad empresarial por contratas y subcontratas", op. cit., pág. 20, MONEREO PÉREZ, J. L. y VIÑAS ARMADA, J. Mª. "Comentario al artículo 127 de la Ley General de Seguridad Social", op. cit., pág. 1192, SEMPERE NAVARRO, A.V. "Fenómenos (continúa...)"



coetánea a la celebración de la misma<sup>587</sup> pues, si el fundamento de dicho mecanismo formal es sanear el mercado de contratas evitando la contratación de contratistas deudores con la Seguridad Social, lo lógico es pensar en una solicitud previa al inicio de la contrata que permita al empresario principal, a la vista del resultado de la certificación que se emita, decidir si adjudica la ejecución de la contrata a ese empresario o no la adjudica. Como ha señalado el profesor CAMPS<sup>588</sup>, sólo de esta forma el hecho de estar al corriente en las cuotas de Seguridad Social supondría "una buena carta de presentación" para el empresario contratista en aras a su selección por el empresario principal.

Otra hipótesis es que el precepto se esté refiriendo a la práctica de la solicitud una vez iniciada la ejecución de la contrata<sup>589</sup>. Dado que la solicitud de certificación y el sentido de esta puede producir efectos exoneratorios en el plano de la Seguridad Social por obligaciones de esta naturaleza contraídas

---

<sup>586</sup> (...continuación)

interempresariales", op. cit., pág. 106, MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "La descentralización productiva en el ordenamiento de la Seguridad Social: Contratas y subcontratas", op. cit., pág. 572, nota a pie n° 30, y cfr. misma obra con idéntico título en AAVV. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 610, nota a pie n° 30.

<sup>587</sup> CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 162; RAYÓN SUÁREZ, E. "La repercusión de la Seguridad Social en el Estatuto de los Trabajadores: la cotización", RSS, n° 7, 1980, pág. 48 sostiene que la obligación ha de cumplirse antes de la celebración del contrato o, en todo caso, de manera inmediata al comienzo de las prestaciones acordadas en el mismo. MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 247 sostiene que la solicitud se debe practicar antes de la contrata o, a lo más tardar, en la misma fecha en que se haya concertado en firme la contrata, aunque en una obra posterior, "Garantías por cambio de empresario", op. cit., págs. 527 y 528, cambia de criterio y sostiene la práctica de continuas solicitudes, con carácter mensual, durante la vigencia de la contrata fundamentándose en la realidad de la práctica empresarial y administrativa.

<sup>588</sup> CAMPS RUIZ, L. M. "La obligación empresarial de comprobar ...", op. cit., pág. 252.

<sup>589</sup> GARCÍA MURCIA, J. "El trabajo en contratas ...", op. cit., págs. 32 y 33, aunque el autor opina que se debe de reconocer al empresario contratante la posibilidad de desistir de la contrata si, una vez conocida la certificación, esta no le interesa para no asumir obligaciones ajenas. Desde luego, para ello sería preciso, como reconoce el autor, la realización de un precontrato en lugar de la contrata o la inserción de una cláusula resolutoria. MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L. sostiene que es posible la solicitud de la certificación tanto antes como después de iniciada la contrata, en "La titularidad de la empresa y el cambio de la misma", en AAVV. "El Estatuto de los Trabajadores. Jornadas de Estudio de los Magistrados de Trabajo", Madrid (IES), 1980, pág. 142.

por los contratistas con sus trabajadores durante la vigencia de la contrata, es razonable pensar que deba existir una consonancia entre las deudas objeto de certificación y aquellas de las que puede exonerarse el empresario principal, y esa consonancia sólo se dará si la comprobación se efectúa una vez iniciada la contrata. En este sentido, no sería descabellado pensar que la norma no está pensando en una única solicitud sino en varias efectuadas una vez iniciada la contrata y por períodos mensuales de manera que cada una de las certificaciones que la Tesorería emita sólo producirá para el empresario principal efectos exoneratorios respecto a las mensualidades objeto de certificación<sup>590</sup>.

En efecto, como ha puesto de relieve el profesor MARTÍN VALVERDE<sup>591</sup>, aunque del tenor literal del art. 42.1 se desprenda que el deber de comprobación es de tracto único, en la práctica empresarial y en la práctica administrativa dicho deber se ha convertido en un deber de cumplimiento periódico, de manera que la comprobación se efectúa en el momento de celebración de la contrata así como a lo largo de todo el período de vigencia de la misma y respecto a las obligaciones contributivas de cotización generadas mensualmente por los trabajadores de la contratista.

---

<sup>590</sup> Hipótesis que va ganando cada vez más adeptos, cfr. RODRÍGUEZ PINERO, M. "El lugar de ejecución de la contrata y el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores", RL, n° 5, 1996, pág. 4, MARTÍN VALVERDE, A. "Garantías por cambio de empresario", op. cit., pág. 527, MARTÍNEZ GARRIDO, L.R. "Tratamiento laboral ...", op. cit., pág. 51, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. "Intrahistoria de un proyecto de Ley. El Estatuto de los Trabajadores", RL, 1990, vol. I, págs. 169 y ss. El argumento que sostiene esta postura ha sido expuesto de forma clara por este último autor razonando que, como la obligación de cotizar es mensual, asimismo mensual ha de ser la consulta y mensual la exoneración de responsabilidad. Por su parte, BLAT GIMENO, F. "Análisis jurídico-laboral ...", op. cit., pág. 116, parece decantarse finalmente por esta postura apoyándose en la Resolución de la Dirección General de Régimen Económico de la Seguridad Social de 2 de enero de 1981 (Cuadernos prácticos CISS, n° 4, 1989, págs. 46-49-50)

<sup>591</sup> MARTÍN VALVERDE, A. "Garantías por cambio de empresario", op. cit., pág. 527

Por último, incluso podría pensarse en una solicitud de certificación al finalizar la contrata. Dicha posibilidad cobra sentido si se concibe dicha solicitud como un instrumento de previsión contable para el empresario principal que le permite conocer de antemano el eventual montante de su responsabilidad, constituido por los descubiertos de cuotas sociales generados por el contratista durante la vigencia de la contrata, con el fin de descontarlo del precio total que reste por pagar al contratista por la ejecución del trabajo<sup>592</sup>. Esta solución es, desde luego, respetuosa con la lógica correspondencia que debe existir entre las deudas objeto de certificación y aquellas de las que se puede exonerar el empresario principal.

Además hay que reconocer que, independientemente de que la sugiera o no el art. 42.1 del ET, la comprobación efectuada al finalizar la contrata constituye una práctica frecuente en el terreno de la subcontratación<sup>593</sup>. En efecto, resulta habitual que en el contrato de empresa se pacte que, con carácter previo al pago de la totalidad del precio al contratista que ha llevado a cabo la obra o servicio, este deba acreditar ante el comitente el pago de los salarios y de las cuotas de Seguridad Social de sus trabajadores para que, en caso de que se verifiquen descubiertos, se deduzca su importe del precio final a pagar con el fin de que el empresario principal lo ingrese en la Tesorería General o lo abone a los trabajadores empleados en la contrata. Sin embargo, no hay que confundir esta práctica empresarial con la previsión normativa del art. 42.1 del ET en tanto que, por un lado, la solicitud de certificación no la insta el empresario

---

<sup>592</sup> Dicha tesis ha sido sostenida por AGÍS DASILVA, M. "El deber de comprobación empresarial ...", op. cit., págs. 46 a 48, aunque termina reconociendo que, si bien dicho momento es el más adecuado (considerada la solicitud de certificación como técnica de previsión contable para el principal), nada impide que el principal, por razones ajenas al art. 42 ET efectúe la comprobación antes de la contrata o en sus momentos iniciales. Cfr., pág. 48. Los paréntesis son míos.

<sup>593</sup> Como pone de manifiesto el supuesto de hecho enjuiciado por la sentencia TS, sala 1ª, 2 de abril de 1998, ar. 1911.

principal, sino el contratista y, por otro, no responde a una medida de saneamiento del mercado de contratas sino a una técnica de previsión económica en favor de la empresa comitente.

El hecho de decantarse por cualquiera de las hipótesis teóricas mostradas no debe efectuarse sin ciertas reservas ya que ninguna de ellas resulta del todo satisfactoria. No obstante, desde mi punto de vista, el precepto está pensando en una solicitud anterior o coetánea al inicio de la contrata o subcontrata aunque la adopción de dicha solución, como se verá, no está exenta de inconvenientes.

Efectivamente, la redacción del art. 42.1 parece indicar que lo que el empresario principal debe comprobar es que el contratista está al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a períodos anteriores a la contrata, pues, si el legislador hubiese pretendido una comprobación efectuada con posterioridad a la contrata, el precepto se hubiese referido no a la comprobación de que los contratistas están al corriente en el pago de cuotas sino a la comprobación de que efectivamente las vienen ingresando durante la ejecución de la contrata<sup>594</sup>.

Además, si se tiene en cuenta la finalidad antes apuntada del referido mecanismo de comprobación de la solvencia del contratista, esto es, depurar el mercado de contratas desincentivando a los empresarios de la contratación de contratistas que no han sido solventes con la Seguridad Social, una solicitud practicada con anterioridad al inicio de la

---

<sup>594</sup> En el mismo sentido, CAMPS RUIZ, L.M. "La obligación empresarial de comprobar ...", op. cit., pág. 245.

contrata o en sus momentos iniciales parece más acorde con dicho fin<sup>595</sup>.

Es de destacar, en relación con la anterior consideración, que ya se advirtió que en el ámbito de las contratas efectuadas por las Administraciones Públicas su normativa reguladora obliga a los contratistas interesados en la adjudicación de una obra o servicio público a acreditar ante la Administración licitante, con carácter previo a dicha adjudicación, el estar al corriente en el pago de sus obligaciones de Seguridad Social<sup>596</sup>. Dicha circunstancia pone de manifiesto que, en el ámbito de las contratas públicas, la comprobación de la solvencia del contratista con la Seguridad Social es previa al inicio de la contrata ya que el fin que también se persigue es el saneamiento del mercado de contratas en este ámbito. Dado que se trata de un supuesto funcionalmente análogo al de las contratas del art. 42 del ET, no parece desacertado a razón de esta circunstancia sostener la aplicación de una solución idéntica en dicho precepto normativo.

Por su parte es de destacar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque se ha pronunciado en escasas ocasiones sobre esta cuestión y lo ha hecho obiter dicta, ha concebido la solicitud de la certificación como una cautela a adoptar antes incluso de que la contrata se haya celebrado<sup>597</sup>.

---

<sup>595</sup> En este sentido, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. "Las responsabilidades del empresario principal ...", op. cit., pág. 157.

<sup>596</sup> Recuérdese el art. 79.2 b) del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que establece que uno de los documentos que el interesado debe acompañar a su proposición para participar en la licitación es una declaración responsable de hallarse al corriente del cumplimiento de sus obligaciones de Seguridad Social y justificarlo con la certificación administrativa correspondiente sin perjuicio de que dicha certificación "deba exigirse antes de la adjudicación a los que vayan a resultar adjudicatarios del contrato".

<sup>597</sup> La sentencia de la sala 4ª del TS en ud., de 19 de mayo de 1998, ar. 4730, permite llegar a esa conclusión cuando ha afirmado que con la solicitud de la certificación administrativa "se compele a quien aspire a la contrata al cumplimiento de sus  
(continúa...)

La solicitud de la certificación administrativa con fines exoneratorios practicada al inicio o antes de la ejecución de la contrata, plantea, no obstante, serios inconvenientes de los que es necesario dar cuenta.

En primer lugar, es reprochable por atentar a toda lógica que no exista una concordancia entre las cotizaciones objeto de certificación y aquellas de las que eventualmente puede exonerarse el empresario principal. En efecto, resulta excesivo derivar consecuencias exoneratorias de la responsabilidad solidaria al empresario principal y que esas consecuencias se extiendan durante toda la vigencia de la contrata cuando la certificación lo único que puede indicar es la existencia o inexistencia de descubiertos del contratista durante el tiempo anterior a la contrata<sup>598</sup>. Dicha objeción sólo podría salvarse concluyendo que cuando el precepto atribuye consecuencias exoneratorias a una certificación sobre obligaciones de cotización anteriores a la vigencia de la contrata, lo que está estableciendo es una presunción *iuris tantum* de no morosidad *ad futurum* del contratista. Esto es, entender que la norma presupone que si de la certificación no se derivan descubiertos o si la misma no se ha emitido en el plazo de 30 días, el empresario principal debe quedar exonerado de responsabilidad por haber actuado diligentemente al contratar un contratista solvente en el pasado y presumiblemente solvente en el futuro<sup>599</sup>.

---

<sup>597</sup> (...continuación)

obligaciones en relación con la cobertura que proporciona la Seguridad Social a sus trabajadores".

<sup>598</sup> En el mismo sentido, CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 161; MARTÍNEZ GARRIDO, L.R. "Tratamiento laboral ...", op. cit., pág. 50; GARCÍA MURCIA, J. "El trabajo en contratas ...", op. cit., pág. 36. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. "Las responsabilidades del empresario ...", op. cit., pág. 155.

<sup>599</sup> En esta opinión coincide CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 161, para el que "lo que hace la Ley es establecer una presunción de que la situación de pleno cumplimiento hasta el presente de sus deberes de cotización por la empresa auxiliar no hace presumir que vaya a verse alterado de futuro".

Dicha presunción de morosidad, aunque permite sostener una visión coherente de la interrelación que existe entre la solicitud de certificación antes de la contrata y la exoneración que se puede producir con posterioridad, no obstante, no parece satisfactoria pues puede conducir a situaciones absurdas de desaparición del mecanismo de la responsabilidad solidaria como mecanismo protector de los intereses económicos de los trabajadores y de la Seguridad Social<sup>600</sup>.

Piénsese, en este sentido, en aquellas contratas de larga duración como las de outsourcing informático u otras análogas cuya duración puede rondar los diez años. En estos casos, es evidente que durante el transcurso del tiempo en el que tiene lugar la ejecución de los trabajos es posible que las empresas contratistas tengan que afrontar inesperados reveses económicos que generen descubiertos en las cuotas sociales de los trabajadores empleados en la contrata y de los que sorprendentemente nunca responderá solidariamente el empresario principal si acredita que al inicio de la contrata verificó que el contratista que había elegido era solvente<sup>601</sup>.

El contrasentido de una exoneración ad futurum derivada de una solicitud de certificación inicial se puede poner de manifiesto también en aquellos casos en que, durante la vigencia

---

<sup>600</sup> Sin embargo, hay que reconocer que en la mayoría de los casos esa reducción de la efectiva protección del trabajador será más teórica que real pues hay que tener en cuenta que la responsabilidad en materia de Seguridad Social casi siempre se hace efectiva en beneficio de las entidades gestoras de la Seguridad Social, y no en beneficio del trabajador empleado en la contrata que por la vía de la automaticidad o de la responsabilidad subsidiaria de la Tesorería verá asegurada la percepción de sus prestaciones. Ibidem. Además, téngase en cuenta que no se produce una exoneración absoluta del empresario principal, pues, como se verá, subsiste su responsabilidad subsidiaria por cuotas y prestaciones ex arts.104.1 y 127.1 LGSS.

<sup>601</sup> En esto también ha reparado LUQUE PARRA, M. "La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social ...", op. cit., págs. 290 y 291, y "La descentralización productiva ...", op. cit., pág. 594. Igualmente, CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 161, que sostenía que el precepto establece una presunción de no morosidad futura del contratista, aprecia que esta presunción no encuentra justificación en las contratas de larga duración.

de la contrata, se produce un significativo incremento del número de trabajadores en plantilla de la empresa contratista en relación con los que disponía al tiempo de emitirse la certificación. Basta pensar en el supuesto extremo, aunque no de imposible materialización real, de una certificación pedida en relación con una pequeña empresa contratista de dos o tres trabajadores que en ese momento no presenta descubiertos pero que, tras la iniciación de la contrata, procede a aumentar notablemente la plantilla con personal de nuevo ingreso para ocuparlo en los trabajos encomendados, incrementándose así el riesgo de que se produzcan descubiertos. Téngase en cuenta que el contenido material de la certificación administrativa ni siquiera permite prever la eventual aparición de esta circunstancia pues, como antes se afirmó, dicho contenido es muy parco, limitándose a verificar si el contratista presenta o no descubiertos de cuotas pero sin especificar en relación a cuántos y a qué concretos trabajadores.

Los anteriores inconvenientes que presenta una solicitud de certificación administrativa practicada antes del inicio de la contrata o coetáneamente a la celebración de la misma se superan fácilmente si se entiende que el art. 42.1 del ET no se refiere a una única solicitud sino a varias practicadas mensualmente a lo largo de la vigencia de la contrata y referidas a períodos mensuales de cotización ya vencidos.

Y efectivamente se superan dichos inconvenientes porque entonces si se da esa correspondencia coherente o conexión instrumental entre la solicitud de la certificación y la exoneración empresarial<sup>602</sup>. Cada certificación negativa de descubierto determinaría la exoneración únicamente respecto a la mensualidad de cotizaciones sociales que es objeto precisamente

---

<sup>602</sup> MARTÍN VALVERDE, A. "Garantías por cambio de empresario ...", op. cit., pág. 527.



de certificación, y ello, no está exento de toda lógica pues, si se determina que el contratista estuvo al corriente un determinado período es evidente que no es responsable y, si no lo es, tampoco lo podrá ser el empresario principal.

Además, podría argüirse que no existe razón de peso suficiente para entender que el art. 42 del ET no acoge este sistema de solicitud pues, como ya ha advertido alguna autorizada posición doctrinal, aunque el sistema de solicitud de certificación mes a mes no se desprende claramente del tenor legal tampoco resulta totalmente incompatible con el mismo<sup>603</sup>.

No obstante conviene tener en cuenta que la adopción de este sistema para la solicitud de la certificación también podría entrañar singulares inconvenientes. Obligaría a los empresarios comitentes a ser especialmente diligentes para practicar puntualmente mes a mes la solicitud de certificación con el consiguiente incremento de la carga burocrática para la Tesorería General<sup>604</sup>, produciéndose además dicha circunstancia con un efecto multiplicador si la contrata se desarrolla en el territorio de varias provincias<sup>605</sup>.

Desde mi punto de vista, razones de lógica hacen precisa una correspondencia o consonancia entre las deudas a las que se refiere la certificación y las deudas objeto de exoneración pues, de otra forma, no tiene sentido el mecanismo de la solicitud de

---

<sup>603</sup> Ibidem, pone de manifiesto el autor otras ventajas de este sistema de certificación continúa como son que permite detectar sobre la marcha los descubiertos del contratista, acota la responsabilidad del principal a los meses en que ha habido descubierta del contratista, suministra a posteriori una interpretación razonable del último inciso del art. 42.1 ET y, finalmente, motiva al empresario a seleccionar cuidadosamente a contratistas solventes y a vigilar el cumplimiento de sus obligaciones durante la vigencia de la contrata.

<sup>604</sup> En el mismo sentido, CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 161.

<sup>605</sup> AGÍS DASILVA, M. "El deber de comprobación ...", op. cit., pág. 44.

certificación negativa instaurado en el art. 42.1 del ET, a menos, claro está, que se quiera sostener la teoría de la presunción de no morosidad.

El problema es que, de lege data, no se da esa consonancia. Efectivamente, del tenor literal del art. 42.1 del ET se deduce con facilidad que es suficiente una certificación de deudas anteriores a la contrata para que la empresa principal se exonere ad futurum<sup>606</sup>. Confirma dicho extremo el art. 10.3 b) del RGR, al establecer que el empresario principal se exonera de responsabilidad si la certificación es negativa. Efectivamente, si se tratase no de una única solicitud de certificación sino de varias practicadas durante la vigencia de la contrata, no sería preciso que la norma estableciese expresamente la exoneración en caso de certificación negativa ya que, como esta significa que el contratista no tiene cotizaciones sociales pendientes, no será responsable y si no lo es, es evidente que tampoco podrá serlo el empresario principal<sup>607</sup>.

Sin embargo, la exoneración de la eventual responsabilidad futura del empresario principal por una certificación negativa de deudas precedentes a la contrata, como ya se advirtió, resulta absurda ya que supone el establecimiento en el precepto de una presunción de morosidad futura que es totalmente incompatible y contradictoria con la finalidad tuitiva del mismo.

Está, por tanto, a la vista que el vigente sistema de comprobación de la solvencia del empresario contratista no

---

<sup>606</sup> Criterio seguido por la sentencia TSJ Cataluña 29 de abril de 1995, AL/1563, que explícitamente declara que el deber de comprobación no se ha de reiterar, bastando que se cumpla una vez con independencia de la duración de la contrata. Asimismo sostiene que la solicitud se puede practicar antes del inicio de los trabajos o después, aunque, en este último caso, sólo tendrá efectos exoneratorios respecto a los períodos de cuotas posteriores.

<sup>607</sup> En esto ya ha reparado CAMPS RUIZ, L. M. "La obligación empresarial ...", op. cit., pág. 255.

alcanza el fin que se le atribuye de saneamiento del mercado de contratas. Por esa razón, y como propuesta de lege ferenda, sería más coherente con dicha finalidad que la norma se decantase por una solicitud de certificación mes a mes o, incluso, como ocurre en el ámbito de la Administración Pública, que la acreditación de la solvencia del contratista incumba legalmente al propio empresario contratista como deber que ha de verificar mensualmente y que podría cumplir presentando las oportunas certificaciones de la Tesorería<sup>608</sup> o, en su caso, justificando el ingreso de las cuotas sociales a través de la exhibición al empresario principal de los correspondientes boletines originales de cotización. Evidentemente, de verificarse la existencia de descubiertos, haya cumplido o no el contratista su obligación de acreditación, se originaría la responsabilidad solidaria del empresario principal por lo que a dicho empresario se interesaría en controlar la solvencia de su contratista por los mecanismos que considere más oportunos<sup>609</sup>.

F) La responsabilidad objeto de exoneración y la incidencia del sentido de la certificación sobre la exoneración del empresario principal.

Cuestión tradicional ha constituido en la doctrina la de cuál es la responsabilidad a la que se refiere el inciso final del art. 42.1 del ET cuando expresa que "transcurrido este plazo,

---

<sup>608</sup> Es interesante destacar que en la Comisión del Congreso de los Diputados que se encargó del debate del art. 42 ET (art. 40 en el proyecto de Ley), el grupo parlamentario de Coalición Democrática presentó una enmienda en la que proponía que fuera obligación del propio contratista acreditar su solvencia con la Seguridad Social, razonando que no es buen método la exoneración de responsabilidades en caso de ineficacia del funcionamiento de los órganos burocráticos de la entidad gestora. Sin embargo, la enmienda fue rechazada en la Comisión. Cfr. BRIONES FÁBREGA, A. y AYUSO CANALS, I. "Debate parlamentario sobre el Estatuto de los Trabajadores (la relación individual de trabajo)", vol. II, Dir. Sagarroy Bengoechea, J.A., Madrid (IES), 1982, págs. 241 y 242.

<sup>609</sup> A tal efecto, resultaría útiles la introducción en el contrato de empresa de cláusulas que permitieran al principal desistir de la contrata en caso de verificarse incumplimientos del contratista o cláusulas indemnizatorias a favor del empresario principal.

quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante"<sup>610</sup>.

Son básicamente cuatro las posiciones que se han sostenido sobre el particular. Un sector de la doctrina ha entendido que se trata de una responsabilidad específica del art. 42.1; una responsabilidad administrativa asociada al incumplimiento por el empresario principal de su obligación de solicitar la certificación de deudas del contratista<sup>611</sup>. Esta posición parte de la concepción del sistema de verificación de la solvencia del contratista como un deber del empresario principal al que se le asigna una específica responsabilidad administrativa y no como una facultad. Dicha responsabilidad se encuentra implícita en el art. 42 ET, aunque posiciones posteriores que han defendido esta tesis de la responsabilidad administrativa, han afirmado que esta responsabilidad "se diluye por inconcreta", así que el deber de solicitud no es más que una medida intimidatoria arbitrada por el legislador con el fin de sanear el mercado de contratas<sup>612</sup>.

---

<sup>610</sup> Supuesto de exoneración que en su día contenía el proyecto del art. 42 ET, y cuya supresión fue propuesta en una enmienda presentada por el Partido Comunista en el debate del texto en el Congreso. Argumentó en su defensa su representante parlamentario, el Sr. Emérito Bono Martínez, que dicha exoneración suponía una regresión respecto a lo que disponía el art. 19.2 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 que no lo preveía. Dicha enmienda no llegó a prosperar como tal. Cfr. "Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados", Sesión Plenaria n° 55, en MERINO MERCHAN, J.F. (edit.) "Estatuto de los Trabajadores. Trabajos Parlamentarios", Madrid (Cortes Generales), 1980, pág. 797, y BRIONES FÁBREGA, A. y AYUSO CANALS, I. "Debate parlamentario sobre ...", op. cit., págs. 241, 243 y 245.

<sup>611</sup> MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 254 y 255.; autor que, como ya se ha dicho, sostuvo que la solicitud de certificación es un deber instrumental de una supuesta prohibición de celebración de contratas con contratistas morosas. El incumplimiento de dicho deber generaba una infracción administrativa sancionable en tanto el antiguo art. 57.1 del ET, vigente art. 5.1 del TRLISOS, consideraba infracciones de los empresarios "las acciones y omisiones contrarias a las disposiciones legales en materia de trabajo". Adviértase, como ya se ha indicado, que en trabajos posteriores el autor abandona la tesis de la responsabilidad administrativa, cfr. "Garantías por cambio de empresario", op. cit., pág. 523.

<sup>612</sup> GARCÍA PIQUERAS, M. "Régimen jurídico de las responsabilidades ...", op. cit., pág. 42, para el que, en efecto, la solicitud de certificación constituye un deber aunque, a diferencia del anterior autor, no deriva de una prohibición de contratar con contratistas poco solventes, pues dicha prohibición no existe en nuestro ordenamiento jurídico, vid., págs. 40 y 41.

Otra posición entiende también que el art. 42.1 establece una específica responsabilidad asociada al deber de comprobación y que se trata de una responsabilidad subsidiaria por las obligaciones de cotización pendientes del contratista<sup>613</sup>. Razonan estos autores que el empresario debe asegurarse, por su propio interés, de que el contratista de halla al corriente pues, en caso contrario, será responsable subsidiario de las cotizaciones hasta entonces pendientes (anteriores a la celebración de la contrata). Esta responsabilidad no puede ser solidaria sino subsidiaria pues la solidaridad no la establece el art. 42.1 y no se puede presumir ex art. 1137 del CC.

Una tercera postura sostiene que la responsabilidad es solidaria por cuotas anteriores a la vigencia de la contrata<sup>614</sup>, pues si la certificación de descubiertos tiene por objeto comprobar si el contratista se hallaba al corriente en el pago de las cuotas sociales anteriores a la contrata, lo lógico es que la responsabilidad de la que se pueda exonerar sea asimismo por cuotas de Seguridad Social del contratista pendientes de pago y referidas a periodos precedentes a la contrata por ser las únicas respecto de las que la Tesorería ha podido certificar. La responsabilidad, para esta posición, aunque en principio pueda parecer subsidiaria porque la solidaridad no se presume, es solidaria porque nace de la omisión de una cautela legal y por aplicación analógica del art. 42.2 del ET.

---

<sup>613</sup> OLMO GASCÓN, A.M. "Los derechos laborales del trabajo ...", op. cit., pág. 78. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M\*. E. "Derecho del Trabajo", op. cit., pág. 116. ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G. "El Estatuto de los Trabajadores", op. cit., pág. 205. GARCÍA NINET, J.I. "Artículo cuarenta y dos.-Responsabilidad ...", op. cit., págs. 304 y 305. SEMPERE NAVARRO, A.V. "Fenómenos interempresariales", op. cit., págs. 106 y 107. MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L. "La titularidad de la empresa ...", op. cit., págs. 141 y ss. GARCÍA MURCIA, J. "El trabajo en contratas ...", op. cit., págs. 37 y 38.

<sup>614</sup> MONTOYA MELGAR, A. "Derecho del Trabajo", op. cit., pág. 409. MONTOYA MELGAR, A. y AGUILERA IZQUIERDO, R. "Sobre el régimen jurídico-laboral de contratas y subcontratas ...", op. cit., pág. 55.

Finalmente, una última tesis, se inclina por afirmar que la responsabilidad de la que se puede exonerar el empresario principal es la solidaria por obligaciones de Seguridad Social contraídas por el contratista durante la vigencia de la contrata<sup>615</sup> o exclusivamente por cotizaciones de Seguridad Social generadas durante la contrata<sup>616</sup>, responsabilidad a la que se refiere el art. 42.2 del ET.

Desde mi punto de vista, existen razones suficientes para descartar las tres primeras hipótesis en favor de la última de las mismas.

Las dos primeras hipótesis incurren, a mi juicio, en un error de planteamiento. Parten de una visión fragmentada del art. 42 que, como ya se ha dicho, aquí no puede compartirse. Al concebir los dos primeros mandatos del art. 42 como normas independientes y no como una misma norma, se asocia forzosamente al supuesto de hecho del primero de los apartados un tipo de

---

<sup>615</sup> Esta es la posición de un sector mayoritario de la doctrina, cfr. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. "Las responsabilidades ...", op. cit., pág. 155. MARTÍNEZ EMPERADOR, R. "El Estatuto de los Trabajadores ...", op. cit., pág. 27. CAMPS RUIZ, L. M. "El nuevo Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social y el Régimen Jurídico de la contrata y subcontrata de obras y servicios", TRS, n° 71, 1996, pág. 15, "La obligación empresarial de comprobar ...", op. cit., pág. 250, y "La subcontratación de obras y servicios ...", op. cit., págs. 61 y 62. CALVO GALLEGOS, F.J. "La regulación laboral ...", op. cit., pág. 75. MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "La descentralización productiva en el ordenamiento de la Seguridad Social", en AAVV. "Descentralización ..", op. cit., pág. 610 y en REDT, n° 96, 1999, pág. 572. SALA FRANCO, T. y otros, "Derecho del Trabajo. Tomo II", 4ª edic., op. cit., pág. 88. GARCÍA DE PAREDES, M. L. "Posición del trabajador en la subcontratación de obras y servicios", AL, n° 40, 1994, pág. 625. LLANO SÁNCHEZ, M. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 200. Postura particular es la de CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 162, quien sostiene que el empresario no se exonera sólo de dicha responsabilidad solidaria sino incluso de la subsidiaria establecida por el art. 127 LGSS.

<sup>616</sup> MARTÍN VALVERDE, A., cambiando su anterior criterio de la responsabilidad administrativa en "Garantías por cambio de empresario", op. cit., pág. 523. RAYÓN SUÁREZ, E. "La repercusión de la Seguridad Social en el Estatuto de los Trabajadores: la cotización", op. cit., pág. 47. OLMO GASCÓN, A.M. "Los derechos laborales del trabajo ...", op. cit., pág. 125. Nótese que la autora defiende la existencia de una responsabilidad solidaria por cotizaciones asociada al art. 42.2 del ET y otra subsidiaria por cuotas pendientes del contratista que es la que se deriva del incumplimiento de la cautela prevista en el art. 42.1.

responsabilidad, ya sea administrativa o subsidiaria, que no tiene nada que ver con la establecida en el apartado segundo.

Efectivamente, es esa visión fragmentada de los dos primeros párrafos de la norma lo que justifica que estas doctrinas atribuyan al primero de los apartados de la norma unas clases de responsabilidad allí donde no las hay. El artículo 42 del ET no establece expresamente una responsabilidad administrativa ni subsidiaria; la única responsabilidad a la que se refiere la norma de manera explícita se encuentra en su apartado segundo y es solidaria.

Ambas posturas, además, parece que hagan caso omiso a la expresión "salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social" que contiene el art. 42.2 del ET. Esta referencia pone de manifiesto que ambos párrafos están efectivamente interrelacionados<sup>617</sup>.

Por otro lado, existen argumentos adicionales que permiten descartar cada una de las dos hipótesis anteriores de forma singular. En primer lugar, en cuanto a la tesis de la responsabilidad administrativa, ya se tuvo la ocasión de manifestar que no es sostenible en tanto ni en nuestro ordenamiento jurídico existe una tipificación de una infracción consistente en el incumplimiento del deber formal de solicitar una certificación de descubierto ni, mucho menos, una prohibición de celebrar contrataciones con empresas de dudosa solvencia, a salvo, como ya se expuso, de la prohibición existente en el Derecho Administrativo respecto a las licitaciones efectuadas por las Administraciones Públicas.

---

<sup>617</sup> RAMÍREZ MARTÍNEZ, L.M. "Las responsabilidades ...", op. cit., pág. 155. CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 161. LLANO SÁNCHEZ, M. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 201.

La existencia de una supuesta responsabilidad administrativa asociada al incumplimiento del supuesto deber de solicitud de la certificación administrativa deja sin sentido, además, la dicción final del art. 42.1 del ET alusiva la exoneración de responsabilidad del empresario principal por el transcurso del plazo de treinta días desde que se efectuó la solicitud. No sería lógico que el precepto hablase de exoneración de responsabilidad cuando es evidente que el empresario no es responsable administrativamente ya que cumplió con su deber de solicitud<sup>618</sup>.

En segundo lugar, en cuanto a la que sostiene que la responsabilidad es subsidiaria por cotizaciones pendientes de pago por el contratista con anterioridad a la contrata, existen objeciones en relación a la clase de responsabilidad y en relación a su objeto. La responsabilidad no puede ser subsidiaria porque dicha responsabilidad no aparece en la norma y el art. 1090 del Código Civil impide presumir la existencia de una obligación legal<sup>619</sup>. Tampoco recae sobre cuotas pendientes anteriores a la contrata<sup>620</sup> pues, además de contradecir lo dispuesto por el art. 42.2 del ET, que la constriñe a las obligaciones nacidas e insatisfechas durante la vigencia de la contrata, no resulta lógico atribuir al empresario principal responsabilidad por unas deudas desconectadas totalmente de la contrata y, posiblemente, de los trabajadores que, a la postre,

---

<sup>618</sup> Consideración que ha efectuado la mayoría de la doctrina. Cfr., por todos, CAMPS RUIZ, L. M. "La obligación empresarial de comprobar ...", op. cit., págs. 247 y 248.

<sup>619</sup> La mayoría de la doctrina ha invocado este argumento, cfr. RAMÍREZ MARTÍNEZ, L.M. "Las responsabilidades ...", op. cit., pág. 154. MARTÍNEZ EMPERADOR, R. "El Estatuto de los Trabajadores ...", op. cit., pág. 23., MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 252, BLAT GIMENO, F. "Análisis jurídico-laboral ...", op. cit., pág. 119.

<sup>620</sup> Criterio mantenido por la Resolución de la Dirección General de Ordenación jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 12 de abril de 1991, TS, n° 7, 1991, págs. 59 a 61.



serán empleados en ella por el contratista<sup>621</sup>. Piénsese, en este sentido, que con anterioridad a la celebración de la contrata la empresa contratista pudo haber incurrido en descubiertos respecto a una plantilla mucho más amplia que la finalmente dedicada a la ejecución de la misma e incluso ocupada en tareas totalmente distintas a las encomendadas por la empresa principal.

Idéntico argumento es oponible a la tercera de las tesis expuestas que sostiene que la responsabilidad es solidaria por las cuotas pendientes del contratista que se devengaron con anterioridad a la contrata. También es criticable cómo justifica dicha teoría que la responsabilidad sea de tal naturaleza, esto es, que la responsabilidad sea solidaria porque nace de la omisión de una cautela legal y por aplicación analógica del art. 42.2 del ET. En primer lugar, no se entiende qué relación causa efecto existe entre la no solicitud de la certificación administrativa y la solidaridad de los empresarios como tipo de responsabilidad aplicable, sobre todo, si se tiene en cuenta que dicha cautela legal incumbe exclusivamente al empresario principal. En segundo lugar, parece que esta tesis incurre en la misma visión fragmentada de la norma estatutaria que aparecía en las posiciones anteriores en tanto invita a la aplicación analógica del art. 42.2 del ET. Desde luego si se sostiene que ambos párrafos constituyen una misma norma sería absurdo proponer la aplicación analógica del supuesto de hecho del segundo al supuesto de hecho del primero ya que ambos participan de un mismo supuesto de hecho, la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal.

---

<sup>621</sup> Ya reparó en ello MARTÍNEZ EMPERADOR, R. "El Estatuto de los Trabajadores ...", op. cit., págs. 23 y 24 y MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 59. Téngase en cuenta, además, que si el fundamento del sistema de responsabilidad diseñado en el art. 42 ET es conseguir que los receptores indirectos de una prestación de trabajo respondan por los beneficios inherentes al mismo, es consecuente que la responsabilidad se circunscriba a las obligaciones que nazcan durante la contrata y no a las anteriores ni las posteriores. Consideración similar efectuó CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 160.

Los anteriores argumentos permiten descartar las tres primeras hipótesis y decantarse por la última de ellas. Dicha hipótesis, como se ha dicho, es la que más se adecúa a una interpretación sistemática de los dos primeros apartados del art. 42; además viene avalada por la dicción literal del art. 10.3 b) del RGR, que establece que "si se extendiere certificación negativa o transcurriere el indicado plazo sin haberse expedido la misma, el empresario solicitante quedará exonerado de la responsabilidad a que se refiere el apartado 2 del artículo 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores"<sup>622</sup>.

Existe, además jurisprudencia de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo que permite sostener esta tesis, aún cuando los pronunciamientos no inciden directamente sobre esta cuestión sino que simplemente justifican la responsabilidad del empresario principal por cuotas de Seguridad Social correspondientes al período de la contrata en que el comitente no efectuó la solicitud de la certificación administrativa, por lo que hay que entender que si la llega a solicitar se podía haber exonerado de dicha responsabilidad<sup>623</sup>. Más explícita ha sido la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social que ha manifestado al respecto que el empresario principal quedará exonerado de la responsabilidad solidaria del art. 42.2 del ET por los débitos contraídos por el contratista con la Seguridad Social durante la vigencia de la contrata si

---

<sup>622</sup> En contra, considerando que el RGR con esta dicción incurre en ultra vires, GARCÍA PIQUERAS, M. "Régimen jurídico ...", op. cit., págs. 43 a 49. No opina lo mismo, en cambio, CAMPS RUIZ, L. M. "La obligación empresarial ...", op. cit., pág. 250, nota a pie n° 18.

<sup>623</sup> Sentencias TS 12 de julio de 1994, ar. 5610, 30 de junio de 1996, ar. 6364, y 4 de marzo de 1997, ar. 1862, 20 de junio de 1997, ar. 5302. Más explícita, no obstante, es la sentencia de la sala 4ª, de 9 de abril de 1984, ar. 2057 que, obiter dicta, manifiesta que "la solidaridad del art. 42.2 está establecida para las relaciones contractuales laborales y de Seguridad Social cuando no se adopten por parte del contratista principal las previsiones que se contienen en el primer apartado de dicho artículo". En contra, han existido también pronunciamientos que han sostenido que la exoneración recae sobre las cuotas pendientes anteriores a la contrata por ser las únicas respecto a las que la Tesorería puede certificar. Cfr. TS 28 de octubre de 1996, ar. 7714 y, sala 4ª, 19 de mayo de 1998, ar. 4730.

solicita certificación de descubiertos del contratista y esta certificación es negativa o no se expide en el término de 30 días hábiles<sup>624</sup>.

Como la responsabilidad solidaria de la que se puede exonerar el empresario es, de acuerdo con el anterior precepto reglamentario y con el tenor literal del propio art. 42 del ET, la correspondiente a obligaciones de Seguridad Social contraídas por el contratista durante la vigencia de la contrata, la exoneración debe afectar no sólo al pago de cotizaciones sociales sino también al de prestaciones de Seguridad Social<sup>625</sup>.

Queda, sin embargo, subsistente la responsabilidad solidaria ex art. 42.2 del ET respecto a obligaciones de naturaleza salarial<sup>626</sup>, la de naturaleza administrativa prevista en los arts. 23.2 y 42.3 del TRLISOS y la subsidiaria de los arts. 104.1 y 127.1 de la LGSS, prevista para todo tipo de contratas, sean o no de la propia actividad<sup>627</sup>. Ello pone de manifiesto, sobre todo

---

<sup>624</sup> Circular de 17 de febrero de 1997. Ejemplar facilitado por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Alicante.

<sup>625</sup> Incluidas las mejoras voluntarias de prestaciones. Cfr., en el mismo sentido, CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 162, nota a pie n° 162. En contra, BLAT GIMENO, F. "Análisis jurídico-laboral ...", op. cit., págs. 124 y 125, sostuvo la subsistencia de la responsabilidad por obligaciones de Seguridad Social frente a los beneficiarios, ya sean cotizaciones o prestaciones, pues "no es razonable que el silencio de la Tesorería General de la Seguridad Social perjudique al beneficiario con la pérdida de un corresponsable"; opinión que comparto desde una perspectiva de lege ferenda pero no de lege data ya que el tenor literal del art. 42.2 justifica un contenido material de exoneración más amplio.

<sup>626</sup> Podría pensarse que el empresario principal también queda exonerado de esta responsabilidad a la vista del art. 10.3 b) del RGR que establece que si la certificación es negativa o esta no se extiende en el plazo de 30 días "el empresario solicitante quedará exonerado de la responsabilidad solidaria a que se refiere el apartado 2 del artículo 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores". En este sentido, GALA DURÁN, C. "La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social", Pamplona (Aranzadi), 1997, págs. 426 y 427. Sin embargo, dicha hipótesis es claramente descartable porque no resulta razonable que los efectos de la solicitud de certificación trasciendan más allá del ámbito de la Seguridad Social y porque el RGR incurriría en ultra vires ya que el art. 42 ET es claro que no pretende exonerar de esa responsabilidad por obligaciones salariales.

<sup>627</sup> En contra, CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización ...", op. cit., pág. 162, sostiene que la exoneración alcanza a esta responsabilidad subsidiaria pues el ET establece una (continúa...)

en atención a esta última responsabilidad, que la responsabilidad del empresario principal no desaparece con el mecanismo de exoneración sino que se sustituye; la garantía de solidaridad es reemplazada por un segundo nivel de garantía que es la subsidiariedad<sup>628</sup>, por lo que el trabajador no queda desprotegido a consecuencia de la solicitud de la certificación administrativa<sup>629</sup>.

También ha de subsistir la específica responsabilidad, en materia de salud laboral, por el eventual recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene ya que, como se ha visto, se trata de una responsabilidad que atiende a criterios culpabilísticos y que se vincula a la idea de empresario

---

<sup>627</sup> (...continuación)

exoneración de responsabilidad indiferenciada y porque el autor entiende aplicable el mecanismo de solicitud de certificación con efectos exoneratorios para dicha responsabilidad aunque la LGSS no lo establezca expresamente ya que, de no aplicarse por vía analógica esa previsión estatutaria, se colocaría en peor posición a quien celebra una contrata que no es de la propia actividad. A mi juicio, dicha solución podía haberse sostenido a la vista del art. 12 del RGR contenido en el RD 1637/1995 de 6 de octubre, en tanto asociaba el mismo supuesto de hecho del art. 42.1, contratas y subcontratas de la propia actividad, a la responsabilidad subsidiaria por cotizaciones y prestaciones, con lo que se podía entender que los supuestos de exoneración de ambos preceptos eran los mismos. Sin embargo, la nueva redacción del precepto reglamentario, introducida por el RD 1426/1997 de 15 de septiembre, suprimió la referencia a la propia actividad con lo que separó nítidamente los supuestos de hecho de la norma estatutaria y de la norma de Seguridad Social (La Circular de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, 17 de febrero de 1997, ya advirtió, con anterioridad a esa reforma del RGR, que la responsabilidad subsidiaria del art. 127 LGSS no requiere que la contrata fuese de la propia actividad por lo que el RGR no era aplicable en ese extremo). Además la no extensión de la exoneración prevista en el ET a la responsabilidad subsidiaria de la LGSS viene confirmada por el primer inciso del art. 127 LGSS ya que establece dicha responsabilidad "sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante". En último lugar, el Tribunal Supremo, en su sentencia, sala 1ª, 2 de abril de 1998, ar. 1991, ha respaldado esta opinión ya que ha sostenido que la comprobación de que el contratista está al corriente "es aplicable a los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos". Dado que el art. 127 LGSS comprende las contratas que no sean de la propia actividad, es evidente entonces que no se prevé para las mismas el mecanismo de comprobación con efectos exoneratorios.

<sup>628</sup> En el mismo sentido, CAMPS RUIZ, L. M. "La obligación empresarial ...", op. cit., pág. 251.

<sup>629</sup> GARCÍA DE PAREDES, Mª. L. "Posición del trabajador en la subcontratación de obras y servicios", op. cit., pág. 625.

infractor<sup>630</sup>, y asimismo, la responsabilidad que pueda derivarse ex art. 1597 del Código Civil.

Si la responsabilidad de la que se puede exonerar el empresario principal es la solidaria por obligaciones de Seguridad Social contraídas por los contratistas durante la vigencia de la contrata, sólo queda por determinar cómo puede obtener dicho empresario la exoneración a través de la solicitud de la certificación administrativa.

Es claro que si la Tesorería General no emite la certificación en el plazo de treinta días jugará la exoneración de responsabilidad antes expresada pues el precepto es claro en este sentido y no da lugar a ningún tipo de dudas. El fundamento de esta solución legal de exoneración reside en que, si la finalidad de dicho mecanismo es la de compeler al empresario principal a no contratar con un contratista moroso dándole a conocer la solvencia previa de dicho contratista con la Seguridad Social, no es lógico que resulte responsable cuando no ha podido tener conocimiento de esa información a consecuencia de la demora injustificada de la Administración en la emisión del certificado de deudas<sup>631</sup>. Además la Tesorería en cuyo favor se establece la responsabilidad solidaria del empresario principal no debe beneficiarse de dicha responsabilidad si entorpece con su silencio la obtención de la información por el empresario principal<sup>632</sup>.

---

<sup>630</sup> En este sentido, ALFONSO MELLADO, C. L. "Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral ", op. cit., pág. 57, y "El recargo de las prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene", op. cit., pág. 21, aunque justificándolo sencillamente en que la obligación de abono del recargo es una obligación relativa a seguridad y salud laboral

<sup>631</sup> En sentido parecido, CAMPS RUIZ, L. M. "La obligación empresarial de ...", op. cit., pág. 255.

<sup>632</sup> MARTÍNEZ EMPERADOR, R. "El Estatuto de los Trabajadores ...", op. cit., pág. 32.

Si la certificación es positiva porque el contratista presenta cuotas sociales pendientes de pago, aunque el art. 42 del ET no se pronuncie sobre el particular, es evidente que el empresario no se verá exonerado de su responsabilidad<sup>633</sup> pues el empresario principal, conociendo las precedentes insolvencias del empresario contratista, decidió, no obstante, adjudicarle o proseguir, en su caso, con la ejecución de la contrata. No es razonable que la falta de diligencia en eligiendo del empresario principal pueda incidir negativamente en los derechos económicos de los trabajadores y de la Seguridad Social. Idéntica solución se debe imponer si el empresario no solicita la oportuna certificación pues, si el mecanismo de la solicitud es el que puede conducir a la exoneración de responsabilidad, es evidente que la no solicitud no exonerará al empresario principal.

Existe discrepancia doctrinal sobre la atribución o no de consecuencias exoneratorias a la certificación si la misma resulta negativa, esto es, si el contratista no presenta descubiertos al tiempo de la certificación. Un sector<sup>634</sup> se inclina por negar que se produzca la exoneración en estos casos. Argumenta que si la regla general instaurada en el precepto es el establecimiento de responsabilidad, la exoneración constituye una excepción que debe ser objeto de interpretación restrictiva y que, por consiguiente, sólo procede cuando la norma expresamente la contempla, esto es, cuando el empresario ha solicitado la certificación y la Tesorería de la Seguridad Social no la ha emitido en treinta días. Además la alusión dos veces por la norma al transcurso del plazo para que la Tesorería emita el

---

<sup>633</sup> Así lo ha apreciado la unanimidad de la doctrina. Por todos, MARTÍNEZ EMPERADOR, R. "El Estatuto de los Trabajadores ...", op. cit., págs. 29, 30, 31.

<sup>634</sup> CAMPS RUIZ, L. M. "La obligación empresarial ...", op. cit., págs. 253 y 254; "El nuevo Reglamento General de Recaudación ...", op. cit., pág. 15; "La subcontratación de obras y servicios ...", op. cit., pág. 62; SALA FRANCO, T. y otros "Derecho del Trabajo. Tomo II", 4ª edic., op. cit., pág. 88, nota a pie nº 60.

certificado como causa de exoneración justifica que este sea el único supuesto de exoneración.

De acuerdo con esta posición, el cumplimiento o no por el contratista de sus obligaciones hasta el momento de la certificación no determina la exoneración del empresario principal pues no resulta lógico pensar que porque el contratista haya cumplido con sus obligaciones anteriores vaya a cumplir con las posteriores. Lo que determina la exoneración es la privación injustificada al empresario principal de la facultad de desistir de la contrata en un plazo razonable al no facilitarle la Tesorería la información oportuna en ese plazo<sup>635</sup>

Otro sector, ya mayoritario, concluye que el empresario principal se exonera también de responsabilidad si la certificación es negativa<sup>636</sup>. Se razona que la exoneración debe operar como privilegio de aquel que observe la cautela de comprobar que el contratista está al corriente y actúe en consecuencia, conocida la solvencia del contratista o subcontratista<sup>637</sup>. Además se ha interpretado, en sentido contrario a la anterior postura doctrinal, que es la imposición en la norma de la responsabilidad solidaria la que debe ser objeto de

---

<sup>635</sup> CAMPS RUIZ, L. M. "El nuevo Reglamento General ...", op. cit., pág. 16, y "La obligación empresarial ...", op. cit., pág. 255.

<sup>636</sup> ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S. "Compendio de Seguridad Social", Madrid (Tecnos), 1990, pág. 129. ALARCÓN CARACUEL, M.R. "Reflexión crítica ...", op. cit., pág. 62. MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma del art. 42 del E.T. ...", op. cit., pág. 287 y "Dimensión laboral ...", op. cit., págs. 61 y 65. MARTÍNEZ EMPERADOR, R. "EL Estatuto de los Trabajadores ...", op. cit., págs. 29,30, 31. MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L. "La titularidad de la empresa ...", op. cit., pág. 141. CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 157. MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "La descentralización productiva ...", ops. cits, págs. 610 y 572. MARTÍNEZ GARRIDO, L.R. "Tratamiento laboral ...", op. cit., pág. 52.

<sup>637</sup> MARTÍNEZ EMPERADOR, R. "El Estatuto de los Trabajadores ...", op. cit., págs. 31 y 32.

interpretación restrictiva a la vista de su carácter sancionador<sup>638</sup>.

Otro argumento normativo que refrenda esta solución es la redacción del art. 10.3 b) del RGR, mucho más pretenciosa que la del art. 42 del ET en tanto extiende los supuestos de exoneración a la obtención por el principal de un certificado negativo de deudas del contratista<sup>639</sup>. Dicho extremo confirma, desde mi punto de vista, que, efectivamente, una certificación negativa de deudas ha de conllevar la exoneración del empresario principal<sup>640</sup>, y no sólo porque lo establezca expresamente una norma jurídica en vigor sino porque además es solución acorde con la finalidad, tantas veces atribuida a la cautela legal, de compeler a los empresarios a no contratar con contratistas morosos con la Seguridad Social.

#### 4. Las limitaciones legales a la responsabilidad solidaria por obligaciones salariales y de Seguridad Social.

##### 4.1. Los límites moduladores de la responsabilidad solidaria del empresario principal en el art. 42 del ET.

Analizado el alcance de la responsabilidad solidaria del empresario principal instaurada en el art. 42.2 del ET, resulta necesario, complementariamente, dar cuenta de las previsiones que asimismo contiene la norma relacionadas con los límites

---

<sup>638</sup> RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. "Las responsabilidades ...", op. cit., pág. 158.

<sup>639</sup> En contra, hay quien ha pensado que dicha previsión reglamentaria ignora la letra de la Ley por efectuar una lectura extensiva de un mandato legal restrictivo. Cfr. CAMPS RUIZ, L. M. "La obligación empresarial ...", op. cit., pág. 254 y "El nuevo Reglamento General ...", op. cit., pág. 15. Opina, en cambio, que es aplicable la solución reglamentaria, LLANO SÁNCHEZ, M. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 205.

<sup>640</sup> Criterio también mantenido, a la vista del art. 12.1 RGR, por la ya citada Circular de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, de 12 de febrero de 1997.



subjetivos, temporales y cuantitativos de dicha responsabilidad a la que está sujeto.

Se puede hablar, en primer lugar, de la existencia de un límite subjetivo en referencia a los concretos trabajadores del contratista o subcontratista a los que se vinculan las obligaciones laborales sobre las que pesa la responsabilidad solidaria del empresario principal. El art. 42.2 del ET especifica que la responsabilidad comprende las obligaciones laborales contraídas por los contratistas o subcontratistas con sus trabajadores, pero no especifica si se refiere a todos los trabajadores que puedan tener en plantilla dichos empresarios o sólo los vinculados a la contrata o subcontrata.

En segundo lugar, el art. 42.2 contiene dos tipos de limitaciones temporales. Una marca el período de tiempo durante el cual se han de entender acotadas las obligaciones salariales y de Seguridad Social del contratista de las que podría responder el empresario principal. A ella se refiere la norma cuando establece que el empresario responderá solidariamente de dichas obligaciones "durante la vigencia de la contrata". La otra precisa el plazo durante el cual es exigible esa responsabilidad al empresario principal, que es hasta "el año siguiente a la terminación del encargo".

Por último, es interesante destacar que ya no existen límites cuantitativos en el montante de la responsabilidad del empresario principal. La redacción original del art. 42 contenida en la Ley 8/1980 del ET, atemperaba la cuantía de la eventual responsabilidad del empresario principal al establecer que dicha responsabilidad estaría limitada para dicho empresario a "lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo". Sin embargo, dicho límite cuantitativo fue suprimido con ocasión de la reforma operada en

el art. 42 ET por el art. 2 del RDL 5/2001, de 2 de marzo<sup>641</sup>, por lo que será preciso dar cuenta del alcance que tenía dicho límite en la norma estatutaria y del significado y conveniencia de su reciente supresión.

#### 4.2. El límite subjetivo: las obligaciones contraídas con los trabajadores vinculados a la ejecución de la contrata.

El art. 42.2 del ET establece que la responsabilidad solidaria del empresario principal recae sobre las obligaciones salariales y las referidas a la Seguridad Social "contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores". ¿Quiere decirse con ello que la responsabilidad del empresario principal recaerá sobre las obligaciones de dicha naturaleza que el contratista haya contraído con cualesquiera de los trabajadores que tenga en plantilla?

La norma no precisa en absoluto esta cuestión; sin embargo, ha de entenderse que la responsabilidad sólo recae sobre las obligaciones salariales y de Seguridad Social referidas a los trabajadores del contratista que estén empleados en las obras o servicios objeto de la contrata<sup>642</sup>.

Dicha conclusión se sustrae del fundamento de la atribución de la responsabilidad solidaria al empresario principal por

---

<sup>641</sup> Real Decreto-Ley, convertido posteriormente en Ley 12/2001 de 9 de julio de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

<sup>642</sup> En el mismo sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "La regulación protectora del trabajo en contratas", RPS, n° 93, pág. 47. MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 256. CALVO GALLEGOS, F.J. "La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios", op. cit., pág. 74. Cfr., asimismo, sentencia TSJ Cataluña 4 de julio de 1996, as. 2905.

obligaciones laborales de otro empresario<sup>643</sup>. Si la responsabilidad se remonta al provecho patrimonial que el principal obtiene del esfuerzo productivo de los trabajadores del contratista empleados en la ejecución de las tareas que ha encargado, es evidente que dicha responsabilidad sólo puede ir referida a las obligaciones contraídas con esos mismos trabajadores. La hipótesis contraria decae por absurda; no tiene sentido hacer responsable al empresario principal por unas obligaciones laborales contraídas con unos trabajadores que están totalmente desconectados de su organización productiva.

Ahora bien, para que el empresario principal pueda eventualmente responder de las obligaciones laborales contraídas por el contratista con los trabajadores que ha empleado en su contrata, es razonable que deba conocer previamente la identidad y número de esos trabajadores. Se trata de una cuestión relacionada con los derechos de información del empresario principal sobre la actividad productiva del contratista. Piénsese que, de no existir esa información, se podría dar lugar a la comisión de fraudes por el empresario contratista que, en connivencia con trabajadores suyos que no se encuentran efectivamente prestando sus servicios en esa contrata sino en otra, podría pretender que los mismos accionasen contra el empresario principal por encontrarse formalmente ocupados en las obras o servicios que constituyen el objeto de la contrata que dicho empresario ha encomendado<sup>644</sup>. También podría el contratista pretender un abaratamiento de costes, en perjuicio del principal,

---

<sup>643</sup> En el mismo sentido, CALVO GALLEGO, F.J. "La regulación ...", op. cit., pág. 74, y LLANO SÁNCHEZ, M. "Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas", op. cit., pág. 255.

<sup>644</sup> En el supuesto previsto por la sentencia TCT 12 de marzo de 1987, ar. 5622, el empresario principal solicitó su exoneración de la responsabilidad precisamente por tratarse de un trabajador que no fue ocupado en la contrata que había encomendado; sin embargo, dicha pretensión fue desestimada por no haber sido probada dicha circunstancia.

disminuyendo, durante la ejecución de la contrata, la plantilla vinculada a la realización de la misma<sup>645</sup>.

El nuevo apartado 4º del art. 42 del ET, introducido por el RDL 5/2001, prevé que el empresario principal informe a los representantes legales de sus trabajadores, entre otros extremos, del número de trabajadores que serán ocupados por la contratista o subcontratista en su centro de trabajo<sup>646</sup>. A pesar de que, con ello, parece que la norma pretende describir el contenido concreto del control que pueden ejercer los representantes de los trabajadores sobre la política de subcontratación del empresario ex art. 64.1.1º del ET<sup>647</sup>, puede constituir éste, además, un instrumento útil para que el empresario conozca quiénes son los trabajadores que van a ser empleados en su contrata pues es obvio que si tiene que trasladar esa información a los representantes de sus trabajadores<sup>648</sup>, deberá conocer esa misma información con carácter previo. El problema es que, el art. 42.4 refiere la información únicamente al número y no a la identidad de los trabajadores, con lo que el precepto no resulta del todo

---

<sup>645</sup> Problemas también expuestos por LLANO SÁNCHEZ, M., *Idem*, págs. 255 y 256.

<sup>646</sup> El precepto, con escaso rigor técnico, se refiere a el "número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo del principal", refiriéndose, sin duda, a los trabajadores ocupados por el contratista o subcontratista. CAMPS RUIZ, L.M. "La subcontratación de obras y servicios tras el Real Decreto-Ley 5/2001 de 2 de marzo", *op. cit.*, pág. 70.

<sup>647</sup> *Idem.*, págs. 68 y 69. En contra, parece manifestarse LLANO SÁNCHEZ, M. "Innovaciones legales en materia de contratación y subcontratación de obras y servicios. Reforma del artículo 42 ETT por la Ley 12/2001, de 9 de julio", *op. cit.*, pág. 11, pues deslinda el deber de información del art. 64.1.1º del previsto en el art. 42.4 sosteniendo que el primero debe cumplirse con carácter previo a la celebración de la contrata mientras que el segundo se refiere a contratas ya celebradas pero cuya ejecución aún no se ha iniciado. Por otra parte, la finalidad de control o "profiláctica", que se atribuye al art. 64.1.1º, sobre la política de contratación del empresario ya había sido apuntada por la doctrina. Cfr. MARTÍN VALVERDE, A. "La información al personal sobre subcontratación y sobre previsiones de empleo", RT, nº 100, 1990, págs. 634 y ss. MONEREO PÉREZ, J. L. "Los derechos de información de los representantes de los trabajadores", Madrid (Civitas), 1992, págs. 476 y ss.

<sup>648</sup> Téngase en cuenta que el art. 7.7 TRLISOS tipifica como infracción administrativa grave la transgresión de los derechos de información de los representantes de los trabajadores.

práctico para el objetivo planteado, seguramente porque esa no es su finalidad.

Por esa razón, y a falta de expresa previsión legal, debe ser el propio empresario principal el que, para evitar posibles maniobras torticeras del contratista, ha de interesar de éste la información precisa sobre el número de trabajadores que se vayan a emplear en la contrata y sobre su identidad, así como sobre las incidencias que tengan lugar en la plantilla afecta a la contrata durante la ejecución de la misma. A tal efecto, nada impide que en el contrato de empresa celebrado entre ambos empresarios se pacte la obligación del contratista de informar al principal de los trabajadores vinculados a la contrata y de las bajas que se produzcan durante la misma<sup>649</sup>.

**4.3. Las limitaciones temporales: las obligaciones contraídas por el contratista durante la vigencia de la contrata y su exigibilidad solidaria al empresario principal durante el año siguiente a su terminación.**

En el art. 42.2 del ET se contiene, como se ha subrayado supra, un doble límite temporal a la responsabilidad solidaria del empresario principal. Por una parte, dicha responsabilidad se contrae a las obligaciones salariales y las de Seguridad Social nacidas durante la vigencia de la contrata y, por otra, la responsabilidad resulta exigible "durante el año siguiente a la terminación del encargo". Debido a la específica problemática que plantean cada una de ellas, se analizarán ambas acotaciones legales por separado.

---

<sup>649</sup> LLANO SÁNCHEZ, M. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 256.

#### 4.3.1. El tiempo de vigencia de la contrata como referente temporal de la responsabilidad.

El hecho de que la responsabilidad solidaria del empresario principal recaiga exclusivamente sobre las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas por el contratista o subcontratista con sus trabajadores durante la vigencia de la contrata se desprende claramente del inciso final del art. 42.2 del ET y ha sido subrayado también por la jurisprudencia del TS<sup>650</sup>, la doctrina en suplicación<sup>651</sup> y la unanimidad de la doctrina científica<sup>652</sup>. Quedan fuera, por lo tanto, del ámbito de responsabilidad del empresario principal las obligaciones contraídas por el contratista tanto antes de la iniciación de la contrata como después ya que dichas obligaciones constituyen responsabilidad exclusiva del mismo. La razón de ese acotamiento temporal radica en la necesaria coherencia con el propio fundamento del sistema legal de responsabilidad, esto es, el beneficio que la empresa principal obtiene con el trabajo desarrollado en la contrata por los trabajadores del contratista, beneficio del que, obviamente, no se puede hablar cuando la contrata aún no se ha iniciado o ya ha terminado<sup>653</sup>.

Con ocasión de la interpretación por los Tribunales de esta acotación temporal de la responsabilidad, se ha puesto de manifiesto que no siempre rige en términos estrictos pues existen supuestos donde la especial dinámica en que se desenvuelve la

---

<sup>650</sup> TS 27 de junio de 1988, ar. 5471, 27 de junio de 1991, ar. 6611, y 19 de mayo de 1998, ar. 4730,

<sup>651</sup> Cfr., por todas, TSJ Andalucía 17 de enero de 1997, ar. 244 y TSJ Madrid 2 de abril de 1998, ar. 1335.

<sup>652</sup> Por todos, MONEREO PÉREZ, J. L. "La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación", op. cit., pág. 92; SALA FRANCO, T. y otros "Derecho del Trabajo. Tomo II", 4ª edic, op. cit., pág. 85.

<sup>653</sup> TS 13 de octubre de 1988, ar. 7806, TSJ Baleares 11 de enero de 1997, AL, n° 26, 1997, marg. 952.

obligación objeto de responsabilidad ha dado lugar a la existencia de fisuras en la aplicación práctica del límite legal. Se trata de aquellos casos en que no existe coincidencia temporal entre el nacimiento de la obligación y el momento de su abono pues la responsabilidad que se enjuiciaba de la empresa principal versaba sobre el pago de obligaciones que se habían contraído durante la vigencia de la contrata pero que vencían en un momento posterior a su terminación. Son típicos los supuestos referidos a salarios de tramitación y el pago de prestaciones de Seguridad Social.

En el caso de los salarios de tramitación, cuando se ha apreciado la responsabilidad del empresario principal en el abono de los mismos por entenderla comprendida en el art. 42 del ET, la tendencia mayoritaria ha sido la de considerar que dicha responsabilidad del empresario principal se encuentra limitada por el fin de la contrata, hasta el punto de que, si coincide la terminación de la contrata con el despido del trabajador, el empresario principal no será responsable y, si se produce antes del fin de la contrata, sólo responderá de la parte alícuota correspondiente a la vigencia de la misma<sup>654</sup>. Obviamente, no existe responsabilidad solidaria del empresario principal por

---

<sup>654</sup> Cfr. TS ud. 28 de abril de 1999, ar. 4648, TSJ Madrid 2 de abril de 1998, as. 1335, TSJ Castilla León 3 de septiembre de 1996, as. 2826, TSJ Andalucía 3 de junio de 1996, as. 2374, 17 de enero de 1997, as. 244 y 19 de septiembre de 1997, as. 4895, TSJ Baleares 13 de julio de 1996, as. 2542. Por ejemplo, la sentencia TSJ Murcia 23 de enero de 1998, as. 523 afirma que "la condena, en concepto de responsable solidaria, ha de extenderse a la empresa principal ... si bien limitando su alcance sólo en lo concerniente a los salarios de tramitación devengados durante el período de vigencia de la contrata... esto es, hasta el 31 de agosto de 1997" (momento de terminación de la contrata); los paréntesis son míos; y la del TSJ País Vasco 17 de septiembre de 1996, as. 3588, razona que "dado que en el caso de autos, la contrata ... se extinguió el 31 de diciembre de 1995, no cabe imputar a la empresa principal responsabilidad alguna en el pago de los salarios de tramitación a que tiene derecho el demandante, al corresponder éstos a un período posterior a esa fecha". En contra, es doctrina minoritaria la que sostiene que la responsabilidad por salarios de trámite no está limitada por la terminación de la contrata, TSJ Castilla la Mancha 27 de abril de 1998, as. 5916.

despidos llevados a cabo por el contratista después de haber finalizado la contrata<sup>655</sup>.

Igual consideración, por extensión, se puede hacer respecto a cualquier otra obligación de naturaleza salarial de devengo superior al mes, como por ejemplo las pagas extraordinarias. Es perfectamente posible que el empresario contratista haya contraído la obligación de abonar la paga durante la vigencia de la contrata pero su vencimiento y, por tanto, el derecho a exigirla por el trabajador sólo se produce en un momento posterior a su extinción. Pues bien, a mi juicio, la dicción literal del art. 42.2 del ET, "el empresario principal... responderá solidariamente de las obligaciones... contraídas por los contratistas y subcontratistas... durante la vigencia de la contrata", permite sostener que la responsabilidad del empresario principal comprende las obligaciones efectivamente "contraídas" por el contratista, durante ese período, aunque la obligación de su abono sea posterior. De esa forma si durante la vigencia de la contrata se generó la paga completa cuyo pago corresponde en un momento posterior a la terminación de la contrata, el empresario comitente responderá de su totalidad y si, en cambio, la paga aún se está devengando cuando ya ha terminado la contrata, dicho empresario sólo responderá de la parte alícuota correspondiente<sup>656</sup>.

---

<sup>655</sup> TSJ Galicia 30 de mayo de 1997, AL, n° 32, 1997, marg. 1195, TSJ Madrid 9 de diciembre de 1996, ar. 4676.

<sup>656</sup> Supuesto específico de pagas extraordinarias donde se opta por esta solución de responsabilidad por la parte proporcional correspondiente a la duración de la contrata es la del TSJ Madrid 14 de enero de 1998, as. 67. La solución de la responsabilidad por la parte alícuota, para las obligaciones que se devengan post-contrata ha sido, además, sostenida por un mayoritario sector doctrinal. Cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V. "Fenómenos interempresariales", op. cit., pág. 109. BLAT GIMENO, F. "Análisis jurídico-laboral...", op. cit., pág. 144, GARCÍA MURCIA, J. "El trabajo en contratas...", op. cit., pág. 50, ROQUETA BUJ, R. "Alcance temporal de las responsabilidades", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, págs. 261 y 262. CALVO GALLEGO, F.J. "La regulación laboral española...", op. cit., pág. 75. En contra se manifiestan, aunque con escaso fundamento, GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I. "Contrata y subcontrata de obras y servicios. La cesión de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal", (continúa...)



Cuando se ha tratado de prestaciones de Seguridad Social, el Tribunal Supremo ha llegado a admitir la responsabilidad del empresario principal en el abono de devengos que tienen lugar más allá del período de duración de la contrata cuando se trata de prestaciones cuyo hecho causante se ha materializado durante la vigencia de la misma. La sentencia del alto Tribunal, en unificación de doctrina, de 17 de mayo de 1996, ar. 4472, aplicó este criterio a la responsabilidad en el abono de una prestación de incapacidad temporal y, además del anterior argumento, recurrió a la conocida fundamentación del sistema de responsabilidad del art. 42 del ET, pues, para el TS, el precepto trata de evitar que el lucro que pueda obtener el empresario principal, como beneficiario del trabajo por cuenta ajena de los trabajadores del contratista, vaya en perjuicio de la protección social de los mismos y "la protección o desprotección total de la incapacidad temporal está vinculada al cumplimiento de las obligaciones del empresario con la Seguridad Social durante la vigencia de la contrata"<sup>657</sup>.

La anterior solución jurisprudencial puede ser compartida desde aquí pues es cierto que, si se atiende al anterior fundamento del precepto, el elemento decisivo en caso de prestaciones de Seguridad Social es el momento en que tiene lugar el hecho causante que la genera y no la prolongación de sus efectos. No obstante, esa misma solución ha sido criticada por una concreta posición doctrinal que sostiene que no es acorde con

---

<sup>656</sup> (...continuación)

Valencia (CISS), 1998, págs. 48 y 49.

<sup>657</sup> Se recuerda, además, en esta sentencia, que en la de 8 de mayo de 1995, ar. 3755, se afirmaba que "la IT está constituida por dos elementos, uno causal, la enfermedad o lesión que requiere el restablecimiento de la salud perdida e impide el trabajo y otro temporal, que comprende el proceso de curación. Ambos momentos son inseparables y el segundo es función del primero, si bien, modula decisivamente la contingencia. Esta naturaleza compleja aparece ya en la base 7 de la Ley 193/1963 de 28 de diciembre al referirse en su apartado a) tanto a la enfermedad o accidente como hecho causal y al elemento temporal con la expresión "mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo".

la literalidad del precepto estatutario ya que este refiere la responsabilidad al período de vigencia de la contrata<sup>658</sup>.

Si hasta ahora se ha dejado claro que, como regla general, la responsabilidad solidaria del empresario principal tiene como cota temporal el momento de finalización de la contrata, se plantea, no obstante, el problema de la exacta determinación de cuál es ese momento. Téngase en cuenta que el contrato de empresa, como cualquier otro, está sujeto a múltiples formas posibles de terminación, unas que se pueden calificar como modos normales de terminación y, otras, como modos anormales por suponer una ruptura precipitada o ante tempus de la relación contractual<sup>659</sup>. Se trata de dar cuenta ahora de ello por su posible incidencia en el régimen de la responsabilidad solidaria del principal por obligaciones del contratista.

La terminación normal de la contrata no plantea mayores problemas. Puede producirse, como es sabido, por el cumplimiento del término final pactado por las partes o por la finalización íntegra de la obra y pago del correspondiente precio, según cual sea la modalidad de terminación que se haya pactado. Una vez producida dicha terminación, el empresario principal ya no será responsable respecto a obligaciones laborales posteriores del contratista. Sin embargo, repárese en que cuando se ha encargado la ejecución de una determinada obra, lo habitual es que el

---

<sup>658</sup> PEDRAJAS MORENO, A. "Relaciones de carácter interempresarial: subcontratación, cesión, sucesión, grupos de empresa", en AAVV. "Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en homenaje al profesor Efrén Borrajo Dacruz", Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, pág. 237. También critica la solución del TS CALVO GALLEGOS, F.J. "La regulación laboral ...", op. cit., pág. 75, quien opina que, al igual que ocurre con las percepciones salariales de vencimiento superior al mes, lo lógico sería reducir la responsabilidad del empresario principal al tiempo de duración de la contrata y no extenderla a la totalidad de la prestación.

<sup>659</sup> En este sentido, los profesores DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. "Sistema de Derecho Civil", vol. II, Madrid (Tecnos), 1990, págs. 440, 451 y 452, han sostenido, en relación a los contratos de arrendamiento de obras y servicios, que pueden extinguirse por las causas generales de extinción de las obligaciones y también por causas específicas relacionadas con la voluntad del comitente o del contratista.

contrato no se da por terminado hasta que el comitente no la recibe a su entera conformidad. En este sentido, es posible que este empresario, si aprecia deficiencias, encomiende al contratista la realización de trabajos complementarios de subsanación antes de la definitiva recepción y pago final de precio<sup>660</sup>. Si se da este supuesto, los trabajadores del contratista que se ocupen de dichas tareas quedarán cubiertos todavía por la garantía de solidaridad del art. 42 puesto que la contrata sigue vigente mientras los trabajos complementarios no finalicen y, una vez ejecutados, el comitente no reciba la obra a su plena y definitiva aprobación<sup>661</sup>.

Mayores problemas plantean los supuestos de terminación ante tempus de la contrata, no ya tanto cuando el contratista la resuelve unilateralmente o cuando se extingue anticipadamente de mutuo acuerdo pues, en estos casos, es comúnmente admitido el fin de la contrata y, por consiguiente, el fin de la responsabilidad del empresario principal<sup>662</sup>., sino en los supuestos en que es el principal el que decide la resolución precipitada de la contrata.

Cuando el empresario principal es el que rescinde unilateralmente la contrata antes de su normal terminación la jurisprudencia del TS y la doctrina en suplicación han tendido a considerar que la responsabilidad solidaria del empresario

---

<sup>660</sup> Como ha apreciado la doctrina civilista, existe en el contrato de ejecución de obra una dualidad de recepciones de la obra por el comitente, la provisional y la definitiva. Por todos, DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. "Sistema de Derecho Civil", vol. II, op. cit., págs. 436 y 437.

<sup>661</sup> En el mismo sentido, BLAT GIMENO, F. "Análisis jurídico-laboral ...", op. cit., pág. 146. ROQUETA BUJ, R. "Alcance temporal de las responsabilidades", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 264.

<sup>662</sup> Cfr. LLANO SÁNCHEZ, M. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 263. Cfr. jurisprudencia del TCT y en suplicación allí citada, notas n° 750 y 751. Como ha afirmado, GARCÍA DE PAREDES, M<sup>a</sup>. L. "Posición del trabajador en la subcontratación de obras y servicios", AL, n° 40, 1994, pág. 626, cuando es el contratista el que procede a la resolución de la contrata, el empresario principal sólo responderá solidariamente hasta que se produce dicha extinción por ser ajeno a su causa.

principal se limita a la fecha de finalización por rescisión de la contrata<sup>663</sup>, sin perjuicio de que el contratista pueda impugnar dicha resolución unilateral si la estima no conforme a Derecho<sup>664</sup>. Sin embargo, comparto con GÁRATE CASTRO que, para que no quede frustrada la finalidad del artículo 42 ET, en los casos en que el principal no ha invocado razón justificada para la resolución, se le ha de poder exigir responsabilidad por las deudas que se generen hasta la que hubiese sido la fecha de terminación de la contrata<sup>665</sup>, pues, como bien se ha señalado, parece que "la jurisprudencia concibe la vigencia de la contrata como una pura situación de hecho, sin conexión alguna con los mecanismos jurídicos que técnicamente configuran causas de extinción contractuales"<sup>666</sup>.

#### 4.3.2. El plazo de exigibilidad de la responsabilidad solidaria al empresario principal.

El art. 42.2 del ET dispone que el empresario principal responderá solidariamente de las obligaciones salariales del contratista o subcontratista y las referidas a la Seguridad Social "durante el año siguiente a la terminación de su encargo".

---

<sup>663</sup> Sentencias TS 22 de enero de 1988, ar. 37, 7 de julio de 1994, ar. 6351 y 28 de abril de 1999, ar. 4648. Sentencias TSJ Comunidad Valenciana 24 de enero de 1996, as. 808 y TSJ País Vasco 2 de mayo de 1996, as. 3108.

<sup>664</sup> La sentencia del TSJ Comunidad Valenciana 24 de enero de 1996, as. 808, añade que el contratista podría incluir, entre los perjuicios que reclame al principal, los causados a los trabajadores.

<sup>665</sup> GÁRATE CASTRO, J. "Los salarios de tramitación ..." op. cit., pág. 347. En el mismo sentido, LLANO SÁNCHEZ, M. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 263.

<sup>666</sup> BLAT GIMENO, F. "Análisis jurídico-laboral ...", op. cit., pág. 151. No obstante, la antes citada sentencia TSJ Comunidad Valenciana 24 de enero de 1996, as. 808, parece atribuir relevancia, a efectos de la acotación temporal de la responsabilidad, a la causa justificativa de la rescisión contractual instada por el empresario principal ya que pondera que la rescisión no fue injustificada sino que se debió al abandono de la obra y a otros incumplimientos contractuales de la empresa contratista.

Dicho mandato normativo debe ser puesto en relación con el plazo general de prescripción para el ejercicio de las acciones que no tengan señalado plazo especial que es de un año (art. 59.1 ET) contado, si se trata de exigencia de percepciones económicas, desde el día en que la acción pudiera ejercitarse (art. 59.2 ET).

Parece pues, que el art. 42.2 del ET amplía el plazo general de prescripción del art. 59.1 en favor de los trabajadores y de la Seguridad Social y en perjuicio del empresario principal que puede verse obligado a responder, durante un año más desde el fin de la contrata, respecto a obligaciones laborales del contratista que ya han prescrito<sup>667</sup>.

La doctrina científica ha tildado, no obstante, la anterior interpretación de excesiva, pues implica someter al empresario principal a un plazo de prescripción mucho más gravoso que el que pesa sobre el obligado principal<sup>668</sup>, por lo que resulta obligado concluir que en el precepto no se contiene otra cosa que una innecesaria reiteración del plazo general de prescripción del art. 59.1 del ET. En este sentido, se ha afirmado que este plazo máximo de responsabilidad del empresario principal no enerva "el juego del resto de los plazos previstos en el ordenamiento laboral"<sup>669</sup>.

De acuerdo con la anterior posición, que aquí se comparte, lo que quiere decir el precepto es que, efectivamente, la responsabilidad puede exigirse al empresario principal durante el año siguiente a la terminación del encargo, siempre, claro está, que el derecho exigido no hubiese prescrito por el

---

<sup>667</sup> Esta parece ser la interpretación sostenida por parte de la doctrina. Cfr. GARCÍA NINET, J.I. "Artículo cuarenta y dos.-Responsabilidad ...", op. cit., pág. 305.

<sup>668</sup> MARTÍNEZ GARRIDO, L.R. "Tratamiento laboral ...", op. cit., pág. 65.

<sup>669</sup> CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 156.

transcurso del plazo legal previsto en cada caso<sup>670</sup>. Ello se explica en la propia naturaleza de la obligación solidaria, ya que, como señala el art. 1148 CC, "el deudor solidario podrá utilizar, contra las reclamaciones del acreedor, todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación ..."<sup>671</sup>; con lo que se puede entender que, entre otras, se encuentra la prescripción.

Si se trata entonces, de la plasmación en el art. 42 del ET del plazo general de terminación de las obligaciones económicas que no tengan señalado plazo especial, es forzoso concluir que se trata de un plazo de prescripción y no de caducidad<sup>672</sup>. Efectivamente, no sería coherente con el sistema de responsabilidad solidaria del Código Civil, la instauración de plazos de naturaleza diferente en función de si la acción se ejercita contra el contratista o contra el empresario principal pues si, ex art. 1144 del CC, el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos simultáneamente, ello significa que cada uno de los deudores solidarios es deudor por la totalidad de lo debido<sup>673</sup>. Confirma igualmente la identidad de naturaleza de los plazos el art. 1144

---

<sup>670</sup> SALA FRANCO, T. y otros, "Derecho del Trabajo. Tomo II", 4ª edic., op. cit., pág. 85, MARTÍNEZ EMPERADOR, R. "El Estatuto de los Trabajadores ...", op. cit., pág. 44. BLAT GIMENO, F. "Análisis jurídico-laboral ...", op. cit., pág. 154.

<sup>671</sup> En el mismo sentido, GARCÍA DE PAREDES, Mª. L. "Posición del trabajador ...", op. cit., págs. 626 y 627.

<sup>672</sup> Así se manifiesta la mayoría de la doctrina. Cfr. GARCÍA NINET, J.I. "Artículo cuarenta y dos.-Responsabilidad ...", op. cit., pág. 305, CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 156. CALVO GALLEGO, F.J. "La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios", op. cit., pág. 75. GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I. "Contrata y subcontrata ...", op. cit., pág. 50. ROQUETA BUJ, R. "Alcance temporal ...", op. cit., pág. 269. En contra, GARCÍA MURCIA, J. "Trabajo en contratas ...", op. cit., pág. 50, MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 268. GARCÍA PIQUERAS, M. "Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales ...", op. cit., pág. 51. Por su parte, la sentencia TS 23 de noviembre de 1987, ar. 8230, aunque sin expresa argumentación, se inclinó por la caducidad. Idem, sentencia TSJ País Vasco 1 de diciembre de 1998, as. 4992. Sin embargo, la sentencia TS 19 de octubre de 1994, ar. 8254, rechaza la caducidad por no ser susceptible de interpretación extensiva.

<sup>673</sup> ROQUETA BUJ, R. "Alcance temporal de las responsabilidades", op. cit., pág. 269.

del CC, anteriormente citado, pues, como se ha visto, las excepciones que pueden invocar el deudor principal y el solidario son las mismas.

En cuanto a las obligaciones referidas a la Seguridad Social, es preciso efectuar otro tipo de consideraciones ya que existe una ostensible divergencia entre el plazo de exigibilidad de un año que establece el art. 42.2 del ET y los plazos de cuatro y cinco establecidos por los arts. 21 y 43 de la LGSS, respectivamente, para el pago de cuotas y el reconocimiento de prestaciones públicas<sup>674</sup>.

Sobre qué concretos plazos han de observarse en la exigibilidad de la responsabilidad solidaria al empresario principal en materia de Seguridad Social, existe discrepancia doctrinal. Un sector entiende que se mantienen indemnes los plazos señalados en la LGSS para las obligaciones de esta naturaleza, por lo que el el plazo establecido en el ET sólo rige para las acciones salariales<sup>675</sup>.

Desde otra posición se ha sostenido que el ET establece un plazo especial que sustituye los plazos generales de los arts. 21 y 43 de la LGSS<sup>676</sup> o, al menos, los restringe en relación con la responsabilidad solidaria del empresario principal<sup>677</sup>.

---

<sup>674</sup> El plazo de cuatro años establecido por el art. 21 LGSS para el pago de las cuotas sociales constituye una novedad en nuestro ordenamiento introducida por el art. 24.1 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. El anterior plazo era de cinco años.

<sup>675</sup> MARTÍNEZ GARRIDO, L.R. "Tratamiento laboral ...", op. cit., pág. 70. MARTÍNEZ EMPERADOR, R. "El Estatuto de los Trabajadores ...", op. cit., págs. 42 y 43. BLAT GIMENO, F. "Análisis jurídico-laboral ...", op. cit., pág. 153.

<sup>676</sup> GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I. "Contrata y subcontrata de obras y servicios ...", op. cit., pág. 57. GARCÍA DE PAREDES, M. L. "Posición del trabajador ...", op. cit., pág. 627. MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 266. GARCÍA MURCIA, J. "El trabajo en contratatas ...", op. cit., pág. 51.

<sup>677</sup> CALVO GALLEGU, F.J. "La regulación laboral española ...", op. cit., pág. 75.

Desde mi punto de vista, esta segunda alternativa se encuentra más justificada por diferentes razones. En primer lugar, porque la opción contraria supondría una desproporcionada extensión en el tiempo de la responsabilidad del empresario principal que podría obstaculizar el libre desarrollo del mercado de contratas<sup>678</sup>. En segundo lugar, porque no se coloca al trabajador en situación de desprotección ya que, transcurrido el plazo de un año, se extinguirá la responsabilidad solidaria pero subsiste la subsidiaria de la empresa principal que, como se sabe, está sujeta a los plazos de cuatro y cinco años de los arts. 21 y 43 de la LGSS<sup>679</sup>. Finalmente, esta interpretación es la solución que acoge explícitamente una norma jurídica, el art. 10.3 del RGR al disponer que "el empresario principal y durante al año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente del pago de las deudas con la Seguridad Social ...".

Es preciso señalar que, como ya se ha apuntado, este plazo especial de exigibilidad de la responsabilidad solidaria no enerva el resto de plazos de prescripción y caducidad previsto en nuestro Derecho para el ejercicio de cualesquiera otras acciones laborales<sup>680</sup>. Eso significa que es posible que la acción principal haya caducado antes del transcurso de dicho plazo

---

<sup>678</sup> GALA DURÁN, C. "La responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 446 y ROQUETA BUJ, R. "Alcance temporal ...", op. cit., pág. 270.

<sup>679</sup> GARCÍA PIQUERAS, M. "Régimen jurídico ...", op. cit., pág. 53. GARCÍA DE PAREDES, M. L. "Posición del trabajador ...", op. cit., pág. 627. CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 157. MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "La responsabilidad en orden ...", op. cit., pág. 211.

<sup>680</sup> Así lo ha subrayado la jurisprudencia. Cfr. sentencias TS 27 de junio de 1988, ar. 5471, 13 de octubre de 1988, ar. 7806, TSJ Madrid 20 de marzo de 1997, as. 696, TSJ Cantabria 22 de julio de 1996, as. 3271. Cfr., asimismo, doctrina citada en nota posterior.



especial imposibilitando el ejercicio de la responsabilidad solidaria<sup>681</sup>.

#### 4.4. La inexistencia de límite cuantitativo de la responsabilidad solidaria.

Como ya se ha dicho, la reforma operada en el art. 42 del ET por el RDL 5/2001 de 2 de marzo y posterior Ley 12/2001 de 9 de julio, suprimió el límite cuantitativo que contenía su apartado segundo, según el cual el quantum de la responsabilidad del empresario principal se limitaba a lo que le hubiese correspondido abonar de haberse tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo.

La doctrina que tuvo ocasión de pronunciarse sobre el particular había afirmado que dicha limitación se justificaba en la necesidad de evitar torticeras connivencias entre la empresa contratista y sus trabajadores pactando salarios muy superiores a los habituales en el sector con el fin de que respondiese de su abono la empresa principal ante la insolvencia de la contratista. También se apuntó la finalidad de evitar que las diferencias retributivas entre distintos sectores de la economía repercutiesen negativamente en el desarrollo de la descentralización productiva<sup>682</sup>, o sencillamente, ser necesario poner un tope a la responsabilidad del empresario principal por no ser concebible una responsabilidad ilimitada<sup>683</sup>.

---

<sup>681</sup> CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 156. BLAT GIMENO, F. "Análisis jurídico-laboral ...", op. cit., pág. 155 y ss. ROQUETA BUJ, R. "Alcance temporal ...", op. cit., pág. 271.

<sup>682</sup> Ambas razones fueron aportadas por CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 139. En el mismo sentido, MONEREO PÉREZ, J. L. "La responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 90.

<sup>683</sup> MARTÍNEZ GARRIDO, L.R. "Tratamiento laboral ...", op. cit., pág. 64.

Pero, por otro lado, la mayoría de los pronunciamientos doctrinales se efectuaron en términos de crítica frente a la anterior previsión legal. Se puso de relieve que, si bien se alentaba con ese límite el desarrollo de la descentralización productiva, también se estimulaba su aspecto patológico, pues daba pie a la realización de operaciones de subcontratación por el empresario principal con el fin de disponer de una mano de obra más precaria<sup>684</sup>, admitiendo implícitamente el legislador la licitud de la desigualdad retributiva entre los trabajadores de la empresa principal y los de la contratista<sup>685</sup>.

No obstante, desde mi punto de vista, fue la escasísima operatividad práctica de la previsión normativa la razón fundamental para su supresión pues era y es ciertamente infrecuente que la empresa contratista tenga unas tablas salariales más elevadas que las de la propia empresa principal, supuesto donde la limitación tenía toda su virtualidad, por lo que su supresión no viene a añadir nada nuevo<sup>686</sup>. Téngase en cuenta, en este sentido que, pese a su desaparición, nada impide que el empresario principal pueda oponerse a la reclamación salarial de los trabajadores invocando y probando la existencia de fraude por resultar desproporcionado el montante económico de

---

<sup>684</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. "La responsabilidad empresarial ...", op. cit., págs. 90 y 91.

<sup>685</sup> MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 267. Paradójicamente, en un momento posterior, se pronunció en sentido contrario FOLGUERA CRESPO, J. "La responsabilidad salarial del empresario en contratas y subcontratas: su alcance objetivo", op. cit., pág. 225, quien sostuvo que el límite aseguraba que el empresario no recurriese a la contrata con el fin exclusivo de abonar menores salarios que a sus propios empleados.

<sup>686</sup> En el mismo sentido, MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma del art. 42 del E.T. ...", op. cit., pág. 306 y "Dimensión laboral ...", op. cit., págs. 31 y 31. CAMPS RUIZ, L. M. "La subcontratación de obras y servicios tras el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo", op. cit., págs. 67 y 68. ALARCÓN CARACUEL, M.R. "Reflexión crítica ...", op. cit., pág. 62. En contra, LLANO SÁNCHEZ, M. "Innovaciones legales en materia de contratación y subcontratación de obras y servicios. Reforma del artículo 42 ETT por la Ley 12/2001, de 9 de julio", op. cit., pág. 8, sostiene que es posible que la empresa contratista cuente con salarios más elevados que los de la empresa principal por razón de su alta especialización, con lo que la desaparición del límite puede suponer que, las diferencias retributivas entre las empresas, desincentiven el recurso a la subcontratación.

la misma<sup>687</sup>. En todo caso, es preciso reconocer que, al menos en el plano teórico, la supresión del referido límite constituye, sin duda, un reforzamiento de las garantías con que cuentan los trabajadores<sup>688</sup> pues queda mejorada la protección del crédito salarial de las empresas contratistas y subcontratistas con la desaparición legal de la cota cuantitativa<sup>689</sup>.

### III. LOS SUPUESTOS ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD CONTENIDOS EN LA LEY GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL.

#### 1. Planteamiento previo. Los artículos 104.1 y 127.1 de la Ley General de Seguridad Social

El art. 127 de la LGSS, bajo el título "supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones", contempla diversos regímenes de responsabilidad empresarial compartida para los casos de contratas y subcontratas, transmisión de empresa, y cesión ilegal de trabajadores. Su apartado primero prevé en concreto una responsabilidad subsidiaria del empresario principal en el pago de las prestaciones de Seguridad Social de las que haya sido declarado responsable el empresario contratista ex art. 126.2 de la LGSS.

La presencia del señalado apartado primero del art. 127 de la LGSS en nuestro ordenamiento jurídico pone de manifiesto que, en el sistema de responsabilidad empresarial en contratas por obligaciones de Seguridad Social que instaura el art. 42 del ET,

---

<sup>687</sup> TOLOSA TRIVIÑO, C. "La modificación del art. 42 ET: una reforma insuficiente", AJA, n° 492, 2001, pág. 4.

<sup>688</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. "Fenómenos interempresariales", op. cit., págs. 111 y 112.

<sup>689</sup> LLANO SÁNCHEZ, M. "Innovaciones legales en materia de contratación y subcontratación de obras y servicios ...", op. cit., pág. 8.

tienen su incidencia, además de dicho precepto estatutario, aquel otro contenido en la LGSS. A ambos acompaña otro más, el art. 104.1 de la LGSS, norma dedicada a la responsabilidad por cotización que en lo relativo al sujeto responsable efectúa una remisión al posterior art. 127. Las tres normas juntas completan el cierre de dicho sistema legal de responsabilidad en contratas en materia de Seguridad Social<sup>690</sup>.

El párrafo primero del art. 127 de la LGSS establece que si en una contrata o subcontrata el empresario contratista es declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, el propietario de la obra o industria responderá de la misma si dicho empresario resulta insolvente. A dicha norma remite el art. 104 del mismo cuerpo legal cuando declara responsables de la obligación de cotizar a las personas señaladas en aquel, esto es, al empresario contratista y al titular de la obra o empresario comitente. Se sobreentiende que la responsabilidad por cotización también es subsidiaria aunque dicho precepto no lo diga expresamente pues la remisión de una norma a otra permite entender que esta no alcanza sólo a las personas responsables sino también a la misma responsabilidad<sup>691</sup>.

El primer aspecto sobre el que es conveniente reparar es la semejanza entre el supuesto de hecho del art. 127 LGSS que es, como se ha visto, el mismo que el del art. 104.1, y la consecuencia jurídica aneja al mismo, con los del art. 42 ET Tanto la norma estatutaria como las de Seguridad Social

---

<sup>690</sup> Añadiendo, por descontado, los correspondientes preceptos reglamentarios del RGR, esto es, el art. 10 en relación con la responsabilidad solidaria y el art. 12 en relación con la subsidiaria.

<sup>691</sup> De responsabilidad subsidiaria del empresario principal ex arts. 104 y 127 LGSS habla la unanimidad de la doctrina. Cfr., por todos, MONEREO PÉREZ, J.L. "La responsabilidad empresarial ...", op. cit., págs. 109 y 112, aunque el autor se refiere a los correspondientes preceptos de la LGSS de 1974, los arts. 68.1 y 97.1, por no haber entrado aún en vigor el texto refundido aprobado por RDLG 1/1994 de 20 de junio.

contemplan situaciones de descentralización productiva a través de contratas y subcontratas de obras y servicios, y asimismo atribuyen una responsabilidad a los empresarios implicados por conceptos económicos típicos del ordenamiento de la Seguridad Social como son las prestaciones y las cuotas sociales.

Esa semejanza hace necesario discernir si existe una confluencia reguladora de ambas normas en materia de contratas y subcontratas que imposibilita o, por lo menos, dificulta su aplicación simultánea o si, al contrario, dichas normas son perfectamente compatibles por contener supuestos de hecho diversos. En este último caso, será preciso determinar el sentido de los arts. 127.1 y 104.1 en el Derecho de la Seguridad Social, la concreción de su supuesto de hecho normativo, así como el alcance exacto de la responsabilidad que dichas normas contienen.

## 2. La supuesta concurrencia aplicativa del artículo 42 del ET y el artículo 127.1 de la LGSS.

Ha sido tradicional en la doctrina referirse a la concurrencia vigente de uno y otro mandato normativo en términos de debate<sup>692</sup>. No ha sido infrecuente plantear la colisión entre la norma de laboral y la de Seguridad Social hasta el punto de sugerir la aplicación del principio de sucesión normativa en virtud del cual la norma posterior, el ET de 1980 o la LRL de 1976, habían derogado la anterior, la LGSS de 1974 que ya instauraba en su art. 97 la responsabilidad subsidiaria<sup>693</sup>. Desde esta posición no se puede más que dar cuenta de la existencia en

---

<sup>692</sup> Como ha puesto de manifiesto CALVO GALLEGOS, F.J. "La regulación laboral española...", op. cit., pág. 76, la relación entre la responsabilidad solidaria del ET y la subsidiaria de la LGSS no siempre fue pacífica pues la primera vez que se instauró la responsabilidad solidaria por el RD 3667/70, esta fue tachada de ilegal por el TS en su sentencia 23 de noviembre de 1977, ar. 4642, al considerar que vulneraba lo establecido por la LGSS de 1966 y posterior texto de 1974.

<sup>693</sup> LLANO SÁNCHEZ, M. "Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas", op. cit., pág. 280.

el pasado de ese debate, pues actualmente se encuentra totalmente superado y así se ha reconocido, y se reconoce actualmente, por la unanimidad de la doctrina<sup>694</sup>.

Y no podría ser de otra manera en tanto el art. 42 del ET, por un lado, y el art. 127.1 de la LGSS, por otro, contienen un supuesto de hecho normativo y una consecuencia jurídica diferentes que los hace compatibles. Como ha señalado la doctrina mayoritaria y, aunque se ha tratado de una cuestión no del todo incontrovertida, el sistema de responsabilidad instaurado en los arts. 104.1 y 127 de la LGSS comprende un ámbito aplicativo más amplio que la norma laboral ya que viene referido a las contratas y subcontratas en general, sean o no de la propia actividad, mientras que el art. 42 ET se circunscribe únicamente, como se sabe, a las de la propia actividad del empresario principal<sup>695</sup>.

---

<sup>694</sup> MUÑOZ MOLINA, J. "Responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la Seguridad Social", Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, pág. 85. GARCÍA NINET, J.I. "Artículo cuarenta y dos.-Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios", en AAVV. "El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980 de 10 de marzo", Madrid (RDP), 1981, pág. 304. GARCÍA MURCIA, J. "El Trabajo en contratas y la cesión ...", op. cit., pág. 20 y 21. MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., págs. 270 y 271. BLAT GIMENO, F. "Análisis jurídico-laboral ...", op. cit., págs. 169 y 170. CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva y responsabilidad laboral ...", op. cit., pág. 137. MONEREO PÉREZ, J. L. "El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contratas", op. cit., págs. 266 a 268. MARTÍNEZ GARRIDO, L.R. "Tratamiento laboral ...", op. cit., págs. 66 y 67. LÓPEZ GANDÍA, J. y TATAY PUCHADES, C. "Contratas y subcontratas y responsabilidades de Seguridad Social", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", op. cit., pág. 236.

<sup>695</sup> Esta postura ha sido mantenida por el Tribunal Supremo, vid. TS, sala 3ª, 18 de diciembre de 1991, ar. 9334 y 17 de mayo de 1996, ar. 4472, y es sostenida por un mayoritario sector doctrinal. Cfr., DESDENTADO BONETE, A. "Acción Protectora (II). Régimen jurídico, garantías. Responsabilidades en materia de prestaciones", op. cit., págs. 346 y 347. GARCÍA ORTEGA, J. "Régimen general de prestaciones y responsabilidades", Enciclopedia de Seguridad Social (CISS), vol. VI, 1997, pág. 129 y 139. MONEREO PÉREZ, J.L. y VIÑAS ARMADA, J, Mª. "Comentario al artículo 127 de la LGSS", op. cit., pág. 1191. MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma del art. 42 del E.T. ...", op. cit., pág. 297 y "Dimensión laboral ...", op. cit., pág. 93. PÉREZ CAPITÁN, L. "La responsabilidad en materia de cotización a la Seguridad Social en las contratas y subcontratas", op. cit., pág. 176. En contra, y en posición minoritaria, LÓPEZ CUMBRE, L. "Cotización a la Seguridad Social y Recaudación de Cuotas", en SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y DEL REY GUANTER, S.(Dirs.) "Prontuario de Seguridad Social", op. cit., pág. 168. MONTOYA MELGAR, A. y AGUILERA IZQUIERDO, R. "Sobre el régimen jurídico-laboral ...", op. cit., pág. 56. ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S. "Compendio de Seguridad Social", Madrid (Tecnos), 1991, págs. 129 y 130. MERCADER UGUINA, J.R. "Modificaciones, adaptaciones y ajustes en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social: el (continúa...)

La consecuencia jurídica es asimismo distinta, como es sabido, el art. 42 del ET establece una responsabilidad de tipo solidaria de los empresarios participantes de la contrata; sin embargo, la del art. 127.1 LGSS es subsidiaria. A ello se añade que, como se verá más adelante, los ámbitos objetivos y temporal de la responsabilidad instaurada en ambos preceptos son también divergentes. El ámbito objetivo de la responsabilidad comprendida en el art. 42 del ET es más amplio que el del art. 127 de la LGSS pues este último comprende sólo prestaciones públicas y cotizaciones de Seguridad Social mientras que el primero abarca todo tipo de obligaciones empresariales "referidas a la Seguridad Social"<sup>696</sup>. Por su parte, el referente temporal es más restringido en el precepto estatutario que lo limita al año siguiente a la terminación del encargo a diferencia de los plazos más laxos, de

---

<sup>695</sup>(...continuación)

Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre", RL, n° 24, 1997, págs. 88 y 89. DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C. "Responsabilidades en materia de prestaciones", en SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y DEL REY GUANTER, S. (Dir.) "Prontuario de Seguridad Social", op. cit., pág. 379. Estos últimos argumentan que no resultaría lógico que la norma estableciera responsabilidad del empresario principal en unas contratas que no son de su ciclo productivo ya que, en estos casos, el vínculo con el contratista es muy tenue. Además, para ellos, el art. 127 LGSS se refiere expresa y exclusivamente a los supuestos de propia actividad de la empresa principal. Sobre esto último es conveniente constatar que, ciertamente, no les falta razón a estos autores en tanto el art. 127 LGSS expresa entre comas la expresión "para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante", lo que parece indicar que ese es el supuesto de hecho de la norma. Sin embargo, opino que dicho extremo no puede sostenerse porque el precepto, antes de la expresión mencionada, introduce la de "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores", con lo que la referencia que a continuación se efectúa a las contratas de la propia actividad se puede entender hecha a las reguladas en dicha norma laboral. Por otra parte, considerar que el art. 127 LGSS se refiere a las contratas de la propia actividad produciría una insalvable antinomia entre dicho precepto y el art. 104.1 con el art. 42 ET en tanto atribuirían a un mismo supuesto de hecho normativo consecuencias jurídicas divergentes.

No obstante, la anterior cuestión ha de entenderse ya superada a la vista del art. 12.1 RGR en la redacción dada por el RD 1426/1997 de 15 de septiembre ya que establece la responsabilidad subsidiaria sin hacer mención alguna a la propia actividad y, por si fuera poco, añadiendo que ello es sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 42 del ET. En el mismo sentido, LÓPEZ GANDÍA, J. y TATAY PUCHADES, C. "Contratas y subcontratas y responsabilidades de Seguridad Social", op. cit., pág. 238.

<sup>696</sup> Como ha señalado MONEREO PÉREZ, J.L. "El ámbito material de la responsabilidad...", op. cit., pág. 774, la responsabilidad subsidiaria del art. 127 LGSS es comprensiva "no sólo de del pago de las prestaciones, sino también del ingreso de las cuotas adeudadas". En contra, ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L. "Instituciones de Seguridad Social", op. cit., pág. 181, quienes opinan que la solidaridad del art. 42 ET, en el plano de la Seguridad Social, se refiere exclusivamente a cotizaciones sociales, mientras que la subsidiariedad de la LGSS viene referida a la responsabilidad en el pago de prestaciones.

cuatro y cinco años, que establecen los arts. 21 y 43.1 de la LGSS<sup>697</sup>.

Consecuencia obligada de ello es que no se trate de normas excluyentes entre sí, sino compatibles e incluso complementarias<sup>698</sup>. Las normas contenidas en la LGSS se aplican a todo tipo de contratas, sean o no de la propia actividad del empresario principal. Ello no obstante, el art. 42 del ET se aplicará preferentemente a los arts. 104.1 y 127.1 de la LGSS cuando se trate de una contrata de la propia actividad del empresario principal ya que el tipo de responsabilidad instaurada en la norma laboral es más eficaz para la posición acreedora (trabajadores o Seguridad Social) que la responsabilidad subsidiaria ya que esta última, como se sabe, obliga al acreedor a efectuar previa excusión de los bienes del deudor principal como requisito de procedibilidad frente al responsable subsidiario.

De esta forma, los preceptos de la LGSS complementarán la protección jurídica de los intereses de los trabajadores y de la Seguridad Social, entrando en juego cuando se trate de una contrata no de la propia actividad o bien de una contrata de la propia actividad respecto a la que ya no sea posible hacer efectiva la responsabilidad solidaria del art. 42 del ET por haberse visto exonerado el empresario principal a consecuencia del resultado de su solicitud a la Tesorería General de la

---

<sup>697</sup> También es abundante la doctrina en este sentido. Por todos, MUÑOZ MOLINA, J. "Responsabilidad empresarial en materia de prestaciones ...", op. cit., págs. 85 y 86, aunque referida al plazo único de cinco años que existía con anterioridad a que la Ley 14/2000 de 29 de diciembre MFAOS introdujera en la LGSS el plazo de cuatro años para las cotizaciones sociales.

<sup>698</sup> De normas en situación de "conurrencia complementaria" habla MONEREO PÉREZ, J. L. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 113.



certificación de descubierto<sup>699</sup>, o por haber transcurrido el plazo de un año tras la finalización de la contrata que dicha norma señala para hacer efectiva la solidaridad de los empresarios<sup>700</sup>. En breves palabras, la subsidiariedad actuará allá donde la solidaridad, por sus condicionantes, no alcance<sup>701</sup>.

### 3. Fundamento específico de la responsabilidad subsidiaria.

La responsabilidad subsidiaria en materia de prestaciones públicas y cotizaciones de Seguridad Social, que se deriva de los arts. 104.1 y 127.1 de la LGSS, constituye, como ha apreciado la doctrina, un mecanismo de garantía adicional al instaurado por el art. 42 del ET. Se trata en efecto de reforzar la percepción por la entidad gestora de las prestaciones que haya adelantado por mor de la automaticidad<sup>702</sup> y de las cuotas sociales que hayan debido ser abonadas en aquellos casos en que no alcanza la solidaridad establecida en la norma estatutaria. Dicho reforzamiento es más intenso aquí que en el precepto estatutario porque, como es conocido, dicho precepto restringe su operatividad protectora a las contratas de la propia actividad,

---

<sup>699</sup> En este sentido, DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C. "Responsabilidades en materia de prestaciones", en SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y DEL REY GUANTER, S. (Dir.) "Prontuario de Seguridad Social", op. cit., pág. 378. En contra, CRUZ VILLALÓN, J. "Outsourcing y relaciones laborales", op. cit., pág. 320, ya que entiende que la exoneración de responsabilidad que instaura el ET se extiende a la responsabilidad subsidiaria de la LGSS.

<sup>700</sup> Han dado cuenta de esta diferencia entre los límites temporales de uno y otro precepto, DESDENTADO BONETE, A. "Acción protectora (II). Régimen jurídico, garantías. Responsabilidades en materia de prestaciones", op. cit., págs. 346 y 347, GARCÍA PIQUERAS, M. "Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales ...", op. cit., pág. 53, MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "La responsabilidad en orden a las prestaciones ...", op. cit., pág. 211.

<sup>701</sup> Como ha puesto de manifiesto la doctrina, el art. 127 LGSS se aplica sólo supletoriamente respecto al art. 42 ET, norma que resulta prioritaria Cfr. CALVO GALLEGO, J.F. "...", op. cit., pág. 77. En sentido parecido, BAZ RODRÍGUEZ, J. "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1998", CL, n° 1, 1999, pág. 114. También esta posición puede apreciarse en la sentencia TSJ País Vasco 21 de septiembre de 1999, as. 2878, Fund.Jco. 7.

<sup>702</sup> ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L. "Instituciones de Seguridad Social", op. cit., pág. 179.

y se justifica en que también en las contratas que no son de la propia actividad el empresario principal resulta ser el beneficiario mediato de la utilidad patrimonial producida por los empleados del contratista<sup>703</sup>.

El fundamento específico de esta responsabilidad, por lo tanto, coincide con el atribuido a la responsabilidad solidaria del art. 42 del ET por obligaciones referidas a la Seguridad Social. Se trata, como ya se dijo en su momento, de la necesidad de tutelar los fondos públicos de la Seguridad Social, justificada ex art. 41 CE en el necesario mantenimiento de un sistema público de Seguridad Social que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes<sup>704</sup>.

Ello no empece, como ocurre en la norma laboral, que subyazca una finalidad de tutela de los intereses económicos de los trabajadores en materia de Seguridad Social (pago de cuotas sociales y de prestaciones). Sin embargo, esa finalidad pasa a un segundo plano, como se ha dicho, por la extensión del principio de la automaticidad a la mayoría de los supuestos.

#### 4. El ámbito subjetivo de la responsabilidad subsidiaria de los artículos 104.1 y 127.1 de la LGSS.

Del art. 127 de la LGSS parece desprenderse que la responsabilidad subsidiaria sólo rige para los supuestos de contrata y no los de subcontrata pues, mientras el art. 42 ET se refiere a ambas modalidades de descentralización productiva, el precepto de Seguridad Social sólo menciona la primera de ellas ("si la correspondiente obra o industria estuviera contratada").

---

<sup>703</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y VIÑAS ARMADA, J. M\*. "Comentario al artículo 127 LGSS", op. cit., pág. 1191. MONEREO PÉREZ, J. L. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 112.

<sup>704</sup> Vid. supra.

Desde luego, no debe entenderse excluidos del precepto los supuestos de subcontrata pues no resultaría lógico que los trabajadores y/o la Seguridad Social quedasen más desprotegidos en los supuestos de subcontrata que en los de contrata ya que atentaría contra la finalidad y fundamento de la norma<sup>705</sup>. Dicho extremo, por otra parte, viene confirmado por el art. 12 del RGR que con claridad meridiana se refiere a "las contratas o subcontratas de obras y servicios".

Si las subcontratas forman parte del ámbito de aplicación subjetiva del art. 127 de la LGSS, se plantea el problema de determinar, en estos casos, quien es el responsable subsidiario, el contratista inicial que ha subcontratado o el empresario comitente que inició la cadena descentralizadora. Pues bien, si en el plano de la responsabilidad solidaria se había defendido una responsabilidad bimembre, de forma que cada contratista principal respondía respecto al subcontratista que le sucedía en la cadena, no se justifica aquí una solución diferente<sup>706</sup>. Téngase en cuenta además, que si se atribuyese exclusivamente la responsabilidad subsidiaria al dueño de la obra, se fomentaría el empleo de la subcontrata por los contratistas con el fin de eludir sus eventuales responsabilidades en perjuicio de dicho primer sujeto de la cadena descentralizadora<sup>707</sup>.

Otro extremo que conviene resaltar es que, aunque hasta ahora se ha hablado de la responsabilidad subsidiaria del empresario principal en una contrata ex art. 127 de la LGSS, es

---

<sup>705</sup> GALA DURÁN, C. "La responsabilidad empresarial por incumplimientos de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social", Pamplona (Aranzadi), 1997, pág. 442.

<sup>706</sup> La responsabilidad del contratista por los incumplimientos del subcontratista ha sido sostenida por la sentencia TSJ País Vasco 21 de septiembre de 1999, as. 2878, Fund. Jco. 7°.

<sup>707</sup> En el mismo sentido, LLANO SÁNCHEZ, M. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 284.

preciso matizar que el precepto, a diferencia del art. 42 del ET, no parece exigir la condición de empresario del que encarga la obra a efectos de dicha responsabilidad sino la condición de "propietario" de la obra o industria. No cabe duda de que el contratista ha de ser empresario laboral pues así se desprende de la literalidad de la norma pero, en relación al sujeto que efectúa el encargo, la utilización del término "propietario" en lugar de "empresario" puede no resultar casual y poseer, al contrario, una determinada significación<sup>708</sup>.

En efecto, desde mi punto de vista, la atribución de responsabilidad subsidiaria al propietario de la obra o industria pone de manifiesto la amplitud del principio de responsabilidad subsidiaria que, por esta vía, se extiende a todo aquel que contrate la misma independientemente de su condición de empresario y, a salvo, por preverlo así la propia norma, del amo de casa en relación a las obras de reparación de su vivienda<sup>709</sup>, excepción que será objeto de análisis más adelante.

En cuanto a qué se debe entender por "propietario" resultaría excesivamente restrictivo asociarlo única y exclusivamente al titular dominical de la obra o industria contratada, por lo que es más factible entenderlo, en atención al fundamento antes señalado de la responsabilidad instaurada en la norma, como el destinatario de la utilidad patrimonial de la obra, sea o no su propietario. Tal sería el caso, por ejemplo,

---

<sup>708</sup> El origen de la dicción legal "propietario de la obra o industria contratada" se remonta a la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931, cuyo art. 5 disponía que "es patrono el individuo o la persona jurídica, propietario o contratista de la obra, explotación, industria o servicio donde se preste el trabajo".

<sup>709</sup> MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "La descentralización productiva en el ordenamiento de la Seguridad Social ...", op. cit., pág. 617. En contra, PÉREZ CAPITÁN, L. "La responsabilidad en materia de cotización ...", op. cit., pág. 177.

de unas obras de reparación en una nave industrial encomendadas por su arrendatario<sup>710</sup>.

#### 4.1. El requisito de la previa declaración de insolvencia.

Constituye requisito imprescindible para instar la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra o industria que el contratista haya sido declarado insolvente (art. 127.1 LGSS y art. 12.1 RGR).

Ello supone que la entidad gestora tiene que respetar un orden en la persecución del deudor ya que no puede dirigirse contra el deudor subsidiario, esto es, el dueño de la obra, hasta haber hecho excusión de todos los bienes del contratista-deudor principal<sup>711</sup> pues se trata, como ha observado la doctrina, de una responsabilidad simple, y no de un traslado legal del crédito<sup>712</sup>.

La obligación del deudor subsidiario nace cuando concurre este presupuesto legal de la insolvencia. Sin embargo, para la efectividad de esta responsabilidad, el art. 5 RGR requiere además que exista un acto administrativo, simultáneo o subsiguiente, de derivación de responsabilidad emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social<sup>713</sup> y que dicho acto sea comunicado al deudor subsidiario a efectos de su pago en período

---

<sup>710</sup> En este sentido se pronuncian ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L. "Instituciones de Seguridad Social", op. cit., pág. 180.

<sup>711</sup> MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "La descentralización productiva ...", op. cit., pág. 620

<sup>712</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. "El ámbito material ...", op. cit., pág. 276, nota a pie n° 31.

<sup>713</sup> Según dispone el apartado b) de dicho artículo, el acto administrativo de derivación de responsabilidad "expresará los elementos esenciales de la liquidación así como acuerdo motivado declarando la responsabilidad subsidiaria y la cantidad a que esta alcance y que, como consecuencia del mismo, el declarado responsable subsidiario pasará a ocupar la posición del primer obligado".

voluntario<sup>714</sup>. Sólo entonces, resultará exigible dicha responsabilidad.

## 5. El ámbito objetivo.

Ninguna duda ofrece que la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra o industria ex arts. 104.1 y 127.1 de la LGSS se extiende al pago de cuotas sociales y al de prestaciones públicas<sup>715</sup>. Así se desprende de el art. 127 de la LGSS que establece la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra en materia de prestaciones y del art. 104.1 que, en sede de responsables de la obligación de cotizar, remite al anterior precepto. Más claro es, a este respecto, el art. 12.1 del RGR que dispone que el propietario de la obra o industria durante la vigencia de la contrata o subcontrata "responderá de la obligación de cotizar respecto de los trabajadores por cuenta ajena así como del pago de las prestaciones cuando el empresario haya sido declarado insolvente".

La responsabilidad subsidiaria, a diferencia de la solidaria, alcanza a la deuda de la Seguridad Social inicialmente liquidada y notificada la deudor principal en período voluntario (art. 12.4 RGR), lo que significa que, sensu contrario, no alcanza a los recargos, intereses y a las costas del procedimiento de apremio y si comprende el recargo por mora exigido al deudor principal en período voluntario<sup>716</sup>.

---

<sup>714</sup> "Con expresión del lugar, fecha y forma en que debe ser satisfecha la cantidad a que se extiende la responsabilidad subsidiaria, así como recurso que contra la misma procede, órgano ante el que debe presentarse y plazo para interponerlo" (apartado c), art. 12.5 RGR).

<sup>715</sup> Así opina la unanimidad de la doctrina. Cfr., por todos, MONEREO PÉREZ, J. L. "La responsabilidad empresarial...", op. cit., pág. 116. GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I. "Contrata y subcontrata de obras y servicios. La cesión de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal", op. cit., pág. 56.

<sup>716</sup> En el mismo sentido, MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "La descentralización productiva en...", op. cit., pág. 582 y misma obra en AAVV. "Descentralización productiva y nuevas formas (continúa...)

Por otra parte, existen conceptos económicos que, si bien se ha sostenido que tienen cabida en la responsabilidad solidaria por obligaciones referidas a la Seguridad Social del art. 42, no la encuentran en el art. 127 de la LGSS. El primero de ellos es las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social. No es posible incluir este concepto en la responsabilidad subsidiaria en tanto el art. 127 de la LGSS se refiere a la responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones del régimen general por incumplimiento de los deberes de afiliación, alta y/o cotización (art. 126 LGSS) y, como se sabe, las mejoras voluntarias bien pueden considerarse prestaciones de Seguridad Social pero no traen su causa del incumplimiento de dichos deberes porque su implantación no deriva de obligaciones jurídico-públicas<sup>717</sup>. La jurisprudencia, también ha reconocido que la garantía de los arts. 126 y 127 de la LGSS alcanza sólo a las prestaciones derivadas del sistema público y básico de la Seguridad Social<sup>718</sup>.

Otro tanto sucede con el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene<sup>719</sup>. Como ya quedó dicho, la imposición del abono del recargo está vinculada a la noción de

---

<sup>716</sup>(...continuación)  
...", op. cit., pág. 624.

<sup>717</sup> En el mismo sentido se ha pronunciado la unanimidad de la doctrina, cfr., por todos, CALVO GALLEGO, F.J. "La regulación laboral española ...", op. cit., pág. 55. MONEREO PÉREZ, J.L. y VIÑAS ARMADA, J. M<sup>a</sup>. "Comentario al art. 127 LGSS", op. cit., pág. 1193. MONEREO PÉREZ, J. L. "El ámbito material ...", op. cit., págs. 272, 275 y 276. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. "Los sujetos responsables de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social en supuestos de contratas y subcontratas", RL, n<sup>o</sup> 4, 2000, pág. 55.

<sup>718</sup> Cfr. Sentencias TS 20 noviembre de 1986, ar. 6702, 16 de septiembre de 1999, ar. 7226 y 22 de diciembre de 2000, ar. 1873 (vol. de 2001); TSJ Cataluña 24 de octubre de 2002, as. 837 y TSJ Andalucía 31 enero de 2000, as. 3989.

<sup>719</sup> Que viene tradicionalmente excluido por la doctrina del ámbito de la responsabilidad subsidiaria. Por todos, ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L. "Instituciones de Seguridad Social", op. cit., pág. 181. En cambio, sostiene su inclusión en el ámbito de la responsabilidad subsidiaria, CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 150 quien sostiene que como el art. 97 LGSS (vigente art. 127) establece la responsabilidad de la empresa principal respecto al pago de prestaciones de Seguridad Social, sin ningún tipo de excepciones expresas, también debe alcanzar esta responsabilidad al recargo en la medida en que recibe la conceptualización de prestación de Seguridad Social.

empresario infractor del art. 123.2 LGSS, por lo que no se puede sostener una extensión de la responsabilidad. Téngase en cuenta, además, que el deber de seguridad compartido que establece el art. 24.3 de la LPRL y que fundamenta la atribución de responsabilidad sobre el recargo a otro empresario, distinto del que formalizó el contrato de trabajo, está previsto para contratas de la propia actividad y que tengan lugar en el centro de trabajo del empresario principal<sup>720</sup>.

Finalmente, el art. 12.4 del RGR contempla expresamente que la responsabilidad subsidiaria no comprenda las sanciones pecuniarias impuestas al deudor principal, salvo que dicha responsabilidad resulte de la participación del responsable en una infracción de normas de Seguridad Social. Y no podía ser de otra manera, ya que, como es sabido, la responsabilidad derivada de una infracción administrativa tiene carácter personalísimo y el principio de personalidad de las sanciones, que encuentra fundamento en el art. 25 de la CE, impide extender objetivamente esta responsabilidad<sup>721</sup>.

## 6. El ámbito temporal.

Respecto al acotamiento temporal de la responsabilidad subsidiaria del empresario principal por cuotas y prestaciones sociales, son dos las cuestiones sobre las que resulta necesario hacer mención. En primer lugar, el espacio temporal durante el que pueden nacer las obligaciones objeto de la responsabilidad y, en segundo lugar, el límite temporal hasta el que resulta exigible dicha responsabilidad.

---

<sup>720</sup> LÓPEZ GANDÍA, J. y TATAY PUCHADES, C. "Contratas y subcontratas y responsabilidades ...", op. cit., pág. 238.

<sup>721</sup> MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "La descentralización productiva en ...", op. cit., pág. 583 y misma obra en AAVV. "Descentralización productiva y nuevas formas ...", op. cit., pág. 624.



No resulta complejo concluir que el periodo de responsabilidad subsidiaria es el comprendido durante toda la vigencia de la contrata o subcontrata<sup>722</sup>. Dicho arco temporal no viene explícitamente previsto en el art. 127 de la LGSS pero si en el art. 12.1 del RGR que instaura la responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra o industria contratada "por los incumplimientos con la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata o subcontrata". Además resulta coherente la aplicación de ese acotamiento temporal por analogía con el art. 42 del ET<sup>723</sup>.

Inexplicablemente, alguna posición doctrinal, con fundamento en el silencio del art. 127 de la LGSS, ha sostenido que la responsabilidad subsidiaria es comprensiva de las deudas contraídas por el contratista o subcontratista con anterioridad a la contrata<sup>724</sup>. Esta postura no puede compartirse aquí, ni se comparte por la mayoría de la doctrina pues, además de los argumentos antes expuestos, no es razonable que el empresario principal responda por incumplimientos del contratista previos a la realización de la contrata ya que en ese momento no existía

---

<sup>722</sup> La sentencia TSJ Madrid 2 de abril de 1998, as. 1335, declara la irresponsabilidad del empresario principal en el pago de las cuotas sociales correspondientes a los salarios de tramitación de un despido declarado improcedente porque la extinción del contrato coincidió temporalmente con la finalización de la contrata. En esta línea, para la sentencia TSJ Murcia 23 de enero de 1998, as. 523, si el despido se produce durante la vigencia de la contrata, la responsabilidad por las cuotas correspondientes a los salarios de trámite se limitará a las devengadas durante la vigencia de la contrata, y ello aunque dichos salarios se extiendan más allá en el tiempo.

<sup>723</sup> La mayoría de la doctrina sustenta esta opinión. Cfr. GALA DURÁN, C. "La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta, y/o cotización a la Seguridad Social", op. cit., págs. 443 y 444. CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 155. ROQUETA BUJ, R. "Alcance temporal de las responsabilidades", op. cit., pág. 267.

<sup>724</sup> MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "La descentralización productiva en ...", op. cit., pág. 579, y misma obra en AAVV "Descentralización productiva y nuevas formas ...", op. cit., pág. 619.

vínculo jurídico alguno entre ambos empresarios que permitiese sostener dicha responsabilidad<sup>725</sup>.

En segundo lugar, en cuanto al límite temporal de exigibilidad de la responsabilidad subsidiaria al empresario principal, aquí sí que existe una clara diferencia con el plazo de prescripción de un año tras la finalización de la contrata establecido por el art. 42 del ET. En efecto, al no señalar ni el art. 104.1 ni el 127.1 plazo especial alguno, han de observarse los plazos de prescripción de la obligación de cotizar y de reconocimiento de prestaciones que son de cuatro y cinco años respectivamente (arts. 21 y 43.1 LGSS).

Dicha circunstancia acarrea una importante consecuencia, y es que será aplicable el art. 127 de la LGSS para aquellos incumplimientos del contratista en materia de Seguridad Social que tengan lugar en contratas de la propia actividad habiendo transcurrido un año desde la finalización de la contrata, y también para aquellos que tengan lugar en contratas no de la propia actividad y durante los señalados plazos de cuatro y cinco años<sup>726</sup>.

---

<sup>725</sup> DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C. "Responsabilidades en materia de prestaciones", op. cit., pág. 378. Sostienen también esta tesis mayoritaria, MARTÍNEZ EMPERADOR, R. "Responsabilidad empresarial en caso de contratas y subcontratas en España: criterios jurisprudenciales", en AAVV. "La Reforma del Mercado de Trabajo", Madrid (Actualidad Editorial), 1993, pág. 428. LÓPEZ CUMBRE, L. "Cotización a la Seguridad Social y Recaudación de Cuotas", op. cit., pág. 168. LUQUE PARRA, M. "La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios", op. cit., pág. 288, y "La descentralización productiva y la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social", en AAVV. "Descentralización productiva y nuevas formas ...", op. cit., pág. 592

<sup>726</sup> En el mismo sentido, DESDENTADO BONETE, A. "Acción protectora (II). Régimen jurídico, garantías ...", op. cit., pág. 347. GARCÍA PIQUERAS, M. "Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales ...", op. cit., pág. 53. LUQUE PARRA, M. "La responsabilidad empresarial en ...", op. cit., pág. 289, y "La descentralización productiva ...", op. cit., pág. 593. MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "La responsabilidad en orden a las prestaciones ...", op. cit., pág. 211.

## 7. La exoneración de la responsabilidad subsidiaria.

El art. 127.1 de la LGSS no contempla un mecanismo de exoneración de la responsabilidad subsidiaria paralelo al contemplado en el art. 42 del ET respecto a la responsabilidad solidaria<sup>727</sup>. Dicha ausencia justifica, como se ha visto, que subsista aquella responsabilidad cuando el empresario principal se exonera de la solidaria a través de la solicitud de la certificación administrativa prevista en dicha norma laboral<sup>728</sup>.

El único supuesto de exclusión de la responsabilidad subsidiaria que el art. 127.1 LGSS prevé es el de las obras de reparación que contrate un amo de casa respecto de su vivienda. Son diversos los interrogantes que plantea este supuesto de exoneración y que exigen respuesta para poder determinar su alcance. En primer lugar, si el supuesto es idéntico al establecido por el párrafo segundo del art. 42.2 del ET. La norma laboral se refiere a las obras de construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia mientras que el art. 127.1 LGSS menciona exclusivamente las obras de reparación que pueda contratar un amo de casa.

Abstracción hecha de la diferente terminología empleada para hacer referencia al sujeto que encomienda la realización de las obras, pues es evidente que, a efectos de exoneración de responsabilidad por la realización de obras domésticas, tanto da hablar de cabeza de familia como de amo de casa, llama la atención que el art. 127.1 LGSS se refiera exclusivamente a las obras de reparación y no incluya las de obra nueva. Desde mi

---

<sup>727</sup> GARCÍA ORTEGA, J. "Régimen general de prestaciones y responsabilidades", op. cit., pág. 31. CAMPS RUIZ, L. M. "El nuevo Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social y ...", op. cit., pág. 15. LÓPEZ GANDÍA, J. y TATAY PUCHADES, C. "Contratas y subcontratas y responsabilidades ...", op. cit., pág. 239.

<sup>728</sup> Aunque una concreta posición doctrinal se haya manifestado en contra, cfr. CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 162.

punto de vista, no existe una justificación razonable para dispensar un tratamiento jurídico diferente al amo de casa que encomienda la realización de obras de reparación de su hogar respecto al que encomienda la construcción de una obra nueva para uso de vivienda. Si se tiene en cuenta, además, que la razón del supuesto de exoneración se encuentra en que se trata de obras que se encuentran totalmente desconectadas de la actividad empresarial del que las encarga<sup>729</sup>, se ha de entender que la exclusión alcanza tanto a las obras de construcción como a las de reparación de la vivienda del comitente. Por otra parte, la inclusión por el art. 42.2 del ET de ambos supuestos permite dispensar aquí una solución análoga<sup>730</sup>.

Precisamente el hecho de remontarse la justificación de este supuesto de exoneración a el hecho de tratarse de un supuesto de realización de obras desconectado de la actividad empresarial del comitente es el que ha motivado que, en ocasiones, los Tribunales hayan hecho una interpretación laxa del término "cabeza de familia" o "amo de casa" llegando a equiparar al mismo a las compañías de seguros del hogar cuando encargan a una empresa contratista la realización de unas obras de reparación en la vivienda de uno de los asegurados pues, efectivamente, aunque dichas compañías no constituyen en puridad el "amo de casa" al que se refiere la norma, se colocan en la misma posición que este ya que encomiendan por cuenta del mismo

---

<sup>729</sup> Ya puesto de manifiesto por la doctrina, cfr., MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L. "La titularidad de la empresa y el cambio de la misma", op. cit., pág. 143. MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 269. GARCÍA MURCIA, J. "El trabajo en contratas y la cesión ...", op. cit., pág. 53.

<sup>730</sup> BLAT GIMENO, F. "Análisis jurídico.laboral ...", op. cit., pág. 229 entendió también, aunque sin más argumentación que unas sentencias del extinto TCT, que el término "reparación" incluye la construcción ex novo. Sin embargo, la sentencia del TCT 23 de diciembre de 1986, ar. 14487, (no citada por el autor) interpretó que la construcción de nueva planta se encuentra fuera de la excepción. Así también se manifestaron ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S. "Compendio de Seguridad Social", op. cit., pág. 130 amparándose en la literalidad de la norma de la LGSS y su contraste con el art. 42 del ET.

la realización de las obras sobre su vivienda y dichas obras, como no podía ser de otra forma, revierten en su beneficio<sup>731</sup>.

Otro problema que puede suscitarse es si, atendida la finalidad expuesta de la previsión normativa de exoneración, se puede entender comprendidos en la misma los supuestos en que el comitente encarga a un contratista la realización de determinadas obras de construcción o reparación no ya sobre su vivienda sino sobre otros bienes que no constituyan vivienda pero que tampoco se hallen vinculados al ejercicio de una actividad empresarial<sup>732</sup>. Se trata de un supuesto sobre el que no existe pronunciamiento jurisprudencial alguno, y al que la doctrina no ha prestado suficiente atención; pero no por ello deja de ser problemático. Desde mi punto de vista, es razonable pensar que, si la ratio de la exclusión es que no deben dar lugar a la aparición de la responsabilidad aquellas obras que se encomiendan por fines distintos a los empresariales, en estos casos tampoco debe surgir la responsabilidad del comitente ya que se trata de la realización de trabajos desconectados de toda actividad empresarial y, por consiguiente, no se puede hablar de aprovechamiento mediato por el comitente del esfuerzo productivo de los trabajadores del contratista y, si se admite, a efectos

---

<sup>731</sup> La sentencia del TSJ Baleares 30 de marzo de 2001, as. 2549 contempla un supuesto en el que una compañía de seguros del hogar encomienda a una empresa contratista, con la que colaboraba habitualmente en la gestión de la reparación de los siniestros que se produjeran, la realización de unos trabajos de reparación de fontanería en una vivienda de la que es titular un asegurado. Dicha empresa contratista, a su vez, encomienda la realización del trabajo a una pequeña empresa subcontratista constituida por un trabajador autónomo que, también a su vez, emplea un trabajador para llevar a cabo la tarea. Dicho trabajador fallece a consecuencia de un accidente de trabajo y se enjuicia la responsabilidad de la empresa aseguradora y de la contratista. Pues bien, el TSJ declara que la responsabilidad no puede ser extendida ni a una ni a otra en tanto la primera tiene como actividad el aseguramiento de viviendas frente a daños domésticos por lo que ocupa la posición del cabeza de familia al que se refiere la exoneración; y la segunda se limita a distribuir las reparaciones encomendadas por la primera entre los profesionales del sector al que corresponden los daños asegurados por lo que también se posiciona como padre de familia y no como empresario.

<sup>732</sup> Piénsese, por ejemplo, en supuestos como la construcción de una pista deportiva o una piscina en un terreno propiedad del comitente.

dialécticos, que si lo hay, dicho aprovechamiento en modo alguno revierte en el ejercicio de una actividad empresarial.

La ausencia de ánimo de lucro en un contexto de actividad empresarial permitiría también entender incluida en la exclusión la reparación que pudiese encomendar una comunidad de propietarios, en régimen de propiedad horizontal, respecto a los elementos comunes

Sin embargo, el TS ha seguido un criterio restrictivo, como ha puesto de manifiesto la sentencia de su sala 3<sup>a</sup>, de 18 de diciembre de 1991, ar. 9334, que no consideró amo de casa una cooperativa de viviendas aún constituida para la construcción de viviendas no destinadas a terceros y sin ánimo de lucro, posición que ha encontrado cierta acogida en la doctrina de suplicación<sup>733</sup>.

La aplicación restrictiva del supuesto de exoneración se ha manifestado también en los casos en que se ha condenado como responsable subsidiaria a la entidad promotora y propietaria del terreno en el que las empresas contratistas y subcontratistas llevan a cabo las tareas de construcción de un inmueble aún cuando esta entidad no ejerce actividad empresarial alguna en las obras contratadas<sup>734</sup>.

Resta por apuntar que, dado que por "propietario de la obra o industria" a efectos de responsabilidad solidaria se sostuvo que había que entender no sólo el propietario dominical de la obra, sino, en definitiva, el destinatario de su utilidad patrimonial como podría ser, por ejemplo, un arrendatario,

---

<sup>733</sup> Del mismo sentido son las sentencias del TSJ Murcia 1 de septiembre de 1998, as. 960 y 19 de octubre de 1998, as. 3998, también referidas a una cooperativa de viviendas, aunque, en ambos casos, lo que se planteaba era la aplicación de la exclusión del cabeza de familia a supuestos de responsabilidad solidaria ex art. 42 ET por salarios de tramitación.

<sup>734</sup> Sentencia TSJ Madrid 29 de noviembre de 2001, ref. Westlaw Jur. 2002/108861.

asimismo hay que convenir que, a efectos de la exclusión, el amo de casa puede ser el dueño de la vivienda o cualquier otro que la ocupe como tal en virtud de otro derecho distinto al de propiedad que permita acometer la obra como puede ser el usufructo o el arrendamiento<sup>735</sup>.

#### IV. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE INFRACCIONES DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA.

##### 1. Introducción.

De manera paralela a la responsabilidad del empresario principal establecida con carácter solidario en el ET y con carácter subsidiario en la LGSS, el vigente Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social contiene nuevas responsabilidades, predominantemente solidarias, del empresario principal por las infracciones administrativas tipificadas en dicha norma sancionadora y cometidas por los contratistas y subcontratistas durante la vigencia de la contrata.

En unos casos, las infracciones a las que habrá que prestar atención son las contenidas en el capítulo III del TRLISOS en materia de Seguridad Social. Concretamente el art. 23.2 hace responsable solidario al empresario principal de la infracción cometida por el contratista durante la vigencia de la contrata y consistente en dar ocupación a beneficiarios o solicitantes de

---

<sup>735</sup> En el mismo sentido, GARCÍA NINET, J.I. "Las responsabilidades de principales y contratistas en materia de Seguridad Social", RSS, nº 2, 1979, pág. 148. ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L. "Instituciones de Seguridad Social", op. cit., pág. 180. BLAT GIMENO, F. "Análisis jurídico-laboral de la descentralización productiva", op. cit., pág. 228. LÓPEZ GANDÍA, J. y TATAY PUCHADES, C. "Contratas y subcontratas y responsabilidades ...", op. cit., pág. 239.

prestaciones periódicas de la Seguridad Social incompatibles con el trabajo por cuenta ajena.

En otros casos, el estudio se habrá de centrar en las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales contenidas en la sección segunda del capítulo II del TRLISOS, y muy especialmente, en la responsabilidad solidaria del empresario principal que en esta materia instaura su art. 42.3, norma que remite a unos específicos deberes de dicho empresario, instaurados por la LPRL, que habrán de ser, asimismo, objeto de análisis. Efectivamente, la LPRL en su art. 24 y bajo la rúbrica "coordinación de actividades empresariales" instaura unas concretas obligaciones de prevención que afectan directamente a los fenómenos de descentralización productiva y que, por tanto, van a tener su incidencia en el sistema de responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas. Responsabilidades que, dicho sea de paso, en el ámbito de la seguridad e higiene no se van a limitar a las puramente administrativas sino también a las civiles resarcitorias e incluso a las penales pues se encuentran estrechamente vinculadas a las obligaciones preventivas que la LPRL establece para los empresarios implicados en la contrata.

**2. La responsabilidad administrativa solidaria del empresario principal por las infracciones del contratista en materia de prestaciones periódicas de la Seguridad Social.**

**2.1. La configuración jurídica de la responsabilidad administrativa del empresario principal en el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.**

En el párrafo 3º del art. 23.2 del TRLISOS se contiene un específico supuesto de responsabilidad administrativa solidaria del empresario principal asociado a determinadas infracciones del



empresario contratista durante la vigencia de la contrata. Dicho precepto establece que en las contratas y subcontratas de la propia actividad del empresario principal, el mismo responderá solidariamente de la infracción administrativa del contratista que se describe en el art. 23.1 a) del mismo cuerpo legal. Esta infracción consiste en "dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad"<sup>736</sup>.

En relación a esta infracción es conveniente efectuar algunas consideraciones. En primer lugar, la conducta típica exige la presencia de dos elementos: por un lado, la ocupación ilegal de solicitantes o beneficiarios de prestaciones públicas y, por otro, la falta de alta del trabajador en la Seguridad Social<sup>737</sup>. Además, nótese que la infracción se comete tanto por

---

<sup>736</sup> Esta norma tiene como precedentes normativos inmediatos los arts. 15.7, párrafo 3º y 29.3.5, párrafo 3º de la anterior LISOS (Ley 8/1988 de 7 de abril) que fueron incorporados a la misma por la Ley 22/1993 de 29 de diciembre de Medidas fiscales de reforma de la función pública y de la protección por desempleo. El primero de ellos, establecía, de manera general, la responsabilidad solidaria del empresario principal por las infracciones muy graves cometidas por el contratista o subcontratista al dar ocupación a beneficiarios de pensiones y otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social. El segundo, disciplinaba esa misma responsabilidad solidaria para la concreta infracción del contratista o subcontratista consistente en dar ocupación a titulares o solicitantes de prestaciones de desempleo, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social. Dado que el primero de los preceptos citados, absorbía materialmente el supuesto de hecho del segundo, este último fue suprimido de la LISOS por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, Administrativas y del Orden Social. Cfr., en este sentido, LLANO SÁNCHEZ, M. "Responsabilidad empresarial...", op. cit., pág. 289. Asimismo, los arts. 15.7 y 29.3.5 de la LISOS venían reproducidos bajo la rúbrica "supuestos especiales de responsabilidad empresarial" en el art. 3.3 a) y b) del RD 396/1996 de 1 de marzo del Reglamento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social. Como ya ha apreciado la doctrina, el vigente Reglamento, aprobado por RD 928/1998 de 14 de mayo, suprime toda referencia a estos supuestos y, para evitar innecesarias reiteraciones, remite a la legislación específica. Cfr., MERCADER UGUINA, J. y SÁNCHEZ GRANDE, A. "Anotaciones al Reglamento general sobre procedimiento sancionador y liquidatorio del orden social (Novedades del RD 928/1998, de 14 de mayo)", RL, nº 20, 1998, pág. 78.

<sup>737</sup> MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social y empleo", Madrid (EDERSA), 1999, pág. 179.

dar empleo a un perceptor actual de pensión cuanto por ocupar al mero solicitante de la misma<sup>738</sup>. La alusión a estos últimos constituyó una novedad en la norma introducida por la Ley 22/1993 de 30 de diciembre. Se trata, evidentemente, de evitar por anticipado que el sujeto que no es actualmente pensionista pero que puede llegar a serlo en un futuro inmediato inicie una actividad laboral incompatible con la percepción de la futura prestación.

En segundo lugar, se establece que la infracción se comete cuando no se haya dado de alta al trabajador con carácter previo a la iniciación de la actividad laboral. Esta previsión, también introducida por la Ley 22/1993, pretende evitar las fraudulentas excusas empresariales ante la Administración de Trabajo que, al ser sorprendidos ocupando trabajadores que no se encontraban de alta, se amparaban en que los mismos acababan de ser contratados y que, aunque aún no estuviesen de alta, se encontraban dentro del plazo de cinco días señalados por la Ley para verificar esa obligación<sup>739</sup>.

En tercer lugar, en cuanto a cuáles son las concretas prestaciones cuya percepción genera la incompatibilidad objeto de la infracción, hay que entender referida la norma a la prestación de incapacidad temporal y subsidio por maternidad, la incapacidad permanente total incrementada, la invalidez absoluta

---

<sup>738</sup> Con anterioridad a esta previsión, la sentencia TS 10 de mayo de 1990, ar. 3723 se manifestó contraria a equiparar, a efectos de infracción, al solicitante de la prestación con el beneficiario de la misma. También alguna posición doctrinal se pronunció en este sentido, cfr. VÁZQUEZ MATEO, F. "La nueva reforma de la Ley 8/88 de 7 de abril sobre infracciones y sanciones en el orden social", AL, 1994, vol. I, pág. 232.

<sup>739</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. "Nuevos vientos fríos en la protección por desempleo", RL, 1994, vol. I, pág. 369. Como se sabe, la obligación de practicar el alta, actualmente se ha de verificar con carácter previo al inicio de la actividad, tal y como dispone el art. 32.3.1º del RD 84/1996 de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores.

y gran invalidez, jubilación total y las prestaciones y subsidios por desempleo<sup>740</sup>, incluidas las de pago único<sup>741</sup>.

Si se fija ahora la atención en la responsabilidad administrativa solidaria que se contiene en el párrafo 3º del art. 23.2 del TRLISOS, se podrá constatar que no ha sido objeto de gran atención por parte de la doctrina, y ello a pesar de que se pueda afirmar que la norma ocupa un significativo lugar en el sistema de responsabilidad empresarial en contratas ya que parece pretender cerrar el círculo de responsabilidades del empresario principal y hacerlas más severas<sup>742</sup>, extendiéndolas al ámbito de las infracciones administrativas personales del empresario contratista. Por esa razón, resulta preciso efectuar, aun con la prudencia que impone la escasez de las aportaciones jurisprudenciales y de los comentaristas, ciertas consideraciones sobre el supuesto de hecho normativo y su consecuencia jurídica.

---

<sup>740</sup> Téngase en cuenta que, no obstante, existen supuestos excepcionales de compatibilidad de la percepción de las prestaciones referenciadas con el desempeño de una prestación laboral por cuenta ajena o propia. Así, la prestación por maternidad es compatible con el desempeño de un trabajo durante la parte de la jornada en la que no se disfrute del correspondiente descanso cuando ese descanso es a tiempo parcial. La incapacidad permanente total, como se sabe, es compatible con el desempeño de trabajos no correspondientes a la profesión habitual del trabajador; sin embargo, puede determinarse la incompatibilidad entre la percepción del incremento que pueda corresponderle (cuando por la edad del trabajador, falta de preparación y circunstancias sociales y laborales de su lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta a la habitual) y la realización de trabajos que den lugar a su inclusión en el sistema de Seguridad Social (art. 144.1 LGSS). Las pensiones vitalicias de invalidez permanente absoluta y gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión (art. 141.2 LGSS). El disfrute de la pensión de jubilación a tiempo parcial es compatible con un puesto de trabajo a tiempo parcial hasta el cumplimiento de la edad establecida con carácter general para causar derecho a la pensión de jubilación (art. 166.2 LGSS). Finalmente, la prestación de desempleo es compatible con la realización de un trabajo a tiempo parcial deduciendo de la prestación la parte correspondiente al tiempo trabajado (art. 15, apartados 2, 3 y 4 del RD 625/1985, de 2 de abril, que desarrolla la Ley de Protección por Desempleo). Sobre estas cuestiones, vid. BARRENECHEA SUSO, J. y FERRER LÓPEZ, M. A. "Infracciones y Sanciones Laborales", Bilbao (Deusto), 2002, págs. 100 y 101.

<sup>741</sup> TS 29 de marzo de 1996, ar. 2617.

<sup>742</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. "Nuevos vientos fríos en la protección por desempleo", op. cit., pág. 370.

La responsabilidad administrativa del empresario principal sólo rige para las contratas y subcontratas de la propia actividad de dicho empresario<sup>743</sup>. La presencia en la norma del requisito de la propia actividad, además de obedecer al mantenimiento de un tratamiento jurídico uniforme en relación con el resto de normas laborales donde se instaura una responsabilidad solidaria del empresario principal por incumplimientos del contratista, esto es, el art. 42.2 del ET y el art. 42.3 de la LPRL, confirma una vez más que el ordenamiento jurídico pretende instaurar sobre el empresario principal una responsabilidad más severa en aquellas contratas que se insertan en su propio ciclo productivo que en las desvinculadas materialmente del mismo<sup>744</sup>. No hay que ocultar que la presencia del elemento de la propia actividad, como concepto jurídico indeterminado, dificulta la aplicación del precepto pues exige la continua y casuística interpretación del mismo por parte de los órganos administrativos del procedimiento sancionador y los órganos jurisdiccionales del orden contencioso administrativo<sup>745</sup>.

En segundo lugar, son sujetos activos de esta responsabilidad solidaria "los empresarios que contraten o

---

<sup>743</sup> Una concreta aplicación de este requisito puede apreciarse en la sentencia del TSJ Comunidad Valenciana, sala de lo contencioso-administrativo, de 5 de diciembre de 2001, Ref. Westlaw Jur 2002/157584, en la que se declara la responsabilidad administrativa solidaria de la empresa principal (una empresa promotora) en relación con la infracción administrativa cometida por la contratista (empresa constructora) que había dado ocupación a perceptores de prestaciones por desempleo y los había destinado a la ejecución de la contrata.

<sup>744</sup> Sobre el particular, me remito a las consideraciones efectuadas en el capítulo correspondiente, relativas a la justificación de la presencia normativa del requisito de la propia actividad en el art. 42 del ET.

<sup>745</sup> El art. 3.2 a) del texto refundido de la LPL, atribuye a los órganos de la jurisdicción social la competencia para conocer de las pretensiones sobre las resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones por todo tipo de infracciones del orden social, a excepción de las dictadas por la Tesorería General o Entidades Gestoras relativas a actas de liquidación y de infracción. Sin embargo, el apartado 3º del mismo artículo establece un plazo de 9 meses desde la entrada en vigor de la LPL para que el Gobierno remita a las Cortes Generales el correspondiente proyecto de Ley reguladora de las oportunas modalidades procesales, previsión que todavía no se ha llevado a efecto por lo que, de momento, se mantiene la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de dichas cuestiones.

subcontraten". Ello implica que es responsable solidario el comitente respecto a las infracciones cometidas por el contratista y este último en relación a las cometidas por el subcontratista si, a su vez, existe una subcontrata. No parece, por tanto, que el empresario comitente sea responsable por las eventuales infracciones cometidas por los subcontratistas que le sucedan en cadena pues no se desprende de la norma que opta claramente por una responsabilidad a duo y porque no se justifica ya que el comitente, como se ha dicho en otras ocasiones, no puede controlar puntillosamente la actuación del subcontratista, labor de control que, en todo caso, correspondería al contratista.

La responsabilidad se circunscribe exclusivamente a las infracciones cometidas durante la vigencia de la contrata. No podía ser de otra manera, pues, como ya se puso de manifiesto en relación con la responsabilidad solidaria del art. 42 del ET y la subsidiaria del art. 127.1 de la LGSS, no es razonable ni acorde con la fundamentación del régimen de reponsabilidad del empresario principal hacer a dicho empresario responsable respecto a incumplimientos del contratista que han tenido lugar en momentos previos a la celebración de la contrata o posteriores a su terminación<sup>746</sup>. Por otra parte, la contrata, aunque no lo especifique la norma, debe desarrollarse en el centro de trabajo del principal porque sólo en tales casos el empresario principal está en condiciones de controlar que los trabajadores del contratista empleados en la misma, y los que emplee durante su ejecución, no se encuentran en la situación ilegal que constituye la infracción<sup>747</sup>.

---

<sup>746</sup> Me remito a las consideraciones efectuadas anteriormente sobre el art. 42 del ET en lo relativo a cuál es el momento en que se puede dar por terminada la contrata.

<sup>747</sup> LLANO SÁNCHEZ, M. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 291.

En cuanto al ámbito objetivo, la responsabilidad solidaria que se atribuye al empresario principal comprende el abono de la sanción correspondiente a una infracción administrativa muy grave pues viene calificada como tal por el art. 23.1 a) del TRLISOS y, además, esta responsabilidad solidaria se habrá de determinar en la correspondiente propuesta de sanción dentro del procedimiento sancionador<sup>748</sup>. Por otra parte, el art. 23.2 del TRLISOS precisa que el empresario incurrirá en tantas infracciones como número de trabajadores que disfruten fraudulentamente de las prestaciones de Seguridad Social, por lo que el quantum de la responsabilidad del empresario principal dependerá de cuántos trabajadores del contratista se han hallado en esas circunstancias durante la vigencia de la contrata<sup>749</sup>.

Por otra parte, es interesante reparar en que el párrafo 2º del citado art. 23.2 hace al empresario directo del trabajador, esto es, al empresario contratista, responsable solidario de la devolución de las cantidades que dicho trabajador haya percibido indebidamente. No está, en cambio, muy claro si de esa devolución responde también solidariamente el empresario principal.

A primera vista, parece que tan sólo responde de dicha devolución el empresario directo del trabajador y no el empresario principal. Téngase en cuenta que, por un lado, el art. 23.2 del TRLISOS sólo hace recaer esa responsabilidad sobre "el empresario" del trabajador y, por otro, cuando establece, seguidamente, la responsabilidad solidaria del empresario principal por la infracción administrativa en cuestión, ninguna

---

<sup>748</sup> BENITA FERNÁNDEZ, F. "Infracciones y Sanciones en el orden social", Valladolid (Lex Nova), 1997, pág. 199.

<sup>749</sup> Como se ha señalado en la doctrina, "el legislador ha decidido proceder al cómputo individual de las infracciones cometidas por los empresarios, con lo cual el efecto multiplicador de las mismas queda asegurado si son más de uno los trabajadores que se encuentran en la situación prohibida por la Ley". ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. "Nuevos vientos fríos en la protección por desempleo", op. cit., pág. 370.

referencia hace a que dicha responsabilidad sea comprensiva de la devolución. Resulta difícil, por estos motivos, extender al supuesto la responsabilidad solidaria del empresario principal sobre todo si además se repara en que, ex art. 1137 del CC, la solidaridad no puede presumirse y sólo puede ser aplicada cuando ha sido expresamente establecida.

No obstante, también es razonable pensar que cuando el párrafo 3° del art. 23.2 del TRLISOS hace responsable solidario al empresario principal de la infracción del art. 23.1 a) cometida por el contratista durante la vigencia de la contrata, lo es también de todas las consecuencias inherentes a la misma, es decir, no sólo del abono de la correspondiente sanción sino también de la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el trabajador. De la misma manera, cuando el párrafo 2° del art. 23.2 establece que "el empresario" será responsable solidario de la devolución con el trabajador, se puede entender que el precepto se refiere también al empresario principal<sup>750</sup>.

Téngase en cuenta que dicha solución se encuentra justificada en el tantas veces repetido lucro patrimonial que obtiene el principal de la prestación de trabajo del trabajador del contratista, lucro que subsiste pero en perjuicio de la propia Seguridad Social cuando ese trabajo remunerado es prestado por un percceptor de una prestación pública incompatible con el mismo. No resulta, además, coherente con una lectura sistemática de los arts. 23.1 a) y 23.2 concluir que el empresario principal es responsable solidario de la sanción y no lo es de la devolución pues se tratan de preceptos que, aún separados en párrafos distintos, obedecen a una misma ratio normativa. Por

---

<sup>750</sup> En el mismo sentido, BENITA FERNÁNDEZ, F. "Infracciones y sanciones en el orden social", op. cit., pág. 200.

otra parte, esta solución, aunque sin ser respaldada con argumentos específicos, ha encontrado singular apoyo en alguna posición de la doctrina científica<sup>751</sup>.

En último lugar, conviene plantearse si, dado que el legislador ha instaurado la responsabilidad administrativa solidaria del empresario principal para esta concreta infracción y para las previstas en el art. 42.3 del TRLISOS en relación con el art. 24 de la LPRL, se puede extender esta responsabilidad administrativa a cualesquiera otras infracciones del contratista en materia laboral o de Seguridad Social como, por ejemplo, no ingresar en plazo reglamentario las correspondientes cotizaciones sociales (infracción grave ex art. 22.4 TRLISOS).

Sobre el particular, recuérdese el principio de responsabilidad o personalidad de las sanciones que rige en el Derecho Penal así como en el Derecho Administrativo Sancionador<sup>752</sup>. De acuerdo con el mismo, es requisito para la

---

<sup>751</sup> Ibidem. LLANO SÁNCHEZ, M. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 289. Esta autora cita la obra de VICENTE PALACIO, M<sup>a</sup>.A. "Reintegro de prestaciones de Seguridad Social indebidamente percibidas", Pamplona (Aranzadi), 1998, págs. 105 y ss., en apoyo de su afirmación. Sin embargo, en las páginas dedicadas por esta última a los diferentes supuestos de responsabilidad solidaria en el reintegro de prestaciones públicas no se contiene ninguna referencia explícita a la responsabilidad de la empresa principal sino que tan sólo menciona como responsables solidarios al empresario directo y al propio trabajador, por lo que se podría entender que, para VICENTE PALACIO, la responsabilidad solidaria en la devolución no alcanza a dicho empresario principal.

<sup>752</sup> Igualmente ocurre con otros principios del orden penal como el de legalidad, tipicidad, culpabilidad, retroactividad, proporcionalidad y presunción de inocencia. Un estudio global sobre los mismo en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador en, TOLOSA TRIVIÑO, C. "La aplicación de los principios de la potestad sancionadora a las infracciones del orden social", AL, n° 36, 1999, págs. 681 y ss; MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "La aplicación de los principios constitucionales de fondo al sistema de infracciones y sanciones en el orden social", AA, n° 21, 1998, págs. 445 y ss. El Tribunal Constitucional ha declarado, en reiteradas ocasiones, que los principios inspiradores del orden penal, son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo Sancionador por ser este integrante del ius puniendi del Estado. Cfr. Sentencias TC 18/1981 de 8 de junio, 77/1983 de 3 de octubre, 76/1990 de 26 de abril, 22/1990 de 15 de febrero y 246/1991 de 19 de diciembre. Como se ha puesto de manifiesto, El TC sigue, con estas sentencias, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, representada por las sentencias 8 de junio de 1976, asunto Engel y otros; 1 de febrero de 1984, asunto Örtzük; 28 de junio de 1984, asunto Cambell y Foll; 22 de mayo de 1990, asunto Weber; 27 de agosto de 1991, asunto Demicoli; 24 de febrero de 1994, asunto Bendenoum. Cfr. PERELLÓ DOMENECH, I. y DUQUE VILANUEVA, J.C. (continúa...)



imposición de una infracción administrativa la imputabilidad de la misma al sujeto que se pretende sancionar. Este principio viene reconocido en el art. 130 de la LRJAP, según el cual "sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia".

De dicha norma se puede colegir la imposibilidad de imponer a un empresario sanciones respecto a conductas que constituyen incumplimientos exclusivamente imputables, ex lege, a otros empresarios porque son los que han participado dolosa o culposamente en la acción u omisión sancionable<sup>753</sup>. Téngase en cuenta, en este sentido, que el art. 2.1 del TRLISOS insta al empresario como sujeto responsable de las infracciones administrativas, por lo que es el empresario contratista, que es sujeto del contrato de trabajo, la persona a la que hay que entender referida esa previsión normativa. Confirma esto mismo el art. 42.1 del TRLISOS que, a modo de cierre, establece que "las infracciones a lo dispuesto en los artículos 42 a 44 del Estatuto de los Trabajadores determinarán la responsabilidad de los empresarios afectados en los términos allí establecidos", lo que viene a significar que, además de la del art. 23.2 del TRLISOS, no habrá más responsabilidades que las previstas en las anteriores normas laborales<sup>754</sup>. Todos esos extremos permiten concluir que, efectivamente, a excepción de lo previsto en los arts. 23.2 y 42.3 del TRLISOS, no puede extenderse la

---

<sup>752</sup>(...continuación)

"Responsabilidades administrativas: el problema de la responsabilidad solidaria", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 301.

<sup>753</sup> Sobre la significación de este principio, vid. PALMA DEL TESO, A. "El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo sancionador", Madrid (Tecnos), 1996, págs. 65 y ss. PERELLÓ DOMENECH, I. y DUQUE VILLANUEVA, J.C. "Responsabilidades administrativas: el problema de la responsabilidad solidaria", op. cit., págs. 307 a 309.

<sup>754</sup> Repara en estas mismas consideraciones, CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 146.

responsabilidad solidaria del empresario principal a otras infracciones administrativas ni, por supuesto, penales<sup>755</sup> por mor del carácter personalísimo que reviste la responsabilidad nacida de este tipo de infracciones<sup>756</sup>.

Dicho extremo ha sido también confirmado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de febrero de 1981 (ar. 1146). Se trataba de un supuesto en el que el Ministerio de Trabajo había dictado una resolución en la que condenaba solidariamente a empresario contratista y principal al pago de la sanción correspondiente a la infracción administrativa en que había incurrido el primero por no haber ingresado las cuotas sociales en el plazo reglamentario. La sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional anuló la citada resolución y el Tribunal Supremo confirmó esta sentencia, ambos, con apoyo en el carácter personalísimo que reviste la responsabilidad nacida de una infracción, sea penal o administrativa, que no se pierde por la circunstancia de que la sanción tenga naturaleza económica y que implica que "el infractor responsable de una multa queda sujeto individualmente a su imposición por el órgano administrativo competente".

La extensión de la responsabilidad solidaria administrativa del empresario principal a otras infracciones laborales, distintas a las señaladas, se encuentra, además, neutralizada por la vigencia en nuestro ordenamiento jurídico de los principios de legalidad y tipicidad, característicos, al igual que el anterior, del Derecho penal pero extrapolables, como se ha dicho,

---

<sup>755</sup> SALA FRANCO, T. y otros, "Derecho del Trabajo. Tomo II", 4ª edic., op. cit., pág. 86. Negando también esta posibilidad, ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G. "El Estatuto de los Trabajadores ...", op. cit., pág. 207, CRUZ VILLALÓN, J., Ibidem.

<sup>756</sup> MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social y empleo", op. cit., pág. 75.

al Derecho Administrativo Sancionador, por lo que se pueden traer a colación también aquí.

De acuerdo con el principio de legalidad<sup>757</sup>, no puede constituir infracción aquella conducta que no haya sido formalmente prevista como tal por una norma con rango de Ley y tampoco cabe imponer sanción alguna que no haya sido establecida previamente por Ley<sup>758</sup>. El principio de legalidad tiene reconocimiento constitucional en el art. 25 de la CE que señala que "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento". También tiene acogimiento expreso en la legislación ordinaria pues, de acuerdo con el art. 127 de la LRJAP, "la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de Ley ...".

Por su parte, el principio de tipicidad, distinto al de legalidad pero ligado al mismo por tener también su entronque en el art. 25.1 de la CE<sup>759</sup>, se manifiesta en el art. 1.1 del TRLISOS, según el cual "constituyen infracciones administrativas

---

<sup>757</sup> Identificado en los conocidos brocárdicos latinos "Nullum crimen sine lege" y "Nulla poena sine lege". Cfr. MARTÍN MARTÍN, J. "Normas de uso del lenguaje jurídico", Granada (Comares), 1991, pág. 122.

<sup>758</sup> Sobre la significación de este principio en el ámbito de las infracciones administrativas en materia laboral, cfr. MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "La aplicación de los principios constitucionales de fondo al sistema de infracciones y sanciones en el orden social", op. cit., págs. 448 a 450. TOLOSA TRIVIÑO, C. "La aplicación de los principios de la potestad sancionadora a las infracciones del orden social", op. cit., págs 683 a 687. ALFONSO MELLADO, C. L. "Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral", Valencia (Tirant lo Blanch), 1998, págs. 91 y 92.

<sup>759</sup> Sentencia TS 5 de febrero de 1990, ar. 771. Precisa esta sentencia de la sala de lo contencioso, en su Fund. Jco. 3º, que "la legalidad se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo en definitiva medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), y de hacer realidad junto a la exigencia de una lex previa, la de una lex certa".

en el orden social las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y sancionadas en la presente Ley y en las leyes del orden social". Implica que, para que sea posible sancionar una determinada conducta, no es suficiente que la misma sea lesiva del ordenamiento jurídico sino que además es necesario que se encuentre clara y precisamente descrita en la norma que la constituye como infracción, descripción detallada que es también exigible a la sanción a imponer y a los grados y criterios para la aplicación de una y otra<sup>760</sup>.

## 2.2. Fundamento.

La responsabilidad solidaria del empresario principal por la infracción administrativa cometida por el contratista durante la vigencia de la contrata, consistente en dar ocupación a trabajadores beneficiarios o solicitantes de prestaciones públicas incompatibles con el trabajo por cuenta ajena, se justifica, una vez más, en el provecho patrimonial que dicho empresario obtiene al incorporar a su organización el resultado del esfuerzo productivo de los trabajadores del contratista. Si la atribución de responsabilidad por esta conducta al empresario directo obedece al provecho económico que obtiene de la prestación de esos trabajadores en perjuicio de la Seguridad Social, igual provecho, aún indirecto, obtiene el empresario principal como receptor de la obra o servicio subcontratado<sup>761</sup>.

Pero también es conveniente advertir que esta responsabilidad solidaria de empresario principal y contratista

---

<sup>760</sup> Sobre este principio, vid. MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social y empleo", op. cit., págs. 33 a 37, y "La aplicación de los principios constitucionales de fondo al sistema de infracciones y sanciones en el orden social", op. cit., págs. 451 a 453. TOLOSA TRIVIÑO, C. "La aplicación de los principios de la potestad sancionadora ...", op. cit., págs. 689 a 692. ALFONSO MELLADO, C. L. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 92.

<sup>761</sup> En el mismo sentido, LLANO SÁNCHEZ, M. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 290.

por la infracción de referencia se puede situar dentro del ius puniendi del Estado que, en tutela de los intereses públicos, reacciona para salvaguardarlos a través de mecanismos represivos de las conductas ilícitas de los particulares. Subyace, por lo tanto, una finalidad de reproche a los empresarios que han adoptado una determinada conducta antijurídica; el contratista por haber ocupado como trabajadores a pensionistas de la Seguridad Social en los términos prohibidos por la Ley; y el empresario principal por participar de esa antijuridicidad al ser beneficiario indirecto del trabajo llevado a cabo y por haber contribuido al origen de la misma al encomendar al contratista la realización del encargo<sup>762</sup>. Repárese, respecto a esto último, que el art. 1258 del CC, en sede de teoría general de los contratos, impone a los contratantes la obligación de responder de todas las consecuencias del contrato que sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley<sup>763</sup>.

### 2.3. ¿Se trata de una responsabilidad objetiva?.

Es preciso plantearse si, cuando el párrafo 3º del art. 23.2 del TRLISOS establece la responsabilidad solidaria del empresario principal por la infracción administrativa del contratista prevista en el art. 23.1 a) del mismo cuerpo legal y cometida durante la vigencia de la contrata, lo hace con carácter objetivo o, al contrario, se exige la presencia de elemento culpabilístico en la conducta del empresario principal para que dicha responsabilidad tenga lugar.

---

<sup>762</sup> En ello parece poner el acento la sentencia del TSJ Comunidad Valenciana, sala de lo contencioso-administrativo, de 5 de diciembre de 2001, Ref. Westlaw Jur 2002/157584, para la que la responsabilidad de la empresa principal es una responsabilidad "por hechos propios" puesto que como empresario principal le incumbe cerciorarse de si el contratista con el que ha concertado la contrata tiene a sus trabajadores "en regla".

<sup>763</sup> En relación a este aspecto de la fundamentación de la responsabilidad administrativa, vid. GARCÍA PIQUERAS, M. "La responsabilidad en contratas y subcontratas", RTSSCEF, n° 176, 1997, págs. 26 y 37, y "Régimen jurídico de las responsabilidades ...", op. cit., pág. 56.

Ciertamente, dicho párrafo 3º se encuentra redactado en puros parámetros objetivos. Efectivamente, no se contiene ningún elemento en el mismo que permita pensar que es precisa la concurrencia de culpa en el empresario principal para que nazca su responsabilidad solidaria.

Sin embargo, desde mi punto de vista, hay que descartar de plano que se trate de una pura responsabilidad objetiva con total ausencia de atención a los criterios culpabilísticos. En nuestro Derecho Administrativo Sancionador, como ya se ha dicho, rige el principio de personalidad de las sanciones también llamado de "responsabilidad" o "culpabilidad"<sup>764</sup>. Dicho principio es recogido en el art. 130.1 de la LRJAP que establece que "sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia".

Aunque la instauración del principio de culpabilidad en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador no ha sido sencilla pues se ha tratado de un sector del ordenamiento jurídico en el que ha predominado la responsabilidad objetiva<sup>765</sup>, el Tribunal Constitucional y la doctrina científica<sup>766</sup> han acabado rechazando

---

<sup>764</sup> El empleo de tales denominaciones para referirse a este principio puede apreciarse en TOLOSA TRIVIÑO, C. "La aplicación de los principios de la potestad sancionadora...", op. cit., págs. 698 a 701.

<sup>765</sup> Como ha puesto de manifiesto GARBÉRÍ LLOBREGAT, J. "El procedimiento administrativo sancionador", Valencia (Tirant lo Blanch), 1994, pág. 108. De hecho, no han faltado posiciones en la doctrina que han sostenido que la responsabilidad derivada de la infracción en el orden social es de tipo objetivo, por lo que la culpabilidad no es elemento definitorio de la misma sino que se utiliza exclusivamente por la LISOS para graduar la intensidad de la infracción y de la sanción que se impone. Cfr. DEL REY GUANTER, S. "La potestad sancionadora de la Administración en el orden social", en AAVV. "VIII Jornadas Universitarias de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales", Jerez de la Frontera, 1989, págs. 90 y ss; OLIET PALA, B. "Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social (Comentarios a la Ley 8/1988 de 7 de abril)", AL, 1989, vol. I, pág. 26.

<sup>766</sup> Por todos, GARCÍA BLASCO, J. "Infracciones y sanciones en materia laboral", Madrid (Civitas) 1989, págs. 162 y 163, quien ya tempranamente mostró su escepticismo hacia la admisibilidad de las fórmulas de responsabilidad objetiva en el sistema de infracciones administrativas de carácter laboral.

decididamente la imputabilidad de las infracciones en apoyo de estrictos criterios de responsabilidad objetiva pues el principio de culpabilidad supone "la exigencia, primero de individualización de la propia conducta y después del carácter doloso o culposo de la conducta infractora. Tales exigencias se oponen a criterios de responsabilidad establecida en razón de previsiones estrictamente objetivas, basadas tal vez en implícitas presunciones ex lege de culpa (aún más si la presunción implícita es de las de carácter iuris et de iure), que son contrarias al derecho fundamental de presunción de inocencia"<sup>767</sup>.

El problema es que parece difícil compatibilizar el principio de personalidad de la sanción con el de la responsabilidad solidaria pues, como se sabe, esta responsabilidad supone el desplazamiento de la responsabilidad a persona distinta a la que incurrió en la infracción administrativa. Ciertamente, a primera vista, ese desplazamiento choca frontalmente con la necesaria imputabilidad de la conducta y su individualización.

La LRJAP, sin embargo, se ha inclinado decididamente por la admisibilidad de los sistemas de responsabilidad solidaria en el ámbito de las sanciones administrativas. Así, el párrafo 1º del art. 130.3 establece que "cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan". La práctica unanimidad de la doctrina administrativista, efectivamente, ha podido afirmar, a la luz de

---

<sup>767</sup> Sentencias TC 105/1988 de 8 de junio y 76/1990 de 26 de abril. La jurisprudencia ordinaria ha seguido esta línea. Cfr. Sentencias TS, sala de lo contencioso administrativo, 5 de diciembre de 1987, ar. 9368; 16 de marzo de 1988, ar. 2296; 22 de febrero de 1992, ar. 852; 16 de febrero de 1990, ar. 777, 29 de marzo de 1996, ar. 2633 y 2634; 11 de julio de 1997, ar. 9607 y 23 de julio de 2001, ar. 6783.

este precepto, que la Ley consagra en él la admisibilidad de la responsabilidad administrativa solidaria de todos los sujetos que participen en la comisión de una infracción que supone el incumplimiento de una única obligación que se impone a un conjunto de personas<sup>768</sup>.

El párrafo 2º de las misma norma redundante en esta misma línea pues, según su dicción, "serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores". Surge así, la figura del garante de la responsabilidad de otro por la comisión de una infracción determinada. Para la doctrina administrativista que ha interpretado este precepto, el mismo contempla dos obligaciones: una principal, cuyo cumplimiento incumbe a un sujeto que, si no lo observa, incurrirá en la infracción administrativa y, otra accesoria, impuesta al garante, y consistente en el deber de prevenir el incumplimiento de la obligación principal, so pena de ser responsable solidario o subsidiario si la infracción tiene lugar<sup>769</sup>.

Pues bien, las anteriores normas ponen de manifiesto que aún en los sistemas de responsabilidad administrativa solidaria, cual es el previsto en el art. 23.2 del TRLISOS, subsiste la exigencia

---

<sup>768</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. "Reflexiones sobre los principios del Derecho Administrativo sancionador en la Ley 30/1992", en AAVV. "Valoración de la Ley 30/1992 tras cinco años de vigencia", Madrid (CGPJ), 1997, pág. 318. NIETO GARCÍA, A. "Derecho Administrativo Sancionador", Madrid (Tecnos), 1994, págs. 377 y 378. PALMA DEL TESO, A. "El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador", op. cit., págs. 99 a 103. En contra, PARADA VÁZQUEZ, J.R. "Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", Madrid (Marcial Pons), 1993, pág. 392.

<sup>769</sup> NIETO GARCÍA, A. "Derecho Administrativo Sancionador", op. cit., pág. 378.



del elemento de la culpabilidad, tanto en el obligado principal como en el solidario que es garante de la obligación del primero. Dicho extremo ha sido, de nuevo, confirmado por la doctrina del Tribunal Constitucional que, si bien en alusión al principio de culpabilidad en el ámbito tributario, ha sostenido que "en los casos de responsabilidad solidaria se requiere la concurrencia de dolo o culpa aunque sea leve" y, por lo tanto, "no es traslable al ámbito de las infracciones administrativas la interdicción constitucional de la responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho Penal"<sup>770</sup>.

A ese esquema, desde mi punto de vista, responde el sistema de responsabilidad administrativa solidaria del art. 23.2 del TRLISOS. De hecho, la doctrina también se ha decantado unánimamente por la compatibilidad entre los criterios culpabilísticos y la instauración de un régimen de responsabilidad solidaria en el ámbito de infracciones y sanciones administrativas en materia de Seguridad Social y empleo<sup>771</sup>.

Si bien, hay que reconocer que el deber del empresario principal, constituido como garante de la obligación del primero, no aparece debidamente estatuido en la Ley pues, a diferencia de lo que ocurre en el art. 24.3 de la LPRL, en el TRLISOS no se establece el deber del empresario principal de vigilar o prevenir la infracción administrativa que pudiera cometer el contratista o subcontratista, por lo que habrá que considerar dicho deber implícitamente establecido en dicho art. 23.2 del texto refundido

---

<sup>770</sup> Sentencia TC 76/1990 de 26 de abril.

<sup>771</sup> MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "Infracciones y sanciones ...", op. cit., pág. 71, TOLOSA TRIVIÑO, C. "La aplicación de los principios de la potestad sancionadora ...", op. cit., pág. 699. PERELLÓ DOMENECH, I. y DUQUE VILLANUEVA, J. C. "Responsabilidades administrativas ...", op. cit., págs. 309 y ss. GARCÍA PIQUERAS, M. "Régimen jurídico de las responsabilidades ...", op. cit., pág. 57, y "La responsabilidad en contratas y subcontratas", op. cit., págs. 37 y 38. GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I. "Contrata y subcontrata de obras y servicios ...", op. cit., pág. 72.

para evitar toda solución de responsabilidad objetiva contraria, como se ha visto, a los principios del Derecho Sancionador <sup>772</sup>.

#### 2.4. La previsión del artículo 42.1 del TRLISOS.

Es preciso, en último lugar, dar cuenta de la previsión contenida en el art. 42.1 del TRLISOS por su posible incidencia en el sistema de responsabilidad solidaria del empresario principal por infracciones administrativas.

El mencionado precepto establece que "las infracciones a lo dispuesto en los artículos 42 a 44 del Estatuto de los Trabajadores determinan la responsabilidad de los empresarios afectados en los términos allí establecidos".

Se trata de una cláusula de cierre de la regulación de las infracciones administrativas que efectúa el TRLISOS para los supuestos de contratas y subcontratas que, desde mi punto de vista, resulta supérflua pues no añade nada nuevo al limitarse a efectuar una remisión al sistema de responsabilidad establecido por el art. 42 del ET. Al menos, como ya se dijo anteriormente, la única virtualidad de esta previsión normativa es la de confirmar que no existen más responsabilidades del empresario principal por infracciones administrativas del contratista que las reguladas en el art. 23.2 del TRLISOS<sup>773</sup>.

---

<sup>772</sup> En sentido parecido, PERELLÓ DOMENECH, I. y DUQUE VILLANUEVA, J. C. "Responsabilidades administrativas ...", op. cit., pág. 320. La ausencia en nuestro ordenamiento de una previsión formal de ese deber del empresario principal de prevenir la infracción del contratista de no dar de alta a trabajadores solicitantes o beneficiarios de prestaciones ha conducido a alguna posición, con buen criterio, a considerar excesivamente desproporcionada la instauración de la responsabilidad solidaria del empresario principal en el art. 23.2 TRLISOS. Vid. MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "Infracciones y sanciones ...", op. cit., pág. 73.

<sup>773</sup> En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 146 ha afirmado, con buen criterio, que dicha previsión "constituye una afirmación tautológica de la que no cabe deducir responsabilidades adicionales a las ya previstas en el art. 42 ET, de donde no se deduce inmediatamente la posibilidad de imposición de sanciones administrativas".

### 3. Las obligaciones y responsabilidades de los empresarios participantes en la contrata en materia de seguridad e higiene en el trabajo.

#### 3.1. Introducción.

En el ámbito de las infracciones de naturaleza administrativa, el sistema de responsabilidades empresariales en caso de contratas o subcontratas viene delimitado por dos frentes normativos. Por un lado, como se ha visto, por la específica previsión de infracción administrativa, en materia de Seguridad Social contenida en el párrafo tercero del artículo 23.2 del TRLISOS. Por otro, por las normas contenidas en dicho texto refundido y en la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, disposiciones normativas que dedican específicas previsiones, en materia de seguridad e higiene, para los supuestos de relaciones laborales desarrolladas en un contexto de descentralización productiva.

En efecto, el art. 24 de la LPRL, bajo la rúbrica "coordinación de actividades empresariales", contempla unas específicas obligaciones de seguridad y salud laboral para una serie de supuestos cuya nota común es la presencia de uno o más empresarios en un mismo centro de trabajo.

En unos casos, esa concurrencia simultánea de actividades empresariales viene definida por la mera coincidencia física de los empresarios en un único lugar de trabajo, independientemente de la asistencia o no de vínculos jurídicos entre ellos (art. 24.1).

En otros, la atribución a los empresarios de determinadas obligaciones preventivas reside en la circunstancia de constituir

uno de esos empresarios el titular del centro de trabajo donde desarrollan su actividad el resto (art. 24.2).

En último lugar, la norma también prevé supuestos de concurrencia empresarial donde se atiende fundamentalmente a la vinculación jurídica existente entre los empresarios concurrentes pues vienen referidos a la realización entre ellos de contratas y subcontratas de obras y servicios. Aquí, la LPRL distingue si se trata de contratas de la propia actividad y realizadas en el centro de trabajo del empresario principal (art. 24.3) o si se trata de contratas desarrolladas fuera de su centro de trabajo pero con el empleo de maquinaria, útiles o materias primas proporcionadas por dicho empresario (art. 24.4), único supuesto que no se trata de concurrencia empresarial propiamente dicha pero en el que la imposición legal de obligaciones preventivas interempresariales está justificada por el empleo por los trabajadores de un empresario de equipos y útiles de trabajo proporcionados por otro distinto.

El posible incumplimiento de esos específicos deberes establecidos para los empresarios en la LPRL da origen a la instauración legal de una serie de infracciones administrativas y sus correspondientes sanciones. El catálogo de infracciones y sanciones administrativas en materia de prevención de riesgos laborales venía establecido en los arts. 45 y siguientes de la LPRL. El legislador, con buen criterio, quiso sin embargo separar normativamente lo que eran deberes sustantivos de seguridad y salud laboral de lo que constituían las responsabilidades administrativas asociadas a su incumplimiento. Por esta razón, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de

agosto derogó aquellos preceptos de la LPRL y los extrapoló al TRLISOS<sup>774</sup>.

Dichas responsabilidades administrativas, como las más típicas y características de las obligaciones preventivas<sup>775</sup>, habrán de ser objeto de singular atención puestas en relación con los deberes en materia de seguridad y salud que tratan de reforzar y, especialmente, con la solidaridad en las responsabilidades establecida en el artículo 42.3 del TRLISOS para el empresario principal por el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por los contratistas y subcontratistas que desarrollen su actividad en su centro de trabajo.

Sin embargo, no hay que dejar pasar por alto que el ordenamiento jurídico no va a asociar tan sólo responsabilidades administrativas al incumplimiento de los deberes empresariales de prevención. De esos mismos incumplimientos también podrán derivarse responsabilidades civiles por los daños y perjuicios producidos y responsabilidades penales de las que da cuenta, el art. 123.3 de la LGSS y, a diferencia de sus precedentes normativos, el art. 42.1 de la LPRL<sup>776</sup>. De entre ellas, las responsabilidades civiles habrán de ser objeto también de

---

<sup>774</sup> De esta forma, es ahora el vigente TRLISOS la norma básica de referencia en materia de infracciones y sanciones administrativas en el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo. Dentro de dicho texto legal habrá que tener presente, por su incidencia en el ámbito de las contratas y subcontratas, los arts. 12.13, 12.14, 13.7, 13.8, 40.2 y 42.3.

<sup>775</sup> Tal y como ha apreciado la doctrina, CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E. "Derecho Público y Salud Laboral: el régimen jurídico sancionador", en AAVV. "Seguridad y Salud en el trabajo", Madrid (La Ley-Actualidad), 1997, pág. 133. GARCÍA MURCIA, J. "Responsabilidades y Sanciones en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo", Pamplona (Aranzadi), 2<sup>a</sup> edic., 2000, pág. 27.

<sup>776</sup> En efecto, los incumplimientos empresariales a los que se refería el art. 40.2 de la LISOS (Ley 8/1998 de 7 de abril) se entiende que generaban solo las responsabilidades por infracciones administrativas frente a la Administración de trabajo, mientras que los producidos en el marco de la vigente LPRL, comprenden, además de éstas, las responsabilidades civiles y penales, tal y como señala el art. 42.1 de la LPRL. En el mismo sentido, MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J. "Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo", op. cit., pág. 306.

singular atención en tanto su eventual imputabilidad tanto al empresario directo del trabajador como también al empresario titular del centro de trabajo les atribuye aquí unos contornos suficientemente complejos<sup>777</sup>.

### 3.2. La génesis normativa de las obligaciones preventivas en las contratas y subcontratas.

Con carácter previo al actual esquema de ordenación de las obligaciones y responsabilidades que rigen en el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo para los supuestos de contratas y subcontratas, el art. 153.2 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1971<sup>778</sup> y el art. 2.3 del Decreto 1860/1975 de 10 de junio sobre procedimiento para la imposición de sanciones contenían el antecedente inmediato de la responsabilidad solidaria de la empresa principal en este específico ámbito. Ambos preceptos disponían esta responsabilidad solidaria para dicha empresa en el cumplimiento de las obligaciones que impone la Ordenanza respecto a los trabajadores de la contratista y subcontratista ocupados en los centros de trabajo de aquella<sup>779</sup>.

---

<sup>777</sup> El análisis de las responsabilidades aparejadas a las obligaciones preventivas que establece el art. 24 de la LPRL, se centrará en las de naturaleza administrativa y las de carácter civil, ya que el estudio de las responsabilidades penales desbordaría los límites razonables impuestos por la perspectiva iuslaboralista dentro de la que se sitúa el estudio de esta materia. En cualquier caso, ténganse en cuenta los tipos penales recogidos en los arts. 316 y 317 del vigente Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre. Sobre los mismos, vid. TAMARIT SUMALLA, J.M°. "Comentario a los artículos 316 y 317 del Código Penal", en AAVV. "Comentarios a la parte especial del Derecho Penal", Pamplona (Aranzadi), 1996, págs. 836 y ss. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. "El Derecho Penal del Trabajo", en BAJO FERNÁNDEZ, M. "Compendio de Derecho Penal" (Parte Especial), Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces, S.A), 1998, págs. 638 y ss.

<sup>778</sup> Aprobada por Orden Ministerial de 9 de marzo de 1971.

<sup>779</sup> Sobre la responsabilidad solidaria instaurada en estas normas, vid. DE LAS HERAS BORRERO, F.M. "Responsabilidad administrativa, penal y civil por incumplimiento de la normativa de seguridad e higiene", RPS, n° 26, 1980, págs. 99 y ss. BORNAECHEA FERNÁNDEZ, J.I. "La responsabilidad solidaria de la empresa principal y de los contratistas y subcontratistas en materia de Seguridad e Higiene", RL, 1986, vol. II, págs. 832 y ss.

Aunque el art. 153.2 de la OGSHT constituía la referencia normativa básica en materia de responsabilidad de los empresarios participantes de la contrata por obligaciones de seguridad e higiene, no tardaron en surgir dudas sobre la validez jurídica y la propia vigencia de esta norma reglamentaria<sup>780</sup>.

Durante los años ochenta, se cuestionó, en primer lugar, la validez de la misma precisamente por tratarse de una disposición de rango reglamentario que imponía sanciones administrativas. El necesario respeto al principio de legalidad en la imposición de sanciones permitía pensar que el art. 153.2 de la OGSHT incurría en ilegalidad por ultra vires. En segundo lugar también se puso en tela de juicio su misma vigencia en tanto se podía entender que, con la entrada en vigor de la Ley 8/1980 del Estatuto de los Trabajadores, su art. 42 la había derogado<sup>781</sup>.

Las anteriores dudas sobre la validez y vigencia de la OGSHT fueron resueltas con la entrada en vigor de la Ley 8/1988 de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Esta disposición legal en el párrafo segundo de su art. 40, venía a dar cobertura legal a la previsión de la Ordenanza en tanto instauraba la responsabilidad de la empresa principal en las contratas de la propia actividad desarrolladas en su centro de trabajo por los incumplimientos que se produjeran durante la vigencia de la contrata en materia de seguridad e higiene.

El art. 40 de la LISOS, en la medida en que contemplaba los supuestos de imputación de responsabilidad al empresario principal por incumplimientos de seguridad e higiene acaecidos durante la ejecución de la contrata, venía a derogar, aunque no

---

<sup>780</sup> Dando cuenta de esta cuestión, CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva ...", op. cit, pág. 144.

<sup>781</sup> De hecho, las sentencias del TS, sala 3ª, 16 de febrero de 1990, ar. 777 y 10 de mayo de 1990, ar. 3714, así lo llegaron a entender.

lo hizo de forma expresa, el anterior art. 153.2 de la OGSHT<sup>782</sup>. De esta forma, parecía que el legislador pretendía, en el ámbito de la seguridad y salud laborales, dar entrada a la función que en materia salarial y de Seguridad Social desempeña el art. 42 del ET con la diferencia de no referirse a responsabilidades en éstas materias sino a responsabilidades administrativas<sup>783</sup>.

Otra diferencia, en relación con su precedente normativo, no se encontraba en el supuesto de hecho sino en la naturaleza de la responsabilidad pues el art. 40 de la LISOS abandonaba toda referencia a la responsabilidad solidaria del empresario principal y en su lugar instauraba una responsabilidad directa o de primer grado<sup>784</sup>. Dicha circunstancia ha justificado que incluso alguna reciente sentencia del TS, en aplicación de dicho precepto, haya concluido que la responsabilidad del empresario principal por infracciones administrativas derivadas del incumplimiento de medidas de seguridad e higiene sea directa y no solidaria respecto de los contratistas<sup>785</sup>.

La disposición derogatoria única de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales viene a derogar este párrafo segundo del art. 40 de la LISOS<sup>786</sup>, estableciendo, en su lugar, el

---

<sup>782</sup> En el mismo sentido, FERNÁNDEZ MARCOS, L. "Responsabilidad del empresario principal respecto de contratistas y subcontratistas en materia de seguridad e higiene en el trabajo", AL, n° 1 1992, pág. 1.

<sup>783</sup> MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J. "Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo", op. cit, pág. 124.

<sup>784</sup> Esta responsabilidad directa fue también apreciada por la doctrina. Cfr. , por todos MATEOS BEATO, A. "Análisis de la descentralización productiva", en AAVV. "Las Empresas de Trabajo Temporal. Debate laboral de los interlocutores sociales", Madrid (Lex Nova), 1993, pág. 124 y FERNÁNDEZ MARCOS, L. "Responsabilidad del empresario principal...", op.cit, pág. 3.

<sup>785</sup> Sentencia TS, sala 3ª, 10 de diciembre de 2001, AL, 2002, vol. I, pág. 1225, que cita, en este mismo sentido, la sentencia TS, sala 3ª, 23 de julio de 2001.

<sup>786</sup> Además de los títulos I y III de la OGSHT en los que se encuentra el citado art. 153.2. El título II de dicha Ordenanza continúa en vigor en lo que no se oponga a la previsiones de la LPRL.



art. 42.2, precepto que "resucita" la solidaridad en la responsabilidad que había instaurado el art. 153.2 de la OGSHT. El art. 42.2 de la LPRL, como ya se ha dicho, fue a su vez derogado por el TRLISOS e incorporado sin modificación alguna al art. 42.3 del mismo texto refundido.

La norma sancionadora contenida en el art. 42.3 del TRLISOS para los supuestos de contratas y subcontratas y otras previstas para supuestos genéricos de concurrencia de actividad empresarial en un mismo centro de trabajo (arts. 12.13, 12.14, 13.7 y 13.8 tipificando las infracciones administrativas y art. 40.2 estableciendo las correspondientes sanciones) vienen a complementar las obligaciones preventivas previstas en el art. 24 de la LPRL, y a cerrar el vigente sistema normativo de los llamados supuestos de "coordinación de actividades empresariales". El art. 24 de la LPRL tiene una manifiesta inspiración en normas internacionales pues, como ya se tuvo ocasión de señalar, debe su origen al art. 17 del Convenio n° 155 de la OIT<sup>787</sup> y al art. 6.4 de la Directiva Marco sobre seguridad y salud de los trabajadores<sup>788</sup>, normas que prácticamente reproduce.

---

<sup>787</sup> Convenio de 22 de junio de 1981, ratificado por España el 26 de julio de 1985 (BOE 11 de noviembre de 1985) cuyo art. 17 dispone que "siempre que dos o mas empresas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo tendrán el deber de colaborar en la aplicación de las medidas previstas en el presente convenio".

<sup>788</sup> Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo. DOCE 29 de junio de 1989 (serie L, 183). Su art. 6.4 dispone que "cuando en un mismo lugar de trabajo están presentes trabajadores de varias empresas, los empresarios deberán cooperar en la aplicación de las disposiciones relativas a la seguridad, la higiene y la salud así como, habida cuenta del tipo de actividades, coordinarse con vistas a la protección y prevención de riesgos profesionales, informarse mutuamente de dichos riesgos e informar a sus trabajadores respectivos y/o a sus representantes".

### 3.3. La coordinación de actividades empresariales en la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales.

Las obligaciones relativas a la coordinación de las actividades productivas que deben observar los empresarios que comparten un mismo espacio físico de trabajo con vista a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores que desempeñan su prestación en el mismo, es una manifestación más del correlativo derecho de estos a una protección eficaz<sup>789</sup>.

Los cinco apartados a los que se refiere la "coordinación de actividades empresariales del art. 24 de la LPRL, a salvo del tercero y del cuarto, no vienen específicamente referidos a supuestos de contratas y subcontratas de obras y servicios.

Y esto es así porque el art. 24 de la LPRL no pretende regular exclusivamente las obligaciones preventivas que vinculen a los empresarios participantes de la contrata o subcontrata sino comprender todos los supuestos posibles de concurrencia empresarial<sup>790</sup>, esto es, todos aquellos casos en los que en un mismo espacio físico de trabajo coincide la actividad empresarial de dos o mas empresarios, ya exista dependencia jurídica entre los mismos por haberse concertado una contrata o subcontrata (arts. 24.3 y 24.4) o ya se trate de una mera coincidencia física

---

<sup>789</sup> Si bien el derecho a la protección eficaz de los trabajadores reconocido en el art. 14.1 de la LPRL no comprende expresamente la coordinación de actividades sino "los derechos de información, consulta y participación, formación en materia preventiva, paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente y vigilancia de su estado de salud", es evidente que, en los casos de concurrencia de actividad empresarial en un mismo centro de trabajo, las previsiones de art. 24 referidas a la cooperación y coordinación de empresarios, información y vigilancia tendrán que ir referidas a tales derechos.

<sup>790</sup> VALVERDE ASENCIO, A.J. "Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales", en AAVV. "Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual", Valladolid (Lex Nova), 2001, pág. 315.

en un mismo espacio de las actividades productivas (arts. 24.1 y 24.2)<sup>791</sup>.

Naturalmente la vocación de globalidad que caracteriza al art. 24 al comprender todos los supuestos de concurrencia de actividad empresarial es la que explica que al margen de las perceptibles diferencias que identifican cada uno de sus apartados, todos ellos, a excepción del cuarto, graviten sobre la norma común de la realización de la prestación en un mismo centro de trabajo en el que concurre la actividad laboral de trabajadores pertenecientes a diferentes empresas; esto es, el desempeño por los trabajadores de su prestación laboral en un centro de trabajo que, o bien no es el de su empleador (arts. 24.2 y 24.3), o bien se encuentra compartido por este con otros empresarios (art. 24.1).

La previsión de unas específicas obligaciones preventivas en atención a la presencia simultánea de dos a o mas empresas en un mismo centro de trabajo radica en que, como los trabajadores se encuentran compartiendo las condiciones ambientales del espacio donde prestan su actividad y, además, están afectados por las medidas de seguridad y salud que adopte cada empresario, se produce un "condicionamiento de tipo recíproco" y una incidencia directa de cada uno de los empresarios en el nivel de seguridad que los demás pueden garantizar<sup>792</sup>.

---

<sup>791</sup> La doctrina ya ha advertido que el criterio ordenador de las distintas obligaciones del art. 24 de la LPRL es la existencia o no de vínculos contractuales entre las empresas concurrentes. Cfr., por todos, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. "Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales", Madrid (Trotta), 1996, págs. 161 y 162.

<sup>792</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. "Comentarios a la Ley 31/1995...", op.cit., pág. 161. En el mismo sentido, BLASCO MAYOR, A. "Previsiones y carencias de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales frente al fenómeno de la externalización", AL, n° 35, 2002, pág. 811. También no le falta razón a RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "El lugar de ejecución de la contrata", RL, n° 5, 1996, pág. 8, cuando reparó, además de la anterior consideración, en que la precisión del centro de trabajo se ha introducido en la LPRL con la intención de implementar en la legislación nacional la Directiva Marco y por las exigencias de certeza y seguridad jurídica que, ex art. 9.3 (continúa...)

La incidencia de estas condiciones ambientales, propias del espacio común donde se desarrolla la prestación laboral, en las condiciones de seguridad y salud en que dicha prestación se lleva a cabo ha justificado que el concepto de centro de trabajo que se maneje en los distintos apartados del art. 24 de la LPRL no se interprete en el sentido técnico formal que le da el art. 1.5 del ET sino en sentido material como equivalente a lugar de trabajo, tal y como se define en el art. 2 del RD 486/1997 de 14 de abril por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo y en el art. 3.c) del Convenio n° 155 de la OIT<sup>793</sup>. Por ésta, y otras razones ya expuestas anteriormente, la doctrina es unánime en la interpretación de la expresión "centro de trabajo" que emplea el art. 24 LPRL como equivalente al lugar de trabajo<sup>794</sup>. Así mismo la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina en suplicación ha seguido esta misma línea<sup>795</sup>. Por lo demás, me remito a los argumentos y apoyos doctrinales y jurisprudenciales ya efectuados

---

<sup>792</sup>(...continuación)  
de la CE, exige la trascendencia del tema.

<sup>793</sup> Téngase en cuenta que, como ya se tuvo la ocasión de decir, el art. 2 de la Directiva 89/564/CEE de 30 de noviembre relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, extiende su ámbito de aplicación a "los lugares destinados a albergar puestos de trabajo situados en los edificios de la empresa y/o del establecimiento incluido cualquier otro lugar al que el trabajador tenga acceso en el marco de su trabajo".

<sup>794</sup> Cfr., MOLINER TAMBORERO, G. "La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales", AL, 1996, vol. II, pág. 407. DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA, L. "Responsabilidad de la empresa principal en el caso de contratación o subcontratación de obras y servicios en materia de seguridad y salud en el trabajo. Consideraciones sobre el proyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales", AL, n°30, 1995, pág. 531. CABEZA PEREIRO, J. "Comentario al artículo 24", en AAVV. "Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", Granada (Comares), 1998, pág. 135. ALBESA VILLALTA, A. "La Seguridad y Salud laboral en las contratas y subcontratas de obras y servicios (obligaciones y responsabilidades)", RTSSCEF, n° 163, 1996, págs. 83 y 84.

<sup>795</sup> La sentencia del TS 18 de abril de 1992, ar. 4849, conceptuó como centro de trabajo unas líneas eléctricas al aire libre al constituir instalaciones de la empresa principal; la sentencia TS ud. 22 de noviembre de 2002, ar. 510 (vol. de 2003), llegó a extender el concepto a la zona de despoblado en la que la empresa contratista estaba colocando postes de línea telefónica pertenecientes a la empresa principal. A su vez, la sentencia TSJ Castilla-León 30 de septiembre de 1997, as. 3269, consideró centro de trabajo una valla publicitaria de la que era propietaria la empresa que subcontrató la obra.

supra sobre este mismo tema con ocasión del tratamiento de la cuestión relativa a la responsabilidad empresarial en el abono del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene.

Es precisamente la complicidad que mantienen los distintos apartados del art. 24 de la LPRL al referirse a diferentes estado situacionales agrupados en la nota común de la realización de múltiples actividades empresariales en un mismo centro de trabajo lo que permite sostener que dichas normas contienen mandatos no excluyentes entre sí sino complementarios, de manera que es perfectamente posible que ante un mismo supuesto de concurrencia de actividad empresarial resulten acumulables las obligaciones empresariales previstas por dos o mas de estos mandatos normativos<sup>796</sup>.

En otro orden de ideas, las obligaciones preventivas establecidas en el art. 24 de la LPRL, llevan aparejadas sus correspondientes responsabilidades ya sean administrativas, civiles o penales, tal y como prevé el art. 42.1 de la LPRL para los casos de su inobservancia. Asimismo, dichas responsabilidades, incluidas la del eventual recargo de prestaciones, son compatibles por establecerlo así los arts. 123.3 de la LGSS y 42.3 de la LPRL.

Ahora bien, la presencia en el art. 24 de la LPRL de dos tipos de obligaciones, esto es, las relativas a la mera presencia física de dos o mas empresarios en un mismo lugar de trabajo,

---

<sup>796</sup> CALVO GALLEGO, F.J. "La Obligación General de Prevención y la Responsabilidad Civil o Contractual del Empleador", Pamplona (Aranzadi), 1998, pág. 108, ha afirmado, en este sentido, que los supuestos del art. 24 de la LPRL y 42.3 del TRLISOS pueden actuar "como círculos concéntricos o, al menos, secantes de protección". Cfr., también en este sentido la obra del mismo autor "La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación ...", op. cit., pág. 78. También en esta línea, VALVERDE ASENCIO, A.J. "Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales", op. cit., págs. 315, 316 y 321.

independientemente de la existencia o no de vinculaciones jurídicas, y las referidas a contratas y subcontratas de la propia actividad, determina así mismo la presencia de un doble tipo de responsabilidad.

Como se verá mas adelante en el primero de los supuestos, en principio, se desprende una responsabilidad individualizada de cada una de las empresas concurrentes, mientras que, en los casos de contratas y subcontratas de la propia actividad, regirá el régimen de responsabilidad solidaria que establece el art. 42.3 del TRLISOS<sup>797</sup>.

La razón de ello estriba en que, como ha apreciado la doctrina, el criterio fundamental de imputación de responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales es la existencia de un vínculo contractual de carácter laboral entre el empresario deudor de seguridad y el trabajador. Por esa razón, el deber general de prevención y los distintos deberes particulares que lo conforman, incluidos los previstos en los apartados primero y segundo del art. 24, son de naturaleza contractual por lo que existe una responsabilidad individualizada de cada empresario en caso de incumplimiento; a este esquema, sin embargo, escapa la obligación preventiva impuesta en el art. 24.3 de la LPRL al empresario principal respecto a los trabajadores del contratista que desarrollen su actividad en el centro de trabajo de aquel ya que dicha obligación se refuerza con la extensión solidaria de la responsabilidad que se impone ex art. 42.3 del TRLISOS al empresario principal quien, evidentemente, no es titular de la relación de trabajo<sup>798</sup>.

---

<sup>797</sup> TOLOSA TRIVIÑO, C. "La responsabilidad empresarial por contratas y subcontratas", op. cit., pág. 23. También pondera este matiz la sentencia TSJ Cantabria, sala de lo contencioso-administrativo, 19 de octubre de 2001, Ref. Westlaw Jur 2002/39545.

<sup>798</sup> Sobre esta cuestión, vid VALVERDE ASENCIO, A.J. "Descentralización productiva..." op. cit. págs. 344 y 345.

Solo resta por recordar, en atención a las responsabilidades asociadas a los deberes previstos en el art. 24 de la LPRL que, a la vista del art. 2.2 de la LPRL, se trata de normas de naturaleza indisponible que determina la nulidad o, cuanto menos, la irrelevancia de las cláusulas pactadas entre los empresarios con el fin de variar el reparto de las obligaciones impuestas en las mismas<sup>799</sup>.

3.3.1. La obligación de cooperación de los empresarios que comparten un mismo centro de trabajo en la aplicación de las normas de prevención ex artículo 24.1 de la LPRL.

El art. 24.1 de la LPRL impone a los empresarios cuyos trabajadores desarrollan su actividad en un mismo centro de trabajo la obligación de "cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales" y, para ello, les conmina al establecimiento de "los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y para la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, en los términos previstos en el apartado primero del artículo 18 de esta Ley".

La dicción legal, que prácticamente reproduce el art. 6.4 de la Directiva 89/391/CEE<sup>800</sup>, es básicamente el único referente normativo que se ha de manejar para efectuar algunas consideraciones sobre la delimitación de este supuesto de

---

<sup>799</sup> GOERLICH PESET, J.M\*. "Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales", op. cit., pág. 127. CALVO GALLEGO, F.J. "La obligación general de prevención y la responsabilidad civil...", op. cit., pág. 109. En este mismo sentido la sentencia TSJ Asturias 3 de octubre de 1997, AS. 3417, declara la eficacia de los pactos limitativos de la responsabilidad empresarial sólo entre las partes, sin ser posible su oposición frente a terceros, y la sentencia TSJ Cantabria, contencioso, 30 septiembre 1997, ar. 2586, en su Fund. Jco. n° 6° sostiene, obiter dicta, que en el ámbito de la responsabilidad empresarial por infracción de normas de seguridad e higiene en el trabajo "no resulta admisible la exoneración de responsabilidad en virtud de pactos privados".

<sup>800</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "El lugar de ejecución de la contrata y el artículo 42 del ET", op. cit., pág. 7.

conurrencia empresarial, el alcance de la obligación de cooperación en él establecida, y la responsabilidad asociada a su incumplimiento pues no existe norma de alcance general, ni legal ni reglamentaria, que desarrolle la misma.

En el supuesto de concurrencia empresarial previsto en esta norma parece que se está pensando en el desarrollo por o dos más empresarios de distintas actividades en un mismo lugar de trabajo independientemente de si estas empresas se encuentran vinculadas por una previa relación jurídica y de si la misma, de existir, aparece bajo la fórmula jurídica de contrata de obras y servicios o cualquier otra fórmula jurídica adicional<sup>801</sup>. Como ha afirmado GARCÍA NINET, la norma "está pensando en que el desarrollo de las actividades tenga lugar al mismo tiempo, o de modo solapado, sin solución de continuidad" pero no de modo sucesivo<sup>802</sup>.

Los vínculos jurídicos, por tanto, no definen este tipo legal ya que, por hipótesis, incluso pueden estar ausentes; el tipo se define por la presencia de la actividad laboral de trabajadores de dos o mas empresarios en un mismo centro de trabajo, circunstancia que justifica la imposición a las empresas de deberes de seguridad y salud compartidos pues éstas se enfrentan a riesgos comunicables por su mera concurrencia en el mismo centro de trabajo.

---

<sup>801</sup> GOERLICH PESET, J.M\*. "Coordinación de actividades empresariales...", op. cit., pág. 129. CALVO GALLEGO, F.J. "La regulación laboral española sobre...", op. cit., pág. 79.

<sup>802</sup> GARCÍA NINET, J.I. "Obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad y salud en los supuestos de contratas y subcontratas. Consideraciones en torno al art. 24 (coordinación de actividades empresariales) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 278. Este autor matiza que si se tratase de una prestación de trabajo sucesiva, los trabajadores que inicialmente han prestado sus servicios pueden haber alterado las condiciones de seguridad del lugar en que deben llevar a cabo sus tareas los trabajadores sucesivos, por lo que esta circunstancia debería ser tenida en cuenta por los subsiguientes empresarios para que tengan conocimiento de los riesgos existentes. Sin embargo reconoce que el art. 24 LPRL no parece contemplar este supuesto.



Este apartado primero del art. 24 de la LPRL coincide, entonces, con el apartado segundo y tercero al partir de una situación en la que trabajadores de distintos empresarios comparten un mismo centro de trabajo. Sin embargo, a diferencia de los anteriores, en el art. 24.1 no se impone la obligación de seguridad al empresario titular del centro de trabajo, sino simplemente a los empresarios que "desarrollen actividades" en el mismo. Por esa razón, se puede concluir que en cuanto a los sujetos no es absoluto trascendente la titularidad del centro de trabajo ya que el precepto se dirige no a los empresarios titulares sino a los concurrentes<sup>803</sup>.

En cuanto a la obligación de cooperación interempresarial que la norma establece, ésta se ha de concretar en dos extremos; por un lado, el establecimiento de los medios de coordinación necesarios en cuanto a la protección y prevención de los riesgos y, por otro, el establecimiento de la coordinación precisa para la información sobre los riesgos a los trabajadores en los términos del art. 18 de la LPRL. Desde mi punto de vista, efectivamente, la coordinación de la que habla la norma se debe referir no solo al establecimiento de las medidas preventivas que pudieran derivarse de los correspondientes planes empresariales de prevención<sup>804</sup> sino también a la información sobre dichas medidas a los trabajadores y, además, la información genérica que también ha de hacerse llegar a los mismos sobre los riesgos existentes, las medidas de protección y prevención frente a los

---

<sup>803</sup> En el mismo sentido, CALVO GALLEGU, F.J. "La Obligación General de Prevención...", op. cit., pág. 111. VALVERDE ASECIO, A.J. "Descentralización productiva...", op. cit., pág. 316.

<sup>804</sup> Medidas que deben ser todas las relacionadas con procedimiento, equipos y métodos de trabajo, riesgos derivados de la actividad laboral y medidas de seguridad frente a los mismos y también las relacionadas con el establecimiento de sistemas de seguridad compartidos. En este sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. "Comentarios a la Ley 31/1995..." op. cit., págs. 162 y 163. SEMPERE NAVARRO, A.V., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M., CARDENAL CARRO, M. "Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo", Madrid (Civitas), 2ª edic, 1998, pág. 187.

mismos y las medidas a adoptar para los casos de emergencia (art. 18 LPRL).

Téngase en cuenta que la propia concurrencia de varias actividades empresariales en un mismo espacio físico de trabajo hace necesario que los trabajadores de todas y cada una de las empresas concurrentes conozcan los riesgos que genera la actividad productiva de las demás y que pueden afectar a su seguridad, por lo que no resulta suficiente, en estos casos, que cada empresario informe a sus trabajadores sobre los riesgos de su actividad sino que es necesaria una labor adicional de coordinación informativa<sup>805</sup>.

En cualquier caso, el precepto adolece de una ostensible falta de concreción. Del mismo se desprende claramente que se exige la adopción por los empresarios de medidas de coordinación en la protección y prevención frente a los riesgos del lugar de trabajo que comparten y en la información de los mismos a sus respectivos trabajadores, pero no se especifica, ni en la propia Ley ni en norma reglamentaria alguna de alcance general, cuáles son esas medidas de coordinación preventiva e informativa que deben adoptar los empresarios concurrentes.

---

<sup>805</sup> En el mismo sentido, parece pronunciarse CALVO GALLEG0, F.J. "La Obligación General de Prevención...", op. cit., pág. 111, para el que el deber de cooperación en la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales debe materializarse en dos obligaciones: por un lado la obligación de cada empresa de informar al resto de empresarios de los riesgos que les puede ocasioner su actividad productiva y los medios de producción en ella empleados y, por otro la de coordinar sus planes de prevención cuando ello suponga mejorar la eficacia de la protección. No parece, en cambio, ser de esta opinión VALVERDE ASENCIO, A.J., "Descentralización productiva...", op. cit., pág. 324, quien sostiene que el deber de cooperación del art. 24.1 comprende el deber de coordinación entre los empresarios concurrentes y "un deber de información de cada empresario con respecto a sus trabajadores". Esta opinión, sin embargo, no puede compartirse aquí, por los motivos señalados y porque no tendría sentido una reiteración en el art. 24.1 de la LPRL del deber unilateral de información del empresario respecto a sus trabajadores cuando dicho deber ya viene establecido por el art. 18.1 de la misma Ley. En este sentido, considero que el art. 24.1 pretende no sólo que los trabajadores de cada empresario que desarrolle su actividad en el centro de trabajo conozcan los riesgos de su actividad empresarial, sino también los propios del resto de las actividades empresariales pues es manifiesto que también están expuestos a los mismos.

Resulta, ciertamente, criticable la elevada dosis de indefinición del contenido de la obligación coordinadora que impone el art. 24.1, sobre todo en un ámbito como este donde no sólo están en juego tanto las importantes responsabilidades económicas a las que eventualmente deben hacer frente los empresarios en caso de incumplimientos de su deuda de seguridad cuanto el propio derecho a la vida y a la integridad física de los trabajadores que, como se sabe, constituye un derecho fundamental reconocido por el art. 15 de la CE<sup>806</sup>.

Esta indefinición de la norma ya ha sido destacada por la doctrina que ha sostenido que la misma parece contener más una declaración de intenciones de naturaleza política que un mandato jurídico elaborado con el rigor que exige su pretendida eficacia<sup>807</sup>.

#### A) Los servicios de prevención mancomunados y la figura del coordinador de seguridad y salud en el ámbito de la construcción.

Con el fin de subsanar, en la medida de lo posible, la denunciada falta de concreción de la norma en cuanto a cuáles deban ser las concretas medidas de coordinación que se deban adoptar para verse cumplido el mandato obligacional que contiene, pudiera resultar útil acudir a dos instrumentos técnicos de prevención, desarrollados externamente a la LPRL, y que vienen regulados por normas reglamentarias. Se trata de los servicios

---

<sup>806</sup> Como ha afirmado la doctrina, los problemas relacionados con la responsabilidad empresarial por accidentes de trabajo están en el origen de los fundamentos que justifican el desarrollo normativo de un sistema de prevención de riesgos laborales cuyo fin último comprende el conjunto de actuaciones dirigidas a evitar o disminuir la posibilidad de que un trabajador sufra una lesión a consecuencia de su trabajo. Cfr., por todos GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. "La prevención de riesgos laborales: funciones, contenido y efectos". Ponencia temática 1ª del VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, 1996, págs. 2 y 6.

<sup>807</sup> GARCÍA PIQUERAS, M. "Régimen jurídico de las responsabilidades...", op. cit., págs. 65 y 66. Ha dado cuenta también de esta indefinición normativa, VALVERDE ASENCIO, A.J. "Descentralización productiva...", op. cit., pág. 324 y BLASCO MAYOR, A. "Previsiones y carencias de la Ley ...", op. cit., págs. 811 a 813.

mancomunados de prevención<sup>808</sup> regulados por el art. 21 del RD 39/1997 de 17 de enero que regula los servicios de prevención y de la figura del coordinador de seguridad y salud que regula el capítulo segundo del RD 1627/ 1997 de 24 de octubre que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en el ámbito de la construcción<sup>809</sup>.

**a) Los servicios de prevención mancomunados.**

En cuanto a los servicios de prevención mancomunados, su constitución está precisamente prevista en el RSP para los supuestos de concurrencia empresarial pues, de acuerdo con su art. 21.1, "podrán constituirse servicios de prevención mancomunados entre aquellas empresas que desarrollen simultáneamente actividades en un mismo centro de trabajo, edificio, o centro comercial". Dichos servicios tendrán la consideración de servicios propios de los empresarios que los constituyan (art. 21.3 RSP)<sup>810</sup>.

---

<sup>808</sup> La LPRL regula en su capítulo IV los servicios de prevención, definiéndolos en el art. 31.2 como "el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y salud de los trabajadores, asegurando y asistiendo para ello al empresario, a los trabajadores y a sus representantes y a los órganos de representación especializados". No se efectúa en la LPRL una referencia expresa a los servicios de prevención mancomunados, sin embargo, parece que se está posibilitando la creación de los mismos en el art. 31 que prevé que el empresario pueda acudir a uno o varios servicios de prevención propios o ajenos a la empresa "si la designación de uno o varios trabajadores fuera insuficiente para la realización de las actividades de prevención, en función del tamaño de la empresa, de los riesgos a que están expuestos los trabajadores o de la peligrosidad de las actividades desarrolladas".

<sup>809</sup> Regulaciones reglamentarias que tienen su fundamento jurídico habilitante en los apartados e) y f) del art. 6.1 de la LPRL. El RD 1627/1997 supone la transposición al Derecho interno de la Directiva 92/57/CEE de 24 de junio de 1992 sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles.

<sup>810</sup> Téngase en cuenta que el párrafo 2º del art. 21.1 RSP permite también la creación de servicios de prevención mancomunados por la negociación colectiva, acuerdos a los que se refiere el art. 83.3 del ET o, en su defecto, decisión de las empresas afectadas entre las empresas de un mismo sector productivo o grupo empresarial o que desarrollen sus actividades en un polígono industrial o área geográfica limitada.

La cuestión que, por tanto, debe plantearse, a la luz de la presente regulación reglamentaria de los servicios de prevención mancomunados, es si los mismos pueden concretar y llevar a cabo las medidas de coordinación a las que se refiere el art. 24.1 de la LPRL.

Como es conocido, los servicios de prevención tienen atribuidos legalmente la función de realizar las actividades preventivas necesarias para garantizar la adecuada protección a la seguridad y salud de los trabajadores (art. 31.2 LPRL) y, a tal efecto, deberán proporcionar a las empresas el aseguramiento y apoyo que precisen en cuestiones tales como el diseño, aplicación y coordinación de los planes de actuación preventiva (art. 31.3 a) LPRL), la evaluación de los riesgos (art. 31.3 b) LPRL), la determinación de las medidas preventivas (art. 31.3 c) LPRL) y la información y formación a los trabajadores (art. 31.3 d) LPRL)<sup>811</sup>. Por esta razón, es evidente que el servicio de prevención mancomunado deberá auxiliar a los empresarios concurrentes en el centro de trabajo para la concreción coordinada de dichas medidas y su también coordinada puesta en práctica<sup>812</sup>.

El problema que puede plantearse al asumir el servicio de prevención mancomunado las tareas de coordinación exigidas en el art. 24.1 de la LPRL es de imputabilidad de la responsabilidad derivada del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de dicha obligación, ¿se puede imputar la infracción a lo dispuesto en el art. 24.1 al servicio de prevención mancomunado?. Téngase en

---

<sup>811</sup> Sobre esta función de asistencia de los servicios de prevención, cfr. GONZÁLEZ BIEDMA, E. "Los servicios de prevención de riesgos laborales", en AAVV. "La Seguridad y Salud en el trabajo en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales", Sevilla (Junta de Andalucía. Instituto Andaluz de Administración Pública), 1997, págs. 124, 125 y 126.

<sup>812</sup> Esta solución parece también proponer CALVO GALLEGOS, F. J. "La regulación laboral española ...", op. cit., pág. 79.

cuenta que dicho servicio, tal y como se desprende del art. 21.3 del RSP, puede tener personalidad jurídica diferenciada de la de los empresarios que lo han constituido, por lo que, por hipótesis, podría imputársele dicha responsabilidad.

No obstante, no creo que dicha solución sea sostenible en tanto son los empresarios concurrentes los titulares originarios del deber de coordinación pues no dejan de ser ellos mismos los obligados por el deber de seguridad que establece el art. 14.1 de la LPRL, deber que incumbe, por tanto, a una de las partes del contrato sin que sea posible su transferencia por estar expresamente prohibido por el art. 14.4 de la LPRL, precepto que es perfectamente referible a los servicios de prevención<sup>813</sup>.

En consecuencia con lo anterior, es a los empresarios a los que el art. 24.1 refiere el deber específico de coordinación. Por otra parte, cuando la LPRL y el TRLISOS se han referido al sujeto responsable en materia preventiva siempre lo han hecho en alusión a "los empresarios"<sup>814</sup>.

Es más, nótese que el art. 5.1 del TRLISOS a la hora de enumerar los sujetos responsables menciona junto a los

---

<sup>813</sup> Sobre la prohibición de transferencia de la posición deudora, cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, F. y APARICIO TOVAR, J. "Comentarios a la Ley 31/1995 ...", op. cit., págs. 110 y 111. ALARCÓN CARACUEL, M. R. "Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de sus trabajadores", en AAVV. "La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995", Pamplona (Aranzadi), 1996, pág. 110. GARCÍA MURCIA, J. "Régimen de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo", en AAVV. "Seguridad y Salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales", Madrid (La Ley-Actualidad), 1997, págs. 198 y 199.

<sup>814</sup> En efecto, el art. 42.1 LPRL, inserto en el capítulo VII de la Ley, relativo a "responsabilidades y sanciones", refiere la responsabilidad al "incumplimiento por las empresas de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales" y el art. 5.2 del TRLISOS, inserto en el capítulo II "infracciones laborales" establece que "son infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales las acciones u omisiones de los empresarios, las de las entidades que actúen como servicios de prevención ajenos a los empresas, las auditoras y las formativas en dicha materia y ajenas a las empresas, así como las de los promotores y propietarios de obra y los trabajadores por cuenta propia que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud laboral sujetas a responsabilidad conforme a la presente Ley".

empresarios, "las entidades que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas" por lo que los servicios de prevención propios, como los mencionados, no podrán ser sujetos responsables a estos efectos.

**b) El coordinador de seguridad y salud en las obras de construcción.**

En lo que respecta a la figura del coordinador de seguridad y salud prevista en el RD 1627/1997, aunque se encuentre normativamente prevista tan sólo en el ámbito de la seguridad e higiene en las obras de construcción<sup>815</sup>, se podría plantear si, eventualmente, pudiera cubrir los déficits de concreción de las obligaciones coordinadoras del art. 24.1 de la LPRL.

Hay que advertir que el presente Real Decreto prevé la designación por el promotor de la obra de dos coordinadores de seguridad y salud; por un lado, el coordinador de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto de obra y, por otro, el coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la misma<sup>816</sup>.

---

<sup>815</sup> Sobre la problemática específica de la prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción, cfr. MOLTÓ GARCÍA, I. I. "Relaciones laborales en el sector de la construcción", Barcelona (CISS), 2000, pág. 133 y ss.; PÁRAMO MONTERO, P. "En torno al artículo 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: la problemática de la responsabilidad solidaria. Especial referencia a las obras de la construcción", RL, 1997, vol. II, págs. 507 y ss.

<sup>816</sup> El art. 2 del RD define al promotor como "cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice una obra"; al coordinador durante la elaboración del proyecto de obra como "el técnico competente, designado por el promotor, para coordinar durante la fase del proyecto de obra la aplicación de los principios que se mencionan en el artículo 8" (se trata de los principios generales de prevención aplicables al proyecto de obra); y al coordinador durante la ejecución de la obra como "el técnico competente integrado en la dirección facultativa, designado por el promotor para llevar a cabo las tareas que se mencionan en el art. 9" (tareas entre las que hay que destacar la prevista en el apartado d) de dicho artículo, "organizar la coordinación de actividades empresariales prevista en el art. 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales".

Resulta muy interesante fijar la atención sobre el segundo de los coordinadores pues, si bien la designación por el promotor del primero está prevista para los casos en que en la elaboración del proyecto de obra intervengan varios proyectistas (art. 3.1 RD 1627/97), la designación del coordinador durante la ejecución de la obra se prevé para los casos en que "en la ejecución de la obra intervenga más de una empresa, o una empresa y trabajadores autónomos o diversos trabajadores autónomos" (art. 3.2); es decir, entre otros supuestos<sup>817</sup>, en los de concurrencia de actividad empresarial que prevé el art. 24.1 de la LPRL.

Pues bien, si en los supuestos de concurrencia empresarial en el ámbito de las obras de construcción es preceptiva la designación por el promotor de la obra de un coordinador de seguridad y salud, queda fuera de toda duda que el mismo debe ser el sujeto que organice la coordinación de actividades empresariales que prevé el art. 24.1 ya que el Real Decreto no sólo prevé que debe coordinar las actividades de la obra para garantizar que los contratistas y subcontratistas<sup>818</sup> apliquen de manera coherente y responsable los principios de la acción preventiva que recoge el art. 15 de la LPRL (art. 9.b) RD 1627/97) sino también le encomienda explícitamente la organización de la coordinación prevista en el art. 24.1 de la LPRL (art. 9 d) RD 1627/97), por lo que será a la postre el coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra el que, en cumplimiento de esa obligación de coordinación, determinará las concretas medidas que se habrán de adoptar por

---

<sup>817</sup> Como sería la sucesión no solapada de empresarios en las unidades de ejecución por tramos de una misma obra.

<sup>818</sup> El contratista se define en el art. 2 del RD como "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" y el subcontratista como "la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista, empresario principal, el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución".



los empresarios contratistas y subcontratistas presentes en la obra<sup>819</sup>.

De manera similar al problema de la imputabilidad de la responsabilidad que se planteaba respecto a los servicios de prevención mancomunados, se presenta ese mismo problema en relación al coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra de construcción. ¿Es posible imputar al coordinador de seguridad y salud que regula el RD 1627/97 la responsabilidad derivada del incumplimiento del deber de coordinación previsto en el art. 24.1 de la LPRL?.

A pesar de que el art. 11.3 de la norma reglamentaria se refiere a "las responsabilidades de los coordinadores"<sup>820</sup> junto a las de la dirección facultativa y las del promotor, la misma norma se cuida de matizar que dichas responsabilidades "no eximirán de sus responsabilidades a los contratistas y a los subcontratistas" que desarrollen su actividad en esas obras.

En esta línea incide el art. 10 i) que consagra como uno de los principios generales de la acción preventiva, aplicables durante la ejecución de la obra, "la cooperación entre los contratistas, subcontratistas y trabajadores autónomos" y más explícitamente el art. 11 c) que menciona como una de las obligaciones de los contratistas y subcontratistas la de "cumplir la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, teniendo en cuenta, en su caso, las obligaciones sobre coordinación de actividades empresariales previstas en el art. 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales".

---

<sup>819</sup> En contra de esta interpretación, CAMAS RODA, F. "Las obligaciones del empresario en la normativa de prevención de riesgos laborales", Madrid (La Ley), 2002, págs. 285 y 286.

<sup>820</sup> Una crítica por la identificación en el RD 1627/97 del coordinador de seguridad como responsable, por conducir a confusión, en VALVERDE ASENCIO, A. J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 331.

Por lo tanto, parece que, pese a las funciones coordinadoras atribuidas por el RD 1627/97 al coordinador de seguridad y salud, la responsabilidad del cumplimiento de este deber sigue recayendo en los empresarios contratistas y subcontratistas que llevan a cabo sus actividades en las obras de construcción contratadas y, en todo caso, en los promotores o propietarios de obra tal y como señala el art. 5.2 del TRLISOS<sup>821</sup> que, de entre la catalogación de sujetos responsables, no menciona a los coordinadores de seguridad y salud, figura que habrá que concebir, por tanto, no como sujeto responsable sino como susceptible de asumir vía delegación algunos concretos deberes empresariales en el desarrollo de la actividad preventiva<sup>822</sup>.

#### **B) Las responsabilidades derivadas del incumplimiento empresarial del deber de cooperación.**

Una vez efectuadas las anteriores consideraciones sobre la delimitación jurídica del deber de coordinación del art. 24.1, es preciso ofrecer una apunte sobre la responsabilidad asociada a su incumplimiento.

En principio, la inobservancia u observancia defectuosa del deber de coordinación puede generar la infracción administrativa, de carácter grave, prevista en el apartado 13 del art. 12 del TRLISOS o la de carácter muy grave que prevé el apartado 7 de su art. 13 cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales.

---

<sup>821</sup> La inclusión de estos sujetos se trata de una novedad que no incluía el art. 45.1 de la LPRL y que fue introducida por el texto refundido de la LISOS aprobado por RDLG 5/2000 de 4 de agosto.

<sup>822</sup> Ténganse también presentes los argumentos que se expusieron, en relación a la eventual imputabilidad de los servicios de prevención mancomunados, relacionados con la exclusiva identificación del empresario como deudor de seguridad y la no transmisibilidad de la posición deudora, pues son también invocables en relación con el coordinador de seguridad. Una exposición de los mismos en, VALVERDE ASENCIO, A. J. "Descentralización ...", op. cit., págs. 330 y 331.

Sin embargo, nada obsta a que dicho incumplimiento o cumplimiento irregular pueda, en su caso, provocar la resolución de las relaciones contractuales que pudieran existir entre los empresarios implicados o generar una responsabilidad civil, contractual o extracontractual<sup>823</sup>, de verificarse daños y perjuicios producidos, a consecuencia de dicha conducta culposa, a los trabajadores de las empresas que desarrollasen su actividad en el centro de trabajo<sup>824</sup>, amen de la eventual responsabilidad penal en que los empresarios pudieran incurrir.

En cuanto a la articulación de la responsabilidad administrativa, nada se dice en la LPRL ni en el TRLISOS. Así, por hipótesis, podría imputarse un incumplimiento a cada uno de los empresarios concurrentes o efectuarse una imputación conjunta a todos los empresarios o, en último término, imputar una responsabilidad solidaria a todos ellos.

En un primer acercamiento se puede pensar que esta última posibilidad debe ser descartada ya que, como se ha repetido en varias ocasiones, la solidaridad no puede presumirse (art. 1137 CC) y, menos aún, en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador donde es precisa la presencia del elemento culpabilístico, por lo que la solución pasa por imponer una responsabilidad individualizada a cada empresario<sup>825</sup>.

---

<sup>823</sup> La responsabilidad civil contractual la podrá exigir el trabajador perjudicado tan sólo frente a su empleador por existir, entre ambas partes, un vínculo contractual y la responsabilidad extracontractual frente al resto de empresarios, presentes en el centro de trabajo, con los que no se halla laboralmente vinculado. Cfr., por todos, GARCÍA MURCIA, J. "Responsabilidades y Sanciones en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo", Pamplona (Aranzadi), 2ª edic., 2000, pág. 65.

<sup>824</sup> En este sentido, aunque refiriéndose solamente a la responsabilidad extracontractual, CALVO GALLEGOS, F.J. "La regulación laboral española ...", op. cit., pág. 79.

<sup>825</sup> PÁRAMO MONTERO, P. "Estudio sobre la responsabilidad empresarial en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", RL, 1996, vol. II, págs. 231 y 232, rechaza precisamente la solidaridad por la necesidad de ser establecida por "las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores" y, en consecuencia, apuesta por una responsabilidad individual de los empresarios afectados por el deber de (continúa...)

Sin embargo, en mi opinión, dado que se trata de un deber impuesto ex art. 24.1 de la LPRL al conjunto de empresarios que desarrollan su actividad en el centro de trabajo, parece razonable pensar que no se trata de una responsabilidad individualizada de cada empresario sino una responsabilidad conjunta y solidaria pues, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 130.3 de la LRJAP, "cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan"<sup>826</sup>.

La solución de la responsabilidad administrativa solidaria, aún siendo la más coherente con la naturaleza plural de la obligación y con la dicción del precepto anteriormente citado, no obstante, no resulta satisfactoria del todo porque implica que una pluralidad de conductas empresariales antijurídicas sean sancionadas una sólo vez, lo que otorga a la solidaridad un carácter más recaudatorio que sancionador y, por tanto, un carácter impropio del Derecho Administrativo Sancionador<sup>827</sup>.

---

<sup>825</sup> (...continuación)

coordinación. En esta línea, para el mismo autor, en "En torno al artículo 42.2 de la Ley de Prevención ...", op. cit., págs. 515 y 516, la responsabilidad administrativa solidaria de la empresa principal solo procederá cuando esta incumpla su deber de vigilancia del art. 24.3 LPRL, por estar así previsto en el art. 42.3 TRLISOS (el autor cita, sin embargo, el entonces vigente art. 42.2 de la LPRL, cuyo contenido es coincidente con el citado del TRLISOS).

La responsabilidad individualizada de cada empresario sujeto al deber de coordinación también ha sido mantenida, obiter dicta, por la sentencia TSJ Cantabria, sala de lo contencioso-administrativo, de 19 de octubre de 2001, Ref. Westlaw Jur 2002/39545, que se fundamenta en el tenor literal de los arts. 12.13 y 13.7 del TRLISOS.

<sup>826</sup> A esta solución llega GARCÍA MURCIA, J. "Responsabilidades y Sanciones en Materia ...", op. cit., págs. 188 y 189, para el que aunque, en principio, cada una de la empresas responderá de los incumplimientos que le sean imputables ya que la ausencia de reglas de la extensión de la responsabilidad exige dejar a salvo el principio de culpabilidad y el de personalidad de la pena, sin embargo, reconoce que este tipo de obligaciones afecta simultáneamente a todos los empresarios concurrentes, por lo que todos deben asumir la responsabilidad que será solidaria ex art. 130.3 LRJAP.

<sup>827</sup> GOERLICH PESET, J.M\*. "Coordinación de actividades empresariales ...", op. cit., pág. 138, nota a pie n° 31.

En lo que atañe a la responsabilidad civil derivada de los daños y perjuicios ocasionados a los trabajadores a consecuencia del incumplimiento por los empresarios concurrentes de su deber de coordinación, hay que reparar en que la imputabilidad de los mismos a una pluralidad de sujetos determina una concurrencia de responsabilidades en la que, en principio, habrá que analizar, por un lado, el grado de participación de cada uno de los imputados para determinar su responsabilidad y, por otro, la relación que les vincula para concretar el tipo de responsabilidad correspondiente<sup>828</sup>.

No se puede desconocer aquí que podría darse el supuesto en el que se verifique un incumplimiento con resultado lesivo que ha sido cometido por tan sólo uno de los empresarios afectos por el deber de coordinación. En este caso, es evidente que la responsabilidad patrimonial sería personal y exclusiva de este empresario sin que pueda extenderse al resto<sup>829</sup>. No obstante, repárese en que no se trataría en puridad de un supuesto de incumplimiento del deber de coordinación pues, como ya se ha dicho, dicho deber se define por su vinculación a la totalidad de empresarios que desarrollan su actividad en el centro de trabajo.

Así, lo más normal, a mi juicio, es que la producción de daños lesivos a la seguridad y salud de los trabajadores, a consecuencia de la inobservancia u observancia defectuosa de la obligación de coordinación de las empresas concurrentes,

---

<sup>828</sup> GARCÍA MURCIA, J. "La responsabilidad civil en materia de seguridad y salud en el trabajo", TL, n° 50, 1999, pág. 226.

<sup>829</sup> Es el supuesto previsto, aunque con solución discutible, en la sentencia TSJ Aragón de 18 de abril de 2002, as. 1759, que condena exclusivamente a la empresa contratista y exonera de responsabilidad a la empresa titular del centro de trabajo por no haberse acreditado un incumplimiento de su deber de cooperación en la aplicación de la normativa de riesgos laborales, ni un incumplimiento de su deber de establecer las medidas de coordinación precisas por cuanto esta no había sido informada por la contratista de la realización de los trabajos de pintura en los que tuvo lugar el accidente en cuestión.

determine la responsabilidad patrimonial conjunta de todas ellas ya que se trata de un deber que afecta todo el colectivo. El problema se plantea, no obstante, en la determinación del tipo de responsabilidad conjunta que debe imputársele, solidaria o mancomunada.

En una primera aproximación, la hipótesis de la responsabilidad solidaria podría ser descartada a raíz de un argumento que proporciona la propia ordenación jurídica de las responsabilidades concurrentes en materia preventiva. Y es que el art. 42.3 del TRLISOS establece dicha responsabilidad solidaria no para cualquier supuesto de concurrencia empresarial sino únicamente para los de contratas y subcontratas de la propia actividad del empresario principal, por lo que, a sensu contrario, se podría colegir que, fuera de estos supuestos, el legislador no da cabida al juego de la responsabilidad solidaria por incumplimientos de normas de seguridad e higiene.

No obstante, téngase en cuenta que la citada responsabilidad solidaria se encuentra inserta en una norma sancionadora, por lo que, tanto su lectura literal como su interpretación sensu contrario pueden entenderse exclusivamente referibles al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador<sup>830</sup>.

El único argumento que, con carácter residual, se podría sostener para negar la solidaridad es la prohibición ex art. 1137 del CC de que pueda presumirse.

---

<sup>830</sup> No se podía decir lo mismo con anterioridad a la entrada en vigor del TRLISOS ya que el mismo mandato que ahora recoge la norma sancionadora aparecía, con idéntico contenido, en el art. 42.2 de la LPRL, ubicación que permitió a la doctrina sostener que dicho precepto contemplaba tanto la responsabilidad administrativa como la patrimonial. Cfr. GARCÍA MURCIA, J. "Régimen de responsabilidades ...", op. cit., pág. 228 y "Responsabilidades y Sanciones en Materia de Seguridad y salud en el Trabajo", op. cit., pág. 196.

En claro contraste con ello, la aplicación de la responsabilidad solidaria en el Derecho de daños ha encontrado singulares apoyos en la doctrina civil<sup>831</sup> cuando se ha tratado de supuestos de concurrencia de varios sujetos en la producción de unos determinados daños. De acuerdo con esta doctrina civilista, la solidaridad constituye la solución más idónea para la protección al perjudicado y para la sanción a los autores del ilícito siempre, claro está, que no concurren elementos que permitan hacer diferencias en cuanto al grado de participación de cada uno<sup>832</sup>. Asimismo para esta doctrina la presunción de no solidaridad no resulta aquí invocable porque viene referida solamente a las obligaciones que tienen su origen en un contrato<sup>833</sup> y no, por tanto, a las derivadas de una conducta ilícita de la que resulta un daño; además la solidaridad hace más viable el resarcimiento que es la idea que preside todo el fenómeno de la responsabilidad civil<sup>834</sup>.

Es también abundantísima la jurisprudencia civil que se ha inclinado por la solidaridad en los casos de concurrencia de empresarios responsables<sup>835</sup>. Es muy ilustrativa, entre otras, la

---

<sup>831</sup> A los que ha acudido la doctrina laboralista para defender la solidaridad de los empresarios responsables por los daños causados a los trabajadores por el incumplimiento del deber de coordinación. Cfr. GOERLICH PESET, J.Mª. "Coordinación de actividades ...", op. cit., pág. 140.

<sup>832</sup> DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. "Sistema de Derecho Civil", vol. II, Madrid (Tecnos), 1990, pág. 616.

<sup>833</sup> Circunstancia que se explica en el hecho de que la solidaridad supone un incremento del contenido obligacional y, en el ámbito de las obligaciones acordadas, no puede existir ese plus obligacional sin que exista pacto. MARTÍNEZ MENDOZA, J.M.F. "Las distintas responsabilidades dimanantes del accidente de trabajo y enfermedades profesionales por infracción de las normas de prevención de riesgos laborales", RL, 1999, vol. II, pág. 674.

<sup>834</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. "Tratado de responsabilidad civil"; Madrid (Civitas), 1993, pág. 847.

<sup>835</sup> Aunque, como se verá más adelante, hoy por hoy se puede sostener la competencia de la jurisdicción social para conocer de las reclamaciones de daños y perjuicios fundamentadas en incumplimientos empresariales de las normas de prevención de riesgos laborales, una parte importante del cuerpo jurisprudencial constituido sobre este tema procede del orden civil que tradicionalmente ha venido declarándose competente para  
(continúa...)

sentencia de 22 de julio de 1994, ar. 5525, referida a una subcontrata en el sector de la construcción, en la que se concluye la responsabilidad solidaria del empresario contratista junto al subcontratista, a resultas de un accidente sufrido por un trabajador de esta último empresario, con fundamento en la no observancia de las medidas de coordinación precisas<sup>836</sup>.

A esta sentencia, acompañan otras muchas en las que se sostiene que procede la responsabilidad solidaria cuando el daño es producido por la actuación culposa de varios sujetos, sin que pueda individualizarse la relevancia de cada acción concurrente en el resultado dañoso producido, en tanto es el instrumento más idóneo de protección al perjudicado<sup>837</sup>. Por su parte, la doctrina en suplicación de las salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia, ha tomado como referente esta jurisprudencia civil para fundamentar la responsabilidad solidaria, de los empresarios presentes en el centro de trabajo, en el abono de la indemnización de los daños y perjuicios

---

<sup>835</sup> (...continuación)

conocer del mismo. Cfr., por ejemplo, TS, civil, 6 de febrero de 1996, ar. 1343 que, siguiendo la doctrina contenida en la de 7 de abril de 1995, ar. 2985, declara competente la jurisdicción civil para conocer de la reclamación de daños efectuada por los herederos de un trabajador minero fallecido a consecuencia de una explosión de gas metano.

<sup>836</sup> Se trataba de un accidente producido por la caída del trabajador por un hueco situado en un punto interior elevado dentro de la obra en construcción en la que se encontraba trabajando. El TS argumenta para llegar a la condena solidaria que "en una coordinación exigible en una obra de esta naturaleza, cuando tenía que trabajar a mayor altura el trabajador escayolista, debieron cubrirse los huecos del patio de las plantas inferiores de donde trabajaba dicho escayolista, de suerte que la altura no fuera muy desproporcionada, así como advertir de todas las circunstancias de las operaciones generales y particulares en el desarrollo de los mismos para la debida protección, en cuya omisión se encuentra la concausa eficiente a que alude la sala a quo".

<sup>837</sup> TS, civil, 6 noviembre de 1980, ar. 4203; 17 noviembre de 1980, ar. 4206; 4 noviembre de 1991, ar. 8141; 30 diciembre de 1981, ar. 5357; 13 septiembre 1985, ar. 4259; 17 febrero 1986, ar. 685; 9 junio de 1992, ar. 5179; 19 julio de 1996, ar. 5802; 4 julio de 1996, ar. 5558; 11 marzo de 1996, ar. 2410; 15 diciembre de 1999, ar. 8908.



causados a consecuencia de la inobservancia empresarial de las oportunas medidas de seguridad e higiene<sup>838</sup>.

Justificada pues la responsabilidad solidaria de los empresarios afectos por el deber de coordinación en la reparación de los daños y perjuicios que a los trabajadores haya ocasionado su incumplimiento o cumplimiento defectuoso, resulta oportuno efectuar ahora alguna consideración sobre el carácter contractual o extracontractual de esta responsabilidad, su carácter objetivo o subjetivo, así como sobre la jurisdicción competente para su conocimiento porque se trata de cuestiones cuya solución va a incidir no sólo en la responsabilidad solidaria asociada al incumplimiento del deber de coordinación, sino también a la que pueda derivarse de los incumplimientos de cualesquiera otros deberes preventivos establecidos en el art. 24 LPRL.

En cuanto a la primera cuestión, a pesar de que la jurisprudencia civil ha encasillado este tipo de reclamaciones de los trabajadores contra sus empleadores y otros concurrentes en el centro de trabajo, como manifestaciones de culpa extracontractual<sup>839</sup>, es comúnmente admitido en la doctrina civilista y en la laboralista que la culpa contractual no emana tan sólo de las obligaciones estipuladas en el contrato, sino

---

<sup>838</sup> La sentencia del TSJ Andalucía 7 abril de 2000, as. 1051, en su fundamento jurídico 5º, ha recurrido, en efecto, a esta doctrina jurisprudencial civil para sostener que procede la solidaridad cuando "haya pluralidad de agentes en la comisión de los hechos y concurrencia causal única, y siempre que no sea posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades". En esta línea, otras sentencias, se limitan, sin más, a confirmar la condena solidaria de los empresarios concurrentes, sin argumento adicional alguno que justifique ese tipo de responsabilidad. Cfr. TSJ País Vasco 9 de octubre de 2001, as. 4548 (condena solidariamente, además de a la empresas participantes en la contrata, a otro empresario presente en el centro de trabajo y desvinculado de la contrata pero sujeto al deber de coordinación), TSJ Madrid 19 abril de 2001, as. 2742 y TSJ Castilla León 30 septiembre de 1997, as. 3269. Curiosamente esta última fundamenta la solidaridad en la responsabilidad civil en el, entonces vigente, art. 40 LISOS cuando dicho precepto se encontraba integrado en una norma de Derecho Administrativo Sancionador y, además, no refería una solidaridad en la responsabilidad de los empresarios.

<sup>839</sup> Por todas, vid. Sentencias TS 29 de marzo de 1999, ar. 2013 y 21 de diciembre de 1999, ar. 9204.

también de las establecidas en las fuentes ordenadoras de la relación laboral. Pues bien, no cabe duda de que, entre esas obligaciones, se encuentra la empresarial de dar una protección eficaz en materia de seguridad e higiene, obligación prevista en el art. 19.1 ET y 14 LPRL, en consonancia con el correlativo derecho de los trabajadores a una adecuada política de seguridad e higiene (art. 4.2 d) ET)<sup>840</sup>.

Sin embargo, cuando se trata de la reclamación dirigida contra un empresario con el que el trabajador no mantiene vínculo contractual alguno y sobre el que pesan también deberes de seguridad e higiene por razón de desempeñar su actividad en un centro de trabajo en el que se encuentran trabajadores de otros empresarios, se estará ante un supuesto de responsabilidad extracontractual o aquiliana. En este caso, no se podrá hablar de responsabilidad contractual porque ésta aunque alcance también, como ya se dijo, a las obligaciones derivadas de la Ley, tan sólo puede exigirse en el contexto de una relación contractual<sup>841</sup>. En cualquier caso, se ha de tener presente que ambas modalidades de responsabilidad tienen una misma vertiente en tanto "responden a un principio común de derecho y a la misma finalidad reparadora de los daños y perjuicios causados a quien resulte perjudicado y esté legitimado para su reclamación"<sup>842</sup>.

En segundo lugar, se puede afirmar que el carácter de esta responsabilidad es eminentemente objetivo. Dicho carácter se

---

<sup>840</sup> MOLINER TAMBORERO, G. "La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento ...", op. cit., pág. 401.

<sup>841</sup> GARCÍA MURCIA, J. "La responsabilidad civil en materia de seguridad y salud en el trabajo", op. cit., pág. 229. En contra, LUQUE PARRA, M. "La responsabilidad civil del empresario ...", op. cit., págs. 169, 170 y 171. También en sentido contrario parece manifestarse la sentencia del TSJ Castilla León 30 de septiembre 1997, as. 3269 que fundamenta la condena solidaria de un empresario principal y un contratista en la responsabilidad contractual de los arts. 1101 y ss. del CC, argumentando que los intereses protegidos por la responsabilidad contractual también derivan de las obligaciones preventivas previstas en la Ley.

<sup>842</sup> Sentencia TS, civil, 12 mayo de 1997, ar. 3835.

desprende de los propios términos en que se encuentra redactado el art. 14 LPRL que exige al empleador no tanto la adopción de las medidas de seguridad que le resulten racional y tecnológicamente posibles cuanto, asépticamente, una "protección eficaz"<sup>843</sup>. Este extremo ha sido unánimamente predicado por la doctrina<sup>844</sup> y por la jurisprudencia del TS, en aplicación de la llamada "teoría del riesgo", teoría que ha permitido en el Derecho de daños matizar el clásico elemento culpabilístico y objetivizar al máximo la imputación de la responsabilidad empresarial<sup>845</sup>.

La acusada tendencia a la objetivización de la responsabilidad ha implicado, por un lado, una inversión de la carga de la prueba fundamentada en auténticas presunciones de culpabilidad; esto es, acreditado el resultado lesivo para el trabajador<sup>846</sup>, se invierte la carga de la prueba al presumirse "iuris tantum" la culpa del empresario a quien incumbirá acreditar que actuó con la diligencia debida, hasta el punto de que el cumplimiento por este de determinadas normas preventivas

---

<sup>843</sup> MOLINER TAMBORERO, G. "La responsabilidad civil ...", op. cit., pág. 402.

<sup>844</sup> Por todos, LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J. F. "Curso de prevención de riesgos laborales", Valencia (Tirant lo Blanch), 4ª edic., 2002, pág. 224. GARCÍA MURCIA, J. "La responsabilidad civil en materia ...", op. cit., pág. 231.

<sup>845</sup> Acude a la "teoría del riesgo" para fundamentar la responsabilidad empresarial en la reparación de los daños sufridos por el trabajador, entre otras, la sentencia del TS, civil, 20 enero de 1992, ar. 192. Razona esta sentencia que "sin olvidar el matiz culpabilístico que envuelve el art. 1902 del Código Civil, es sabido que ha sido muy difuminado, y sin llegar a la objetivización plena, es indudable que el avance tecnológico y progresista, no sólo en la creación de riqueza y servicios, sino en la mayor inocuidad de su utilización y aprovechamiento, impone una medida correctora de ese matiz culpabilístico que otrora fue factor determinante de la aplicación del precepto legal y así es patente que quien crea un riesgo debe responder de sus consecuencias tanto más cuando ese riesgo es propio de una actividad empresarial generadora de un beneficio económico para quien crea el riesgo o peligro para terceros y por ello vienen obligadas las empresas a usar de esos avances tecnológicos no sólo en lo relativo al empleo de las máquinas y útiles, que promueven la adquisición de riqueza y bienestar social, sino en hacerlo con las máximas medidas de seguridad y protección que garanticen la falta de peligrosidad".

<sup>846</sup> La carga probatoria del trabajador, como ha apreciado la doctrina, se limitará a la demostración del daño, de su origen, y de un nexo de causalidad entre los mismos. Cfr. MOLINER TAMBORERO, G. "La responsabilidad civil empresarial ...", op. cit., pág. 403.

no resultará suficiente si fueran irrelevantes para prevenir o evitar el daño<sup>847</sup>; por otro lado, ha supuesto que los factores de exoneración de la responsabilidad empresarial queden relegados a la prueba por el empresario no sólo del cumplimiento de las normas de prevención sino también de su actuación bajo parámetros de máxima diligencia o, en su caso, a la demostración de que el resultado lesivo fue debido a fuerza mayor o a culpa exclusiva de la víctima<sup>848</sup>.

En último lugar, es preciso efectuar alguna consideración sobre la cuestión de la jurisdicción competente para conocer de este tipo de reclamaciones pues, como ya se ha dicho, lo cierto es que tanto la jurisdicción social como la civil han venido atribuyéndose esa competencia<sup>849</sup>.

La jurisdicción civil ha fundamentado tradicionalmente su competencia para conocer de estos asuntos en tratarse del ejercicio de acciones civiles ejercitadas al amparo de las normas generales del Derecho Común sobre responsabilidad contractual y extracontractual<sup>850</sup> y, además, en el art. 9.2 de la LOPJ que, como se sabe, atribuye al orden civil el ejercicio de las competencias

---

<sup>847</sup> TS, civil, 20 junio de 1985, ar. 5516; 16 octubre de 1987, ar. 7105; 6 de marzo 1992, ar. 2397; 9 de junio de 1992, ar. 5171; 19 julio de 1996, ar. 5803. Es elocuente, también, en este sentido, la sentencia del TS, social, 26 marzo de 1999, ar. 3521, para la que como no es posible al legislador la concreción de la variadísima gama de mecanismos de seguridad, dada la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas máquinas, basta "con que se violen las normas genéricas o deuda de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador".

<sup>848</sup> En este sentido, entre otras, TS, civil, 3 julio de 1998, ar. 5411; 11 diciembre de 1998, ar. 8789 y 31 octubre de 1998, ar. 8164.

<sup>849</sup> Un análisis global sobre esta cuestión en MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad derivada de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales", AL, n° 38, 1997; RON LATAS, R.P. "Delimitación del orden jurisdiccional competente en reclamaciones por daños y perjuicios derivadas del incumplimiento empresarial de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales". Comunicación a la 1ª Ponencia del VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, 1996.

<sup>850</sup> TS, civil, 8 octubre de 1984, ar. 4762; 27 febrero de 1992, ar. 1246 y 5 diciembre 1995, ar. 9259.

que no estén expresamente atribuidas a ningún otro orden jurisdiccional<sup>851</sup>.

Sin embargo, desde mi punto de vista, concurren razones formales suficientes para concluir que es la especialidad que reviste a este tipo de reclamaciones la que justifica que el legislador no quiso atribuir la competencia para su conocimiento a la jurisdicción común sino a la social.

En primer lugar, porque el art. 2.1 a) de la LPL atribuye a la jurisdicción social el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan "entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo" y, en segundo lugar, porque el art. 9.5 de la LOPJ atribuye asimismo a esta jurisdicción el conocimiento de las "pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho", rama a la que, sin duda, pertenecen las normas de seguridad e higiene en el trabajo<sup>852</sup>.

La sala de conflictos de competencia del TS se ha decantado, en este sentido, por la competencia de la jurisdicción social<sup>853</sup> y, asimismo, es abundante la jurisprudencia de la sala de lo social en la misma línea argumentativa<sup>854</sup>.

La competencia aquí defendida del orden social es evidente en reclamaciones de responsabilidad por daños del trabajador

---

<sup>851</sup> TS, civil, 9 mayo de 1995, ar. 3629 y 18 julio 1995, ar. 5713.

<sup>852</sup> En el mismo sentido, GARCÍA MURCIA, J. "La responsabilidad civil ...", op. cit., págs. 241 y 242.

<sup>853</sup> Autos TS 23 diciembre de 1993, ar. 10131 y 4 abril de 1994, ar. 3196.

<sup>854</sup> Entre otras, TS, social, 27 junio de 1994, ar. 5489; 3 mayo de 1995, ar. 3740; 30 septiembre de 1997, ar. 6853 y 23 junio de 1998, ar. 5787. Téngase en cuenta, además, como expresa esta última sentencia, que resulta irrelevante que la responsabilidad controvertida pueda calificarse como extracontractual o como contractual, pues lo decisivo es que el daño se impute a un incumplimiento laboral y no civil.

frente a su empresario pero, ¿puede afirmarse que también lo sea cuando, además, se dirige contra otra empresa distinta que se encuentra sujeta a deberes compartidos de seguridad e higiene en el trabajo por desempeñar su actividad en el mismo entorno físico que la primera?.

La antes apuntada irrelevancia de que la reclamación por daños que efectúe el trabajador se lleve a cabo vía contractual o extracontractual y el hecho de que la jurisprudencia citada haga residir la competencia del orden social en que el ilícito empresarial se identifique por un incumplimiento de la normativa laboral, permite afirmar que dicha jurisdicción conocerá también de la reclamación de responsabilidad solidaria ejercitada por el trabajador frente a su empresario y al resto concurrentes en el centro de trabajo<sup>855</sup>.

En todo caso, dado que la responsabilidad extracontractual del art. 1902 del CC tiene un carácter "subsidiario y complementario" de la contractual<sup>856</sup>, la competencia se puede

---

<sup>855</sup> A dicha conclusión permite llegar la citada sentencia del TS, social, 23 junio de 1998, ar. 5787, referida a un supuesto de contratas y subcontratas. Razona esta sentencia que, en relación a la responsabilidad civil del empresario, el término "civil" se utiliza en el art. 127.3 de la LGSS "en un sentido amplio que comprende tanto la responsabilidad estrictamente civil como la que surge de un incumplimiento laboral. En este sentido, el empresario puede ser responsable civilmente cuando el daño causado se vincula con una conducta de aquél ajena al contenido obligacional del contrato de trabajo ... pero cuando se está ante un daño cuya protección se imputa a un ilícito laboral, entendido como la infracción de una norma, legal, estatal, o colectiva o de una regla de la autonomía privada o de la costumbre ... la responsabilidad ya no es civil sino laboral y el supuesto queda comprendido en el apartado a) del art. 2 de la Ley de Procedimiento Laboral". Esta misma doctrina sigue la sentencia TSJ Castilla la Mancha, 5 marzo de 1998, as. 1278, que, también en un supuesto de contratas y subcontratas, recurre a la noción de ilícito o incumplimiento laboral para justificar su competencia para conocer de la responsabilidad solidaria de los empresarios en el abono de los daños y perjuicios, haciendo abstracción de que la acción contra la empresa principal sea de naturaleza extracontractual. Esta sentencia, además, acude a la del TS 18 abril de 1992, ar. 4849, para poner de relieve que la competencia del orden social se justifica, en estos casos, porque, aunque los trabajadores de la empresa contratista no se encuentran vinculados contractualmente a la empresa principal, es indudable que, en muchas ocasiones, desarrollan su trabajo bajo el control y la inspección de la misma "o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias e instalaciones de ésta".

<sup>856</sup> Auto Sala Conflictos Competencia del TS, 17 de junio de 1994, ar. 6725.

hacer residir en el orden social en tanto éste es el competente para conocer de la acción principal<sup>857</sup>.

El sistema de obligaciones preventivas diseñado en la vigente LPRL permite, asimismo, sostener dicha conclusión ya que, en la medida en que su art. 24 impone obligaciones de seguridad e higiene a empresarios que no son titulares formales de la relación de trabajo, los incumplimientos de dichas obligaciones bien pueden calificarse como incumplimientos laborales o "ilícitos laborales" (en la terminología de la anterior doctrina jurisprudencial), calificación que, a la postre, determina la competencia del orden social ex art. 2.1 a) de la LPL para el conocimiento de las acciones de resarcimiento por los daños producidos a los trabajadores a consecuencia del incumplimiento de esas mismas obligaciones legales<sup>858</sup>. Se va abriendo paso así, como reconoce la doctrina, "la denominada responsabilidad empresarial derivada de un ilícito laboral o, lo que es lo mismo, la responsabilidad laboral que no es más que el ejercicio de acciones civiles ante la jurisdicción social"<sup>859</sup>.

### 3.3.2. El deber de información del empresario titular del centro de trabajo ex artículo 24.2 de la LPRL.

El apartado segundo del art. 24 de la LPRL prevé asimismo un supuesto de concurrencia empresarial en un mismo centro de

---

<sup>857</sup> MOLINER TAMBORERO, G. "La responsabilidad civil empresarial ...", op. cit., pág. 411.

<sup>858</sup> GONZÁLEZ LABRADA, M. "Responsabilidad por daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones de seguridad e higiene en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios", AS, 1998, vol. II, pág. 2575. ALFONSO MELLADO, C. L. "Responsabilidad empresarial en materia de Seguridad y Salud Laboral", op. cit., pág. 180. LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J. F. "Curso de Prevención de Riesgos Laborales", op. cit., pág. 222.

<sup>859</sup> MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "La responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Régimen legal. Criterios jurisprudenciales", op. cit., pág. 22.

trabajo por lo que también se sujeta a la obligación del art. 24.1<sup>860</sup> pero con el matiz de establecer una específica obligación preventiva para el empresario titular del centro de trabajo donde el resto desarrollen sus actividades.

Dicho empresario deberá adoptar las medidas necesarias para que el resto "reciban la información y las instrucciones adecuadas en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes así como sobre las medidas de emergencia a aplicar para su traslado a sus respectivos trabajadores".

A la vista de este deber, es preciso efectuar algunas consideraciones en torno a los sujetos entre los que tiene lugar la información objeto del mismo y las consecuencias anudadas a su inobservancia.

En cuanto al sujeto activo, se puede plantear si por "titular del centro de trabajo" se ha de entender el propietario formal del mismo o tan solo el sujeto encargado de su organización, gestión y explotación en virtud de cualquier título que le habilite para ello.

Desde mi punto de vista, la finalidad protectora que identifica al precepto sugiere decantarse por la segunda de las opciones posibles. Dado que el derecho de información del que se trata en este precepto forma parte del derecho de los trabajadores a una protección eficaz, reconocido en el art. 14 de la LPRL, la norma está pensando en la transmisión de la información sobre los riesgos del centro de trabajo por parte de aquel sujeto que deba tener conocimiento de los mismos. Como todo

---

<sup>860</sup> GOERLICH PESET, J.M\*. "Coordinación...", op. cit., pág. 134. VALVERDE ASENCIO, A.J. "Descentralización...", op. cit., pág. 335.



empresario está obligado por los arts. 14.2 y 16 a evaluar los riesgos de su actividad empresarial y ello con independencia de si es propietario formal o no del centro o lugar de trabajo donde la desarrolla, resulta obligado colegir que es este empresario el que debe disponer de la información precisa sobre el centro y, por consiguiente, el obligado a transmitirla<sup>861</sup>. En este sentido, la sala 3ª del TS ha declarado que no se puede considerar titular del centro de trabajo al propietario y a la comunidad de propietarios de un inmueble donde se encuentra sito el centro de trabajo<sup>862</sup>.

Siguiendo en torno al titular del centro de trabajo, se podría plantear qué ocurre si este, aún siendo propietario del mismo, no realiza actividad empresarial alguna. Esto es, se plantea si es posible la aplicación del art. 24.2 en aquellos supuestos de mera concurrencia empresarial donde ninguno de los empresarios presentes en el centro de trabajo es titular del mismo.

No parece que aquí sea necesario que el propietario del centro de trabajo cumpla con el deber de información que prevé el art. 24.2 pues siendo un supuesto que encaja de lleno en el art. 24.1 la información llegará igualmente a los trabajadores a través de la coordinación que dicha norma establece. No tendría sentido que el propietario del centro de trabajo tuviera que transmitir la información precisa sobre los riesgos existentes en el mismo cuando este no tiene el deber de evaluarlos, obligación que compete ex art. 14.2 de la LPRL al empresario por

---

<sup>861</sup> Esta interpretación flexible del "titular del centro de trabajo" ha sido propuesta también por la doctrina. GARCÍA NINET, J.I. "Obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad y salud ...", op. cit., pág. 283. CALVO GALLEGOS, F.J. "La obligación general de prevención ...", op. cit., pág. 112. PÁRAMO MONTERO, P. "En torno al artículo 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales ...", op. cit., pág. 508.

<sup>862</sup> TS 14 enero de 1998, ar. 595.

lo que difícilmente podrá transmitir el propietario una información de la que no dispone<sup>863</sup>.

El precepto no contempla que, a su vez, los empresarios concurrentes deban informar sobre los riesgos que su actividad empresarial pueda ocasionar sobre los trabajadores del empresario titular del centro. Sin embargo, en mi opinión, la coordinación prevista en el art. 24.1 vendría a subsanar esa deficiencia.

En cuanto al sujeto pasivo del deber de información, se trata de un deber interempresarial por lo que la información ha de suministrarse exclusivamente al resto de empresarios que desarrollan su actividad en el centro de trabajo<sup>864</sup>. Esta obligación interempresarial lleva implícita un doble deber de información: por un lado, del empresario titular del centro de trabajo al empresario que desarrolle su actividad en este y, por otro, de este último a sus trabajadores.

Alguna posición doctrinal, sin embargo, ha pretendido agrupar los deberes de información que incumben a los distintos

---

<sup>863</sup> En esto parece estar pensando GOERLICH PESET, J.M., "Coordinación ...", op. cit., pág. 134, cuando afirma que el titular del centro de trabajo sólo podrá informar al resto de empresarios de los riesgos existentes, tal y como exige el art. 24.2 LPRL, si ha llevado a cabo la previa evaluación de riesgos. En contra, sosteniendo que el propietario del centro de trabajo está obligado a suministrar la información sobre los riesgos, ex art. 24.2, aún no realizando actividad alguna en el mismo, CALVO GALLEGO, F.J. "La Obligación General de Prevención ...", op. cit., pág. 112. Este autor encuentra apoyo en la sentencia del TS 12 de noviembre de 1996 que declara responsable al promotor de una obra de construcción pese a no desarrollar actividad laboral alguna en ella. Son de signo contrario, las sentencias TSJ Cantabria, sala de lo contencioso-administrativo, 30 septiembre 1997, ar. 2586 y 1 junio de 2000, ar. 1976, que exoneran de responsabilidad al promotor con fundamento, precisamente, en el hecho de no ejercer actividad alguna en la obra ni tener trabajadores empleados en ella. En cualquier caso, la cuestión resulta, ciertamente, dudosa, por lo menos en el ámbito de la construcción, en tanto los arts. 2.8 y 5.2 TRLISOS, como novedad, han introducido, entre el catálogo de sujetos responsables de las infracciones administrativas, en materia de prevención de riesgos laborales, a los promotores y propietarios de obra; por su parte, el art. 12.14 del mismo texto legal imputa la infracción de este deber al "promotor o empresario titular del centro de trabajo", por lo que hay que admitir que, en el ámbito de la construcción, el promotor podrá ser sujeto responsable pese a no ejercer actividad alguna en la obra.

<sup>864</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. "Prevención de riesgos laborales y sistema de responsabilidades empresarial, sindical y de los trabajadores", en AAVV. "Cien años de Seguridad Social", Madrid (Fraternidad-Muprespa y UNED), 2000, pág. 630.

empresarios en uno solo. Según esta postura, a fin de cuentas es el empresario titular del centro de trabajo el único obligado a hacer llegar la información necesaria a los representantes de los trabajadores y a todo trabajador que desarrolle su actividad en ese centro de trabajo y ello pese a que ni el art. 24.2 de la LPRL ni el art. 10.2 de la Directiva Marco, de la que emana este precepto, hagan referencia explícita a ello<sup>865</sup>.

La anterior posición no puede ser aquí compartida. La solución propuesta choca directamente con el tenor literal del art. 24.2 de la LPRL que es claro en este sentido ya que impone al empresario titular la transmisión de la información al resto de empresas para que, a su vez, estas den traslado de ella a sus respectivos trabajadores por lo que el sentido direccional de la información es exclusivamente interempresarial sin que se tenga que transmitir a los representantes legales de los trabajadores ni a los propios trabajadores que desempeñan su actividad en el centro de trabajo<sup>866</sup>. Además, dicha interpretación podría restringir peligrosamente el número de empresarios a los que incumbe este deber y, en consecuencia, los posibles sujetos responsables de su incumplimiento.

El objeto de la obligación empresarial prevista en el art. 24.2 no es literalmente transmitir la información al resto de empresarios sino adoptar "las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información". Sin embargo, en mi opinión, no merece mayor importancia la perífrasis legal pues está claro que la finalidad del precepto es la pura transmisión de la información. De hecho los arts. 12.14 y 13.8 del TRLISOS

---

<sup>865</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. "Comentarios a la Ley 31/1995 ...", op. cit., pág. 163.

<sup>866</sup> Por todos, SEMPERE NAVARRO, A.V. y otros "Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo", op. cit., pág. 188.

cuando tipifican como infracción grave y muy grave, respectivamente, el incumplimiento de este deber, se refieren simplemente a la conducta omisiva consistente en "no informar"<sup>867</sup>. Como mucho, entonces, la expresión legal puede dar a entender que el empresario titular dispone de libertad de medios para hacer llegar la información de la manera que considere más oportuna.

El objeto de la obligación comprende la información sobre los riesgos existentes en el centro de trabajo, las medidas de protección y prevención correspondientes y las medidas de emergencia a aplicar, en clara sintonía con el art. 18.1 de la LPRL, regulador del deber básico de información de todo empresario<sup>868</sup>.

También puede deducirse del tenor literal de la norma que la obligación se extiende al proporcionamiento de la formación específica sobre los riesgos existentes en el centro y las medidas necesarias para combatirlos pues el precepto no sólo establece que los empresarios presentes en el centro de trabajo proporcionen la información precisa en relación con los mismos, sino también "las instrucciones adecuadas". Respalda esta interpretación el art. 12.2 de la Directiva Marco que, sobre esta misma cuestión, se refiere a formación<sup>869</sup>.

---

<sup>867</sup> En esto ha reparado VALVERDE ASECIO, A. J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 332.

<sup>868</sup> Es evidente, por la posición que ocupa el sujeto que emite la información y por la circunstancia de desarrollar los trabajadores su actividad en un centro de trabajo ajeno, que la información no versa sobre los específicos riesgos que entraña la actividad particular de cada una de las empresas pues esa información ha de ser transmitida de forma individualizada por cada empresario a sus trabajadores, además de ser objeto de la coordinación que establece el art. 24.1. La información concierne a los riesgos presentes en el centro de trabajo con carácter general. En este sentido, SEMPERE NAVARRO, A.V. y otros "Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo", op. cit., pág. 188. GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. "Comentarios a la Ley 31/1995 ...", op. cit., pág. 163. GARCÍA NINET, J.I. "Obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad y salud ...", op. cit., pág. 284.

<sup>869</sup> En el mismo sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. "Comentarios a la Ley 31/1995 ...", op. cit., pág. 163.

A) Las responsabilidades derivadas del incumplimiento empresarial del deber de información.

El incumplimiento por el empresario del deber de información genera una responsabilidad administrativa por constituir una infracción administrativa grave (art. 12.14 TRLISOS) o, en su caso, muy grave cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales (art. 13.8 TRLISOS), responsabilidad que, del tenor literal de estas normas, resulta claro que solo se le puede imputar a él.

En lo que atañe a la responsabilidad civil, puede alcanzar de manera conjunta o, por separado, al empresario titular y al empresario del trabajador que haya soportado el perjuicio derivado de la falta de información o de la inexactitud de la misma. En principio, es claro que el sujeto responsable es el empresario pues, como creador del riesgo, es el deudor de seguridad<sup>870</sup> y, a la postre, es el obligado final a proporcionar la información a sus trabajadores; cuestión distinta es que el empresario no haya recibido esta información, o que esta fuera aparentemente exacta y correcta cuando realmente no lo era<sup>871</sup> porque en estos casos emerge la responsabilidad extracontractual del titular del centro de trabajo, responsabilidad que, obviamente, no ha de tener lugar cuando quede acreditado que este empresario informó puntual y suficientemente de las medidas de coordinación y de los riesgos existentes<sup>872</sup>.

---

<sup>870</sup> Por todos, ALFONSO MELLADO, C. L. "Responsabilidad empresarial en materia de Seguridad y Salud Laboral", op. cit., pág. 26.

<sup>871</sup> CALVO GALLEGO, F.J. "La obligación general de prevención ...", op. cit., págs. 113 y 114. Añade el autor que, en tales casos, el trabajador sólo podrá exigir responsabilidad extracontractual al empresario titular incumplidor, pero no podrá dirigirse contra su empleador cuya imputabilidad se ha descartado.

<sup>872</sup> Supuesto de exoneración que fue apreciado por la ya citada sentencia TSJ Aragón 18 de abril de 2002, as. 1759.

El problema, sin embargo, aparece con toda complejidad si se trata de determinar cómo se conjuga la responsabilidad empresarial en los casos en que se aprecia un incumplimiento del deber de información tanto por el empresario titular del centro de trabajo como por el empresario directo del trabajador. Piénsese, por ejemplo, en una lesión producida al trabajador por una deficiente instalación eléctrica del centro de trabajo que era conocida por su empresario o por la presencia en el mismo de sustancias tóxicas en concentraciones superiores a las permitidas sin que el empresario del trabajador lesionado hubiese efectuado medición alguna para su control<sup>873</sup>.

A tenor de lo expuesto en páginas anteriores en relación con la responsabilidad civil derivada del incumplimiento del deber empresarial de coordinación, parece oportuno decantarse nuevamente por la responsabilidad solidaria de ambos empresarios. Como se dijo en su momento, la solidaridad es el criterio habitual en el Derecho de daños cuando concurren varios supuestos responsables de la comisión de un determinado daño<sup>874</sup>; asimismo se puede sostener por razones ya expuestas la posibilidad de acumular las dos responsabilidades ante el orden jurisdiccional social<sup>875</sup>.

---

<sup>873</sup> Este último es el supuesto analizado por la sentencia TSJ Murcia 7 mayo de 2001, as. 1868, en un caso de contrata, en el que se condena solidariamente a la empresa principal y a la contratista a resarcir a los familiares de un trabajador fallecido por inhalación de polvo de amianto presente en el centro de trabajo de la empresa principal.

<sup>874</sup> CABEZA PEREIRO, J. "Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", op. cit., págs. 136 y ss. TAPIA HERMIDA, A. "La responsabilidad civil del empresario por daños a los trabajadores", RTSSCEF, n° 180, 1998, págs. 101 y 127. GOERLICH PESET, J.Mª. "Coordinación ...", op. cit., pág. 140.

<sup>875</sup> En contra, CALVO GALLEGOS, F.J. "La obligación general de prevención ...", op. cit., págs. 114 y 115, sostiene que, pese a las ventajas que, indudablemente, presenta la posibilidad de acumulación conjunta ante el orden jurisdiccional social, sin embargo, la solución de la solidaridad no es sostenible por tratarse de dos responsabilidades de distinta naturaleza, distinta causa de pedir y, por consiguiente, invocables ante órdenes jurisdiccionales asimismo distintos. Además la solidaridad en la responsabilidad viene reservada explícitamente en el art. 42.3 TRLISOS a las contratas y subcontratas de la propia actividad del empresario principal que se desarrollen en su centro de trabajo, por lo que no parece razonable extenderlo al resto de supuestos.  
(continúa...)

### 3.3.3. El deber de vigilancia de las empresas que contraten obras o servicios de la propia actividad ex artículo 24.3 de la LPRL.

El apartado tercero del art. 24 de la LPRL prevé una obligación preventiva específica y exclusiva de los empresarios que contraten o subcontraten obras o servicios referidos a su propia actividad cuando se desarrollen en su centro de trabajo.

El empresario principal deberá vigilar el cumplimiento por los contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales. Dicho deber viene reforzado en el art. 42.3 del TRLISOS, precepto que impone la reponsabilidad solidaria de aquel empresario respecto a las infracciones producidas en el centro de trabajo y en las que hayan incurrido los contratistas y subcontratistas durante la vigencia de la contrata<sup>876</sup>.

El deber de vigilancia que instaura la LPRL en los supuestos de contratas y subcontratas de la propia actividad desarrolladas en el centro de trabajo del empresario principal constituye una novedad en relación a su precedente art. 40.2 LISOS que acentúa los aspectos subjetivos de la responsabilidad y rebasa la "visión represiva dominante" que inspiraba dicho precepto sancionador<sup>877</sup>.

---

<sup>875</sup> (...continuación)

El trabajador, entonces, debería optar por hacer efectiva cualquiera de las dos responsabilidades pues la satisfacción de una implicaría la extinción de la otra. Sin embargo, como ya se ha dicho, dicho precepto se encuentra inserto en una norma sancionadora por lo que, en mi opinión, la solidaridad que predica se refiere exclusivamente al Derecho Administrativo sancionador, lo que no obsta para que se de en otros ámbitos.

<sup>876</sup> Antes de la LPRL, el art. 40.2 de la LISOS establecía esta responsabilidad aunque sin mención a la solidaridad. La doctrina interpretaba la norma como una extensión ope legis de la deuda de seguridad del empresario, en posición de principal, que se configura, además, como una medida sancionadora específica. FERNÁNDEZ MARCOS, L. "Responsabilidad del empresario principal ...", op. cit., pág. 4.

<sup>877</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "El lugar de ejecución de la contrata ...", op. cit., pág. 7.

Como ya ha apreciado la doctrina, el deber de vigilancia consiste en comprobar que los contratistas y subcontratistas cumplen, efectivamente, con sus obligaciones en materia preventiva más que en vigilar directamente a los trabajadores de dichas empresas en la ejecución de su prestación de trabajo<sup>878</sup>. Dichas obligaciones, normalmente serán las mismas que las correspondientes a la empresa principal respecto a sus propios trabajadores pero no en todos los casos, ya que es perfectamente posible que los contratistas y subcontratistas estén sujetos a normas específicas propias del sector de actividad en el que operan<sup>879</sup>.

El fundamento de este deber de vigilancia del empresario principal reside en la circunstancia de desarrollarse la contrata en su centro de trabajo<sup>880</sup>, espacio físico de trabajo sobre el que, lógicamente, ostenta el control de la actividad en él desempeñada. Este deber de vigilancia coloca al empresario principal en una posición de garante de seguridad que es, a la postre, la que le permite imputarle la correspondiente responsabilidad<sup>881</sup>.

---

<sup>878</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. y otros "Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo", op. cit., págs. 188 y 189.

<sup>879</sup> En el mismo sentido, GARCÍA NINET, J.I. "Obligaciones y responsabilidades ...", op. cit., pág. 294.

<sup>880</sup> Por todos, SEMPERE NAVARRO, A.V. y otros, "Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo", op. cit., pág. 189.

<sup>881</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. "Responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 97. MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. "Prevención de riesgos laborales y sistema ...", op. cit., pág. 629. CALVO GALLEGO, F.J. "La Obligación General de Prevención ...", op. cit., págs. 80 y 81. Sentencias TS ud. 5 de mayo de 1999, ar. 4705 y 22 de noviembre de 2002, ar. 510 (vol. de 2003).

En este mismo sentido, la sentencia TSJ Cantabria, sala de lo contencioso-administrativo, de 19 de octubre de 2001, Ref. Westlaw Jur 2002/39545, fundamenta la responsabilidad administrativa solidaria de la empresa principal en el incumplimiento del deber de vigilancia "que hubiera evitado incumplimientos tan evidentes como la ausencia de medidas individuales y colectivas de protección, máxime cuando en el momento de comprobación de los hechos se encontraba presente el encargado de la obra, perteneciente a la empresa recurrente".



En cuanto a la extensión de este deber de vigilancia, en principio, debe alcanzar a todas las obligaciones derivadas del deber de protección de los empresarios contratista y subcontratista pero no, claro está, de modo absoluto pues la referencia al centro de trabajo hace que queden fuera de este deber las obligaciones de seguridad e higiene estrictamente personales y, por consiguiente, desconectadas con el centro de trabajo como son, por ejemplo, la vigilancia de la salud<sup>882</sup>.

El deber de vigilancia va asociado en el art. 24.3 de la LPRL a un supuesto de hecho muy delimitado que es el que determina, asimismo, la responsabilidad prevista en el art. 42.3 del TRLISOS. Se trata ahora de dar cuenta de los aspectos más problemáticos de ese supuesto de hecho para, a continuación, pasar al estudio del régimen de responsabilidad que se le atribuye.

La obligación preventiva que instaura el art. 24.3 de la LPRL viene conformada por tres elementos: la existencia de una contrata o subcontrata de obras o servicios, la realización de la actividad subcontratada en los centros de trabajo del empresario principal y la correspondencia de dicha actividad con la propia del empresario principal.

Sin entrar a efectuar consideraciones adicionales sobre los dos primeros elementos por tratarse de cuestiones que ya han sido suficientemente trabajadas, si merece, en cambio, prestar atención al requisito de la propia actividad en tanto supone una reiteración, en el ámbito de de la seguridad e higiene, del establecido en el art. 42 del ET para la responsabilidad en materia salarial y la referida a la Seguridad Social.

---

<sup>882</sup> GARCÍA NINET, J.I. "Obligaciones y responsabilidades ....", op. cit., pág. 294.  
GOERLICH PESET, J.M\*. "Coordinación ...", op. cit., pág. 146.

La presencia reiterada del requisito originario de la norma laboral en los arts. 24.3 de la LPRL y 42.3 del TRLISOS ha provocado cierta perplejidad y confusión en los comentaristas llegándose, en ocasiones, a plantear si se está ante el mismo requisito del art. 42 del ET o ante otro distinto<sup>883</sup>. Desde mi punto de vista, está fuera de toda duda que se trata del mismo requisito, presente aquí por la inercia normativa a que ha conducido la voluntad del legislador de armonizar los sistemas legales de responsabilidad solidaria en contratas, por lo que entiendo que las opiniones doctrinales y la doctrina jurisprudencial interpretativa del mismo, en relación con el art. 42 del ET, son perfectamente extrapolables aquí<sup>884</sup>.

Pero una cosa es que las menciones a la propia actividad en las dos normas sean equivalentes y otra muy distinta que la presencia del requisito como condicionante de la responsabilidad en el ámbito de la seguridad e higiene no resulte criticable<sup>885</sup>.

En mi opinión, la distinción entre contratas de propia actividad y contratas no de propia actividad debe tener eficacia en el terreno de las responsabilidades laborales pero no en el de las obligaciones preventivas y las responsabilidades asociadas a las mismas. En efecto, en el ámbito de la responsabilidad

---

<sup>883</sup> GOERLICH PESET, J.M<sup>a</sup>. "Coordinación ...", op. cit., pág. 144.

<sup>884</sup> Así procede la mayoría de la doctrina al interpretar este requisito en el art. 24.3 LPRL. Cfr., por todos, BLASCO MAYOR, A. "Previsiones y carencias de la Ley ...", op. cit., pág. 817. GARCÍA MURCIA, J. "Responsabilidades y Sanciones ...", op. cit., pág. 191. MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J. "Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo", op. cit., págs. 307 y 308.

Idéntico criterio ha seguido la sentencia TS 22 de noviembre de 2002, ar. 510 y la sentencia TSJ Aragón de 18 de abril de 2002, as. 1759, que, ante un supuesto de responsabilidad civil de la empresa principal y la contratista derivada de accidente de trabajo, interpretan el requisito de la propia actividad del art. 24.3 de la LPRL trayendo a colación la doctrina jurisprudencial erigida en torno al mismo en aplicación del art. 42 del ET.

<sup>885</sup> GOERLICH PESET, J.M<sup>a</sup>. "Coordinación ...", op. cit., pág. 144, parece confundir ambos extremos pues atribuye a un sector de la doctrina la interpretación del requisito en sentido distinto al del art. 42 ET, cuando en realidad esta doctrina lo que ha planteado son objeciones críticas a la presencia del mismo en la norma de de seguridad y salud laboral.

empresarial en contratas en materia de seguridad e higiene en el trabajo no se justifica la presencia del requisito en atención a la finalidad que preside el art. 24.3 de la LPRL. Si lo realmente relevante es que en un determinado ámbito espacial, del que ostenta el control un determinado empresario, quede generalizado un determinado nivel de seguridad, debe ser indiferente el tipo de actividad contratada<sup>886</sup>.

Téngase en cuenta, además, que a esta filosofía parece responder la Directiva Marco para la que es suficiente la coincidencia geográfica de los empresarios a efectos de la imputabilidad de sus obligaciones preventivas, siendo indiferente el tipo de relación jurídica que vincula a las empresas<sup>887</sup>.

Además, desde el punto de vista del Derecho Administrativo Sancionador, la presencia de este requisito resulta desconcertante. Dado que se trata, como se vio en su momento, de un elemento necesitado de interpretación casuística, su aparición en el art. 42.3 del TRLISOS introduce elevadas dosis de inseguridad jurídica a la hora de la imputación de las infracciones a los empresarios, por lo que queda en entredicho el principio sancionador general de *lex certa*<sup>888</sup>.

Por último, dado que de acuerdo con la interpretación predominante ofrecida por la doctrina y jurisprudencia se

---

<sup>886</sup> En este sentido, LUQUE PARRA, M. "La responsabilidad civil ...", op. cit., pág. 169. GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. "Comentarios a la Ley 31/1995 ...", op. cit., págs. 164 y 165.

<sup>887</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. "La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y adaptación del ordenamiento español", RL, 1991, vol. I, págs. 1221 y ss. CRUZ VILLALÓN, J. "Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales", RTSS, n° 13, 1994, pág. 28 y "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 145.

<sup>888</sup> En este sentido, PÁRAMO MONTERO, P. "En torno al artículo 42.2 de la Ley ...", op. cit., pág. 511 y "Estudio sobre la responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 229. Una aplicación restrictiva del requisito legal que conduce, en este caso, a la exoneración del empresario principal puede apreciarse en la sentencia TS, sala 3ª, 23 de julio de 2001, ar. 6783.

excluyen de la propia actividad las tareas accesorias y complementarias que están desconectadas del ciclo productivo de la empresa principal (vigilancia, limpieza, cafetería, etc.), la operatividad del requisito legal dejaría fuera de protección la mayoría de los supuestos en los que la contrata se desarrolla en el centro de trabajo del empresario principal<sup>889</sup>.

En suma, a efectos de protección frente a los riesgos laborales y, a diferencia de la tutela de los créditos salariales y de Seguridad Social, no es tan relevante la conexión entre la actividad de una y otra empresa como la posibilidad que la colaboración entre ellas genere riesgos añadidos o dificulte la adopción de las medidas preventivas<sup>890</sup>.

Otra de las cuestiones que resulta oportuno plantear es la del alcance subjetivo del deber de vigilancia instaurado en el art. 24.3 de la LPRL y, consiguientemente, de la responsabilidad asociada a su incumplimiento en los supuestos de encadenamiento de contratas. Son dos cuestiones las que se deben plantear: una, si el empresario principal está sujeto al deber de vigilancia y a responsabilidad respecto a toda la serie de subcontratistas que

---

<sup>889</sup> SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F. "Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", op. cit., pág. 218. Es abundante la doctrina que, además de la citada, se ha posicionado de manera crítica respecto a la presencia de este requisito legal en la LPRL. MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. "Prevención de riesgos laborales y sistema ...", op. cit., pág. 631. MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma del art. 42 del E.T. ...", op. cit., pág. 286 y "Dimensión laboral ...", op. cit., pág. 50. TOLOSA TRIVIÑO, C. "La responsabilidad empresarial por contratas y subcontratas", op. cit., pág. 24. CALVO GALLEGU, F.J. "La regulación laboral española ...", op. cit., pág. 80 (sin embargo, el mismo autor, en su obra "La Obligación General de Prevención ...", op. cit., pág. 122 lo justifica). El requisito, incluso fue criticado, antes de su aparición en la LPRL, cuando venía establecido por el art. 40.2 LISOS; cfr. MONEREO PÉREZ, J. L. "La responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 530. DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA, L. "Responsabilidad de la empresa principal en el caso de contratación o subcontratación de obras y servicios en materia de seguridad y salud en el trabajo. Consideraciones sobre el proyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales", AL, n° 30, 1995, pág. 530. En contra, han justificado la presencia del requisito en la LPRL, GARCÍA DE PAREDES, M°. L. "Posición del trabajador ...", op. cit., pág. 631. CALVO GALLEGU, F.J. "La Obligación General de Prevención ...", op. cit., pág. 122. SEMPERE NAVARRO, A.V. y otros "Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo", op. cit., pág. 189.

<sup>890</sup> GARCÍA MURCIA, J. "Responsabilidades y Sanciones ...", op. cit., pág. 191.

le sucedan en la cadena y, otra, si dicha obligación y responsabilidad sujeta también a los contratistas intermedios en relación con los subsiguientes.

Se trata, efectivamente, de cuestiones que ya se han planteado en relación con otros ámbitos de la responsabilidad en contratas, y entre ellos, la del art. 42 del ET. Sin embargo, no es posible trasladar aquí las consideraciones allí efectuadas en tanto la presente cuestión ha de ser abordada, como no podía ser de otra manera, desde el análisis de las peculiaridades propias de la dicción de las normas de prevención de riesgos laborales por lo que las conclusiones que se puedan extraer no han de ser necesariamente coincidentes<sup>891</sup>.

La obligación de vigilancia y la consiguiente responsabilidad del empresario principal respecto al resto de empresarios sucesivos en la cadena no ha suscitado dudas en la doctrina que la ha sostenido sin paliativos<sup>892</sup>. Dicha solución se desprende del art. 42.3 del TRLISOS que, en este sentido, es tajante: "la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 ...". Igual conclusión se puede desprender, respecto al deber de vigilancia del art. 24.3 no sólo por la necesaria correspondencia con la responsabilidad del art. 42.3 del TRLISOS sino también por su propio tenor que refiere la vigilancia al "cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales". Por otra parte,

---

<sup>891</sup> Como ha apuntado GOERLICH PESET, J.M\*. "Coordinación ...", op. cit., págs. 147 y 148, nótese que mientras el art. 42.1 del ET podía hacer pensar en una relación de responsabilidad bimembre dados los términos en que se prevé la solicitud de certificación de descubiertos, las normas de la LPRL no parecen reducir el alcance de la responsabilidad solidaria sino, al contrario, parecen extenderla a todos los empresarios de la cadena de la subcontratación.

<sup>892</sup> GONZÁLEZ DÍAZ, F.A. "La obligación empresarial de prevención ...", op. cit., pág. 86. PÁRAMO MONTERO, P. "En torno al art. 42.2 ...", op. cit., págs. 510 y 511, GOERLICH PESET, J.M\*. "Coordinación ...", op. cit., págs. 147 y 148. CALVO GALLEGOS, F.J. "La obligación general de prevención ...", op. cit., pág. 131.

no son admisibles aquí, a diferencia de lo que se invocaba a la luz del art. 42 del ET, los argumentos sobre el difícil control que ostenta el principal sobre la actividad de los subcontratistas ya que se trata de un deber de vigilancia impuesto ex lege, como se ha dicho, en razón de realizarse la contrata en el centro de trabajo del principal lo que permite extender dicha vigilancia a toda la cadena de la subcontratación.

En cuanto a si el deber de vigilancia y la consiguiente responsabilidad alcanza a los contratistas intermedios, parece apreciarse cierta discordancia entre el art. 24.3 de la LPRL y el art. 42.3 del TRLISOS. La primera de las normas permite entender que el deber de vigilancia obliga al empresario principal respecto al contratista y a este, como principal, respecto al subcontratista pues su tenor literal, "las empresas que contraten o subcontraten ... deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas ...", no da lugar a dudas. Sin embargo, la segunda permite sostener que la responsabilidad alcanza exclusivamente al principal respecto a toda la suerte de contratistas y subcontratistas sucesivos. Se trata de una antinomia obstaculizadora de la necesaria correspondencia que debe existir entre la norma que impone la obligación y la que establece la consecuencia anudada a su incumplimiento, sin duda reprochable por introducir un margen importante de inseguridad jurídica.

Desde mi punto de vista, la antinomia debe resolverse en favor de la interpretación proclive a extender la responsabilidad a todos los contratistas intermedios que se hallen en la cadena,

posición que, además, cuenta con un solvente apoyo doctrinal<sup>893</sup>. Diversos argumentos respaldan esta solución.

En primer lugar, porque esa antinomia es tan sólo aparente. Cuando el art. 42.3 menciona al empresario principal para imputarle la responsabilidad respecto a "contratistas y subcontratistas" es evidente que no se refiere sólo al empresario comitente que inicialmente encargó la realización de la obra o servicio pues, como ya se ha dicho en anteriores ocasiones, tan empresario principal es el comitente respecto al contratista como este último respecto al subcontratista.

En segundo lugar, aunque la referencia a que la contrata se desarrolle en el centro de trabajo del principal puede hacer pensar que la responsabilidad solidaria se ha de circunscribir exclusivamente a este empresario pues es el que ostenta el control sobre el mismo, también es preciso recordar que se ha sostenido una interpretación tanto de este requisito como el de la titularidad sobre el mismo en sentido laxo, de modo que centro de trabajo es el lugar donde el empresario desempeña la actividad laboral con incidencia en factores ambientales y el titular no necesariamente el propietario dominical sino aquel que tiene cierto poder de actuación en dicho centro en virtud de cualquier otro título, por lo que, desde este punto de vista, el desarrollo de la contrata en el centro de trabajo del principal y la titularidad de este empresario sobre el mismo no constituyen inconvenientes para la solución propuesta<sup>894</sup>.

---

<sup>893</sup> GARCÍA MURCIA, J. "Régimen de responsabilidades en materia ...", op. cit., pág. 228, MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. "Prevención de riesgos laborales y sistema ...", op. cit., pág. 630, ALBESA VILLALTA, A. "La seguridad y salud laboral ...", op. cit., págs. 82 y 83, CALVO GALLEGO, F.J. "La obligación general de prevención ...", op. cit., págs. 131 a 134, GOERLICH PESET, J.M\*. "Coordinación ...", op. cit., págs. 148 y 149.

<sup>894</sup> En este sentido, GOERLICH PESET, J.M\*. "Coordinación ...", op. cit., pág. 149.

En tercer lugar, por la necesaria concordancia de los sujetos responsables con los obligados por el deber de vigilancia del art. 24.3 de la LPRL. Ya se dijo que de su tenor literal se desprende que a todos los empresarios, principal, contratistas y, en su caso, subcontratistas, les incumbe la obligación en relación a los empresarios subsiguientes en la cadena que operen en el centro de trabajo del principal. Si, entonces, la obligación de seguridad recae sobre todos, también sobre todos ha de recaer la responsabilidad<sup>895</sup>.

En cuarto lugar, por simple reducción al absurdo. Si se entiende que sólo es responsable el empresario principal que inicia la cadena de subcontratación, tratándose de una contrata inicial no referida a la propia actividad del empresario principal que la inicia, cuando el contratista a su vez encomiende parte del encargo a un subcontratista cuyos trabajos si formen parte de la propia actividad de este, el contratista estaría exento de toda responsabilidad aún tratándose de la contratación de una actividad propia.

Finalmente, en el ámbito de la construcción en el que, como es sabido, es típico el recurso a la subcontratación, el art. 11.2 del RD 1627/1997 de 24 de octubre impone la responsabilidad de los contratistas intermedios pues según el párrafo 2º de dicho precepto "los contratistas y los subcontratistas responderán solidariamente de las consecuencias que se deriven del incumplimiento ... en los términos del apartado 2 del artículo 42 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales"<sup>896</sup>.

---

<sup>895</sup> En este sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, S. "Las responsabilidades y sanciones en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", en AAVV. "La Seguridad y Salud en el trabajo en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales", Sevilla (Junta de Andalucía. Instituto Andaluz de Administración Pública), 1997, pág. 178

<sup>896</sup> Como el art. 42.2 fue derogado, como se ha dicho, por el TRLISOS entiéndase hecha la referencia al art. 42.3 de dicho texto refundido.



La única excepción en la que resultaría razonable exonerar de responsabilidad al contratista intermedio la constituyen aquellos casos en que este empresario no lleva a cabo ningún tipo de actividad empresarial en el centro de trabajo de la empresa principal por haber subcontratado en bloque el encargo recibido de este<sup>897</sup>. En estos supuestos la ausencia del contratista intermedio imposibilitaría fundamentar su responsabilidad en el riesgo que genera su participación en la ejecución de las tareas productivas que se desarrollan en el centro de trabajo de la empresa principal ni en un supuesto deber de vigilancia ex art. 24.3 de la LPRL respecto a la actividad de los subcontratistas.

**A) Las responsabilidades derivadas del incumplimiento empresarial del deber de vigilancia.**

Una vez delimitado el alcance del deber de vigilancia instaurado en el art. 24.3 para las contratas y subcontratas de la propia actividad del empresario principal realizadas en su centro de trabajo, es oportuno efectuar algunas consideraciones sobre la responsabilidad que va asociada a su incumplimiento.

Como es sabido, el art. 42.3 del TRLISOS remite al art. 24.3 de la LPRL para establecer una responsabilidad solidaria del empresario principal, contratistas y subcontratistas por los incumplimientos que se verifiquen por estos empresarios de sus obligaciones de seguridad e higiene en relación con los trabajadores que mantengan ocupados en el centro de trabajo del empresario principal. Como se señaló al principio, la regla de la solidaridad de los empresarios principal y contratista en el

---

<sup>897</sup> Con lo que sólo serían responsables el empresario principal y el subcontratista. Vid. Sentencia TSJ País Vasco 9 de octubre de 2001, as. 4548, para un supuesto de responsabilidad civil por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo y sentencia Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 2 de Granada, de 19 de febrero de 2001, Ref. Westlaw Jur 2001/85884, para un supuesto de responsabilidad administrativa.

ámbito de la seguridad e higiene constituye una novedad en relación con el anterior art. 40.2 de la LISOS precepto desde el que, no obstante, algunos autores plantearon la hipótesis de que contemplase una responsabilidad solidaria de dichos empresarios<sup>898</sup>.

Llama la atención en el deber de vigilancia del art. 24.3 de la LPRL que, a diferencia de los previstos en el art. 24.1 y 24.2, no existe una infracción administrativa que en el TRLISOS tipifique su incumplimiento. Tal vez, sin embargo, dicha infracción pueda tener su acogida en el art. 11.4 del TRLISOS que considera infracciones leves "las que supongan incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que carezcan de trascendencia grave para la integridad física o la salud de los trabajadores", o en el art. 12.16 que tipifica como infracciones graves también las que supongan incumplimientos de la normativa de prevención pero, esta vez, cuando "dicho incumplimiento cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados"<sup>899</sup>.

En cualquier caso, merece especial atención el art. 42.3 TRLISOS por los interrogantes que plantea. Efectivamente, son diversas las cuestiones sobre las que invita a pronunciarse la dicción legal de la norma sancionadora en relación con la de seguridad e higiene contenida en la LPRL. Entre ellas, merecen especial atención la fundamentación jurídica de esa responsabilidad, la naturaleza de la responsabilidad comprendida

---

<sup>898</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. "El nuevo marco legal de la potestad sancionadora de la Administración en el orden social", RL, 1988, vol. I, pág. 349. GARCÍA BLASCO, J. "Infracciones y sanciones en materia laboral", Madrid (Civitas), 1989, pág. 163. En esta línea, la sentencia TSJ Castilla y León 30 septiembre 1997, as. 3269, condenó solidariamente a los empresarios principal y contratista con fundamento en el art. 40 de la LISOS en un supuesto de reclamación de daños y perjuicios por accidente de trabajo.

<sup>899</sup> En este sentido, SEMPERE NAVARRO, A.V. y otros, "Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo", op. cit., pág. 190.

en la norma, esto es, si el precepto refiere la solidaridad exclusivamente a la responsabilidad administrativa o también a la civil y, en último lugar, los elementos diferenciadores del régimen jurídico de una y otra responsabilidad.

Ante todo la previsión del art. 42.3 del TRLISOS se configura como una norma sancionadora dado el carácter de la disposición que la contiene; carácter sancionador que ya era predicable del art. 40.2 de la LISOS<sup>900</sup> y que, evidentemente, se mantiene pues el contenido de la norma, a salvo de la referencia a la solidaridad, sigue esencialmente siendo el mismo.

Esta medida sancionatoria para el empresario principal hay que asociarla necesariamente al deber de vigilancia sobre la actividad de los contratistas y subcontratistas del art. 24.3 de la LPRL, deber del que trae su causa por desprenderse así del propio art. 42.3 del TRLISOS que, en la descripción de su supuesto de hecho, remite a aquella norma de la LPRL. La instauración legal de ese deber de seguridad que vincula al empresario principal le coloca en una posición de garante del cumplimiento de un deber impuesto originalmente al empresario contratista que es el titular de la relación de trabajo. Como se dijo anteriormente, esa posición de garante del empresario principal es, a la postre, la que fundamenta la responsabilidad. Además, el establecimiento de la solidaridad en una norma de Derecho Administrativo Sancionador encuentra amparo legal en el art. 130.3 LRJAP<sup>901</sup> y es admisible en nuestro ordenamiento

---

<sup>900</sup> FERNÁNDEZ MARCOS, L. "Responsabilidad del empresario principal ...", op. cit., págs. 6 y 7, afirmando que el carácter sancionador caracteriza tanto el art. 40.2 de la LISOS como el de su precedente, el art. 153 de la OGSHT.

<sup>901</sup> Ambas consideraciones en TOLOSA TRIVIÑO, C. "La responsabilidad empresarial por contratas y subcontratas ...", op. cit., pág. 25 y CALVO GALLEGOS, F.J. "La regulación laboral española ...", op. cit., págs. 80 y 81.

jurídico de acuerdo con sentada doctrina del Tribunal Constitucional que ya fue objeto de estudio con anterioridad<sup>902</sup>.

En cuanto al tipo de responsabilidad de la que se predica la solidaridad de los empresarios, en principio, la identidad sancionadora que caracteriza el TRLISOS hace pensar que la solidaridad tan sólo es predicable de la responsabilidad administrativa derivada del incumplimiento del deber de seguridad, de manera que la responsabilidad civil y la penal a las que se refiere el art. 42.1 de la LPRL no revistirían el carácter de solidarias, la primera porque no viene establecida expresamente en la Ley y la segunda porque el principio de personalidad de la pena que preside el Derecho Penal impide la solidaridad en este ámbito<sup>903</sup>.

Ciertamente, esta no constituye actualmente una posición mayoritaria. Téngase en cuenta que con anterioridad al TRLISOS la previsión normativa de la responsabilidad solidaria de la empresa principal se contenía en el art. 42.2 de la LPRL, norma que carece del carácter eminentemente sancionador que se predica del anterior y que, por tanto, no hacía distinción en cuanto a las responsabilidades a las que se refería. Además, interpretada esa norma en relación con su apartado inmediatamente anterior que expresamente prevé la derivación de responsabilidades civiles del incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales, permitía a la doctrina sostener, sin ambages, que la responsabilidad civil derivada del incumplimiento del deber de vigilancia también es solidaria<sup>904</sup>.

---

<sup>902</sup> Me remito, sobre esta cuestión, a la doctrina constitucional citada y a las consideraciones ya efectuadas con ocasión del análisis del art. 23.2 del TRLISOS.

<sup>903</sup> En este sentido, VALVERDE ASECIO, A. J. "Descentralización productiva ...", op. cit., pág. 349.

<sup>904</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S. "Las responsabilidades y sanciones en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", op. cit., pág. 178. MONTOYA MELGAR, A y PIZÁ GRANADOS, J. "Curso (continúa...)"

Sin embargo, desde mi punto de vista, ya no es posible sostener dicha solución al perder la solidaridad en la responsabilidad civil de la cobertura legal explícita que le proporcionaba el art. 42.2 de la LPRL y constituir, ahora, la norma sancionadora la que monopoliza esa solidaridad en la responsabilidad. Por esta razón, mientras no exista un pronunciamiento legal expreso, la solidaridad tan sólo se podrá predicar ex lege de la responsabilidad administrativa<sup>905</sup>.

En cuanto a los caracteres más sobresalientes de la responsabilidad administrativa solidaria, hay que reparar en que, aun referida a dos o más empresarios, comprende un única sanción, no existiendo tantas sanciones como empresarios participantes en la contrata o subcontrata pues se trata de una única infracción que no admite superposición de responsabilidades<sup>906</sup> y, además, ya es conocido que la solidaridad implica la responsabilidad de dos o más sujetos respecto a una misma obligación<sup>907</sup>.

Otra cosa sería, claro está, que a los empresarios se les imputasen incumplimientos distintos, desconectados del deber de

---

<sup>904</sup> (...continuación)

de Seguridad y Salud en el trabajo", op. cit., pág. 305. GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. "Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales", op. cit., pág. 269

<sup>905</sup> Sorprende que, aun tras la derogación del art. 42.2 de la LPRL por el TRLISOS, algunas posiciones doctrinales continuen sosteniendo que la solidaridad es ex lege para todo tipo de responsabilidades. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. "Prevención de riesgos laborales y sistema ...", op. cit., pág. 631. MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma del art. 42 del E.T. ...", op. cit., pág. 294 y "Dimensión laboral ...", op. cit., pág. 85.

<sup>906</sup> En este sentido, es ejemplar la sentencia TSJ Extremadura, sala de lo contencioso-administrativo, de 13 de febrero de 2001, Ref. Westlaw Jur 2001/124979, que, a propósito de la responsabilidad administrativa derivada de un accidente acaecido en una obra contratada, reconoce que "no hay dos Actas de Infracción que den lugar a la incoación de dos procedimientos administrativos sancionadores, a los que se ponga fin mediante dos Resoluciones sancionadoras. A la vista del expediente administrativo resulta que existe un único procedimiento sancionador que tuvo su origen en una única Acta de Infracción, aunque dicha Acta tenga dos partes diferenciadas, cada una de las cuales se dedica a una de las empresas responsables del incumplimiento de la normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo.

<sup>907</sup> SALA FRANCO, T. y ARANAU NAVARRO, F. "Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", op. cit., pág. 217.

garantía del empresario principal, en cuyo caso existirían dos infracciones a las que se impondrían dos sanciones personales o que se considerase sólo culpable de la infracción administrativa a uno de los empresarios, por ejemplo, al empresario contratista cuando el principal pueda demostrar una mínima diligencia en el cumplimiento de su deber de garantía. En este caso, se habrá de declarar una responsabilidad personal del mismo sin que proceda la responsabilidad solidaria de ambos empresarios<sup>908</sup>.

Ello resulta del elemento de la culpabilidad exigible, como ya se ha dicho anteriormente, en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador para que pueda establecerse una responsabilidad administrativa con carácter solidario y que determina la necesaria prueba por la Administración de la concurrencia de culpa o negligencia inexcusable en la empresa principal.

Por lo que respecta a la responsabilidad civil, la ausencia de regla legal expresa que establezca la solidaridad podría hacer pensar que la responsabilidad de los empresarios involucrados en el deber de vigilancia es personal<sup>909</sup>. Sin embargo, dado que lo habitual es que el incumplimiento con resultado lesivo sea imputable, de manera inescindible, al empresario contratista, deudor originario de seguridad, y al empresario principal, garante de seguridad ex art. 24.3 de la LPRL, se ha de imponer

---

<sup>908</sup> MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J. "Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo", op. cit., pág. 307. Esa posibilidad, que admite la exoneración del empresario principal de su responsabilidad administrativa, es la que ha conducido a la doctrina a referirse a la "relatividad de la responsabilidad de la empresa principal". Cfr. VALVERDE ASENCIO, A. J. "Descentralización ...", op. cit., pág. 350.

<sup>909</sup> En términos de duda, aunque admitiendo la posibilidad de hacer residir la solidaridad exclusivamente en la responsabilidad administrativa, CALVO GALLEGOS, F.J. "La regulación laboral española ...", op. cit., pág. 82.

la solidaridad de responsables en la reparación del daño, en línea con lo ya visto anteriormente<sup>910</sup>.

En todo caso, dada la tendencia jurisprudencial, ya apuntada anteriormente, a objetivizar al máximo este tipo de responsabilidad, habrá que reparar en que los empresarios principal y contratista, sujetos por sus respectivas obligaciones legales de seguridad, deberán responder a no ser que demuestren que actuaron no sólo cumpliendo las normas de prevención sino también observando una exquisita diligencia. En lo que atañe al empresario principal y a su deber de vigilancia, ello supone que responderá de forma automática una vez verificado el incumplimiento del contratista o subcontratista e independientemente de que pueda apreciarse una inobservancia por este empresario principal de su deber de vigilancia<sup>911</sup>.

#### 3.3.4. Las obligaciones preventivas en las contratas desarrolladas fuera del centro de trabajo del empresario principal ex artículo 24.4 de la LPRL.

El art. 24 de la LPRL dedica un nuevo apartado a las contratas de obras y servicios pero, en este caso, a las realizadas fuera del centro de trabajo del empresario principal e independientemente de si son o no de su propia actividad (art.

---

<sup>910</sup> Este es el supuesto previsto por las sentencias TS ud. 22 de noviembre de 2002, ar. 510 (vol. de 2003) y TSJ Madrid 19 abril de 2001, as. 2742, en las que se condenó a la empresa principal, a la contratista, y a las entidades aseguradoras de estas a responder solidariamente del abono de la indemnización de responsabilidad civil correspondiente a los familiares de un trabajador del contratista, fallecido al sufrir un accidente de trabajo, que trabajaba sin estar provisto de los elementos de seguridad precisos y sin haber existido supervisión alguna de su actividad laboral por ninguna de aquellas empresas. A esta solución de solidaridad también ha llegado la jurisdicción civil en supuestos análogos. Cfr. Sentencias TS 29 de marzo de 1999, ar. 2013 y 21 de diciembre de 1999, ar. 9204.

<sup>911</sup> En este sentido, por todos, GOERLICH PESET, J.M<sup>a</sup>. "Coordinación ...", op. cit., pág. 146. CALVO GALLEGOS, F.J. "La Obligación General de Prevención ...", op. cit., pág. 130. En contra, y en posición minoritaria, MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "La responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional", op. cit., pág. 24 quien exige la concurrencia de culpa en la responsabilidad del empresario principal con el fin de apreciar la indemnización de daños y perjuicios.

24.4). En este tipo de contratas, la LPRL excluye los deberes de cooperación, información y vigilancia que para el empresario principal se establecían en los apartados anteriores<sup>912</sup>.

Sin embargo, se arbitra otro tipo de obligación. Así, en aquellos casos en que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal, esta deberá cumplir con la obligación que el último párrafo del art. 41.1 de la LPRL dispensa para los fabricantes, importadores y suministradores de dichos elementos, esto es, proporcionar a los empresarios la información necesaria para que la utilización y manipulación de los mismos se produzca sin riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, así como para que dichos empresarios puedan cumplir con sus obligaciones de información respecto a sus trabajadores.

En definitiva, la obligación que se contiene para el empresario principal es la de dar traslado a las empresas contratistas y contratistas a las que haya proporcionado determinados útiles, equipos o maquinaria de trabajo, de la información que, de primera mano, ha recibido de los fabricantes, importadores y suministradores, relativa al empleo de dichos elementos en condiciones de seguridad y salubridad para los trabajadores. Obligación que se justifica porque, en estos casos, el empresario principal se convierte, respecto al contratista, en el suministrador de los equipos de trabajo<sup>913</sup>.

En primer lugar, llama la atención que el supuesto de hecho que contiene la obligación se circunscriba a las contratas

---

<sup>912</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "El lugar de ejecución de la contrata ...", op. cit., pág. 8.

<sup>913</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. "Comentarios a la Ley 31/1995 ...", op. cit., pág. 166.



desarrolladas fuera del centro de trabajo principal pues dado que aquí, a diferencia de los supuestos anteriores del art. 24 LPRL, el factor de riesgo no lo constituye el centro de trabajo sino los útiles, maquinaria, materias primas y equipos utilizados, debería ser indiferente que la contrata se desarrolle en el centro de trabajo del principal o en otro distinto.

La referencia al desarrollo de la contrata fuera del centro de trabajo del principal, en mi opinión, parece hecha tan sólo en la Ley con el fin de distinguir este supuesto del de el art. 24.3, por lo que la obligación también debe ser extensible a los casos en que se utilizan dichos elementos de trabajo, proporcionados por el empresario principal, en el centro de trabajo de este<sup>914</sup>. Si este fuera el caso, la obligación de vigilancia que contiene el art. 24.3 comprendería, lógicamente, la de comprobar que los contratistas y subcontratistas transmiten adecuadamente a sus trabajadores la información relativa al empleo de los equipos y útiles en condiciones de seguridad y salubridad.

Por consiguiente, si se trata del supuesto típico previsto en el art. 24.4, es decir, una contrata o subcontrata desarrollada fuera del centro de trabajo del principal, la obligación consiste tan sólo en dar traslado de la información, sin que se extienda a la de control de cómo se hace llegar dicha información por el contratista o subcontratista a sus trabajadores, ni tan siquiera si, efectivamente, se hace llegar a los mismos pues estas son obligaciones que competen exclusivamente a dichos empresarios ya que la realización de la contrata fuera del centro de trabajo del empresario principal no justifica el ejercicio por este de control alguno sobre la labor

---

<sup>914</sup> En el mismo sentido, ALARCÓN CARACUEL, M R. "Los deberes del empleador en materia de prevención", op. cit., pág. 84.

preventiva de los contratistas y subcontratistas. Además, se trata, como ocurre en el art. 24.3, de una obligación de carácter interempresarial por lo que la información ha de trasladarse del empresario principal al contratista o subcontratista, para que estos, a su vez, den traslado de la misma a sus respectivos trabajadores.

Se podría plantear qué empresario es el obligado a dar traslado de la información en los casos de subcontrata cuando los trabajadores de la empresa subcontratista utilizan elementos de trabajo proporcionados por otro empresario precedente en la cadena descentralizadora. Aquí habría que atender a quién es ese empresario que ha adquirido los elementos de trabajo. Así, si fueron adquiridos por el empresario principal que inició la descentralización, será este el que deba dar traslado de la información al empresario contratista para que, a su vez, la traslade al empresario subcontratista que será el que, finalmente, la haga llegar a sus trabajadores<sup>915</sup>. Si fue, en cambio, el contratista el que adquirió los equipos de trabajo, este, en posición de principal, deberá hacer llegar la información al subcontratista cuyos trabajadores vayan a utilizarlos<sup>916</sup>.

---

<sup>915</sup> Solución que, en casos de extensas cadenas de subcontratación, entraña el riesgo de que la exactitud de la información suministrada se vaya mermando con el paso de uno a otro empresario. Sin embargo, considero que no resulta exigible al empresario principal que transmita la información a los sucesivos subcontratistas, "saltando" eslabones en la cadena, cuando, tratándose de contratas desarrolladas fuera de su centro de trabajo, es probable que ni siquiera tenga conocimiento de su participación en el ciclo productivo.

<sup>916</sup> La doctrina, en términos generales, entiende extensible la obligación al contratista intermedio respecto a su subcontratista. Cfr. GOERLICH PESET, J.M\*. "Coordinación...", op. cit., pág. 154. CALVO GALLEGU, F.J. "La Obligación General de Prevención...", op. cit., pág. 135.

A) Las responsabilidades derivadas del incumplimiento empresarial de la obligación de dar traslado de la información.

En cuanto a las responsabilidades administrativas derivadas del incumplimiento de este deber, se echa en falta una tipificación expresa en la Ley de las correspondientes conductas infractoras. La única infracción que tiene acogimiento expreso es el incumplimiento, en su caso, por los contratistas o subcontratistas de su deber de transmitir la información a su trabajadores, pues dicho deber constituye parte integrante del deber general de todo empresario de informar al trabajador de los riesgos de su puesto de trabajo ex art. 18.1 a), deber cuya incumplimiento se tipifica como infracción grave en el art. 12.8 del TRLISOS.

Nada se dice, en relación a la eventual infracción administrativa de los fabricantes, importadores y suministradores cuando no han dado traslado al empresario de la información de seguridad y salubridad relativa a las materias primas y equipos de trabajo que le han proporcionado. La supuesta infracción administrativa no se encuentra tipificada en el TRLISOS y ello a pesar de que el art. 41.1 de la LPRL instaaura claramente este deber para dichos empresarios. La ausencia de tipificación ha llevado a la doctrina ha sostener la imposibilidad de sancionar a estos sujetos por vía administrativa laboral, sin perjuicio de las sanciones que procedan en otros ámbitos, como el industrial, y de su eventual responsabilidad civil y penal<sup>917</sup>, y de la del

---

<sup>917</sup> En este sentido, GARRIGUES GIMÉNEZ, A. y PATUEL NAVARRO, A. "Responsabilidades, infracciones y sanciones", en AAVV. "Lecciones sobre la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", Dir. García Ninet, J.I., Castellón (Jaume I), 1997, págs. 214 y 215. PÁRAMO MONTERO, P. "Estudio sobre la responsabilidad empresarial en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", op. cit., pág. 231.

empresario que utiliza dichos elementos de trabajo en su centro de trabajo<sup>918</sup>.

No obstante, en mi opinión, si es posible sancionar en el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo a los empresarios fabricantes, importadores y suministradores por dos razones proporcionadas por la norma sustantiva y por la sancionadora. En primer lugar porque el art. 3 de la LPRL, a la hora de delimitar el ámbito de aplicación de la Ley, lo extiende de manera amplia al de las relaciones laborales "sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones específicas que se establecen para fabricantes, importadores y suministradores". En segundo lugar, en cuanto a la norma sancionadora, la infracción del referido deber puede encontrar tipificación en el art. 11.4 que cataloga como infracción leve los incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que carezcan de trascendencia grave para la integridad física o la salud de los trabajadores, y en el art. 12.16 que identifica como infracción grave los incumplimientos de la normativa de prevención cuando ocasionen un riesgo grave para esa misma integridad física o salud.

En todo caso, el art. 1 de la LPRL permite considerar infracciones en materia de seguridad e higiene las producidas en el ámbito industrial por cuanto, para dicha norma, la normativa de prevención de riesgos laborales se encuentra constituida por las disposiciones contenidas en la misma y por cuantas otras "contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito". En este sentido téngase en cuenta que el art. 30.1.a) de la Ley 21/1992 de Industria tipifica como infracción

---

<sup>918</sup> ALFONSO MELLADO, C. L. "Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral", op. cit., pág. 108.

muy grave "la fabricación, importación, venta, transporte, instalación o utilización de productos, aparatos o elementos sujetos a seguridad industrial sin cumplir las normas reglamentarias, cuando comporte peligro o daño grave para personas, flora, fauna, cosas o el medio ambiente", laborizando así una infracción de origen industrial<sup>919</sup>.

Tampoco está expresamente tipificada en la Ley la infracción del empresario principal de dar traslado a los contratistas y subcontratistas de la información recibida de los fabricantes, importadores y suministradores. Dicha ausencia obliga a remontarse a las cláusulas de cierre, ya citadas, que en materia infractora contienen los arts. 11.4 y 12.16 del TRLISOS, sin perjuicio de la responsabilidad civil extracontractual por daños causados a los trabajadores del contratista o subcontratista<sup>920</sup> y de la responsabilidad penal que pudiera derivarse del incumplimiento del referido deber.

En lo que se refiere a esta responsabilidad civil extracontractual del empresario principal, puede ir o no acompañada de la responsabilidad civil contractual del empleador. No obstante, este último podrá verse exonerado si, dada la especialidad técnica de los elementos de trabajo utilizados, no ha podido constatar la insuficiencia o el carácter erróneo de la información recibida o la falta de seguridad de dichos

---

<sup>919</sup> MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J. "Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo", op. cit., pág. 314 y 315. Añaden, estos autores, que, laborizada la infracción industrial, será la Administración de trabajo la competente para promover y decidir el correspondiente procedimiento sancionador. También, en este sentido, VICENTE PALACIO, M.ª A. y BALLESTER PASTOR, I. "Algunas consideraciones sobre las obligaciones de fabricantes, importadores y suministradores en la Ley de prevención de riesgos laborales", en AAVV. "Lecciones sobre la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", Dir. García Ninet, J.I., Castellón (Jaume I), 1997, págs. 205 y 206.

<sup>920</sup> MOLINER TAMBORERO, G. "La responsabilidad civil empresarial ...", op. cit., pág. 409.

elementos<sup>921</sup>. Si, al contrario, ambos empresarios resultan responsables, se estará, de nuevo, ante responsabilidades conjuntas, de carácter solidario, que se habrán de ventilar ante el orden jurisdiccional social<sup>922</sup>.

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>921</sup> En este sentido, CALVO GALLEGO, F.J. "La Obligación General de Prevención ...", op. cit., pág. 135.

<sup>922</sup> En este sentido, GOERLICH PESET, J.M\*. "Coordinación ...", op. cit., pág. 155.



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

**CAPÍTULO V**

**LA DISCUTIDA APLICACIÓN  
EXTENSIVA DEL ARTÍCULO 44  
DEL ET A LOS SUPUESTOS DE  
SUCESIÓN DE ACTIVIDAD EN  
CONTRATAS Y CONCESIONES  
ADMINISTRATIVAS**





Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## CAPÍTULO V

# LA DISCUTIDA APLICACIÓN EXTENSIVA DEL ARTÍCULO 44 DEL ET A LOS SUPUESTOS DE SUCESIÓN DE ACTIVIDAD EN CONTRATAS Y CONCESIONES ADMINISTRATIVAS.

### I. PLANTEAMIENTO PREVIO. LA HIPÓTESIS DE LA APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 44 ET A LOS SUPUESTOS DE SUCESIÓN DE ACTIVIDAD EN CONTRATAS Y CONCESIONES ADMINISTRATIVAS.

Como es sabido, a tenor del art. 44 del ET, el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma acarrea la subrogación del nuevo titular en las relaciones laborales que mantenía el anterior con sus trabajadores y su sujeción ex lege a responsabilidad por las obligaciones laborales y de Seguridad Social que su antecesor no hubiese satisfecho<sup>923</sup>.

Cuándo se está ante un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma ha representado

---

<sup>923</sup> La actual redacción del art. 44 del ET, que cuenta con diez apartados en lugar de los dos que conformaban su anterior versión, es fruto de la reforma operada en el mismo por el art. 2.2 de la Ley 12/2001 de 9 de julio. Tal y como se expresa en la exposición de motivos de dicha Ley, la reforma ha respondido, por un lado, al objeto de reforzar las garantías laborales en los supuestos de sucesión de empresa "a través de una mejora de los instrumentos de información y consulta de los trabajadores que permita dotar a estas situaciones laborales de la debida transparencia y seguridad jurídica" y, por otro, a la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 98/50/CE de 29 de junio por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE en materia de transmisión de empresa. Dichas Directivas, sin embargo, han sido derogadas y refundidas por la Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo, por lo que la referencia efectuada por la Ley a aquellas debe entenderse actualmente hecha a esta última.

siempre un problema interpretativo que, por tanto, ha planteado intensos debates doctrinales y jurisprudenciales no sólo acerca de qué procedimientos negociales son aptos para dar lugar a una transmisión en el sentido del art. 44 del ET, sino también relativos al concepto del objeto mismo de la transmisión (empresa, centro de trabajo y unidad productiva autónoma).

En el marco de esos debates se ha apuntado la hipótesis de la aplicabilidad del art. 44 del ET a los supuestos de sucesión de contratistas o concesionarios administrativos y reversión al empresario principal de la actividad contratada cuando finaliza la contrata, supuestos que algún sector de la doctrina se ha atrevido a calificar como "transmisiones complejas"<sup>924</sup>. Lo que plantea la cuestión de determinar si el negocio jurídico en que consiste la sucesión de contratistas o la reversión de la contrata puede constituir transmisión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma a los efectos del art. 44 del ET, es decir, en orden a aplicar el juego de responsabilidades empresariales previsto en dicho precepto<sup>925</sup>.

A este respecto, cabría señalar, de entrada que, si bien el art. 42 del ET no tiene por qué agotar en su mandato todas las repercusiones jurídico laborales que la contratación o subcontratación conlleva, sin embargo, tales prácticas descentralizadoras resultan difíciles de encajar en el supuesto

---

<sup>924</sup> MONTOYA MELGAR, A, GALIANA MORENO, J. M<sup>a</sup>, SEMPERE NAVARRO, A.V. "Derecho Social Europeo", Madrid (Tecnos), 1994, pág. 70. En parecido sentido, calificándolas de "fórmulas negociales complejas", RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales", RL, n°11-12, 2002, pág. 189.

<sup>925</sup> Si bien, como se comprobará, la jurisprudencia también se ha planteado la cuestión en relación con los supuestos de contrata inicial, como ha apreciado MONEREO PÉREZ, J.L., sólo los supuestos aquí citados pueden dar lugar a la presente hipótesis, resultando difícil en los de contrata inicial porque el contratista ya es titular de una organización productiva preexistente. Cfr. "La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos", Madrid (Ibidem), 1994, pág. 172. Repárese en que, además, en los casos de contrata inicial no se cuestiona la salvaguarda del principio de estabilidad en el empleo que es el que, a la postre, subyace en el planteamiento del presente problema.

de hecho del art. 44 del ET, ya que suponen la aplicación de este precepto a situaciones que el legislador de 1980 no parece haber contemplado<sup>926</sup>.

En cualquier caso, la dificultad, por lo dicho, para aplicar dicho precepto, contrasta con las notables repercusiones prácticas, en el plano de las responsabilidades empresariales, a que puede conducir la adopción de un determinado posicionamiento. Como se sabe, a tenor del art. 44, la empresa sucesora no sólo sería responsable de obligaciones laborales pendientes de la empresa a la que sucede, sino que también vendría obligada a subrogarse en la posición del empleador anterior respecto a las relaciones laborales vigentes en el momento de la transmisión. El precepto se inspira así en los principios de conservación del negocio y el de estabilidad en el empleo, que fuerzan a la continuidad del contrato de trabajo frente a los cambios en la titularidad de la actividad empresarial<sup>927</sup> y, de admitirse la hipótesis planteada, frente a los supuestos ya citados.

A primera vista, pudiera parecer plausible la invocación de dichos principios para evitar, como ocurre con harta frecuencia, que la finalización de una contrata suponga la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores en ella ocupados pese a la continuación de la actividad por el empresario principal u otro contratista. De la aplicación o inaplicación del art. 44 del ET a estas supuestas transmisiones empresariales dependería entonces la estabilidad en el puesto de trabajo de los trabajadores implicados. Ciertamente, la extensión de la

---

<sup>926</sup> CRUZ VILLALÓN, J. "Outsourcing y relaciones laborales", en AAVV. "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo", X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid (MTAS), 2000, pág. 279.

<sup>927</sup> Por todos, MONTOYA MELGAR, A. "Derecho del Trabajo", Madrid (Tecnos), 16ª edic., 1995, págs. 418 y 428. MONEREO PÉREZ, J.L. "Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa", Madrid (MTSS), 1987, pág. 133.

garantía de empleo contenida en el art. 44 a este tipo de transmisiones, para alguna doctrina científica y jurisprudencial, llevaría a algo que está en la base de dicha doctrina: que los trabajadores se encuentran vinculados no tanto a un empresario cunato a una actividad empresarial cualquiera que sea su titular<sup>928</sup>.

Pero hay que reconocer el enorme peso de los argumentos contrarios, basados en que la extensión aplicativa del art. 44 del ET a estos casos viene vedada por el hecho de que la norma no los acoge expresamente y, por ello, toda transmisión empresarial, siguiendo una interpretación literal, debe suponer un desplazamiento de los elementos patrimoniales que sirven de base a la explotación del empresario transmitente al adquirente, extremo que no concurre en los supuestos de mera sucesión de actividad ejecutada por contratas, donde lo habitual es que no se produzca ningún negocio jurídico de transmisión, bien porque los elementos patrimoniales de la explotación pertenecen al empresario principal, o bien porque, en la sucesión, el contratista saliente sigue siendo el titular de los mismos. Por otro lado, en muchas ocasiones, son prácticamente inexistentes

---

<sup>928</sup> Dicho extremo viene confirmado normativamente por el art. 49.1 g) del ET, que prevé la eventual continuidad de las relaciones laborales cuando subsiste la actividad empresarial en los casos de muerte, jubilación o incapacidad del empresario, y asimismo por el art. 51.11 del mismo texto legal que, para los casos de venta judicial de la empresa, impone la continuidad de las relaciones laborales "cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y por si mismos suficientes para continuar la actividad empresarial". La doctrina ha apuntado, en este mismo sentido, que la razón de fondo que justifica la subrogación es de tipo organizativo y metajurídico y consiste en que la inmunidad de la empresa frente a los cambios subjetivos de las personas que agrupa es un elemento indispensable para su continuidad como unidad productiva y como anclaje del sistema de relaciones laborales. (ALONSO OLEA; M. y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E. "Derecho del Trabajo", Madrid (Civitas), 20<sup>a</sup> edic., 2002, pág. 404). La vinculación de los trabajadores a la actividad productiva ha sido también predicada por el prof. MONEREO que se refiere a la funcionalidad del personal respecto a dicha actividad y, en consecuencia, la indisolubilidad del nexo laboral que existe entre los trabajadores y la actividad empresarial. Cfr. MONEREO PÉREZ; J.L. "Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa", op. cit., págs. 402 y 403. Por su parte, la jurisprudencia en ocasiones ha ahondado en esta idea. Así, para las sentencias del TSJ del País Vasco de 5 de noviembre de 1992, as. 5636 y 14 de enero de 1998, as. 742, "en nuestro país, el trabajador se vincula a la explotación en que presta servicios, cualquiera que sea su titular, y no a la persona del empresario que le contrató, sea cual sea el negocio que éste explote.

por no requerirlos la actividad en cuestión (como ocurre, por ejemplo, en las contratas de vigilancia y limpieza), por lo que difícilmente existe algún patrimonio que pueda transmitirse.

Planteada así la cuestión, su solución no sólo se debe a su complejidad técnica intrínseca sino al heterogéneo marco normativo que ha de servir de referencia para su resolución. En efecto, existe una multiplicidad de disposiciones normativas de procedencia diversa cuya aplicabilidad concurre en estos supuestos. Así, por un lado, el mandato del art. 44 del ET se encuentra claramente inspirado en la Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo sobre transmisión de empresas<sup>929</sup>, y, por otro, es frecuente que los Convenios Colectivos sectoriales y los pliegos de condiciones administrativas que regulan las concesiones administrativas contengan cláusulas subrogatorias para los casos de extinción de la contrata y establecimiento de una nueva<sup>930</sup>.

La concurrencia aplicativa de normas internas y comunitarias ha generado una nutrida jurisprudencia procedente del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, por llegar a soluciones contradictorias, ha introducido una dificultad adicional al estudio no permitiendo la consolidación

---

<sup>929</sup> Cuyo título original es "Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad", DOCE n° L.061 de 22/3/2001. Como ya se ha dicho, esta Directiva es el resultado de la refundición en una sola norma de la anterior Directiva 77/187/CEE de 14 de febrero de 1977 modificada a su vez por la Directiva 98/50/CE de 20 de junio de 1998. Tratándose de normas comunitarias de idéntico ámbito y contenido regulador y en la medida en que la derogación de las dos últimas por la del año 2001 se ha producido por razones de sistemática y claridad normativa, la práctica totalidad de consideraciones doctrinales y jurisprudenciales efectuadas en su momento en torno a la de 1977 (reformada en 1998) se pueden entender referidas a la vigente del año 2001.

<sup>930</sup> Cfr. art. 36 del Convenio estatal de jardinería de 6 de abril de 2001 (Res. DGT 7 de mayo de 2001, BOE de 26 de mayo), art. 17 del Convenio estatal para empresas organizadoras del juego del bingo de 29 de noviembre de 2000 (Res. DGT de 10 de enero de 2001, BOE de 30 de enero); art. 14 del Convenio estatal de empresas de seguridad de 16 de enero de 2002 (Res. DGT 31 de enero de 2002, BOE de 20 de febrero); art. 9 Convenio Colectivo estatal de contratas ferroviarias de 31 de mayo de 1999 (Res DGT 2 de julio de 1999, BOE de 21 de julio).

de una doctrina jurisprudencial uniforme, como sería de esperar, dada la función armonizadora del ordenamiento comunitario en relación con el interno. La abundante y heterogénea casuística jurisprudencial, no permite, desde luego, afirmar que se trate de un tema cerrado.

## II. EL OBJETO DE LA TRANSMISIÓN EN EL ART. 44 ET: ¿PARTICIPA LA CONTRATA DEL SUPUESTO DE HECHO DEL ARTÍCULO 44 ET?. LA TESIS PATRIMONIALISTA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

La laxitud de la expresión "cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma", utilizada en el enunciado normativo del art. 44, y también la "ratio" tuitiva del precepto (principio de estabilidad en el empleo) han justificado la aparición de la tesis señalada: la aplicabilidad de sus previsiones a determinados estadios situacionales por los que atraviesa cualquier dinámica de actividad productiva descentralizada en contratas en el momento de su finalización. Ahora bien, su defensa o rechazo pende, como es lógico, de la respuesta que se dé a la cuestión de determinar si constituyen supuestos de transmisión de empresa, a los efectos del art. 44, la asunción de la actividad contratada por un nuevo contratista cuando finaliza la contrata o su reversión de nuevo al empresario principal para que acometa directamente su ejecución. No es ocioso apuntar que está en juego no sólo la estabilidad en el empleo de los trabajadores sino también la autonomía organizativa y los intereses económicos de las empresas implicadas; puesto que una respuesta afirmativa acarrearía las

conocidas consecuencias subrogatorias y de responsabilidad empresarial previstas en la norma<sup>931</sup>.

Seguramente, la mejor forma de abordar esa cuestión pasa por tener presentes los presupuestos aplicativos que tradicionalmente han delimitado el supuesto de hecho del art. 44. En este sentido, es comúnmente admitido que se está ante una transmisión de empresa cuando concurren dos requisitos, de carácter, uno, subjetivo y, otro, objetivo. De tal forma que, por una parte, se precisa una transmisión o un cambio del titular y, por otra, es necesario que la transmisión tenga por objeto una unidad productiva con entidad suficiente para ser la base de una explotación empresarial, esto es, constituya una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma<sup>932</sup>.

En cuanto al requisito subjetivo del cambio de titular, la jurisprudencia exigió inicialmente la presencia de un "tracto directo" entre el anterior y el nuevo empresario, es decir, un nexo o vínculo comercial entre ambos empresarios, tracto que origina que la empresa cambie de titular sin solución de

---

<sup>931</sup> En cuanto a estas últimas, curioso sería el efecto que se produciría, de entender que es aplicable el art. 44, en los casos de reversión de la contrata de nuevo al empresario principal para que asuma su ejecución directa. Podría producirse un solapamiento de los plazos de prescripción previstos en ambas normas (el año siguiente a la terminación de la contrata en el art. 42 ET y los tres años posteriores a la transmisión en el art. 44), de manera que la consecuencia práctica sería la ampliación por dos años más del plazo de prescripción previsto en el art. 42, puesto que, si el contratista contrae durante la contrata obligaciones laborales que no ha satisfecho a su terminación, la aplicación del art. 44 sujetaría a responsabilidad al empresario principal por dichas obligaciones durante un total de tres años posteriores a la terminación/reversión de la contrata. Dicho solapamiento no tendría lugar en los supuestos de sucesión de contratistas porque aquí la responsabilidad ex art. 44 sólo jugaría entre ellos y no implicaría al empresario principal ni en el de contrata inicial porque, en todo caso, la responsabilidad derivada de la supuesta transmisión se referiría a obligaciones laborales pendientes de pago por el empresario principal sobre las que el art. 42 no actúa (a salvo de una transmisión que constituya delito, supuesto en el que sí podría producirse otro solapamiento de los plazos de responsabilidad disciplinados en ambos preceptos porque, en tal caso, la responsabilidad empresarial podría recaer sobre obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión/comienzo de la contrata).

<sup>932</sup> BARREIRO GONZÁLEZ, G. "Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna", REDT, n° 94, 1999, pág. 172. Asimismo vid. Sentencias TS 23 de septiembre de 1997, ar. 6582, 6 de febrero de 1998, ar. 1642 y 22 de junio de 1999, ar. 5476.



continuidad. La exigencia de este elemento ha traído su causa de uno de los antecedentes normativos del art. 44, concretamente del art. 79 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944. Esta norma refería las transmisiones de empresa a las operaciones de "cesión, traspaso o venta", razón que explica que para la jurisprudencia sólo pudiese existir transmisión cuando fuese constatable ese tracto directo. Sin embargo, aún bajo la vigencia de dicho precepto, los tribunales comenzaron a decantarse por una interpretación más flexible que abandonase el requisito y permitiera dar cuenta de aquellos casos en que se produce un traspaso de una actividad empresarial a través de una tercera persona interpuesta<sup>933</sup>.

Dicha postura se presenta actualmente como la más razonable a la vista de la redacción del vigente art. 44 del ET, que tan sólo exige un mero "cambio de titularidad", sin aludir a mecanismo negocial alguno para producirlo<sup>934</sup>. De aquí que sea generalizada en doctrina y jurisprudencia la tendencia a objetivizar al máximo los supuestos de transmisión comprendidos en el art. 44 del ET. Lo relevante a estos efectos es la constatación del cambio de titular y no el vehículo jurídico a través del cual dicho cambio se ha producido. Y de aquí que, partiendo de esa premisa, desde el punto de vista del procedimiento nada impide que se pueda apreciar una transmisión de empresa en los casos de extinción de la contrata continuada

---

<sup>933</sup> DIEGUEZ CUERVO, G. "La sucesión de empresa" en AAVV. "Comentarios a las Leyes Laborales". Dir. Efrén Borrajo Dacruz. Madrid (EDERSA), 1988, pág. 379.

<sup>934</sup> La sentencia del TS de 25 de febrero de 1988, ar. 948 ha señalado, en este sentido, que "el hecho de que la transmisión de la unidad productiva se realice sin un tracto directo entre los concesionarios no excluye la aplicación del art. 44 ET, pues la indicada transmisión ... ha de entenderse referida a cualquier especie o figura jurídica y comprende tanto la directa como la indirecta, incluso cuando entre el inicial titular y el posterior se interpone un tercero". En el mismo sentido, TS 2 de febrero de 1988, ar. 560. También para la unanimidad de la doctrina no es preciso el tracto directo ya que lo relevante es "que el precedente titular y el nuevo se hagan cargo sucesivamente de la empresa", por lo que "la fórmula normativa comprende cualquier tipo de transmisión de empresa". Cfr. por todos, MONEREO PÉREZ, J.L. "Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa", op. cit., pág. 253.

después por otro contratista o por el propio empresario principal.

El quid de la cuestión no ha de centrarse, pues, en el procedimiento de la transmisión sino en su objeto<sup>935</sup>, ya que no cabe duda de que la mera continuación por otro de la actividad empresarial puede ser tenida como el cambio de titularidad exigido por el precepto<sup>936</sup>. Desde esta perspectiva, la pregunta que hay que hacerse radica en dilucidar si la sucesión empresarial en la ejecución de una actividad descentralizada puede reconducirse a la transferencia de una unidad productiva con entidad suficiente y apta para el desarrollo de una actividad empresarial (esto es, de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma).

Una primera corriente jurisprudencial se mostró favorable a la aplicación del régimen jurídico de la transmisión de empresas a estos supuestos<sup>937</sup>. El argumento en que, de forma generalizada, se basaron los pronunciamientos jurisprudenciales inscribibles en esta corriente radicó en que la mera sucesión empresarial en la actividad ejecutada por contratas es un supuesto de transmisión de unidad productiva autónoma.

Para esta doctrina, la propia actividad productiva descentralizada es encasillable en el concepto de unidad productiva autónoma, de forma que, la mera continuidad por titular distinto de la actividad económica ejercida por el

---

<sup>935</sup> CAMPS RUIZ, L.M. "Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa", Valencia (Tirant lo Blanch), 1997, pág. 24.

<sup>936</sup> Para la sentencia del TS de 9 de octubre de 1988, ar.7553, la expresión "cambio de titularidad" es un "concepto de gran amplitud" que permite cualquier transmisión, incluso la continuidad de hecho.

<sup>937</sup> TS 27 de octubre de 1983, ar. 5161, 3 de octubre de 1984, ar. 5224, 9 de julio de 1987, ar. 5123, 26 de mayo de 1988, ar. 4652, 19 de junio de 1989, ar. 4813, 16 de mayo de 1990, ar. 4343 y 30 de noviembre de 1992, ar. 9292.

empresario anterior, constituye el tipo legal del art. 44 del ET. El elemento clave para la aplicación del art. 44 del ET será la efectiva sucesión en las funciones desarrolladas por el empresario anterior y no la transmisión de bienes bastantes para continuar con la actividad empresarial<sup>938</sup>. Este enfoque, además, es compatible con la lectura literal del art. 44, que no exige para su aplicabilidad una transmisión patrimonial mínima<sup>939</sup>, y con la "ratio" tuitiva del precepto, consistente, como ya se ha dicho, en asegurar la continuidad de las relaciones laborales vinculando a los trabajadores no a la persona del empresario sino a la actividad productiva<sup>940</sup>.

Ello no obstante, en la década de los noventa emergió en el Tribunal Supremo una corriente de signo distinto que en nuestros días se ha generalizando situando a la anterior en una posición claramente minoritaria.

Para esta otra corriente, ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a efectos de transmisión, y ello, porque, a su modo de ver, el presupuesto objetivo del art. 44 del ET se identifica por el desplazamiento del empresario transmitente al adquirente de un mínimo soporte patrimonial que sirva para la explotación de una actividad empresarial. Dicho desplazamiento patrimonial no es apreciable en los supuestos donde la nota común es la mera sucesión temporal en la ejecución de una determinada actividad pero donde no existe

---

<sup>938</sup> Esta postura ha sido además sostenida en suplicación por algunas salas de lo social. Cfr. TSJ Extremadura 27 de febrero de 1991, as. 1281, TSJ Castilla la Mancha 16 de mayo de 1992, as. 2358 y TSJ Canarias 25 de mayo de 1992, as. 135.

<sup>939</sup> CRUZ VILLALÓN, J. "Outsourcing y relaciones laborales", op. cit., pág. 285.

<sup>940</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "Encadenamiento de contratas y transmisión de empresa", RL, 1996, vol. II, pág. 24.

transmisión del empresario saliente al entrante de los medios patrimoniales necesarios para llevarla a cabo<sup>941</sup>.

Esta posición, patrimonialista, parte de una exégesis literal del art. 44 del ET en relación al objeto transmitido. Si el objeto de la transmisión sólo puede referirse a la empresa, centro de trabajo y unidad productiva autónoma y los tres conceptos presuponen la existencia de un entramado organizativo material, no puede tener lugar dicha transmisión cuando entre dos empresarios no se presenta una transferencia de medios materiales afectos a una explotación sino una mera y accidental sucesión en el tiempo para el ejercicio de una determinada actividad productiva<sup>942</sup>.

Pero, además, hay que señalar que, en ocasiones, los tribunales, al defender esta postura, han introducido un argumento adicional relacionado no ya con el elemento objetivo del art. 44 del ET sino con el presupuesto subjetivo, es decir, con la necesidad de un "cambio de titularidad". Se ha sostenido

---

<sup>941</sup> Así, en relación con los supuestos de sucesión de contratistas, se ha afirmado que "la pretendida transmisión de contratas no es tal, sino la finalización de una y comienzo de otra distinta, aunque materialmente la contrata sea la misma". Sentencia TS 29 de abril de 1998, ar. 3879. En el mismo sentido, cfr. Sentencia TS, ud., 5 de abril de 1993, ar.2906 y 25 de octubre de 1996, ar.7793, y la sentencia del TC 66/1987 de 21 de mayo que más tempranamente suscribió que "los supuestos del art. 44 nada tienen que ver con la normal sustitución que se produce entre las empresas concesionarias de determinados servicios en la titularidad de arrendamientos o concesiones otorgadas a terceros".

<sup>942</sup> Son representativas de esta postura las siguientes sentencias: TS ud. 18 de marzo de 2002, ar. 7524, 22 de enero de 1990, ar. 180, 30 de diciembre de 1993, ar. 10078 y 12 de marzo de 1997, ar. 2318, TSJ País Vasco 9 de marzo de 1996, as. 472 y TSJ Navarra 2 de enero de 1998, as.296 para los supuestos de contrata inicial. TS 19 de marzo de 2002, ar. 6465, 19 de junio de 2002, ar. 7492, 25 de junio de 2002, ar. 8927, 6 de febrero de 1997, ar. 999, 17 de junio de 1997, ar. 4758, 27 de diciembre de 1997, ar. 9639, 3 de octubre de 1998, ar. 7804, 13 de octubre de 1999, ar. 7492 y TSJ Andalucía 24 de mayo de 1996, as. 1585 para los supuestos de reversión de la contrata. TS 1 de diciembre de 1999, ar. 516 (vol. de 2000) y 22 de mayo de 2000, ar. 4624 para supuestos de terminación de la contrata que no es continuada ni por la empresa principal ni por una ulterior contratista. TS 5 de abril de 1993, ar. 2906, 23 de febrero de 1994, ar. 1227, 14 de diciembre de 1994, ar. 10093, 22 de abril de 1997, ar.3581, 29 de abril de 1998, ar. 3879, 9 de febrero de 1998, ar. 1644, 30 de septiembre de 1999, ar. 9100, 10 de julio de 2000, ar. 8295, 10 de septiembre de 2000, ar. 8299, 11 de mayo de 2001, ar. 5206, TSJ Andalucía 11 de marzo de 1996, as. 614 y TSJ Asturias 25 de octubre de 1996, as. 3680 para supuestos de sucesión de contratistas y titulares de concesiones administrativas.

que en la inicial o posterior sucesión empresarial en una actividad que se descentraliza no concurre el cambio de titularidad exigido porque la sujeción a responsabilidad ex art. 42 del empresario comitente, al que el precepto sigue llamando "empresario principal", denota que ni la inicial contrata ni la sucesión en la misma le hacen perder la titularidad que ostenta dicho empresario sobre la empresa o sobre la parte de ella que se ha descentralizado<sup>943</sup>.

En este sentido, también desde el punto de vista de la titularidad que ostenta el empresario contratista sobre su organización productiva, se podría asimismo poner en duda la existencia de un cambio de titularidad en los supuestos de sucesión de contratistas. Efectivamente, aun admitiendo por hipótesis la consideración de la contrata como una unidad productiva autónoma, cuando un contratista sucede a otro lo que acontece es un cambio de la propia unidad productiva pero no un cambio en su titularidad puesto que el primitivo contratista y su organización no desaparecen. Dicho empresario contratista tan sólo pierde un cliente pero no pierde la organización productiva de la que es titular y que empleaba en la ejecución de la contrata<sup>944</sup>.

Por todo lo expuesto, resulta necesario señalar que, aunque la regla general que se deriva de la tesis patrimonialista es la no aplicabilidad del art. 44 del ET a los supuestos de contrata inicial y de sucesión en la actividad ejecutada por contratas, esta regla deviene inaplicable en algunos casos en los

---

<sup>943</sup> Aunque predomina claramente la utilización de argumentos relacionados con el elemento objetivo, en algunos casos puede apreciarse su conjugación con este otro tipo de argumentación. Cfr. TS 30 de diciembre de 1993, ar. 10078, 12 de marzo de 1997, ar. 2318, TSJ Castilla la Mancha 1 de abril de 1998, as. 1639 y TSJ Asturias 3 de noviembre de 1995, as. 4269.

<sup>944</sup> Dicho extremo ya fue apuntado, con anterioridad a la jurisprudencia aquí reseñada, por GONZÁLEZ BIEDMA, E. "El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo", Madrid (MTSS), 1989, págs. 115 (nota a pie n° 66) y 116.

que, o bien la contrata inicial, la reversión o la sucesión de contratistas implica una transmisión patrimonial, o bien, a pesar de no existir dicha transmisión, se debe entender que se produce un efecto subrogatorio similar al del art. 44 ET cuyo origen, no obstante, se encuentra en la aplicación de la normativa sectorial (convenio colectivo aplicable) o en los pliegos de condiciones administrativas que para una concesión puede establecer una Administración Pública.

Así pues, se han configurado jurisprudencialmente dos supuestos en los que se admite anudar consecuencias subrogatorias a las contratas iniciales y a las sucesiones empresariales en la ejecución de actividades descentralizadas. Uno de ellos, lógicamente, sería aquel en el que efectivamente se transmite al empresario (que en lo sucesivo se hará cargo de las tareas descentralizadas) los elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación. Otro, de carácter excepcional, se daría cuando en el convenio colectivo o, en su caso, en el pliego de condiciones administrativas, que sean de aplicación, se contenga una cláusula de subrogación en virtud de la cual el empresario que se hace cargo de la actividad, que es o ha sido objeto de contrata, debe subrogarse en las relaciones laborales que su antecesor mantenía vinculadas a dicha actividad<sup>945</sup>.

En el primero de los casos, en efecto, se ha considerado aplicable el art. 44 del ET porque la sucesión en la actividad ha venido acompañada de un ostensible desplazamiento de los elementos patrimoniales necesarios para su realización, ya sea

---

<sup>945</sup> Dando cuenta de estas excepciones, cfr. Sentencias TS, ud., 5 de abril de 1993, ar. 2906, 23 de enero de 1994, ar. 1229, 23 de enero de 1995, ar. 403, 9 de febrero de 1995, ar. 789, 12 de marzo de 1997, ar. 2318, 10 de diciembre de 1997, ar. 736 (vol. 1998) 9 de febrero de 1998, ar. 1644, 29 de abril de 1998, ar. 3879, 8 de junio de 1998, ar. 6693, 30 de septiembre de 1999, ar. 9100, TSJ Asturias 3 de noviembre de 1995, as. 4269 y TSJ Castilla la Mancha 1 de abril de 1998, as. 1639.

de comitente a contratista o viceversa, ya sea de contratista a contratista <sup>946</sup>. Se trata de un supuesto que, aunque generalmente se ha identificado con la contrata, contiene elementos que lo aproximan más a los rasgos típicos del arrendamiento de empresa<sup>947</sup>.

Con todo, en ocasiones los tribunales han sido aún más estrictos en la interpretación del art. 44 del ET y no lo han aplicado pese a poder apreciarse ese desplazamiento patrimonial. Así, se ha considerado que no existe transmisión cuando el empresario saliente se limita a facilitar los elementos patrimoniales necesarios pero no cede una unidad organizada y autónoma que permita la continuidad de la actividad empresarial<sup>948</sup>.

---

<sup>946</sup> Buen ejemplo de ello es la sentencia del TS de 20 de enero de 1996, ar. 115 que, en un supuesto de sucesión de concesionarios de un organismo autónomo, pese a declarar la inexistencia de subrogación porque los actores habían extinguido válidamente sus contratos con el anterior concesionario, reconoce que dicha subrogación podía haber existido porque el organismo autónomo otorgante ponía "a disposición de la empresa adjudicataria el centro de trabajo, herramientas, maquinaria y, en general, todos los medios necesarios para el desempeño de tal cometido. Cfr. también sentencias TS 9 de julio de 1991, ar. 5879 (rescate de una concesión administrativa por una Administración Pública), 20 de enero de 1990, ar. 180, 14 de diciembre de 1994, ar. 10093 y 3 de febrero de 1999, ar. 87 (sucesión de contratistas con cesión de infraestructura empresarial), 27 de octubre de 1994, ar. 8531 (contrata inicial resultante de una escisión parcial de la empresa de una unidad operativa de informática que incorpora los elementos patrimoniales precisos para su explotación como contratista), TSJ Aragón 9 de marzo de 1994, as. 1319 y 3 de mayo de 1995, esta última incorporada como anexo por MARTÍNEZ GARRIDO, L.R. "Tratamiento laboral ...", op. cit., pág. 598 (en la sucesión de adjudicatarios del servicio de comedor de un colegio público, en un caso, y de un albergue municipal, en otro, pondera, para apreciar la transmisión, la puesta a disposición del nuevo contratista de los elementos patrimoniales necesarios para la explotación) y TSJ Galicia 31 de mayo de 1996, as. 1486 (atribuye relevancia a la puesta a disposición del nuevo empresario del local e instalaciones donde ejercía su actividad el anterior)

<sup>947</sup> CAMPS RUIZ, L.M. "Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa", op. cit., pág. 24 y GONZÁLEZ BIEDMA, E. "El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo", op. cit., pág. 121.

<sup>948</sup> Sentencias TS ud. 19 de marzo de 2002, ar. 6465, 19 de junio de 2002, ar. 7492 y 25 de junio de 2002, ar. 8927 (reversión a un Ayuntamiento de la contrata del servicio de recaudación). Sentencias TS 25 de octubre de 1996, ar. 7793, TSJ Aragón 16 de julio de 1997, incorporada como anexo por MARTÍNEZ GARRIDO L.R. "Tratamiento laboral ...", op. cit., pág. 601 (sucesión de contratistas del servicio de restauración y limpieza en un colegio. Nótese, en esta sala, el cambio de criterio respecto a sus anteriores sentencias, ya citadas, de 9 de marzo de 1994 y 3 de mayo de 1995). Sentencia TSJ Comunidad Valenciana 6 de septiembre de 1996, as. 2867 (arrendamiento de las instalaciones de una central hortofrutícola).

En relación con el segundo supuesto, cuando existen cláusulas subrogatorias previstas en convenios colectivos y en los pliegos de condiciones de las concesiones administrativas, resulta oportuno matizar que su operatividad no supone o implica la aplicación del art. 44 del ET y de las consecuencias normativas en él previstas, de tal manera que los efectos de la sucesión serán sólo los previstos por la norma sectorial<sup>949</sup>. Dichas cláusulas tan sólo toman como modelo el art. 44 del ET para disponer un efecto subrogatorio similar al contenido en el precepto, permitiendo así su extensión a supuestos, como los ahora estudiados, donde dicho efecto subrogatorio no podría tener lugar por no tratarse en puridad de verdaderas transmisiones de empresa<sup>950</sup>.

Así, en estos últimos supuestos, la subrogación del nuevo empresario en las relaciones laborales del anterior se producirá con la mera sustitución en la prestación de servicios, con independencia de que se transmitan o no elementos patrimoniales suficientes<sup>951</sup>. La razón de ello estriba en que, en este caso, el

---

<sup>949</sup> CABEZA PEREIRO, J. "Las perspectivas de los trabajadores de contratas de limpieza tras la sentencia Hernández Vidal", AL, n° 32, 1999, pág. 607.

<sup>950</sup> Ni que decir tiene que, en consecuencia, las previsiones del precepto sobre corresponsabilidad solidaria y deber de notificación a los representantes de los trabajadores no tendrán, en estos casos, operatividad alguna.

También, pero sólo en relación con las cláusulas subrogatorias previstas en los pliegos de condiciones administrativas, no podrá tener operatividad para los trabajadores el carácter obligatorio de la subrogación, mas propio de las transmisiones ex art. 44 del ET, que de estas subrogaciones pactadas en tanto entrañan una novación contractual que normalmente exigirá la aquiescencia de los trabajadores afectados para que pueda tener lugar. En este sentido, se ha pronunciado la más reciente jurisprudencia unificadora, vid. Sentencias TS 29 de febrero de 2000, ar. 2413 y 11 de abril de 2000, ar. 3946 y 23 de octubre de 2001, ar. 1507 (vol. de 2002), que hacen valer la oposición expresa de los trabajadores a la subrogación prevista en el pliego de condiciones administrativas para la adjudicación por AENA del servicio de handling de pasajeros de líneas aéreas. En el mismo sentido, vid. Sentencia TS 8 de marzo de 2002, ar. 7524, en relación a la subrogación pactada en una contrata concertada entre una clínica privada y una empresa de limpieza.

<sup>951</sup> GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J. "Una mirada en el tiempo a la normativa subrogatoria en materia laboral: el cambio en la titularidad de la empresa" en "Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea. Madrid (Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense), 1999, págs. 343 y 344.



elemento constitutivo de la sucesión es, o bien el propio convenio colectivo que, como se sabe, es fuente de Derecho con fuerza de obligar<sup>952</sup>, o bien el pliego de condiciones cuya obligatoriedad, para la doctrina administrativista, deriva de su naturaleza contractual y, por tanto, de su eficacia como *lex contractus* para las partes y para la Administración<sup>953</sup>.

Con esta fórmula convencional se trata de reforzar el principio de estabilidad en el empleo y de conservación del negocio<sup>954</sup>, extendiendo una de las previsiones garantistas del art. 44 a supuestos que generalizadamente se entiende que escapan de su supuesto de hecho. Por este motivo las cláusulas subrogatorias pueden explicarse desde la perspectiva de la tradicional mejora por vía convencional de la normativa estatal<sup>955</sup>.

Ahora bien, para que las cláusulas subrogatorias de los convenios colectivos desplieguen toda su operatividad se precisa que concurren dos requisitos genéricos: en primer lugar, que el convenio colectivo en el que se inserta la cláusula sea aplicable

---

<sup>952</sup> Ex art. 37 CE, 3.1 b) y 81.2 del ET. SEMPERE NAVARRO, A.V. "La sucesión de contratas como subrogación empresarial", AS, 1997, vol. I, pág. 2537.

<sup>953</sup> LÓPEZ PELLICER, J.A. y SÁNCHEZ DÍAZ, J.L. "La concesión administrativa en la esfera local. Servicios, obras y dominio público". Madrid (Instituto de Estudios de Administración Local), 1976, págs. 94 y 95. SÁNCHEZ ISAC, J. "Teoría y práctica de las concesiones de servicios locales", Barcelona (Bayer Hnos.), 1992, pág. 206.

<sup>954</sup> SALA FRANCO, T. ha destacado en el art. 44 del ET la finalidad de "proteger la estabilidad en el empleo de los trabajadores de las empresas contratistas", Cfr. "La sucesión de contratas", en AAVV. "La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar", Valladolid (Lex Nova), 2002, pág. 274

<sup>955</sup> De igual manera, en relación con este tipo de cláusulas, la doctrina ha suscrito que "las regulaciones sectoriales implican medidas de protección adicionales de las relaciones laborales en determinados sectores, y por ello reglas especiales respecto a la común y general". RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "Encadenamiento de contratas y transmisión de empresa", op. cit., pág. 27. En la misma línea se ha observado, con buen criterio a mi juicio, que la garantía de empleo del art. 44 es de derecho necesario relativo pues por convenio colectivo se puede extender a otros supuestos que no constituyan técnicamente una transmisión. Cfr. SERRANO OLIVARES, R. "La noción de empresa a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea". RL, 1997, vol. II, pág. 1326.

a la empresa entrante por encontrarse dentro de su ámbito de aplicación, y, en segundo lugar, resultando aplicable dicho convenio colectivo, que se cumplan todas y cada una de las exigencias establecidas en la cláusula convencional para su funcionalidad<sup>956</sup>.

La jurisprudencia ofrece abundantes ejemplos en los que la cláusula subrogatoria no ha desplegado su plena eficacia por la falta de alguno de esos dos requisitos. Así, en algunos casos, se pone de manifiesto la ausencia del primero de ellos, y la subrogación no ha podido tener lugar por tratarse de un convenio colectivo extraestatutario inaplicable a la empresa entrante que no estaba asociada a la patronal que lo suscribió<sup>957</sup>, o por tratarse de un convenio cuyo ámbito funcional no acoge a la empresa en cuestión, ya que se dedica a una actividad distinta<sup>958</sup>, se trata de un convenio meramente empresarial o la empresa entrante ya dispone de su propio convenio<sup>959</sup>. En otros casos, se ha negado virtualidad a la cláusula subrogatoria sencillamente

---

<sup>956</sup> La sentencia del TS 18 de septiembre de 2000, ar. 8299, contempla un interesante supuesto de aplicación de la cláusula convencional subrogatoria entre dos empresas contratistas de seguridad, pese a que el trabajador no se hallaba destinado a tiempo completo en la empresa principal. En idéntico sector de la actividad y también determinando la aplicación de una cláusula subrogatoria, vid. sentencia TS 11 de mayo de 2001, ar. 5206.

<sup>957</sup> TS 14 de diciembre de 1994, ar. 10093, 9 de febrero de 1995, ar. 789.

<sup>958</sup> Cfr. Sentencia TS 22 de mayo de 2000, ar. 4624, en la que se reconoce la inaplicabilidad de la cláusula subrogatoria del convenio de la hostelería aplicable a la contratista pero no a la empresa principal que por pertenecer al sector del metal le era aplicable otro convenio y la sentencia TSJ Madrid 31 de enero de 2002, as. 917, en la que, ante un supuesto de reversión a la empresa principal de una contrata de limpieza, declara inaplicable la cláusula subrogatoria prevista en el art. 24.5 del convenio colectivo de limpieza de la Comunidad de Madrid porque la empresa principal, dedicada a la actividad inmobiliaria, no se podía incluir dentro de su ámbito de aplicación.

<sup>959</sup> TS 12 de marzo de 1996, ar. 1071, 28 de octubre de 1996, ar. 7797, 15 de diciembre de 1997, ar. 1136, TSJ Castilla León 17 de octubre de 1995, as. 3757, TSJ País Vasco 13 de febrero de 1996, as.272, TSJ Galicia 3 de marzo de 1998, as. 631 y 26 de febrero de 1999, as.338, supuestos que ponen de manifiesto que es preciso la concurrencia de tres presupuestos: que el convenio colectivo donde se inserta la cláusula sea de ámbito sectorial, que la empresa entrante pertenezca al ámbito funcional y geográfico del convenio y que dicha empresa no disponga de un convenio colectivo propio en vigor.

porque los trabajadores desempeñaban funciones distintas a las contempladas por el convenio sectorial<sup>960</sup>.

En otras ocasiones no ha operado la subrogación por la ausencia del segundo de los requisitos mencionados, es decir, cuando en el supuesto de hecho se aprecia la carencia de alguna de las exigencias establecidas en el propio convenio para que tenga lugar la subrogación. De esta forma, no ha podido aplicarse la cláusula convencional en supuestos de reversión de la contrata por estar dicha cláusula exclusivamente prevista para la sucesión de contratistas<sup>961</sup> o cuando la contrata ha finalizado por voluntad del contratista y la subrogación sólo podía operar en los casos de rescisión por el comitente<sup>962</sup> o incluso cuando no se han cumplido los requisitos formales exigidos en la cláusula subrogatoria<sup>963</sup>.

---

<sup>960</sup> Vid. Sentencia TSJ Galicia 14 de noviembre de 2001, as. 4120, en la que no se considera aplicable la cláusula convencional porque el convenio era el de empresas de seguridad y los trabajadores desempeñaban funciones relacionadas con la prevención de riesgos laborales.

<sup>961</sup> TS 6 de febrero de 1997, ar. 999, TSJ Murcia 13 de enero de 1999, as. 1628.

<sup>962</sup> TSJ Cataluña 28 de abril de 1997, incorporada como anexo por MARTÍNEZ GARRIDO, L.R. "Tratamiento laboral ...", op. cit., pág. 609.

<sup>963</sup> En este sentido, es frecuente que se exija a la empresa saliente la entrega a la empresa entrante de la documentación relativa a la plantilla sobre la que se ha de subrogar: Sentencias TS 10 de diciembre de 1997, ar. 736 (vol. 1998), 9 de febrero de 1998, ar.1644, 30 de septiembre de 1999, ar. 9100, 10 de julio de 2000, ar. 8295 y TSJ Andalucía 22 de diciembre de 1998, as. 7800. En otros supuestos no procede la subrogación por la ausencia de otro tipo de requisitos de carácter más objetivo como la exigencia de una determinada antigüedad de los trabajadores a subrogar en el servicio objeto de contratación, o que la empresa sucedida no tenga otros centros de trabajo para dar ocupación a sus trabajadores, cfr. Sentencias TS 8 de junio de 1998, ar. 6693, 26 de abril de 1999, ar. 4532 y TSJ Madrid 5 de marzo de 1998, as. 1110. También es interesante la sentencia del TS 10 de julio de 2000, ar. 8295, donde se efectúa una interpretación sensu contrario de la cláusula subrogatoria de acuerdo con la cual dicha cláusula no podrá operar en supuestos como en el de autos donde se reduce el número de trabajadores vinculados a la ejecución de la contrata por tiempo superior a doce meses. En sentido parecido, vid. Sentencia TSJ Madrid 30 de mayo de 2002, Jur. 2002/200659. Por su parte, la sentencia del TS 20 de enero de 1996, ar. 115, concluye la ineficacia de la cláusula subrogatoria por haberse extinguido los contratos temporales por obra con ocasión de la extinción de la contrata. Esta solución, sin embargo, es discutible porque si el requisito de la vigencia de la relación laboral es exigible para la aplicación del art. 44, no tiene porqué serlo para la virtualidad de la cláusula convencional, a salvo, claro está, de previsión expresa en el convenio. Cfr., en el mismo sentido, CAMPS RUIZ, L.M. "Puntos críticos en el cambio de titularidad de la empresa", op. cit., pág. 42.

### III. LA DIRECTIVA 2001/23/CE SOBRE TRANSMISIÓN DE EMPRESAS Y LA DOCTRINA FLEXIBILIZADORA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: ¿UNA RELECTURA DEL ARTÍCULO 44 DEL ET?.

Como se ha visto, para la jurisprudencia del TS la mera sucesión empresarial en la ejecución de una determinada actividad productiva no da lugar a una transmisión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma si dicha sucesión no va acompañada de la transmisión de los elementos materiales y organizativos precisos para desarrollar una actividad empresarial, a salvo de una eventual cláusula subrogatoria expresamente prevista en convenio colectivo o en el pliego de condiciones que sea de aplicación a una concesión administrativa.

Sin embargo, la incidencia en esta materia de las Directivas comunitarias sobre transmisión de empresas (Directiva 77/187/CEE y 98/50/CE refundidas en la Directiva 2001/23/CE) y de la jurisprudencia emanada del TJCE al resolver las cuestiones prejudiciales planteadas por jueces nacionales ha conducido a un nuevo replanteamiento del problema y, por consiguiente, a cierta relativización de la posición patrimonialista que sostiene nuestro Tribunal Supremo. Resulta oportuno traer a colación ambos instrumentos del Derecho comunitario por su conocida repercusión en la interpretación y aplicación de los ordenamientos jurídicos nacionales: la Directiva constituye un útil criterio interpretativo de las normas internas<sup>964</sup>, y las sentencias del TJCE representan interpretaciones auténticas de la norma

---

<sup>964</sup> GONZÁLEZ BIEDMA, E. "El cambio de titularidad en la empresa en el Derecho del Trabajo", op. cit., págs. 66 y 69.

comunitaria que constituyen criterios válidos para los jueces nacionales ante casos similares<sup>965</sup>.

A pesar de que La Directiva 2001/23/CE no aborda de manera directa el problema de la mera sucesión en la ejecución de actividades descentralizadas, como es sabido, se ocupa de las repercusiones laborales de los "traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como consecuencia de una cesión contractual o una fusión" (art. 1.1 a)). Sin embargo, de la misma manera que, desde la óptica del Derecho interno, el debate giraba en torno a la aplicabilidad del art. 44 ET a los supuestos de sucesión en la mera actividad ejecutada en contratas, igualmente se plantea en relación con esta Directiva si dichos supuestos deben incluirse en el del ámbito de aplicación de la norma comunitaria. La respuesta a dicha cuestión permitirá comprobar si la norma estatutaria y la doctrina del Tribunal Supremo, anteriormente analizadas, se adecuan al sentido en el que la norma comunitaria es interpretada por la jurisprudencia del TJCE, o, en caso contrario, si es preciso readaptar aquellas en consonancia con la finalidad armonizadora que preside el Derecho Comunitario.

En este sentido, cabe constatar que el ámbito de aplicación de la Directiva viene configurado por dos parámetros: el procedimiento para la transmisión y el objeto de la transmisión.

En cuanto al procedimiento, la Directiva adopta un enfoque inicialmente restrictivo al referirse en el art. 1.1 a) a los traspasos de empresas que sean "resultado de una cesión contractual o una fusión". Así, del tenor literal de la norma se desprendería que sólo sería aplicable a las transmisiones que

---

<sup>965</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "La Directiva 77/187/CEE y la extinción del arrendamiento de empresa". RL, 1998, vol. I, pág. 40.

tuvieran lugar por virtud de un instrumento contractual o negocial, quedando fuera típicamente las sucesiones de contratistas y concesionarios donde la ausencia de tracto directo entre el empresario entrante y el saliente impide apreciar la contractualidad exigida en la norma.

No obstante, el TJCE ha efectuado una lectura flexible de la misma y ha entendido que es indiferente si en la transmisión es apreciable un vínculo contractual entre cedente y cesionario y, por tanto, si ésta se produce directa o indirectamente. Como afirma el profesor RODRÍGUEZ-PIÑERO, al TJCE "le es indiferente que la decisión concreta de transmitir sea unilateral, bilateral o impuesta judicialmente. Se busca una especie de voluntad remota, un marco contractual amplio en el que se produzca la transmisión"<sup>966</sup>. Así para el TJCE existirá cesión contractual en "todos los supuestos de cambio en el marco de relaciones contractuales de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa"<sup>967</sup>. No obstante, la inexistencia de vínculo contractual no siempre debe ser menospreciada ya que, pese a su relativa importancia, para el TJCE puede constituir un indicio de que no se ha producido transmisión en el sentido de la Directiva<sup>968</sup>.

---

<sup>966</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "La reforma de las directivas sobre reestructuración empresarial". RL, 1999, vol. I, pág. 1243

<sup>967</sup> Sentencia TJCE 18 de marzo de 1986, asunto Spijkers, C-24/1985, (TJCE 1986/65). Cfr. también, sentencia TJCE 10 de diciembre de 1988, asunto Daddy's Dance Hall, C-324/1986, (TJCE 1988/95), para un supuesto de sucesión de contratistas del servicio bar-restaurante de un teatro y sentencia TJCE 19 de mayo de 1992, asunto Redmond Stichting, C-29/1991, (TJCE 1992/99) para un supuesto en el que una Administración Pública cambia la entidad a la que otorgaba una subvención de ayuda a toxicómanos.

<sup>968</sup> Sentencias TJCE 11 de marzo de 1997, asunto Sűzen, C-13/1995, (TJCE 1997/45), y TJCE 10 de diciembre de 1998, asunto Hernández Vidal y otros, acumulados C-127/1996, C-229/1996 y C- 74/1997 (TJCE 1998/308), (ambas relativas a contratas de limpieza) y sentencia TJCE 10 de diciembre de 1998, asunto Sánchez Hidalgo y otros, acumulados C-173/1996 y C-247/1996 (TJCE 1998/309), (relativa a la sucesión de concesionarios de ayuda a domicilio en un Ayuntamiento)

Por tanto, a la luz de la jurisprudencia comunitaria, el procedimiento de transmisión no se erige necesariamente en un obstáculo para la inclusión de los supuestos de sucesión en la ejecución de actividades descentralizadas en el ámbito de aplicación de la Directiva<sup>969</sup>.

Mayores problemas reviste, en cambio, a tal efecto, la cuestión de cuál ha de ser el objeto de la transmisión. La ambigüedad de los términos con que se expresa la Directiva en este aspecto ha motivado que, a estas alturas, aún parezcan poco concluyentes las interpretaciones del TJCE y existan ciertos titubeos en la doctrina científica.

Partiendo del hecho de que el art. 1.1 a) de la Directiva refiere su aplicación a "los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario"<sup>970</sup>, conviene apuntar lo siguiente. En primer lugar, llama la atención un error de traducción evidenciado por el empleo del término "traspasos" para referirse a las transmisiones de empresas. Como se ha observado, dicho término es más propio del ámbito de los arrendamientos urbanos, por lo que no se entiende muy bien cómo no se aprovechó en su día la reforma de la Directiva (en 1998) para emplear, en su versión castellana, los términos "transmisión" o "sucesión"<sup>971</sup>.

---

<sup>969</sup> Nótese que el art. 1.1 a) de la Directiva 98/50/CE que modifica la Directiva 77/187/CEE mantiene idéntica expresión que su predecesora para referirse al procedimiento de transmisión: traspasos producidos "como resultado de una cesión contractual o de una fusión". Dado que uno de los fines de la nueva Directiva es acomodar la regulación anterior a la jurisprudencia del TJCE (tal y como se indica en la propia exposición de motivos de la norma), podía haberse aprovechado la ocasión para suprimir en el art. 1.1 a) toda referencia al procedimiento de transmisión que, como se ha visto, para el TJCE es irrelevante.

<sup>970</sup> Redacción prácticamente idéntica a la de la Directiva 77/187/CEE, a salvo de la mención a las "partes de empresas" que antes se encontraba ausente.

<sup>971</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "La reforma de la Directiva sobre reestructuración empresarial", op. cit, pág. 1238.

Pero lo que, a mi juicio, si ha resultado determinante en la norma comunitaria es la introducción en 1998 de un nuevo apartado b) en el art. 1.1, destinado a aclarar el concepto de traspaso adaptándolo a la jurisprudencia del TJCE que, hasta entonces, se había pronunciado sobre su significado<sup>972</sup>.

Ciertamente, la introducción de este apartado en la Directiva ha añadido un elemento de juicio añadido para determinar si se comprenden en el ámbito de la Directiva los supuestos de mera sucesión en actividades empresariales descentralizadas. En el art. 1.1 de la anterior Directiva 77/187/CEE, el único elemento de juicio lo constituía la referencia a la aplicabilidad de la norma comunitaria a "los traspasos de centros de actividad o partes de centros de actividad", extremo que, para parte de la doctrina y para el propio TJCE, pone de manifiesto que ya se estaba pensando en dichos supuestos<sup>973</sup>. Ahora, el art. 1.1 b) de la vigente Directiva se cuida de señalar que también se considerará traspaso o transmisión la de "una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria".

---

<sup>972</sup> Según el art. 1.1 b), "sin perjuicio de lo estipulado en la anterior letra a) y de las siguientes disposiciones del presente artículo se considerará traspaso en el sentido de la presente Directiva el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria". Este apartado fue en su día introducido en la Directiva 77/187/CEE por la Directiva 98/50/CE. Precisamente el concepto de traspaso que se contiene es el que ha sido literalmente incorporado al vigente art. 44 del ET por la Ley 12/2001 de 9 de julio.

<sup>973</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. "La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad", Madrid (Ibidem), 1999, pág. 114. El TJCE ha calificado como transmisión de una parte de centro de actividad la encomienda del servicio de limpieza y del servicio de cantina cuando antes era desempeñado directamente por el personal de la propia empresa. Cfr. TJCE 14 de abril de 1994, asunto Christel Schmidt, C-392/1992, (TJCE 1994/54) y TJCE 12 de noviembre de 1992, asunto Rask and Christensen Kantinen Service, C-209/1991, (TJCE 1992/184).



Con ello parece quererse indicar que la norma comunitaria no sólo contempla el traspaso (rectius, transmisión) de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, sino también el de una mera "entidad económica" entendida como actividad productiva organizada, concepto que bien podría identificarse con el de una actividad productiva desarrollada por contrata. La doctrina ha reparado en esto, señalando que puede constituir una entidad con identidad económica susceptible de transmisión "no sólo aquella que reúna los requisitos de patrimonialidad tradicionales, sino también aquella cuyo sustrato fáctico venga constituido por un conjunto de elementos personales organizados que hacen posible y son esenciales para la actividad"<sup>974</sup>.

En sintonía con esa doctrina, la jurisprudencia comunitaria anterior a la reforma de la Directiva adoptó un enfoque flexible en relación al objeto de transmisión e identificó transmisión de empresa con simple continuidad por distinto titular en la explotación de una actividad descentralizada, supuesto que para el tribunal comunitario encajaba en la noción "centros de actividad o partes de centros de actividad"<sup>975</sup>.

---

<sup>974</sup> GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J. "Una mirada en el tiempo a la normativa subrogatoria en materia laboral: el cambio de titularidad en la empresa", op. cit., pág. 346.

<sup>975</sup> Son representativas de esta postura las sentencias TJCE 19 de mayo de 1992, asunto Redmond Stichting, C-29/1991 (TJCE 1992/99) y TJCE 7 de marzo de 1996, asunto Mercx y Neuhuys, acumulados C-171/1994 y C-172/1994 (TJCE 1996/41). En la primera de ellas, ante un supuesto en el que una Administración Pública cambia la entidad beneficiaria de ayuda a toxicómanos, después de especificar que es preciso el mantenimiento de la identidad económica, constata que dicha entidad se ha conservado porque "la nueva persona jurídica efectivamente continúa o asume mediante las mismas actividades u otras análogas las funciones que se desempeñaban antes, debiéndose precisar que las actividades de carácter especial que constituyan funciones independientes podrán asimilarse, en su caso, a centros de actividad o partes de centros de actividad en el sentido de la Directiva". En la segunda, ante un supuesto de extinción de una concesión de venta en exclusiva de automóviles por un fabricante para otorgarla a un concesionario distinto, se insiste en que el criterio decisivo para determinar la existencia de transmisión es si la entidad mantiene su identidad en el sentido de continuidad en la explotación y minusvalora el hecho de que no se transmitiesen elementos patrimoniales aseverando que "la transmisión de elementos del activo no es determinante para que la entidad de que se trate conserve su identidad económica". Son también representativas de esta opinión favorable a la aplicabilidad de la Directiva las siguientes sentencias: TJCE 14 de abril de 1994, asunto Christel Schdmidt, C- (continúa...)

En los años noventa, sin embargo, puede apreciarse en la jurisprudencia del TJCE el inicio de un giro restrictivo en la interpretación del art. 1.1 de la Directiva, que implica una aproximación manifiesta a la tesis patrimonialista de nuestro Tribunal Supremo. En efecto, ahora van a ser escasos los supuestos de sucesión en contratas en los que se declare aplicable la Directiva porque para el TJCE no será indicativa la mera sucesión en la explotación de una determinada actividad, sino que el elemento relevante para determinar si la entidad transmitida mantiene su identidad lo constituirá la transmisión de un conjunto de bienes organizados y afectos a la producción, sean de carácter material o inmaterial. Así, el requisito exigido del mantenimiento de la identidad económica (traducido por la corriente anterior en la continuidad por el nuevo adjudicatario en el desempeño de tareas análogas) ahora es reemplazado por el de la transmisión del conjunto de elementos precisos para desarrollar la actividad económica<sup>976</sup>.

---

<sup>975</sup>(...continuación)

392/1992 (TJCE 1994/54), (contrata inicial en la que un empresario encomienda a otro la ejecución de trabajos de limpieza que antes efectuaba directamente), TJCE 10 de febrero de 1988, asunto Daddy's Dance Hall, C-324/1986 (TJCE 1988/95), (sucesión de contratistas del servicio bar-restaurante de un teatro), TJCE 12 de noviembre de 1992, asunto Watson Rask&Christensen Kantinen Service, C-209/1991 (TJCE 1992/184), (contrata inicial del servicio de cantina para empleados de una empresa cuando antes era desempeñado por personal propio). También la sentencia TJCE 18 de marzo de 1986, asunto Spijkers, C-24/1985 (TJCE 1986/65) insiste con claridad meridiana en la continuidad en la actividad como indicio decisivo para determinar si concurre ese mantenimiento de identidad afirmando que "conviene apreciar ... si se trata de una entidad económica todavía existente o ha sido enajenada, lo que resulta principalmente del hecho de que su explotación sea efectivamente continuada o retomada por el nuevo empresario, con mismas circunstancias económicas o actividades análogas".

<sup>976</sup> Precisamente esta nueva corriente en el tribunal comunitario fue la que inspiró en su día la modificación de la Directiva a efectos de aclaración del término traspaso tal y como ha sugerido la propia exposición de motivos de la Directiva 98/50/CE. En consecuencia con ello, algunas posiciones doctrinales han puesto de relieve que la reforma de la Directiva en 1998 venía a corregir el criterio flexible de la jurisprudencia comunitaria anterior y a instaurar un criterio material en sintonía con la posición del TS. Cfr. DEL REY GUANTER, S. "El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales del artículo 44 del TRET", TL, n° 61, 2001, pág. 334. Similar idea subyace en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "El mantenimiento de los derechos de los trabajadores ...", op. cit., pág. 177.

Este importante paso a un enfoque más restrictivo se vislumbra por vez primera en la sentencia TJCE 19 de septiembre de 1995, asunto Rygaard, C-48/1994 (TJCE 1995/54), en el que no se considera transmisión de empresa en el sentido de la Directiva la sucesión de una empresa en la realización de una obra que había comenzado otra, aún  
(continúa...)

De entre las sentencias del TJCE ilustrativas de este enfoque restrictivo es paradigma la de 11 de marzo de 1997<sup>977</sup> porque en sus fundamentos se condensan las argumentaciones más representativas de esta nueva orientación. Sucintamente son las siguientes:

a) La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (fundamento n° 13). Se pondera, como ya se ha dicho, la transmisión de la entidad sobre la mera continuidad en la actividad.

b) Uno de los elementos a tener en cuenta para determinar la aplicabilidad de la Directiva es la transmisión de elementos patrimoniales<sup>978</sup>. Sin embargo, para el TJCE la falta de dichos elementos no excluye en todo caso la transmisión (fundamentos n° 14 y n° 17).

c) No es suficiente para la existencia de una transmisión que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo contratista sea similar porque, según el tribunal comunitario, una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa (fundamento n° 15).

d) La pérdida de una contrata en beneficio de un competidor no supone la existencia de una transmisión porque, aunque pierde

---

<sup>976</sup> (...continuación)  
empleando un par de trabajadores de la anterior y utilizando el material que en la obra se encontraba.

<sup>977</sup> Asunto Süzen, C-13/1995 (TJCE 1997/45).

<sup>978</sup> Junto a este, el TJCE cita otros como: el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate, valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, que se haya transmitido o no la clientela, el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades; elementos que para el TJCE deben ser objeto de una evaluación conjunta.

un cliente, la contratista inicial no deja de existir, sin que pueda colegirse que uno de sus centros de actividad ha sido cedido (fundamento nº 16).

e) El juzgador nacional debe tener en cuenta el tipo de empresa o centro de actividad que se trate porque dicho elemento modula la importancia que debe atribuirse a cada uno de los factores a tener en cuenta para determinar si existe transmisión. Así, en las empresas del sector terciario donde son escasos los elementos del activo material o inmaterial porque predomina el factor mano de obra, la transmisión no puede depender de la cesión de dichos elementos, sino de otros factores; especialmente que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores. En efecto, para el TJCE, en estos casos, un conjunto de trabajadores que ejerzan de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica (fundamentos nº 18, 20 y 21)<sup>979</sup>.

Recapitulando, el tribunal comunitario deja sentado que no puede haber transmisión en el sentido de la Directiva si, por un lado, no hay cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial ni, por otro lado, en su defecto, el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial, en términos de

---

<sup>979</sup> Es el elemento que tuvo en cuenta el TSJ de Castilla la Mancha en su sentencia de 30 de enero de 1999, as. 162, tras plantear al TJCE cuestión prejudicial y ser resuelta en sentencia TJCE 10 de diciembre de 1998, asunto Sánchez Hidalgo, acumulados C-173/1996 y C-247/1996 (TJCE 1998/309). La cuestión que se planteaba era si constituía un supuesto de transmisión de empresa y, por tanto, formaba parte del ámbito de aplicación de la Directiva la sucesión de dos concesionarios de ayuda a domicilio en un Ayuntamiento. El TJCE, al igual que en la sentencia Süzen, enumera las circunstancias a tener en cuenta para resolver si existe transmisión de entidad económica, entre ellas, que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores empleados en la concesión. El TSJ de Castilla la Mancha se acoge a este criterio y resuelve que ha existido transmisión en el supuesto de autos "al haber asumido la nueva concesionaria lo que es básico en el ámbito concreto del sector de actividad concertada, es decir, los trabajadores que venían prestando la misma, que son objeto de contratación por la nueva concesionaria, lo que les define como entidad económica"

número y competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba a esa actividad<sup>980</sup>

Así pues, parece que el TJCE ha terminado sintonizando con la tesis de nuestro Tribunal Supremo al no bastar para la transmisión la simple continuidad en el desempeño de la misma actividad productiva, siendo preciso el elemento añadido de la transmisión de todo o parte del activo empresarial. En este sentido, el tribunal de Luxemburgo ha afirmado, ya sin rodeos, que "una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa. Su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación, o, en su caso, los medios de explotación de que dispone"<sup>981</sup>.

Pero lo que a todas luces resulta criticable en la doctrina de este tribunal radica en que como "ratio decidendi" se basa en la circunstancia consistente en que el nuevo empresario se haga cargo de la totalidad o parte de los trabajadores que el primitivo contratista empleaba en la contrata. Y es que resulta difícil conjugar ese indicio jurisprudencial con el art. 44 del ET, habida cuenta de que, a la vista del precepto estatutario, está claro que la subrogación del nuevo empresario en las relaciones laborales del anterior no forma parte de su supuesto

---

<sup>980</sup> Es también representativa de esta posición la sentencia TJCE 10 de diciembre de 1998, asunto Hernández Vidal, acumulados C-127/1996, C-229/1996 y C-74/197 (TJCE 1998/308). El asunto central (planteado por el TSJ de Murcia y resuelto en sentencia de 13 de enero de 1999, as. 1628) lo constituía la reversión de una contrata de limpieza en la que el empresario principal no se hizo cargo del personal ocupado en la contrata. Como cabía esperar, el TJCE resolvió que el supuesto no estaba comprendido en el ámbito de la Directiva y el TSJ de Murcia, en consecuencia, no apreció una transmisión de empresa.

<sup>981</sup> Sentencia TJCE 26 de septiembre de 2000, asunto Didier Mayeur, C-175/99 (TJCE 2000/212) y las ya citadas en asunto Sützen, apartado 15, asunto Sánchez Hidalgo, apartado 30 y asunto Hernández Vidal, apartado 30. Este criterio de corte patrimonialista es continuado en la posterior sentencia TJCE 25 de enero de 2001, asunto Liikenne, C-172/99 (TJCE 2001/22) que, ante un supuesto de sucesión de concesionarios para la explotación de líneas locales regulares de autobuses, concluyó la no aplicabilidad de la Directiva "cuando no existe transmisión de elementos patrimoniales significativos entre las dos empresas".

de hecho sino que más bien constituye una consecuencia jurídica cuando el mismo concurre<sup>982</sup>.

Por otro lado, nótese que el TJCE vincula la utilización de este indicio interpretativo a aquellos casos en que las empresas implicadas en la sucesión sean empresas del sector terciario, cuyo principal activo lo constituya precisamente la mano de obra (empresas contratistas de servicios de limpieza o vigilancia, por ejemplo). El razonamiento se basa en que, ante la ausencia en estas empresas de elementos significativos del activo material o inmaterial, la existencia de una transmisión no puede depender de la cesión de dichos elementos sino más bien de que el nuevo empresario se haga cargo de la mayoría de trabajadores empleados por su antecesor<sup>983</sup>.

Yendo más allá del razonamiento crítico que se acaba de exponer, existe otra razón para discrepar de ese argumento jurisprudencial. A mi juicio, aunque no deja de ser cierto que en las unidades productivas del sector terciario predomina el elemento humano sobre el material, este último no es, ni mucho

---

<sup>982</sup> En el mismo sentido, SEMPERE NAVARRO ha sostenido que la asunción del personal existente por el nuevo contratista como factor de calificación jurídica "provoca cierta perplejidad pues equivale a determinar la existencia de una institución jurídica por sus efectos, y no por la concurrencia de sus elementos ontológicos". Cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V. "La sucesión de contratas como subrogación empresarial", op. cit., pág. 2538. La práctica generalidad de la doctrina ha criticado la utilización de este indicio por el TJCE porque supone, al menos desde el plano de nuestro ordenamiento interno, confundir el efecto con la causa. Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "La reforma de las directivas sobre reestructuración empresarial", op. cit., pág. 1242, nota a pie n° 27. MARTÍNEZ MORENO, C. "Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratación", RL, n° 11, 1999, pág. 28. GARCÍA ORTEGA, J. "La sucesión de contratistas" en AAVV "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 354. En contra, GÓMEZ ABELLEIRA, F. "Cambio de contratista y sucesión de empresa, en especial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", AL, n° 16, 2002, pág. 334.

<sup>983</sup> Una continuación de esta línea interpretativa puede apreciarse en la sentencia TJCE 24 de enero de 2002, asunto Temco Service Industries SA, C-51/00 (TJCE 2002/29) que contempló un supuesto de sucesión de subcontratistas de limpieza en la industria del automóvil y se reconoció la aplicabilidad de la Directiva, pese a no haberse podido verificar transmisión patrimonial alguna, porque el nuevo contratista se subrogó en parte de las relaciones laborales de su antecesor en cumplimiento de un cláusula subrogatoria prevista en el convenio colectivo de aplicación.

menos, inexistente como pretende darse a entender. En efecto, este tipo de empresas, debido a las naturales exigencias organizativas y de identidad, han de disponer de activos como una base física, oficinas, mobiliario, útiles de trabajo, cartera de clientes y nombre comercial, elementos que hipotéticamente pueden ser objeto de cesión y, por consiguiente, pueden ser tenidos en cuenta para evaluar la existencia de una transmisión de empresa<sup>984</sup>.

#### IV. LA DUALIDAD DE CONCEPCIONES DE LA EMPRESA Y SU INCIDENCIA EN LA OPERATIVIDAD DEL ARTÍCULO 44 DEL ET: LOS CRITERIOS DE LA EMPRESA-ORGANIZACIÓN Y LA EMPRESA-ACTIVIDAD.

Aunque, como se ha visto, el TJCE en sus últimos pronunciamientos ha terminado por sintonizar con la postura restrictiva de nuestro Tribunal Supremo (en el sentido de no calificar como transmisión de empresa la mera sucesión en la ejecución de actividades descentralizadas, a menos que se produzca, con ocasión de la misma, una cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial), sin embargo, el debate en torno a esta cuestión aún no puede considerarse cerrado. La amplitud de los términos en que se encuentra redactado el art. 1 de la Directiva 2001/23/CE, junto a su mera reproducción en el art. 44 del ET, ha dado pie a la proliferación

---

<sup>984</sup> Precisamente en esta línea, la sentencia del TSJ Madrid 15 de enero de 2002, as. 914, apreció la existencia de transmisión entre dos empresas dedicadas a la agencia de seguros en tanto la cesionaria había asumido la cartera de clientes de la primera "que es el principal activo y base sustentadora del negocio, siendo absolutamente accesorias las instalaciones". A igual solución se llega en la sentencia del TSJ Castilla la Mancha 30 de enero de 1999, as. 162. Además, no se debe pasar por alto que el propio TJCE para la existencia de la transmisión viene ponderando elementos como la transmisión o no de elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, la transmisión de elementos inmateriales y de la clientela. Cfr. Sentencias TJCE ya citadas en asuntos Süzen, Sánchez Hidalgo y otros, Didier Mayeur, Temco Service Industries, SA y Liikenne.

en nuestra doctrina de nuevas hipótesis interpretativas discrepantes con los criterios jurisprudenciales predominantes.

En efecto, la referencia que expresamente hace la norma comunitaria a "centros de actividad y partes de centros de actividad" como posibles objetos de transmisión, y la aclaración que se efectuó del término "traspaso" en el sentido de comprender "el de una entidad económica que mantenga su identidad" (aclaración que ha llegado a trascender al propio art. 44 del ET) ha supuesto la introducción de un relevante elemento de flexibilidad que ha animado a cierto sector doctrinal a plantear una relectura del art. 44 ET con apoyo en la tradicional jurisprudencia del TJCE, proclive a su aplicabilidad en los supuestos antedichos, poniendo en tela de juicio la constante y ya clásica doctrina patrimonialista del Tribunal Supremo.

El debate doctrinal entablado entre los partidarios de la tesis patrimonialista y aquellos otros que abogan por una lectura flexible del art. 44, comprensiva de estos supuestos, pivota en torno a la propia concepción de empresa como objeto de transmisión. En este sentido, para un sector, el centro de imputación genuino de la normativa sucesoria es la empresa entendida como "empresa-organización" y, para otro, lo es entendida como "empresa-actividad"<sup>985</sup>.

La tesis de la "empresa-organización" concibe la empresa como unidad económica susceptible de explotación inmediata y directa, esto es, como un conjunto organizado de elementos patrimoniales cuya finalidad es la explotación de una actividad

---

<sup>985</sup> Como exponentes en la defensa de cada una de estas concepciones de la empresa y su incidencia en la aplicabilidad del art. 44 a la sucesión en contratas, pueden consultarse: sosteniendo la primera, GONZÁLEZ BIEDMA, E. "Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios", RL vol. II, 1993, págs. 240 y ss., y sustentando la segunda, MONEREO PÉREZ, J.L. "La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad", op. cit., págs. 19 y ss.



económica. Así, la empresa se define por la vinculación de una serie de elementos personales, materiales e inmateriales a la finalidad económica para la que ha sido creada. Se trata de la concepción clásica de empresa propia de la postura patrimonialista pues, si se recuerda, esta posición interpretativa vincula la transmisión al desplazamiento de un conjunto organizado de elementos patrimoniales que configuran una unidad empresarial<sup>986</sup>.

La tesis de la "empresa-actividad", en cambio, opta por una concepción funcional de la empresa entendida como actividad productiva organizada para la consecución de determinados fines en el mercado. El acento no se pone aquí en los elementos vinculados a la actividad productiva sino en la propia actividad productiva. Esta concepción es característica de aquel sector que defiende la aplicación extensiva del art. 44 del ET a los supuestos de sucesión en contratas, y ello, en tanto que el tenor literal de la Directiva comunitaria permite atribuir a la actividad productiva objeto de la contrata entidad suficiente (equiparable a la de la empresa en sentido tradicional) para constituir un objeto de transmisión<sup>987</sup>.

Como fácilmente puede vislumbrarse, en el debate sobre la procedencia o no de una lectura extensiva del art. 44 del ET, resulta trascendental la opción por cualquiera de ambas concepciones de empresa. Evidentemente, cada una de ellas constituirá el elemento vertebrador de los argumentos que pueden erigirse en un sentido o en otro.

---

<sup>986</sup> Esta noción de empresa se aproxima a la que ha utilizado parte de la doctrina mercantilista, cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. "Instituciones de Derecho Mercantil" (I). Introducción, empresa y sociedades. Madrid (RDP), 18ª edic., 1995, pág. 59.

<sup>987</sup> Para una exposición sucinta de esta concepción y de la anterior, cfr. MONEREO PÉREZ, J.L. "La responsabilidad empresarial ...", op. cit., págs. 168 y 169. SERRANO OLIVARES, R. "La noción de empresa a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", op. cit., págs. 1301 y 1302.

Así, como se ha dicho, a partir de la tesis patrimonialista se sostiene que el art. 44 no es aplicable a los supuestos de sucesión de contratistas o reversión de la contrata porque en dicho supuesto se encuentra ausente el principal presupuesto aplicativo del precepto: no se transmite la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma porque el sustrato material vinculado a la actividad realmente no se transmite, es más, ni siquiera hay transmisión de actividad organizada cuando el nuevo contratista aporta su propia organización<sup>988</sup>.

Efectivamente, desde el punto de vista del concepto "empresa-organización", la contrata no resulta ser el objeto de transmisión previsto en el art. 44 del ET, desde el momento en que, la contrata no puede calificarse como empresa, centro de trabajo, o unidad productiva autónoma, sino como una mera relación jurídica entre dos empresarios. Por lo demás, incluso no se trata de la transmisión de una relación jurídica sino de la extinción de una y del nacimiento de otra nueva y distinta<sup>989</sup>. En definitiva, como ha afirmado algún autor, del tenor literal del art. 44 se desprende que este es aplicable cuando la transmisión se circunscribe a una empresa o a una unidad de la misma pero no a una mera prestación contractual realizada para un tercero<sup>990</sup>.

En cuanto al sector doctrinal que sostiene la viabilidad de la aplicación extensiva del art. 44 ET a la sucesión de

---

<sup>988</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "Encadenamiento de contratas y transmisión de empresa", op. cit., pág. 24. En contra, MONEREO considera que la contrata no comporta transferencia en sentido material de una organización productiva preexistente, pero sí de una actividad específica organizada. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L. "La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad", op. cit., pág. 34.

<sup>989</sup> Se ha señalado además que, aún admitiendo a efectos dialécticos que exista una cesión de contrato, lo que se transmitiría es una posición jurídica pero no una unidad productiva. Cfr. GONZÁLEZ BIEDMA, E. "Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios", op. cit., pág. 280.

<sup>990</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. "Derecho del Trabajo", Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces), 10ª edic., 2002, pág. 939.

contratistas, ha tomado siempre como punto de partida la idea de "empresa-actividad" para barajar distintos argumentos reconducibles todos a dicha concepción de la empresa como objeto de transmisión.

En primer lugar, ha sido frecuente poner el acento en la ratio teleológica del art. 44 del ET, razonando que la solución que opta por la aplicación extensiva del precepto a estos supuestos es la que mejor se acomoda a su finalidad tuitiva. De la misma manera, se ha puesto de relieve que la Directiva comunitaria, cuya incidencia en la interpretación del art. 44 ya ha sido puesta de relieve, tiene como objetivo principal, más que garantizar el pago de obligaciones empresariales pendientes, el mantenimiento de las relaciones laborales preexistentes incluso en los supuestos de sucesión cronológica en el ejercicio de una actividad productiva. La referencia expresa que la norma comunitaria efectúa en su exposición de motivos a dicha finalidad protectora ha permitido apostar, en este sentido, por la necesidad de una interpretación extensiva del art. 44 ET<sup>991</sup>. Esa finalidad protectora que preside la Directiva se ha trasladado a la jurisprudencia del TJCE donde se acentúa la protección de los intereses de los trabajadores frente al criterio de nuestro TS que tiende a proteger la posición de las empresas contratistas y comitentes<sup>992</sup>.

Por otro lado, si se parte de una visión literal del precepto estatutario, la mención que efectúa a las unidades productivas autónomas como objeto de transmisión ha permitido a parte de la doctrina sostener que está contemplando la sucesión

---

<sup>991</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. "La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad", op. cit., pág. 32.

<sup>992</sup> Cfr., en el mismo sentido, RIVERO LAMAS, J. "La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo", en AAVV. "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo", X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid (MTAS), 2000, pág. 57.

de contratistas en tanto la actividad descentralizada, considerada en si misma, puede ser conceptualizada como una unidad productiva autónoma<sup>993</sup>.

Además, también de acuerdo con una lectura literal de la norma, se puede observar que el art. 44 del ET no exige, en modo alguno, que exista una transmisión patrimonial mínima. Dicho requisito es fruto de una construcción teórica del TS y no puede extraerse de la letra del precepto. También, si se tiene presente la Directiva comunitaria y la jurisprudencia emanada en torno a ella, se puede llegar a relativizar la importancia del elemento patrimonial pues, como se ha visto, para el TJCE constituye un indicio y no un presupuesto definidor de la transmisión<sup>994</sup>.

Desde otro punto de vista, poniendo ahora la atención en los efectos que se anudarían a la no subrogación y se derivan de la interpretación de la norma de acuerdo con el criterio

---

<sup>993</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ha apuntado que la aplicación del art. 44 se ha defendido por razones intrínsecas, pues la actividad sigue siendo la misma, vinculada al círculo productivo de la empresa principal y por razones extrínsecas, ya que se trata de una unidad productiva autónoma. Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "Encadenamiento de contratas y transmisión de empresa", op. cit., pág. 24. GONZÁLEZ SÁNCHEZ ahonda en esta idea poniendo de relieve que, sobre todo en empresas del sector terciario donde la mano de obra organizada o la creación artística o intelectual constituyan el principal activo, la actividad en si misma puede ser considerada como unidad productiva asimilable a una explotación susceptible de transmisión. Cfr. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J. "Una mirada en el tiempo a la normativa subrogatoria en materia laboral: el cambio en la titularidad en la empresa", op. cit., pág. 345. Por otra parte, téngase en cuenta que la consideración de la actividad descentralizada como unidad productiva autónoma parece que no encaja mal con la definición que el TS efectúa de esta última como "unidad socioeconómica de producción o explotación susceptible de poder disgregarse de la empresa y de actuar con autonomía". TS 9 de octubre de 1988, ar. 7553.

<sup>994</sup> Recuérdese que la sentencia TJCE 11 de marzo de 1997, asunto Süzen, ya citada, argumentaba que "aunque la transmisión de elementos del activo figura entre los diferentes criterios que han de tomarse en consideración para determinar si se ha producido realmente una transmisión de empresa, la falta de tales elementos no excluye necesariamente la existencia de dicha transmisión" (Fundamento n° 17). En contra, el TS ha señalado que la exigencia de desplazamiento patrimonial para la sucesión de empresa no contradice el art. 1.1 de la Directiva 2001/23 porque la jurisprudencia comunitaria se refiere a empresas en el sentido de explotación con identidad económica propia y en el objeto de una contrata no concurre esa cualidad. TS unif. doctr. 27 de diciembre de 1997, ar. 9639. Sin embargo, la doctrina también ha reparado en que es discutible que la presencia del elemento patrimonial sea imprescindible para apreciar un cambio de titularidad porque "supone la elevación a categoría jurídica de lo que no es sino mero indicio instrumental" para el Tribunal comunitario. Cfr. CRUZ VILLALÓN, J. "Outsourcing y relaciones laborales", op. cit., pág. 285.

patrimonialista, los profesores ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE han juzgado "excesivo" que los trabajadores del empresario principal tengan que seguir siéndolo cuando contrata con otros empresarios la realización de las tareas que antes desempeñaban pues, a su juicio, dicha circunstancia equivaldría en la práctica a la prohibición de las contratas<sup>995</sup>.

En último lugar, la doctrina partidaria de la aplicación extensiva del art. 44 ET ha reprochado a la tesis patrimonialista la comisión de un error de tipo conceptual que la hace situarse alejada de la realidad de la actividad empresarial y del fenómeno descentralizador. Lógicamente, aquí es donde se pone de manifiesto con mayor intensidad el conflicto que subyace entre las distintas concepciones de empresa ("empresa-actividad" y "empresa-organización").

Para este sector de la doctrina, el concepto de empresa como objeto de transmisión que manejan las tesis patrimonialistas es inadecuado para el Derecho del Trabajo por tratarse de un concepto rígido, extraído de la economía, y que, por tanto, resulta escaso, incluso inoperante, a la vista de las constantes transformaciones que experimenta el espacio socioeconómico donde se desenvuelve la actividad empresarial objeto de imputación normativa de nuestra disciplina<sup>996</sup>.

---

<sup>995</sup> ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E. "Derecho del Trabajo", op. cit., pág. 414 y nota a pie n<sup>o</sup> 68. Aunque dichos autores sólo se refieren al "dueño de la actividad" a mi juicio hay que entender que el problema se puede extender también al empresario contratista cuando cesa en la contrata y es sustituido por otro o revierte la contrata al empresario principal.

<sup>996</sup> Esta idea es desarrollada extensamente por el profesor MONEREO que advierte que la concepción patrimonialista de la empresa conduce a cierto "determinismo economicista del Derecho" pues traduce la realidad jurídica a "simples términos económicos". El autor aboga por un concepto funcional de empresa que puede tener acogida en el art. 44 porque es más acorde con su ratio teleológica y con las transformaciones producidas en las actuales relaciones de producción originadas por la crisis del taylorismo y la irrupción de nuevos modelos de organización industrial. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L. "La noción de empresa ...", op. cit., págs. 42, 46 y 116. Igual crítica al concepto patrimonialista de empresa a efectos de transmisión puede apreciarse en CRUZ VILLALÓN, J. "Outsourcing y relaciones laborales", op. cit., pág. 286.

## V. EL PROBLEMA DE FONDO: EL NECESARIO EQUILIBRIO ENTRE LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y EL NORMAL FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO DE CONTRATAS.

A la vista de la regulación de la transmisión de empresa que contiene el vigente art. 44 del ET, resulta harto difícil encontrar en la norma una solución concluyente al problema de su eventual aplicación extensiva en los supuestos de mera sucesión en la ejecución de actividades descentralizadas. Y es que la nueva definición de sucesión de empresa que se ha introducido en su apartado segundo, ofrece argumentos tanto para confirmar la incorporación en la norma de la tesis de la empresa-organización, como para pensar que se ha acabado abriendo paso en la misma la noción de empresa-actividad.

Así, para un sector de la doctrina, la nueva redacción del art. 44 definiendo la sucesión de empresa en el mismo sentido que recoge la Directiva parece consolidar legalmente el criterio patrimonialista que venía defendiendo el TS y al que con posterioridad se ha acercado el tribunal de Luxemburgo. En esta línea, no han faltado voces en la doctrina que ha entendido que la exigencia en la norma comunitaria y en el art. 44 del ET, relativa a que la entidad de la que se trate mantenga su identidad, "entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria", viene a validar la doctrina del Tribunal Supremo instaurando un concepto más material de transmisión y consagrando así el criterio de la empresa-organización<sup>997</sup>.

---

<sup>997</sup> VALDÉS DAL-RE, F., "La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional", Madrid (MTAS), 2001, págs. 59 a 61. SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F. "La sucesión de empresas tras la Directiva 2001/23 y la Ley 12/2001", en AAVV. "Análisis de la Ley 12/2001 de 9 de  
(continúa...)

Para otro sector, en cambio, el debate en torno a esta cuestión sigue sin estar cerrado tras la reforma del art. 44 del ET por la Ley 12/2001, porque la norma sigue sin abordarla de manera directa<sup>998</sup> o yendo más allá, se ha llegado a sostener que el término "medios organizados", empleado por la Directiva y por el art. 44.2 del ET para referirse al objeto de la transmisión, puede ir perfectamente referido, en los casos de sucesión de contratistas, "a la nueva actividad realizada por el personal sin sustrato patrimonial exigible, sencillamente porque no lo hay en esas empresas de servicios"<sup>999</sup>.

Ante semejantes discrepancias tal vez haya que enfocar el problema desde el punto de vista del equilibrio de los bienes jurídicos en juego, esto es, la estabilidad en el empleo de los trabajadores y el recurso empresarial a la contratación y subcontratación de sus actividades productivas en condiciones de normalidad en un contexto de libre iniciativa económica.

Así, abundando en la no aplicación del art. 44 del ET se puede argumentar que, en muchas ocasiones, el cambio de contratista obedece al descontento o insatisfacción del empresario principal en relación al modo en que el contratista originario ha estado desempeñando las tareas durante el encargo. En tales casos, la imposición ex lege de una subrogación en las

---

<sup>997</sup>(...continuación)

julio. La Reforma Laboral de 2001", Navarra (Aranzadi), 2001, págs. 167, 168 y 169. DEL REY GUANTER, S. "El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas ...", op. cit., pág. 334. MORALA GÓMEZ, A. "La nueva regulación de la sucesión de empresas", AL, n° 10, 2002, pág. 193.

<sup>998</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "El mantenimiento de los derechos ...", op. cit., págs. 190 y 191. El autor (pág. 192), en este sentido, llega a insinuar la conveniencia de una revisión de la clásica doctrina jurisprudencial a la luz del nuevo art. 44 del ET, propuestas revisoras que, con anterioridad, ya habían sido formuladas a la vista del texto de la Directiva y de la jurisprudencia comunitaria, cfr. TAPIA HERMIDA, A. "Derechos y deberes de los trabajadores y de los empresarios en las transmisiones de empresas según la nueva normativa comunitaria y el derecho interno español. (La necesidad urgente de una reinterpretación)", RTSSCEF, n° 195, 1999, pág. 90.

<sup>999</sup> SALA FRANCO, T. "La sucesión de contratas", op. cit., pág. 274.

relaciones laborales que dicho contratista mantenía vinculadas a su realización menoscabaría el legítimo interés del empresario principal a obtener la máxima eficacia productiva. Este problema se presentaría con mayor intensidad en aquellos sectores de la actividad donde el factor mano de obra juega un papel primordial en el funcionamiento de la organización. Piénsese, por ejemplo, en las industrias auxiliares de sectores como la construcción o automoción donde la especialidad de los trabajos requiere mano de obra muy cualificada, o en empresas del sector servicios (vigilancia, limpieza, etc.) donde predomina el papel del elemento humano sobre el de la infraestructura material<sup>1000</sup>.

Ese perjuicio que soporta el empresario principal se traduciría seguramente por su parte en un efecto disuasorio hacia la subcontratación desvirtuando ostensiblemente las ventajas inherentes a su función socioeconómica, dejando como única alternativa la producción centralizada, y determinando cierta "criminalización" de la descentralización productiva que sería contemplada como fenómeno patológico y no como instrumento útil para maximizar la eficacia de la organización productiva<sup>1001</sup>.

Junto a ello y, por ello, habría que sopesar el que, desde el prisma del resto de sujetos activos de la dinámica descentralizadora, el empresario principal podría no llegar a ser el único potencialmente perjudicado por los efectos que se deriven de una subrogación forzosa. Ciertamente, la subrogación puede ocasionar otro tipo de repercusiones lesivas para las empresas contratistas, por un lado, y para los trabajadores en ellas empleados, por otro.

---

<sup>1000</sup> Sobre este argumento, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "Encadenamiento de contratas y transmisión de empresa", op. cit., pág. 24 y CRUZ VILLALÓN, J. "Outsourcing y relaciones laborales", op. cit., pág. 288.

<sup>1001</sup> Idem, pág. 289. En términos similares, GONZÁLEZ BIEDMA, E. "Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios", op. cit., págs. 248 y 249.



En cuanto a las empresas contratistas, una subrogación impuesta podría menoscabar notablemente la libre competencia entre ellas porque, entre otros extremos, la imposición de una organización del trabajo predeterminada dificulta el abaratamiento de los costes de actividad y la mejora de la eficacia en la organización productiva, factores que realmente constituyen un obstáculo para el éxito de nuevas empresas<sup>1002</sup>.

A lo anterior se suma que el régimen de responsabilidad solidaria que disciplina el art. 44 y que pesa sobre las empresas participantes en la transmisión, podría liberar al anterior contratista de obligaciones laborales pendientes de pago y sujetar al contratista entrante cuando éste no las ha generado y ni siquiera ha podido tener conocimiento de su existencia por no mediar tracto directo con su antecesor. De esta forma, el nuevo contratista no sólo habrá de soportar una organización del trabajo predeterminada sino también deberá comenzar la ejecución del encargo en una situación de morosidad previa con la consiguiente merma en la rentabilidad de su negocio<sup>1003</sup>.

---

<sup>1002</sup> SERRANO OLIVARES, R. "La noción de empresa a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", op. cit., pág. 1319. Asimismo el profesor MONEREO ha reconocido que la continuidad de las relaciones laborales impuesta por el mecanismo sucesorio puede obstaculizar la creación de nuevas empresas, suponer su disolución o dificultar su reorganización añadiendo el efecto no previsto ni realmente querido por la norma de pérdida de puestos de trabajo con la correspondiente repercusión negativa que ello conlleva para la economía general y para los trabajadores en cuanto colectivo. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L. "Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa", op. cit., págs. 132 y 133. Por su parte, GONZÁLEZ BIEDMA insiste en la incidencia negativa de la subrogación forzosa sobre el libre juego de la competencia razonando que "difícilmente puede una empresa contratista competir con la que le precede en un determinado servicio a la hora de proporcionar una mejor oferta al empresario principal si no sólo el personal, sino incluso las cargas o deudas laborales le vienen inexorablemente impuestas". Cfr. GONZÁLEZ BIEDMA, E. "El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo", op. cit., pág. 118.

<sup>1003</sup> La doctrina ha considerado que esta circunstancia paralizaría la subcontratación porque ningún contratista querría subcontratar. Además, la ausencia de tracto directo entre los contratistas impide que el problema pudiese ser solucionado con un abaratamiento del precio estipulado para la contrata. Cfr. GONZÁLEZ BIEDMA, E. "Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios", op. cit., págs. 247 y 248.

En lo que respecta a los trabajadores empleados en la contrata, la subrogación tradicionalmente ha sido presentada como la solución más beneficiosa para sus intereses y más concretamente el de la estabilidad en el empleo<sup>1004</sup>. Incluso uno de los argumentos utilizado por la doctrina sustentadora de la concepción de la "empresa-actividad" (y, por tanto, proclive a la extensión aplicativa del art. 44 a la sucesión de contratistas) ha sido el efecto tuitivo que es innato al mecanismo subrogatorio<sup>1005</sup>.

No obstante, en este tipo de cuestiones donde las expectativas profesionales de los trabajadores implicados no tienen porqué ser necesariamente uniformes, las respuestas generalistas, que sobreentienden cuáles son sus intereses específicos, pueden resultar precipitadas<sup>1006</sup>. Es preciso, en este sentido, señalar que no siempre el interés del trabajador ha de ser el de cambiar de empresa porque constituya la contrapartida naturalmente asociada a la garantía de estabilidad en su empleo. La voluntad del trabajador puede ser, al contrario, la de continuar en la empresa donde se ha formado, recibido una especialización y desarrollado su carrera profesional. Piénsese además que, en la mayoría de las ocasiones, la empresa contratista saliente no desaparece sino que tiene otras actividades en funcionamiento, con lo que nada impediría que el

---

<sup>1004</sup> Recuérdese aquí que la doctrina es unánime al fundamentar la normativa sucesoria en el principio de estabilidad en la relación de trabajo.

<sup>1005</sup> En este sentido, se ha sostenido que "la pretendida exclusión de la empresa-actividad tendría como consecuencia jurídica-práctica el <<efecto mateo>>. Los trabajadores más desprotegidos quedarían desprovistos de las garantías del trabajo ... por un excesivo rigorismo formalista tras del cual subyace la prioritaria tutela de los intereses del empleador y los criterios de flexibilidad y liberalización del sistema de relaciones laborales". MONEREO PÉREZ, J.L. "La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad", op. cit., pág. 39.

<sup>1006</sup> En parecido sentido, ADOMEIT, si bien refiriéndose al principio de norma más favorable, ha opinado, con cierta hiperbolización, que los propios trabajadores "saben mucho mejor qué es lo más favorable para ellos que los profesores de Derecho laboral y también algunos sindicalistas". ADOMEIT, K. "El principio de favorabilidad", RT, n° 72, 1987, pág. 37.

trabajador mantuviese su vinculación con dicha empresa, respetándose asimismo su interés a la estabilidad en el empleo<sup>1007</sup>.

Por otra parte, si bien ya se ha dicho, que para algunos autores, la no subrogación equivaldría en la práctica a la prohibición de las contratas porque el empresario que cesa en la contrata se vería obligado a mantener la plantilla que destinó a su ejecución, en mi opinión, dicho argumento no parece compartible. Téngase en cuenta que el empresario contratista que cesa en la contrata no necesariamente han de verse encorsetado por el mantenimiento de la plantilla que antes destinaba a la ejecución de esa actividad ya que, en muchas ocasiones, podrá ocupar a esos trabajadores en otras tareas o centros de trabajo recurriendo a los conocidos mecanismos de la movilidad funcional y geográfica. Además de esta posibilidad, aun en el caso de que no sea posible ese cambio de ocupación, el empresario siempre podría acudir a la vía del expediente de regulación de empleo del art. 51 ET amparado en razones técnicas u organizativas<sup>1008</sup>. Por lo demás, parece que es más bien el supuesto contrario, el de la subrogación forzosa, el que obstaculizaría la subcontratación. Como ya se ha dicho, la extensión aplicativa del art. 44 produciría en ciertas empresas contratistas un efecto disuasorio en relación con determinadas contratas porque se verían obligadas a comenzar la ejecución de una actividad con unos costes previos y una organización productiva predeterminada, con la consiguiente merma de su autonomía organizativa, competitividad y eficacia.

---

<sup>1007</sup> En este sentido, GONZÁLEZ BIEDMA, E. "Los efectos jurídico-laborales ...", op. cit., págs. 246, 247 y 249, 250. Repárese también en que, en cualquier caso, la subrogación no inmuniza totalmente al trabajador en la conservación de su *statu quo* puesto que, una vez producida, no existe obstáculo para que el empresario proceda la despido por la vía del art. 51 o 52, o introduzca modificaciones en las condiciones de trabajo. Cfr. SERRANO OLIVARES, R. "La noción de empresa a los efectos de su transmisión ...", op. cit., pág. 1327 y RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO-FERRER, M. "El carácter indisponible del art. 44", RL, 1998, vol. I, págs. 74 y 75.

<sup>1008</sup> Soluciones que también han sido reflejadas por alguna posición doctrinal. Cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V. "La sucesión de contratas como subrogación empresarial", op. cit., pág. 2539.

En cuanto al concepto de empresa manejado por la doctrina patrimonialista, hay que considerar, en primer lugar, que es cierto que no se puede extrapolar al plano jurídico la noción económica de empresa pues, ciertamente, Derecho y Economía son disciplinas con principios estructurales y finalidades también distintas<sup>1009</sup>.

En segundo lugar, es preciso matizar que, en mi opinión, el concepto patrimonialista de empresa no coincide tanto con su acepción económica, acepción que pone el acento en su finalidad u objeto<sup>1010</sup>, como con la noción jurídica utilizada por el Derecho Mercantil e integrada por un elemento subjetivo (el empresario), un elemento funcional (su actividad organizadora) y un elemento objetivo (conjunto de bienes organizados por el empresario para la obtención de una finalidad económica)<sup>1011</sup>, siendo únicamente éste último aspecto el que puede identificarse conceptualmente con la noción patrimonialista de empresa. Desde este punto de vista, se pone de manifiesto que nada habría que objetar a la interpretación del art. 44 ET de acuerdo con esta acepción del término empresa pues, aún coincidente con la utilizada por el Derecho Mercantil, no se trata de una acepción económica sino jurídica.

Lo que si es cierto es que dicha concepción de la empresa, al estar aferrada estrechamente al componente material de la

---

<sup>1009</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y GALLEGU SÁNCHEZ, E. "Fundamentos de Derecho Mercantil" I. Introducción y empresa. Derecho de sociedades (Parte General. Sociedades de personas), Valencia (Tirant lo Blanch), 2ª edic., 2000, pág. 121. Para estos autores la diferencia radica en que "la economía es una ciencia puramente descriptiva, que formula reglas empíricas; el Derecho es una ciencia normativa que responde a criterios de equidad".

<sup>1010</sup> Así, como señalan FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y GALLEGU SÁNCHEZ, desde un punto de vista económico, la empresa es fundamentalmente una actividad económica diferenciada "por razón de su objeto: la producción y distribución de bienes y servicios valorables económicamente y destinados a satisfacer necesidades humanas". Idem, pág. 122.

<sup>1011</sup> URÍA GONZÁLEZ, R. "Derecho Mercantil", Madrid (Marcial Pons), 23ª edic., 1996, pág. 35. SÁNCHEZ CALERO, F. "Instituciones de Derecho Mercantil" (I), op. cit., págs. 56 a 59.

organización productiva, se presenta como exclusiva de los sectores industriales primarios dedicados a la fabricación de bienes materiales y no resulta apropiada para los incipientes sectores terciario (servicios) y cuaternario (outsourcing informático) donde la productividad no está tan vinculada a los elementos patrimoniales, de escasa cuantía o valor, sino a elementos de naturaleza inmaterial como la organización, volumen de negocios, know how, capital intelectual, clientela, etc.<sup>1012</sup>

Es dicha circunstancia la que ha motivado que parte de la doctrina defienda un concepto funcional de empresa cuyo carácter flexible permita dar cuenta de esa realidad de la actividad productiva. Como exponente de esta posición el profesor MONEREO se ha apoyado en el tratamiento jurídico flexibilizador que el TJCE efectúa del concepto de empresa transferida para defender dicho concepto funcional de empresa. Este autor pone de relieve como el Tribunal comunitario subraya la existencia objetiva de una despatrimonialización de la empresa en determinados sectores de las actividad que obligan al órgano jurisdiccional a asumir una concepción funcionalmente laboralizada de la empresa o núcleo empresarial objeto de transmisión<sup>1013</sup>.

---

<sup>1012</sup> Por esa razón se ha considerado que en el supuesto de hecho del art. 44 tiene cabida la transmisión, no sólo de elementos materiales, sino también inmateriales como los apuntados. Cfr. MARTÍNEZ MORENO, C. "Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratación", op. cit., pág. 20. Así, se ha reprochado a la tesis patrimonialista que el concepto "empresa-organización" utilizado por el TS no viene modulado en función del tipo de empresa que se trate, concretamente las de servicios donde la transmisión de elementos del activo no puede ser decisiva. Cfr. SERRANO OLIVARES, R. "La noción de empresa a los efectos de su transmisión ...", op. cit., págs. 93 a 96. En igual sentido, SALA FRANCO, T. "La sucesión de contratas", op. cit., págs. 273 y 274 y CRUZ VILLALÓN, J. "Outsourcing ...", op. cit., pág. 286.

<sup>1013</sup> MONEREO toma como apoyo los fundamentos jurídicos nº 18 y 21 de la sentencia Súzen, ya citada, para minusvalorar la transmisión de elementos patrimoniales como elemento definitorio de la sucesión empresarial. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L. "La noción de empresa ...", op. cit., págs. 36, 37 y 38. Efectivamente, en el primero de los fundamentos se afirma que "... el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta, en particular, el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate. De ello resulta que la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios de la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte de centro de  
(continúa...)

Sin embargo, en mi opinión, y, a falta de una regulación expresa de este fenómeno en el Estatuto de los Trabajadores, necesaria, por otra parte, dado su casuismo y entidad, es la tesis patrimonialista la que más se ajusta al supuesto regulado por el art. 44 del ET.

Además de los argumentos ya expuestos a favor de este criterio, es conveniente efectuar un par de consideraciones adicionales. Por un lado, llama la atención que, pese a tratarse de una cuestión de importancia suma, como pone de manifiesto su incidencia directa en el principio de estabilidad en el empleo, no haya sido objeto de un tratamiento específico en el ET. El legislador no ha hecho mención expresa a los supuestos de sucesión en la actividad desempeñada por contratas cuando, dada la especificidad del supuesto, lo más razonable es pensar que si hubiese querido anudar a estos supuestos consecuencias subrogatorias y de responsabilidad lo hubiese hecho expresamente.

Por otro lado, conviene reparar en que si uno de los principales argumentos barajados a favor de la aplicación extensiva del art. 44 es que constituye la solución más respetuosa con la estabilidad en el empleo de los trabajadores de las empresas contratistas, también es cierto que dicha estabilidad puede quedar igualmente tutelada a través de la operatividad, junto al art. 44, de las cláusulas subrogatorias de los convenios colectivos sectoriales<sup>1014</sup>. Constituiría así el

---

<sup>1013</sup>(...continuación)

actividad de que se trate. En particular, en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos"; y en el segundo, que "... en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica ..."

<sup>1014</sup> En este sentido, UGT y CCOO han reclamado en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 (ANC 2003) una mayor presencia de estas cláusulas. En (continúa...)

convenio colectivo el instrumento jurídico adecuado para normativizar las exigencias de estabilidad en el empleo de los trabajadores ocupados en contratas y para adaptar dichas exigencias a las peculiares características de cada sector de la actividad productiva donde sea habitual la producción descentralizada<sup>1015</sup>.

Hay que tener presente que el fundamento jurídico de dichas cláusulas se encuentra en la clásica función de mejora que el Derecho atribuye a los convenios colectivos sobre los mínimos legales. Dado que suponen una aplicación extensiva del efecto subrogatorio del art. 44 a supuestos no previstos en la norma, y con ello una extensión de su ámbito protector, responderían a la calificada por la doctrina "relación de complementariedad" que puede existir entre ley y autonomía colectiva. Dicha relación consiste en la consideración del tratamiento dispensado por la norma legal como un mínimo que el convenio colectivo debe respetar y, en su caso, mejorar en sentido favorable para los trabajadores<sup>1016</sup>. Por tanto, la participación de la negociación

---

<sup>1014</sup> (...continuación)

contra, MONEREO PÉREZ, J.L. "La noción de empresa ...", op. cit., pág. 121. No se desconoce aquí que resultaría mucho más garantista una subrogación prevista en la Ley, teniendo en cuenta los problemas, anteriormente expuestos, que pueden encontrar las cláusulas convencionales para su aplicación. En este sentido, son invocables las palabras del profesor SALA que, si bien referidas al art. 22 ET, apuntaban que "no hay duda de que la Ley garantiza más que la negociación colectiva". SALA FRANCO, T. "Dictamen acerca de la vigencia del Convenio num. 40 de la O.I.T. sobre licencia pagada de estudios". RL 1985, n° 1, pág. 125.

<sup>1015</sup> Téngase en cuenta, además, que en determinados sectores donde el volumen de actividad de las empresas contratistas sea constante y la especialización y cualificación de los trabajadores sea acentuada podría resultar interesante para estos y sus empresas la continuidad de sus relaciones laborales a través de otras fórmulas de estabilidad, distintas a la típica cláusula subrogatoria, como conversiones de contratos temporales en indefinidos o la ampliación de la duración mínima legal de determinados contratos temporales, con lo que la introducción de cláusulas subrogatorias sólo constituye una opción más, de entre las posibles en la parte social, para proteger la estabilidad en los puestos de trabajo.

<sup>1016</sup> La relación de complementariedad supone que el precepto legal y el convencional son autosuficientes, pudiendo funcionar con independencia; sin embargo, entre ley y convenio puede existir también relaciones de complementariedad consistentes, en cambio, en la remisión de la norma legal a la convencional, reenvío que origina una interdependencia entre ambas normas que se traduce en su necesaria aplicación conjunta. Cfr. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. "Ley y Autonomía Colectiva: un estudio (continúa...)"

colectiva a través de la introducción de cláusulas subrogatorias respondería y encontraría su fundamentación en la relación típica e históricamente predominante entre ley y convenio colectivo, es decir, la mejora por la norma pactada de los mínimos legales<sup>1017</sup>.

Desde la óptica no ya de su fundamentación sino de la protección de los trabajadores en la estabilidad en su empleo, la participación de la negociación colectiva con cláusulas subrogatorias no sólo es posible sino también, en muchas ocasiones, necesaria. No hay que olvidar, por una parte, que es frecuente que las empresas contratistas instrumenten las relaciones laborales con sus trabajadores a través del contrato temporal por obra o servicio determinado cuya duración se supedita a la duración de la propia contrata y, por otra, que la última corriente jurisprudencial del TS ha admitido la licitud de ese acotamiento temporal dando pie a la generalización de este tipo de prácticas<sup>1018</sup>.

En cualquier caso, es a la vista de la actual posición del TS, más tolerante con estas prácticas, donde cobra mayor sentido tuitivo el papel que pueden desempeñar las cláusulas subrogatorias de los convenios colectivos. En efecto, en tanto no se ponga en marcha una reforma legal para solucionar el problema de fondo cual es la utilización abusiva del contrato por obra o servicio con duración limitada a la de la contrata, las consecuencias precarizadoras que se derivan de dicha utilización pueden y deben ser limadas a través de la acción de dichas

---

<sup>1016</sup> (...continuación)  
sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo", Madrid (MTSS), 1987, págs. 173 y ss.

<sup>1017</sup> Idem, pág. 173.

<sup>1018</sup> En torno a esta cuestión me remito a la jurisprudencia y consideraciones ya apuntadas en el capítulo I en nota a pie de página.



cláusulas en pro de la estabilidad en el empleo de los trabajadores empleados en contratas<sup>1019</sup>.



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>1019</sup> La duda podría surgir en si la cláusula subrogatoria podría tener operatividad cuando se extingue el contrato de trabajo con ocasión de la extinción de la contrata ya que podría pensarse que, al igual que ocurre con el art. 44, es preciso que la relación laboral esté vigente para que la subrogación pueda producirse. Sin embargo, ya se advirtió anteriormente que, en estos casos, no debe ser exigible tal requisito porque que lo sea para la aplicación del art. 44 no significa que también haya de serlo para la funcionalidad de la cláusula convencional. Además la hipótesis contraria desvirtuaría la finalidad protectora que justifica la introducción de dichas cláusulas en las normas convencionales. Por otra parte, y como ha apreciado SALA FRANCO, T. "no es infrecuente que los convenios colectivos establezcan que la subrogación se producirá sea cual sea la modalidad de contrato de trabajo de tales trabajadores (temporal o de duración indefinida)". Cfr. "La sucesión de contratas", op. cit., pág. 280.



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

**CAPÍTULO VI**  
**LOS DERECHOS DE**  
**INFORMACIÓN DE LOS**  
**TRABAJADORES Y SUS**  
**REPRESENTANTES LEGALES**



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## CAPÍTULO VI

# LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y SUS REPRESENTANTES LEGALES.

### I. INTRODUCCIÓN.

El régimen jurídico de los derechos de información de los trabajadores y sus representantes en los supuestos de contratas y subcontratas se encuentra regulado en el ET por el art. 64.1.1º y el art. 42 en sus apartados 3, 4 y 5. Desde el punto de vista temporal, la primera previsión normativa al respecto fue la del art. 64.1.1º, que traía su causa del art. 1.3 de la derogada Ley 2/1991 de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación<sup>1020</sup>. Esta norma reconoce el derecho de los representantes a recibir trimestralmente información, entre otros extremos, "de los supuestos de subcontratación". Por su parte, y como ya es sabido, el art. 42 fue reformado por el art. 2.1 de la Ley 12/2001 de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo

---

<sup>1020</sup> De acuerdo con este último precepto, "los representantes legales de los trabajadores deberán recibir, al menos trimestralmente, información acerca de la previsiones del empresario sobre celebración de nuevos contratos, con indicación del número de estos y de las modalidades y tipos de contratos que serán utilizados, así como de los supuestos de subcontratación". El mismo fue incorporado, en el texto refundido del ET, aprobado por RDLG 1/1995 de 24 de marzo, a la redacción del art. 64.1.1º, norma que ya preveía la obligación del empresario de facilitar trimestralmente a los representantes de los trabajadores información sobre "la evolución general del sector económico al que pertenece la empresa, sobre la situación de la producción y ventas de la entidad, sobre su programa de producción y evolución probable del empleo en la empresa". La Ley 2/1991 supone el cumplimiento y desarrollo del Acuerdo sobre empleo y contratación laboral de 31 de enero de 1990 al que llegó el Gobierno con los sindicatos UGT y CCOO. Un repaso sobre el contexto social y de política sindical en el que nació la mencionada Ley en MONTALVO CORREA, J. "La Ley 2/1991 sobre información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación (antecedentes de una norma de gestación confusa)", RT, nº 100, 1990, págs. 501 y ss.

para el incremento del empleo y de la mejora de su calidad. A resultas de dicha reforma legislativa, se adicionaron al art. 42 del ET tres nuevos apartados en los que se contienen nuevos derechos de información en esta materia y con un alcance claramente más ambicioso al establecido en el primero de los preceptos citados. Pues, como se va a ver, por un lado, desde el punto de vista del empresario obligado a facilitar la información se contemplan obligaciones tanto para el empresario principal como para el contratista, y, por otro, en lo que atañe al sujeto receptor de la misma, no sólo habrá de ser facilitada a los representantes de los trabajadores sino también a los propios trabajadores y a la Tesorería General de la Seguridad Social. Además, en lo que respecta al objeto de la información, en el art. 42 se supera la lacónica expresión "supuestos de subcontratación" que acoge el art. 64.1.1º y, en su lugar, se concretan los extremos relativos a la contrata sobre los que la información ha de versar, a saber, identificación y domicilio de los empresarios, objeto y duración de la contrata, lugar de ejecución, etc.

Una cuestión sobre la que más adelante se incidirá pero que conviene ya adelantar es la relativa a si los derechos de información que se contienen en los tres últimos apartados del art. 42 reemplazan al derecho de información previsto en el art. 64.1 para los supuestos de subcontratación (en atención a que se trata de una regulación mucho más actual y completa sobre una misma materia) o, por el contrario, no existe sustitución alguna por tratarse de normas independientes y compatibles entre sí. Teniendo en cuenta que los mandatos del art. 42 del ET se refieren a contratas y subcontratas ya celebradas, la respuesta va a depender de si la información a la que se ha venido refiriendo desde un primer momento el art. 64.1 se predicaba en relación a toda contrata concertada o tan sólo respecto a las meras previsiones empresariales sobre la concertación de

contratas futuras. Trascendiendo ahora el debate doctrinal que en su día se generó en torno a esta cuestión, a la luz del art. 64.1.1.<sup>1021</sup>, la previsión en el art. 42.4 de un deber de información de la empresa principal, sin perjuicio del establecido en el art. 64.1 para las previsiones en materia de subcontratación, invita a pensar que esta última norma sigue vigente y, por tanto, su aplicación es compatible con el art. 42 del ET por referirse no a contratas ya celebradas sino a previsiones empresariales de futuras subcontrataciones. No obstante, se volverá sobre este tema más adelante.

El fundamento y finalidad de la instauración de específicos derechos de información en esta materia, reside en la necesidad de reforzar las garantías con la finalidad de prevenir el fraude a través de una mayor participación de los representantes legales de los trabajadores en el conocimiento de este tipo de materias en tanto también, indudablemente, inciden en el programa de producción y evolución del empleo en la empresa<sup>1022</sup>, extremos de los que, como se sabe, también han de ser informados ex art. 64.1.1.<sup>1023</sup>. Téngase en cuenta, además, que dicha participación se sitúa en la línea del mandato del art. 129.2 de la CE, que conmina a los poderes públicos a promover eficazmente las diversas formas de participación en la empresa.

---

<sup>1021</sup> Vid. infra, en lo relativo a la articulación entre los derechos de información de los arts. 64.1.1.<sup>o</sup> y 42 del ET.

<sup>1022</sup> Como ha dicho con acierto ALBIOL MONTESINOS, I. "Derechos colectivos en materia de contratas y subcontratas", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 328 y 329, la realización de la contrata puede ocasionar una reducción de empleo en la empresa principal, pues se dejan de desempeñar actividades con personal propio, y una oportunidad de nuevos empleos en la empresa contratista.

<sup>1023</sup> La relación que, a mi juicio, existe entre la información sobre las contratas que se efectúen y la evolución probable del empleo en la empresa y el programa de producción ha sido también puesta de manifiesto por la doctrina; cfr. DURÁN LÓPEZ, F. "Derechos de información y control de la contratación: luces y sombras de una reforma", RT, n.<sup>o</sup> 100, 1990, pág. 436, MONEREO PÉREZ, J. L. "Los derechos de información de los representantes de los trabajadores", Madrid (Civitas), 1992, págs. 476 y ss, "La responsabilidad empresarial ...", op. cit., págs. 38, 39 y 41. ALBIOL MONTESINOS, I. "Derechos colectivos en materia de contratas y subcontratas", op. cit., págs. 328 y 329.

La presencia de esa doble finalidad interrelacionada, que ya la doctrina, a la luz del art. 1.3 de la Ley 10/1991, calificó de "profiláctica" y "participativa"<sup>1024</sup>, viene también avalada por algún que otro documento sindical posterior a dicha Ley<sup>1025</sup> y por la propia exposición de motivos de la misma, así como por la Ley 12/2001<sup>1026</sup>. Por otro lado, (y creo que era algo que ya latía en la razón de ser del derecho establecido en el art. 64 del ET), parece evidente que con la última reforma del art. 42 del ET se ha pretendido reforzar las garantías instauradas para los trabajadores implicados en el proceso de descentralización facilitándoles una precisa identificación de los empresarios participantes en dicho proceso pues son, a la postre, los

---

<sup>1024</sup> MARTÍN VALVERDE, A. "La información al personal sobre subcontratación y sobre previsiones de empleo", RT, n° 100, 1990., pág. 634. Si bien, este autor puso de relieve la función participativa sobre la profiláctica, esta última ha sido también puesta de manifiesto en trabajos posteriores comentando los nuevos derechos de información que acoge el art. 42 ET. Así para SEMPERE NAVARRO, A.V. "Fenómenos interempresariales", en AAVV. "La reforma laboral de 2001. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo", Navarra (Aranzadi), 2001, pág. 112, se pretende con ellos "reforzar las garantías para los trabajadores"; en la misma línea, para LLANO SÁNCHEZ, M. "Innovaciones legales en materia de contratación y subcontratación de obras y servicios. Reforma del artículo 42 ETT por la Ley 12/2001 de 9 de julio", AL, n° 1, 2002, pág. 12, el fin es "evitar situaciones de fraude o incumplimientos (cesiones ilegales, etc)" y para TOLOSA TRIVIÑO, C. "La modificación del art. 42: una reforma insuficiente", AJA, n° 492, 2001, pág. 4, "dotar de una mayor intensidad al conjunto de garantías de los derechos de los trabajadores inmersos en este tipo de situaciones".

<sup>1025</sup> UGT "La Ley sobre derechos de información en materia de contratación laboral", RT, n° 100, 1990, págs. 987, 994 y 995, documento en el que se reconoce, por un lado, que "estas facultades que se reconocen a los órganos de representación en la empresa son un paso hacia la democracia industrial, hacia la mayor participación de los trabajadores ..." y, por otro, que, habida cuenta de la proliferación del desgajamiento de la actividad productiva y, con ello, de la degradación de las condiciones laborales, "la información a los representantes de los trabajadores sobre las condiciones laborales en las que se realiza la subcontratación es fundamental para la defensa y mejora de los derechos de los trabajadores, tanto dentro como fuera de la empresa".

<sup>1026</sup> Para la exposición de motivos de la Ley 2/1991 se justifica la instauración de los derechos de información sobre "otros aspectos de interés", distintos a la contratación laboral, (entre los que se encuentra la subcontratación) en permitir a los representantes de los trabajadores "tener un más completo conocimiento de la dinámica de la contratación laboral y del empleo en la empresa y de su adecuación a la legalidad vigente". Los paréntesis son míos. Por su parte, la exposición de motivos de la Ley 12/2001 precisa que se pretende dotar a la subcontratación "de la debida transparencia y seguridad jurídica" a través de "una mejora de los instrumentos de información y consulta de los trabajadores"

empresarios sobre los que pesa el régimen de responsabilidad solidaria que regula el art. 42 del ET<sup>1027</sup>.

No han faltado voces en la doctrina que han puesto en tela de juicio la adecuación de la instauración de los derechos de información con el derecho a la libertad de empresa del art. 38 de la CE porque, con ello, se pone en juego el carácter reservado de las estrategias empresariales de producción<sup>1028</sup> o, cuanto menos, porque puede comprometerse la efectividad de dichas estrategias<sup>1029</sup>. Pero, a mi juicio, no puede compartirse ni uno ni otro argumento. Por un lado, aparte de que el derecho de información de los representantes también tiene respaldo constitucional (art. 129.2 de la CE) porque, desde luego, ese derecho no impide la efectividad de la subcontratación, cuya materialización es independiente del mismo. Por otro lado, existen motivos para pensar que el carácter privado de las estrategias productivas en la empresa no se ha de ver menoscabado desde el momento en que el art. 65.2 del ET extiende la obligación de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores a todas aquellas materias de las que tengan conocimiento por mor del art. 64.1 así como a aquellas otras

---

<sup>1027</sup> En esta finalidad de identificación de los empresarios responsables también ha reparado la doctrina. Cfr. LLANO SÁNCHEZ, M. "Innovaciones legales ...", op. cit., pág. 12 y TOLOSA TRIVIÑO, C. "La modificación ...", op. cit., pág. 4. La misma resulta incuestionable a la luz del art. 42. 3 y 5 que obliga a la empresa contratista a informar a los trabajadores y a sus representantes legales de la identidad y domicilio de la empresa principal y a la vista también del art. 42.4 que obliga a la empresa principal a informar a su representación legal de trabajadores de los mismos extremos en relación con la empresa contratista o subcontratista a la que se hay encomendado la ejecución de los trabajos.

<sup>1028</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, J.L. "Derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación", RT, n° 100, 1990, pág. 45.

<sup>1029</sup> MONTOYA MELGAR, A. "El proyecto de Ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación", RT, n° 100, 1990, págs. 389 y 390.



"sobre las que la dirección señale expresamente el carácter reservado"<sup>1030</sup>.

## II. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO 64.1.1º DEL ET ACERCA DE LAS PREVISIONES EMPRESARIALES SOBRE SUBCONTRATACIÓN.

La Ley 2/1991 de 7 de enero sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación amplió el objeto de estos derechos ya recogidos por el art. 64 del ET, entre otros extremos, a los supuestos de subcontratación que se realicen en la empresa. Lo primero que, desde mi punto de vista, llama la atención en el nuevo art. 64 es que la técnica "aluvional"<sup>1031</sup> empleada en este precepto dificulta enormemente su aplicación. En efecto, el hecho de tratarse de una norma cuantitativamente creciente en su supuesto de hecho (a la que se han ido adicionando nuevas previsiones que vienen a constituir el actual objeto del derecho de información<sup>1032</sup>) y la deficiente técnica empleada en su redacción (caracterizada por la concatenación de frases enlazadas por comas) acarrea verdaderos problemas a la hora de determinar el alcance del derecho de los derechos de información en materia de

---

<sup>1030</sup> En este sentido, ROJO TORRECILLA, E. "Prórroga y denuncia de contratos, y derecho de información en materia de empleo", RT, n° 100, 1990, pág. 292. ALBIOL MONTESINOS, I. "Derechos colectivos ...", op. cit., pág. 336.

<sup>1031</sup> La expresión en GALIANA MORENO, J. Mª. y SEMPERE NAVARRO, A.V. "Los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores y el control sindical de los contratos en la Ley 2/1991", RT, n° 100, 1990, pág. 480. El empleo de esta técnica, aunque dificulte la interpretación de la norma, parece obedecer a las exigencias constitucionales de tipificación de las infracciones administrativas a la vista de la remisión que obliga a efectuar el art. 7.7 del TRLISOS al tipificar como infracción grave la transgresión de estos derechos de información. En este sentido, aunque en referencia al anterior art. 95.7 del ET, ALBIOL MONTESINOS, I. "Derechos colectivos ...", op. cit., pág. 323.

<sup>1032</sup> De hecho, la norma ha sido nuevamente modificada por el art. 1.2 del Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, con el fin de hacer inclusión expresa de los contratos a tiempo parcial y de las horas complementarias.

subcontratación. Por de pronto, y como se va a ver, ha sido y es extraordinariamente difícil determinar si la información debe ir referida a subcontrataciones ya efectuadas o a meras previsiones, como se ha puesto de manifiesto con la disparidad de posiciones doctrinales que han existido sobre el particular<sup>1033</sup>.

En cualquier caso, ya reconozca el art. 64.1 el derecho de los representantes legales de los trabajadores a recibir trimestralmente información acerca de los supuestos de subcontratación o sobre meras previsiones, lo cierto es que la mención a la subcontratación como objeto de la información constituye, "per se", una novedad. Sin embargo, no se puede, asimismo, decir que en el fondo se esté ante un tratamiento novedoso en relación con la regulación anterior en la norma pues, como es conocido, con anterioridad a la Ley 2/1991, el art. 64.1 ya establecía el derecho de recibir información sobre la situación de la producción y sobre el programa de producción de la empresa, extremos que, como apreció la doctrina, debían comprender la política empresarial en torno a la subcontratación<sup>1034</sup>. Refrenda esta opinión la propia exposición de

---

<sup>1033</sup> y lo verdaderamente llamativo es que se trata de una cuestión que ni siquiera se hubiera planteado si en la redacción de la norma se hubiese utilizado un poco más el punto y seguido para la separación de las distintas materias a las que alcanza el derecho de información. MARTÍN VALVERDE, A. "La información al personal sobre subcontratación ...", op. cit., pág. 644, ya se planteó si la técnica de redacción legislativa empleada para la incorporación de estos derechos al ordenamiento jurídico ha sido la más conveniente desde el punto de vista de la claridad y de la facilitación del conocimiento de la norma, por lo que abogó por una redacción más detallada de la misma. Los defectos gramaticales de la norma también han sido destacados por CRUZ VILLALÓN, J. "Outsourcing y relaciones laborales", en AAVV. "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo". X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid (MTAS), 2000, págs. 295 y 296.

<sup>1034</sup> Aunque de hecho, en la práctica y, con anterioridad a esa reforma legal, muy raramente se informaba a los representantes legales sobre estas cuestiones. Cfr. ROJO TORRECILLA, E. "Prórroga y denuncia de contratos, y derecho de información en materia de empleo", op. cit., pág. 292. En esta materia, la doctrina se hallaba dividida. Así, consideraban que la previsión normativa no constituía una novedad, PÉREZ AMORÓS, F. "Derechos de información sobre empleo y contratación. Los derechos de los representantes de los trabajadores en la empresa, según la Ley 2/1991", Barcelona (Bosch), 1993, págs. 56 y 57. MARTÍN VALVERDE, A. "La información al personal sobre subcontratación y sobre previsiones de empleo", op. cit., pág. 644; DURÁN LÓPEZ, F. "Derechos de información y control de la contratación: luces y sombras de una reforma", RT, n° 100, 1990, pág. 435; MONEREO PÉREZ, J. L. "Los derechos de información (continúa...)

motivos de la Ley, que alude a la finalidad no de establecer nuevos derechos sino de "fortalecer los derechos de información reconocidos a los representantes legales de los trabajadores en la empresa por el Estatuto de los Trabajadores"<sup>1035</sup>.

#### 1. La articulación entre los derechos de información de los arts. 64.1.1º y 42 del ET.

Como ya se dejó apuntado, una de las cuestiones que plantea la novedosa regulación de los derechos de información contenida en el art. 42 del ET se refiere a si se trata de una regulación complementaria a la del art. 64.1 o, al contrario, hay que entender que la regulación que ofrece el art. 42 del ET, dado que es posterior y mucho más minuciosa, reemplaza y deroga a la del art. 64.1 o, cuanto menos, la desarrolla porque parten de un mismo supuesto de hecho. Como está claro que los derechos de información de los representantes de los trabajadores contenidos en el art. 42 del ET se refieren, al menos, a contratas ya celebradas que aún no han iniciado su ejecución<sup>1036</sup>, la cuestión estriba en determinar si los contenidos en el art. 64.1 se refieren, asimismo, a contratas ya concertadas o a meras previsiones empresariales de contrataciones futuras.

La doctrina que se había pronunciado sobre esta cuestión con anterioridad a la reforma operada en el art. 42 se encontraba

---

<sup>1034</sup>(...continuación)

...", op. cit., págs. 476 y 477; .En contra, SAGARDY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, J.L. "Derechos de información ...", op. cit., pág. 45; BAYLOS GRAU, A. "La información trimestral sobre previsiones de contratación y supuestos de subcontratación. Algunas reflexiones", RT, n° 100, 1990, pág. 356.

<sup>1035</sup> ALBIOL MONTESINOS, I. "Derechos colectivos ...", op. cit., pág. 323.

<sup>1036</sup> Como se desprende del art. 42.4 que se refiere expresamente al momento de concertación de la contrata y refiere la información a determinados extremos (objeto, duración, lugar de ejecución de la contrata, número de trabajadores que serán ocupados, medidas de coordinación previstas en materia de seguridad e higiene) que hacen suponer que su ejecución aun no se ha iniciado y más claramente del art. 42.5 que obliga a informar sobre esos mismos extremos "antes del inicio de la ejecución de la contrata".

dividida. Se podía apreciar una tendencia a entender que la norma se refería a meras previsiones<sup>1037</sup>, enlazando la dicción "así como acerca de las previsiones del empresario sobre celebración de nuevos contratos" con "y de los supuestos de subcontratación". Sin embargo, en mi opinión, dicha interpretación no encaja muy bien con una lectura gramaticalmente correcta de la norma pues supone el solapamiento de dos preposiciones ("sobre" y "de"), por lo que resulta más lógico entender que el precepto obliga a informar "de los supuestos de subcontratación". Confirma esta tesis el hecho de que el Acuerdo de 31 de enero de 1990 entre Gobierno y Sindicatos, que antecedió a la aprobación de la Ley 2/1991, se refería, en su apartado 1.d), a la regulación de "la información a los representantes de los trabajadores en los supuestos de subcontratación"<sup>1038</sup>.

Otra posición doctrinal, entendía en sentido amplio la obligación empresarial, comprensiva tanto de las previsiones empresariales como de las contratas ya celebradas, y ello en razón de la finalidad que preside la norma de atribuir a los representantes instrumentos para prevenir el fraude y los abusos<sup>1039</sup>, y por su conexión con la obligación de informar sobre

---

<sup>1037</sup> GARCÍA BECEDAS, G. "De la protección sindical de los contratos al derecho de información sobre la contratación laboral (estudio de una desvirtuación)", RT, n° 100, 1990, págs. 317 y 318. MONTOYA MELGAR, A. "El proyecto de Ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación", op. cit., pág. 389. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, J.L. "Derechos de información ...", op. cit., pág. 45. GALIANA MORENO, J.Mª. y SEMPERE NAVARRO, A.V. "Los derechos de información, consulta y participación ...", op. cit., pág. 482. ROJO TORRECILLA, E. "Prórroga y denuncia de contratos ...", op. cit., pág. 292. MARTÍN VALVERDE, A. "La información al personal sobre subcontratación ...", op. cit., pág. 641.

<sup>1038</sup> En este sentido, AAVV. "La Ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación: Contenido, significación y trascendencia", RT, n° 100, 1990, págs. 683 y 684. Se inclinaron también por esta posición: GARCÍA FERNÁNDEZ, M. "Los derechos de información de los representantes legales de los trabajadores en materia de contratación", RT, n° 100, pág. 253; BAYLOS GRAU, A. "La información trimestral sobre previsiones ...", op. cit., pág. 357; DURÁN LÓPEZ, F. "Derechos de información y control de la contratación: luces y sombras de una reforma", op. cit., pág. 436. CRUZ VILLALÓN, J. "Outsourcing y relaciones laborales", op. cit., pág. 296.

<sup>1039</sup> LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C. "Los derechos de información en la Ley 2/1991: sujetos y ámbito de aplicación", RT, n° 100, 1990, pág. 64. SORIANO  
(continúa...)

la evolución general del sector económico al que pertenece la empresa, el programa de producción y la evolución probable del empleo en la empresa<sup>1040</sup>. Incluso se ha llegado a sostener que la información debe comprender no sólo la celebración en sí de la contrata, sino también su finalización<sup>1041</sup>, en atención a la competencia de los representantes legales prevista en el art. 64.1.12º, cual es "informar a sus representados en todos los temas y cuestiones señalados en este número en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales"

Sin embargo, la redacción del art. 42.4 del ET zanja definitivamente esta cuestión al acoger expresamente la primera de las posiciones descritas cuando instaura un derecho de información de la representación legal de la empresa principal cuando concierte una contrata o subcontrata "sin perjuicio de la información sobre previsiones en materia de subcontratación a la que se refiere el artículo 64.1 de esta Ley". De esta forma, se entiende que ambos preceptos coexisten en el ET y son totalmente compatibles pues el art. 64.1 refiere su aplicación a las previsiones empresariales de subcontratación y el art. 42 a las contratas y subcontratas ya celebradas.

En cualquier caso, el mandato del art. 64.1.1º del ET, en relación con las previsiones de subcontratación, tiene muy escasa operatividad y desde luego no debe vincular al empresario en su política de subcontratación, que, amparado en el derecho de libertad de empresa, no tiene por qué sujetarse a las previsiones

---

<sup>1039</sup> (...continuación)

CORTÉS, D. "El derecho de información de los representantes de los trabajadores en los supuestos de subcontratación", TL, nº 56, 2000, págs. 128 y 129.

<sup>1040</sup> PÉREZ AMORÓS, F. "Derechos de información sobre empleo y contratación ...", op. cit., págs. 59 y 60. MONEREO PÉREZ, J. L. "La responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 41.

<sup>1041</sup> ALBIOL MONTESINOS, I. "Derechos colectivos ...", op. cit., pág. 335.

efectuadas, habida cuenta también de la dificultad intrínseca de las decisiones previsoras en una materia como ésta tan supeditada a los reveses de la actividad económica y productiva. Ello justifica que se haya llegado a defender la "bondad más sindical que jurídica de este precepto", dada la difícil exigibilidad jurídica de una perfecta concreción del número y carácter de las contratas futuras<sup>1042</sup>, y también su difícil realización práctica<sup>1043</sup>. Por consiguiente, ni que decir tiene que las discordancias que existan entre las previsiones efectuadas y la posterior política de subcontratación que, efectivamente, se lleve a cabo no puede dar lugar a ningún tipo de responsabilidad para el empresario ni generar tipo alguno de sanción<sup>1044</sup>.

## 2. El significado del término "subcontratación" empleado en el art. 64.1.1º del ET.

El objeto de la información lo constituye, por consiguiente, "las previsiones del empresario ... de los supuestos de subcontratación". No se discute que por "subcontratación" haya de entenderse tanto la contrata como la subcontrata<sup>1045</sup>, y no solamente la subcontrata en sentido técnico, esto es, la operación por la que la empresa contratista encomienda la totalidad o parte del encargo recibido a una tercera empresa subcontratista. Ello es así porque, como se advirtió al comienzo de este estudio, en el argot utilizado en este ámbito, la palabra

---

<sup>1042</sup> ROJO TORRECILLA, E. "Prórroga y denuncia de contratos ...", op. cit., pág. 292.

<sup>1043</sup> MONTOYA MELGAR, A. "El proyecto de Ley sobre derechos de información ...", op. cit., pág. 390. Precisamente, la dificultad de concreción práctica de estas "previsiones" es lo que llevó a un sector de la doctrina a sostener que la información no debía ir referida a contrataciones futuras sino a las ya realizadas. Cfr. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, J.L. "Derechos de información ...", op. cit., pág. 45.

<sup>1044</sup> LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C. "Los derechos de información ...", op. cit., pág. 64.

<sup>1045</sup> Por todos, AAVV. "La Ley sobre derechos de información ...", op. cit., pág. 684; CRUZ VILLALÓN, J. "Outsourcing y relaciones laborales", op. cit., pág. 297.

subcontratación se emplea para designar, indistintamente, la contrata y la subcontrata. La norma laboral básica que disciplina esta institución, el art. 42 del ET, sigue, como se sabe, esta pauta léxica en su encabezamiento, titulado "subcontratación de obras y servicios".

La discusión, sin embargo, gira en torno a si se ha de entender que la norma se refiere tan sólo a las contratas y subcontratas o también a toda manifestación posible de la descentralización productiva. Un sector de la doctrina apunta que el concepto que se maneja es amplio, equivalente a descentralización productiva. En primer lugar, porque el precepto no precisa las modalidades concretas de subcontratación que han de ser objeto de la información<sup>1046</sup>. En segundo lugar, porque ello "posibilita unas estrategias sindicales más articuladas y coordinadas, especialmente en el sector terciario, una visión global más precisa de la estructuración de la empresa, y un control de la empresa contratista garantizando que no sea mera ficción, sino de que se trate de una estructura industrial o comercial dotada de autonomía organizativa y de gestión"<sup>1047</sup>. También se han invocado las finalidades profiláctica y participativa, antes aludidas, de los derechos de información para argumentar que una concepción amplia del término permite un mejor desenvolvimiento de dichas finalidades<sup>1048</sup>.

De entre todos los argumentos que se han esgrimido para sostener esta postura, parece, sin embargo, de mayor peso el que

---

<sup>1046</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma del art. 42 del E.T.: ¿Se ha operado una verdadera reforma de emvergadura en virtud de la Ley 12/2001?, TL, n° 61, 2001, pág. 320 y "Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial", Granada (Comares), 2002, págs. 153 y 154. PÉREZ AMORÓS, F. "Derechos de información sobre empleo y contratación ...", op. cit., pág. 58. CRUZ VILLALÓN, J. "Outsourcing y relaciones laborales", op. cit., pág. 297.

<sup>1047</sup> BAYLOS GRAU, A. "La información trimestral ...", op. cit., pág. 357.

<sup>1048</sup> MARTÍN VALVERDE, A. "La información al personal sobre ...", op. cit., pág. 640.

ha sostenido CRUZ VILLALÓN<sup>1049</sup>, que ha denunciado las lagunas que existen en nuestro ordenamiento jurídico en materia de derechos de información de los representantes de los trabajadores cuando se está ante escisiones de una unidad productiva autónoma procedente de una empresa matriz. En efecto, el problema radica en que, en estos casos, la parca regulación que efectuaba el art. 44 del ET contrastaba con la de la Directiva 77/187/CEE sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, norma que regulaba con más detalle los supuestos de transmisión parcial de empresa. En el art. 44 del ET, a diferencia de la Directiva mencionada, sólo se preveía la notificación de la transmisión a los representantes de los trabajadores de la empresa cedida, previsión que permite suponer que el art. 44 ha descuidado la transmisión parcial y tan sólo está pensando en una transmisión total. Precisamente por esa razón se podía traer a colación el art. 64.1.1º del ET pues la interpretación en sentido amplio del término subcontratación que dicha norma recoge venía a cubrir esa deficiencia. Sin embargo, este argumento ya no puede seguir sosteniéndose desde la reforma operada en el art. 44 por el art. 2.2 de la Ley 12/2001, de 9 de julio<sup>1050</sup>, ya que, a raíz de ésta, que incorpora, de manera ostensible, los contenidos fundamentales de la citada Directiva, las aludidas deficiencias han sido subsanadas. En este sentido, nótese que el art. 44.4 y 8 del ET obligan al cedente y al cesionario a comunicar "con la suficiente antelación" a sus representantes de los trabajadores, el primero antes de la realización de la transmisión y el segundo antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo,

---

<sup>1049</sup> CRUZ VILLALÓN, J. "Outsourcing y relaciones laborales ...", op. cit., págs. 297 a 299.

<sup>1050</sup> De acuerdo con la exposición de motivos de dicha Ley, la reforma del art. 44 del ET supone la incorporación al ordenamiento interno de la Directiva 77/187/CEE y la Directiva 98/50/CE que la modifica, en materia de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. Entiéndase hecha la referencia a la ahora vigente Directiva 2001/23/CE.



extremos tales como la fecha prevista para la transmisión, los motivos de la misma, las consecuencias jurídicas, económicas y sociales de la transmisión para los trabajadores y las medidas prevista respecto de los trabajadores. En definitiva, el nuevo art. 44 viene a cubrir el denunciado vacío legal contemplando, ya expresamente y de forma detallada, las obligaciones informativas empresariales en caso de escisiones parciales de la empresa<sup>1051</sup>.

Seguramente ello contribuya a reforzar la tesis que sostiene que por subcontratación ha de entenderse, estrictamente, las operaciones de contratas y subcontratas de obras y servicios<sup>1052</sup>. Desde mi punto de vista, ese debe ser el alcance exacto del término contenido en el art. 64.1.1º pues ahora ya es manifiesto que, ante otras hipótesis de descentralización productiva como son típicamente las transmisiones parciales de empresa, el ordenamiento jurídico ha arbitrado mecanismos informativos específicos<sup>1053</sup>. Cuestión distinta es si las contratas y subcontratas de referencia han de ser de la propia actividad en

---

<sup>1051</sup> En cualquier caso, y antes de la reforma de la Ley 12/2001, el argumento de la cobertura por el art. 64.1 (interpretado en ese sentido amplio) del vacío existente en el art. 44 ET resultaba ciertamente discutible pues el propio art. 64 ya contaba con otros apartados aptos para satisfacer las carencias informativas de los representantes de los trabajadores ante las transmisiones parciales de empresa. Es el caso del art. 64.4 a) ET que llega a atribuir a la representación legal el derecho a emitir informe previo en relación a cualquier decisión empresarial sobre "reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales de aquélla".

<sup>1052</sup> Tesis respaldada por un importante sector de la doctrina. Cfr., MONEREO PÉREZ, J. L. "La responsabilidad empresarial ...", op. cit., págs. 43 a 45; ALBIOL MONTESINOS, I. "Derechos colectivos ...", op. cit., págs. 325 y 326; GARCÍA FERNÁNDEZ, M. "Los derechos de información de los representantes de los trabajadores ...", op. cit., pág. 253; DURÁN LÓPEZ, F. "Derechos de información y control ...", op. cit., pág. 436; GALIANA MORENO, J. M. y SEMPERE NAVARRO, A.V. "Los derechos de información, consulta y participación ...", op. cit., pág. 482, nota a pie nº 50; AAVV. "La Ley sobre derechos de información ...", op. cit., págs. 683 y 684.

<sup>1053</sup> Igual ocurre, como ha apreciado ALBIOL MONTESINOS, I. "Derechos colectivos ...", op. cit., págs. 325 y 326, con otras manifestaciones de la descentralización productiva como las empresas de trabajo temporal cuyo régimen jurídico consta de específicos mecanismos de instrumentación de los derechos de información. Vid., en este sentido, art. 9 de la Ley 14/1994 de 1 de junio de ETT.

los términos del art. 42 del ET, cuestión que se pasa a analizar a continuación.

3. ¿Es exigible el requisito de la propia actividad en la contrata para que el derecho de información sea operativo?.

No han faltado opiniones en la doctrina en las que se observa cierto automatismo a la hora de determinar a qué clase de subcontrataciones refiere el art. 64.1 del ET el derecho de información. Así se ha señalado que el precepto ha de desplegar su eficacia en las contratas y subcontratas de la propia actividad que regula el art. 42 del ET<sup>1054</sup>. Otro sector, normalmente coincidente con aquél que ha entendido el término subcontratación en sentido amplio, sin embargo, se ha inclinado por la hipótesis contraria<sup>1055</sup>.

El debate aún no parece encontrarse cerrado. En cualquier caso, desde mi punto de vista, puede resultar en exceso restrictivo sujetar la efectividad de derechos laborales tan trascendentes como los derechos de información a la concurrencia de un requisito de apreciación casuística, en el que además no se ve con nitidez la interrelación que pueda tener con dichos derechos. Téngase en cuenta, en este sentido, como ya se dijo, que los derechos de información en materia de subcontratación se encuentran estrechamente conectados con el derecho de los

---

<sup>1054</sup> LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C. "Los derechos de información ...", op. cit., pág. 64; GARCÍA BECEDAS, G. "De la protección sindical de los contratos ...", op. cit., pág. 317; GARCÍA FERNÁNDEZ, M. "Los derechos de información ...", op. cit., pág. 253; DURÁN LÓPEZ, F. "Derechos de información y control ...", op. cit., pág. 436; GALIANA MORENO, J. M<sup>a</sup>. y SEMPERE NAVARRO, A.V. "Los derechos de información, consulta y participación ...", op. cit., pág. 482, nota a pie n° 50.

<sup>1055</sup> CALVO GALLEGU, F.J. "La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios", TL, n° 56, 2000, pág. 83. MONEREO PÉREZ, J. L. "La responsabilidad empresarial ...", op. cit., págs. 44 y 45, y "Los derechos de información ...", op. cit., pág. 482; BAYLOS GRAU, A. "La información trimestral ...", op. cit., pág. 358; MARTÍN VALVERDE, A. "La información al personal ...", op. cit., pág. 640; AAVV. "La Ley sobre derechos de información ...", op. cit., pág. 684; PÉREZ AMORÓS, F. "Derechos de información sobre empleo ...", op. cit., pág. 58. ALBIOL MONTESINOS, I. "Derechos colectivos ...", op. cit., págs. 327 y 328.

representantes de los trabajadores a ser informados sobre la situación de la producción, el programa de producción y la evolución probable del empleo de la empresa pues, como también se dijo, no se desconoce que la política empresarial de subcontratación incide directamente en la generación o minoración de empleo en la empresa. Pues bien, no tiene sentido predicar el derecho de información exclusivamente de las contratas de la propia actividad cuando parece evidente que la concertación por la empresa de contratas, sean o no de la propia actividad, como estrategia organizativa incide en el programa de producción, y con ello, en las perspectivas de empleo en la misma. También, desde el punto de vista de la función profiláctica y participativa que cumplen los derechos de información, no se entiende bien por qué las contratas que no sean de la propia actividad se han de sustraer de las obligaciones informativas<sup>1056</sup>.

Por otra parte, hay razones para pensar que si el Legislador hubiese querido circunscribir las obligaciones informativas a las contratas y subcontratas de la propia actividad lo hubiese establecido así de forma expresa en lugar de la utilización de la lacónica dicción "supuestos de subcontratación"<sup>1057</sup>. Prueba de ello es que, cuando en otros preceptos laborales en materia de contratas de obras y servicios se han regulado obligaciones empresariales, distintas a las previstas en el art. 42 del ET, o bien se ha efectuado una remisión a otra norma donde tiene presencia dicho requisito legal (art. 42.3 TRLISOS) o bien se ha hecho mención expresa al mismo, sea para incluirlo (art. 24.3 LPRL, párrafo 3º del art. 23.2 TRLISOS, o sea para excluirlo (art. 127 LGSS) del correspondiente supuesto de hecho normativo.

---

<sup>1056</sup> En la línea restrictiva que sigue la jurisprudencia en interpretación del requisito de la propia actividad, las contratas de tareas auxiliares como vigilancia, mantenimiento, limpieza, hostelería, etc, se sustraerían incomprensiblemente de los derechos de información.

<sup>1057</sup> En el mismo sentido, MONEREO PÉREZ, J. L. "La responsabilidad empresarial ...", op. cit., pág. 44.

El requisito de la propia actividad encuentra su justificación, en el art. 42 del ET, en la necesidad de sujetar con especiales garantías legales aquellas contratas donde es más notorio el aprovechamiento patrimonial que experimenta el empresario principal al hacer propio el resultado productivo de los trabajadores de la empresa contratista cuando podía haber obtenido ese mismo resultado con medios patrimoniales y personales propios. Resulta, por tanto, la propia actividad un elemento modulador de la responsabilidad patrimonial del empresario que lleva a cabo el proceso descentralizador. Entendido así este requisito, resulta forzado extrapolarlo al art. 64.1.1º del ET como condicionante del derecho de los derechos de información. Por otro lado, la exigencia de este requisito en dicha norma podría hacer totalmente inoperantes estos derechos pues, llegados a este extremo, la efectividad del derecho se supeditaría al propio reconocimiento empresarial de que la contrata es de la propia actividad o, en su caso, al posterior y tardío reconocimiento de esa misma circunstancia por la autoridad judicial.

#### **4. Los representantes titulares del derecho y los empresarios obligados a proporcionar la información.**

Es preciso efectuar alguna consideración en torno a la articulación de los derechos de información por lo que se refiere a quiénes son en concreto los sujetos emisores y receptores de la información.

El art. 64.1 del ET reconoce el derecho de información sobre las previsiones de subcontratación y todas las demás cuestiones que se relacionan al comité de empresa. Como es sabido, este se constituye por cada centro de trabajo (art. 63.1 ET), por lo que la información que reciba sobre previsiones de subcontratación

deberá ir destinada a ese centro y ello con independencia de que las previsiones sobre las que se informan afecten a ese centro u otro pues la finalidad es conocer la incidencia de la política de subcontratación empresarial en el volumen global de empleo que se genere en la empresa<sup>1058</sup>. Sin duda, en caso de la constitución de comités de empresa conjuntos (art. 63.2 ET) o de un comité intercentros (art. 63.3 ET)<sup>1059</sup> serán estos quienes reciban la información. Es evidente que el derecho se ha de hacer también extensivo a los delegados de personal no sólo porque también constituyen un órgano de representación legal de los trabajadores, sino también porque así viene reconocido en el art. 62.2 del ET que les atribuye las mismas competencias que a los comités de empresa.

Los delegados sindicales también son sujetos que disfrutan de este derecho pues, como es conocido, el art. 10.3.1 de la LOLS les atribuye el derecho al acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición de la representación legal de los trabajadores. Las secciones sindicales, en cambio, no tienen atribuido este derecho a la vista de las competencias que les reconoce el art. 8.2 de la LOLS, sin perjuicio de que puedan tener conocimiento de esta información, de manera indirecta, por medio de los delegados de personal o miembros del comité de empresa que se encuentren afiliados al sindicato del que se trate<sup>1060</sup> o, sencillamente, de

---

<sup>1058</sup> Por todos, SORIANO CORTÉS, D. "El derecho de información de los representantes de los trabajadores ...", op. cit., pág. 130.

<sup>1059</sup> Se ha de destacar el papel del comité intercentros pues, como ha señalado BAYLOS GRAU, A. "La información trimestral ...", op. cit., págs. 361 y 362, "la información en esta materia, al tener como centro de imputación la empresa en su conjunto, es perfectamente susceptible de integrar las "competencias" de este órgano de representación global de los intereses de la totalidad de los trabajadores en la empresa".

<sup>1060</sup> BAYLOS GRAU, A. "La información trimestral ...", op. cit., pág. 362.

que les venga reconocido el derecho en el convenio colectivo de aplicación en la empresa<sup>1061</sup>.

En cuanto a quiénes son los empresarios obligados a proporcionar la información, en un principio podría pensarse, y de hecho así lo ha hecho la doctrina<sup>1062</sup>, que la obligación rige tanto para el empresario principal que encomienda la contrata como para el contratista o subcontratista. Ello se explica en la tantas veces aludida conexión de esta previsión con la también obligada información sobre el programa de producción y la evolución probable del empleo en la empresa pues no hay duda de que la decisión empresarial de subcontratar una determinada área productiva puede incidir en el nivel de empleo de la empresa principal y en el de la empresa contratista<sup>1063</sup>.

Sin embargo, los nuevos apartados introducidos en el art. 42 por la Ley 12/2001 dan motivos para creer que el Legislador estaba pensando exclusivamente en la empresa principal como sujeto obligado a transmitir la información. En efecto, el art. 42.4 ET contiene, como es conocido, unas concretas obligaciones informativas previstas para la empresa que "concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista", y ello, "sin perjuicio de la información sobre

---

<sup>1061</sup> Han apreciado también esta posibilidad, MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "Dimensión laboral en la contratación y subcontratación empresarial", op. cit., pág. 159.

<sup>1062</sup> ALBIOL MONTESINOS, I. "Derechos colectivos ...", op. cit., págs. 329 a 333.

<sup>1063</sup> Apunta el autor anteriormente citado que la celebración de la contrata puede llevar a la empresa principal a una reducción de empleo por justificar un despido económico en su vertiente individual o colectiva pero también puede suponer un aumento de empleo en caso de tratarse de un pseudocontrata, esto es, de una cesión ilegal en la que los trabajadores optan por adquirir la condición de fijos en la empresa principal, o cuando la contrata ha finalizado y revierte en el empresario principal con subrogación de la mano de obra que había sido empleada por estipularlo así el convenio colectivo de aplicación. En la empresa contratista, la celebración de la contrata puede suponer un incremento de empleo motivado por la ejecución de la misma y también en los casos de sucesión de contratistas con cláusulas convencionales de subrogación, pero también puede originar disminuciones de plantilla cuando la finalización de la contrata supone la extinción de los contratos de trabajo vinculados a la contrata.

previsiones en materia de subcontratación a la que se refiere el art. 64.1.1º". Parece, por tanto, que, en ambos preceptos se está pensando exclusivamente en el empresario principal como sujeto obligado a informar con la diferencia de que en uno de ellos la información viene referida a previsiones de subcontratación y, en el otro, a contratas o subcontratas ya concertadas. Téngase en cuenta, además, que el art. 42.5 del ET que contiene iguales obligaciones informativas para el empresario contratista o subcontratista, no efectúa remisión alguna al art. 64.1.1º en lo relativo a las previsiones sobre subcontratación tal y como lo hace el art. 42.5.

Ello no está exento de lógica, pues, dado que la iniciativa descentralizadora corresponde a la empresa principal, si de lo que hay que informar es de previsiones de celebración de futuras contratas, seguramente esté en mejores condiciones de efectuar dichas previsiones la empresa principal que la empresa contratista, empresa, esta última, cuya volumen de actividad se encuentra más comprometido por las eventuales y coyunturales exigencias en el mercado de sus empresas clientes, por lo que es menor, en este sentido, su capacidad previsoría.

##### **5. Las consecuencias anudadas al incumplimiento del deber de información empresarial.**

La transgresión por el empresario de los derechos de información constituye una infracción administrativa grave tipificada en el art. 7.7 del TRLISOS<sup>1064</sup> y sancionable en la cuantía estipulada en el art. 40.1 b), fijada de acuerdo con los

---

<sup>1064</sup> Según dicha norma, constituye una infracción grave "la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o reglamentariamente estuvieren establecidos", precepto esencialmente coincidente con el anterior art. 95.7 ET (procedente del art. 6.7 Ley 8/1988), salvo en lo relativo a la remisión efectuada a normas reglamentarias, que no aparecía en estos preceptos ya que la remisión se hacía a "los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos".

criterios de graduación de las sanciones previstos en el art. 39 del mismo texto refundido.

La infracción ha de entenderse configurada por toda conducta empresarial renuente a facilitar la información debida u obstaculizadora del derecho de información. Constituye así la infracción la negativa total o parcial a la facilitación de la oportuna documentación, la transmisión de información errónea, incompleta o fraudulenta, así como la comunicación extemporánea (más allá de los tres meses legales) de la información<sup>1065</sup>. La existencia de infracción en caso de información inexacta o no concordante con actuaciones posteriores debe sostenerse con serias reservas pues no se ha de olvidar que se trata de la información sobre meras previsiones, a la postre, no vinculantes, por lo que sólo podría dar lugar a la conducta antijurídica de verificarse una conducta fraudulenta dirigida a sustraer del conocimiento de los representantes legales una información relevante de la que ya se disponía.

Por otra parte, llama la atención que la norma que tipifica la infracción, el art. 7.6 del TRLISOS, remita la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta a "los términos en que legal o reglamentariamente estuvieren establecidos" cuando su precedente normativo, el art. 95.7 del ET, lo hacía a "los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos". Seguramente ello no signifique que le esté vedado al convenio colectivo la regulación detallada del derecho de información, hasta el punto de poder considerar que la infracción empresarial de la regulación convencional de este derecho no sea sancionable administrativamente. Más bien, parece que se ha pretendido hacer extensivas las conductas sancionables

---

<sup>1065</sup> MERCADER UGUINA, J. R. "Algunas consideraciones sobre los efectos del incumplimiento de los deberes de información en la Ley 2/1991", RT, n° 100, 1990, págs. 177 y 178.



al incumplimiento empresarial de las previsiones contenidas en normas reglamentarias en materia de derechos de información y consulta, como son las establecidas para los despidos, suspensiones y traslados colectivos<sup>1066</sup>, previsiones reglamentarias cuyo presupuesto de validez, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, se halla en su dependencia y subordinación a la disposición legal de remisión<sup>1067</sup>.

Además de la vía administrativa, la transgresión de los derechos de información facultaría a la representación legal de los trabajadores y, en su caso, a los delegados sindicales a interponer la correspondiente acción ante la Jurisdicción Social exigiendo el cumplimiento empresarial de su deber de información por la vía del conflicto colectivo (art. 152 c) LPL) o de la tutela de la libertad sindical (art. 175.1 LPL), siempre que se trate de una acción ejercitada por un sindicato. En cualquier caso, tratándose de una obligación de hacer, su cumplimiento coactivo por la vía judicial no es posible por lo que la mencionada acción judicial deberá ir dirigida a la obtención del correspondiente resarcimiento de daños y perjuicios por incumplimiento de un deber legal<sup>1068</sup>.

---

<sup>1066</sup> Es el caso del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en caso de traslados colectivos.

<sup>1067</sup> Por todas, Sentencias TC 83/1984, de 24 de julio y 209/1987, de 22 de diciembre.

<sup>1068</sup> En el mismo sentido, MERCADER UGUINA, J. R. "Algunas consideraciones sobre los efectos ...", op. cit., pág. 180.

### III. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN SOBRE CONTRATAS YA CONCERTADAS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 42 DEL ET.

1. El alcance de la reforma del art. 42 del ET por la Ley 12/2001 en materia de derechos de información.

Las obligaciones informativas sobre meras previsiones de subcontratación no son suficientes en un régimen jurídico del trabajo en contratas que pretende, partiendo de la permisividad legal del fenómeno de la subcontratación, dotar a estas operaciones de las suficientes garantías para los intereses de los trabajadores. Y no son suficientes porque ya es conocido que las operaciones empresariales de descentralización productiva pueden repercutir ostensiblemente en determinados intereses laborales cuya tutela ha sido tradicionalmente, y es actualmente, desempeñada por el Derecho del Trabajo.

De esta forma, las operaciones de contratación o subcontratación no sólo inciden, como se ha visto, en el mantenimiento del nivel de empleo existente en la empresa por cuanto que la descentralización de una línea de actividad o segmento de la producción puede venir a suponer una minoración del empleo en la empresa sino que también, cuando son utilizadas de manera fraudulenta, constituyendo una cesión prohibida de trabajadores<sup>1069</sup>, inciden negativamente en la estabilidad en el empleo de los trabajadores y, lo que es peor, en la efectividad de los derechos que les vienen reconocidos por las normas legales y convencionales de aplicación al volatilizarse la figura del empresario responsable. Pero aun cuando se está ante una lícita contrata o subcontrata que obedece a una necesidad real de

---

<sup>1069</sup> Se cita la cesión ilegal como supuesto paradigmático de empleo antijurídico de la subcontratación; sin desconocer que no es el único como se pudo comprobar supra, en el correspondiente capítulo dedicado a esta cuestión.

realización de una determinada actividad productiva por parte de una empresa especialista en el mercado, no cesan los riesgos para los trabajadores. Por un lado, los riesgos que afectan a sus intereses económicos y a los de la propia actividad recaudatoria de la Seguridad Social. Es conocido que el panorama actual de la actividad descentralizadora, sobre todo en sectores como la construcción, se encuentra caracterizado por la irrupción de multitud de empresas contratistas, de escasa entidad y, por tanto, de limitados recursos patrimoniales, cuya precaria infraestructura acentúa los riesgos de insolvencia patrimonial. Por otro lado, y también es buen ejemplo de ello el sector de la construcción, no hay que olvidar los riesgos relacionados con las condiciones de seguridad y salud en que desempeñan sus servicios los trabajadores implicados en el proceso descentralizador. Como es conocido, los índices de siniestralidad laboral son altos en este ámbito ya que, amén de los incumplimientos de las normas de prevención, es notorio que el desempeño de una actividad productiva en un mismo espacio físico de trabajo por dos o más empresarios multiplica el riesgo<sup>1070</sup>.

A la luz de ese panorama, resulta ciertamente escasa la obligación de información a la representación legal de los trabajadores acerca de las previsiones sobre subcontratación. Si los representantes legales de los trabajadores tienen atribuida legalmente una función de "vigilancia en el cumplimiento de las

---

<sup>1070</sup> De acuerdo con los datos suministrados por la Subdirección General de Estadísticas Laborales del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en el periodo comprendido entre enero y octubre del 2001, el sector de la producción que arrojó una cifra más elevada de accidentes de trabajo con baja durante la jornada laboral fue el de la construcción con 207.383 accidentes de un total de 813.322, lo que supone un 25,49 %, cifra sólo superada por el conjunto del sector servicios que alcanzó, en ese mismo periodo, el 42,17%. Por otra parte, estudios sindicales y la propia doctrina científica han puesto de manifiesto la incidencia de la subcontratación en la materialización de los riesgos, circunstancia a tener en cuenta, especialmente en el ámbito de la construcción, pues con un 32,7% es el que cuenta con mayor número de personal periférico en sus centros de trabajo. Cfr., en este sentido, UGT, Comisión Ejecutiva Confederal "Influencia de la precariedad en la siniestralidad en España", Enero de 2002, págs. 9 y 10, en [www.ugt.es/informes/informes.html](http://www.ugt.es/informes/informes.html); AAVV. "La subcontratación laboral", RDS, n° 12, 2000, pág. 6.

normas vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y empleo", mal podrán ejercer esa función en el ámbito del trabajo en contratas y subcontratas si no disponen de más información sobre el mismo que las previsiones empresariales relativas a futuras subcontrataciones.

Seguramente en esto mismo ha reparado el legislador cuando, por medio de la la Ley 12/2001 de 9 de julio ha modificado el art. 42 del ET introduciendo nuevos derechos de información, ya no sólo para los representantes legales de los trabajadores sino también para los propios trabajadores y para la propia Seguridad Social, con el fin de "reforzar las garantías en los supuestos de subcontratación", tal y como reza su exposición de motivos. Es sumamente esclarecedor, en este sentido, el empleo del verbo "reforzar" pues la utilización de este término significa, precisamente, esto mismo que se está diciendo: que los derechos de información en materia de subcontratación que, como novedad formal, introdujo en el ET la Ley 12/1991 son harto insuficientes desde el punto de vista de las garantías y controles a los que, en pro de la tutela de los intereses laborales, se debe sujetar la dinámica del proceso descentralizador<sup>1071</sup>.

Parece, por tanto, oportuna la reforma operada en el art. 42 del ET en orden a la instauración de estas nuevas obligaciones informativas<sup>1072</sup>. Aunque todavía es pronto para valorar la eficacia de estas previsiones y su grado de cumplimiento por los empresarios involucrados en el proceso descentralizador, en mi

---

<sup>1071</sup> Y me refiero, ampliamente, al proceso descentralizador y no sólo a la subcontratación, como fenómeno necesitado de este reforzamiento de garantías porque esta idea era la que abanderó la Ley 12/2001 para mejorar los derechos de información tanto en las contratas y subcontratas como en la transmisión de empresa. Vid., en este sentido, las novedosas obligaciones informativas recogidas en los apartados 6, 7, 8 y 9 del art. 44 del ET.

<sup>1072</sup> Juicio positivo que también se ha podido vislumbrar en los primeros comentarios doctrinales aparecidos tras la reforma de la Ley 12/2001. Cfr. ALARCÓN CARACUEL, M.R. "Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001", RDS, n° 15, 2001, pág. 63.

opinión, la introducción de nuevas garantías podrá contribuir, por la vía del control que están llamados a desempeñar los representantes legales de los trabajadores, a la minoración de los supuestos de encubrimientos de cesiones ilegales de trabajadores, de los llamados esquirolajes indirectos, de excesivo recurso a la externalización en perjuicio del empleo directo y permanente, de mora en el pago regular de los salarios y en el ingreso de las cotizaciones sociales por las empresas auxiliares, y de falta de la coordinación precisa en el cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales.

Sin embargo, desde otro plano, sí se puede efectuar a esta reforma legal el reproche de no haber aprovechado la ocasión para llevar a cabo una modificación más a fondo del art. 42 del ET con el fin, por lo menos, de limar aquellas asperezas que son origen de sus problemas interpretativos más clásicos como los relacionados con la solicitud de certificación de descubiertos y su virtualidad exoneradora, la materialización de la responsabilidad en caso de encadenamiento de contratas y la aplicabilidad del régimen jurídico de la transmisión de empresa a los supuestos de celebración y extinción de contratas y sucesión de contratistas<sup>1073</sup>.

---

<sup>1073</sup> Algunas posiciones doctrinales también han tenido la ocasión de denunciar el escaso calado que ha tenido la reforma en la solución de los principales problemas aplicativos del art. 42 ET. Cfr. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. "Las responsabilidades del empresario principal en las contratas y subcontratas", en AAVV. "La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar", Dir. Abdón Pedrajas Moreno, Valladolid (Lex Nova), 2002, pág. 170; OLMO GASCÓN, A. M. "Los derechos laborales del trabajo en contratas", Granada (Comares), 2002, pág. 159; MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma del art. 42 del E.T. ...", op. cit., págs. 275 y 278 y "Dimensión laboral ...", op. cit., págs. 21, 26 y 27; ALARCÓN CARACUEL, M.R. "Reflexión crítica ...", op. cit., pág. 62; TOLOSA TRIVIÑO, C. "La modificación del art. 42 ET: una reforma insuficiente", op. cit., pág. 1. SALINAS MOLINA, F. "Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora", RMTAS, n° 38, 2002, pág. 227.

## 2. Cuestiones comunes en torno a los derechos de información del artículo 42 del ET.

Son en total cuatro las obligaciones empresariales de información que ha introducido la reforma de la Ley 12/2001 en el art. 42 del ET en relación con las contratas o subcontratas que se hayan concertado, tres de ellas incumben a las empresas contratista y subcontratista y la cuarta a la empresa principal. Así, a las empresas contratista o subcontratista le incumbe la obligación de informar a sus trabajadores sobre la identidad de la empresa principal, de informar también sobre ese extremo a la Tesorería de la Seguridad Social, "en los términos que reglamentariamente se determinen", y de informar a los representantes de los trabajadores de la identidad de la empresa principal y de determinados extremos relativos a la ejecución de la contrata (arts. 42.3 y 42.5 ET)<sup>1074</sup>. Paralelamente, a la empresa principal le incumbe la de informar sus representantes legales de la identidad de la empresa contratista o subcontratista y también de esos mismo extremos sobre la ejecución de la contrata (art. 42.4 ET).

A la vez que la fundamentación común de todas estas previsiones de reforzar las garantías legales y de prevención del fraude, se puede también apreciar funcionalidades comunes en los deberes informativos instaurados para uno y otro empresario pues las obligaciones informativas establecidas para la empresa principal y para las empresas contratista y subcontratista conectan, por un lado, al igual que las del art. 64.1 del ET, con el conocimiento por la representación legal del programa de producción y la evolución probable del empleo en la empresa y,

---

<sup>1074</sup> Triple información que ha sido catalogada como "individual", "institucional", y "colectiva", por SEMPERE NAVARRO, A.V. "Fenómenos interempresariales", op. cit., pág. 113, y por MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma laboral del art. 42 del E.T. ...", op. cit., pág. 318 y "Dimensión laboral ...", op. cit., pág. 318, nomenclatura que será utilizada aquí.

por otro lado, con cuestiones tales como la prevención de situaciones de cesión ilegal, el control de las medidas de coordinación precisas en materia de seguridad e higiene y el conocimiento de la exacta identidad de los empresarios frente a los que se puede ejercitar la correspondiente acción de responsabilidad solidaria prevista en la norma, finalidad esta última que, obviamente, sólo se puede predicar de las obligaciones informativas previstas para la empresa contratista y subcontratista.

Se plantea en relación con estos derechos de información del art. 42 del ET, y al igual que ocurría con el art. 64.1.1º, si se han de observar en todo tipo de subcontrataciones o tan sólo resultan exigibles en las contratas y las subcontratas de la propia actividad. Aunque, a diferencia del anterior precepto citado, se trata de derechos recogidos en la misma norma estatutaria que instituye el requisito de la actividad propia, lo que podría llevar a pensar que las contratas y subcontratas a las que se refiere la norma también son de la propia actividad, considero que aquí se puede seguir sosteniendo la no exigibilidad del requisito legal por las razones expuestas en su momento, en relación al art. 64.1.1º, y porque los tres últimos párrafos de la norma estatutaria constituyen, a mi juicio, obligaciones empresariales ajenas a los elementos fácticos de imputación de la responsabilidad que se concretan en el apartado primero. En efecto, repárese, una vez más, en que los dos primeros apartados del art. 42, que son los que han integrado exclusivamente la norma desde 1980 hasta la Ley 12/2001, regulan el régimen de responsabilidad legal, aspecto en el que si tiene sentido ese requisito, por lo que puede sostenerse que los tres nuevos apartados que se han adicionado, reguladores de los derechos de información, tratan de una materia distinta y donde el interés protegible es, asimismo, distinto: el control por los representantes legales de toda subcontratación que se efectúe,

independientemente de si es o no de la propia actividad<sup>1075</sup>. Téngase en cuenta que con estas previsiones a la norma le interesa el control, por esta vía, de cualquier operación de subcontratación<sup>1076</sup>; la calificación de la contrata como propia o no propia es algo que, en su caso, se realizará a posteriori y a efectos de responsabilidad, pero no a efectos de la virtualidad de los derechos de información. En último lugar nótese que, atendiendo a la finalidad de estos derechos de prevención de situaciones de fraude y de incumplimientos, las mismas pueden generarse en cualquier contrata, sea o no de la propia actividad. En esta línea también se ha pronunciado la doctrina que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este particular<sup>1077</sup>.

En cuanto a los sujetos destinatarios de la información, además de los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista, los arts. 42.4 y 42.5 mencionan a los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratista y subcontratista. Por los mismos hay que entender que la norma se refiere a la representación unitaria y a la sindical: los delegados sindicales, como ya se advirtió, ostentan iguales derechos de información que los miembros de la representación unitaria ex art. 11.3.1º de la LOLS. Además, aunque la norma no lo especifique, razones lógicas obligan a entender que la información que emitan los empresarios irá dirigida a los

---

<sup>1075</sup> Como ha apreciado CAMPS RUIZ, L. M. "La subcontratación de obras y servicios ...", op. cit., pág. 70, "ninguna dependencia lógica existe entre los apartados 1 y 4 del artículo 42".

<sup>1076</sup> Respalda esta afirmación el hecho de que la exposición de motivos de la Ley 12/2001, como ya se ha dicho, ha justificado la reforma del art. 42 en la necesidad de reforzar las garantías en los supuestos de subcontratación, sin referirse en especial a ninguna concreta modalidad de descentralización productiva.

<sup>1077</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma del art. 42 del E.T. ...", op. cit., pág. 321 y "Dimensión laboral ...", op. cit., pág. 155. LLANO SÁNCHEZ, M. "Innovaciones legales en materia de contratación ...", op. cit., págs. 11 y 12. CAMPS RUIZ, L. M. "La subcontratación de obras y servicios ...", op. cit., págs. 69, 70 y 71. En contra, SEMPERE NAVARRO, A.V. "Fenómenos interempresariales", op. cit., pág. 116, parece dar por implícito el requisito.



representantes de los trabajadores del centro de trabajo donde se llevará a cabo la ejecución de la contrata cuando la obligación corresponda al empresario principal y a los del centro de trabajo donde se hallen ocupados los trabajadores que se destinarán a la contrata o subcontrata cuando corresponda a la empresa contratista o subcontratista<sup>1078</sup>.

### 3. Las obligaciones informativas de la empresa contratista y subcontratista.

Como antes se ha constatado, los arts. 42.3 y 42.5 del ET contienen tres obligaciones informativas para los empresarios contratistas y subcontratistas que, en función, de los sujetos a los que se destinan, pueden ser calificadas de información individual (proporcionada a cada trabajador), información institucional (proporcionada a la Seguridad Social), e información colectiva (proporcionada a los representantes unitarios y sindicales de los trabajadores).

#### 3.1. La obligación de información individual respecto a los trabajadores.

De acuerdo con el art. 42.3 del ET, "los trabajadores del contratista o subcontratista deberán ser informados por escrito por su empresario de la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento".

La funcionalidad de esta información parece conectarse con el ejercicio por los trabajadores de sus derechos económicos contra la empresa principal en caso de incumplimientos por la empresa contratista o subcontratista pues se pretende que los

---

<sup>1078</sup> En el mismo sentido, pero refiriéndose exclusivamente a la empresa principal, LLANO SÁNCHEZ, M. "Innovaciones legales ...", op. cit., pág. 11.

trabajadores conozcan, desde antes de la iniciación de su prestación de servicios y en cada momento (es decir, siempre que se verifique un cambio en la titularidad formal de la empresa principal y siempre que cambie la contrata a la que se asigne la prestación de servicios de los trabajadores), quién es esa empresa principal, para poder, eventualmente, dirigir su acción contra la misma con ciertas perspectivas de prosperabilidad.

No ofrece dudas que el empresario obligado a facilitar la información es el contratista y, en su caso, el subcontratista respecto a sus propios trabajadores. La cuestión se puede plantear en los supuestos de subcontrata en torno a quién es el empresario principal sobre cuya identidad se ha de informar, el primer empresario de la cadena o el contratista que actúa como principal respecto al subcontratista. Se debe recordar que, en efecto, la expresión de "empresario principal" permite identificar tanto al comitente en una contrata como al contratista en una subcontrata, por lo que parece claro que la información, en uno y otro caso, debe ir referida a uno y otro empresario<sup>1079</sup>. Pero repárese también en que el precepto se refiere a la empresa principal "para la cual estén prestando servicios en cada momento", esto es, la empresa que indirectamente recibe o aprovecha la prestación de servicios de los trabajadores y esta empresa, en una subcontrata, lo es tanto el empresario comitente como el contratista<sup>1080</sup>. Por ese motivo, y también en aras de asegurar la efectividad de la garantía legal, se ha de entender

---

<sup>1079</sup> No parece sostener lo mismo, OLMO GASCÓN, A. M. "Los derechos laborales ...", op. cit., pág. 160, que interpreta que la información se ha de referir al primer comitente, al que inicia la cadena, pues afirma que "el redactor no ha introducido la obligación del contratista de informar a sus trabajadores sobre la identidad del contratista anterior en los supuestos de subcontrataciones en cadena"; afirmación, de la que debo discrepar, en tanto, insisto, la Ley permite entender por "empresa principal" en una subcontrata tanto la comitente como la contratista.

<sup>1080</sup> En contra se manifiesta CAMPS RUIZ, L. M. "La subcontratación de obras y servicios ...", op. cit., pág. 71, que, interpretando esa misma dicción legal, la entiende referida exclusivamente al empresario comitente. En cualquier caso, termina pronunciándose, en términos de duda, en favor de la información de cada auxiliar referida tan sólo a su respectivo comitente.

que la información remitida por la empresa subcontratista ha de ir referida a la empresa contratista y a la comitente cuando sea conocida<sup>1081</sup>, que lo será, seguramente, si la subcontrata se desarrolla en su centro de trabajo. Téngase en cuenta, además, que si la finalidad del precepto es que los trabajadores conozcan quién es el empresario frente al que pueden ejercitar la correspondiente acción solidaria, los vaivenes jurisprudenciales en torno a la cuestión de si la responsabilidad es solamente dual o se extiende a toda la cadena descentralizadora, deben conducir a una interpretación lo más armonizada posible con la eficacia del ejercicio por los trabajadores de sus derechos económicos<sup>1082</sup>.

En cuanto a los sujetos destinatarios de la información<sup>1083</sup>, aunque la norma parece mencionar a "los trabajadores" como colectivo, todo parece indicar que la información es a título individual<sup>1084</sup>. En este sentido, se ha de transmitir por escrito, antes del inicio de la prestación de servicios y con un contenido básico justificado por la finalidad de permitir una exacta identificación del empresario principal (nombre o razón social, domicilio social y número de identificación fiscal). La información se ha de facilitar en relación a tantos empresarios

---

<sup>1081</sup> Y digo "cuando sea conocida" porque puede ser posible que la empresa subcontratista no conozca la existencia de la empresa principal o comitente ya que nada obliga a la empresa contratista de informar a la subcontratista de la existencia de la empresa principal, así como tampoco el contratista está obligado a informar al principal de la existencia de la empresa subcontratista. En este sentido, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. "La responsabilidad del empresario principal en las contratas y subcontratas", op. cit., pág. 170.

<sup>1082</sup> En contra, LLANO SÁNCHEZ, M. "Innovaciones legales en materia de contratación ...", op. cit., pág. 13, para la que la información se ha de referir tan sólo a la empresa con la que se ha contratado directamente pues es la empresa a la que se le puede imputar la responsabilidad solidaria del art. 42.2 del ET.

<sup>1083</sup> Como ha sido apreciado, no deja de ser loable que los destinatarios inmediatos de la información sean los propios trabajadores, y no sus representantes, habida cuenta de los problemas de carencia de órganos de representación legal de los trabajadores con que cuentan muchas pequeñas empresas contratistas en el actual panorama de las relaciones laborales. Cfr. OLMO GASCÓN, A. M. "Los derechos laborales del trabajo en contratas", op. cit., pág. 160.

<sup>1084</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. "Fenómenos interempresariales", op. cit., pág. 113. MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma laboral del art. 42 del E.T. ...", op. cit., pág. 318 y "Dimensión laboral ...", op. cit., pág. 149.

principales como empresas para las que la empresa contratista lleve a cabo la prestación de servicios, ya sea de manera simultánea o sucesiva<sup>1085</sup>.

El incumplimiento de esta obligación informativa no genera otra responsabilidad que la administrativa recogida en el art. 7.11 del TRLISOS, que tipifica como infracción grave "el incumplimiento del deber de información a los trabajadores en los supuestos de contratas al que se refiere el artículo 42.3 del Estatuto de los Trabajadores"<sup>1086</sup>. Dado que se trata de un deber impuesto respecto a cada uno de los trabajadores del contratista o subcontratista que vayan a prestar sus servicios en la contrata o subcontrata, se ha de entender que un incumplimiento de la obligación respecto a todos o alguno de esos trabajadores no supone una única infracción, sino que se generan tantas infracciones como trabajadores respecto a los que no se haya observado dicha obligación.

### 3.2. La obligación de información institucional a la Seguridad Social.

Otra obligación de la empresa contratista o subcontratista es la de informar también sobre la identidad de la empresa principal a la Tesorería de la Seguridad Social "en los términos que reglamentariamente se determinen".

El destinatario de la información ya no es el trabajador sino un ente público. No obstante, los sujetos activos y el

---

<sup>1085</sup> Como pone de manifiesto que el art. 42.3 se refiera la información a "la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento". En contra, negando virtualidad a la expresión legal, MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma del art. 42 del E.T. ...", op. cit., pág. 318, nota a pie n° 117 y "Dimensión laboral ...", op. cit., pág. 149, nota a pie n° 187.

<sup>1086</sup> Precepto que fue incorporado al TRLISOS por el art. 14.2 de la Ley 12/2001 de 9 de julio.

contenido de esta obligación informativa<sup>1087</sup> son idénticos a la anterior por lo que son extrapolables aquí las consideraciones sostenidas en relación a dicha obligación informativa. También la fundamentación es la misma, con la obvia salvedad de ser ahora la Seguridad Social el sujeto interesado en recibir esta información con vistas al eventual ejercicio de la acción de responsabilidad solidaria contra los empresarios participantes de la contrata o subcontrata, con lo que prima aquí la tutela del interés público.

Aún no ha sido aprobada la norma reglamentaria a la que remite el art. 42.3 del ET con el fin de que concrete los términos en que se ha de verificar esa obligación informativa con este servicio común de la Seguridad Social<sup>1088</sup>, por lo que las consideraciones que se efectúen en torno a la sustanciación de la misma se hacen con cierta reserva<sup>1089</sup>. Así, en cuanto al momento o plazo en que se ha de llevar a cabo esta obligación, dado que la norma no hace alusión al mismo, se puede pensar que serán previsiblemente los estadios anteriores al inicio de la correspondiente prestación de servicios por los trabajadores que se vinculen a la ejecución de la contrata, por ser esta solución análoga a la instaurada en la misma norma para la obligación

---

<sup>1087</sup> En cuanto al contenido, la norma sólo explicita "la identidad de la empresa principal"; sin embargo, y hasta que el futuro reglamento sobre el particular no establezca algo más, se ha de entender que esa identidad se ha de concretar también en los datos identificativos ya mencionados: nombre o razón social, domicilio social y número de identificación fiscal.

<sup>1088</sup> Nótese que el art. 42.1 también remite a un desarrollo futuro reglamentario la emisión por la Tesorería de la Seguridad Social de la correspondiente certificación de descubiertos que ese mismo apartado establece. Como se trata de trámites documentales relacionados con ese ente público, es previsible que el Reglamento regule conjuntamente ambas estipulaciones.

<sup>1089</sup> Hay quien piensa en la doctrina que la ausencia de desarrollo reglamentario "convierte al pasaje legal en una norma inaplicable", lo que, a mi juicio, resulta excesivo, dado que la instauración del deber informativo, sus sujetos, su contenido, incluso la responsabilidad aparejada a su incumplimiento son lo suficientemente claros en la Ley como para poder sostener su virtualidad en tanto no es desarrollado por la aludida norma reglamentaria. Cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V. "Fenómenos interempresariales", op. cit., pág. 114 y, en contra, MONEREO PÉREZ J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma del art. 42 del E.T. ...", op. cit., pág. 318 y "Dimensión laboral ...", op. cit., pág. 148.

informativa prevista en relación a estos trabajadores. Ni que decir tiene que, por razones obvias, la información ha de ser actualizada en caso de variación de alguno de los datos identificativos de la empresa principal o en el supuesto de cambio de la propia empresa principal, ya sea por cambio de su titularidad formal o por el inicio de una contrata adicional a consecuencia del encargo encomendado por un nuevo empresario comitente.

Sorprende que no exista una tipificación expresa en el TRLISOS de la infracción de este deber de manera paralela a la tipificación existente en el art. 7.11 en relación al deber de informar a los trabajadores ocupados en la contrata. Llama aún más la atención que, dada esa ausencia de previsión expresa, haya que remontarse a un tipo infractor de menor gravedad, cual es el establecido en el art. 21.4 del TRLISOS que califica como infracción leve de los empresarios "no facilitar a las entidades correspondientes los datos, certificaciones y declaraciones que estén obligados a proporcionar u omitirlos, o consignarlos inexactamente". Efectivamente, no se entiende bien por qué el incumplimiento del deber de información a los trabajadores constituye una infracción grave y el incumplimiento del mismo deber da lugar tan sólo a una infracción leve cuando el destinatario de la información es la Seguridad Social. Sorprende, sobre todo, el diferente tratamiento si se tiene en cuenta que el fundamento de ambas obligaciones informativas discurre paralelo y que los intereses económicos de los trabajadores y los de la Seguridad Social vienen tutelados en un mismo plano en el art. 42 del ET e incluso se encuentran de facto estrechamente vinculados en tanto no hay duda de que los descubiertos de cuotas que eventualmente se produjeran perjudicarían tanto a la Tesorería como a los propios trabajadores en su derecho a la generación de futuras prestaciones.

### 3.3. La obligación de información colectiva a los representantes de los trabajadores.

La tercera y última obligación informativa que incumbe a las empresas contratistas y subcontratistas es la del art. 42.5 del ET, de acuerdo con el cual dichos empresarios han de informar a los representantes de los trabajadores (tanto unitarios como delegados sindicales) de la identidad de la empresa principal, en los términos vistos anteriormente, así como de una serie de extremos relacionados con la ejecución de la contrata y que se relacionan en el apartado cuarto<sup>1090</sup>.

Con esta información, la norma pretende que los representantes de los trabajadores puedan ejercer en mejores condiciones y en el ámbito específico de la subcontratación su función de control y tutela de los derechos de los trabajadores prevista en los arts. 64.1.9º y 64.1.12º del ET. Debe tenerse en cuenta que a través de esta información podrán prestar a los trabajadores el asesoramiento preciso para el ejercicio coactivo de sus derechos económicos y los representantes, además, podrán valorar mejor si el trabajo se desarrolla en el contexto de una auténtica contrata o si, al contrario, los trabajadores están siendo objeto de una mera cesión de trabajadores prohibida por el art. 43 del ET.

La información se ha de facilitar "antes del inicio de la ejecución de la contrata", es decir, una vez concertada y con anterioridad al comienzo de las correspondientes prestaciones de trabajo, lo que no quita para que la información sea actualizada durante la ejecución de la misma en caso de cambiar las

---

<sup>1090</sup> Partiendo de la letra b) de dicho apartado: objeto y duración de la contrata, lugar de ejecución, número de trabajadores que serán ocupados en el centro de trabajo de la empresa principal y medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

circunstancias de identidad empresarial, tiempo de la contrata o espacio para su ejecución, que concurrieron cuando se concertó inicialmente.

En cuanto a la información sobre la identidad de la empresa principal, se vuelve a plantear aquí, en los supuestos de subcontratas, quién es el empresario principal cuya identidad debe ser comunicada: el comitente que ha contratado, el contratista que ha subcontratado o ambos. Por de pronto, parece que la información que transmite el subcontratista a sus representantes de los trabajadores no se refiere, en principio, al empresario comitente que inició la cadena sino que se debe referir al contratista pues fue con este con el que concertó la subcontrata, constituyéndose así en su empresario principal<sup>1091</sup>. Además, recuérdese que el subcontratista no tiene porqué conocer siquiera la existencia del inicial empresario comitente. La cuestión cambia, sin embargo, cuando se trata de una subcontrata que se desarrolla en el centro de trabajo de este último empresario. Y cambia porque, a la vista del apartado cuarto al que remite el art. 42.5, se ha de informar, entre otros extremos, del lugar de ejecución de la contrata y de las medidas de coordinación previstas en materia de prevención de riesgos laborales. Estas medidas, como es sabido, implican al empresario titular del centro de trabajo debido a los riesgos específicos que supone un determinado espacio físico de trabajo para los trabajadores que allí desempeñan su actividad y al poder de control que dicho empresario ostenta sobre el mismo. Pues bien, por razones de coherencia en la información que se transmite podría llegar a considerarse absurdo que con el fin de garantizar un efectivo control por los representantes de los trabajadores

---

<sup>1091</sup> En este sentido, CAMPS RUIZ, L. M. "La subcontratación de obras y servicios ...", op. cit., págs. 71 y 72, entiende que, en todo caso, el empresario sobre cuya identidad se debe informar es el comitente inmediato. En contra, OLMO GASCÓN, A. M. "Los derechos laborales ...", op. cit., págs. 160 y 161, parece inclinarse por la información referida exclusivamente al comitente inicial.



se informe de cuál es el centro de trabajo donde se desarrollarán las actividades subcontratadas y de las medidas de prevención que le afectan y no se informe de la identidad del empresario titular del centro y, como tal, del empresario sujeto a esas específicas obligaciones preventivas.

La anterior consideración lleva a concluir que, en los casos en que la subcontrata se desarrolla en el centro de trabajo del inicial empresario comitente es manifiesto que también se ha de informar de la identidad de este. Se ha de reparar también en que el empresario de cuya identidad se ha de informar no es tan sólo el empresario principal sino "la empresa principal para la cual estén prestando sus servicios" los trabajadores de la empresa subcontratista y esta dicción, como ya se vio, interpretada como referida al empresario que obtiene el aprovechamiento indirecto de la prestación laboral de estos trabajadores es predicable indistintamente del empresario contratista y del empresario comitente.

En cuanto a los extremos relativos a la ejecución de la contrata, sobre los que también la empresa principal, ex art. 42.4, deberá informar a los representantes de sus trabajadores<sup>1092</sup>, concurren en ellos, bajo unos mismos parámetros de control del fraude por los representantes, unas funcionalidades diferenciables. Así, la información sobre el objeto y duración de la contrata persigue, a mi juicio, el conocimiento de la realidad de la contrata y de la necesidad técnica u organizativa que la inspire para evitar situaciones de mero prestamismo laboral o, aún tratándose de lícitas contratas, de sustitución de mano de obra directa y fija por empleo externo y precario con

---

<sup>1092</sup> Por lo que las consideraciones que aquí efectúe son extrapolables a ese precepto.

la finalidad de cubrir puestos de trabajo permanentes<sup>1093</sup>. El objeto de la contrata habrá de ser perfectamente acotado, no así la duración pues puede tratarse de contratas de duración incierta donde el acotamiento temporal viene determinado por la consecución del fin productivo del que se trate<sup>1094</sup>. La información sobre el lugar de ejecución de la contrata también conecta con esa finalidad pero, además, creo que debe ser relacionada con la información del apartado d), sobre las medidas de coordinación en materia de prevención de riesgos laborales, pues es perfectamente posible que el lugar de ejecución sea aquel donde concurren todos los empresarios implicados en el proceso descentralizador y, por tanto, al que irán referidas las correspondientes medidas de coordinación<sup>1095</sup>. Finalmente, la indicación del número de trabajadores que serán ocupados en el centro de trabajo del empresario principal debe conectarse con el interés de los representantes de conocer toda cuestión que incida en las relaciones laborales (art. 64.1.12º ET) y, más concretamente, con repercusión en el nivel de empleo existente en la empresa contratista o subcontratista y en ese centro de trabajo de la empresa principal. Esta información numérica no parece ser vinculante<sup>1096</sup> o, al menos, parece supeditarse al real conocimiento del número concreto de trabajadores que se

---

<sup>1093</sup> Aunque no se desconoce aquí, que ese será un interés más bien propio de los representantes de los trabajadores en la empresa principal.

<sup>1094</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. "Fenómenos interempresariales", op. cit., pág. 115.

<sup>1095</sup> En relación a estas medidas de coordinación, adviértase que el art. 42.4 e) del ET no añade una nueva obligación informativa puesto que esas medidas ya están integradas en el deber de información que tiene el empresario frente a los delegados de prevención conforme a los arts. 18 y 36.2 b) de la LPRL. Además, ya deben ser conocidas por los representantes debido a su participación en la elaboración de los planes de prevención. Iguales consideraciones en MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma del art. 42 del E.T. ...", op. cit., págs. 325 y 326 y "Dimensión laboral ...", op. cit., págs. 165 y 166.

<sup>1096</sup> Ibidem.

destinarán a la realización de los trabajos como da entender el precepto con la expresión "en su caso"<sup>1097</sup>.

El desconocimiento por el empresario contratista o subcontratista de esta obligación informativa respecto a los representantes de sus trabajadores constituye la infracción genérica de carácter grave que establece el art. 7.7 del TRLISOS para toda suerte de transgresiones empresariales de los derechos de información, audiencia y consulta de estos, sin perjuicio de la obtención del correspondiente resarcimiento en vía judicial iniciada, por este motivo, contra el empresario por el oportuno procedimiento de conflicto colectivo o, en su caso, de tutela de los derechos de libertad sindical cuando sean los delegados sindicales los que insten este derecho.

#### 4. Las obligaciones informativas de la empresa principal.

La empresa principal, de acuerdo con el art. 42.4 del ET, debe de informar a sus representantes de los trabajadores (también unitarios y delegados sindicales) de la identidad de la empresa contratista (nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal) y de los mismos extremos relativos a la ejecución de la contrata sobre los que las empresas contratista y subcontratista deben informar a los suyos.

Estas obligaciones informativas se han de insertar en el lógico control que han de efectuar los representantes de los trabajadores sobre la política descentralizadora de la empresa

---

<sup>1097</sup> En este sentido, CAMPS RUIZ, L. M. "La subcontratación de obras y servicios ...", op. cit., pág. 70, apunta que esta expresión significa que el número de trabajadores se habrá de indicar si fue un extremo que se estableció en el contrato de empresa que se hubiese celebrado. En contra, MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma del art. 42 del E.T. ...", op. cit., pág. 324 y "Dimensión laboral ...", op. cit., pág. 163, entienden que la expresión legal significa que la obligación informativa no tendrá virtualidad si la contrata se desarrolla fuera del centro de trabajo de la empresa principal.

con el fin de evitar o minimizar la sustitución de empleo directo por externalizado y también para la prevención de conductas fraudulentas como la obtención ilegal de mano de obra o la sustitución antijurídica de los trabajadores huelguistas ante la convocatoria legal de una huelga.

El sujeto activo de esta obligación es tanto el empresario principal en una contrata como el contratista en una subcontrata pues la norma no deja lugar a dudas al referir el deber a la empresa que concierte "un contrato de prestación de servicios con una empresa contratista o subcontratista"<sup>1098</sup>.

Debido a la analogía que guarda este supuesto con el anterior en todo lo relativo a los destinatarios de la información, el objeto de la información, el momento para ser trasladada y las consecuencias anudadas a su incumplimiento, se ha de remitir, para el examen de estos aspectos, a las consideraciones ya efectuadas en torno al mismo y a las cuestiones comunes con las que se inició el análisis de los nuevos derechos de información que se contienen en el art. 42 del ET.

---

<sup>1098</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma del art. 42 del E.T. ...", op. cit., págs. 322 y 323 y "Dimensión laboral ...", op. cit., págs. 160 y 161. LLANO SÁNCHEZ, M. "Innovaciones legales ...", op. cit., pág. 10. En contra, SEMPERE NAVARRO, A.V. "Fenómenos interempresariales", op. cit., pág. 115, admite que la información que remita el inicial empresario comitente se refiera tanto al contratista como al subcontratista y, a su vez, que cada contratista intermedio informe respecto a su subcontratista inmediato.



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## **CONCLUSIONES**



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** La subcontratación entendida en sentido amplio constituye la principal manifestación de lo que se conoce como descentralización productiva y como tal participa de los patrones propios de esta en cuanto a los factores socioeconómicos que han desencadenado su proliferación en las modernas relaciones de producción y en lo relativo a los inconvenientes mas sobresalientes derivados de su utilización como técnica de organización productiva, esto es, los inconvenientes inherentes al fenómeno de la segmentación del mercado de trabajo.

La funcionalidad inherente al fenómeno de la subcontratación económica ha experimentado una ostensible evolución, de forma que se ha pasado de un primer estadio, en el que el recurso a esta técnica descentralizadora se instrumentaba para la atención de demandas coyunturales en el mercado y remotas al objeto social de las empresas, a una segunda fase en la que su utilización responde a la atención de necesidades estructurales y constitutivas del núcleo competencial de actividades de las empresas.

**SEGUNDA.-** El ordenamiento jurídico, desde la perspectiva de tolerancia hacia el fenómeno descentralizador, permitida por nuestro texto constitucional, debe articular suficientes garantías laborales con el fin de evitar, por una parte, la utilización formal de la subcontratación para propósitos desconexos de su funcionalidad socioeconómica y, por otra, remover los efectos perjudiciales que para los trabajadores pueden derivarse del recurso estructural a la subcontratación como técnica empresarial de organización descentralizada. En ese contexto se sitúa la teleología del conjunto de disposiciones laborales que ordenan la contratación y subcontratación de obras



y servicios, cuerpo normativo en el que la relevancia de sus fines protectores contrasta seriamente con las notables carencias y deficiencias técnicas que presentan sus principales mandatos reguladores. De entre esas carencias, hay que destacar la ausencia de previsiones normativas correctoras de la segmentación de la colectividad laboral y dirigidas a reforzar la estabilidad en el empleo de los trabajadores de las empresas auxiliares y su paridad de tratamiento retributivo en relación con los trabajadores de las empresas principales.

**TERCERA.-** El fundamento de la instauración de un sistema de responsabilidades legales de los empresarios participantes en la contratación o subcontratación de obras y servicios ha perdido su pasado referente patológico, que aproximaba esta figura a la de la cesión ilegal de trabajadores, y se ha conectado actualmente al aspecto fisiológico de la subcontratación económica, esto es, al provecho económico mediato que el empresario principal obtiene al incorporar a su proceso productivo el resultado patrimonial derivado del esfuerzo productivo de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas.

**CUARTA.-** Los términos contrata y subcontrata son reconducibles, desde el punto de vista del negocio jurídico que instrumenta estas operaciones descentralizadoras, al llamado contrato de empresa, en atención a la cualidad de empresarios que deben revestir los sujetos entre los que dicho contrato se concierta. Bajo esa nomenclatura jurídica encajan otros muchos negocios jurídicos típicos y atípicos que responden a idéntica funcionalidad socioeconómica, esto es, aquellos en los que resultan predominantes las obligaciones de hacer, y entre los que se encuentra la compraventa-suministro, el arrendamiento de industria (cuando es utilizado como técnica descentralizadora),

los contratos de distribución comercial y los contratos de naturaleza pública sujetos al Derecho Administrativo.

En cuanto al tipo de empresarios a los que la norma estatutaria se está refiriendo, es evidente que las empresas contratistas y subcontratistas han de revestir la condición de empresario laboral pero no se puede decir lo mismo de la empresa principal de la que emana el encargo que, a estos efectos, es suficiente con que se trate de un empresario en sentido mercantil o de un ente de Derecho Público.

**QUINTA.-** El art. 42 del ET no hace mención explícita a que las contratas y subcontratas reguladas por dicha norma sean exclusivamente las que se ejecutan en los centros de trabajo de la empresa principal. Cuando el legislador ha pretendido introducir un requisito locativo en este sentido, lo ha hecho expresamente, como se ha puesto de manifiesto en los arts. 24.3 de la LPRL y 42.3 del TRLISOS.

Ello conduce a concluir que las consecuencias que, en el plano de la responsabilidad, el art. 42.2 del ET asocia a su supuesto de hecho van a resultar operativas independientemente de que la contrata se desarrolle en los centros de trabajo del empresario contratista o subcontratista o del empresario principal. Por esta razón, el elemento locativo como mucho podrá constituir un indicio de la existencia de una contrata de la propia actividad del empresario principal pero no un elemento definidor de las contratas reguladas en el art. 42 del ET.

**SEXTA.-** El requisito de la correspondencia con la propia actividad del empresario principal de las obras o servicios contratados o subcontratados que se contempla en el apartado primero del art. 42 del ET constituye el principal presupuesto

condicionante del régimen de responsabilidad solidaria que se contiene en el apartado segundo de dicho precepto. El fin pretendido por el legislador con la introducción de dicho presupuesto radica en circunscribir el sistema de responsabilidades a un tipo determinado de contratas. Su fundamentación está, pues, en sujetar a una mayor onerosidad a las contratas que reúnen esta característica, porque en ellas parece ser más ostensible el aprovechamiento indirecto que el empresario principal obtiene del esfuerzo productivo de los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista, circunstancia que, como ya se dijo, inspira el conjunto de la ordenación protectora en esta materia.

De entre los múltiples pronunciamientos jurisprudenciales en torno al significado de este presupuesto normativo, parece haberse consolidado en la jurisprudencia unificadora un criterio intermedio, según el cual, como regla general, constituyen propia actividad las tareas constitutivas del ciclo productivo de la empresa principal y, excepcionalmente, las tareas complementarias o auxiliares cuando, a la vista de las concretas circunstancias fácticas concurrentes, puedan calificarse de absolutamente esenciales para los fines productivos de la empresa principal.

Esta solución interpretativa, aun cuando va a seguir exigiendo una concreción casuística por tratarse la propia actividad de un concepto jurídico indeterminado, se sitúa en consonancia con el sentido restrictivo al que, como ya se dijo, responde la presencia del requisito en el supuesto de hecho de la norma. No obstante, por razones de seguridad jurídica y de protección de los trabajadores pertenecientes a las empresas contratistas patrimonialmente más débiles sería conveniente, de lege ferenda, la supresión en la norma del presupuesto legal o, en su caso, la concreción del tipo de contratas que quedarían sujetas al régimen de responsabilidad legal. La desaparición de

la propia actividad redundaría en beneficio del saneamiento del mercado de contratas ya que estimularía a las empresas principales a acentuar el control que ejercitan sobre la solvencia económica de las empresas contratistas con las que negocian.

**SÉPTIMA.**- El contexto de tolerancia y reconocimiento normativo en el que se desarrollan los procesos de descentralización productiva no impide desconocer que la institución jurídica de la contrata y subcontrata de obras y servicios puede también ser utilizada para fines alejados de su función socioeconómica y asimismo prohibidos por el ordenamiento jurídico. El denominado "empleo antijurídico de la subcontratación" se puede reconducir, en sus manifestaciones más evidentes, a los casos en que se utiliza la contrata como negocio jurídico aparente que pretende dar cobertura jurídica a una cesión ilegal de trabajadores, prohibida por el art. 43 del ET, y a aquellos otros en los que la contrata es utilizada como vía indirecta de suplencia de los trabajadores ausentes en la empresa a consecuencia de su lícito ejercicio del derecho de huelga. En el primero de los supuestos se habla de pseudocontrata y en el segundo de esquirolaje externo.

La relativa frecuencia con que aparecen en la dinámica de las relaciones de producción las contratas aparentes o pseudocontratas permite atribuir una especial importancia a los criterios jurídicos delimitadores de la institución jurídica que regula el art. 42 del ET en relación con la que se contiene en el art. 43 del mismo texto legal. La detección de estos elementos delimitadores por el juzgador no constituye otra cosa que la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo dirigida a efectuar una correcta calificación jurídica de la realidad fáctica por encima de las formas o ropajes jurídicos con que se presenten los negocios jurídicos de los que se trate.

Constituyen, en síntesis, dichos criterios calificadores la realidad formal y material de la empresa contratista como entidad que participa en el proceso de producción de la empresa principal, la especificidad y determinación de las tareas contratadas o subcontratadas, el control y dirección por el contratista, aun en concurrencia con el empresario principal, de las labores contratadas, sin que pueda desentenderse completamente de esas funciones, y, por último, la asunción por la empresa contratista o subcontratista de un riesgo empresarial no desplazado al empresario principal, desplazamiento que se verifica cuando el precio de la contrata se establece en función de las horas de trabajo.

Por su parte, los supuestos de esquirolaje indirecto, aunque no se encuentren expresamente contemplados en la interdicción del art. 6.5 del RDLRT, pueden encajar en dicha norma si se efectúa una interpretación teleológica del mandato prohibitivo que en ella se contiene. Esa interpretación finalista encuentra respaldo en la doctrina constitucional interpretativa del derecho de huelga en relación con el despliegue de su eficacia frente a las facultades directivas y organizativas que ostenta el empresario en el ejercicio del derecho a la libertad de empresa.

**OCTAVA.-** La reforma del art. 42 del ET por la Ley 12/2001, de 9 de julio, no ha dejado zanjado el problema de la extensión subjetiva de la responsabilidad en los casos de encadenamientos de contratas. Si bien ahora la responsabilidad solidaria del empresario principal viene referida expresamente a las obligaciones "contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores" (lo que parece dar a entender que la responsabilidad se extiende en sentido ascendente a todos los empresarios que antecedan en la cadena) también la reforma puede haber obedecido a la mera subsanación de la exclusiva alusión a los subcontratistas que se contenía en la redacción normativa

anterior pues una cuestión de tan significativa relevancia como la planteada hubiese requerido un pronunciamiento expreso del legislador.

En tanto el art. 42 no acoja una solución expresa en relación con esta cuestión, de una lectura global de sus dos primeros apartados se puede extraer la conclusión de que el sistema de responsabilidad está diseñado exclusivamente para relaciones interempresariales bimembres (empresario principal-contratista y empresario contratista-subcontratista). Básicamente dos razones apoyan esta afirmación. De un lado, desde un enfoque de interpretación literal, el hecho de que la cualidad de empresario principal no es exclusiva del empresario que inicia la cadena descentralizadora sino que se predica también de la posición del contratista respecto al subcontratista. De otro, el que resulta coherente entender que la extensión subjetiva de responsabilidad deba tener el mismo alcance que el de la solicitud de certificación negativa de descubiertos, mecanismo exoneratorio cuyo desenvolvimiento aparece claramente previsto en la norma para relaciones empresariales bimembres, esto es, de principal a contratista y de este a subcontratista pero no de principal a subcontratista.

Ahora bien, por razones de seguridad jurídica es conveniente que, de lege ferenda, se efectuase una revisión del precepto para introducir una previsión específica de extensión subjetiva de la responsabilidad empresarial en caso de encadenamiento de contratas. Dicha previsión reforzaría la función protectora del art. 42 del ET sobre todo en aquellos sectores de la actividad en los que el múltiple fraccionamiento de las actividades productivas puede acentuar los riesgos de insolvencia empresarial y, por otra parte, contribuiría al saneamiento del mercado de contratas al obligar a los empresarios principales a fiscalizar

la elección que los contratistas efectúen de terceros subcontratistas.

**NOVENA.-** Con carácter general, constituye el ámbito material de la responsabilidad solidaria del empresario principal, por obligaciones de naturaleza salarial, el conjunto de percepciones económicas reconducibles al concepto legal de salario contenido en el art. 26.1 del ET, y se sustrae del mismo las partidas extrasalariales del art. 26.2 del ET, así como aquellas otras que, pese a no resultar reconducibles a ninguno de los supuestos del anterior precepto legal, no tienen carácter salarial porque su funcionalidad es ajena a la retribución de la prestación de servicios profesionales y se conecta, en la mayoría de las ocasiones, con finalidades compensatorias o resarcitorias. Así, se han de entender excluidos del ámbito material de responsabilidad la indemnización sustitutiva del preaviso (en los casos en que sea preceptivo para la extinción contractual), la indemnización legal o convencional por la terminación de un contrato temporal, la compensación económica de las vacaciones no disfrutadas y las gratificaciones voluntarias o liberalidades empresariales.

Especialmente problemática se plantea esta cuestión en torno a los llamados salarios de tramitación, dada su especial naturaleza, que integra componentes salariales e indemnizatorios. No obstante, parece acertada la solución dada por la reciente y consolidada doctrina unificadora en el sentido de entenderlos excluidos del ámbito de responsabilidad empresarial. Y es que, en este tipo de percepción económica resulta preponderante la faceta indemnizatoria en atención al carácter constitutivo que los arts. 55. 7 del ET y 109 de la LPL reconocen al despido, la eventual responsabilidad del Estado en su abono y la posibilidad de su compensación por los ingresos obtenidos por el trabajador en otro empleo. Además, se trata de cantidades ligadas al

inadecuado ejercicio por el empresario de sus facultades disciplinarias cuando los efectos de estos actos antijurídicos quedan claramente extramuros de la ratio teleológica que inspira la responsabilidad por obligaciones salariales en el art. 42 del ET.

**DÉCIMA.**- El alcance de la expresión "obligaciones referidas a la Seguridad Social", contenida en el art. 42.2 del ET para delimitar la responsabilidad solidaria del empresario principal en materia de Seguridad Social, comprende las obligaciones contraídas por el contratista en el sistema de Seguridad Social, ya con las entidades gestoras, ya con los propios beneficiarios. De esta forma, integran típicamente el ámbito material de la responsabilidad, en esta materia, las cotizaciones sociales (incluido el recargo por mora, los intereses y las costas del procedimiento de apremio) y las prestaciones sociales de las que haya sido declarado responsable el empresario contratista o subcontratista por incumplimiento de sus obligaciones de afiliación, alta o cotización, tanto en los casos en que la prestación pueda ser adelantada por la entidad gestora (por el juego del principio de automaticidad) como en los que sólo pueda ser abonada por el empresario responsable.

Por otra parte, concurren suficientes argumentos para entender también comprendidas en este ámbito las mejoras voluntarias de la acción protectora pública, y ello, pese a que la más reciente doctrina unificadora se ha decantado por la solución contraria. Desde el punto de vista de su naturaleza, el art. 1.3 de la OM de 28 de diciembre de 1996 permite considerarlas integradas en la acción protectora de la Seguridad Social, y, atendiendo al tenor literal del art. 42.2 del ET, cumplen sin dificultad el requisito de la referibilidad que la norma exige para que pueda ser imputable la responsabilidad de su abono al empresario principal y que, en este caso, permite no



asociar exclusivamente la responsabilidad a las obligaciones de estricta Seguridad Social. Finalmente, su inclusión se justifica en una lectura teleológica del art. 42 del ET, ya que no participan de la garantía del principio de automaticidad, propio de las prestaciones públicas, cuando el fin al que se dirige en este ámbito dicha norma estatutaria es la protección de los derechos económicos de la Seguridad Social pero también los de los propios trabajadores.

**UNDÉCIMA.**- También encaja en la dicción "obligaciones referidas a la Seguridad Social", del art. 42 del ET, el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene. Sin embargo, repárese en que la eventual responsabilidad del empresario principal en el abono del recargo de prestaciones encuentra su justificación en la imposición *ex lege*, al primero, de específicos deberes de seguridad e higiene en relación a los trabajadores del empresario contratista o subcontratista. La existencia de dichos deberes legales en la LPRL posibilita atribuir al empresario principal la calificación de "empresario infractor" que exige el art. 123.2 de la LGSS para la imposición del recargo, permitiendo así trascender el debate en torno a la naturaleza jurídica del mismo y acerca de si encaja o no en el art. 42 del ET. La vinculación de la responsabilidad del abono del recargo al incumplimiento de específicos deberes de seguridad e higiene determina que dicha responsabilidad pueda recaer sobre el empresario contratista o subcontratista, sobre el empresario principal o sobre ambos solidariamente.

Dado que el presupuesto fundamental para la imputación de la responsabilidad reside en la calificación de empresario infractor, han de pasar a un segundo plano los requisitos exigidos en los arts. 42 del ET y 42.3 del TRLISOS para que emerja la responsabilidad solidaria de los empresarios implicados en el proceso descentralizador; básicamente, que la contrata sea

de la propia actividad y que se desarrolle en el centro de trabajo de la empresa principal, condiciones que por regla general serán suficientes pero no estrictamente necesarias a estos efectos.

**DUODÉCIMA.-** Los dos primeros apartados del art. 42 del ET contienen mandatos normativos interdependientes, de manera que los efectos atribuidos al mecanismo de exoneración regulado en el primero de ellos no se han de vincular a otra responsabilidad que la solidaria que recoge el segundo en relación a las obligaciones de Seguridad Social. Dicho mecanismo de exoneración se configura como una facultad legal del empresario comitente cuya funcionalidad socioeconómica es la del saneamiento del mercado de empresas contratistas y subcontratistas.

De acuerdo con la finalidad atribuida a la solicitud de certificación negativa de descubierto, parece que la norma está pensando en una única solicitud practicada con anterioridad al inicio de la contrata e interesada para que se certifique sobre cotizaciones pendientes de la empresa contratista o subcontratista y anteriores al inicio de las tareas contratadas o subcontratadas. No obstante, concebido así el mecanismo exoneratorio, no se contribuye de manera eficaz a la consecución del señalado fin de saneamiento sobre todo en las contratas de larga duración pues resulta excesivo extender consecuencias exoneratorias durante toda la vigencia de la contrata cuando sólo se ha podido certificar la inexistencia de cuotas sociales pendientes respecto a momentos anteriores a su concertación. Por esa razón, como propuesta de lege ferenda, resultaría más razonable que la norma estableciera una periodicidad mensual para la solicitud de certificación o que incumbiese al propio contratista el deber de acreditar mensualmente ante el empresario principal su solvencia con la Seguridad Social.

Los efectos exoneratorios de la solicitud de certificación negativa se extienden a las obligaciones de Seguridad Social contraídas por el contratista o subcontratista durante la vigencia de la contrata pero no afecta a la responsabilidad solidaria del art. 42.2 del ET respecto a las obligaciones de naturaleza salarial, a la prevista en los arts. 23.2 y 42.3 del TRLISOS (en relación con las obligaciones de naturaleza administrativa) ni a la responsabilidad subsidiaria de los arts. 104.1 y 127.1 de la LGSS. Tampoco alcanza a la eventual responsabilidad en el abono del recargo de prestaciones ni a la que pudiera derivarse del art. 1597 del CC.

**DECIMOTERCERA.-** La responsabilidad subsidiaria prevista en los arts. 104.1 y 127 de la LGSS, referida a cotizaciones sociales y a prestaciones públicas, viene a completar, junto al art. 42 del ET, el sistema legal de responsabilidades en contratas en materia de Seguridad Social. Efectivamente, ya no es tema discutible que el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica contenidos en el art. 42, de una parte, y en los arts. 104.1 y 127, de otra, son distintos, por lo que se trata de normas no excluyentes entre sí. Mientras aquel precepto disciplina, como se sabe, una responsabilidad solidaria para las contratas de la propia actividad, éstos establecen una responsabilidad subsidiaria asociada a todo tipo de contratas o subcontratas. Consecuencia de ello es que los arts. 104.1 y 127 de la LGSS podrán jugar tanto cuando se trate de una contrata no de la propia actividad como cuando el empresario principal se haya visto exonerado de la responsabilidad solidaria del art. 42 por haber solicitado oportunamente la certificación negativa de descubierto.

La responsabilidad subsidiaria alcanza subjetivamente al empresario principal en una contrata y al contratista en una subcontrata pero también al que eventualmente ocupe la posición

de propietario de la obra o industria contratada, pues el art. 127 de la LGSS no exige la condición de empresario del sujeto comitente. Objetivamente comprende el pago de prestaciones públicas y de cotizaciones sociales (incluido, en relación a estas últimas, el recargo por mora exigido en periodo voluntario mas no el correspondiente al procedimiento de apremio) pero no las mejoras voluntarias debido a su origen privado, ni el recargo de prestaciones, vinculado a la infracción de deberes de seguridad e higiene, ni tampoco las sanciones administrativas impuestas al deudor principal en materia de Seguridad Social.

**DECIMOCUARTA.-** Las responsabilidades empresariales administrativas de carácter solidario forman parte del conjunto de garantías legales previstas en la Ley para los sistemas de descentralización productiva a través de contratas y subcontratas. Por exigencias de los principios de personalidad, legalidad y tipicidad de las sanciones no existen otras responsabilidades administrativas solidarias de la empresa principal que las que se ubican en el art. 23.2 del TRLISOS, en materia de Seguridad Social, y en el art. 42.3 del mismo texto legal, en relación con los deberes de seguridad e higiene en el trabajo.

La responsabilidad solidaria del empresario principal, por la infracción administrativa del contratista o subcontratista, consistente en dar ocupación a perceptores o solicitantes de prestaciones periódicas de la Seguridad Social incompatibles con el trabajo por cuenta ajena (art. 23.2 TRLISOS) exige que la infracción se haya cometido durante la vigencia de una contrata o subcontrata de la propia actividad del empresario principal, y en el centro de trabajo de dicho empresario, y se extiende al pago de la correspondiente sanción y a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el trabajador. Dicha responsabilidad atiende a elementos culpabilísticos en tanto se

justifica en la posición de garante que asume el empresario principal sujeto a un implícito deber de prevenir que la empresa contratista o subcontratista incurra en la conducta infractora.

En lo que se refiere a la responsabilidad administrativa de los empresarios participantes de la contrata en materia de seguridad e higiene, ésta ha de ser analizada en estrecha vinculación con los específicos deberes que en este ámbito la LPRL prevé para dichos empresarios. El art. 24 de la LPRL recoge en sus cuatro primeros apartados específicas obligaciones preventivas para supuestos cuya nota común es el desarrollo de relaciones laborales en el seno de relaciones productivas de colaboración interempresarial.

La diversa casuística que el art. 24 contiene pone de manifiesto que la LPRL no pretende regular exclusivamente los deberes preventivos de los empresarios implicados en una contrata o subcontrata sino todos los supuestos de concurrencia empresarial en una actividad productiva, ya medie una contrata de obras o servicios, ya se trate de la mera coincidencia física de los empresarios en un mismo centro de trabajo. Eso explica que en los concretos supuestos de contratas de obras o servicios de la propia actividad del empresario principal y desarrolladas en su centro de trabajo resulten aplicables las previsiones del art. 24.3 LPRL y también las de los arts. 24.1 y 24.2 y, con ello, las eventuales responsabilidades administrativas previstas en el TRLISOS para el incumplimiento de las mismas. A dichas responsabilidades se han de adicionar las penales y las civiles por los daños y perjuicios que pueden derivarse de ese incumplimiento, tal y como establece el art. 42.1 de la LPRL.

La responsabilidad administrativa solidaria viene atribuida exclusivamente en el art. 42.3 del TRLISOS en relación a las contratas y subcontratas de obras y servicios de la propia

actividad del empresario principal y desarrolladas en su centro de trabajo. El régimen de solidaridad se justifica en la posición de garante que el art. 24.3 de la LPRL atribuye al empresario principal al imponerle el deber de vigilar el cumplimiento por los contratistas y subcontratistas de sus obligaciones preventivas en relación con los trabajadores ocupados en la contrata o subcontrata. Lo que no encuentra tanta justificación en este ámbito es el requisito de la propia actividad, del que cabe abogar por su futura supresión del ámbito de las normas de seguridad e higiene, puesto que el deber de vigilancia del art. 24.3 de la LPRL y la responsabilidad aparejada a su incumplimiento no conecta tanto con el tipo de actividad desarrollada en la contrata cuanto con la circunstancia de desarrollarse ésta en un ámbito espacial del que el empresario principal ostenta el control y, por tanto, es deudor de seguridad.

Debido a la naturaleza administrativa del TRLISOS, considero que el régimen de solidaridad que recoge su art. 42.3 ha de entenderse referido solamente a la responsabilidad administrativa, por más que su precedente inmediato, el art. 42.2 de la LPRL, permitía extender ex lege la solidaridad a las responsabilidades civiles. Ello no obsta, sin embargo, para la adopción de la solidaridad en la reparación civil de los daños y perjuicios causados a los trabajadores cuando el resultado lesivo se produce a consecuencia de un incumplimiento conjunto por los empresarios contratista y principal de sus deberes de seguridad (el primero como deudor originario de seguridad y el segundo como garante de seguridad respecto al contratista).

**DECIMOQUINTA.-** Ni el art. 42 ni el art. 44 del ET, aun tras la reforma de la Ley 12/2001, ofrecen una solución expresa a la cuestión de si resulta aplicable el régimen jurídico de la transmisión de empresa a los supuestos de mera sucesión

empresarial en la ejecución de actividades descentralizadas a través de contratas y subcontratas. Tras un periodo en el que se ha podido vislumbrar la disparidad de soluciones entre la jurisprudencia del TJCE y la del TS, ambas instancias judiciales parecen aproximarse al exigir, para que se verifique la sucesión de empresa, la transmisión de un mínimo soporte patrimonial necesario para la explotación de la actividad empresarial. Por lo que, a menos que dicho desplazamiento patrimonial se haya constatado, los supuestos aludidos se sustraen de la aplicación del art. 44 del ET.

La lógica de esta posición parte de una determinada concepción de la empresa como objeto de transmisión, que, lejos de identificarse con la propia actividad productiva que desarrolla (empresa-actividad), se identifica con el conjunto de medios materiales y organizativos que permiten llevar a cabo dicha actividad (empresa-organización). Supuestos como los de sucesión de contratistas no originan una transmisión en el sentido del art. 44 del ET porque, de acuerdo con esa concepción, la contrata en sí no constituye un objeto de transmisión sino una relación jurídica entre dos empresarios, que se extingue y que da paso al nacimiento de otra nueva.

El problema de esta concepción de empresa es que no parece dar cuenta de la realidad de múltiples empresas del sector terciario y cuaternario que desarrollan su actividad con escasos bienes materiales, siendo su principal activo la mano de obra. La nueva redacción del art. 44 del ET, tras la reforma de la Ley 12/2001, al introducir la exigencia de que la transmisión "afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica", parece acoger la concepción tradicional de empresa pero también puede dar a entender que la norma lo que

pretende es dar acogida a los supuestos de sucesión de empresarios contratistas de servicios.

En cualquier caso, la ausencia de regulación específica del fenómeno en el art. 44 del ET impide anudar consecuencias subrogatorias a estos supuestos. Este efecto, por otra parte, podría provocar desde serias distorsiones en el funcionamiento del mercado de contratas al desincentivar el recurso empresarial a la subcontratación, hasta un cambio de empresario no querido por el propio trabajador.

En consecuencia, la salvaguarda del principio de estabilidad en el empleo de los trabajadores en estos supuestos representa una función que deben seguir cumpliendo las cláusulas subrogatorias contenidas en los convenios colectivos y en los pliegos de condiciones de las concesiones administrativas. La operatividad de dichas cláusulas, para los fines propuestos, tiene aun mayor sentido a la vista de la frecuentísima y criticable utilización por las empresas contratistas del contrato temporal por obra o servicio determinado con duración coincidente con la de la contrata y de la cobertura de licitud que la jurisprudencia unificadora ha venido atribuyendo a esa práctica contractual. Es esta circunstancia la que, a mi juicio, constituye el origen del problema y, por tanto, la que debe motivar la invocación del señalado principio de estabilidad en el empleo.

**DECIMOSEXTA.**- La regulación normativa de específicos derechos de información de los trabajadores y sus representantes en los supuestos de subcontratación pretende reforzar las garantías de los trabajadores implicados en el proceso descentralizador en orden a conocer, fundamentalmente, por un lado, la puesta en marcha del proceso descentralizador en tanto es factor que incide en la evolución probable del empleo en la empresa y, por otro



lado, la identidad de los empresarios implicados, por cuanto constituyen los sujetos responsables frente a los que, eventualmente, se habrán de ejercitar los correspondientes derechos económicos.

Los novedosos derechos de información que ha introducido en el art. 42 del ET la Ley 12/2001 de 9 de julio, no vienen a reemplazar el instaurado en el art. 64.1.1º del ET sino a completarlo pues en esta última norma el objeto de la información lo constituyen las previsiones empresariales de efectuar contrataciones futuras, y en el art. 42 la información versa sobre extremos relativos a contratas ya concertadas. Además, la primera de las normas citadas parece obligar exclusivamente al empresario principal, mientras que los mandatos de art. 42 del ET se dirigen claramente tanto al principal como al empresario contratista. Ambas normas, no obstante, coinciden en que su ámbito de aplicación viene constituido solamente por las contratas y subcontratas de obras y servicios (sean o no de la propia actividad), con exclusión de cualesquiera otras manifestaciones de descentralización productiva.

Dado que la información del art. 64.1.1º del ET versa sobre meras previsiones de subcontrataciones futuras, la operatividad real de este precepto es muy reducida pues no parece razonable entender que la política organizativa del empresario amparada en el derecho de libertad de empresa se encuentre puntillosamente vinculada a los términos de la información suministrada, y, por esa razón, las discordancias entre las previsiones efectuadas y la política de subcontratación efectivamente efectuada difícilmente generarán la infracción administrativa tipificada en el art. 40.1 b) del TRLISOS.

**DECIMOSEPTIMA.-** Ante la insuficiencia de una obligada información sobre previsiones empresariales de subcontrataciones futuras, los

nuevos derechos informativos introducidos en el art. 42 del ET deben perseguir la sujeción a un mayor control de las subcontrataciones efectuadas en la empresa con el fin de que no se lleven a cabo en perjuicio del principio de estabilidad en el empleo, ocultando cesiones prohibidas de trabajadores o maniobras empresariales antisindicales, ni poniendo en riesgo los derechos económicos de los trabajadores y de la Seguridad Social, ni en perjuicio de las condiciones de seguridad y salud en que han de prestar sus servicios los trabajadores implicados en la subcontratación.

**DECIMOCTAVA.-** Las empresas contratistas y subcontratistas están sujetas a un triple deber de información: individual, respecto a sus trabajadores, institucional, respecto a la Seguridad Social, y colectiva, respecto a los representantes de los trabajadores. Uno de los principales problemas que se plantean en la instrumentación de estas obligaciones informativas es que el art. 42 no determina claramente los empresarios de cuya identidad debe informar el empresario subcontratista en los casos de concertación de una subcontrata.

Cuando se trata de la información individual y la institucional, una interpretación lo más respetuosa posible con la efectividad de los derechos económicos de los trabajadores y de la Seguridad Social exige referir la información al empresario contratista y al comitente, a menos que la existencia de este último sea desconocida para el empresario subcontratista. Esta solución, por otra parte, es respetuosa con el tenor legal del art. 42.3 del ET, que refiere la información a la identidad de la empresa principal para la cual los trabajadores estén prestando servicios en cada momento, condición que en una contrata reúne tanto la empresa comitente inicial como la contratista.

Cuando se trata de la información colectiva, sólo parece exigible la información a los representantes de los trabajadores, tanto de la identidad de la empresa contratista como la de la empresa principal, cuando la contrata se desarrolla en los centros de trabajo de esta última, pues, si uno de los extremos sobre los que la norma obliga a informar es el lugar de ejecución de la contrata y las medidas de coordinación previstas en materia de riesgos laborales, resultaría absurdo entender que el empresario subcontratista hubiese de informar de dichos aspectos pero no de la identidad del empresario titular del centro de trabajo en cuestión.

Las obligaciones informativas de la empresa principal, aun con idéntico contenido a las que pesan sobre las empresas contratistas y subcontratistas, son tan sólo de carácter colectivo. No podría ser de otra forma, dado que su funcionalidad ya no se conecta con la efectividad de los derechos económicos de los trabajadores ni de la Seguridad Social sino con el control ejercido por los representantes de los trabajadores de la empresa principal sobre su política de subcontratación con el fin de evitar o prevenir minoración de empleo estable, decisiones organizativas antisindicales y cesiones ilícitas de mano de obra.



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## **BIBLIOGRAFÍA CITADA**



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AAVV. "La Ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación: Contenido, significación y trascendencia", RT, nº 100, 1990.
- "La subcontratación laboral", RDS, nº 12, 2000.
- ADOMEIT, K. "El principio de favorabilidad", RT, nº 72, 1987.
- AGÍS DASILVA, M. "El deber de comprobación empresarial en contratas y subcontratas del artículo 42 ET", TRS, nº 42, 1994.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R. "Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de sus trabajadores", en AAVV. "La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995", Pamplona (Aranzadi), 1996.
- "Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001", RDS, nº 15, 2001.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S. "Compendio de Seguridad Social", Madrid (Tecnos), 1990.
- ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. "Código Civil, doctrina y jurisprudencia", Tomo V, art.1597, Madrid (Trivium), 1995.
- ALBIOL MONTESINOS, I. "El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales", Bilbao (Deusto), 1992.
- "Derechos colectivos en materia de contratas y subcontratas", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.
- ALBESA VILLALTA, A. "La Seguridad y Salud laboral en las contratas y subcontratas de obras y servicios (obligaciones y responsabilidades)", RTSSCEF, nº 163, 1996.

ALFONSO MELLADO, C. L. "Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral". Valencia (Tirant lo Blanch), 1998.

- "El recargo de las prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene", TRS, nº 101, 1999.

ALMANSA PASTOR, J.M. "Forma y efectos de la extinción por causas objetivas" en "Comentarios a las Leyes Laborales", Dir. Efrén Borrajo Dacruz. Tomo IX, vol. 1º. Madrid (EDERSA) 1983.

ALONSO GARCÍA, M. "Curso de Derecho del Trabajo", Barcelona (Ariel), 1987.

ALONSO OLEA, M. "La Seguridad Social: presente, pasado y futuro" en AAVV. "Cien años de Seguridad Social", Madrid (Fraternidad-Muprespa y UNED), 2000.

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, Mª.E. "Derecho del Trabajo", Madrid (Civitas), 20ª edic., 2002.

ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: "El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia", Madrid (Civitas), 1995.

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L. "Instituciones de Seguridad Social", Madrid (Civitas), 18ª edic., 2002.

ALONSO SECO, J. Mª. "Responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de Seguridad Social: regulación, jurisprudencia, alternativas para una modificación legal", RTSS, nº4, 1991.

ALTÉS TÁRREGA, J.A. "La naturaleza jurídica de los salarios de tramitación: ¿al fin una cuestión resuelta?. RL, 1998, vol. II.

APARICIO TOVAR, J. "Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo", REDT, nº 49, 1991.

APARICIO TOVAR, J. y GONZÁLEZ ORTEGA, J. "Comentarios a la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales". Madrid (Trotta), 1996.

BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>.A. "El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

BARREIRO GONZÁLEZ, G. "Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna", REDT., n° 94, 1999.

- "Responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas" en AAVV. "El Estatuto de los Trabajadores veinte años después", Madrid (Civitas), 2000.

- "Responsabilidad empresarial por mejoras voluntarias de la Seguridad Social en caso de contratas y subcontratas de obras y servicios". La Ley, n° 4774, 14-abr-1999.

BARRENECHEA SUSO, J. y FERRER LÓPEZ, M.A. "Infracciones y Sanciones Laborales", Bilbao (Deusto), 2002.

BAYLOS GRAU, A. "La información trimestral sobre previsiones de contratación y supuestos de subcontratación. Algunas reflexiones", RT, n° 100, 1990.

BAZ RODRÍGUEZ, J. "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1998", CL, n°1, 1999.

BEDELL, G. "Corporate downsizing and the supervisory and managerial exclusions of the national labor relations act", Labor Law Journal, n° 48, 1997.

BELLACE, J.R. "Nuevas formas de empleo en los Estados Unidos", RL, 1989, vol. I.

BENITA FERNÁNDEZ, F. "Infracciones y Sanciones en el orden social", Valladolid (Lex Nova), 1997.

BLAISE, H. "A la frontière du licite et de l'illicite: la fourniture de main-d'oeuvre", DS, n° 5, 1990.

BLASCO LAHOZ, J.F., GARCÍA NINET, J.I., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M<sup>a</sup>. A. "Lecciones de Seguridad Social", Valencia (Tirant lo Blanch), 1993.



- BLASCO MAYOR, A. "Previsiones y carencias de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales frente al fenómeno de la externalización", AL, nº 35, 2002.
- BLAT GIMENO, F. "Análisis jurídico-laboral de la descentralización productiva" Valencia, (inédita), 1989.
- "El marco socioeconómico de la descentralización productiva", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.
- BORNAECHEA FERNÁNDEZ, J.I. "La responsabilidad solidaria de la empresa principal y de los contratistas y subcontratistas en materia de seguridad e higiene", RL, 1986, vol. II.
- BORRAJO DACRUZ, E. "Los empresarios indirectos", DL, nº 2, 1982.
- BRIONES FÁBREGA, A. y AYUSO CANALS, I. "Debate parlamentario sobre el Estatuto de los Trabajadores (la relación individual de trabajo)", vol. II, Dir. Sagardoy Bengoechea, J.A., Madrid (IES), 1982.
- BRIONES GONZÁLEZ, C. "El trabajo en régimen de subcontratación, o el extraordinario tránsito de la locatio conductio operis a la parasubordinación de la mano de un Proyecto y Recomendación de la O.I.T.", RL, nº 6, 1998.
- BRUNHES, B. "Labour flexibility in enterprises: A comparison of firms in four European countries", en AAVV. "Labour Market Flexibility, Trends in Enterprises", París (OCDE), 1989.
- "La flexibilidad de la mano de obra en las empresas: estudio comparativo de cuatro países europeos", en OCDE "Políticas de mercado de trabajo en los noventa", Madrid (MTSS), 1991.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. "Obligaciones de actividad y de resultado", Barcelona (Bosch), 1993.
- CABEZA PEREIRO, J. "Comentario al artículo 24", en AAVV. "Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", Granada (Comares), 1998.
- "Las perspectivas de los trabajadores de contratas de limpieza tras la sentencia Hernández Vidal", AL, nº 32, 1999.

CACHÓN RODRÍGUEZ, L. “Tipología sobre las formas atípicas de empleo en Europa”, RL, 1989, vol. I.

CALARCO, F. “Appalti pubblici di lavoro”, Milano, ( Il Sole 24 hore, Pirola), 3ª edic., 1997.

CALVO GALLEGO, F.J. “La Obligación General de Prevención y la Responsabilidad Civil o Contractual del Empleador”, Pamplona (Aranzadi), 1998.

- “La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios”, TL, nº 56, 2000.

CAMAS RODA, F. “Las obligaciones del empresario en la normativa de prevención de riesgos laborales”, Madrid (La Ley), 2002.

CAMPS RUIZ, L.M. “Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa”, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997.

- “El nuevo Reglamento Gneral de los Recursos del Sistema de Seguridad Social y el Régimen Jurídico de la contrata y subcontrata de obras y servicios”, TRS, nº 71, 1996.

- “La subcontratación de obras y servicios tras el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo”, en ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M. y GOERLICH PESET, J.Mª. “La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 5/2001”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2001.

- “La obligación empresarial de comprobar la solvencia del contratista o subcontratista: significado y consecuencias”, en AAVV. “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

CARRILLO MÁRQUEZ, D. “Descentralización productiva y recargo por falta de medidas de seguridad e higiene. Comentario a la STSJ Aragón (Sala de lo Social) de 10 de julio de 1999”, AL, 1999, vol. III.

CASANI, F., LUQUE, M.A, RODRÍGUEZ POMEDA, J. y SORIA LAMBÁN, P. “La problemática del Outsourcing”, en “El horizonte de la unión económica y monetaria”, RE, nº 72, 1996.

- CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E. “Derecho Público y Salud Laboral: el régimen jurídico sancionador”, en AAVV. “Seguridad y Salud en el trabajo”, Madrid (La Ley-Actualidad), 1997.
- CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E. y VALDÉS DAL-RE, F. “Diversidad y precariedad en la contratación laboral en España”, RL, 1989, vol I.
- CASTELLS, M. “La era de la información. Economía, Sociedad y Cultura”, vol. I, “La sociedad red”, Madrid (Alianza Editorial), 1999.
- CEGALES FIDALGO, J. “La delimitación de la cesión ilegal de trabajadores en supuestos de contratas de obras y servicios a la luz de la jurisprudencia”, REDT., nº 79, 1996.
- COLINA ROBLEDO, A. "El salario" (CISS) Valencia, 1995.
- CORDOVA, E. “Las relaciones de trabajo atípicas I”, RL. 1986, vol.I.
- “El papel de la industrialización y el principio de subordinación en la evolución de la legislación laboral”, GL, vol. 3, nº 2, Maracaibo (Venezuela), 1997.
- COSTA CAMPI, M<sup>a</sup>.T. “Marco externo y sistema de empresas”, RDE, nº 2, 1989.
- CRUZ VILLALÓN, J. “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por trabajo en contratas”, RL, 1992, vol. I.
- “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”, RTSS, nº 13, 1994.
  - "El régimen jurídico del salario como instrumento de política económica" en AAVV "Reforma de la Legislación Laboral" (Univ. Sevilla) 1997.
  - “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales”, en AAVV. “El empleador en el Derecho del Trabajo”, XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Madrid (Tecnos), 1999.
  - "Outsourcing y relaciones laborales" en AAVV “Descentralización productiva y nuevas formas organizativas de trabajo”. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid (MTAS), 2000

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. "Los créditos derivados del contrato de obra". Madrid (Tecnos), 1969.

- "Tratado de responsabilidad civil", Madrid (Civitas), 1993.

DE FERRATER, P. y FORNESA, T. ¿Qué conviene tener en cuenta a la hora de formalizar un contrato regulador de outsourcing?, Revista Iuris, nº 64, 2002.

DE JUAN ASENJO, J. "La Constitución económica española", Madrid (CEC), 1984.

DE LAS HERAS BORRERO, F.M. "Responsabilidad administrativa, penal y civil por incumplimiento de la normativa de seguridad e higiene", RPS, nº 26, 1980.

DEL GIUDICE, F., MARIANI, F., IZZO, F. "Diritto del Lavoro", Napoli (Edizione Giuridiche Simone), 17ª edic., 1998.

DEL REY GUANTER, S. "La conducta antisindical: principios generales a la luz de la Ley Orgánica de Libertad Sindical", RL, 1987, vol. I.

- "La potestad sancionadora de la Administración en el orden social", en AAVV. "VIII Jornadas Universitarias de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales", Jerez de la Frontera, 1989.

- "A propósito de los requisitos del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores y en especial sobre la propia actividad: notas a la luz de la STS de 24 de noviembre de 1998", AL, nº 38, 1999.

- "A propósito de los requisitos del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores y en especial sobre la propia actividad: notas a la luz de la STS de 24 de noviembre de 1998", en AAVV. "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo", X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid (MTAS), 2000.

- "Los requisitos subjetivo, negocial y objetivo previstos en el artículo 42.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores", en AAVV. "Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual", Valladolid (Lex Nova), 2001.

- Prólogo a la obra colectiva "Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual", Valladolid (Lex Nova), 2001.

- "Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social", Madrid (MTSS), 1990.

- "El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales del artículo 44 del TRET", TL, nº 61, 2001.

DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C. "Las mejoras voluntarias: análisis de la reciente negociación colectiva y jurisprudencia", REDT, nº 62, 1993.

- "Responsabilidades en materia de prestaciones", en SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y DEL REY GUANTER, S. (Dir.) "Prontuario de Seguridad Social", Madrid (Colex), 1999.

DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M. "Descentralización productiva y relación laboral: escisión de empresas", en AAVV. "Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Madrid (Universidad Complutense), 1999.

DESDENTADO BONETE, A. "Acción protectora (II). Régimen jurídico, garantías. Responsabilidades en la materia de prestaciones", pertenece a AAVV. "Derecho de la Seguridad Social", Dir. De la Villa Gil, L.R., Valencia (Tirant lo Blanch), 1999.

DIEGUEZ CUERVO, G. "La sucesión de empresa" en AAVV. "Comentarios a las Leyes Laborales". Dir. Efrén Borrajo Dacruz. Madrid (EDERSA), 1988.

DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA, L. "Responsabilidad de la empresa principal en el caso de contratación o subcontratación de obras y servicios en materia de seguridad y salud en el trabajo. Consideraciones sobre el proyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales", AL, nº 30, 1995.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. "Sistema de Derecho Civil", vol II., Madrid, (Tecnos), 1990.

DOROY, F. "Le préjudice causé au salarié dans le delit de marchandage", DS, nº 6, 1994.

DURÁN LÓPEZ, F. "El futuro del Derecho del Trabajo", REDT, nº 78, 1996.

- "Sobre la eficacia extintiva del acto de despido y sobre los salarios e indemnizaciones debidos en virtud del mismo", RL, 1991, vol. I.

- "Derechos de información y control de la contratación: luces y sombras de una reforma", RT, nº 100, 1990.

EDWARDS, M. "Why governments are pursuing outsourcing", en AAVV. "Perspectives", Melbourne. Victoria, 1994.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R. "El nuevo marco legal de la potestad sancionadora de la Administración en el orden social", RL, 1988, vol. I.

- "Nuevos vientos fríos en la protección por desempleo", RL, 1994, vol. I.

- "Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo", en AAVV. "Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva. XIV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva", Madrid (MTAS), 2002.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y GALLEGO SÁNCHEZ, E. "Fundamentos de Derecho Mercantil" I. Introducción y empresa. Derecho de sociedades (Parte General. Sociedades de personas), Valencia (Tirant lo Blanch), 2ª edic., 2000.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup>.F. "El poder disciplinario en la empresa", Madrid (Civitas), 1991.

- "La indemnización por retraso en el pago del salario". RL 1985, vol. I.

FERNÁNDEZ MARCOS, L. "Responsabilidad del empresario principal respecto de contratistas y subcontratistas en materia de seguridad e higiene en el trabajo", AL, nº 1, 1992.

FOLGUERA CRESPO, J. "La responsabilidad salarial del empresario en contratas y subcontratas: su alcance objetivo" en AAVV "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

FUENTES FERNANDEZ, F. "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad empresarial en la subcontratación, en relación con los salarios de tramitación por despido" TL, nº 56, 2000

GALA DURAN, C. "La responsabilidad en materia salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios: puntos críticos" en AAVV. "Descentralización productiva y

nuevas formas organizativas del trabajo”, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid (MTAS), 2000.

- “La responsabilidad en materia salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios”, en AAVV. “Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual”, Valladolid (Lex Nova), 2001.

- “La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social”, Pamplona (Aranzadi), 1997.

- “El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social”, Barcelona (BOSCH), 1999.

GALANTINO, L. “Diritto del lavoro”, Torino (G. Giappichelli Editore) 1998.

GALIANA MORENO, J. M<sup>a</sup>. y SEMPERE NAVARRO, A.V. “Los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores y el control sindical de los contratos en la Ley 2/1991”, RT, nº 100, 1990.

GALLARDO MOYA, R. “Las mejoras complementarias del Sistema de la Seguridad Social en la negociación colectiva”, RL, 1991, vol. II.

GARATE CASTRO, J. “Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido”, Madrid (ACARL) 1994.

GARBERÍ LLOBREGAT, J. “El procedimiento administrativo sancionador”, Valencia (Tirant lo Blanch), 1994.

GARCIA ABELLAN, J. “Liquidación y pago del salario” en “Comentarios a las Leyes Laborales”, Dir. Efrén Borrajo Dacruz. Tomo VI, Madrid (EDERSA) 1982.

GARCÍA BECEDAS, G. “De la protección sindical de los contratos al derecho de información sobre la contratación laboral (estudio de una desvirtuación)”, RT, nº 100, 1990.

- “La Seguridad Social complementaria en España” en AAVV. “III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Valencia (Tirant lo Blanch), 1993.

GARCÍA BLASCO, J. "Infracciones y sanciones en materia laboral", Madrid (Civitas), 1989.

GARCÍA DE PAREDES, M<sup>a</sup>.L. "Posición del trabajador en la subcontratación de obras y servicios", AL, nº 40, 1994.

GARCÍA FERNÁNDEZ, M. "Los derechos de información de los representantes legales de los trabajadores en materia de contratación", RT, nº 100, 1990.

GARCÍA MURCIA, J. "Régimen de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo", en AAVV. "Seguridad y Salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales", Madrid (La Ley-Actualidad), 1997.

- "La responsabilidad civil en materia de seguridad y salud en el trabajo", TL, nº 50, 1999.

- "Responsabilidades y Sanciones en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo", Pamplona (Aranzadi), 2<sup>a</sup> edic., 2000.

- "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores", RPS, nº130, 1981.

- "Cesión de trabajadores" en "Comentarios a las Leyes laborales", Madrid (Edersa), tomo VIII, 1988.

- "El espacio de las pensiones privadas" en AAVV. "Pensiones sociales. Problemas y alternativas", IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, parte II. Madrid (MTAS), 1999.

GARCÍA-MORENO GONZALO, J.M<sup>a</sup>. "Contratos entre empresas para la instrumentación de la externalización de actividades laborales. Tipología y régimen jurídico básico", en AAVV. "La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar", Valladolid (Lex Nova), 2002.

GARCÍA NINET, J.I. "Las responsabilidades de principales y contratistas en materia de Seguridad Social", RSS, nº 2, 1979.



- “Recargo de las prestaciones económicas en caso de accidentes de trabajo enfermedades profesionales por omisión de medidas de seguridad (entorno al art. 93 LGSS y la reciente jurisprudencia)”, TRS, nº 2, 1991.

- “Obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad y salud en los supuestos de contratas y subcontratas. Consideraciones en torno al art. 24 (coordinación de actividades empresariales) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales” en AAVV. “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

- “Artículo cuarenta y dos.-Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios”, en AAVV. “El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980 de 10 de marzo”, Madrid (RDP), 1981.

- “Coordinación de actividades empresariales: relaciones interempresariales, descentralización productiva (contratas y subcontratas) y prevención de riesgos laborales (I) y (II)”, TRS, nº 96, 1998 y TS, nº 97, 1999.

GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, M<sup>a</sup>.A. “El contrato para obra o servicio determinado” en AAVV. “La contratación temporal”, Dir. García Ninet, J.I., Valencia (Tirant lo Blanch), 1999.

GARCÍA ORTEGA, J. “La sucesión de contratistas” en AAVV “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

- “El recargo de prestaciones económicas por accidente de trabajo o enfermedad profesional”, TRS, nº 125, 2001.

- “Régimen general de prestaciones y responsabilidades”, Enciclopedia de Seguridad Social (CISS), vol. VI, 1997.

GARCÍA PELAYO, M. “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en AAVV. “Estudios sobre la Constitución Española de 1978”, edic. preparada por Manuel Ramírez Jiménez (Libros Pórtico), Zaragoza, 1979.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. "Ley y Autonomía Colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo", Madrid (MTSS), 1987.

GARCÍA PIQUERAS, M. "La responsabilidad en contratas y subcontratas", RTSSCEF, nº 176, 1997.

- "Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas de obras y servicios", Valencia (Tirant lo Blanch), 1998.

- "Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación", AL, 1993, vol. I.

GARRIGUES GIMÉNEZ, A. y PATUEL NAVARRO, A. "Responsabilidades, infracciones y sanciones", en AAVV. "Lecciones sobre la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", Dir., García Ninet, J.I., Castellón (Jaume I), 1997.

GERNIGON, B., ODERO, A. y GUIDO, H. "Principios de la OIT sobre el derecho de huelga", RIT, nº 4, 1998.

GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I. "Contrata y subcontrata de obras y servicios. La cesión de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal", Valencia (CISS), 1998.

GOERLICH PESET, J.M<sup>a</sup>. "Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales", AL, nº8, 1997.

- "Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

- "Actividades laborales externalizables: régimen jurídico", en AAVV. "La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar", Valladolid (Lex Nova), 2002.

GOIG MARTÍNEZ, M. "Artículo 38. La libertad de empresa", en AAVV. "Comentarios a la Constitución española de 1978", vol. III, Madrid (EDERSA), 1996, pág. 732.

GÓMEZ ABELLEIRA, F. "Cambio de contratista y sucesión de empresa, en especial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", AL, nº 16, 2002.

GÓMEZ ALBO, P. "Descentralización productiva, externalización y subcontratación", AL, nº 10, 2000.

GONZÁLEZ BIEDMA, E. "El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo", Madrid (MTSS), 1989.

- “Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios”, RL, 1993, vol. II.
  - “Aspectos jurídico-laborales de las franquicias”, REDT, nº 97, 1999.
  - “El sistema sancionador”, en AAVV. “La Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Su incidencia en la empresa”, Barcelona (Foment del Treball Nacional-Gestió 2000), 1996.
  - “Los servicios de prevención de riesgos laborales”, en AAVV. “La Seguridad y Salud en el trabajo en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, Sevilla (Junta de Andalucía. Instituto Andaluz de Administración Pública), 1997.
- GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R. “Algunas consideraciones sobre el esquirolaje interno”, REDT, nº 62, 1992.
- GONZÁLEZ DÍAZ, F.A. “Alcance de la deuda de seguridad y salud en el trabajo en los supuestos de contratas y subcontratas”, AS, 1999, vol. II.
- “La obligación empresarial de prevención de riesgos laborales”, Madrid (CES), 2002.
- GONZÁLEZ LABRADA, M. “Responsabilidad por daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones de seguridad e higiene en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios”, AS, 1998, vol. II.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. “Las responsabilidades y sanciones en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en AAVV. “La Seguridad y Salud en el trabajo en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, Sevilla (Junta de Andalucía. Instituto Andaluz de Administración Pública), 1997.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARCIO TOVAR, J. “Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales”, Madrid (Trotta), 1996.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. “La prevención de riesgos laborales: funciones, contenido y efectos”. Ponencia temática 1ª del VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, 1996.
- GONZÁLEZ RENDÓN, M. “Estrategias de política industrial”, Madrid (CES), 1994.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J. “Una mirada en el tiempo a la normativa subrogatoria en materia laboral: el cambio en la titularidad de la empresa” en “Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea. Madrid (Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense), 1999.

GONZALEZ VELASCO, J. y VIVES USANO, M<sup>a</sup>.P. "Aspectos del derecho de opción en los despidos disciplinarios" en AAVV. "Estudios sobre el despido disciplinario", Madrid (ACARL), 2<sup>a</sup> edic., 1992.

GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Curso de Derecho Civil", Madrid (Tecnos), 1972.

GUTIÉRREZ- SOLAR CALVO, B. "Los sujetos responsables de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social en supuestos de contratas y subcontratas" (Comentario a la STS 4<sup>a</sup> 9 de septiembre de 1999), RL, n<sup>o</sup> 4, 2000.

- "Algunos aspectos polémicos del régimen jurídico del recargo de prestaciones públicas de la Seguridad Social del art. 123 LGSS: exigencias constitucionales de tipicidad, determinación del sujeto responsable en supuestos de descentralización productiva a través de contratas y subcontratas y concurrencia de un comportamiento negligente del trabajador", AS, n<sup>o</sup> 17, 1999.

HARRISON, B. y KELLEY, M.R. "Outsourcing and the search for flexibility", Work, Employment and Society, 1993, vol. VII, n<sup>o</sup> 2, London.

HENRIET, B. "Les emplois precaires. Evaluations, interpretations e implications", Paris (Cresst. Univ. Paris-Sud), 1981.

HOOFFMAN, C. "A Union's Lawyer's perspective", en AAVV. "Employment and Labor Law: Perspectives on reform", Washington (National Legal Center for the Public Interest), 1996.

LACITY, M.C. y HIRSCHHEIM, R. "Information System Outsourcing, Myths, Metaphors and Realities", England (Jhon Wiley & Sons), 1993.

LAHERA FORTEZA, J. "La admisión del desvío de clientes a otras empresas durante una huelga: un salto cualitativo en la valoración jurisprudencial negativa del conflicto laboral", RL, n<sup>o</sup> 8, 2002.

- "Los contratos temporales en la unificación de doctrina". Madrid (La Ley), 2001.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. "El Derecho Penal del Trabajo", en BAJO FERNÁNDEZ, M. "Compendio de Derecho Penal" (Parte Especial), Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces, S.A), 1998.

LASIERRA, J.M<sup>a</sup>. y MURAYAMA, C. "Economía de trabajo y política laboral", Dir. Santos M. Riesga, Madrid (Pirámide), 2002.

- LÓPEZ CUMBRE, L. "Cotizaciones a la Seguridad Social y Recaudación de cuotas" en SAGARDOY BENGOCHEZ, J.A. y DEL REY GUANTER, S. (Dir.) "Prontuario de Seguridad Social", Madrid (Coley), 1999.
- LÓPEZ GANDÍA, J. y TATAY PUCHADES, C. "Contratas y Subcontratas y responsabilidades de Seguridad Social", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.
- LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J.F. "Curso de prevención de riesgos laborales", Valencia (Tirant lo Blanch), 4ª edic., 2002.
- LÓPEZ GÓMEZ, J.M. "La sustitución interna de los huelguistas: no huelguistas y esquirols", TL, nº 27, 1993.
- LÓPEZ MORA, F. "El alcance subjetivo de la responsabilidad solidaria en materia de subcontratación", en AAVV "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.
- LÓPEZ PELLICER, J.A. y SÁNCHEZ DÍAZ, J.L. "La concesión administrativa en la esfera local. Servicios, obras y dominio público". Madrid (Instituto de Estudios de Administración Local), 1976.
- LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C. "Los derechos de información en la Ley 2/1991: sujetos y ámbito de aplicación", RT, nº 100, 1990.
- LUCAS FERNÁNDEZ, F. "Comentario al artículo 1588 del Código Civil, en AAVV. "Comentarios al Código Civil", dir. Manuel Albaladejo García, Madrid ( R DP), 2ª edic, 1992.
- "Comentario al art. 1544 del Código Civil", en AAVV. "Comentarios al Código Civil", dir. Manuel Albaladejo García, Madrid ( RDP), 2ª edic., 1992.
- "Comentario al artículo 1597 del Código Civil", en AAVV. "Comentarios al Código Civil", dir. Manuel Albaladejo García, Madrid (RDP), 2ª edic, 1992.
- LUQUE PARRA, M. "La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social", en AAVV. "Descentralización productiva y relaciones laborales", Valladolid (Lex Nova), 2001.
- "La descentralización productiva la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social", en AAVV. "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo", X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid (MTAS), 2000.

- "La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral", Madrid (CES), 2002.

LLANO SÁNCHEZ, M. "Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas". Madrid (La Ley-Actualidad), 1999.

- "El alcance personal de la responsabilidad solidaria en los supuestos de encadenamiento de contratas y subcontratas", AL, nº 10, 2000.

- "Innovaciones legales en materia de contratación de obras y servicios. Reforma del artículo 42 ETT por la Ley 12/2001, de 9 de julio", AL, nº 1, 2002.

MAILLARD, J., MANDROYAN, P., PLATTIER, J.P. y PRIESTLEY, T. "L'eclatement de la collectivité de travail: observations sur les phénomènes d'extériorisation de l'emploi", DS, nº 9-10, 1979.

MANRIQUE LÓPEZ, V. "La Seguridad Social complementaria en el nuevo diseño de una Seguridad Social en transformación", REDT, nº 39, 1989.

MARIUCCI, L. "Il lavoro decentrato: discipline legislative e contrattuali", Milano, (Franco Angeli), 1979.

MARTÍN ARTILES, A. y JODAR MARTÍNEZ, P. "Breve ensayo sobre crisis y relaciones industriales", en AAVV. "Crisis económica y relaciones industriales. Ensayos sobre el conflicto capital/trabajo. Estrategias y alternativas". Madrid (Zero), 1985.

MARTÍN CONTRERAS, L. "La tasación de costas y la liquidación de intereses y sus impugnaciones en los órdenes jurisdiccionales civil, penal, contencioso-administrativo y social". Granada (Comares) 1998.

MARTÍN JIMÉNEZ, R. "Descentralización funcional en las Administraciones Públicas y propia actividad", RL, nº 4, 1999.

MARTÍN MARTÍN, J. "Normas de uso del lenguaje jurídico", Granada (Comares), 1991.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. "Reflexiones sobre los principios del Derecho Administrativo sancionador en la Ley 30/1992", en AAVV. "Valoración de la Ley 30/1992 tras cinco años de vigencia", Madrid (CGPJ), 1997.

MARTÍN VALVERDE, A. "Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios", en AAVV. "Comentarios a las Leyes laborales", Dir. Efrén Borrajo Dacruz, vol. VIII, Madrid (Edersa), 1988.

- “La protección jurídica del trabajo en contratas: delimitación de los supuestos de hecho”. Cuadernos de Derecho Judicial, tomo XXII, Madrid (CGPJ), 1994.
  - “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, RPS, nº 137, 1983.
  - “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: a propósito de la tesis doctoral de Francisco Blat Gimeno”, en AAVV. “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.
  - “La información al personal sobre subcontratación y sobre previsiones de empleo”, RT, nº 100, 1990.
  - “Garantías por cambio al empresario” en AAVV. “Comentario al ET”, Dir. Monereo Pérez, J.L., Madrid (Comares), 1998.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L. “La titularidad de la empresa y el cambio de la misma”, en AAVV. “El Estatuto de los Trabajadores. Jornadas de Estudio de los Magistrados de Trabajo”, Madrid (IES), 1980.
- MARTINEZ EMPERADOR, R. “El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”, Madrid (IES), 1980.
- “Responsabilidad empresarial en caso de contratas y subcontratas en España: criterios jurisprudenciales”, en AAVV. “La reforma del Mercado de Trabajo”, Madrid (Actualidad Editorial), 1993.
- MARTÍNEZ GARRIDO, L.R. “Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas. Problemas y soluciones”. Madrid (Fundación Confemetal), 1998.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. “El empresario aparente”, Madrid (Civitas), 1992.
- MARTÍNEZ LUCAS, J.A. “La descentralización productiva en el ordenamiento de la Seguridad Social: contratas y subcontratas”, REDT, nº 96, 1999.
- “La descentralización productiva en el ordenamiento de la Seguridad Social: contratas y subcontratas”, en AAVV. “Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo”. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid (MTAS), 2000.
  - “La configuración jurídica de la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de la Seguridad Social”, REDT., nº 78, 1996.

- "La responsabilidad en orden a las prestaciones de Seguridad Social", Madrid (La Ley-Actualidad), 1996.
- "Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo", RGD, nº 619, 1996.
- "La responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Régimen legal. Criterios jurisprudenciales", Valencia (Editorial Práctica de Derecho), 1996.
- "La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad derivada de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales", AL, nº 38, 1997.
- "La aplicación de los principios constitucionales de fondo al sistema de infracciones y sanciones en el orden social", AA, nº 21, 1998.
- "Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social y empleo", Madrid (EDERSA), 1999.
- MARTÍNEZ MENDOZA, J.M.F. "Las distintas responsabilidades dimanantes del accidente de trabajo y enfermedades profesionales por infracción de las normas de prevención de riesgos laborales", RL, 1999, vol. II.
- MARTÍNEZ MORENO, C. "Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratación", RL, nº 11, 1999.
- MATEOS BEATO, A. "Análisis de la descentralización productiva", en "Las empresas de trabajo temporal. Debate de los interlocutores sociales", Valladolid (Lex Nova) 1993.
- MATORRAS DIAZ-CANEJA, A. "Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicada)", Madrid (Mc Graw Hill) 1999.
- "La imposible unificación de doctrina relativa a la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación. Comentario a la STSJ de Galicia de 26 de julio de 1999", AL, nº 4, 2000.
- MERCADER UGUINA, J.R. "Algunas consideraciones sobre los efectos del incumplimiento de los deberes de información en la Ley 2/1991", RT, nº 100, 1990.
- "Modificaciones, adaptaciones y ajustes en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social: el Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre", RL, nº 24, 1997.



- “La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999.

MERCADER UGUINA, J.R. y SÁNCHEZ GRANDE, A. “Anotaciones al Reglamento general sobre procedimiento sancionador y liquidatorio del orden social (Novedades del RD 928/1998, de 14 de mayo)”, RL, nº 20, 1998.

MERINO MERCHÁN, J.F. (Edit.) “Estatuto de los Trabajadores. Trabajos Parlamentarios”, Madrid (Cortes Generales), 1980.

MOLERO MANGLANO, C. “Derecho Sindical”, Madrid (Dykinson), 1996.

MOLINA NAVARRETE, C. “Otra vez a vueltas con el problema de la configuración jurídica del recargo de prestaciones por omisión de las medidas de prevención de riesgos: la nueva modernidad de una institución jurídica clásica”, REDT, nº 79, 1996.

MOLINER TAMBORERO, G. “La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales”, AL, 1996, vol. II.

- “La responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo en el sistema de la Seguridad Social”, TRS, nº 125, 2001.

MOLTÓ GARCÍA, I.I. “Relaciones laborales en el sector de la construcción”, Barcelona (CISS), 2000.

MONEREO PÉREZ, J.L., “La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos”, Madrid (Ibidem), 1994.

- “El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contratas. Las obligaciones referidas a la Seguridad Social”, RL, 1992, vol II.

- “Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa”, Madrid (MTSS), 1987.

- “La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad”, Madrid (Ibidem), 1999.

- “Los derechos de información de los representantes de los trabajadores”, Madrid, (Civitas), 1992.

- “Instrumentación jurídica e institucional de los Planes y Fondos de Pensiones (I)”, REDT, nº 40, 1989.

- "Planes y Fondos de Pensiones", en AAVV. "Derecho de Seguridad Social", Dir. De la Villa Gil, L.E. , Valencia (Tirant lo Blanch), 3ª edic., 2002.

- "El régimen jurisdiccional de los sistemas de previsión social", RL, 1991, vol. II.

- "El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo", Madrid (Civitas), 1992.

MONEREO PÉREZ, J.L. y VIÑAS ARMADA, J.Mª. "Comentario al art. 127 LGSS" en AAVV. "Comentario a la Ley General de la Seguridad Social", tomo I, Granada (Comares), 1999.

MONEREO PÉREZ, J.L. y ÁLVAREZ MONTERO, A. "La reforma del art. 42 del E.T.: ¿Se ha operado una verdadera reforma de envergadura en virtud de la Ley 12/2001?", TL, nº 61, 2001.

- "Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial", Granada (Comares), 2002.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. "Prevención de riesgos laborales y sistema de responsabilidades empresarial, sindical y de los trabajadores", en AAVV. "Cien años de Seguridad Social", Madrid (Fraternidad-Muprespa y UNED), 2000.

MONTALVO CORREA, J. "La Ley 2/1991 sobre información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación (antecedentes de una norma de gestación confusa)", RT, nº100, 1990.

MONTOYA MELGAR, A. "Sobre empresa y política", REDT, nº 64, 1994.

- "Derecho del Trabajo", Madrid (Tecnos), 16ª edic., 1995.

- "Derecho del Trabajo", Madrid (Tecnos), 23ª edic., 2002.

- "El despido improcedente y sus efectos" en AAVV. "Estudios sobre el despido disciplinario", Madrid (ACARL) 1992.

- "El proyecto de Ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación", RT, nº 100, 1990.

- "Sentencia 81/1995, de 5 de junio. Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y responsabilidades del empresario directo y el empresario principal", en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A. "Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social", Tomo XIII, Madrid (Civitas), 1996.

- MONTOYA MELGAR, A. y AGUILERA IZQUIERDO, R. "Sobre el régimen jurídico-laboral de contratas y subcontratas (un apunte con la última doctrina de los tribunales del orden social)", AS, nº 18, 2000.
- MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M<sup>a</sup>., SEMPERE NAVARRO, A.V., RIOS SALMERON, B. "Comentarios al Estatuto de los Trabajadores", Navarra (Aranzadi), 2000.
- MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J. "Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo", Madrid (MacGraw-Hill), 1996.
- MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M<sup>a</sup>., SEMPERE NAVARRO, A.V. "Derecho Social Europeo", Madrid (Tecnos), 1994.
- MORALA GÓMEZ, A. "La nueva regulación de la sucesión de empresas", AL, nº 10, 2002.
- MUÑOZ MOLINA, J. "Responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la Seguridad Social", Valencia (Tirant lo Blanch), 1999.
- NICOLINI, G. "Ciclo produttivo dell'impresa e applicazione dell'art. 3 della legge 23-10-1960 nº 1369", Massimario di Giurisprudenza, nº 4, 1972.
- NIETO GARCÍA, A. "Derecho Administrativo Sancionador", Madrid (Tecnos), 1994.
- OJEDA AVILÉS, A. "Derecho Sindical", Madrid (Tecnos), 4<sup>a</sup> edic., 1988.
- O'KEAN ALONSO, J.M<sup>a</sup>. "El nuevo entorno económico de la empresa", en AAVV. "El empleador en el Derecho del Trabajo", XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Madrid (Tecnos), 1999.
- OLIET PALA, B. "Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social (Comentarios a la Ley 8/1988 de 7 de abril)", AL, 1989, vol. I.
- OLMO GASCÓN, A.M. "Los derechos laborales del trabajo en contratas", Granada (Comares), 2002.
- ORDEIG FOS, J.M<sup>a</sup>. "Hacia un régimen público de Seguridad Social. La responsabilidad: encrucijada de la jurisprudencia", AL, 1985, vol. I.
- PALMA DEL TESO, A. "El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo sancionador", Madrid (Tecnos), 1996.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. "Derecho del Trabajo", Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces), 10<sup>a</sup> edic., 2002.

PARADA VÁZQUEZ, J.R. “Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, Madrid (Marcial Pons), 1993.

PÁRAMO MONTERO, P. “Estudio sobre la responsabilidad empresarial en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, RL, 1996, vol. II.

- “En torno al artículo 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: la problemática de la responsabilidad solidaria. Especial referencia a las obras de la construcción”, RL, 1997, vol. II.

PEDRAZZOLI, M. “El trabajo que cambia: problemas de calificación y de método”, RFDUC, nº 14, 1988, monográfico “Estudios sobre flexibilidad laboral y nuevos comportamientos sindicales”.

PEDRAJAS MORENO, A. “Relaciones de carácter interempresarial: subcontratación, cesión, sucesión, grupos de empresa”, en AAVV. “Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en Homenaje al Profesor Doctor efrén Borrajo Dacruz”, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999.

- “La cesión ilegal de trabajadores”, en AAVV. “La externalización de actividades laborales (outsourcing): un visión interdisciplinar”, Valladolid (Lex Nova), 2002.

PERELLÓ DOMENECH, I. y DUQUE VILLANUEVA, J.C. “Responsabilidades administrativas: el problema de la responsabilidad solidaria”, en AAVV. “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

PÉREZ ALONSO, M<sup>a</sup>. A. “Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social: su interpretación judicial”, AL, nº 24, 2001.

PÉREZ AMORÓS, F. “Derechos de información sobre empleo y contratación. Los derechos de los representantes de los trabajadores en la empresa, según la Ley 2/1991”, Barcelona (Bosch), 1993.

PÉREZ CAPITAN, L. “La responsabilidad en materia de cotización a la Seguridad Social en las contratas y subcontratas”, RDS, nº 5, 1999.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. “Nuevas tecnologías y relación de trabajo”, Valencia (Tirant lo Blanch), 1990.

- “La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y adaptación del ordenamiento español”, RL, 1991, vol. I.

- "El concepto de propia actividad empresarial", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

PERSIANI, M. "Contratto di lavoro e organizzazione", Padua (CEDAM), 1966.

PUIG BRUTAU: "Fundamentos de Derecho Civil", tomo II, vol. II, Barcelona (Bosch), 2ª edic., 1982.

PURCALLA BONILLA, M.A. "El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral. Análisis crítico de su configuración jurídico-positiva", Granada (Comares), 2000.

- "Notas sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo", RTSS, nº 18, 1995.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. "Las responsabilidades del empresario principal en las contratas y subcontratas", en AAVV. "La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar", Valladolid (Lex Nova), 2002.

RAMIREZ MARTINEZ, J.M. y ALFONSO MELLADO, C.L. "El salario" Valencia (Tirant lo Blanch), 1994.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T. "Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

RAYÓN SUÁREZ, E. "La repercusión de la Seguridad Social en el Estatuto de los Trabajadores: la cotización", RSS, nº 7, 1980.

RIVERO LAMAS, J. "La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo", en AAVV. "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo", X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid (MTAS), 2000.

- "La protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (II)", AL, nº9, 1998.

ROA RICO, L.F. "El pago en dinero de las horas extraordinarias" en AAVV "Estudios sobre la jornada de trabajo", coord. De la Villa Gil, L.R., Madrid (ACARL) 1991.

RODRIGUEZ FERNANDEZ, M.L. "Los salarios de tramitación", Madrid (Tecnos), 1992.

RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "La regulación protectora del trabajo en contratas", RPS, nº93, 1972.

- "Propia actividad y contrata", RL, nº 6, 1996.

- "El lugar de ejecución de la contrata y el art. 42 del E.T." RL, nº 5, 1996.

- "Interposición y trabajo en contratas a través de la jurisprudencia" en "Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón", Madrid (Tecnos), 1980.

- "Contratación temporal y nuevas formas de empleo", RL, 1989, vol. I.

- "Cadena de contratas y responsabilidad del empresario principal", RL, 1996, vol. I.

- "Encadenamiento de contratas y transmisión de empresa", RL, 1996, vol. II.

- "La Directiva 77/187/CEE y la extinción del arrendamiento de empresa". RL, 1998, vol. I.

- "La reforma de las directivas sobre reestructuración empresarial". RL, 1999, vol. I.

- "El carácter indisponible del art. 44", RL., 1998, vol. I.

- "El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales", RL, nº 11-12, 2002.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. "Las empresas de trabajo temporal en España", Valencia (Tirant lo Blanch), 1994.

RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. "La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994", Madrid (Tecnos), 1995.

ROJO TORRECILLA, E. "Prórroga y denuncia de contratos, y derecho de información en materia de empleo", RT, nº 100, 1990.

ROJOT, J. "Atypical Work Forms in the Management Of Company Workforces In Europe: Tentative Results From A Four-Country Study", en AAVV. "The changing face of Labour Law and Industrial Relations", Auflage-Baden (Roger Blanpain/Manfred Weiss, eds), 1993.

ROMÁN DE LA TORRE, M<sup>a</sup> D. "Poder de dirección y contrato de trabajo", Valladolid (Grapheus), 1992.

RON LATAS, R.P. "Delimitación del orden jurisdiccional competente en reclamaciones por daños y perjuicios derivadas del incumplimiento empresarial de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales", Comunicación a la 1<sup>a</sup> ponencia del VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, 1996.

- ROQUETA BUJ, R. "Alcance temporal de las responsabilidades", en AAVV. "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas", Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: "Un contrato especial de trabajo: el contrato de ejecución de obra", en Anuario de Derecho Civil, Tomo XVII, fascículo 1º, 1964.
- "El contrato de ejecución de obra". RPS, nº71, 1966.
  - "Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral", RL, 1989, vol. I.
  - "Intrahistoria de un proyecto de Ley. El Estatuto de los Trabajadores", RL, 1990, vol. I.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, J.L. "Derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación", RT, nº 100, 1990.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. (Dir.), DEL VALLE VILAR, J.M., GIL Y GIL, J.L. y GETE CASTRILLO, P. "Prontuario de Derecho del Trabajo", Madrid (Civitas), 2ª edic., 1995.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y DEL REY GUANTER, S. (Dir.) "Prontuario de Seguridad Social", Madrid (Colex), 1999.
- SALA FRANCO, T. "La reforma del mercado de trabajo", Valencia (CISS), 1994.
- "Problemas jurídicos del trabajador no huelguista", AL, 1984, tomo I.
  - "El esquirolaje externo", AL, nº 3, 1984.
  - "Dictamen acerca de la vigencia del Convenio num. 40 de la OIT sobre licencia pagada de estudios". RL, nº 1, 1985.
  - "La sucesión de contratas", en AAVV. "La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar", Valladolid (Lex Nova), 2002.
- SALA FRANCO, T. (Dir.), ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M., GARCÍA NINET, J.I. y LÓPEZ GANDÍA, J. "Derecho del Trabajo", Valencia (Tirant lo Blanch), 10ª edic., 1996.
- SALA FRANCO, T., ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M. y LÓPEZ GANDÍA, J. "Derecho del Trabajo. Tomo II. Contrato Individual", Valencia (Tirant lo Blanch), 4ª edic., 2002.
- SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I. "Derecho Sindical", Valencia (Tirant lo Blanch), 8ª edic., 2002.
- SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F. "Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", Valencia (Tirant lo Blanch), 1996.

SALINAS MOLINA, F. "Contratas y subcontratas en la jurisprudencia unificadora", RDS, nº 5, 1999.

- "Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora", RMTAS, nº 38, 2002.

SÁNCHEZ CALERO, F. "Instituciones de Derecho Mercantil" (I). Introducción, empresa y sociedades. Madrid (RDP), 18ª edic., 1995.

SÁNCHEZ ISAC, J. "Teoría y práctica de las concesiones de servicios locales", Barcelona (Bayer Hnos.), 1992.

SANCHO VILLANOVA, N.B. "La ejecución de sentencias en el proceso social; el interés legal y sus intereses". AL, 1998, vol II.

SANGUINETI RAYMOND, W. "Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales", Madrid (MTSS), 1993.

- "Descentralización productiva", en AAVV. "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Coord. De la Villa Gil, L.R., Madrid (Portal Derecho), 2001, www. iustel.com.

SANTANA GÓMEZ, A. "El régimen jurídico de los trabajadores no huelguistas", Madrid (Civitas), 1993.

SAPPIA, J.J., FONSECA, H.A., MEDINA MAILHO, R.E. y PIÑA, M.E. "Empleo y flexibilidad laboral", Buenos Aires (Astrea), 1996.

SEMPERE NAVARRO, A.V. "Externalización de actividades productivas durante la huelga", AS, vol. IV, 1996.

- "La sucesión de contratas como subrogación empresarial", AS, 1997, vol. I.

- "Unificación de doctrina sobre salarios de tramitación" en AAVV. "Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario", Santiago de Compostela (Edita J. Garate Castro), 1997.

- "Naturaleza de los salarios de tramitación y responsabilidad del empresario principal", AS, 1998, vol.V.

- "Fenómenos interempresariales" en AAVV. "La reforma laboral de 2001. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2000, de 2 de marzo", Navarra (Aranzadi), 2001.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F. "La sucesión de empresas tras la Directiva 2001/23 y la Ley 12/2001", en AAVV. "Análisis de la Ley 12/2001 de 9 de julio. La Reforma Laboral de 2001", Navarra (Aranzadi), 2001.



SEMPERE NAVARRO, A.V., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M., CARDENAL CARRO, M. "Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo", Madrid (Civitas), 2ª edic., 1998.

SERRANO OLIVARES, R. "La noción de empresa a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea". RL, 1997, vol. II.

- "El elemento locativo en la delimitación del supuesto de hecho del artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores", en AAVV. "Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual", Valladolid (Lex Nova), 2001.

- "El elemento locativo en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios", RL, 2000, vol II.

- "Los compromisos de empleo en la negociación colectiva", Valencia (Tirant lo Blanch), 2003.

SHELDON, F. "The hidden costs of outsourcing: a union viewpoint", Proceedings of the Forty-First annual meeting. National Academy of Arbitrators, nº 41, 1989.

SORIANO CORTÉS, D. "La duración de la contrata o subcontrata como posible causa de temporalidad de los contratos de trabajo", en AAVV. "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo". X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid (MTAS), 2000.

- "El derecho de información de los representantes de los trabajadores en los supuestos de subcontratación", TL, nº 56, 2000.

TAMARIT SUMALLA, J.Mª. "Comentarios a los artículos 316 y 317 del Código Penal", en AAVV. "Comentarios a la parte especial del Derecho Penal", Pamplona (Aranzadi), 1996.

TAPIA HERMIDA, A. "La responsabilidad civil del empresario por daños a los trabajadores", RTSSCEF, nº 180, 1999.

- "Derechos y deberes de los trabajadores y de los empresarios en las transmisiones de empresa según la nueva normativa comunitaria y el derecho interno español. (La necesidad urgente de una reinterpretación), RTSSCEF, nº 195, 1999.

TOLOSA TRIVIÑO, C. "La responsabilidad empresarial por contratas y subcontratas", RL, nº 13, 1998.

- "La aplicación de los principios de la potestad sancionadora a las infracciones del orden social", AL, nº 36, 1999.

- “La modificación del art. 42: una reforma insuficiente”, AJA, nº 492, 2001.
- UGT “La Ley sobre derechos de información en materia de contratación laboral”, RT, nº 100, 1990.
- “Influencia de la precariedad en la siniestralidad en España”, Enero de 2002, en [www.ugt.es/informes/informes.html](http://www.ugt.es/informes/informes.html).
- URÍA GONZÁLEZ, R. “Derecho Mercantil”, Madrid (Marcial Pons), 23ª edic., 1996.
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. “Las conductas lesivas de la libertad sindical”, Madrid (CES), 1994.
- VALDÉS DAL-RE, F. “La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa”, RL, nº 18, 2001.
- “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”, RL, 2001, vol. II.
- “La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional”, Madrid (MTAS), 2001.
- “Negociación colectiva concesiva y mejoras voluntarias de Seguridad Social. Notas de un debate”, en AAVV. “Cien años de Seguridad Social”, Madrid (Fraternidad-Muprespa y UNED), 2000.
- Prólogo a la obra de BRIONES GONZALEZ, C. “La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas” Madrid (MTSS) 1995.
- VALVERDE ASENSIO, A.J. “Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales”, en AAVV. “Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual”, Valladolid (Lex Nova), 2001.
- VÁZQUEZ MATEO, F. “La nueva reforma de la Ley 8/88 de 7 de abril sobre infracciones y sanciones en el orden social”, AL, 1994, vol. I.
- VICENTE PALACIO, M<sup>a</sup>.A. “Algunas consideraciones sobre el objeto del contrato por obra o servicio determinado en el sector de la limpieza de edificios y locales”, TL, nº 4, 1997.
- “Reintegro de prestaciones de Seguridad Social indebidamente percibidas”, Pamplona (Aranzadi), 1998.
- VICENTE PALACIO, M<sup>a</sup>.A. y BALLESTER PASTOR, I. “Algunas consideraciones sobre las obligaciones de fabricantes, importadores y suministradores en la Ley de prevención de riesgos

laborales”, en AAVV. “Lecciones sobre la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, Dir. García Ninet, J.I., Castellón (Jaume I), 1997.

VIDA SORIA, J. “Las peculiaridades en la protección contra accidentes de trabajo en el Sistema de la Seguridad Social”, pertenece a AAVV. “Cien años de Seguridad Social”, Madrid (Fraternidad-Muprespa y UNED), 2000.

- “Prólogo a la obra de García Piqueras, M.: Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas de obras y servicios”, Valencia (Tirant lo Blanch), 1998.

YANINI BAEZA, J. “La Seguridad Social complementaria. Mejoras voluntarias. Mutualidades. Contrato de seguro” en AAVV. “Derecho de la Seguridad Social”, Dir. De la Villa Gil, L.E., Valencia (Tirant lo Blanch), 3ª edic., 2002.

UNIVERSIDAD DE ALICANTE  
Comisión de Doctorado

Reunido el Tribunal que suscribe en el día de la fecha acordó otorgar, por ~~CONVENCIONADA~~ la Tesis Doctoral de Don/Dña. DAVID MONTROYA MEDINA la calificación de SOBRESALIENTE CON LAUDE

Alicante 31 de JUNIO de 2003

El Presidente,

El Secretario,

UNIVERSIDAD DE ALICANTE  
Comisión de Doctorado

La presente Tesis de D. David Montoya Medina ha sido registrada al Folio ..... con el n.º 946-092D del registro de entrada correspondiente.

Alicante 1 de agosto de 2003

El Encargado del Registro,

591 P.O.