

M.^a ÁNGELES CASCAJERO SÁNCHEZ

Letrada de la Administración de la Seguridad Social

Extracto:

EL fenómeno socioeconómico de la descentralización productiva, que encuentra su cauce jurídico fundamental en la contratación y subcontratación de obras y servicios, ha impuesto la regulación de las responsabilidades empresariales derivadas de dichos negocios jurídicos. Inicialmente el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social incidieron sobre dicha realidad para intentar preservar los derechos de los trabajadores, en un principio desconfiando de un posible uso fraudulento de las expresadas figuras negociales, hoy en día regulando el fenómeno con plena naturalidad. En la actualidad, se reclama una regulación que impida el uso ilícito de las fórmulas de descentralización económica en fraude de la Hacienda Pública e incluso una responsabilidad por uso no fraudulento de dichas fórmulas.

El estudio que se reproduce a continuación pretende efectuar un estudio del régimen de responsabilidad de los empresarios que contraten o subcontraten obras y servicios en materia laboral, de salud y riesgos laborales y de seguridad social, así como apuntar la incipiente responsabilidad en materia fiscal.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Noción de contrata y subcontrata de obras y servicios.
 1. Caracterización jurídica inicial.
 2. La contrata y subcontrata con efecto jurídico-laborales. La noción de «propia actividad».
 3. La extensión del régimen de contrata y subcontrata a las concesiones administrativas.
 4. Diferenciación de otras garantías por cambio de empresario.
 - 4.1. Elementos diferenciadores con la cesión ilegal de mano de obra.
 - 4.2. La sucesión de contratas y su posible asimilación a la sucesión empresarial.
- III. Responsabilidad empresarial como consecuencia de la contratación de obras y servicios.
 1. La responsabilidad empresarial del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.
 2. Responsabilidad por obligaciones de naturaleza salarial.
 3. Responsabilidad por obligaciones de Seguridad Social.
 - 3.1. La responsabilidad solidaria del Estatuto de los Trabajadores.
 - 3.2. La responsabilidad subsidiaria de la Ley General de la Seguridad Social.
 4. Responsabilidad en materia de salud y riesgos laborales.
 - 4.1. Definición y contenido de la responsabilidad del artículo 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
 - 4.2. Obligaciones que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales impone al empresario principal en materia de seguridad y salud laborales en relación con los trabajadores del contratista.
 5. Responsabilidad fiscal en supuestos de contratas y subcontratas.
- IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación de las responsabilidades empresariales derivadas de la contratación y subcontratación de obras y servicios, como toda regulación jurídica, surge de las necesidades impuestas por un fenómeno socioeconómico: la descentralización productiva.

Si el fenómeno de la Revolución Industrial determinó la división del trabajo, en la actualidad asistimos a un proceso de fragmentación y especialización de la actividad productiva.

Siguiendo a CRUZ VILLALÓN¹ podemos decir que la descentralización productiva es una forma de organización de la actividad empresarial en virtud de la cual una empresa decide que determinadas actividades, necesarias para su fin productivo, sean realizadas por empresas distintas estableciendo, a tal efecto, contratos civiles o mercantiles necesarios para la ejecución y cumplimiento del encargo.

Este fenómeno alcanza a todos los ámbitos de la organización empresarial y así, no sólo ha permitido el «retorno a la pequeña empresa», sino que ha supuesto un nuevo cauce organizativo del fenómeno de la «concentración económica», de tal modo que en la actualidad los grupos de empresas atomizan sus unidades productivas a través de la filialización o la subcontratación.

La cuestión se complica ya que la descentralización no sólo es de primer grado, sino que puede diversificarse de manera indefinida en un encadenamiento radial o simplemente lineal, de tal modo que en dicha cadena productiva el primitivo comitente pierda el control del aparato productivo, que él mismo generó, siendo frecuente que en esa cadena acabe apareciendo el empresario insolvente y lo que se concibió como una forma moderna de producción desemboque en una situación netamente fraudulenta.

¹ CRUZ VILLALÓN, J. «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1992.

El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, eminentemente tuitivos, inciden en esa realidad socio-económica para intentar preservar los derechos de los trabajadores en materia salarial, de seguridad social y de salud y seguridad laborales, atribuyendo responsabilidades a los empresarios intervinientes en la cadena productiva, sin que para que exista tal atribución de responsabilidad sea preciso un uso fraudulento de los negocios jurídicos posibilitadores de la descentralización productiva.

Junto a las responsabilidades empresariales derivadas de contratas y subcontratas de obras y servicios en materia laboral, de salud y riesgos laborales y de seguridad social, se escuchan voces que reclaman una regulación que impida el uso fraudulento de las fórmulas de descentralización económica en fraude de la Hacienda Pública e incluso una responsabilidad por uso no fraudulento de estas fórmulas. Hasta el momento presente no se ha determinado una responsabilidad fiscal directa del empresario principal o comitente en la cadena productiva, en los supuestos de empleo lícito de este modo organizativo, sin embargo, el uso ilícito de los negocios jurídicos que posibilitan este modo de organización ha determinado la aplicación de la responsabilidad fiscal en caso de sucesión de empresa o el uso de acciones rescisorias del contrato de sociedad o de otros negocios jurídicos por fraude de acreedores.

Parece que la tendencia es regular de alguna forma, desde el punto de vista fiscal, este modo de organización productiva empresarial, pudiendo llegarse a atribuir una responsabilidad directa por uso lícito o ilícito de la contratación o subcontratación empresarial de obras y servicios. Por el momento sólo se ha introducido una norma garantista en materia de contratación administrativa cuyo alcance intentará determinarse en el apartado correspondiente de este trabajo.

II. NOCIÓN DE CONTRATA Y SUBCONTRATA DE OBRAS Y SERVICIOS

1. Caracterización jurídica inicial.

El fenómeno de la desconcentración productiva encuentra su cauce, de modo fundamental, en la técnica jurídica de la contrata y subcontrata. Interesa poner de relieve que hablamos de «técnica jurídica» y no de «negocio jurídico», ya que lo que se entiende por contrata de obras y servicios no es identificable con el contrato de arrendamiento de obras y servicios. Ambos contratos están regulados en el artículo 1.544 del Código Civil (en adelante CC); lo definitivo en el primero de ellos es que el arrendatario se compromete a un resultado: realizar una obra por un precio cierto. Hay que entender «obra» en un sentido amplio, no como sinónimo de edificación o construcción, así sería igualmente un arrendamiento de obra aquel en que el objeto del contrato sea la elaboración de un logotipo, de una marca comercial o de un programa informático. Esta posible confusión terminológica ha llevado a que la doctrina prefiera denominarlo «contrato de ejecución de obra» o «contrato de empresa», usando una terminología italiana que ha adquirido entre nosotros carta de naturaleza, como señaló la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 10 de abril de 1989.

Por lo que respecta al arrendamiento de servicios, lo definitivo es que el arrendatario se compromete a prestar un servicio, esto es, a desplegar una actividad y no a obtener un resultado.

En cualquier caso, aunque estos negocios jurídicos sean los más usados, lo definitivo es el objeto perseguido a través de la contrata; la realización de una obra o la prestación del servicio, objetos que pueden articularse a través de otros tipos negociales, tales como la compraventa, el mandato, el suministro, la comisión... habrá que estar a cada caso concreto.

No obstante, siguiendo a Martín GODINO REYES e Íñigo SAGARDOY DE SIMÓN ², podemos descartar que puedan considerarse como «contratas» el arrendamiento de industria, sin perjuicio de su consideración como sucesión de empresa, ni el arrendamiento de local de negocio.

Por el contrario, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1988 consideró como un supuesto de contrata el contrato atípico *engineering* en el que se mezclan prestaciones propias de contratos de obras y servicios con suministro de bienes de equipo.

Lo definitivo, para que pueda hablarse de contrata, es que, sea cual fuere el negocio jurídico que se emplee, exista una obra o servicio como objeto del encargo.

2. La contrata y subcontrata con efectos jurídico-laborales. La noción de «propia actividad».

La responsabilidad solidaria establecida en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), para los supuestos de obligaciones salariales y de seguridad social en el caso de subcontrata de obras y servicios, así como la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL), restringen la responsabilidad al supuesto en el que el empresario principal o el empresario comitente contraten o subcontraten obras o servicios correspondientes a la «propia actividad». Se trata de un concepto jurídico indeterminado que ha provocado ríos de tinta en la doctrina legal y jurisprudencial. Sería tedioso enumerar las diversas posturas doctrinales por lo que adoptando un criterio eminentemente práctico nos limitaremos a exponer el estado de la cuestión en la jurisprudencia, ya que, como señala nuestro Código Civil, aunque no es fuente del Derecho, complementa el Derecho Positivo.

Como han señalado RODRÍGUEZ PIÑERO ³ y MONEREO ⁴, se puede observar que durante toda la etapa comprendida en la década de los ochenta y los primeros años de la década actual fue perfilándose una doctrina claramente extensiva de lo que debía entenderse como «propia actividad», cri-

² GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I. *Contrata y subcontrata de obras y servicios. La cesión de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal*. Ed. CISS, S.A. Valencia, 1998.

³ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M. «Propia actividad y contrata», *Relaciones Laborales* n.º 6, 1996.

⁴ MONEREO PÉREZ, J.L. «La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación. Puntos críticos», *Actualidad Laboral*, 1993.

terio igualmente defendido mayoritariamente por la doctrina científica. Así, dentro del concepto de propia actividad tendrían cabida tanto las actividades principales de la empresa principal, cuanto las accesorias y necesarias para el normal funcionamiento de la empresa: limpieza, transporte, mantenimiento etc.

Sin embargo, en los últimos años se aprecia una tendencia que se refleja en un número creciente de resoluciones judiciales que rechazan la correspondencia en el caso de actividades complementarias, aun habituales y necesarias, cuando pueden diferenciarse nítidamente de la actividad esencial o fin productivo de la comitente, en el entendimiento de que si el legislador limita la responsabilidad solidaria a las empresas que contratan o subcontratan obras y servicios de la propia actividad «es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial» (STS 18-1-1995).

Entre la doctrina, CRUZ VILLALÓN ⁵, en base a criterios jurisprudenciales, distingue tres tipos de contrataciones que quedarían excluidas de la responsabilidad comunicada al exceder del concepto de propia actividad:

- a) Las obras de infraestructura, de construcción o reparación de los locales de trabajo, así como los de instalación y puesta en funcionamiento de maquinaria e instrumentos de trabajo (STS 14-12-1982).
- b) Las contrataciones efectuadas por empresas de servicios dedicadas meramente a la promoción de un determinado negocio sin participación en el proceso productivo. Ejemplo típico el de las promotoras en el sector de la construcción (STS 28-7-1986).
- c) Las actividades complementarias que exceden del «ciclo productivo» entendiéndose por tal, siguiendo a la Sentencia de 2 de diciembre de 1987 del Tribunal Supremo: «el complejo de operaciones normal e íntegramente necesarias para obtener un resultado en el cual se identifica el fin de la empresa» (criterio de la «normalidad» o «habitualidad») de tal manera que (tal y como señala la STSJ de Madrid de 30-1-1992) «si no se hacen a través de una contrata la empresa principal tiene que realizarlas directamente para alcanzar su objetivo (criterio de la «sustituibilidad»).

GODINO REYES y SAGARDOY DE SIMÓN ⁶ señalan que estarían fuera del ciclo productivo, del núcleo central de la actividad económica principal tareas tales como la limpieza, el transporte, la vigilancia, el mantenimiento, respecto de empresas industriales o de servicios cuya actividad central es distinta de las enunciadas.

⁵ *Ob. cit.*

⁶ *Ob. cit.* pág. 22.

3. La extensión del régimen de contrata y subcontrata a las concesiones administrativas.

Resulta una cuestión controvertida si la responsabilidad empresarial en caso de contrata y subcontratas es trasladable a la Administración cuando realiza obras o gestiona servicios públicos de forma indirecta a través de empresas privadas por virtud de un contrato administrativo.

El contrato administrativo existe allí donde el órgano que lo celebra se mueve en el ámbito de su giro o tráfico característico, esto es, en el campo de las competencias que tiene atribuidas y de cuyo ejercicio es responsable.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995 (en adelante, LCAP) regula entre los contratos administrativos típicos el contrato de obra (arts. 120 y ss.) y el contrato de gestión de servicios públicos (arts. 155 y ss.). La cuestión estriba en determinar si estos contratos administrativos se incluyen dentro de la formulación genérica «contrata y subcontrata», y si las Administraciones Públicas pueden ser consideradas empresario principal o comitente como sujeto responsable en caso de contrata y subcontratas.

Como señalan GODINO REYES y SAGARDOY DE SIMÓN ⁷, inicialmente una doctrina muy extendida de los Tribunales Superiores de Justicia negaba que la responsabilidad empresarial en caso de contrata y subcontratas fuese atribuible a las Administraciones Públicas, porque «impondría una carga muy pesada a la actividad de fomento» (S. 28-4-1995 TSJ de Navarra).

La tendencia señalada se rompe con la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1996 (seguida de otras muchas Sentencias del mismo Tribunal: 27-9-1996; 18-11-1996; 14, 23 y 31-12-1996; 3-3-1997 y 18-3-1997); en esta resolución judicial se considera a la Administración como empresario titular del servicio encomendado a la gestión privada (en este caso la prestación de ayuda a domicilio), lo que sucede es que el concepto de «empresa» no debe ser entendido en un sentido económico o mercantil, sino que actividad empresarial será «aquella que para su desarrollo requiera la aportación de trabajo en régimen de laboralidad». Por otra parte, sigue diciendo dicha sentencia que las expresiones «contratas» y «subcontratas», por su generalidad, no cabe entenderlas referidas, en exclusiva, a los contratos de obra o de servicios de naturaleza privada, ya que abarcan negocios jurídicos, aun correspondientes a la esfera pública, que generen dichas cesiones indirectas, esto es, que, desde el punto de vista objetivo, encarguen a otro la realización de la obra o la prestación del servicio.

⁷ *Ob. cit.* pág. 29.

4. Diferenciación de otras garantías por cambio de empresario.

4.1. Elementos diferenciadores con la cesión ilegal de mano de obra.

El artículo 43.1 del ET señala que «La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan».

Las empresas de trabajo temporal están reguladas en la Ley 14/1994, de 1 de junio, desarrollada por el Real Decreto 4/1995, de 13 de enero.

Probablemente la desconfianza que ha caracterizado la regulación de la descentralización productiva tiene su origen en la creencia de que en numerosas ocasiones esconde el fenómeno del tráfico prohibido de mano de obra.

El elemento diferenciador entre ambos supuestos consiste en que en la contrata el objeto contractual es la realización de una obra o servicio, mientras que en la cesión ilegal de mano de obra el objeto del contrato mismo es la cesión de un trabajador, por parte de aquel que aparece formalmente como empresario, a aquel otro que recibe la utilidad del trabajo de aquél.

La anterior redacción del ET contemplaba como ilícita la actividad del empresario que reclutaba trabajadores exclusivamente para cederlos a otro empresario.

Con la redacción actual del Estatuto están incluidos en la prohibición no sólo los supuestos de empresas traficantes de mano de obra, sino también los supuestos de cesión ilegal de trabajadores realizados por empresas que tengan un objeto social real distinto al tráfico de trabajadores.

Así, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de octubre de 1996 «habrá cesión ilícita de trabajadores aun cuando el contratista cuente con medios propios y actividad económica real y efectiva, si en el caso concreto se ha limitado a poner a disposición de la principal la mano de obra requerida, no implicándose realmente en la prestación del servicio llevado a cabo por los trabajadores formalmente adscritos a su plantilla».

Lo cierto es que casi nunca el objeto social de un contrato va a ser la cesión ilegal de mano de obra, normalmente utilizarán la técnica jurídica de la contrata o subcontrata, así podemos encontrarlos con dos supuestos:

- a) El contratista es un empresario aparente y ficticio interpuesto para esconder al verdadero empresario que es quien recibe la prestación laboral de servicios. Estaríamos ante un negocio simulado que no impide considerar como verdadero empresario al último, sin que sea necesario que se aplique la responsabilidad establecida en el artículo 43 del ET (STS 21-3-1997).

b) Otro supuesto se da cuando existen dos empresas reales pero en el caso concreto no hay obra o servicio real objeto del contrato, sino que el verdadero objeto es la cesión de trabajadores temporalmente para la realización de un servicio concebido, organizado y puesto en práctica por el empresario principal, supuesto que debe incardinarse actualmente en el artículo 43 del ET (STS 19-1-1994).

4.2. La sucesión de contratas y su posible asimilación a la sucesión empresarial.

Una cuestión controvertida desde el punto de vista doctrinal es la posible aplicación del mecanismo de subrogación empresarial a los supuestos de cambio de empresa contratista para la realización de una misma actividad o de asunción por la empresa principal de su realización.

El sector de la doctrina que opta por la asimilación entiende que hay sucesión cuando se efectúa un cambio de la «empresa-actividad», entendida ésta como actividad productiva, organizada y diferenciada del complejo empresarial en el que se inscribe.

Al frente de este sector doctrinal se sitúa MONEREO ⁸ que entiende que el ordenamiento jurídico-laboral debe garantizar la continuidad de la relación jurídico-laboral cuando se sucede en la «actividad».

En la jurisprudencia la incardinación en el concepto de «sucesión de empresa» de la sucesión de contratas sin transmisión de elementos patrimoniales tuvo acogida en alguna Sentencia del Tribunal Supremo, seguida por numerosas Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia.

RODRÍGUEZ PIÑERO ⁹ llegó a hablar de una cierta «despatrimonialización de la sucesión de empresa» al ponerse el acento en la continuidad negocial entre el cedente y el cesionario (SSTS de 3 y 19-10-1984; 9-7-1987; 19-6 y 16-10-1989 y 16-5-1990).

Sin embargo, otro sector de la doctrina ya había comentado la dificultad de considerar como sucesión de empresa la mera sustitución de contratas o la asunción por el empresario principal de la actividad antes contratada, señalando que no cabe entender que existe sucesión empresarial cuando el substrato material de la contrata no se transmite sino que el nuevo contratista aporta sus medios productivos. No cabe identificar la sola continuidad en la actividad con la transmisión de una organización productiva.

⁸ *Ob. cit.*

⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M. «Encadenamiento de contratas y transmisión de empresa», *Relaciones Laborales*, n.º 15, 1996.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo empieza a restringir el concepto con la Sentencia de 13 de marzo de 1990 y decididamente en la de 10 de mayo de 1991. Pero sin duda las bases de la solución actual del problema deben buscarse en la Sentencia para la Unificación de la Doctrina de 5 de abril de 1993 que resuelve sobre las contratatas de servicios públicos que ininterrumpidamente o no, se suceden en las Administraciones Públicas, señalando que no hay subrogación empresarial cuando no se transmite la unidad productiva.

Esta línea jurisprudencial se ha mantenido en otras Sentencias del Tribunal Supremo tanto referidas a cambio de contratista como de concesionario de la Administración. Así, la Sentencia de 14 de diciembre de 1994 señala que «ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 del ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación».

Sin embargo, la subrogación empresarial del nuevo contratista o concesionario que sustituye al anterior puede venir impuesta por el convenio colectivo aplicable o por el pliego de condiciones en los casos de concesión administrativa.

Conviene señalar, por último, que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a propósito de la interpretación de la Directiva 77/187 CEE (modificada por la 98/50 CE) sobre traspaso de empresas o centros de actividad y mantenimiento de los derechos de los trabajadores, en su artículo 1 a) establece que «se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresa o centros de actividad a otro empresario como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión».

Como ha destacado RODRÍGUEZ PIÑERO ¹⁰, mientras nuestro Tribunal Supremo ha puesto el acento en la transmisión de elementos materiales, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas destaca la continuación de una actividad productiva y autónoma determinada a la que están adscritos determinados trabajadores, utilizando para ello el concepto «identidad económica» entendida como continuación en la actividad; así, la Sentencia de 14 de abril de 1994 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (asunto Schmidt) y, más recientemente, la de 11 de marzo de 1997 (asunto Süzen), ambas relativas a la contratación del servicio de limpieza, en esta última se señala que en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material e inmaterial, el mantenimiento de la identidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos.

Aunque no parece que el Tribunal Supremo Español vaya a cambiar su postura inicial para adaptarla a la tesis que parece desprenderse de esas sentencias, no conviene perderlas de vista en los supuestos como contratatas de limpieza o de seguridad en los que la empresa misma es la actividad que constituye su objeto social.

Volveremos sobre esta cuestión cuando analicemos la responsabilidad fiscal en esta materia.

¹⁰ «Encadenamiento de contratatas...» *cit.*

III. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL COMO CONSECUENCIA DE LA CONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS

1. La responsabilidad empresarial del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

El artículo 42 del ET, que recibe el título genérico «Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios», señala textualmente:

- «1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el plazo de treinta días improrrogables. Transcurrido ese plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.
2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y 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 período 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 puestos de trabajo.

No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial.»

Del texto del precepto transcrito se desprende que en el mismo se articulan dos tipos de responsabilidad: laboral y de seguridad social.

Conviene analizar los requisitos comunes a ambas que van a permitir deslindar la responsabilidad empresarial del ET de la establecida en otras normas.

El artículo 42 del ET regula un sistema de responsabilidad empresarial por deudas «no propias», sino derivadas de una relación laboral con terceros. Sin embargo, surge la cuestión de a qué empresarios y respecto de qué trabajadores afecta esa responsabilidad nacida de la ley.

Existe unanimidad doctrinal y jurisprudencial en considerar a la contrata y a la subcontrata incluidas en el ámbito de afectación del precepto estatutario.

Ahora bien, en los encadenamientos de contratas no existe acuerdo doctrinal a la hora de determinar si el empresario principal responde, no sólo de las deudas salariales y de Seguridad Social del contratista, sino también, junto a éste, de las del subcontratista.

Pese a que los Tribunales han efectuado pronunciamientos para todos los gustos, sin embargo, parece que la atribución de «**responsabilidad en cascada**» no tiene en la actualidad apoyatura legal; sí la tuvo bajo la vigencia del Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre, y bajo la de la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976, normas que regulaban la contrata como mecanismo «peligroso» por razón de los fraudes y abusos a que puede dar lugar. El ET regula el fenómeno con más naturalidad y parece que de su texto no se puede extraer más que una «**responsabilidad pareada**», lo que determina una sensible reducción de las garantías para los trabajadores que prestan servicios en pequeñas empresas subcontratistas.

Desde el punto de vista subjetivo, el comitente ha de ser un «empresario», sin embargo, no es preciso que sea un «empresario-empleador» en los términos del artículo 1.2 del ET, sino simplemente un empresario en sentido económico, como persona física o jurídica u otro tipo de fórmula organizativa sin personalidad, que permita el desarrollo de una actividad empresarial sin que sea preciso que tenga trabajadores a su servicio, incluso pudiera ser el comitente un trabajador autónomo (aunque por lo general éste suele aparecer al final de la cadena productiva), lo definitivo es que contrate la obra o servicio de que se trate «por razón de su actividad empresarial» (concepto que se ha analizado más arriba).

Por el contrario, el empresario contratista o subcontratista ha de ser un empresario-empleador. No existe responsabilidad solidaria del artículo 42 del ET si el subcontratista no tiene trabajadores. Además, el contratista o subcontratista ha de ser un empresario real, ha de tener una organización productiva ya que de no ser así la contrata sería un negocio simulado que escondería el negocio de tráfico ilegal de mano de obra.

Si el contratista o subcontratista es un trabajador autónomo sin que concurra en el mismo la condición de empresario empleador, en principio, no existe responsabilidad para el empresario principal o comitente, siempre a salvo de la calificación del contrato en virtud del cual presta sus servicios, ya que puede ser que, en lugar de contrato de arrendamiento de obra o servicio, se trate de un negocio simulado que esconde un verdadero contrato de trabajo, en cuyo caso la responsabilidad del empresario principal o comitente sería la de cualquier empresario-empleador hacia sus trabajadores.

Por lo que se refiere al círculo de trabajadores que determinan la responsabilidad solidaria del artículo 42.2 del ET son los que están dedicados a la ejecución o realización de las obras o servicios objeto de la contrata o subcontrata.

2. Responsabilidad por obligaciones de naturaleza salarial.

De conformidad con el artículo 42.2 del ET citado, el empresario principal, durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responde solidariamente de las obligaciones salariales contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores durante el período de vigencia de la contrata y con el límite de lo que le correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo.

La responsabilidad está delimitada por el concepto de salario establecido en el artículo 26.1 del ET, así como el recargo por mora por incumplimiento de las mismas del artículo 29.3 del ET (STCT 1-6-1985), quedando excluidas percepciones no salariales como pluses de transporte, dietas, ayudas de estudio, etc.

Sin embargo, ha habido cuestiones polémicas, así la Sentencia de 7 de julio de 1994 del Tribunal Supremo ha clarificado que no son objeto de responsabilidad solidaria del artículo 42.2 del ET obligaciones de carácter no salarial, como la de readmisión o indemnización del trabajador despedido, ya que no pueden ser transferidas al empresario que encarga la obra o el servicio, pues éste no responde del inadecuado ejercicio del poder disciplinario por parte del empresario contratista.

Incluso existen cuestiones aún no resueltas definitivamente, así, aunque es predominante la consideración de los salarios de tramitación como salario, alguna Sentencia como la de 14 de marzo de 1995 del Tribunal Supremo les atribuye una clara naturaleza indemnizatoria.

Junto a ello, la indemnización por falta de preaviso, que tiene por finalidad reconstruir una relación anticipadamente rota, ha sido considerada como percepción no salarial (así, la STCT 28-2-1989), sin embargo, a nuestro juicio la naturaleza es asimilable a la de los salarios de tramitación, que sin embargo se han considerado salario.

La naturaleza de la responsabilidad establecida es la solidaria, lo propio de la solidaridad es que el acreedor puede exigir el cumplimiento íntegro de la obligación a cualquiera de los deudores solidarios (arts. 1.137 y 1.144 del CC), sin perjuicio de las acciones que tengan entre sí los deudores en función de sus relaciones internas. Si el pago se realiza por el empresario principal éste se subrogará frente al contratista en el crédito salarial conservando éste el privilegio que le otorga el artículo 32 del ET.

Desde el punto de vista material, la responsabilidad alcanza a los salarios «devengados» durante la vigencia de la contrata, no antes o después de dicho período, aunque la obligación se haya «contraído» durante el tiempo de vigencia de la contrata.

La acción para reclamar la responsabilidad puede ejercerse durante el año siguiente a la finalización de la contrata. CRUZ VILLALÓN ¹¹ considera que dicho plazo hay que ponerlo en relación con el artículo 59 del ET para la reclamación de deudas salariales y que debe ser considerado como un plazo de prescripción y no de caducidad. En cualquier caso, es un plazo residual y subsidiario y no enerva la aplicación del resto de los plazos establecidos en el ordenamiento laboral, de tal modo que, si la acción para reclamar las percepciones salariales pudo ejercitarse antes de la finalización de la contrata, éste será el *dies a quo* y no el día en que se finalizó la misma.

Por último, la norma establece un límite cuantitativo consistente en el salario que el empresario principal hubiese pagado si se tratase de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo. Se trata de una norma orientativa, el empresario principal puede no ser un «empresario-empleador», por lo que la referencia puede ser no real sino estimativa. Así, la jurisprudencia ha venido señalando que si el empresario principal tiene trabajadores de la misma categoría o en el mismo puesto de trabajo, el límite viene dado por las percepciones «reales» de éstos. Por el contrario, si no es así habrá de acudir a las percepciones determinadas por el convenio colectivo del sector de que se trate.

3. Responsabilidad por obligaciones de Seguridad Social.

La responsabilidad por obligaciones de Seguridad Social del empresario con ocasión de la contratación o subcontratación de obras y servicios se halla regulada de modo disperso en diferentes textos normativos, lo que determina la necesidad de exponerlas diferenciadamente, al tiempo que se efectúa una interpretación sistemática.

3.1. La responsabilidad solidaria del Estatuto de los Trabajadores.

El artículo 42 del ET contiene dos normas de Seguridad Social que, como señalan GODINO REYES y SEGARDOY DE SIMÓN ¹², están situadas de modo contrario al que correspondería a su respectiva función.

El número 2 impone al empresario principal una responsabilidad solidaria por las obligaciones de Seguridad Social durante el tiempo de vigencia de la contrata. Se trata, como señala GARCÍA PIQUERAS ¹³ (salvo en lo que se refiere a los salarios), de una «norma de Seguridad Social incrustada en una norma laboral».

¹¹ *Ob.cit.*

¹² *Ob. cit.* pág. 52.

¹³ GARCÍA PIQUERAS, M., «Régimen Jurídico de las responsabilidades empresariales en contratas y subcontratas de obras y servicios», Ed. Tirant lo Blanch, *Colección laboral*, n.º 62, Valencia 1998, pág. 52.

El número 1 del artículo 42 del ET regula un supuesto de exoneración de responsabilidad a favor del empresario principal cuyos requisitos y efectos han sido discutidos por la doctrina y jurisprudencia, ofreciendo soluciones no sólo contradictorias, sino de imposible conciliación.

El artículo 42.2 del ET ha sido entendido por la doctrina como un precepto que protege directamente a la Tesorería General de la Seguridad Social, ya que los principios de automaticidad de las prestaciones y responsabilidad subsidiaria de la propia Tesorería General de la Seguridad Social en el pago de las prestaciones aseguran en la mayoría de los casos al trabajador el disfrute de las mismas. Sin embargo, no compartimos esta opinión ya que las cotizaciones presentes financian las prestaciones futuras, y lo que está en juego es el reconocimiento de sus derechos a los beneficiarios del futuro, ya que la principal fuente de financiación de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social siguen siendo las cotizaciones de empresarios, trabajadores y resto de profesionales encuadrados en dicho sistema.

La responsabilidad se configura de un modo amplio: obligaciones «referidas» a la Seguridad Social. La doctrina legal y jurisprudencial de modo unánime entienden que engloba las obligaciones de cotización, afiliación, altas y bajas, así como las de tipo prestacional exigibles por incumplimiento de alguna de las anteriores.

Acerca del alcance de la responsabilidad ha habido algunas cuestiones polémicas:

1. En cuanto a la cotización se discutía si la responsabilidad se extendía a los recargos de mora o apremio. La cuestión ha sido zanjada por el artículo 113.2 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS), en la redacción que procede de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, precepto que permite extender la responsabilidad no sólo al principal sino a los recargos correspondientes.
2. El pago de prestaciones, en los supuestos en que la empresa contratista deba responder total o parcialmente de las mismas, será consecuencia del incumplimiento de obligaciones de afiliación, alta o cotización, con independencia del juego de los principios de automaticidad de las prestaciones y de la responsabilidad subsidiaria de la Tesorería General de la Seguridad Social, que en este caso habría que reservar para el supuesto de que ambos responsables solidarios resultaren insolventes.
3. Una cuestión polémica es la relativa a la extensión de la responsabilidad a las mejoras voluntarias. En una primera etapa los Tribunales fueron muy restrictivos, para ir progresivamente admitiendo la extensión de la responsabilidad al menos a las mejoras de las prestaciones de Seguridad Social, excluyendo a aquellas mejoras o prestaciones autónomas no vinculadas, ni en los requisitos, ni en su cobertura, a las prestaciones de Seguridad Social.

GODINO REYES y SAGARDOY DE SIMÓN ¹⁴ precisan que por su origen no deben considerarse las mejoras de origen contractual, sino sólo las establecidas por Convenio Colectivo, ya que en las primeras no hay obligación del contratista en su génesis, sino exclusivamente un acto de voluntad del mismo para su constitución.

Como señala MONEREO ¹⁵ estarían también excluidas las ayudas de tipo asistencial.

3.1.1. Límites de la responsabilidad del empresario principal por obligaciones imputables al empresario contratista *ex* artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores.

1. El empresario principal sólo responde de obligaciones referidas a la Seguridad Social «**nacidas**» durante el tiempo de vigencia de la contrata.

La cotización no plantea problema alguno, sin embargo, la imputabilidad de las prestaciones es más problemática.

La cuestión ha sido tratada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1996 que señala, a propósito de la prestación por incapacidad temporal, que lo decisivo es que el hecho causante se produzca durante el tiempo de vigencia de la contrata, en cuyo caso la responsabilidad solidaria alcanza al contenido íntegro de la prestación, aunque el pago de ésta se extienda más allá de la finalización de la contrata.

2. El tiempo en el que es exigible la responsabilidad es **el año siguiente a la finalización de la contrata** por lo que se no se aplica a este supuesto de responsabilidad el plazo general de prescripción (cinco años) establecido en los artículos 21 y 43 de la LGSS.
3. Juega también en este supuesto el **límite cuantitativo** que veíamos en lo que a obligaciones salariales se refiere, que viene establecido por lo que hubiera correspondido a un trabajador fijo del empresario principal, con igual categoría o puesto de trabajo.

3.1.2. Alcance de la exoneración contenida en el artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Como ya señalara MARTÍNEZ EMPERADOR ¹⁶, la identificación y el alcance del efecto exoneratorio de responsabilidad regulado en el artículo 42.1 del ET constituye «el problema interpretativo crucial» del citado precepto estatutario. Casi veinte años después de la entrada en vigor del ET no puede hablarse de criterios consolidados en esta materia, donde la jurisprudencia, escasa, no ha sido demasiado clarificadora.

¹⁴ *Ob. cit* pág. 54.

¹⁵ *Ob. cit.*

¹⁶ MARTÍNEZ EMPERADOR, R. *El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de obras y servicios*. IES. 1980.

Resultaría tedioso analizar las diferentes opiniones doctrinales por lo que modestamente vamos a proponer nuestra interpretación de dicho precepto.

En primer lugar, nuestra opinión es que los números 1 y 2 del artículo 42 del ET están íntimamente relacionados sin que establezcan dos tipos de obligaciones disociadas una de otra; por eso nuestra línea argumental ha sido considerar que aunque el número 1 habla de «propia actividad» y el número 2 de «una actividad empresarial», todo el artículo 42.2 del ET hay que referirlo a las contratas y subcontratas de obras y servicios relativos a la propia actividad.

Los problemas que se plantean son dos fundamentalmente. El primero es el relativo al incumplimiento del deber de comprobar si los contratistas o subcontratistas se hallan al corriente del pago de cuotas. El segundo es el relativo al momento en el que debe efectuarse la solicitud y los efectos de hacerlo en un momento distinto.

En cuanto al alcance del incumplimiento del deber de comprobar, no es establecer una responsabilidad distinta de la contenida en el artículo 42.2 del ET; ni en esta norma ni en ninguna otra se establece una responsabilidad del empresario principal o comitente por la contratación de obras o servicios de su propia actividad relativa a un período anterior a la celebración del negocio jurídico que da vida a la contrata.

El incumplimiento pudiera considerarse una infracción administrativa, si así estuviera tipificado en la LGSS, en el ET o en la Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social, pero lo cierto es que en ninguna de estas normas se contempla como tal. El único efecto del incumplimiento es que no se produce la exoneración de la responsabilidad del artículo 42.2 del ET.

De lo expuesto se infiere que los efectos del incumplimiento, por inconcretos, deben reducirse a considerar el precepto como una medida intimidatoria arbitrada por el legislador para sanear el mercado de las contratas, tratando de cerrar puertas al mecanismo defraudador.

Refuerza esta opinión la norma introducida por la nueva Ley del Impuesto sobre la Renta en materia de contratación administrativa a la que nos referiremos más adelante.

En cuanto al momento en el que debe formularse la solicitud de certificación de deudas a la Tesorería General de la Seguridad Social, parece ser que lo ideal es antes de celebrar el negocio jurídico que da lugar a la contrata, interpretación que coincide con la intención profiláctica del precepto. Sin embargo, lo cierto es que la norma no establece plazo alguno. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de abril de 1995 ha considerado que pueden realizarse en un momento posterior al inicio de la contrata, ahora bien, los efectos de la certificación habrá que referirlos al período posterior a la fecha de la solicitud.

Llegados a este punto es deseable concretar cuáles pueden ser los efectos de dicha solicitud. Pueden darse las siguientes situaciones:

- a) Que transcurran treinta días sin que la Tesorería General de la Seguridad Social expida dicha solicitud.

La exoneración de la responsabilidad solidaria del artículo 42.2 del ET alcanza a todo el período de la contrata posterior a la solicitud de la certificación.

- b) Si dentro del plazo de treinta días se expide certificación negativa, asimismo se produce la exoneración de la responsabilidad del artículo 42.2 del ET a partir de la fecha de la solicitud.

- c) La certificación positiva por descubiertos del contratista implica la exigencia íntegra de la responsabilidad prevista en el artículo 42.2 del ET durante todo el período de vigencia de la contrata y respecto de la totalidad de las obligaciones de Seguridad Social nacidas en ese período.

3.2. La responsabilidad subsidiaria de la Ley General de la Seguridad Social.

Tras la entrada en vigor del ET surgieron dudas acerca de si se había producido una derogación tácita de los artículos 68 y 97.1 de la LGSS, Texto Refundido de 30 de mayo de 1974, en los que se imputaba al propietario de una obra o dueño de la obra o industria, responsabilidad subsidiaria por las obligaciones de Seguridad Social del contratista. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial pronto se manifestó a favor de la vigencia de ambos preceptos tras la promulgación del ET reservando ámbitos de aplicación distintos para cada uno de ellos (STCT 14-10-1988).

El nuevo Texto Refundido de la LGSS de 20 de junio de 1994 contempla, en sus artículos 104 y 127.1, la responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra o industria contratada para el supuesto de que el empresario contratista no se hallara al corriente de sus obligaciones en materia de cotización (art. 104 de la LGSS) o hubiera sido declarado responsable, en todo o en parte, de una prestación (art. 127.1 de la LGSS) en los términos del artículo 126 de la LGSS, esto es por no haber cumplido el empresario-empileador sus obligaciones relativas a la cotización, afiliación y/o alta en Seguridad Social.

No habrá lugar a la responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto a su vivienda.

El texto actual del artículo 127.1 de la LGSS inicia su contenido señalando: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del ET», frase que ha permitido a la doctrina laboralista señalar que reafirma su vigencia, reservando al ET la responsabilidad derivada de las contratas de obras y ser-

vicios relativas a la propia actividad, mientras que la LGSS se referiría a las demás contratatas excluidas las obras de reparación de su vivienda, contratadas por el amo de casa (suscriben este planteamiento MONEREO, GODINO REYES y SAGARDOY DE SIMÓN, entre otros).

A nuestro juicio la interpretación sistemática de ambos preceptos debe ser distinta.

Los artículos 104 y 127.1 de la LGSS imponen una responsabilidad subsidiaria al dueño de la obra o industria contratada o subcontratada cuando resulte insolvente el empresario contratista o subcontratista que haya sido declarado responsable de una prestación o parte de ella o del ingreso de cotizaciones propias o de sus trabajadores; sólo excluye de dicha responsabilidad al cabeza de familia que contrate la reparación de su vivienda, expresión tan restrictiva que deja fuera de su ámbito la construcción y no la mera reparación de la propia vivienda.

En dicho precepto se incluyen, por tanto, las contratatas referidas tanto a la propia actividad, cuanto a actividades distintas a la del dueño de la obra o industria. Ahora bien, si la contrata lo fuera de una obra o servicio de la propia actividad del empresario (recuérdese que debe en este caso ser empresario aunque no sea empresario-empendedor) principal o contratista, durante el año siguiente a la terminación de la contrata podría exigirse a éste la responsabilidad solidaria del artículo 42.2 del ET, salvo que resulte exonerada, de conformidad con el artículo 42.1 del ET. La exoneración prevista en el artículo 42.1 del ET no es aplicable a la responsabilidad subsidiaria de los artículos 104 y 127.1 de la LGSS, ya que el propio artículo 42.1 del ET aclara que se refiere a la responsabilidad solidaria del artículo 42.2 del ET. Esta precisión se recoge, asimismo, en el artículo 10.3 b) del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprobó el vigente Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social.

3.2.1. Límites de la responsabilidad subsidiaria de los artículos 104 y 127.1 de la Ley General de la Seguridad Social.

a) Los artículos 104 y 127.1 de la LGSS no establecen un límite temporal expreso que restrinja las obligaciones a las nacidas durante el tiempo de la vigencia de la contrata.

El artículo 12.1 del Real Decreto 1637/1995 citado, en la redacción que le da la reforma operada por Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre, establece:

«Para las contratatas y subcontratatas de obras o servicios, el propietario de la obra o de la industria contratada, por los incumplimientos con la Seguridad Social durante el tiempo de vigencia de la contrata o subcontrata, responderá de la obligación de cotizar respecto de los trabajadores por cuenta ajena, así como del pago de prestaciones cuando el empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, de las mismas a tenor de lo previsto en los artículos 104.1 y 127.1 de la Ley General de la Seguridad Social, siempre que dicho empresario fuese declarado insolvente.»

El criterio es mucho más restrictivo que el del artículo 42.2 del ET:

El propietario de la obra no responde de todas las obligaciones «nacidas» durante el tiempo de vigencia de la contrata, sino sólo de los «incumplimientos» producidos durante ese tiempo.

En materia de cotización, la apreciación puede resultar intrascendente porque la obligación de cotizar y el incumplimiento de la misma surgen casi simultáneamente en el tiempo.

En materia de prestaciones se está al incumplimiento durante el tiempo que dure la contrata o subcontrata que, como tal, puede determinar, dentro del período de ejecución de la misma o con posterioridad, responsabilidad en las prestaciones. Habrá que estar al incumplimiento durante la contrata y el alcance de la responsabilidad, de que responde el empresario contratante de modo subsidiario, será proporcional al tiempo de incumplimiento de la obligación de que se trate que coincide con la vigencia de la contrata.

- b) El precepto reglamentario que se dicta en desarrollo de la LGSS, por tanto, se trata de un reglamento *secundum legem*, aparece *ultra vires* respecto de la Ley, al limitar la responsabilidad por cotizaciones a la aportación de los trabajadores, mientras que la Ley en su artículo 104 se refiere a la obligación del empresario de ingresar sus cotizaciones y las de sus trabajadores. En cualquier caso, se requiere que el empresario responsable principal sea un empresario «empleador» lo que excluiría a los trabajadores autónomos.
- c) No se da en este supuesto el límite cuantitativo relativo a lo que hubiera correspondido a un trabajador del propietario de la obra, la razón radica, a nuestro juicio, en que éste puede no ser ni siquiera un empresario en el sentido económico del término.
- d) En cuanto a la duración del plazo para ejercitar la acción de responsabilidad subsidiaria, hay que estar al plazo general de cinco años de prescripción de las cotizaciones y de las prestaciones.

4. Responsabilidad en materia de salud y riesgos laborales.

El artículo 19.1 del ET reconoce al trabajador «el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene».

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, ha venido a afirmar de forma expresa el deber del empresario empleador de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con su trabajo (art. 14), precisamente a través de todos los mecanismos de prevención previstos en la propia Ley.

El artículo 42.2 de la LPRL establece que la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de esa Ley, del cumplimiento durante el período de la contrata de las obligaciones impuestas por esa Ley en relación con los trabajadores que ellos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya cometido en el centro de trabajo de la empresa principal.

4.1. Definición y contenido de la responsabilidad del artículo 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

1. Se refiere a contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del principal o contratista.
2. Ha de haberse cometido una infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales que implique el incumplimiento, por parte del principal o contratista, de las obligaciones que esta normativa le impone en relación con los trabajadores del contratista o subcontratista que desempeñan los trabajos de ejecución de la contrata en el centro de trabajo de la empresa principal.

Ha de existir, por tanto, una infracción del principal de alguna de las obligaciones compartidas con el empresario contratista establecidas por esa Ley.

Si hay infracción debe haber incumplimiento doloso o culposo de la obligación por parte del principal o contratista. La Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 246/1991, de 19 de diciembre, señala que el principio de culpabilidad rige en materia de infracciones administrativas.

3. La infracción ha de haberse cometido en el centro de trabajo del empresario principal, ya que sólo si controla el espacio donde se ejecuta la contrata se le puede imputar la responsabilidad.
4. La responsabilidad, desde el punto de vista temporal, se limita al período de vigencia de la contrata.

4.2. Obligaciones que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales impone al empresario principal en materia de seguridad y salud laborales en relación con los trabajadores del contratista.

El artículo 24 de la LPRL, que lleva por título «Coordinación de las actividades empresariales», impone cuatro obligaciones específicas que pueden aplicarse al empresario principal en algunos tipos de contratas y subcontratas:

1. El artículo 24.3 de la LPRL impone a los que contraten o subcontraten obras o servicios de la propia actividad que se desarrollen en su centro de trabajo un **deber de vigilancia** del cumplimiento por parte de los contratistas o subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.
2. El artículo 24.2 de la LPRL impone al empresario titular del centro de trabajo el **deber de informar sobre los posibles riesgos existentes en ese centro de trabajo y sobre las medidas de protección y emergencia adoptadas** frente a dichos riesgos, a fin de que los empresarios que desarrollen su actividad en dichos centros de trabajo trasladen dicha información a sus trabajadores.
3. El artículo 24.1 de la LPRL establece que, si la contrata se desarrolla en el centro de trabajo de la empresa principal, contratante y contratista tienen el deber de cooperar en la aplicación de la normativa sobre riesgos laborales, esto es, se establece un **deber de coordinación**, deber ya previsto en el Convenio 155 OIT y en la Directiva n.º 89/391/CEE.
4. El artículo 24.4 de la LPRL impone al empresario un **deber de información**, a fin de prevenir riesgos laborales, cuando, a pesar de no ejecutarse la contrata en su centro de trabajo, el principal aporta maquinaria, equipos, materias primas o productos para la realización de los trabajos objeto de contratación, información que debe ir referida a la **correcta utilización y manipulación de los equipos o materiales**.

En realidad este precepto establece una obligación exclusiva del empresario principal sin que se mencione, en este caso, al contratista o subcontratista; además, al referirse a contratas y subcontratas que se desarrollan fuera del centro de trabajo del empresario principal no es de aplicación la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 42.2 de la LPRL.

El artículo 24.5 de la LPRL señala que los deberes de cooperación y de instrucción que se recogen en los apartados 1 y 2 serán de aplicación respecto de los trabajadores autónomos que desarrollen actividades en dichos centros de trabajo. De conformidad con este precepto, que excluye de la extensión al n.º 3, no hay duda que no existe responsabilidad solidaria en caso de que el contratista o subcontratista sea un trabajador autónomo, a no ser que tenga empleados, en cuyo caso se trataría de un empresario-empleador.

El tema es importante ya que la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social ha cambiado la filosofía inicial de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, y así ha convertido a los trabajadores autónomos en sujetos obligados por la normativa de prevención de riesgos laborales, que en principio concretaba su aplicación a las relaciones laborales reguladas en el Texto Refundido de la Ley del ET (art. 3.1 de la LPRL).

La Ley 50/1998 modifica el artículo 45.1 de la LPRL que pasa a tener el siguiente tenor literal:

«1. Son infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales las acciones u omisiones de los empresarios, las de las Entidades que actúen como Servicios de Prevención, las auditoras y las formativas en dicha materia y ajenas a las empresas, así como las de los promotores y propietarios de obra y los trabajadores por cuenta propia, que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los Convenios Colectivos en materia de seguridad y salud laboral, sujetos a responsabilidad conforme a la presente Ley».

De conformidad con dicho precepto los responsables del cumplimiento de la normativa de seguridad y salud laborales son, no sólo los empresarios-empleadores, sino también las entidades que actúen como servicios de prevención, efectúen auditorías del sistema de prevención de las empresas o realicen tareas formativas en esta materia, los promotores y propietarios de obras y los trabajadores por cuenta propia. Sin embargo, el hecho de que puedan ser infractores de la normativa de prevención de riesgos laborales no determina que la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 42.2 de la LPRL se extienda a las infracciones cometidas por los trabajadores autónomos, ya que la norma no lo dice y si el legislador así lo hubiera querido hubiera modificado dicho precepto como lo ha hecho con el citado artículo 45.1 y como con diversos apartados de los artículos 47, 48 y 49.

El incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud laborales va a dar lugar a un cuadro de responsabilidades de distinto orden:

4.2.1. Responsabilidades administrativas.

El incumplimiento de las obligaciones impuestas al empresario principal en materia de seguridad y salud constituyen infracciones sancionadas en la propia Ley de Riesgos Laborales, que ha desplazado a la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social en esta materia.

a) El artículo 47.13 de la LPRL (modificado por la Ley 50/1998) considera infracción grave la falta de adopción de medidas de coordinación y de cooperación necesarias para la protección y prevención de riesgos laborales por parte de los empresarios y de los trabajadores por cuenta propia que desarrollen su actividad en un mismo centro de trabajo.

El artículo 48.9 de la LPRL (modificado por la Ley 50/1998) tipifica como infracción muy grave esa falta de cooperación y coordinación cuando se trate de actividades consideradas como peligrosas o con riesgos especiales.

- b) El artículo 47.14 de la LPRL (modificado por la Ley 50/1998) considera como infracción grave la falta de cumplimiento del deber de información previsto en el artículo 24.2 de la LPRL. En esta infracción sólo puede incurrir el empresario principal.

El artículo 48.10 de la LPRL (modificado por la Ley 50/1998) contempla como tipo agravado la falta de información sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia, cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales.

- c) El incumplimiento del deber impuesto en el artículo 24.4 de la LPRL no tiene tipo específico pero puede incluirse en el tipo general del artículo 46.4 de la LPRL que considera falta leve cualquier incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, o en el tipo agravado del artículo 48.8 que considera falta muy grave si de tal incumplimiento se deriva un riesgo para la seguridad o salud de los trabajadores del contratista.
- d) El núcleo esencial está en el incumplimiento del deber de vigilancia del artículo 24.3 de la LPRL referido a contratas de obras o servicios de la propia actividad desarrollados en el propio centro de trabajo.

La LPRL no configura su infracción como un tipo infractor autónomo, de tal modo que sólo tendrá relevancia cuando tal incumplimiento vaya acompañado de otro específico del contratista en materia de prevención de riesgos laborales, en cuyo caso entrará en juego la responsabilidad solidaria del artículo 42.2 de la LPRL en los términos vistos más arriba. Habrá una infracción del contratista de una norma de prevención de riesgos laborales que determinará, si concurre la infracción del deber de vigilancia del principal, la responsabilidad solidaria del principal en la infracción del contratista.

Fuera de la LPRL, la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, de 7 de abril de 1988 (en adelante, LISOS), establece un supuesto adicional de responsabilidad administrativa exigible al empresario principal:

El artículo 15.8, párrafo 3.º de la LISOS (antiguo art. 15.7, párrafo 3.º, que pasa a ser en art. 15.8 párrafo 3.º tras la modificación operada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, que añade dos nuevos números al art. 15 que se colocan como n.º 7 y n.º 9, pasando el antiguo n.º 7 a ser el n.º 8 en la redacción vigente) atribuye responsabilidad solidaria al empresario principal y al contratista de obras y servicios de las infracciones cometidas por el contratista o subcontratista durante todo el tiempo de vigencia de la contrata, consistente en dar ocupación a trabajadores beneficiarios de pensiones y otras prestaciones periódicas, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no hayan sido dados de alta en la Seguridad Social.

4.2.2. Responsabilidades penales y civiles.

El artículo 42.1 de la LPRL establece que el incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales puede dar lugar a responsabilidades civiles y penales.

En cuanto a la responsabilidad penal hay que buscarla en el artículo 316 del Código Penal (en adelante, CP), completado por el artículo 317 del CP, encuadrado en el Capítulo dedicado a los delitos contra los derechos de los trabajadores que configura como un tipo específico el imputable:

«a los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados no faciliten los medios necesarios para que sus trabajadores desarrollen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud e integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.»

Dicha responsabilidad es imputable al empresario principal si le es imputable a título de dolo o culpa la infracción de medidas de prevención que pone en peligro la vida, salud o integridad física de los trabajadores del contratista.

La responsabilidad civil viene dada de la aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del CC en relación con el artículo 24.3 de la LPRL. De una parte el empresario principal responde de los daños causados por sus incumplimientos de las obligaciones que le incumben en materia de prevención de riesgos laborales, así como de los incumplimientos del contratista o subcontratista si ha incurrido en culpa *in vigilando*.

4.2.3. El recargo en las prestaciones de Seguridad Social por infracciones de seguridad e higiene en el trabajo.

El artículo 123.1 de la LGSS establece que las prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional se incrementarán entre un 30% y un 50% cuando la lesión se haya producido como consecuencia de las normas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo.

El artículo 123.2 de la LGSS atribuye al empresario infractor la responsabilidad del pago del recargo que no puede ser objeto de aseguramiento.

La cuestión que interesa a nuestro estudio es si de dicha responsabilidad de Seguridad Social responde el empresario principal cuando ha subcontratado una obra o servicio.

La primera jurisprudencia tras el ET entendió que dicha responsabilidad no era trasladable al empresario principal o al contratista (SSTS -Sala 3.ª- de 16-2 y 10-5-1990).

A pesar de esa tendencia, la doctrina mayoritariamente entendía comprendida la responsabilidad por recargo en las prestaciones como una responsabilidad encuadrable en el artículo 42.2 del ET como «responsabilidad de obligaciones referidas a la Seguridad Social».

La cuestión ha sido tratada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1992 que sienta las siguientes premisas:

1. La responsabilidad del empresario principal se basa en el artículo 42.2 del ET. En consecuencia sólo cabe referirla a contratas de la propia actividad.
2. La responsabilidad, aunque se basa en el artículo 42.2 del ET, no es una responsabilidad por hecho ajeno, ha de poder considerarse al principal o comitente como empresario infractor.
3. La sentencia no lo dice, porque en esa fecha no se había promulgado la LPRL, pero tras ella, la infracción ha de quedar referida a contratas que se ejecuten en el centro de trabajo del principal o comitente, a fin de que la infracción del contratista o subcontratista le sea imputable aunque sea a título de negligencia.
4. El artículo 42.2 del ET no se opone a la normativa contenida en el artículo 153 de la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo sino que se complementan. En la actualidad esta mención de la resolución judicial debería reconducirnos a una interpretación conjunta del artículo 42.2 del ET, artículo 123 de la LGSS y artículo 42.2 de la LPRL, de la cual se infiere:
 - a) El fundamento de la exigencia de responsabilidad solidaria del recargo en las prestaciones se encuentra en el artículo 42.2 del ET, la única incidencia del artículo 42.2 de la LPRL es limitar el supuesto determinante de la exigencia de responsabilidad (por la vía de la exigencia de imputabilidad a título de dolo o culpa) a las contratas que se desarrollen en el centro de trabajo del empresario principal o contratista.
 - b) Si la responsabilidad solidaria ha de ser matizada al exigir como presupuesto de aplicabilidad la existencia de «empresario infractor», la LPRL va a permitir una mayor precisión a la hora de determinar los supuestos en los que el empresario principal puede considerarse infractor, pues tales serán los casos en los que haya infringido los deberes del artículo 24 de la LPRL, en particular el deber de vigilancia del artículo 24.3 de la LPRL.

5. Responsabilidad fiscal en supuestos de contratas y subcontratas.

En la legislación fiscal no existe ninguna norma que atribuya directamente al empresario que contrate o subcontrate la realización de una obra o servicio la responsabilidad derivada del incumplimiento por parte del contratista o subcontratista de obligaciones fiscales.

La única norma que se refiere directamente a la contratación o subcontratación ha sido introducida por la disposición adicional decimoctava de la Ley 40/1998, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias, que bajo el título «Información con trascendencia tributaria» tiene el siguiente tenor literal:

«Cuando en aplicación de lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, el adjudicatario concierte con terceros la realización parcial del contrato, la Administración contratante queda obligada a suministrar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria la siguiente información:

- a) Identificación del contratista.
- b) Identificación de las partes del contrato a realizar por el subcontratista.
- c) Importe de las prestaciones subcontratadas.

La citada información deberá suministrarse en el plazo de cinco días, computados desde aquel en que tenga lugar la comunicación del contratista a la Administración, establecida en el apartado 2.a) del citado texto legal.»

El artículo 116 de la LCAP permite la subcontratación de los contratos adjudicados, subcontratación que sólo se impide cuando por su naturaleza y condiciones se deduzca que sólo puede ser realizado directamente por el adjudicatario. La subcontratación sólo ha de ser autorizada previamente de modo expreso por la Administración contratante cuando se trate de contratos de carácter reservado o secreto o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales; en los demás supuestos sólo se exige que dicha subcontratación se comunique por escrito a la Administración con indicación de las partes del contrato a realizar por el subcontratista, que no podrán exceder del 50 por 100 de presupuesto del contrato.

En cualquier caso, el número 4 del artículo 116 de la LCAP señala que no podrá concertarse por el contratista la ejecución total o parcial del contrato con personas incursas en suspensión de clasificaciones o inhabilitación para contratar.

Este último apartado debe ponerse en relación con el Título II de la LCAP: «De los requisitos para contratar con la Administración».

El artículo 20 de la LCAP señala que: «En ningún caso podrán contratar con la Administración las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- f) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determine».

Por su parte, el artículo 22 de la LCAP señala que las adjudicaciones de contratos en favor de personas que se hallen comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 20 serán nulas de pleno derecho.

Asimismo, el artículo 34.4 c) de la LCAP señala que producirá la suspensión definitiva de la clasificación, en tanto subsista, estar el empresario incurso en alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 20 f) de la LCAP.

De lo expuesto se infiere que existe una prohibición de subcontratar con personas que no se hallen al corriente de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social. Sin embargo, la Administración no tiene control sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones sociales y tributarias por parte del subcontratista, no interviniendo en la concertación de la subcontrata. Sólo tiene conocimiento de ésta *a posteriori*, lo que viene a añadir la nueva Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas es la obligación de dar traslado de la información que recibe la Administración contratante acerca de lo subcontratado por el contratista a fin de que la Agencia Estatal de la Administración Tributaria examine y utilice la información con fines tributarios.

Pudiera pensarse que lo que se pretende es que la Administración Tributaria pueda examinar si se puede dar la prohibición contenida en el artículo 116.4 de la LCAP, a fin de que el Estado pueda ejercitar las acciones tendentes a declarar la nulidad del negocio jurídico determinante de la subcontrata, ya que existe un interés público en excluir del ámbito de la contratación administrativa a las empresas que no cumplan sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social. Tal consideración choca frontalmente con las restricciones que establece el artículo 113.1 de la Ley General Tributaria (al que da nueva redacción la disposición adicional decimoquinta de la propia Ley 40/1998), cuando señala que los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración Tributaria en el desempeño de sus funciones tienen carácter reservado y sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos y recursos cuya gestión tenga encomendada, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros salvo que la cesión tenga por objeto alguno de los que taxativamente se enun-

cion en su texto; entre éstos no tiene cabida, en principio (salvo que se realice una interpretación extensiva por parte de los Tribunales, lo que no parece muy probable), la colaboración en materia de contratación administrativa, ya que la colaboración entre Administraciones Públicas se circunscribe a la colaboración entre Administraciones Tributarias en el ámbito estrictamente tributario; a la colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la lucha contra el fraude en materia de cotización, recaudación y prestaciones de Seguridad Social y en el caso de otras Administraciones limita el traslado de información al supuesto de lucha contra el fraude en la obtención o percepción de ayudas y subvenciones con cargo a fondos públicos o de la Unión Europea. Todo nos lleva a pensar que el precepto analizado viene a suponer un primer control de la incidencia del fraude fiscal en el sector de la subcontratación administrativa, a fin de evaluar la posibilidad de establecer algún tipo de responsabilidad fiscal en materia de contratación y subcontratación de obras y servicios para el supuesto de uso lícito de esta forma de organización productiva.

Queda por señalar que constante la subcontrata, el contratista subcontratante es responsable de las obligaciones laborales, de seguridad social y en materia de salud y riesgos laborales en los términos señalados en los apartados precedentes, no así la Administración contratante, ya que la responsabilidad que se establece en la normativa estudiada es pareada y no en cascada, como ya hemos tenido ocasión de señalar.

En materia fiscal no existe responsabilidad de la Administración o empresario contratante o del contratista subcontratante, salvo que se entienda que ha sucedido en la actividad al contratista o subcontratista que no se halla al corriente con sus obligaciones tributarias.

Ya hemos tenido ocasión de examinar más arriba que en ocasiones se presentan dudas acerca de cuándo estamos ante el fenómeno de la sucesión de empresa y cuándo ante el de la mera contrata o subcontrata en materia laboral. Hemos señalado que para la doctrina legal y jurisprudencial en materia laboral y de Seguridad Social lo determinante era la sucesión, no sólo en la actividad sino también en los demás elementos personales y patrimoniales de que se compone la «empresa» como sujeto de relaciones jurídicas. El artículo 44 del ET determina la responsabilidad solidaria entre sucesor y sucedido como consecuencia de cualquier cambio de titularidad por acto *inter vivos* ya sea de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma, y ello respecto de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la sucesión e incluso de las posteriores si la sucesión fuese declarada delito. En aplicación de los preceptos citados, la doctrina del Tribunal Supremo en Sentencias de 16 de junio de 1983 (R.A. 3017); 29 de marzo de 1985 (R.A. 1454); 26 de enero de 1987 (R.A. 292) o la de 10 de mayo de 1988 (R.A. 3592), ha venido exigiendo para que se dé sucesión empresarial dos requisitos:

- a) Uno de carácter subjetivo representado por la transferencia o tracto sucesivo entre el antiguo y el nuevo empresario adquirente o sucesor, o sea, cambio de titularidad de negocio o centro de trabajo autónomo.

- b) Otro de carácter objetivo consistente en la entrega efectiva del conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad de la actividad empresarial, es decir, la permanencia de ésta con una unidad en sus factores técnicos y organizativos y productivos, unidad socio-económica de producción que configura la identidad del objeto de sucesión.

El propio Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de enero de 1988 (R.A. 56), interpretando el artículo 44, señala textualmente que «el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores está contemplando tres supuestos de sucesión empresarial: cambio de titularidad de la empresa en su conjunto y de forma total, cambio de titularidad de un centro de trabajo y cambio de una unidad productiva autónoma de la empresa; aunque el Estatuto de los Trabajadores no contenga una verdadera noción de empresa, entendida desde su vertiente laboral, al limitarse a decir en su artículo 1 punto 2 en relación con el 1 que serán empresarios todas las personas físicas o jurídicas o comunidades de bienes que reciben la prestación de servicios de los trabajadores, es decir, de quienes trabajan por cuenta de otro -la empresa- y dentro del ámbito de organización y dirección de quien recibe la prestación de sus servicios, se puede definir la misma como organización económica de elementos productivos encaminada a la producción de bienes o servicios, debiendo entenderse como centro de trabajo, la unidad productiva con organización específica que es dada de alta como tal ante la autoridad laboral (art. 1 punto 5 del Estatuto), y como señala la Sentencia de esta Sala de 6 de abril de 1973 (R.1543) por unidad productiva autónoma, el centro de trabajo o unidad de explotación claramente diferenciado que constituya una unidad socio-económica de producción».

Junto a esta noción restrictiva, la jurisprudencia comunitaria da una versión más amplia de lo que se entiende por sucesión empresarial reconduciéndolo a la mera sucesión en la actividad, si bien es cierto que los fallos estudiados se refieren fundamentalmente a los supuestos en que la organización empresarial se reduce fundamentalmente a la realización por parte de los empleados de una actividad.

En este panorama, el artículo 72 de la Ley General Tributaria (en adelante, LGT), incardinado dentro de la Sección dedicada a las garantías del crédito tributario, señala textualmente:

- «1. Las deudas y responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de explotaciones y actividades económicas por personas físicas, sociedades y entidades jurídicas serán exigibles a quienes les sucedan por cualquier concepto en la respectiva titularidad, sin perjuicio de lo que para la herencia aceptada a beneficio de inventario establece el Código Civil.
2. El que pretenda adquirir dicha titularidad, y previa la conformidad del titular actual, tendrá derecho a solicitar de la Administración certificación detallada de las deudas y responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de la explotación y activida-

des a que se refiere el apartado anterior. En el caso de que la certificación se expidiera con contenido negativo o no se facilitara en el plazo de dos meses, quedará aquél exento de la responsabilidad establecida en este artículo.»

El segundo apartado de este precepto contiene una exoneración del tipo de la establecida en el artículo 42.1 del ET, si bien con una mejor técnica jurídica por dos razones fundamentales, de una parte la exoneración se pospone a la norma que determina la responsabilidad, de otra se establece como requisito que la persona física o jurídica de la que se va a solicitar información fiscal de su consentimiento para que dicha información se facilite a un tercero, lo que concuerda con el respeto a los derechos y garantías constitucionales que debe todo aquel que maneja ficheros informatizados de carácter reservado.

El párrafo primero es más problemático. En principio se dice que no es un supuesto de responsabilidad solidaria por sucesión empresarial sino una «garantía del crédito tributario». A nuestro juicio se trata de un eufemismo que se justifica porque, al contrario de lo que se establece en el artículo 37 de la LGT en la redacción que le da la Ley 25/1995, de 20 de julio, según el cual la responsabilidad solidaria no alcanza al importe de las sanciones salvo cuando dicha responsabilidad resulte de la participación del responsable como causante o colaborador en la comisión de la infracción tributaria, en cuyo caso no estaremos realmente ante un supuesto de responsabilidad sino ante la imputación de la comisión de la infracción tributaria al declarado responsable, en el supuesto de sucesión con la excusa de que se trata de una garantía del crédito tributario se traslada al sucesor la totalidad de las contingencias fiscales del transmitente, incluyendo los importes correspondientes a sanciones y recargos de apremio. El alcance de la responsabilidad ha quedado perfectamente delimitado en la Instrucción de 2 de noviembre de 1995, del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria relativa a los responsables del pago de las deudas tributarias. A nuestro juicio es muy criticable esta regulación ya que vulnera los principios constitucionales de culpabilidad y personalidad de las penas que es trasladable a las sanciones administrativas, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, entre otras, en la Sentencia ya citada n.º 246/1991, de 19 de diciembre, y establecido con carácter general por el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, estableciendo en el n.º 3 de ese mismo artículo que cuando el cumplimiento de una obligación corresponda conjuntamente a varias personas, responderán de forma solidaria de las infracciones que se cometan y de las sanciones que en su caso se impongan. Sigue diciendo el precepto que serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas o jurídicas sobre las que tal deber recaiga cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los diferentes regímenes sancionadores. De lo expuesto se infiere que el derecho administrativo sancionador exige la culpabilidad del sancionado sea por coautoría sea por culpa *in vigilando* siempre que dicha responsabilidad esté convenientemente prevista en una norma de rango legal.

Lo cierto es que todos los supuestos de responsabilidad solidaria en materia tributaria constituyen una garantía del crédito tributario, como ha afirmado el profesor RODRÍGUEZ BEREJO ¹⁷ «la especial naturaleza de la obligación tributaria, el particular interés jurídico protegido, así como la trascendental función-fin que cumple, que no es otra que hacer concurrir a la cobertura de los gastos públicos a todos los que de algún modo están interesados en la existencia y funcionamiento del Estado, hace que el ordenamiento jurídico tenga una especial preocupación por la efectividad práctica de los tributos, disponiendo los medios de tutela tendentes a asegurar su adecuado y exacto cumplimiento». De tal modo que como ha afirmado GARRETA SUCH ¹⁸ todo el tema de los responsables tributarios está afectado por esta necesidad de eficacia de la Administración en el cobro de los tributos.

Pese a las críticas que hemos señalado, tenemos que desde el punto de vista objetivo la responsabilidad solidaria de sucesor en materia tributaria se extiende tanto al principal de la deuda cuanto a las sanciones, los recargos e intereses que procedan.

Desde el punto de vista subjetivo conviene deslindar quién es sucesor a efectos tributarios, aunque la norma no es muy explícita ya que habla de «quienes sucedan por cualquier concepto en la titularidad», esta frase hay que referirla a «ejercicio de explotaciones y actividades económicas», de tal modo que tal y como se ha interpretado por la Instrucción citada, hay una traslación de la totalidad de las contingencias fiscales del transmitente al sucesor «en la titularidad o ejercicio de actividades económicas». De ordinario la jurisprudencia ha venido exigiendo que la sucesión en la titularidad de una explotación, de una empresa, conlleve la transmisión de los elementos patrimoniales y/o del personal precisos para el ejercicio de la actividad propia de la misma. Sin embargo, para aquellos casos de sucesión en la mera actividad económica, cuando ésta constituye realmente todo el contenido patrimonial de la empresa (*v. gr.*, empresas de limpieza, empresas de seguridad, etc.) va a determinar que se considere que ha existido sucesión a efectos fiscales. Si trasladamos este supuesto al tema de la contratación y subcontratación de obras y servicios, debemos reseñar que el hecho de que la contrata o subcontrata no pertenezca a la propia actividad no opera como límite en estos supuestos, de tal modo que cuando se sustituya a la empresa contratista o subcontratista, o se retome el ejercicio de la actividad por el principal podríamos asistir a la declaración de responsabilidad por sucesión en materia tributaria. De igual modo, en los supuestos de concesiones de explotación del servicio de cafetería o restaurante de las Administraciones u otras Entidades de Derecho Público, donde es frecuente que se conceda la explotación aportando el organismo concedente todos los elementos patrimoniales precisos para el ejercicio de la actividad por parte del concesionario, nos podemos encontrar con declaraciones de responsabilidad por sucesión de carácter tributario, sin que sea preciso, en estos supuestos, que exista una transmisión de elementos patrimoniales, siendo suficiente la mera sucesión en la explotación, en la actividad de gestión del servicio de que se trate.

¹⁷ RODRÍGUEZ BEREJO, A. «Las garantías del crédito tributario», *CIVITAS-REDF* n.º 30, pág. 181.

¹⁸ GARRETA SUCH, J.M. *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 1991, pág. 149.

IV. CONCLUSIONES

Aun a riesgo de ser reiterativos, no podemos dejar de enunciar brevemente las conclusiones principales de este estudio que pueden resumirse del modo siguiente:

- 1.^a La responsabilidad (solidaria o subsidiaria) del empresario principal o contratista de obras y servicios por obligaciones del contratista o subcontratista, respectivamente, sólo se establece de modo expreso en la rama social del Derecho, no así en Derecho Tributario, donde sin embargo algún supuesto de contratación, subcontratación, o recuperación de la actividad subcontratada por el principal puede reconducirse a la figura del responsable solidario por sucesión en la titularidad o ejercicio de explotaciones y actividades económicas regulado en el artículo 72 de la LGT.
- 2.^a La responsabilidad solidaria del artículo 42.2 del ET, aunque admite los supuestos de contratas y subcontratas, es determinante de una responsabilidad pareada y no de una responsabilidad en cascada.
- 3.^a El artículo 42.1 del ET no introduce una responsabilidad de distinta naturaleza en materia de Seguridad Social a la que se contempla en el n.º 2 de ese mismo precepto, sino que hay que poner ambos en íntima relación, estableciéndose únicamente un supuesto de exoneración de la responsabilidad establecida en el n.º 2, sin perjuicio de la función profiláctica que sin duda ejerce la norma contenida en el n.º 1 del artículo 42 del ET citado.
- 4.^a La responsabilidad solidaria del artículo 42 del ET se limita a las contratas y subcontratas de obras y servicios relativos a la propia actividad del empresario principal o contratista, mientras que la responsabilidad subsidiaria establecida por los artículos 104 y 127 de la LGSS en relación con las obligaciones de Seguridad Social se refiere no a todo tipo de contratas y subcontratas de obras y servicios salvo las de reparación de la vivienda realizadas por el amo de la casa, lo que no excluye a las contratas y subcontratas relativas a la propia actividad del contratante o subcontratante, entrando en juego la responsabilidad subsidiaria a partir de la extinción de la acción para hacer valer la responsabilidad solidaria del artículo 42 del ET.
- 5.^a Se ha clarificado la responsabilidad en materia de salud y riesgos laborales, partiendo de un deber de cooperación de todas las empresas que concurran en la realización de una actividad, estableciéndose la responsabilidad solidaria en materia de contratas y subcontratas del empresario principal o contratista cuando se contratan o subcontratan obras o servicios correspondientes a la propia actividad y el ejercicio de la actividad se realiza en el centro de trabajo del empresario principal o del empresario contratista, la razón está en

que la responsabilidad del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte del empresario contratista o subcontratista debe serle imputable al empresario principal o contratista a título de dolo o negligencia, lo que ha supuesto un alejamiento de la responsabilidad objetiva en esta materia, con el correspondiente acercamiento a los principios constitucionales en materia de derecho punitivo o sancionador. Este alejamiento de la responsabilidad objetiva debe extenderse al supuesto de responsabilidad solidaria *ex* artículo 42 del ET en el supuesto del recargo en las prestaciones como consecuencia del incumplimiento de normas de prevención de riesgos laborales, por cuanto la filosofía de la LPRL va a extender el principio de culpabilidad a este supuesto especial de responsabilidad solidaria por obligaciones de Seguridad Social.