

LA REGULACIÓN LABORAL ESPAÑOLA SOBRE CONTRATACIÓN Y SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS

FRANCISCO JAVIER CALVO GALLEGOS*

ÍNDICE

- 1. Introducción: líneas generales de la regulación legal y convencional española**
- 2. La extensión de responsabilidades en materia salarial y de Seguridad Social; 2.1. La responsabilidad solidaria del art. 42 ET; 2.1.1. La delimitación del supuesto de hecho del art.; 42.2 ET: contratas y subcontratas, y actividad propia de la empresa principal; 2.1.2. La extensión solidaria de responsabilidad; 2.1.2.1. Ámbito material y subjetivo de la responsabilidad solidaria ex art. 42 ET.; 2.1.2.2. Límites subjetivos, cuantitativos y temporales. Posibilidades de exoneración; 2.2. La responsabilidad subsidiaria de los art. 104 y 127 LGSS**
- 3. Contratas, subcontratas y prevención de riesgos laborales; 3.1. Los deberes de colaboración e información en actividades desarrolladas en el mismo centro de trabajo; 3.2. Contratas de propia actividad desarrolladas en el centro de trabajo: el deber de vigilancia y la responsabilidad solidaria; 3.3. Contratas desarrolladas fuera del centro de trabajo**
- 4. Los deberes de información a los representantes legales**
- 5. Otras cuestiones relacionadas con la contratación y subcontratación de obras y servicios; 5.1. Sucesión de contrata, transmisión de empresas y normas subrogatorias; 5.2. Contratas y contratos temporales de obras y servicios: el aparente final de una larga discusión jurisprudencial; 5.3. Contratas y cesión ilegal de trabajadores: las nuevas perspectivas de un viejo problema**
- 6. A modo de conclusión: la normalización económica y jurídica de la descentralización productiva y la necesidad de una nueva regulación de esta materia**

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva.

1. INTRODUCCIÓN: LÍNEAS GENERALES DE LA REGULACIÓN LEGAL Y CONVENCIONAL ESPAÑOLA

Los fenómenos de contratación y subcontratación de obras o servicios, no son, desde luego, una realidad novedosa o casi desconocida para el ordenamiento laboral español¹. Desde la ya centenaria regulación contemplada en la Ley de Accidentes de Trabajo, nuestro sistema ha prestado una especial atención a los importantes problemas planteados por este peculiar sistema de descentralización productiva. Y de hecho, aún hoy lo sigue haciendo como demuestra la amplia batería normativa formada por los art. 42 ET, 104 y 127 LGSS, 24 y 42 LPRL, 15.8 LISOS y 64 ET.

En líneas generales podríamos decir que la regulación española sobre esta cuestión se ha asentado tradicionalmente sobre dos grandes ideas o principios fundamentales. El primero de ellos es la absoluta licitud de esta fórmula de organización productiva, siempre que con la misma no se trate de encubrir fraudulentamente una cesión ilegal de trabajadores. La subcontratación es y ha sido una opción perfectamente lícita de organización, cuyo último fundamento se encuentra en la libertad de empresa recogida en el art. 38 CE y que protege institucionalmente no sólo la libre iniciativa económica, sino también la genérica facultad empresarial de combinar los factores productivos a su propio criterio².

Ahora bien, esta licitud, e incluso el expreso reconocimiento de su clara utilidad social³, no significa desinterés o simple desprotección legal frente a los

¹ Baste recordar la regulación contemplada en el Código de Trabajo de 1926, en el Reglamento de Accidentes de Trabajo en la Industria de 1933 o en el Reglamento de accidentes de trabajo de 1956; los art. 68 y 97 del texto Articulado de 21 de abril de 1966; el art. 97 del Texto Refundido de 1974; o, actualmente, el art. 127 del RDL 1/1994 de 20 de junio. Por lo que se refiere a la prevención de riesgos, piénsese en los artículos 158 OMSH, 40 LISOS, y, actualmente, 24 y 42 de la LPRL. Y, finalmente, en el genérico campo de las relaciones de trabajo en el art. 4 RD 3677/1970 de 17 de diciembre, sustituido —tras ser declarado ilegal por la STS (Contencioso-administrativo) de 23 de noviembre de 1977— por el art. 19 LRL, que, sustancialmente ha pasando, finalmente, al actual art. 42 del RDL 1/1995 TRET—. Sobre esta evolución histórica, por todos, A. MARTÍN VALVERDE, "Responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios", en *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. VIII, Madrid, EDESA, 1982, pág. 219 y sig.; M. GARCÍA PIQUERAS, *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas de obras y servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 15 y sig.

² Vid. STS de 27 de octubre de 1994 (RJ 8531) Sobre este principio, ampliamente A. MARTÍN VALVERDE. La protección jurídica del trabajo en contratas: delimitación de los supuestos de hecho, en AAVV, *Cesión de Trabajadores. Empresas de Trabajo Temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratos de obras o servicios. Sucesión de Empresas*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder judicial, Madrid, 1994, pág. 112 y sig.

³ J. GARCÍA MURCIA, "El trabajo en contratas y la cesión de la mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores" en *Revista de Política Social*, 1981, n.º 130.

posibles riesgos que como consecuencia de esta peculiar estructura productiva pudieran sufrir los trabajadores. Por ello, junto a este principio de plena legalidad o licitud, nuestro ordenamiento se ha venido inspirando en un segundo principio que suele denominarse como de "protección" del trabajador empleado en contratas⁴. Y es que si bien es cierto que en nuestro sistema no existe —a diferencia de lo que sucede en otros países⁵— una obligación de equiparar como mínimo inderogable las condiciones laborales y salariales de los trabajadores de la empresa contratista con los de la empresa principal⁶, no lo es menos que en general nuestro ordenamiento aún ostenta una importante batería de normas legales destinadas a proteger a estos empleados frente a los peligros que este sistema productivo puede generar para el efectivo disfrute de sus derechos sociales.

El goce material por parte del empleado principal de los frutos de este trabajo, los riesgos derivados de la posible insolvencia del contratista, la necesidad de coordinar las medidas de prevención y la mayor tasa de siniestrabilidad de estos empleados que normalmente prestan servicios en el centro y con medios en parte cedidos por el principal, serían así, fundamentalmente, las causas que han provocado, en primer lugar, una extensión legal, solidaria o subsidiaria, de algunas o de todas —según el momento histórico— las deudas laborales y de Seguridad Social contraídas por el contratista hacia el empresario principal; los que han justificado, en segundo lugar, la imposición de deberes de coordinación, información y vigilancia en materia de seguridad y salud laboral, ligados obviamente, a supuestos igualmente de extensión solidaria de responsabilidad; y, finalmente, y en tercer lugar, los que han llevado al establecimiento de un deber de información a la representación legal cuyos perfiles, por cierto, distan aún hoy de ser claros.

En cualquier caso, la protección del trabajo en contratas no se limita a las normas de origen legal: la negociación colectiva española tampoco se ha mostrado insensible a esta institución. Y es que si bien es cierto que en nuestro sistema son escasas por no decir que casi inexistentes las cláusulas que tratan de limitar o condicionar estas posibilidades organizativas del empresario, no lo es menos que sí se ha prestado una importante atención a otros problemas colaterales generados por estos mecanismos como son la imposición de instrumentos subrogatorios que intenten paliar los problemas derivados de la sucesión de contratas; o, en segundo lugar, la delimitación o no de la ejecución de este tipo de contratos como "causa" lícita para la estipulación de determinadas contratas temporales como son los de obra o servicio determinado.

⁴ Sobre este principio de "protección del trabajo en contratas" véase, nuevamente, A. MARTÍN VALVERDE, "La protección jurídica ...", cit., pág. 114.

⁵ Por ejemplo lo previsto por el art. 3.1 de la Ley italiana de 23 de octubre de 1960, n. 1369. Por todos, F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del Lavoro 2 Il rapporto di lavoro subordinato*, 2 Edizione, UTET, Torino 1992, pág. 120 y sig.

⁶ Como recuerda M. LUQUE PARRA, "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

Y, finalmente, tampoco cabe olvidar al estudiar este tema otra cuestión, clásica y tradicional que, sin embargo, parece estar destinada a jugar un importante papel tras la reciente reforma de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal. Y es que la novedosa imposición de una sustancial equiparación salarial para los empleados en misión, unida al establecimiento de mayores barreras para la entrada en el sector, parece haber generado un llamativo florecer de empresas de “servicios” que vuelven así a plantear la añosa distinción entre la lícita contrata y la ilegal cesión de trabajadores articulada fuera de una ETT.

2. LA EXTENSIÓN DE RESPONSABILIDADES EN MATERIA SALARIAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

Desde esta perspectiva, ya hemos señalado como la principal plasmación en nuestro ordenamiento del principio de “protección del trabajo en contratas” se encuentra situado en la tradicional extensión de responsabilidades salariales y de Seguridad Social cuyo primer y remoto antecedente se encuentra, seguramente, en la acción directa que aún hoy reconoce el art. 1597 Cc. a los trabajadores de la contratista frente al dueño de una “obra ajustada” hasta la cantidad máxima que éste adeude a aquél.

En la actualidad, esta extensión de responsabilidad legal viene recogida por el juego conjunto de los art. 42 ET, 104 y 127 LGSS. Se trata de dos grupos normativos bastante oscuros y confusos⁷, no sólo en su interpretación, sino incluso en su misma coordinación, lo que justifica que los analicemos sucesivamente a fin de intentar reflejar su distinción función dentro de nuestro sistema.

2.1. La responsabilidad solidaria del art. 42 ET

En este sentido, es evidente que el núcleo esencial de toda esta protección de los trabajadores de las empresas contratistas sigue centrándose, aún hoy, en el art. 42.2 ET —inalterado desde su primitiva redacción en 1980— según el cual “*el empresario principal ... durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo*”.

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS, MTAS, 2000, “la reducción de costes laborales ha sido uno de los motores fundamentales en la difusión de este tipo de organización productiva”.

⁷ Véase en este sentido el excelente artículo de J. CRUZ VILLALÓN, “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, en *Relaciones Laborales*, 1992, T/II, p. 116.

2.1.1. La delimitación del supuesto de hecho del art. 42.2 ET: contratas y subcontratas, y actividad propia de la empresa principal

En relación con el art. 42.2 ET, lo primero que quizás deba señalarse es que su supuesto de hecho —que, como se verá, dista bastante de ser diáfano o simplemente claro— no abarca en principio, todos los posibles fenómenos de descentralización productiva⁸. Este precepto limita la extensión de responsabilidad solidaria a los supuestos de “subcontrataciones” referidas a la actividad propia de la empresa principal, excluyéndose, eso sí, “*las construcciones o reparaciones que pudiera contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra no contrate su realización por razón de una actividad empresarial*”⁹.

Intentando simplificar todas y cada una de las cuestiones que la delimitación de este complejo supuesto de hecho plantea podríamos decir, en primer lugar, que hoy parece absolutamente pacífica la inclusión en el art. 42.2 ET tanto de las contrataciones directas como de las subcontrataciones de obras y servicios que pudiera realizar el contratista principal o los sucesivos subcontratistas¹⁰. Y es que aunque este párrafo únicamente menciona a las “subcontratas”, parece lógico considerar que una lectura unitaria y sistemática del entero art. 42 ET debe hacer primar una acepción económica del término, que permita incluir en el mismo tanto el primer encargo como de los sucesivos que el contratista o subcontratista pudiera hacer¹¹.

En segundo lugar, también es hoy común identificar estas “contratas y subcontratas” con los denominados contratos de empresa¹² o, si se prefiere, de

⁸ Una excelente valoración crítica de este problema en relación con las nuevas formas de organización productiva que, dada la brevedad de esta comunicación no es posible abordar, en J. CRUZ VILLALÓN, “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, MTAS, AEDTSS, 2000, pág. 251 y sig.

⁹ Sobre esta exclusión véase, recientemente, M. LLANO SÁNCHEZ, *Responsabilidad empresarial* ..., cit., pág. 267 y sig.

¹⁰ Por todos, con amplia cita bibliográfica a la que nos remitimos, M.L. GARCÍA PAREDES, “La subcontratación de obras y servicios”, en AAVV., *Cesión de Trabajadores. Empresas de Trabajo Temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratas de obras o servicios. Sucesión de Empresas*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 28 y sig.; M. LLANO SÁNCHEZ, *Responsabilidad empresarial* ..., cit., pág. 28-29.

¹¹ Seguimos aquí la terminología de A. MARTÍN VALVERDE, “La protección jurídica del trabajo...”, cit., pág. 107 y sig.. En esta misma orientación, por todos, M.L. GARCÍA PAREDES, “La subcontratación ...”, cit., pág. 27 y sig.. y M. LLANO SÁNCHEZ, *Responsabilidad empresarial* ..., pág. 27, a las que se remite para una amplia enumeración de las razones de ésta equiparación y la dubitativa doctrina anterior en relación con el art. 19 LRL.

¹² Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, Ibidem, 1994, p. 73 y ss.; A. MARTÍN VALVERDE,

“obra por empresas”¹³. Y es que aunque los términos contrata y subcontrata carecen de la necesaria perfección técnica¹⁴, dado su origen económico y sectorial, no cabe duda que en ellos deben subsumirse al menos todos aquellos supuestos en los que se contrata una obra o servicio que deba ser realizado mediante la actividad desarrollada por la organización productiva propia del comitente. En cambio, más discutible es la posible extensión de las garantías establecidas en este precepto a otras hipótesis de descentralización productiva ciertamente cercanas y sumamente frecuentes en la organización empresarial española. En estos casos, la necesidad de adecuar unos conceptos ya tradicionales en nuestro ordenamiento y que se muestran formalmente insuficientes ante la realidad socioeconómica en la que se ejercitan¹⁵, parecen aconsejar —como ya se señaló hace algunos años— una interpretación amplia del precepto¹⁶ que no reduzca o limite su ámbito de aplicación exclusivamente a este concreto tipo negocial, sino que incorpore igualmente otros contratos de prestación de servicios que no supongan el nacimiento de una obligación de resultado¹⁷ —recuérdese que el propio precepto menciona a los «servicios» entre el posible objeto de estos contratos—¹⁸ o que centren su contenido en una actividad “intelectual”¹⁹, siempre, claro está, que tengan una similar estructura obligacional y una idéntica funcionalidad económico-social²⁰. De este modo, utilizando un criterio material y funcional antes que formal²¹, podrían considerarse incluidas en este supuesto como “contratas” —y ello, claro está, con independencia de que se den o no el resto de requisitos que integra el supuesto de hecho del art. 42 ET— formas contractuales atípicas como la de *engineering*²² o más clásicas como las del transporte o de

“Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”, en AAVV (coord. BORRAJO DACRUZ), *Comentarios a las Leyes Laborales* 2, Tomo VII, Madrid, 1988, p. 231. En la jurisprudencia STCT de 10 de abril de 1989 (RJCTCT 2646).

¹³ Ampliamente, sobre el tema, M. LLANO SÁNCHEZ, *Responsabilidad empresarial* ..., pág. 29 y sig.

¹⁴ Nuevamente J. CRUZ VILLALÓN, “Descentralización productiva y responsabilidad ...”, cit., p. 120.

¹⁵ Vid. M. GARCÍA PIQUERAS, “La responsabilidad en contratas ...”, cit., p. 7.

¹⁶ En este sentido, J.L. MONEREO PÉREZ, *La responsabilidad empresarial* ..., cit., p. 76.

¹⁷ M. RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, “Interposición y trabajo en contratas a través de la jurisprudencia”, en AAVV, *Estudios en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, 1980, p. 72.

¹⁸ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, *La responsabilidad empresarial* ..., cit., p. 76.

¹⁹ En este sentido, con referencia a la posición favorable de la jurisprudencia, J. CRUZ VILLALÓN, “Descentralización productiva y responsabilidad ...”, cit., p. 122.

²⁰ Vid. M. LLANO SÁNCHEZ, *La responsabilidad* ..., cit., pág. 50 quien destaca el consiguiente casuismo ya que “se pueden encuadrar otros supuestos de cooperación entre empresas que den lugar a obligaciones de medios y no sólo de resultados”.

²¹ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, *La responsabilidad empresarial* ..., cit., p. 76.

²² Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, *La responsabilidad empresarial* ..., cit., p. 76, J. CRUZ VILLALÓN, “Descentralización productiva y responsabilidad ...”, cit., p. 122 y la jurisprudencia citada por ambos.

creación publicitaria²³. En cualquier caso, de lo que no cabe duda es de que la utilización de ambos términos no excluye necesariamente del art. 42 ET los supuestos de concesiones administrativas o de contratación administrativa de gestión indirecta de obras y servicios²⁴. Y es que en este último caso, parece clara la aplicación del art. 42 ET también a las distintas Administraciones ya que en estos supuestos el concepto de empresario lo es a efectos laborales y no mercantiles²⁵, lo que permite lógicamente la aplicación de esta norma a empleadores que carezcan de ánimo de lucro²⁶.

En cambio, la expresa referencia a obras y servicios como objetos de la actividad del contratista parece excluir otros fenómenos de descentralización productiva²⁷ que se limiten a una simple prestación de dar o no hacer como serían los arrendamientos de locales de negocio en grandes superficies²⁸, los subarriendos de concesiones mineras²⁹ o las compraventas y contratos de suministros³⁰ que no permitirían la extensión de la posible responsabilidad laboral al propietario de la superficie o al comprador. Y algo similar cabría decir, seguramente, en los casos, cada vez más frecuentes de los contratos de suministros en los que el mantenimiento o formación sea un elemento absolutamente accesorio dentro del esquema obligacional deducido del contrato.

En cualquier caso, aún más compleja se presenta la delimitación del segundo de los elementos de este supuesto de hecho: *la necesaria pertenencia de la obra o servicio contratado a la actividad propia de la empresa principal*³¹. Basta un breve repaso por nuestra jurisprudencia y por la abundante

²³ Más ampliamente, M. LLANO SÁNCHEZ, *Responsabilidad empresarial* ..., cit., pág. 46.

²⁴ Sobre este último supuesto, véanse las SSTSJ del País Vasco de 10 de octubre de 1995 (AS. 3714), 25 de junio de 1996 (AS. 2461) y de 15 de julio de 1997 (AS. 2147); STS de 15 de julio de 1996 (AS. 5990).

²⁵ STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 1999 (AS 3045); STSJ Andalucía (Málaga) de 24 de diciembre de 1999 (AS 4356).

²⁶ Para un análisis exhaustivo de los distintos supuestos M. LLANO SÁNCHEZ, *La responsabilidad* ..., cit., pág. 50 y sig.

²⁷ Sobre la dificultad de reconducir al concepto de contrata todos los posibles supuestos de subcontratación económica J.L. MONEREO PÉREZ, *La responsabilidad empresarial* ..., cit., p. 76.

²⁸ Por todas STSJ de Andalucía (Sevilla) de 20 de marzo de 1996 (AS. 1908) “no existe pues, contrata del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, sino arrendamiento de local de negocio, o dicho de otra forma, no hay cesión de parte del negocio, sino de parte del local destinado al mismo”.

²⁹ STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 29 de marzo de 1999 (AS 1232).

³⁰ En este sentido M. ALONSO OLEA, M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo* 12, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1991, p. 109.; J.L. MONEREO PÉREZ, *La responsabilidad empresarial* ..., cit., p. 76-77 quien, sin embargo, y con cita de jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo, sí incluye supuestos “próximos” al contrato de suministro.

³¹ En este sentido, M. RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, “La regulación protectora del trabajo en contratas”, en *Revista de Política Social*, 1972, n. 93, p. 35 y 37.

doctrina que se ha preocupado del tema durante estos últimos años para constatar la enorme dificultad que tradicionalmente ha presentado el establecimiento de reglas o criterios generales para la interpretación de este concepto. Y ello porque su propia naturaleza "ambigua" y "escurridiza"³², ha permitido la aparición de discrepancias, ciertamente notables³³, y cuya causa última quizás se encuentre en la distinta perspectiva «patológica» o «fisiológica» con la que el operador jurídico abordó en su momento el complejo fenómeno de la descentralización productiva.

Simplificando la cuestión podríamos decir que en general, y junto a posiciones extremas —como aquellas que reclamaban la identidad de actividades³⁴ entre ambas empresas, o que rechazaban que este criterio pudiera tener sentido alguno³⁵, o que incluso fuera un auténtico criterio delimitador del supuesto de hecho— han coexistido, como decíamos, dos grandes líneas interpretativas durante estos últimos años³⁶. La primera corriente, usualmente identificada por

³² Vid. J. CRUZ VILLALÓN, "Descentralización productiva y responsabilidad...", cit., p. 126; A. MARTÍN VALVERDE, "La protección jurídica del trabajo en contratas...", cit., p. 119. Esta misma crítica se encuentra en autores que han analizado esta expresión en otros preceptos simétricos como el art. 42 LPRL. Así, J.M. GOERLICH PESET, "Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales", en *Actualidad Laboral*, 1997, n. 8, pág. 143 se refiere a ella como una "noción difusa"; de la inexistencia de "una noción exacta de lo que haya de entenderse por «propia actividad»" habla M. GARCÍA PIQUERAS, "La responsabilidad en contratas y subcontratas. De la funcionalidad empresarial a la indefinición normativa", en *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad*, 1997, n. 176, pág. 13; como "confusa" la caracteriza P. PÁRAMO MONTERO, "En torno al art. 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: la problemática de la responsabilidad solidaria. Especial referencia a las obras de construcción", en *Relaciones Laborales*, 1997, n. 20, pág. 147; y de un "tanto ambigua" A. ALBESA VILLALTA "La seguridad y salud laboral en las contratas y subcontratas de obras y servicios" en *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad*, 1996, n. 163, pág. 83.

³³ Algunos ejemplos de estas contradicciones jurisprudenciales en J. CRUZ VILLALÓN, "Descentralización productiva y responsabilidad...", cit., p. 126-127.

³⁴ En este sentido F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 31.

³⁵ El caso más claro, aunque no el único, M. ALONSO OLEA, M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1991, p. 109.

³⁶ Especialmente clarificadora a este respecto resulta la STSJ de Andalucía de 4 de julio de 1995 (AS. 2757) —"para que se dé el fenómeno de la subcontratación en él protegida, es preciso que lo sea «dentro de la actividad de la empresa», para determinar lo cual se suelen seguir dos criterios: el llamado de la actividad indispensable, según el cual son actividades propias de la empresa principal, además de las que constituyan su ciclo de producción, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo, con lo que las actividades complementarias (vigilancia, limpieza, etc.), formarían parte de estas actividades indispensables; el segundo criterio, llamado de las actividades inherentes, es más restrictivo y en él se comprenden sólo dentro de la propia acti-

su referencia a las «actividades indispensables» de la empresa principal, fue tradicionalmente la mayoritaria en nuestra doctrina. La misma partía de una interpretación sumamente extensiva del precepto³⁷ que le permitía reconocer esta relación entre la actividad del contratista y la propia de la empresa principal siempre que la contrata o subcontrata realizase actividades u operaciones propias del ciclo productivo de la empresa entendido éste en sentido extremadamente amplio. Desde esta perspectiva, todas las operaciones necesarias, normal o habitualmente para la empresa, y que fuesen objeto de contratas habrían de considerarse habitualmente incluidas en la propia actividad de la empresa principal. De este modo, el art. 42 ET no sólo cubriría las contratas las actividades específicas y propias de su concreto ciclo productivo, sino que también abarcaría todas aquellas que aunque resultasen inespecíficas con respecto al mismo, fueran habituales de una determinada organización, y, señaladamente, a las contratas normalmente denominadas como complementarias como son las de limpieza, mantenimiento o vigilancia de las instalaciones³⁸. Y ello, claro está, aunque el fin económico productivo de cada una de ellas fuera radicalmente distinto ya que como recordaba algún autor, etimológicamente "propia actividad" equivaldría así a "conveniente o a propósito" sin que pudiera equipararse al concepto, mucho más restrictivo de la "misma actividad"³⁹. La conexión con el ciclo productivo no sería de este modo cualitativa o material, sino cuantitativa o funcional, marcada por su frecuencia y necesidad, bastando una conexión indirecta o accesorio con este proceso productivo de la empresa principal. De este modo, sólo aquellas contratas meramente accesorias, no normales ni habituales que estuvieran desconectadas de la consecución del resultado final de la empresa principal quedarían excluidas de la protección legal, como excepción a la inclusión general de las mismas⁴⁰.

Sin embargo, para un segundo sector de la doctrina y también de la jurisprudencia, una interpretación tan extensa como la propuesta por este primer sector doctrinal hubiera casado mal, por no decir que hubiera resultado contraproducente, con el establecimiento de este requisito ya sea en el art. 42 ET o, como veremos, en el art. 42 LPRL. Para estos autores, resultaría obvio que su inclusión tanto en el primer como en el segundo grupo normativo partiría de la necesidad de que no todas las actividades contratadas o subcontratadas se inclu-

vidad, las que corresponden a su ciclo productivo, quedando fuera las actividades complementarias. La doctrina judicial ... se ha mostrado oscilante en cuanto a seguir uno u otro criterio—. Un resumen similar en la STS de 18 de enero de 1995 (AS. 514) o más recientemente en la STSJ de Cataluña 30 de junio de 1997 (AS. 2795).

³⁷ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, *La responsabilidad empresarial* ..., cit., p. 79 y ss.

³⁸ Sobre esta primera interpretación A. MARTÍN VALVERDE, "La protección jurídica del trabajo en contratas...", cit., p. 119-120.

³⁹ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, *La responsabilidad empresarial* ..., cit., p. 83.

⁴⁰ Un ejemplo paradigmático de esta visión amplia en J.L. MONEREO PÉREZ, *La responsabilidad empresarial* ..., cit., p. 79 y ss.

yesen en el supuesto de hecho de ambos preceptos⁴¹. Por ello, este segundo sector de nuestra doctrina y jurisprudencia —que, en realidad, nunca llegó a aceptar plenamente la interpretación extensiva propuesta por la doctrina⁴²— rechazó este primer criterio, seguramente demasiado amplio, para centrar nuevamente la cuestión en la coincidencia de fines productivos entre la empresa principal y la contratista, o en la «inherencia» de la actividad contratada o subcontratada con el ciclo o la actividad productiva de la empresa principal, entendiéndose por tal, claro está, la realidad económica de la empresa y no su objeto social, sujeto a la libre modificación o reducción por parte de la empresa principal⁴³. Como se ha señalado acertadamente, desde esta perspectiva el punto de interés no se centraba ya en la mera normalidad de la contrata, sino en la conexión de la obra o servicio realizado por ésta con la finalidad productiva de la empresa principal; lo que permitiría excluir todas aquellas contratas complementarias —esto es lo fundamental—⁴⁴, cuya actividad no se correspondiese con la actividad o actividades específicas de la empresa principal⁴⁵, y, por

⁴¹ Cfr. J. CRUZ VILLALÓN, "Descentralización productiva y responsabilidad...", cit., p. 130. En este mismo sentido, STSJ de Andalucía de 4 de julio de 1995 (AS. 2757);

⁴² Esta la opinión de M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, "Propia actividad y contrata", cit., p. 38. Como recuerda A. MARTÍN VALVERDE, "La protección jurídica...", cit., pág. 120-121 este cambio de rumbo de la jurisprudencia se inicia en 1980 con sentencias del TCT como las de 10 de julio y 12 de noviembre de 1981 —limpieza de locales y servicios de hostelería y cafetería de un club recreativo—.

⁴³ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, "Propia actividad y contrata", cit., p. 38 y 39. Sobre la necesidad de acudir a la realidad productiva y no al objeto social de la empresa, J. CRUZ VILLALÓN, "Descentralización productiva y responsabilidad...", cit., p. 127.

⁴⁴ Para M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, "La configuración del derecho de protección...", cit., p. 13 "la jurisprudencia, que no se ha caracterizado en este punto por una posición clara y uniforme, parece decantarse de modo mayoritario... por considerar como actividad «propia» la que tiene que ver de modo directo con el proceso productivo de la empresa y no con las operaciones complementarias del mismo (limpieza, transporte, vigilancia, obras de infraestructura o de reparación de locales, etc.)."

⁴⁵ STSJ de Andalucía de 4 de julio de 1995 (AS. 2757) y 26 de marzo de 1996 (AS. 1912) —"La doctrina judicial, que se ha mostrado oscilante en cuanto a seguir uno u otro criterio, parece finalmente decantarse por el segundo y así la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 octubre 1981, dice que para que se dé el requisito de «la propia actividad» no basta con que estemos ante una actividad indispensable, pues si no forma parte integrante de su actividad productiva, no estamos ante el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores. Y es que —como dice la Sentencia de 18 enero 1995 (RJ 1995\514), del mismo Alto Tribunal—, si el legislador exige que las obras y servicios que se contraten o subcontraten hayan de pertenecer a la misma actividad empresarial del comitente, es porque está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación amplia favorable a cualquier clase de actividad laboral, con lo que quedan fuera del art. 42 las obras o servicios contratados que estén desconectados de su finalidad productiva y de las actividades normales de la misma. Siguiendo esta línea las Sentencias de 5 y 26 marzo 1993 (AS 1993\1505 y AS 1993\1558), de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de

tanto, que no fuesen inherentes a la misma, pese a su normalidad, habitualidad o, incluso, indispensabilidad⁴⁶. Y todo ello, teniendo en cuenta que esta identificación se predicaba no ya de la concreta prestación realizada por el empleado sino de la actividad desarrollada por la empresa contratista para la empresa principal. Ejemplos al menos parciales de esta segunda corriente jurisprudencial eran y son las distintas sentencias que en los últimos años de la década de los noventa excluyeron la existencia de esta identidad en supuestos como la pavimentación de la nave de una empresa de construcción de automóviles⁴⁷, la vigilancia de una empresa suministradora⁴⁸, el mantenimiento de los sistemas de vigilancia en una emisora de televisión⁴⁹, la expedición de billetes como actividad colateral al transporte de viajeros por tren⁵⁰ —lo que suscita bastantes más dudas— o la limpieza de locales y oficinas en relación con una empresa distribuidora de aguas o una tabaquera⁵¹.

Ante esta situación, el Tribunal Supremo intentó en un primer momento —STS de 18 enero 1995 (RJ 514)— solucionar la cuestión añadiendo un nuevo concepto jurídico indeterminado al considerar que sólo aquellas contratas que realizasen obras o servicios que tuvieran un carácter «*complementario absolutamente esencial para el desarrollo de la actividad de la empresa principal*»⁵² podían incluirse dentro del ámbito del art. 42 ET. El problema se trasladó entonces a delimitar este nuevo concepto jurídico indeterminado, si bien lo que ya parecía claro era que quedaban fuera de esta protección todas aquellas contratas complementarias que, como tales, no formaban parte del núcleo de actividad económica, aunque fuesen necesarias —pero no «esenciales»— para su funcionamiento, en especial las de obras de infraestructura, de construcción

Justicia de Cataluña, dicen que para que se dé el fenómeno de la subcontrata a que se refiere el art. 42, es preciso que la obra o servicio contratado tenga conexión negocial con el objeto principal propio de la empresa contratista, que coincidan las labores esenciales de ambas empresas, o sea que las funciones que componen la sustancia industrial de la empresa principal sean las mismas que realiza la auxiliar". En este mismo sentido véanse las STSJ de Cataluña de 21 de abril de 1995 (AS. 1596) y de 4 de marzo y 4 de julio de 1996 (AS. 1860 y 2905).

⁴⁶ Véase nuevamente M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, "Propia actividad y contrata", cit., p. 40. Como recuerda A. MARTÍN VALVERDE, "La protección jurídica del trabajo en contratas...", cit., p. 120 "no son contratas sobre la propia actividad... de acuerdo con este criterio las denominadas contratas sobre actividades complementarias, y si lo son, en cambio, todos los supuestos de subcontratación o descentralización productiva en que un proceso productivo integrado se desglosa en distintas operaciones o trabajos".

⁴⁷ STSJ de Cataluña de 21 de abril de 1995 (AS. 1596)

⁴⁸ STSJ de Cataluña de 4 de julio de 1996 (AS. 2905)

⁴⁹ STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 1996 (AS. 1860)

⁵⁰ STSJ de Andalucía (Sevilla) de 26 de marzo de 1996 (AS. 1915)

⁵¹ STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de diciembre de 1995 (AS. 4526) y STSJ de Canarias de 2 de junio de 1995 (AS. 2440) respectivamente. En relación con la Administración Pública STSJ de Cataluña de 1 de abril de 1997 (AS. 1994)

⁵² Vid. nuevamente M. RODRÍGUEZ PIÑERO, "Propia actividad y contrata", cit., p. 42.

o reparación de locales de negocio, las de seguridad o de comedores —siempre que no se tratará, obviamente, de una empresa dedicada a la restauración o que incluyese ésta en su ciclo productivo— y, sobre todo, las de limpieza⁵³, sometidas, como de todos es conocido, a una atormentada y contradictoria jurisprudencia.

Finalmente, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo —Sentencia de 29 de octubre de 1998 (RJ 9049)⁵⁴— parece haber aceptado ya clara y decididamente la tesis de la inherencia —que según esta última decisión habría sido también la acogida por la STS de 18 de enero de 1995—, excluyéndose así, por lo que parece, definitivamente, las “actividades complementarias inespecíficas” del supuesto de hecho de ambas normas. Y ello porque como señala la misma Sentencia “el fundamento de esta interpretación estriba en que las actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista, justificando así la responsabilidad patrimonial de la empresa o entidad comitente”⁵⁵.

Con todo, de lo que no cabe duda es de que, en primer lugar, este criterio restrictivo “ha prendido con naturalidad en la doctrina de los Tribunales Superiores”⁵⁶. En segundo lugar, que nos movemos aún en un campo extremadamente casuístico⁵⁷, que exigirá un análisis pormenorizado de todos los datos del

⁵³ Esta es posición, por ejemplo, de J. CRUZ VILLALÓN, “Descentralización productiva y responsabilidad...”, cit., p. 131; M. GARCÍA PIQUERAS, “La responsabilidad en contratas...”, cit., p. 14; L. DIEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA, “Responsabilidad de la empresa principal...”, cit., p. 529-530. En relación, por ejemplo con las contratas de limpieza véase la STSJ de Andalucía (Granada) de 17 de junio de 1997 (AS. 3220). Sin embargo, para la STSJ de Cataluña de 30 de junio de 1997 (AS. 2795) la actividad de limpieza si formaría parte de la actividad propia de una empresa de construcción y de otra de pintura.

⁵⁴ No obstante, convendría recordar igualmente —como ya hiciese el ponente de esta misma sentencia: A. MARTÍN VALVERDE, “La protección jurídica del trabajo en contratas...”, cit., p. 121— como la STS 29 de octubre de 1981 constituye ciertamente “un anticipo en esbozo de la tesis de las «actividades inherentes»”.

⁵⁵ Recientemente, véase la STS de 24 de noviembre de 1998 (RJ. 10034) que considera inherente la actividad de comedor de un Colegio Mayor, al considerar que en el mismo coinciden una actividad docente y otra de hostelería.

⁵⁶ En este sentido E. BORRAJO DACRUZ, “La regulación laboral de las contratas...”, cit., pág. XXI. En esta dirección, STSJ de Cataluña de 29 de marzo de 1999 (AS 1744) —servicios de mensajería para entidad bancaria—; STSJ de Galicia de 15 de abril de 1999 (AS 851) —distribución de combustible y limpieza de tanques—; STSJ País Vasco de 21 de septiembre de 1999 (AS 2878) —refino y obras de reforma de un dique—; STSJ de Comunidad Valenciana de 6 de julio de 1999 (AS 4696) —construcción de material ferroviario y limpieza—. Por el contrario, manteniendo la necesidad de una interpretación amplia STSJ de Asturias de 30 de abril de 1999 (AS 1150) —actividad siderúrgica y reparación de cubierta—.

⁵⁷ Por todas STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de abril de 1999 (AS 808); STSJ de Castilla y León (Burgos) de 12 de julio de 1999 (AS 2733).

supuesto de hecho, sin que de facto falten autores que aún sigan postulando criterios indiciarios o que incluso reclamen la intervención clarificadora del legislador en esta última materia⁵⁸. Y, en tercer lugar, y ya para concluir, simplemente destacar que de esta forma, curiosamente, se ha acabado excluyendo del ámbito de aplicación del art. 42 ET a aquellas contratas que precisamente más necesitaban esta protección remitiendo su protección al Fondo de Garantía Salarial o a la automaticidad de las prestaciones de la Seguridad Social. Y es que con toda esta argumentación quizás se haya logrado evitar interpretaciones irracionales, pero a cambio, se ha llegado a un resultado que, al menos en un principio, no parece tampoco muy racional y que demuestra la necesidad de un reforma en profundidad del art. 42 ET; una reforma que recogiendo la protección ya establecida y aún necesaria en sectores específicos como los de la construcción, tenga en cuenta también las nuevas realidades productivas. Pero sobre todo ello volveremos más tarde.

2.1.2. La extensión solidaria de responsabilidad

Pues bien, para este específico tipo de contratas el art. 42 ET prevé un no menos complejo régimen jurídico, procediendo a extender solidariamente las responsabilidades salariales y las referidas a la Seguridad Social de los trabajadores de la empresa contratista hacia la empresa principal. Y todo ello con determinados límites subjetivos y materiales que requieren —al igual que las posibilidades de exoneración— de un análisis específico de evidente dificultad.

2.1.2.1. Ámbito material y subjetivo de la responsabilidad solidaria ex art. 42 ET

En cualquier caso, antes de comenzar, quizás sea conveniente recordar en primer lugar la extrema peculiaridad de esta solidaridad. Se trata de una solidaridad impuesta legalmente, que además, resulta indisponible por las partes. Por ello, las posibles cláusulas de exoneración de responsabilidad establecidas contractualmente por la empresa contratista y la principal⁵⁹, podrán ser plenamente válidas en el seno de las relaciones internas entre los deudores, pero resultan absolutamente inútiles frente al tercero, al trabajador/acreedor. Y en segundo lugar, tampoco cabe olvidar que seguramente no nos encontramos ante una auténtica solidaridad pasiva sino, más bien, ante una atípica fianza solidaria o, si se prefiere, una fianza sui generis que, de un lado —y a diferencia de la fianza solidaria— sí exigiría al trabajador dirigirse en primer lugar frente a su

⁵⁸ En este sentido, recientemente, M. LLANO SÁNCHEZ, *Responsabilidad empresarial* ..., cit., pág. 86 y sig. y 96 y sig. respectivamente.

⁵⁹ Por todos, M.L. GARCÍA PAREDES, “La subcontratación de obras...”, cit., pág. 27, a quien se remite para un más amplio aporte bibliográfico.

auténtico empresario —aunque, eso sí, bastaría el incumplimiento de éste para poder actuar frente al principal sin necesidad de declaración de insolvencia alguna—, y, del otro, permitiría que en las relaciones internas entre ambos empresarios no haya un reparto por cuotas de la responsabilidad, al ser ésta imputable únicamente al contratista⁶⁰.

Desde esta perspectiva, es obvio, en segundo lugar, que esta responsabilidad “solidaria”, legal e indisponible, no afecta ya —como en cambio sí sucedía en el art. 19 LRL— a todas las deudas laborales, sino que, de forma más restringida se limita a las deudas salariales y con la Seguridad Social devengadas durante la duración de la contrata. Cuestión distinta es la difícil delimitación de ambos conceptos.

Por lo que se refiere a las deudas salariales, baste señalar que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo se ha mostrado tradicionalmente restrictiva en la interpretación de este concepto, al excluir cualquier partida retributiva que no encajase en el concepto legal de salario establecido en el art. 26.1 ET⁶¹. Es esta visión restrictiva la que, por ejemplo, ha impedido la aplicación de este régimen solidario a los suplidos y a las indemnizaciones ligadas a la prestación laboral⁶² y, sobre todo, a las derivadas del despido⁶³, aunque no —es cierto—, a los posibles recargos por mora en el abono del salario —lo que, por cierto, es más que discutible— o a los incrementos salariales impuestos por convenio colectivo publicado después de finalizada la vigencia de la contrata pero con eficacia retroactiva. Por ello, dejando a un lado cuestiones casi anecdóticas como la exclusión en algún caso de las horas extraordinarias o de las indemnizaciones por el no disfrute de vacaciones⁶⁴, lo cierto es que la principal controversia en este tema se ha centrado últimamente en los denominados salarios de tramitación que ha de abonar el empleador en los casos de despido improcedente o nulo. Y ello porque la tortuosa discusión sobre su naturaleza salarial o indemnizatoria ha justificado tanto su inicial inclusión⁶⁵ como su posterior exclusión jurisprudencial del ámbito protegido por el art. 42.2 ET⁶⁶.

⁶⁰ Por todos, aún referido a un texto normativo ya no vigente, M. RODRÍGUEZ-PINERO, “La regulación protectora del trabajo en contratas”, en *Revista de Política Social*, 1972, n. 93, pág. 48 y sig..

⁶¹ SSTs de 19 de enero de 1998 (RJ 998) y 20 de mayo de 1998 (4738). Un amplio análisis de esta posición restrictiva en C. GALA DURÁN, “Aspectos problemáticos...”, cit., pág. 24 y sig..

⁶² Vid. STSJ de Cataluña de 22 de julio de 1999 (AS 3445); STSJ País Vasco de 19 de octubre de 1999 (AS 3573). No obstante, en sentido contrario, admitiendo la responsabilidad solidaria de la empresa principal en relación con la indemnización por fin de contrato STSJ Andalucía (Málaga) de 26 de febrero de 1999 (AS 1589).

⁶³ Vid. STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 1999 (AS 3045).

⁶⁴ Nuevamente, M. LLANO SÁNCHEZ, *Responsabilidad empresarial...*, cit., pág. 233-234.

⁶⁵ STS de 7 de julio de 1994 (RJ 6351).

⁶⁶ SSTs de 14 de julio de 1998 (RJ 8544); de 28 de abril 1998 (4848). STSJ de Galicia de 26 de julio de 1999 (AS 2361); STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 1999 (AS 3045); y 17 de enero de 2000 (AS 76).

No es éste, evidentemente, el momento de intentar siquiera profundizar en un tema que por su complejidad, desborda con mucho el objeto de esta breve comunicación. Por ello, nos limitaremos a señalar que, con todas sus limitaciones⁶⁷, creemos que es ésta la solución más adecuada al menos por lo que se refiere al despido improcedente⁶⁸. Y es que, una vez reconocida por el Tribunal Supremo la eficacia extintiva inmediata del acto empresarial del despido⁶⁹, no cabe otra conclusión que reconocer su naturaleza indemnizatoria⁷⁰ ya expresamente remarcada por nuestra jurisprudencia en otras cuestiones como la cuantía del mismo ante los posteriores incrementos de las normas convencionales de referencia, su disminución con otras percepciones recibidas en un nuevo empleo, o su aplicación o no a las relaciones laborales especiales que no la contemplan⁷¹. Es cierto que estos conceptos se incluyen entre los salarios a efectos de devengar las prestaciones del FOGASA y que los mismos están también sometidos a cotización. Pero no lo es menos que lo primero más parece una excepción para esta concreta institución que una plasmación de su verdadera naturaleza jurídica, y, de hecho, la misma necesidad de su plasmación expresa podría demostrar este carácter excepcional, específico y limitado. Y por lo que se refiere a lo segundo, baste recordar que también otras prestaciones de Seguridad Social están sometidas a cotización y nadie por ello mantiene seriamente que las prestaciones por desempleo puedan considerarse salario. De ahí que dogmáticamente la conclusión alcanzada por el Supremo nos parezca ciertamente lógica, con independencia de las críticas que en éste como en tantos otros puntos pudieran hacerse de *lege ferenda* al art. 42 ET.

Por otra parte, no menos complicada se nos presenta la delimitación de las obligaciones de Seguridad Social que son objeto de esta responsabilidad legal. Y ello porque para un autorizado sector de la doctrina⁷² dicha responsabilidad solidaria sólo lo sería frente a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social⁷³, pero no para las prestaciones de las que total o parcialmente pudiera ser responsable el contratista frente a sus trabajadores. A favor de esta posición cabría

⁶⁷ Para una crítica a la Sentencia que, a pesar de su profundidad, aquí no compartimos C. GALA DURÁN, “Aspectos problemáticos...”, cit., pág. 30 y sig.

⁶⁸ Y ello porque aunque normalmente se aborden de forma uniforme, quizás sería deseable diferenciar los supuestos de los despidos improcedentes de aquéllos que son declarados nulos. Vid. A. BAYLOS GRAU, J. CRUZ VILLALÓN, M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 328, n. 62.

⁶⁹ STS de 7 de diciembre de 1990 (RJ 9760).

⁷⁰ Vid. J.A. ALTÉS TARREGA, “La naturaleza jurídica de los salarios de tramitación: ¿al fin una cuestión resuelta?”, en *Relaciones Laborales*, 1998, n. 14, pág. 10 y sig.

⁷¹ SSTs de 26 de enero de 1990 (RJ 1230); 30 de enero de 1991 (RJ 193) y 2 de diciembre de 1992 (RJ 1050).

⁷² M.A. LONSO OLEA, J.L. TORUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 173 y 412.

⁷³ STSJ de Navarra de 15 de diciembre de 1999 (AS 4223).

recordar que el art. 10.3 RGR, al regular esta cuestión, no hace referencia alguna a la posible responsabilidad solidaria del empresario principal sobre estas prestaciones como, en cambio, sí se hace en los dos primeros párrafos en relación con las cesiones ilegales y la transmisión de empresas. La posición subjetiva del trabajador estaría así tutelada directamente por el principio de automaticidad o por la responsabilidad subsidiaria de la TGSS, pero no por la regla de solidaridad del art. 42.2 ET, convirtiendo este precepto, se quiera o no, en un instrumento destinado fundamentalmente a beneficiar a las entidades gestoras de la Seguridad Social⁷⁴ pero no a proteger la posición subjetiva del empleado en contratas.

No ha sido ésta, sin embargo, la posición mayoritaria en nuestra doctrina y, sobre todo, en nuestra jurisprudencia de suplicación⁷⁵. Ésta ha venido defendiendo —con el apoyo expreso de alguna Sentencia del propio Tribunal Supremo⁷⁶— una interpretación mucho amplia, material y no subjetiva, que parte de la naturaleza de la deuda y no del concreto acreedor de la misma. De esta manera la responsabilidad solidaria abarcaría no sólo las cuotas sino también las prestaciones de las que fuera responsable directamente el contratista frente a sus trabajadores⁷⁷. Esta interpretación seguramente es la más adecuada a la finalidad tuitiva del precepto, y la que parece asumir mayoritariamente nuestra jurisprudencia, pero no deja de suscitar ciertas dudas dado el tenor literal del grupo normativo legal y reglamentario. Buena prueba de toda esta confusión es la STS de 19 de mayo de 1998 (RJ 4730) —reiterada posteriormente por la STS de 16 de septiembre de 1999 (RJ 7226)— que, solventando viejas dudas⁷⁸, ha venido a excluir, por lo que parece definitivamente, a las mejoras voluntarias de Seguridad Social del ámbito de aplicación del art. 42.2 ET⁷⁹. Y más sintomática aún resulta

⁷⁴ Desde otra perspectiva, pero destacando fundamentalmente esta misión del art. 42 ET J. CRUZ VILLALÓN, "Descentralización productiva ...", cit., pág. 161.

⁷⁵ Por citar sólo tres relativamente recientes, STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de abril de 1999 (AS 808); STSJ de Castilla y León (Burgos) de 12 de julio de 1999 (AS 2471); STSJ de Galicia de 25 de noviembre de 1999 (AS 4163).

⁷⁶ Vid. STS de 17 de mayo de 1996 (RJ 4472).

⁷⁷ Recientemente y de enorme interés STSJ País Vasco de 21 de septiembre de 1999 (AS 2878). En la doctrina, M. LLANO SÁNCHEZ, *Responsabilidad empresarial* ..., cit., pág. 246 y sig.

⁷⁸ De hecho, antes de esta resolución, no eran pocos los autores favorables a esta extensión. Por todos, M.L. GARCÍA PAREDES, "La subcontratación ...", cit., pág. 36 y sig.

⁷⁹ En este mismo sentido, STSJ de Galicia de 1 de junio de 1999 (AS 1299); STSJ de Navarra de 15 de diciembre de 1999 (AS 4223). Para una interesante crítica a esta reciente jurisprudencia del TS, M.LUQUE PARRA, "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, AEDTSS, MTAS, 2000, pág. 586 y sig.. De interés, aunque previo a esta sentencia, es el artículo de J.L. MONEREO PÉREZ, "El ámbito material de la responsabilidad en el trabajo en contratas. Las obligaciones referidas a la Seguridad Social" en *Relaciones Laborales*, 1992., T/II, pág. 299 y sig. Igual-

la afirmación de esta misma Sentencia, según la cual el art. 42 ET "está enumerando obligaciones referidas a la Seguridad Social, entendida como Ente Gestor de prestaciones anticipadas por la Seguridad Social (...) prestaciones nacidas precisamente de estos descubiertos, pues el precepto en esta materia de Seguridad Social no se refiere a deudas con el trabajador, sino a obligaciones con la Seguridad Social ... y es que si en materia de prestaciones obligatorias de la Seguridad Social la regulación especifica parte del principio de subsidiariedad, no puede admitirse el de solidaridad que se pretende". En cualquier caso, la presencia de otros recientes *obiter dicta* de la misma Sala que parecen mantener una posición diametralmente opuesta —la inclusión en este ámbito de las prestaciones de las que es responsable directo el contratista⁸⁰— demuestra la existencia de una cierta confusión sobre el tema y vuelve a recordar, nuevamente, la necesidad de una clarificación legislativa de este oscuro precepto.

Por otra parte, igualmente confusa se presenta la delimitación subjetiva de esta extensión de responsabilidad. Y es que si bien para un buen sector de nuestra doctrina ésta responsabilidad afectaría a todos los empresarios implicados en la cadena de contratistas y subcontratistas, para otros, en cambio, esta extensión iría únicamente por "parejas", afectando a cada "principal" sólo frente su contratista. Evidentemente existen claras razones prácticas que aconsejan la primera interpretación. Y ello porque normalmente sólo la primera empresa dispone de la necesaria solvencia económica para hacer efectiva esta solidaridad. Pero lo cierto es que desde una perspectiva estrictamente técnica, parecen ser más las razones que apoyan una responsabilidad limitada al binomio marcado por cada contrata⁸¹. Y es que el art. 42 ET parece referirse únicamente a este tipo de relación como demuestra la certificación negativa pensada únicamente frente a su contratista y la ausencia de control sobre la actuación de este último que podría suponer la imposición de esta responsabilidad sin que ni siquiera se tuviera conocimiento de la estipulación de tales contratas. De ahí que no resulte extraño la presencia de algunas sentencias que expresamente han negado esta posibilidad⁸², aunque también es cierto que existen igualmente otras relativamente recientes favorables a la misma⁸³.

mente resulta de interés la STSJ del País Vasco de 25 de enero de 1999 (AS 2859) que ex art. 127 LGSS establece en estos casos una responsabilidad subsidiaria y no solidaria de la empresa principal.

⁸⁰ SSTs de 19 de enero de 1998 (RJ 998) y 20 de mayo de 1998 (RJ 4738) : "De lo dispuesto en el art. 42 ET resulta que la responsabilidad solidaria que el mismo establece se extiende a ... las referidas a la Seguridad Social sobre los descubiertos de cuotas en que incurra el contratista con sus trabajadores afectados por la contrata, así como sobre las prestaciones sociales asignadas a éstos y de cuyo pago hubiera sido declarado responsable dicho contratista por el incumplimiento de sus obligaciones".

⁸¹ Nuevamente para un excelente resumen de toda esta cuestión M. LLANO SÁNCHEZ, *Responsabilidad empresarial* ..., cit., pág. 176 y sig.

⁸² STS de 2 de julio de 1983 (RJ 3704); STSJ de Andalucía (Sevilla) de 2 de junio de 1993 (AS 3091).

⁸³ STSJ de Murcia de 29 de octubre de 1996 (AS. 4602). Recientemente dos SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 12 de julio de 1999 (AS 2471 y 2733), con una interesante

2.1.2.2. Límites subjetivos, cuantitativos y temporales. Posibilidades de exoneración

Esta responsabilidad solidaria salarial y de Seguridad Social presenta finalmente determinados límites personales, materiales y temporales que en ocasiones suscitan no pocas dudas en su aplicación práctica.

La primera limitación, es, obviamente, que esta extensión de responsabilidad sólo se predica de aquellos trabajadores que presten servicios efectivamente en la empresa principal y no, obviamente, de todos los empleados de la empresa contratista⁸⁴, lo que resulta plenamente lógico en la medida en la que, como vimos, sólo la prestación de estos empleados se incorpora al producto final de la empresa principal justificando así la extensión solidaria de responsabilidad. Cuestión distinta es que en ocasiones esta regla presente difíciles problemas de prueba, sobre todo cuando la contrata preste servicios simultáneamente y con los mismos trabajadores para distintas empresas principales⁸⁵.

La segunda limitación se centra en los aspectos cuantitativos y reduce la misma al coste que para la empresa principal hubiera supuesto la realización de dicha actividad por parte de sus empleados⁸⁶. Se trata de un límite frecuentemente criticado, incorporado novedosamente por el Estatuto en 1980 y que, no obstante, facilita el uso de este tipo de organización productiva al eliminar posibles fraudes promovidos por la empresa contratista con sus empleados. En este caso, la principal duda se centra en conocer si dicho tope hace referencia únicamente a los mínimos salariales fijados por convenio o también incluye las posibles mejoras voluntarias reconocidas individualmente a sus empleados. Seguramente ambas posibilidades aparecen abiertas por la norma legal, pero al menos a mi juicio, parece más lógico excluir estas ventajas reconocidas a título individual, en la medida en la que éste sería realmente el coste de una nueva contratación laboral realizada directamente por la empresa principal para cubrir tal necesidad⁸⁷.

Finalmente, un tercer límite es el temporal, que reduce esta responsabilidad a las obligaciones surgidas durante el periodo de vigencia de la contrata, ya se extinga ésta por su natural consunción, por voluntad unilateral del contratista o por mutuo acuerdo entre las partes. En cambio, cuando es el empresario principal el que extingue unilateralmente, y sin causa suficiente la relación, es factible pensar que la mera voluntad del obligado legalmente no debe permitirle limitar arbitrariamente el quantum de su responsabilidad, por lo que ésta habría

argumentación. En la doctrina, por todos, M. LUQUE PARRA, "La descentralización productiva ...", cit., pág. 581-582.

⁸⁴ STSJ Murcia de 10 de abril de 1991 (AS. 2832); STSJ Cataluña 4 de julio de 1996 (AS 2905).

⁸⁵ Para un análisis de estos problemas véase, nuevamente, M. LLANO SÁNCHEZ, *Responsabilidad empresarial* ..., cit., pág. 256 y sig.

⁸⁶ STSJ del País Vasco de 21 de septiembre de 1999 (AS 2878).

⁸⁷ En sentido contrario, alegando la ausencia de una finalidad fraudulenta STSJ de Navarra de 14 de abril de 2000 (AS 1015).

de continuar hasta que se extinguiese la obra o servicio o, en su caso, hasta la previa extinción de los contratos temporales de los empleados de la contratista⁸⁸. Obviamente, cuando se trate de percepciones salariales de vencimiento superior al mes, lo lógico será reducir la solidaridad a la parte proporcional devengada durante la contrata, de la misma manera que cuando la prestación o subsidio producida en ella se extienda fuera de sus límites lo razonable quizás fuese reducir a dicha parte la responsabilidad de la empresa principal, y no imponer la misma por el total de la prestación como, en cambio, ha entendido recientemente el propio Tribunal Supremo⁸⁹.

Finalmente, el mismo artículo 42.2 ET prevé un plazo especial de un año —coincidente con el previsto de forma general por el art. 59 ET— para la reclamación de esta responsabilidad solidaria. Se trata, obviamente, de un plazo máximo que no priva de eficacia a los más breves, pero que seguramente sí restringe —al menos en relación con la responsabilidad solidaria del empresario principal— los más amplios como el quinquenal de Seguridad Social⁹⁰. Y, desde luego, el plazo parece ser de prescripción y no de caducidad como, sin embargo, viene considerándolo un buen sector de nuestra jurisprudencia⁹¹.

Ya por último, baste señalar que el art. 42 ET establece, de forma sumamente confusa, la posibilidad de que el deudor se exonere de esta responsabilidad por el transcurso del plazo de un mes desde que se solicitará la certificación negativa de descubiertos a la TGSS. Sin poder detenernos aquí en la inmensa gama de problemas jurídicos que la deficiente regulación legal plantea, nos limitaremos a señalar que, a pesar de las diferentes teorías que sobre él se han planteado, creemos que esta exoneración sólo afecta a las deudas con la Seguridad Social y no a las salariales. En segundo lugar, que lo que se exonera es la responsabilidad solidaria prevista en el art. 42 ET y no la subsidiaria prevista en el art. 127 LGSS. Y, desde luego, que lo que se exonera es de las posibles responsabilidades generadas durante el periodo de subcontratación art. 10.3.b) RGR y no de una hipotética responsabilidad subsidiaria por las deudas con la Seguridad Social anteriores a la contrata ya que para que exista esta exoneración en primer lugar debiera existir dicha responsabilidad, y lo cierto es que la misma no aparece contemplada en ningún precepto legal^{91bis}.

⁸⁸ STS 22 de enero de 1988 (RJ 37).

⁸⁹ STS de 17 de mayo de 1996 (RJ. 4472).

⁹⁰ Una interpretación distinta en la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 12 de julio de 1999 (AS 2733), para la que "lo que refleja el citado artículo es el periodo durante el cual existe responsabilidad solidaria de contratista y subcontratista ... y no el plazo de ejercicio de la acción para reclamar dicha responsabilidad".

⁹¹ STS de 23 de noviembre de 1987 (RJ 8230).

^{91bis} En este sentido, con argumentos que aquí compartimos, vid M. LLANO SÁNCHEZ, *Responsabilidad empresarial* ..., cit., pág. 199 y ss. Vid STJ 9-abril 1994 (RJ. 2057). La postura opuesta, relativa a la existencia de una responsabilidad subsidiaria por los descubiertos previos a la contrata en M. ALONSO OLEA, M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Civitas, 2000, pág. 116. A. MONTÓYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2000, pág. 407-408 — para quien esta responsabilidad es solidaria — Vid igualmente STS (cont. Adm.) de 28 de octubre de 1996 (RJ 7714), cuya doctrina, por cierto, difícilmente se adecuaba a lo establecido en los arts. 10.3.b y 12 RGR.

En realidad, en este caso no parece ni tan siquiera claro cual es el hecho liberador. Y ello porque si del tenor literal del art. 42 ET parece deducirse que lo único que exonera es el silencio de la TGSS transcurridos treinta días desde la consulta, en el art. 10.3.b) RGR se extiende lógicamente esta posibilidad a todos aquellos supuestos en los que se expida realmente un certificado negativo de descubiertos —lo que, por cierto, para algunos sería un claro exceso reglamentario—. En cualquier caso, y ya para concluir, tampoco es que la lógica de este mecanismo sea especialmente clara. Y es que obsérvese que si el fin de este mecanismo es, como se sostiene normalmente, evitar contrataciones con empresas incumplidoras con la Seguridad Social, lo lógico sería que éste se exigiera al principio de la contrata. Pero con ello se llegaría a la paradoja de que se exonera de responsabilidad sobre algo aún no devengado. Por ello, no ha faltado incluso algún autor que recientemente sitúe la finalidad de esta regla no en dicho efecto profiláctico, de evitación —que no prohibición como también se ha sostenido— de contratar con empresas morosas en sus cotizaciones sociales, sino de simple previsión contable que permitiese a la empresa principal retener de sus pagos a la contratista las cantidades por las que pudiera ser reclamada solidariamente, lo que conllevaría lógicamente, que dicha certificación debiera ser solicitada al final de la contrata y no al principio como tradicionalmente se ha sostenido. En definitiva, otra confusión más que recomienda, como ya hemos reiterado, una profunda reforma legal que clarifique un precepto excesivamente oscuro y, por ello, seguramente inaceptable.

2.2. La responsabilidad subsidiaria de los art. 104 y 127 LGSS

En cualquier caso, y junto a la responsabilidad solidaria establecida en el art. 42 ET, nuestro ordenamiento ha establecido igualmente, de forma tradicional, un segundo escalón de responsabilidades, basado normalmente en preceptos de la LGSS, de carácter subsidiario y limitado a las deudas contraídas tanto por cuotas como por prestaciones por el contratista o subcontratista frente a su principal.

La relación entre estos dos tipos de responsabilidades no siempre ha sido pacífica. De hecho, la primera vez que se intentó instaurar reglamentariamente la responsabilidad solidaria hoy prevista en el art. 42 ET, ésta fue considerada ilegal por el propio Tribunal Supremo al considerar que la misma contravenía lo establecido en la entonces vigente Ley de Seguridad Social⁹². Y, de hecho, tampoco tras la entrada en vigor del ET la cuestión resultó pacífica. En primer lugar, porque —dejando a un lado a aquellos que propusieron simplemente la derogación del entonces art. 97 LGSS por la entonces novedosa regla estatutaria—, no faltaron tampoco autores que postularon, en segundo lugar, una aplicación separada de los art. 42 ET y 127 LGSS reduciendo exclusivamente el campo del precepto refundido a las contratas que no fueran de la actividad

propia de la empresa principal. Y, finalmente, porque tampoco faltaron otras opiniones que en un momento posterior —estando ya vigente el actual art. 127 LGSS— consideraron que ambos preceptos estarían referidos exclusivamente a las contratas de propia actividad quedando las restantes privadas de cualquier protección de la normativa laboral.

Comenzando por lo primero, a nuestro juicio es obvio que las normas establecidas por los art. 42 ET y 127 LGSS son perfectamente compatibles en la medida en la que establecen dos tipos de responsabilidades distintas tanto en su naturaleza como en sus finalidades. La responsabilidad solidaria actuaría prioritariamente y sería la consecuencia “sancionadora” derivada del hecho de contratar con empresas morosas con la Seguridad Social. En cambio, la responsabilidad subsidiaria actuaría sólo de forma supletoria y se justificaría simplemente por el aprovechamiento mediato que del trabajo de estos empleados realiza la empresa principal. Por todo ello, y en conclusión, creemos que nada impediría la actuación complementaria de ambas responsabilidades: la solidaria prioritariamente, y haya donde ésta no fuera posible, la subsidiaria y general de los art. 104 y 127 LGSS. De este modo, la responsabilidad subsidiaria actuaría allí donde el art. 42 ET, por sus limitaciones temporales o cuantitativas —el plazo anual o la restricción al coste demandado por el personal fijo de la empresa principal— no llegue⁹³. Es más, seguramente sería exigible esta responsabilidad incluso cuando se obtenga un certificado negativo de descubiertos, en la medida en la que la exoneración establecida en el art. 42 ET sólo parece serlo de la responsabilidad solidaria —la imputada como cuasi sanción— en él establecida y no de la subsidiaria derivada de su disfrute mediato de tales trabajos.

Pero es que, además, y en segundo lugar, tampoco creemos que, como se defendió razonablemente en su momento, ambos grupos normativos sólo se refieran a las contratas de propia actividad. Es cierto, que una primera lectura del art. 127 LGSS pudiera llevar a dicha conclusión, y que ciertamente, a la misma parecía también conducir la redacción original del art. 12.1 RGR de 1995. Pero dejando a un lado que esta misma lectura hubiera podido incluso plantear problemas de legalidad dado el tenor literal de las normas anteriores y el tipo de autorización expedida por el legislador⁹⁴, lo cierto es que la nueva redacción del art. 12 RGR de 1997 deja ya claro que este segundo grupo normativo se refiere a cualquier contrata, sea o no de la actividad propia de la empresa principal. De este modo, la responsabilidad subsidiaria se impondría en todos los supuestos de contratas o subcontratas con independencia de que fuesen o no de la actividad propia de la empresa principal⁹⁵, sin ningún límite derivado del coste que le hubiera supuesto desarrollar esta actividad con su personal fijo, y sin ninguna regla especial de carácter temporal, siendo aplicable aquí sólo las

⁹³ Vid. STSJ del País Vasco de 21 de septiembre de 1999 (AS 2878)

⁹⁴ Por poner sólo un ejemplo, E. BORRAJO DACRUZ, “La regulación laboral de las contratas ...”, cit., pág. XXI.

⁹⁵ Por todos, M. LUQUE PARRA, “La descentralización productiva ...”, cit., pág. 577.

⁹² STS de 23 de noviembre de 1977 (RJ 4642).

normas generales. Y todo ello, claro está, siempre que la obra contratada no se refiera "*exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto de su vivienda*".

En conclusión podríamos decir que cuando se tratase de contratar de propia actividad estas reglas contempladas en los art. 104 y 127 LGSS actuarán, pero sólo de forma supletoria, sólo cuando no se imponga la prioritaria solidaridad establecida en el art. 42 ET. En cambio, más allá, en las contrata y subcontratas que no sean de la propia actividad de la empresa principal, la protección vendría dada únicamente por los art. 104 y 127 LGSS y su regla de subsidiariedad tanto en relación con las prestaciones —ha de entenderse las del sistema, no las mejoras voluntarias⁹⁶— como por las cotizaciones. Y además, teniendo en cuenta que, la arcaica mención al "propietario" de la obra o industria y la inexistencia de la expresa causa de exoneración prevista en el art. 42 ET parecen apoyar, aquí sí, una responsabilidad no exclusivamente bilateral y que podría dirigirse al principio de la cadena con independencia de los eslabones o contratos de que ésta se componga⁹⁷. Finalmente sólo recordar que, lógicamente, la responsabilidad por cuotas lo será mientras dure la contrata y por las prestaciones cuyo hecho causante acontezca durante la misma o bien con posterioridad cuando la responsabilidad empresarial directa se derive de incumplimientos producidos en dicho lapso⁹⁸.

3. CONTRATAS, SUBCONTRATAS Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Un segundo campo en donde ha sido tradicional la aparición de normas específicamente laborales relacionadas con las contrata es, sin duda, el de la seguridad e higiene en el trabajo.

En el actual marco legal, estas normas se encuentran contempladas fundamentalmente en los art. 24 y 42 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), que establecen distintos tipos de obligaciones empresariales en función de diversos parámetros —desarrollo de actividades en el mismo centro de trabajo, titularidad o no de éste, presencia de una contrata o subcontrata ya sea referida a la actividad propia de la empresa principal o no, lugar de desarrollo de aquélla— que pueden darse aislada o conjuntamente, unificando o diversificando así su régimen jurídico. De ahí la conveniencia de intentar al menos esquematizar esta regulación en función de dichos criterios, recordando que en ningún caso estos supuestos son excluyentes al poder concurrir varios en una misma situación dando lugar a la acumulación de obligaciones o deberes empresariales. Pero vayamos por partes.

⁹⁶ Vid. M. LLANÓ SÁNCHEZ, "Responsabilidad empresarial ...", cit., pág. 282. En sentido contrario STSJ del País Vasco de 25 de enero de 1999 (AS 2859)

⁹⁷ Nuevamente STSJ del País Vasco de 21 de septiembre de 1999 (AS 2878) con amplia cita de la jurisprudencia del TS al respecto.

⁹⁸ En este sentido, nuevamente M. LLANÓ SÁNCHEZ, "Responsabilidad empresarial ...", cit., pág. 285.

3.1. Los deberes de colaboración e información en actividades desarrolladas en el mismo centro de trabajo

En este sentido, un primer nivel de obligaciones o deberes legales es el establecido en los párrafos 1 y 2 de la LPRL. Ambos preceptos parten del mero desarrollo en un mismo centro de trabajo de distintas actividades empresariales; y ello exista o no una previa relación jurídica entre los distintos empresarios, y adopte ésta o no la fórmula jurídica de una contrata, o cualquier otro tipo de subcontratación⁹⁹.

En estos casos, la simple comunicabilidad de riesgos derivada de su misma ubicación geográfica exige, en primer lugar, que todos los empresarios cooperen en la aplicación de la normativa de riesgos laborales, estableciendo los medios de coordinación e información necesarios para garantizar la seguridad de sus trabajadores; y en segundo lugar, que el titular del centro adopte las medidas necesarias para que los restantes empresarios reciban la información y las instrucciones adecuadas en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo, las medidas de prevención y protección, así como las medidas de emergencia con el fin de que las transmitan a través de sus delegados de prevención al resto de empleados o trabajadores de su empresa.

En relación con este tema, y dada la premura de tiempo, tan sólo nos gustaría señalar cuatro cuestiones. La primera es, como ya hemos señalado, que estas obligaciones se imponen por la simple presencia en un mismo centro de trabajo de diversas empresas con riesgos comunicables con absoluta independencia de que entre estos sujetos exista o no una contrata, o incluso de que entre los mismos ni tan siquiera exista una relación jurídica previa. En segundo lugar, que en estos casos los deberes impuestos legalmente son exquisitamente interempresariales, lo que excluye cualquier deber de seguridad laboral entre sujetos distintos de la relación laboral. El tercero es que en estos mismos supuestos, la coordinación puede articularse mediante la creación de un servicio de prevención mancomunado, tal como establece el art. 21 RD 39/1997. Y lo cuarto que, a pesar de este carácter interempresarial, su incumplimiento está sancionado mediante normas sancionadoras administrativas —art. 12. 13 y 14 LISOS (RDL 5/2000 de 4 de agosto)—. Y ello, claro está, con independencia de que tales incumplimientos pudieran —o, si nos permite, debieran— llevar a la resolución de las relaciones contractuales que mediaran entre las partes, o incluso generar una posible responsabilidad extracontractual con los empleados de otras organizaciones que se vieran dañados por esta omisión.

3.2. Contratas de propia actividad desarrolladas en el centro de trabajo: el deber de vigilancia y la responsabilidad solidaria

Sin embargo, resulta evidente que el grupo normativo más importante en esta sede vuelve a referirse —también en este caso— a las contrata y subcon-

⁹⁹ Por todos, J. GOERLICH PESET, "Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales", en *Actualidad Laboral*, 1997, n. 8

tratas de la actividad propia de la empresa principal —un requisito seguramente criticable en este campo— y que en este caso, y a diferencia de lo que sucede en el ET, sí han de desarrollarse en el centro de trabajo de la empresa principal.

En estos supuestos, y junto a las obligaciones de coordinación, colaboración e información que vimos anteriormente, la LPRL establece, en primer lugar —art. 24.3 LPRL— el deber de la empresa principal de “vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales”. Y a continuación, el art. 42.3 LISOS —RDL 5/2000 de 4 de agosto (en vigor desde el 1 de enero de 2001)— establece que la empresa principal “responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas durante el periodo de la contrata, de las obligaciones impuestas (por la LPRL) en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal”.

No es posible detenernos con profundidad en los múltiples problemas que ambas normas plantean. Por ello nos limitaremos nuevamente a señalar que, en primer lugar, nuestra jurisprudencia ha manejado en esta sede de prevención de riesgos laborales un concepto bastante amplio de centro de trabajo que excediendo el ámbito del art. 1.5 ET abarca, por ejemplo, a una torreta de alta tensión de la empresa propietaria, o a una valla publicitaria igualmente de su titular¹⁰⁰. En segundo lugar, que en este caso el tenor literal de la norma sí parece ayudar a una extensión de responsabilidad que vaya más allá del contrato bilateral alcanzando al empresario principal aunque éste no mantenga relación contractual alguna con la empresa incumplidora. Y en tercer lugar, resulta necesario destacar que a diferencia de lo que ocurría en el art. 40 LISOS, la responsabilidad es aquí solidaria, lo que supone una única infracción —con el consiguiente juego de las reglas de regreso—, y ello, aunque concurren incumplimientos por parte de ambos empleadores, lo que, por cierto, no ha dejado de ser sistemáticamente criticado por la doctrina¹⁰¹.

En relación con esta responsabilidad administrativa solidaria ya hemos señalado en otra ocasión como a pesar de que la misma ha de someterse al principio de culpabilidad —como lógico corolario de su incardinación dentro del *ius puniendi* del Estado—, el mismo Tribunal Constitucional ha venido admitiendo esta figura —seguramente por el carácter pecuniario de sus sanciones— siempre que medie culpa o dolo aunque sea levísima del responsable solidario. En este caso, es obvio que el art. 24.3 LPRL coloca al empresario principal en

¹⁰⁰ STS de 18 de abril de 1992 (RJ 4849) que admite como centro de trabajo a estos efectos unas líneas eléctricas en pleno campo y al aire libre, al ser, se dice, instalaciones propias de la empresa principal. Obsérvese, sin embargo, que en ellas falta toda organización autónoma o específica y la posibilidad por el empleador de controlar el efectivo cumplimiento de esta normativa. En esta misma línea declarando a estos efectos centro de trabajo una valla publicitaria propiedad de la empresa que subcontrató la obra STSJ de Castilla y León (Burgos) de 30 de septiembre de 1997 (AS. 3269).

¹⁰¹ Por todos, últimamente, J. CRUZ VILLALÓN, “Outsourcing ...”, cit., pág. 323.

una posición de garante que permite imputarle dicha responsabilidad en función del art. 130.3 Ley 30/1992¹⁰². Y todo ello, claro está, sin olvidar que, al menos a nuestro juicio, el carácter máximo, objetivo y técnico de la diligencia exigible en este caso al deudor harán muy difícil que la empresa principal se exonere de este tipo de responsabilidad¹⁰³.

En cualquier caso, tampoco cabe olvidar como en numerosas ocasiones esta solidaridad ha venido extendiéndose igualmente al recargo de prestaciones¹⁰⁴ y a la posible responsabilidad civil o contractual del empleador¹⁰⁵, llegándose incluso a afirmar —si bien bajo el amparo del ya derogado art. 153 OGS— que a estos efectos podría ser irrelevante la inclusión de la actividad de la contratista en la propia de la empresa principal¹⁰⁶. Y seguramente a esta misma percepción amplia de la solidaridad respondía el art. 42.2 LPRL que tras identificar el conjunto de responsabilidades a las que quedaba sometido el empleador en materia de prevención, parecía extender solidariamente todas ellas —salvo claro está, la penal— al empleador principal¹⁰⁷.

El problema es que quizás de forma algo apresurada el RDL 5/2000 de 4 de agosto ha venido a derogar este precepto —si bien la entrada en vigor y la consiguiente derogación del art. 42.2 LPRL se posponen al 1 de enero de

¹⁰² Sobre el tema, ampliamente, el excelente libro de A. VALVERDE ASENCIO, *La responsabilidad administrativa laboral en los supuestos de pluralidad de empresarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

¹⁰³ Más ampliamente, F.J. CALVO GALLEG0, “Responsabilidad administrativa en materia de seguridad y salud laboral”, en *Temas Laborales*, 1999, n. 50.

¹⁰⁴ Recientemente SSTSJ de Asturias de 30 de abril y 23 de julio de 1999 (AS 1150 y 2217); STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de junio de 1999 (AS 2723); STSJ de Aragón de 10 de julio de 1999 (AS 2737). En cualquier caso, no debe olvidarse que en muchas de estas ocasiones el incumplimiento directo corre a cargo de la empresa principal, deduciéndose la solidaridad del hecho de que el deudor de seguridad —la empresa contratista— no se asegurase de que sus empleados trabajaban en un ambiente seguro.

¹⁰⁵ Vid. STSJ de Galicia de 27 de julio de 1999 (AS 2210); STSJ de Asturias de 17 de septiembre de 1999 (AS 3013); STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de septiembre de 1999 (AS 32644931); STSJ del País Vasco de 21 de diciembre de 1999 (AS 4493); STSJ Galicia de 11 de febrero de 2000 (AS 70). Obsérvese, no obstante que en la mayor parte de estas sentencias la solidaridad se deriva de acciones culpables de ambos empresarios y no de la inmediata aplicación del art. 42 LPRL.

¹⁰⁶ STS de 5 de mayo de 1999 (RJ 4705).

¹⁰⁷ Por poner algunos ejemplos, S. GONZÁLEZ ORTEGA y J. APARICIO TOVAR, *Comentarios a la ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales*, Trotta, Madrid, 1996, pág. 269; J.M. GOERLICH PESET, “Coordinación de actividades empresariales ...”, cit., p. 150; J. GARCÍA MURCIA, “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*, (coord. M. E. Casas Baamonde, M.C. Palomeque López, F. Valdés Dal-Ré), La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, pág. 228; ID., *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Aranzadi, 1998, pág. 177-178.

2001¹⁰⁸— incluyendo su contenido material en el nuevo art. 42.3 LISOS. Y el hecho de que esta nueva norma se incluya en un cuerpo dedicado únicamente a la responsabilidad administrativa —aunque, obsérvese, en el mismo también se hace referencia a otras responsabilidades como el recargo de prestaciones— podría quizás inducir a una interpretación restrictiva del mismo —por cierto ya defendida anteriormente por algún autor— que limitara la imposición legal de esta solidaridad a la responsabilidad administrativa y no a la civil o al recargo de prestaciones —salvo que incluyéramos a éste último en el seno del art. 42 ET como obligación de “Seguridad Social”— donde, sin embargo, más sentido tiene. En cualquier caso, esta modificación —surgida, no cabe olvidarlo, en el seno de un simple Decreto Legislativo—, no debiera hacernos olvidar, en primer lugar, que el art. 24 LPRL sigue estableciendo en estos casos un deber de vigilancia del empresario principal cuyo incumplimiento parece concausa necesaria del daño o accidente del empleado de la empresa contratista; y, en segundo lugar, que en numerosas ocasiones es el propio principal el causante directo del evento dañino, siendo el contratista o subcontratista responsable contractual únicamente por no comprobar que las instalaciones o medios de aquél presentaban deficiencias o carencias en su seguridad.

3.3. Contratas desarrolladas fuera del centro de trabajo

Finalmente, el art. 24.4 LPRL establece que las empresas que contraten o subcontraten obras o servicios —sean o no de su propia actividad— que deban desarrollarse fuera de sus centros de trabajo pero con sus maquinarias, equipos, productos, materias primas o útiles deberán —por remisión a lo ya establecido en el art. 41 LPRL— asegurarse de que estos no constituyan una fuente de peligro y estén en su caso envasados y etiquetados de forma que se permita su correcta y segura conservación y manipulación. Además deberán proporcionar la suficiente información sobre su correcto manejo, los riesgos laborales y las medidas preventivas necesarias. Y toda esta información deberá en última instancia llegar al trabajador.

4. LOS DEBERES DE INFORMACIÓN A LOS REPRESENTANTES LEGALES

Frente a toda esta batería de normas garantistas desde una perspectiva estrictamente individual, sorprende comprobar la escasa dimensión que esta misma institución ha tenido desde una perspectiva colectiva. Como ya hemos dicho, las normas convencionales que limitan o condicionan esta posibilidad de organización son ciertamente escasas por no decir inexistentes en nuestra negociación colectiva. Y desde luego, lo que tampoco existen son obligaciones de

¹⁰⁸ DF Única del RDL 5/2000 de 4 de agosto (BOE de 8 de agosto).

equiparación salarial como en cambio sí existieron en el campo de la contratación de puesta a disposición.

De hecho, en el plano colectivo el ordenamiento español ha tenido que esperar a la Ley 2/1991 de 7 de enero, para que se estableciera claramente un derecho de información de la representación legal de los trabajadores en materia de subcontratación que hoy de forma extremadamente lacónica se encuentra recogido en el art. 64.1.1 ET. Según este precepto, los órganos unitarios tendrán derecho a “recibir información” trimestral sobre “las previsiones del empresario ... de los supuestos de subcontratación”.

Obviamente, no es posible detenernos aquí en el enorme número de cuestiones que este precepto sigue aún hoy planteando. Dejando a un lado el hecho de que su parquedad y su mezcla con otras múltiples cuestiones proyecta una imagen de cuestión menor dentro del funcionamiento de la empresa¹⁰⁹ resulta evidente que los dos problemas más espinosos de este precepto hacen referencia a su propio supuesto de hecho y al posible contenido y momento en que debe suministrarse dicha información.

Simplificando enormemente nuestra argumentación bien podríamos decir que, al menos a nuestro juicio, el término “subcontratación” es utilizado aquí de una forma especialmente atécnica, incluyendo no sólo las contratas y subcontratas de la propia actividad —como algunos sostuvieron¹¹⁰—, sino también otros fenómenos de descentralización productiva que seguramente ni tan siquiera tenían encaje en el art. 42 ET. En estos casos, prima seguramente una concepción económica¹¹¹, amplia, ligada al empleo y cercana al más extenso concepto de outsourcing¹¹². Y, por lo que se refiere a la segunda, seguramente lo lógico sería considerar que la información debe ser previa¹¹³ —“previsiones”— aunque la mención a los “supuestos” bien podría justificar la limitación a aquéllas ya realizada en el trimestre al que se haga referencia¹¹⁴, lo que, por cierto, evitaría todas las críticas surgidas por la difícil coordinación de este derecho con el necesario secreto empresarial fundamental en este peculiar tipo de actuaciones¹¹⁵.

¹⁰⁹ Vid. J. CRUZ VILLALÓN, “Outsourcing ...”, cit., pág. 295.

¹¹⁰ M. GARCÍA FERNÁNDEZ, “Los derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 100, pág. 253.

¹¹¹ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, *La responsabilidad empresarial...*, cit., pág. 41 y sig.

¹¹² En esta dirección, por ejemplo, A. BAYLOS GRAU, “La información trimestral sobre previsiones de contratación y supuestos de subcontratación. Algunas reflexiones”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 100, pág. 358; M.L. GARCÍA PAREDES, “La subcontratación ...”, cit., pág. 56 y sig.

¹¹³ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, *La responsabilidad empresarial...*, cit., pág. 38 y sig.

¹¹⁴ Para un más amplio análisis, con referencia a la tramitación parlamentaria, M.L. GARCÍA PAREDES, “La subcontratación ...”, cit., pág. 59.

¹¹⁵ Por todos, A. MONTOYA MELGAR, “El proyecto de Ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 100, pág. 390.

En cualquier caso, el aspecto seguramente más criticable de toda esta regulación es el absoluto silencio sobre el contenido concreto de esta información. Y ello porque del tenor literal del precepto bien podría concluirse que el empleador cumpliría informando simplemente de la subcontratación, sin necesidad de concretar —como hace poco señalaba CRUZ VILLALÓN— “el objeto de la contratación, su duración, su coste económico, el volumen de empleo previsible, el lugar de ejecución, la posible incidencia sobre la organización y condiciones de trabajo...”¹¹⁶. Sólo en el caso de las segregaciones esta información es más completa. Pero ello sólo reinterpreta —por cierto de una forma muy forzada— el escaso contenido del art. 44 ET con el más amplio establecido en el art. 6 D. 77/187/CEE y para este caso concreto, lo que demuestra, al menos a nuestro juicio, la insuficiencia de la actual normativa legal¹¹⁷.

5. OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA CONTRATACIÓN Y SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS

Junto a estos aspectos ya clásicos en la regulación legal española, el fenómeno de la subcontratación suscita igualmente otras cuestiones jurídicas de muy variada naturaleza y que en ocasiones adquieren una enorme importancia tanto en lo relativo a la estabilidad en el empleo como en lo que se refiere a su correcta distinción con otras figuras afines.

5.1. Sucesión de contrata, transmisión de empresas y normas subrogatorias

Una primera y controvertida cuestión se centra en conocer si la sucesión de contratas frente a una misma empresa principal, o la mera reversión a ésta de la actividad antes desarrollada por aquélla, constituyen o no una transmisión de empresas, sometida, por tanto, a las garantías subrogatorias previstas tanto en el art. 44 ET como en la Directiva 77/187/CEE recientemente modificada.

Sin poder entrar aquí en un tema que desborda ampliamente el reducido espacio de esta comunicación sí nos gustaría señalar al menos como esta materia ha sido objeto de una interesante evolución en la doctrina legal. Y ello porque que si bien en un primer momento nuestros Tribunales aceptaron mayoritariamente la aplicación a estos supuestos de las normas subrogatorias contempladas en el art. 79 LCT y, más tarde, en el art. 44 ET¹¹⁸, posterior-

¹¹⁶ J. CRUZ VILLALÓN, “Outsourcing ...”, cit., pág. 296.

¹¹⁷ En cualquier caso, sobre las dificultades de reconducir las segregaciones al concepto de subcontratación J.L. MONEREO PÉREZ, *La responsabilidad empresarial...*, cit., pág. 44.

¹¹⁸ SSTs de 28 de diciembre de 1955 (RJ 2534) y 7 de octubre de 1955 (RJ 2575), citadas por la STCT de 11 de mayo de 1977 (RTCT 2648); STCT de 6 de diciembre de 1983 (RTCT 10565); STS 17 de octubre de 1983 (RJ 5161)

mente, desde finales de la década de los ochenta, y sobre todo, tras la importante STS de 5 de abril de 1993 (RJ 2906) pasaron a sostener de forma pacífica e indubitada la posición contraria según la cual la mera sucesión de contratas, que no conlleve una transmisión de elementos patrimoniales que configurasen una entidad empresarial, no podría considerarse a estos efectos una transmisión de empresas¹¹⁹. Y del mismo modo se sostuvo que la mera reversión al principal de una actividad o función desarrollada de forma descentralizada tampoco encajaba en el supuesto de hecho del art. 44 ET¹²⁰.

En un primer momento esta doctrina pareció chocar con la más amplia y funcional doctrina del Tribunal de Justicia contenida en la famosa sentencia Cristel Schmidt¹²¹. Y sin embargo, lo cierto es que el Tribunal comunitario procedió a matizar —que no a alterar pues en realidad nunca asumió la visión de empresa como mera función— reiterando ya en tres ocasiones —Sentencias Sützen, Hernández Vidal y Sánchez Hidalgo¹²²— que la mera sucesión de contratas, la mera continuación en el servicio prestado anteriormente por otra, no da lugar sin más a una transmisión de empresas¹²³. Para ello es necesario la transmisión de una “entidad económica que mantenga su identidad”. Cuestión distinta es que seguramente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es más casuística que la ya fijada por el Supremo, al valorar el tipo de empresa, sector y centro del que se trate, y al utilizar una más amplia gama de factores para valorar conjuntamente si estamos ante una “entidad económica” en el sentido dado a la misma por el propio Tribunal. Y así, esta jurisprudencia no sólo valora la transmisión de bienes materiales o inmateriales —elemento éste quizás exce-

¹¹⁹ SSTs de 22 de enero de 1990 (RJ 180); 30 de diciembre de 1993 (RJ 10078); 19 de octubre de 1996 (RJ 7778); 20 de enero de 1996 (RJ 115); 10 de diciembre de 1997 (RJ 1998, 736); 29 de abril de 1998 (3879); 8 de junio de 1998 (RJ 6693). Recientemente, STSJ de Murcia de 27 de septiembre de 1999 (AS 3087) y STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 15 de julio de 1999 (AS 3762) con amplia cita jurisprudencial. Una sintética referencia a dicha jurisprudencia en L.M. CAMPS RUIZ, *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 23; J. CABEZA PEREIRO, “La perspectiva de los trabajadores de limpieza tras la sentencia Hernández Vidal”, en *Actualidad Laboral*, 1999, n. 32, pág. 607.

¹²⁰ STS de 3 de octubre de 1998 (7804), en el que un Ayuntamiento asume la recaudación de impuestos hasta entonces desarrollada de forma descentralizada; SSTs de 6 de febrero, 17 de junio y 27 de diciembre de 1997 (RJ 999, 4758, 9639) reversión de contrata de limpieza asumida por la empresa principal (RENFE)

¹²¹ STJCE de 14 de abril de 1994 Asunto C-392/92

¹²² STJCE de 11 de marzo de 1997 Asunto C-13/95; y dos de 10 de diciembre de 1998 Asuntos C-127/96 C-137/96

¹²³ Un comentario de las mismas en A. HERNÁNDEZ MARTÍN, “Las contratas de limpieza en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: de la Sentencia Cristel Schmidt a la Sentencia Hernández Vidal”, en *Aranzadi Social*, T/V, pág. 426 y sig.; J. CABEZA PEREIRO, “Las perspectivas de los trabajadores...”, cit. pág. 603 y sig.

sivamente valorado por el Tribunal Supremo—, sino también otros aspectos como la transmisión de un número significativo de trabajadores, de la clientela, de directivos, de la organización de trabajo, de los métodos de explotación...etc.¹²⁴.

En cualquier caso, y ante este panorama, es obvio que la única protección para estos trabajadores frente a la pérdida por su empresa de la contrata a la que estaban asignados es el establecimiento de normas convencionales o de condiciones en los pliegos de contratación—sobre todo en el campo de la Administración Pública— que impongan la asunción de dichos trabajadores por parte de la empresa que entra en esta posición contractual. En nuestro sistema, este tipo de normas convencionales son bastante frecuentes en sectores como la limpieza o la vigilancia y seguridad en donde estos fenómenos se producen con elevada frecuencia¹²⁵. Ahora bien, es obvio, que estas cláusulas presentan algunas limitaciones derivadas de su naturaleza convencional. Y así, por ejemplo, es claro que estas normas no serán vinculantes para la nueva empresa si el convenio es extraestatutario y no se encuentra afiliada a las organizaciones firmantes; de la misma manera que tampoco lo será si el convenio no es de sector o si aun siendo de dicho ámbito funcional, la nueva empresa tiene un convenio propio que impide la aplicación de aquél¹²⁶. Es más, quizás convenga recordar cómo el propio Tribunal Supremo ha venido considerando condición necesaria para que se produzca el fenómeno subrogatorio el cumplimiento de los posibles deberes de información previstos en estas normas¹²⁷. Y todo ello, claro está, sin olvidar la interpretación en ocasiones sumamente restrictiva que el propio Tribunal Supremo viene dando a los requisitos exigidos en estas normas—antigüedad y/o adscripción al centro de trabajo en el que se desarrolla la contrata perdida— al considerar, paradójicamente, que este fenómeno subrogatorio “supone una excepción a la regla general”¹²⁸.

5.2. Contratas y contratos temporales de obras y servicios: el aparente final de una larga discusión jurisprudencial

Una segunda cuestión íntimamente ligada a la anterior se centra en la posibilidad de que las empresas contratistas utilicen contratos temporales de obra y

¹²⁴ Un valioso análisis de todos estos elementos en R. SERRANO OLIVARES, “La noción de empresa a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Relaciones Laborales*, 1997, T/II, pág. 1299 y sig.

¹²⁵ Sobre ellas vid., AAVV., *Condiciones de empleo y de trabajo en la Negociación Colectiva*, (dir. J. GARCÍA MURCIA), CES, Madrid, 200, pág. 386 y sig.; D.M. CAIROS BARRETO, “La subrogación de servicios en las empresas de limpieza y en las de vigilancia y seguridad”, en *Actualidad Laboral*, 1996, n. 11, pág. 297 y sig.

¹²⁶ Sobre todas estas limitaciones, con amplia cita bibliográfica, L.M. CAMPS RUIZ, *Puntos críticos ...*, cit., pág. 32 y sig.

¹²⁷ STS de 10 de diciembre de 1997 (RJ 1998, 736) y 30 de septiembre de 1999 (RL TS-386)

¹²⁸ Vid. STS de 8 de junio de 1998 (RJ 6693). En similar orientación STS de 29 de abril de 1998 (RJ 3879) y 30 de septiembre de 1999 (RL TS-386)

servicio y no indefinidos para ejecutar el contrato mercantil temporal cuando éste satisficiera necesidades permanentes de la empresa principal.

También en este caso ha existido, al menos a mi juicio, un importante cambio de orientación jurisprudencial durante estos últimos años. Y ello porque si bien en un principio algunas Sentencias del Tribunal Supremo¹²⁹, y con ella, una parte importante de nuestros Tribunales de suplicación¹³⁰ se mostraron sumamente reacios a admitir este supuesto como objeto de una contratación temporal, hoy es evidente y pacífica la doctrina contraria, si bien ésta es fruto de una no menos interesante evolución doctrinal, reflejo, al menos a mi juicio, de un curioso diálogo entre la propia doctrina legal y la científica¹³¹.

Tratando de simplificar toda esta evolución bien podríamos decir que en un primer momento—STS 15 de enero de 1997¹³²— este cambio de orientación jurisprudencial trató de justificarse considerando la extinción de la contrata como una posible condición resolutoria cuyo reconocimiento en la norma convencional colectiva sería la prueba definitiva de su perfecta licitud. De este modo el Tribunal Supremo, con una perfecta y calculada ambigüedad¹³³, evitó

¹²⁹ Vid. SSTs de 26 de septiembre de 1992 (RJ 6816); 30 de noviembre de 1992 (RJ 9292); 17 de marzo y 10 de mayo de 1993 (RJ 1866, 4046) o 4 de mayo de 1995 (RJ 3746). Sin embargo, y con anterioridad véase las SSTCT de 24 de febrero de 1981 (RTCT 1265); 19 de junio de 1981 (RTCT 4211) y de 4 de junio de 1986 (RTCT 4048), todas ellas relativas a empresas de seguridad.

¹³⁰ Así, declarando la inadmisibilidad de cláusulas de temporalidad ligadas a la duración de la contrata STSJ País Vasco de 20 de febrero de 1996 (AS 954); STSJ de Castilla y León/Valladolid de 28 de mayo de 1996 (AS 1539); STSJ de Navarra de 29 de junio de 1996 (AS 3102); STSJ del País Vasco de 17 de septiembre de 1996 (AS 3588); STSJ de Cantabria de 17 de julio de 1996 (AS 3269); SSTSJ de Navarra de 18 y 21 de febrero de 1997 (AS 508, 958) con citas de otras muchas; STSJ de Cataluña de 6 de febrero de 1997 (AS 1822), por sólo citar algunas del año 1997. En cambio, reconociendo la licitud de esta contratación, aún más cuando el convenio aplicable considerase a éste como uno de los supuestos de obra o servicio cabría mencionar a las STSJ de Andalucía/Sevilla de 11 de marzo de 1996 (AS 614); STSJ de Aragón de 28 de febrero de 1996 (AS 916); STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 28 de mayo de 1996 (AS 1504); STSJ de Castilla y León/Valladolid de 31 de mayo de 1996 (AS 2281); STSJ de Castilla y León/Burgos de 3 de julio de 1996 (AS 2555); STSJ de Aragón de 17 de julio de 1996 (AS 2548); SSTSJ Aragón de 12 de febrero de 1997 (AS 766) /limpieza/; STSJ de Asturias de 30 de mayo de 1997 (AS. 1469)/vigilancia y seguridad, si bien en este caso, al amparo de una norma convencional ratificada por SSTs de 13 de febrero de 1995 (RJ 1150) y 18 de septiembre de 1996 (RJ 6572); STSJ de Galicia de 18 de septiembre de 1997 (AS 2926)/lectura de contadores/; STSJ de Asturias de 17 de octubre de 1997 (AS 3484).

¹³¹ Para un más detenido análisis de la cuestión me remito a mi trabajo “Arrendamiento de empresa y contrato de obra o servicio determinado”, en *Temas Laborales*, 1999, n. 51, pág. 227-242.

¹³² Posteriormente seguida por las STS de 25 de junio de 1997 (RJ 6133) y Auto TS de 24 de septiembre de 1998 (AS 8551)

¹³³ Cfr. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Los contratos para obra o servicio determinado y de eventualidad en la reforma de 1997: novedades legales y retos de la negociación

la compleja discusión sobre la subsunción o no de este supuesto de hecho en el art. 15.1.a ET, llegando a similares consecuencias prácticas mediante una revaloración de los elementos accidentales del contrato, adelantada ya por la STS de 28 de febrero de 1996 (RJ 2738)¹³⁴. Ahora bien, con esta doctrina —que, por cierto, seguía considerando a dichos contratos como indefinidos y no temporales al imponer una mera condición y no un término— se dio pie a múltiples dudas y cuestiones. Y es que, de hecho, no faltaron por ejemplo autores que tras esta sentencia siguieron defendiendo la imposibilidad de incluir estos supuestos en el art. 15.1.a) ET, al considerar que la misma lo único que hacía era reconocer el carácter indefinido de la contratación ligada a una mera condición resolutoria, y postulando, por tanto, la inclusión en este ámbito sólo de aquellas obras o servicios que se agotaran por su mera consunción¹³⁵. Del mismo modo que se abrían complejos interrogantes, en primer lugar, sobre la posibilidad de que mediante condiciones resolutorias incluidas en la negociación colectiva se establecieran nuevas fórmulas de contratación materialmente temporal; o sobre la licitud de las mismas para extinguir estos contratos por causas productivas sometiendo a un procedimiento y forma distinto al legalmente establecido —art. 51 o 52.c ET—; o, por poner un último ejemplo, sobre si en estos casos resultaba o no necesaria la autorización colectiva y los efectos de un posible silencio sobre estos temas por parte del Convenio colectivo aplicable a la relación¹³⁶.

A buena parte de estas dudas puso fin la Sentencia de 8 de junio de 1999 (IL. J. 891), que postulándose como continuación de la de 15 de enero de 1997, supuso, al menos a nuestro juicio, una matizada reorientación de aquella primera sentencia. Y es que aún llegando a las mismas conclusiones, el camino seguido, su argumentación, es ya parcialmente diferente. Así, en vez de acudir de forma prioritaria a las dudosas posibilidades brindadas por condiciones o

colectiva", en AAVV., *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 73-74, n.

¹³⁴ Sobre ambas sentencias S. DEL REY GUANTER, R. SERRANO OLIVARES, "Extinción del contrato de trabajo y autonomía individual: A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1996 y 15 de enero de 1997", en *Actualidad Laboral*, 1998, n. 18,

¹³⁵ Resulta curioso comprobar la enorme disparidad de interpretaciones que en este punto provocó dicha Sentencia. Así, si para J.I. GARCÍA NINET, M.A. VICENTE PALACIO, *Contrato temporal para obra o servicio determinado: nueva legislación y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 58 esta decisión venía a negar la posibilidad de incluir en el art. 15.1.a) ET estos supuestos, otros, ya señalaban la posibilidad de que dicha inclusión o posibilidad se contemplase en la misma sentencia —R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Los contratos para obra o servicio...", cit., pág. 73-74, n. 9—.

¹³⁶ En este sentido, por ejemplo, M. AGIS DASILVA, "La interpretación jurisprudencial del objeto del contrato para obra o servicio determinado", en *Revista de Derecho Social*, 1998, n. 3, pág. 141; R. MORÓN PRIETO, "La finalización del contrato de obra por terminación de la contrata", en *El Derecho*, 25 de febrero de 1998, pág. 3. Un elenco de dichas críticas u objeciones en J.R. MERCADER UGUINA, *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1999, pág. 31.

términos establecidos individual o colectivamente, o a la garantía del convenio colectivo —en este caso inexistente—, esta reciente Sentencia del Tribunal Supremo parte ya, clara y simplemente, de una total subsunción de este supuesto como obra o servicio determinado, eludiendo de este modo la tesis substancialista —según la cual la temporalidad habría de ser un rasgo fisiológico o genético de la obra o servicio, de su substancia y no de la percepción de alguna de las partes—, para acoger un tesis "relativista", según lo cual lo importante sería sólo el carácter temporal que la proyección de la contrata sobre un servicio en sí indefinido tiene para el empleador.

Con todos los matices que se quiera, lo cierto que esta argumentación resulta cuanto menos razonable en el actual marco legal. Y es que si bien es cierto que la posición substancialista podía apoyarse en la tradición normativa de esta modalidad contractual para negar dicha posibilidad¹³⁷, no lo es menos que en la actual regulación legal, lo único trascendente es la autonomía y sustantividad de la obra o servicio y su carácter limitado en el tiempo. Y es obvio que éste carácter debe exigirse no ya tanto del servicio en sí —tesis substancialista—, sino de la propia necesidad empresarial y, por tanto, del objeto mismo de la prestación laboral, que en estos casos queda inevitablemente delimitado en su factor temporal —dotándole además de sustantividad y autonomía propia— como consecuencia de la estipulación de la contrata.

Como se ha señalado acertadamente, la doctrina substancialista posee sin duda notables virtudes, pero resulta al menos cuestionable al basarse en la perspectiva de una empresa —la principal— a la que el contrato de trabajo le es, en principio, totalmente ajeno¹³⁸. Y, además, el hecho de que la relación pudiera continuar con la nueva empresa contratista como consecuencia de la aplicación de las reglas convencionales de subrogación, en nada alteraría esta conclusión ya que este hecho —trascendente para el empleado y el nuevo empleador— en nada afecta al anterior contratista, al original empleador, cuya necesidad sigue siendo claramente temporal incluso en estos casos¹³⁹.

Cuestión distinta son las ventajas que esta vía reporta y los riesgos de que con ella se vuelva a una simple cesión de trabajadores para la empresa principal

¹³⁷ En un sentido similar J.I. GARCÍA NINET, M.A. VICENTE PALACIO, *Contrato temporal para obra o servicio ...*, cit., pg. 57-58 para los que "no parece posible admitir" la estipulación de tales contratos en aquellos "supuestos en los que la actividad es permanente y cuya temporalidad deriva para el empleador del recurso a técnicas de externalización de personal".

¹³⁸ M. AGIS DASILVA, "La interpretación jurisprudencial del objeto ...", cit., pg. 138, para quien esta doctrina "adolece de un evidente desenfoco provocado, quizás, por una excesiva dosis de voluntarismo político".

¹³⁹ Desde otra perspectiva, vid. M.A. VICENTE PALACIO, *El contrato de trabajo temporal ...*, cit., pg. 122. Cuestión distinta son los efectos que sobre la relación laboral puede tener de la pérdida de la contrata por causas imputables al empleador —lo que debiera conducir a despidos por causas económicas— o la falta de subrogación por incumplimientos de este último —STS de 30 de septiembre de 1999 (RL TS-386)—

maquillada mediante una mera contrata de servicios. Pero sobre este problema versa el último de los apartados de esta ya larga exposición.

5.3. Contratas y cesión ilegal de trabajadores: las nuevas perspectivas de un viejo problema

Como ya indicamos al principio de esta comunicación, el régimen jurídico de la subcontratación ha estado estrecha y tradicionalmente relacionado en nuestro ordenamiento con la prohibición legal de la cesión de trabajadores. Y de hecho, así fue tanto en el RD 3677/1970 de 17 de diciembre, como en el art. 19 LRL. Y ello, seguramente, por el temor a que una fórmula plenamente lícita como era y es la subcontratación fuera utilizada para encubrir actuaciones ilícitas perseguidas penalmente por el Estado.

En un principio, nuestra jurisprudencia se esforzó fundamentalmente por distinguir la contrata de fenómenos patológicos en los que en puridad, no existía realmente una auténtica empresa contratista, ya que ésta, en realidad, no era más que una mera ficción, un mecanismo formal de interposición, destinado tan sólo a ser centro de imputación de deberes y responsabilidades que debieran de haber correspondido realmente a la empresa principal. Fruto de esta preocupación fue una muy conocida jurisprudencia que elaboró una serie de criterios o indicios —propiedad de los medios de producción por parte de la empresa contratista, independencia de órganos directivos, pluralidad de encargos... etc.— para distinguir ambas figuras, considerando que en estos casos la cesión ilegal se caracterizaba porque la contratista era una empresa “aparente, sin estructura ni entidad propia, sin bienes, patrimonio ni verdadera organización patronal”¹⁴⁰

Ahora bien, el que éste haya sido el supuesto tradicional, el más numeroso no significa que sea el único. Y es que de hecho, cada vez son más frecuentes situaciones en las que a pesar de la presencia de dos empresas reales, se produce una auténtica cesión de empleados. En estos casos, lo importante no es, volvemos a repetir, la existencia real o no de ambas empresas, sino el ejercicio efectivo por parte de la empresa contratista del poder de dirección en sentido amplio que caracteriza jurídicamente la posición del empleador¹⁴¹. Y ello, claro está, con absoluta independencia de la mera descripción formal contenida en el contrato mercantil, ya que si el ejercicio efectivo de este poder corresponde

¹⁴⁰ Entre otras, SSTCT de 23 de abril de 1982 (RTCT 2374); 4 de octubre y 14 de diciembre de 1983 (RTCT 8138 y 10827); STS de 17 de enero 1991 (RJ 58) y STSJ de Madrid de 19 de octubre de 1994 (AS4116) con cita de otras muchas.

¹⁴¹ STS de 9 de febrero de 1987 (RJ 803); 16 de febrero de 1989 (RJ 874); 19 de enero de 1994 (RJ 352); STSJ de Canarias de 25 de enero de 1999 (AS 540); STSJ de Cataluña de 6 de abril de 1999 (AS 1035); STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 14 de diciembre de 1999 (AS 4573); STSJ Canarias (Las Palmas) de 28 de septiembre de 1999 (AS 4778). En la doctrina, por todos, M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 125-128.

materialmente a la empresa principal no cabría sino hablar de una auténtica cesión, claramente ilegal salvo que sea de naturaleza temporal y se articule mediante una ETT debidamente legalizada.

Este tema, paradójicamente, ha asumido una mayor importancia de forma reciente. Y ello porque la reforma de la LETT de julio de 1999, al imponer novedosamente una equiparación salarial entre los empleados en misión y los de la empresa usuaria ha fomentado, si se nos permite, un “discreto retorno” a las contratas y subcontratas como vía para eludir no sólo esta regulación, sino también la cotización añadida por desempleo establecida en las últimas Leyes Generales de Presupuestos¹⁴². Y, obviamente, ya que las ETT no pueden realizar tales actividades —dado el requisito de exclusividad implantado por la LETT—, este papel lo están desarrollando empresas que en ocasiones se encubren como meras prestadoras de servicios.

Evidentemente, mientras estas empresas conservan el ejercicio del poder de dirección, control y sanción sobre sus empleados, cuando las órdenes e instrucciones sean realmente dadas por la empresa de servicios, poco cabe objetar. Pero cuando por el contrario, estas mismas empresas se limiten a ser un mero mecanismo interpositorio, cuyo poder de dirección no sea más que formal, ejerciendo la teórica principal la dirección y control de la actividad de estos empleados, no cabrá sino hablar de una clara cesión ilegal, sometida a las sanciones de todo tipo previstas en la legislación laboral. Y es que sólo así conseguiremos que lo obtenido por la reforma de 1999 no se eluda recurriendo ahora al viejo mecanismo de la contrata meramente formal.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA NORMALIZACIÓN ECONÓMICA Y JURÍDICA DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y LA NECESIDAD DE UNA NUEVA REGULACIÓN DE ESTA MATERIA

Desde esta perspectiva, si tuviéramos finalmente que sintetizar todo lo que hasta ahora hemos ido analizando, bien podríamos decir que la regulación española en esta materia es, en dos palabras, tan insegura como en cierto modo desfasada¹⁴³, sobre todo por lo que se refiere a la normativa relativa a la extensión solidaria o subsidiaria de responsabilidades empresariales.

Insegura, en primer lugar, porque —como ya hemos visto— la oscura redacción de ambos preceptos y su difícil relación plantean un innumerable listado

¹⁴² En general, M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. GONZÁLEZ RENDÓN. F.J. CALVO GALLEG0, *El impacto de las ETT: de su legalización a la reforma*, Tecnos, Madrid, 2000.

¹⁴³ Por todos, el excelente trabajo de J. RIVERO LAMAS, “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo” en AAVV., *Descentralización productiva ...*, cit., pág. 45 y sig.

de problemas que hacen difícil, cuando no casi imposible, dar una mínima seguridad jurídica a actividades económicas extremadamente importantes en la actualidad. Y desfasadas, en segundo lugar, porque las mismas —sobre todo el art. 42 ET— parecen partir de una problemática sectorial para extender de forma general su regulación olvidando las enormes modificaciones del tejido productivo que se han producido durante estos últimos años en nuestro país¹⁴⁴.

En el actual marco productivo español, las empresas contratistas no tienen porqué depender económicamente de la principal ni ser económicamente débiles. La terciarización de la economía, el desarrollo de las autopistas de la comunicación, y el fomento de la creatividad y el *know-how* sobre la mera reiteración física de actividades —unida a una palpable revalorización de la autonomía y del espíritu empresarial— han dado lugar a fórmulas de descentralización cada vez más complejas y diferentes. La externalización ha dejado así de ser un simple modo de producción característico de determinados sectores para convertirse en una estrategia de gestión empresarial con vocación de generalidad en la que se mezclan, no siempre en la misma proporción, la reducción de costos, la externalización del riesgo, e incluso la mejora de la calidad o una mejor gestión empresarial concentrada en lo que es el núcleo de la actividad productiva¹⁴⁵. Y esta diversidad exige una normativa igualmente más compleja que diferencie, por ejemplo, según la concreta situación en la que nos encontremos —fórmulas de *outsourcing* estratégico de aquellas meramente coyuntural, redes cerradas o abiertas... etc.—, el concreto sector, y la peculiar problemática de cada situación. Y es que no siempre los principales problemas son de extensión de responsabilidades salariales o de Seguridad Social del mismo modo que tampoco criterios como el de propia actividad sirven realmente para proteger a aquellas contratas que requieren de mayor atención por parte de la normativa estatal.

Cuestiones como la sucesión de contratas y la estabilidad en el empleo, o la reiteración de contratos temporales para cubrir sucesivos arrendamientos de empresa sin límite temporal alguno o sin derecho a ninguna indemnización de fin de contrato debieran ser objeto de un necesario tratamiento legal. Y todo ello sin olvidar, los problemas generados por la parasubordinación —cada vez más frecuente en nuestro sistema como producto último de una descentralización llevada hasta sus últimas consecuencias— y su deseable regulación reglamentaria al amparo de la DF 1 ET, o la nueva regulación de las empresas temporales que obliga a un permanente control entre ambas figuras que olvidando viejas concepciones jurisprudenciales que exigían un ánimo defraudatorio en la aplicación del art. 43 ET, se centren en el mero dato objetivo del ejercicio del poder de dirección.

¹⁴⁴ Ampliamente, J. CRUZ VILLALÓN, "Outsourcing ...", cit., pág. 301 y sig.

¹⁴⁵ Sobre el tema, por todos, M. LLANO SÁNCHEZ, *Responsabilidad empresarial en las contratas ...*, cit., pág. 3 y sig., a cuya bibliografía nos remitimos dada la necesaria brevedad de esta exposición.

Necesidad, por tanto de clarificar y diversificar el actual marco regulador excesivamente unilateral y confuso, manteniendo la actual batería de extensión de responsabilidades —cada vez de menor importancia por el automatismo de prestaciones o la actuación del FOGASA— pero también dando paso a nuevos y, en parte, a viejos problemas que seguramente requieren de una expresa y nueva regulación legal. Y todo ello, claro está, sin olvidar la necesidad de dar un mayor peso al plano colectivo en cuestiones como ésta íntimamente ligadas al propio futuro de la entidad y su volumen de empleo.

En definitiva, nos encontramos ante una fase de generalizada extensión de este fenómeno que abre nuevos interrogantes y nuevas exigencias normativas, pero que también parece estar justificando —y con ello concluyo— un notable cambio en la interpretación jurisprudencial de esta normativa. Y es que todo este proceso no ha dejado de modificar la óptica tradicional con la que nuestra doctrina se enfrentó en un principio a esta cuestión. De la tradicional concepción "patológica" —por asumir las palabras de RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER— frente a esta institución, hemos pasado a una visión fisiológica que, si de un lado ha facilitado una interpretación amplia de este concepto —la contratación administrativa o las concesiones son un buen ejemplo de ello— por otro ha venido a justificar una interpretación doctrinal, pero sobre todo jurisprudencial, que a mi juicio resulta cada vez más restrictiva tanto en la delimitación de elementos esenciales en la estructura del art. 42 ET como es el de propia actividad como, sobre todo, en la extensión de tal protección. Lo ya comentado sobre los salarios de tramitación, percepciones extrasalariales o mejoras voluntarias es, en mi opinión, buena muestra de ello.. Y algo similar cabe decir del mantenimiento del requisito de la propia actividad en el art. 42.2 LPRL, de la paulatina admisión de la estipulación de este tipo de contrato como causa u objeto que permite la lícita estipulación de contratos temporales de obras o servicios, o más, recientemente, de su exclusión de las normas legales subrogatorias, o incluso, de la interpretación bastante restrictiva que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido dando a dichas normas de origen convencional. Sólo la nueva redacción del art. 10 RGR parece moverse en una dirección contraria al extender el ámbito del art. 127 LGSS a todo tipo de contratas y no sólo a las de la actividad propia principal. Pero se trata, obviamente, de una excepción dentro de la dirección opuesta en la que parece moverse tanto nuestro legislador como, sobre todo, nuestra jurisprudencia.

A nuestro juicio, toda esta evolución responde a dos causas fundamentales. La primera y general, la revalorización de los intereses empresariales que con la excusa de la creación de empleo, van insertándose no sólo en nuestro ordenamiento laboral, sino también, en la propia lógica de una buena parte de nuestra jurisprudencia. Y, la segunda, más concreta, pero también ligada con la anterior, el cambio de visión que paulatinamente se ha ido dando sobre esta concreta institución. Y es que la primitiva visión ciertamente recelosa y desconfiada de los operadores e incluso del propio legislador hacia este tipo de negocios, que parecía chocar, de forma si tan siquiera latente, con el principio de

pertenencia a la empresa, tradicional en nuestro ordenamiento, ha ido dulcificándose paulatinamente ante la progresiva generalización y diversificación de los mismos hasta llegar a una visión mucho más “fisiológica” en la que la extensión de responsabilidades parece la excepción y no la regla¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Sobre la relación entre este principio y las normas laborales sobre contratación y subcontratación véase el excelente y enormemente clarificador artículo del maestro D. E. BORRAJO DACRUZ, “La regulación de las contratas y subcontratas: función social ...”, cit., pág. XIX y sig.

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS DE OBRAS Y SERVICIOS

M^a DOLORES GONZÁLEZ MOLINA*

ÍNDICE

1. Introducción
2. El régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas en el ordenamiento laboral: naturaleza jurídica: 2.1. El fundamento de la responsabilidad civil; 2.2. Naturaleza jurídica de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de descentralización productiva no es nuevo; eso sí, en los últimos años ha cobrado una dosis de actualidad hasta ahora desconocida como consecuencia de los cambios operados en el modelo de producción capitalista que, a su vez, se ha visto acompañado de importantes procesos de desregulación y flexibilización en materia laboral que han permitido que aquél adquiriera una mayor agilidad y eficacia.

No obstante, hoy como ayer, el fenómeno descentralizador no está exento de regulación ordenadora; regulación que, eso sí, se va a mover en la estrecha línea marcada por una aceptación sin límites de este modelo de producción que trata de favorecer una política empresarial flexible y competitiva; y por la necesidad de que el fenómeno no perturbe los derechos de aquellos sujetos que participan en el proceso como trabajadores de las empresas auxiliares.

Aunque el fenómeno de la descentralización productiva puede articularse a través de múltiples mecanismos, lo cierto es que las contratas y las subcontratas son la manifestación más ilustrativa en la práctica de cómo las empresas proceden a desplazar parte de sus funciones y actividades a otras empresas. En

* Profesora de la Universidad de Alcalá de Henares. Becaria Postdoctoral de la Comunidad Autónoma de Madrid. Este trabajo ha sido realizado gracias a la Beca postdoctoral concedida por la Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad de Madrid por Orden 2046/1998.