

MANUEL GARCÍA PIQUERAS

*Inspector de Trabajo y Seguridad Social. Profesor Asociado
de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de
Granada.*

ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 1997

Extracto:

Los modernos métodos de producción han generado unas nuevas maneras, adaptadas a las actuales exigencias técnicas, económicas o simplemente de mercado. El sistema de producción en cadena ha dado lugar a lo que se ha llamado «descentralización productiva» por cuya virtud cada eslabón de la cadena es, para él, un producto terminado, que al unirse a los otros eslabones, da lugar a la cadena completa, que es el producto final.

El ordenamiento jurídico ha salido del paso de este fenómeno estableciendo una serie de garantías que, al tiempo que admiten el sistema descentralizado de producción, evitan los posibles fraudes que de él pudieran derivarse.

En el ordenamiento jurídico laboral, el establecimiento de responsabilidades derivadas o comunicadas, abarcan un ámbito afectante a materia de salarios, Seguridad Social y prevención de riesgos laborales, quizá de forma incompleta, pero es lo peor que en su regulación suscita tantas dudas, que un detenido estudio atento a clarificar la aplicación de estas normas parece imprescindible.

A este empeño se dedica este trabajo cuyo mejor éxito será el contribuir, bien sea que modestamente, a que el estudioso encuentre una nueva fuente de conocimiento en tan dedicada frecuente materia.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Las contratas y subcontratas en el ordenamiento jurídico.
- III. La regulación positiva y su problemática.
- IV. Los precedentes normativos de la regulación positiva actual.
- V. Los enigmas del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores y su tratamiento doctrinal.
 1. El párrafo primero.
 - 1.1. Una visión distinta.
 - 1.2. La regulación reglamentaria, un problema sobreañadido.
 2. El párrafo segundo.
 - 2.1. Obligaciones de índole laboral.
 - 2.2. Obligaciones en materia de Seguridad Social.
- VI. Responsabilidad por obligaciones en materia de riesgos laborales.
- VII. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Es una palpable realidad que, por virtud de imperativos de todo orden, tanto técnicos como jurídicos y hasta sociológicos, se han adoptado maneras de comportamiento que han determinado nuevos modos de operar en el moderno sistema productivo, dando lugar al fenómeno que se conoce como descentralización productiva.

Las empresas, por razones varias, deciden abandonar la idea de producción integral para encarar a otras la elaboración de productos que, una vez terminados, pasan a integrarse en su proceso productivo, mediante su incorporación al producto final. Así como la época de la Revolución Industrial conoció el fenómeno de la división del trabajo, los tiempos modernos han visto surgir este nuevo modo de producción que supone toda una novedad socioeconómica, por cuanto que el concepto de producción integral cede su puesto al de producción descentralizada, creando una estructura de conformación reticular en la que una o varias empresas productivas figuran en el centro de la tela de araña, encargando a las periféricas la elaboración de productos que corresponden a su ciclo productivo, pero que por virtud de la especialización, entre otras razones, conviene que las fabrique otro, adquiriéndolas después el comitente, como productos terminados, con la peculiaridad de que al incorporarlas a su patrimonio se convierten en piezas del producto final, de modo que además de una vinculación industrial puede hablarse de una relación comercial. Las relaciones jurídicas que tienen lugar en aquel ámbito han dejado de pertenecer a la órbita del Derecho del Trabajo para integrarse en el mundo de lo civil o mercantil. Lo que en otros tiempos resolvía la empresa con su propio personal, hoy lo solventa acudiendo a la producción de otras empresas que, a su vez, son las empleadoras de su propio personal. La empresa principal se desentiende de éste e incluso lo desconoce.

Emerge, de ese modo, el concepto de empresa auxiliar que configura la estructura socioeconómica del mundo de la producción industrial moderna.

La inercia desreguladora y flexibilizadora que tanta fortuna ha tenido en la clase empleadora, deseosa de liberarse de ataduras jurídicas, que se pretenden entorpecedoras de la libertad de empresa, puede suponer un peligroso retroceso en el camino andado. Si bien los términos jurídicos están clarificados, la aparición de nuevas figuras, con ropaje antiguo, puede inundar un ámbito del Derecho que hasta ahora parecía reservado a una específica categoría de relaciones sociales, regladas con criterios esencialmente garantistas.

La cuestión se complica, ya que, en ocasiones, esa descentralización no es sólo de primer grado, sino que se diversifica de manera indefinida, en un encadenamiento reticular, radial o simplemente lineal, puesto que el encargo que hizo el principal al contratista puede, a su vez, ser subcontratado por éste a otro, y éste encargar su ejecución a un tercero, en todo o en parte, por razones de gestión o simplemente de especialización, dando lugar a una red en la cadena productiva, que puede prolongarse ilimitadamente, con posibles matices de irregularidad que hagan difícil, si no imposible, que el primitivo comitente no pierda el control del aparato productivo que él mismo generó.

Sin duda que en esa compleja cadena de producción descentralizada, es frecuente que termine apareciendo el empresario insolvente, dada la falta de consistencia y tejido empresarial que en muchos casos caracteriza a esas empresas, y lo que se concibió como una forma moderna de producción, desemboque en una situación netamente fraudulenta. Lo que surgió como algo funcional, puede terminar siendo un instrumento dislocador de la realidad social a la que pretende servir.

II. LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

El ordenamiento jurídico no se ha desentendido del fenómeno descentralizador; el legislador ha arbitrado desde antiguo medios para que la realidad económica y su necesaria ejecución no quede exenta de regulación garantizadora, de modo que el orden jurídico no haya de verse perturbado por nuevos modelos productivos, sino que éstos han de desenvolverse con el imprescindible respeto a la normativa en cada caso aplicable, sea del orden civil, mercantil o laboral.

La jurisprudencia ha sido expresiva al afirmar (STS de 27 de octubre de 1994) que «el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva, y así lo reconoce el artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores cuando se refiere a la contratación o subcontratación para la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa, lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que, por esta vía, puedan vulnerarse derechos de los trabajadores».

Y es que el desplazamiento de funciones que supone el modelo descentralizado de producción, abre la puerta al fraude de ley, de manera que, en la búsqueda de un abaratamiento de costos

de producción, se lesionen elementales derechos de quienes, participando en el proceso como trabajadores de empresas auxiliares, ven reducidas sus legítimas garantías en favor de una política empresarial deseablemente competitiva.

Entre la garantía de esos derechos de los trabajadores y la aceptación sin cortapisas del modelo, se sitúa la legislación reguladora del moderno fenómeno productivo descentralizado.

Se trata de evitar que tales procesos se efectúen en perjuicio de las condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas por normas legales o pactadas, especialmente en materia de salarios, Seguridad Social y seguridad en el trabajo (1).

Para delimitar el concepto de contrata, el Tribunal Central de Trabajo, en su Sentencia de 10 de abril de 1989 estableció lo siguiente: «El término contrata designa una de las variantes del tipo contractual que el Código Civil llama arrendamiento de obra. La característica fundamental de este último es la existencia de una obligación de resultado: la obra que una de las partes se compromete a hacer a cambio de un precio cierto y determinado. Tal obra o resultado puede conseguirse mediante el trabajo personal de la parte obligada a su consecución o mediante la organización de medios materiales y personales a la que llamamos empresa. En terminología italiana, que está adquiriendo entre nosotros carta de naturaleza, a la primera de estas variantes de contrato de arrendamiento de obra se suele llamar "contrato de ejecución de obra", y la segunda "contrato de empresa". Lo que en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores se llama "contrato" no es otra cosa que el referido contrato de empresa, entrañando, por tanto, la realización de una obra o servicio determinado por parte del empresario contratista y la obligación correlativa de pagar un precio cierto por parte del empresario contratante o comitente».

Sin embargo, el concepto resulta insuficiente, como ha expresado CRUZ VILLALÓN (2), ya que el Derecho positivo no se circunscribe al contrato de ejecución de obra o de empresa, sino que no impide que la contrata se instrumente mediante otras figuras jurídicas, como la compraventa, el mandato, suministro, comisión, etc., sin perjuicio de que la ejecución de obra sea el tipo contractual más idóneo para dar cumplimiento al fin que se pretende.

Pero interesa dar un paso más, en orden a dejar claros los conceptos que maneja la normativa laboral. La relación jurídica que vincula al comitente con el contratista, es un vínculo de Derecho privado, sujeto a la normativa civil o mercantil, con independencia de que el primero carezca de relación con el personal al servicio del segundo, en principio.

Y es que la concertación del vínculo civil o mercantil se ve infiltrada por la norma de Derecho Laboral, que determina las condiciones contractuales privadas, imponiendo una comu-

(1) CRUZ VILLALÓN, J. «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas». *Relaciones Laborales*, núm. 2. 1992.

(2) CRUZ VILLALÓN, J. *Ob. cit.*

nicación de responsabilidades, entre comitente y contratista, que dan lugar al surgimiento de obligaciones que nacen *ex lege*, con carácter de indisponibles por las partes, dado su carácter de Derecho necesario. De este modo, el contrato de ejecución de obra se ve modalizado por la imposición de Derecho imperativo que limita la autonomía de la voluntad de las partes, pero desde el mismo fondo del contrato, es decir, el surgimiento de la responsabilidad comunicada está supeditado a la concertación del contrato de Derecho privado, sin el cual no puede existir obligación alguna, ya que constituye su soporte jurídico. Este detalle es importante por lo que ahora se verá.

Desde luego que hay que rechazar el planteamiento simplista. La figura de la ejecución de obra puede agotarse en el contrato primero o puede ser éste sólo el inicio de una cadena de subcontratos que, por variadas causas, puede encargar el contratista a otros, con la definitiva intención de entregar el objeto terminado del contrato que inicialmente se concertó. Surge la figura del subcontratista, como un contratista de segundo, tercero o enésimo grado. La norma positiva no se pronuncia sobre la cuestión, aunque debiera haberlo hecho.

Para RODRÍGUEZ PIÑERO (3) la subcontratación se da cuando el contratista, para realizar la obra prometida, pacta con otros contratistas la realización de parte de ella. Realmente se trata de contratas sobre contratas, en las que el contratista principal asume frente a los subcontratistas el papel de comitente, en lo que afecta a responsabilidades por obligaciones respecto a los trabajadores de aquél.

La generalidad de la doctrina (4) se inclina por el encadenamiento pleno de responsabilidades que afecta a todos los empresarios incluidos en la cadena de descentralizaciones (5). Sin embargo, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de julio de 1983 tuvo otra visión al declarar que: «No puede aceptarse que sea posible hacer extensiva la responsabilidad subsidiaria a esta empresa, pues su reconocimiento en cualquier supuesto está subordinado (y también condicionado) a que esté acreditada su intervención y aceptación de las subcontratas y así se sigue de las reglas generales de los artículos 1.596 y 1.597 del Código Civil... obligado es que deba ser exonerada la empresa que fue ajena a estos pactos, que en su origen son exclusivamente civiles, no pudiendo quedar afectada la empresa citada por los pactos de los que estuvo marginada».

Sin embargo, esta postura no ha gozado de unanimidad. Entre otras, la Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1994 estableció que recibe aplicación el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores tanto cuando el primer empresario o principal, contrata con otro empresario, contratista secundario, como cuando en la relación aparece un tercero secundario, o subcontratista, respecto del cual el contratista secundario asumirá también funcionalmente la posición y la responsabilidad de principal.

(3) RODRÍGUEZ PIÑERO, M. «Cadena de contratas y responsabilidad del empresario principal». *Relaciones Laborales*, núm. 7. 1996.

(4) A. OLEA, M. VALVERDE, G. MURCIA, ALARCÓN, SALA, G. ORTEGA, RODRÍGUEZ PIÑERO.

(5) CRUZ VILLALÓN, J. *Ob. cit.*

A imponer paz vino la Sentencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo, dictada en unificación de doctrina de 15 de julio de 1996, estableciendo que «el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, contrae su mandato garantizador a aquellos supuestos en que tuvieran la condición de empresario, tanto el que encarga la obra o servicio, como quien asume el referido encargo. Mas dicha expresión ha de entenderse como sinónima de empleador, tal como desvela el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el apartado 1 del mismo artículo, en el que se define tal figura de manera traslativa o refleja, en tanto que entiende por tal a quien reciba la prestación de servicios de quien sea trabajador. No queda desvirtuada la conclusión sentada por la mención a actividad empresarial contenida en el último párrafo del artículo 42, pues tal mención hace referencia a aquella que para su desarrollo requiera la aportación de trabajo en régimen de laboralidad».

En todo caso, la solución no es sencilla. La dicción del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores es sumamente ambigua, empleando el plural para referirse, sin límite, a «las contratas y subcontratas», en términos absolutamente generalistas, en una aparente intención de llegar al final de la cadena, sea como sea.

Sin embargo, si eso es así, entran en juego los artículos 1.090 y 1.903 del Código Civil, debiéndose admitir la existencia de una responsabilidad objetiva, ajena a requisitos de culpa o consentimiento.

También parece desprenderse de la dudosa redacción, que el uso del plural esté referido, más que a una cadena, a un abanico de contratas que consiste en una plural relación bilateral entre comitente y contratistas, de modo radial.

Quizá se trate de una serie escalonada de responsabilidades, en la que no se contempla un haz de las mismas, sino una sucesión en la que cada uno juega su papel de comitente. El Tribunal Supremo ha adoptado esta postura en Sentencia de 12 de julio de 1994, ya citada, al establecer que «el inciso "o subcontraten" que contiene el artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores demuestra que la norma no contempla necesariamente la presencia de tres sujetos, sino también la posibilidad de un juego a dos, como supuesto de hecho de la responsabilidad del primer empresario que el precepto establece. Recibe así aplicación el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores tanto cuando el primer empresario, principal o *dominus operis*, contrata con otro empresario, contratista secundario, que ya no es principal ni dueño de la obra, como cuando en la relación aparece un tercero secundario (que sí será subcontratista) y respecto del que el contratista llamado secundario asumirá también funcionalmente la posición y responsabilidad de principal».

Parece que el precepto contiene una imputación al dueño de la obra como receptor mediato de las prestaciones de los trabajadores del contratista (6), con un evidente criterio refaccionario de acuerdo con el artículo 1.597 del Código Civil, según el cual «los que ponen su trabajo y materiales

(6) RODRÍGUEZ PIÑERO, M. «Cadena de contratas y responsabilidades del empresario principal». *Relaciones Laborales*, núm. 7. 1996.

en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación», lo que supone el otorgamiento de una acción directa a los trabajadores contra el dueño de la obra hasta la cantidad que éste adeude al contratista.

Si, como se ha visto, el vínculo de Derecho privado en que consiste el contrato de ejecución de obra se ve impregnado por la norma laboral de Derecho necesario, pero manteniendo su identidad contractual, difícilmente podría entenderse que sus efectos vayan más allá de los términos en que el pacto se concertó. Es decir, si al margen de lo consentido por las partes se producen otros fenómenos jurídicos que escapen al control de una de ellas, no es fácil deducir el nacimiento de responsabilidades del tipo que sean en un terreno en que campea la más absoluta involuntariedad de aquel a quien se le atribuye dicha responsabilidad. Situados en el terreno de lo extracontractual, la obligación legal sólo podrá concretarse en los términos de la propia ley, ya que estas obligaciones no se presumen, (como establece el art. 1.090 del CC), sino que se regirán por los preceptos de la ley que las estableció, como se verá más adelante.

III. LA REGULACIÓN POSITIVA Y SU PROBLEMÁTICA

Conviene entrar en el estudio del Derecho positivo, ya que nuestra normativa de relaciones laborales acepta el instrumento jurídico de la contrata y la subcontrata de manera natural, sin límite alguno (7), pero establece unas cautelas que, en lo posible, eviten indeseadas desviaciones. Tres son los parámetros desde los que se contempla la comunicación de responsabilidades por la realización de contratas y subcontratas:

- En el ámbito de lo laboral, el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (8) establece lo siguiente:

«1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o 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 entidad gestora, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.

(7) El artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa, el Real Decreto 2135/1980, de 26 de septiembre, regula la liberalización industrial y la Orden Ministerial de 19 de diciembre de 1980 desarrolla la disposición anterior. El Real Decreto 3008/1978, de 27 de octubre, reguló el documento de calificación empresarial.

(8) El precepto vigente continúa en la línea de sus precedentes normativos: el Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre, y el artículo 19.2 de la Ley de Relaciones Laborales.

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».

- En el ámbito de la Seguridad Social, el artículo 127.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 30 de junio (9), establece lo siguiente:

«1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el artículo anterior, si la correspondiente obra o industria estuviese contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente» (10).

El Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social (Real Decreto 1637/1995), en sus artículos 10 y 12 contiene las mismas prescripciones, con las peculiaridades y carencias que se analizarán más adelante.

- En el ámbito de la salud y seguridad de los trabajadores, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en su artículo 24.3 establece que «las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo, deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales».

A tono con el sentido de esta obligación, el artículo 42.2 de la misma norma sienta que «la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3.º del artículo 24 de esta ley, del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las

(9) Sigue el tenor de las dos normas que le precedieron, los Decretos 193/1966, de 21 de abril, y 2065/1974, de 30 de mayo.

(10) El artículo 104 del mismo cuerpo legal establece que responderán, en su caso, de la obligación de cotizar las personas señaladas en los apartados 1 y 2 del artículo 127.

obligaciones impuestas por esta Ley 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».

Es el momento de notar que un mismo fenómeno, el de la producción descentralizada, es tratado por el ordenamiento jurídico laboral de tres diferentes maneras, a tenor del ámbito en que tenga lugar, según que las obligaciones sean en materia laboral, de Seguridad Social o de prevención de riesgos laborales. Pudiera parecer que una regulación solapa a la otra, pero eso no es cierto si se atiende a un estudio sistemático de la cuestión.

El Estatuto de los Trabajadores es la norma que adopta la actitud más problemática de todas. En primer lugar, trata la cuestión bajo el epígrafe «garantías por cambio de empresario» sin que exista cambio alguno de empresario en la situación que se estudia. Pero más dislocante defecto de sistemática es tratar una regla de Seguridad Social (11) fuera de su marco jurídico, para integrarla en el que corresponde a la regulación de la relación laboral (12). Sin embargo, lo más criticable del precepto, y en ello coincide la doctrina (13), es su confusa redacción, que mezcla la figura del contratista con la del subcontratista, de manera indistinta, refiriendo la atribución de responsabilidad a uno y otro como si fuesen lo mismo y, lo que es peor, dando un tratamiento a tan importante cuestión inconcreto, superficial y simplista.

Ya se ha visto el grave problema que crea la misma norma, con su indefinición, al no concretar claramente la extensión de su mandato, dejando tan grave cuestión a la casuística, por no decir a la improvisación.

El principal problema se plantea en el último párrafo del precepto: «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».

El primero de los supuestos de exclusión, queda claramente delimitado, por cuanto que el amo de casa que precisa de alguna obra, generalmente de reparación, es absolutamente ajeno a la organización productiva del que realiza la obra; sin embargo, cuando coinciden en el mismo sujeto, la condición de amo de casa y la de empresario, en relación con la contrata realizada, no se admite la exoneración de responsabilidad (TCT de 24 de abril de 1989).

Pero el segundo de los supuestos se presenta más conflictivo, por lo indeterminado de su redacción. La exención de responsabilidad se trata de dos maneras distintas dentro del mismo precepto: en el párrafo primero se refiere a «la propia actividad», en el último a «una actividad empresarial».

(11) El profesor ALONSO OLEA afirma que el artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores es un precepto de Seguridad Social (Derecho del Trabajo).

(12) El Real Decreto Legislativo 1/1994 recoge el guante en su artículo 127 y comienza su regulación con la cláusula «sin perjuicio», más que significativa a la hora de apreciar la vigencia del precepto laboral.

(13) CRUZ VILLALÓN, J. *Ob. cit.*

La dificultad surge de la imprecisión de la norma jurídica, que deja en el aire la duda acerca de si sólo responde el comitente de las contratas referidas a su propia actividad o también de las que consistan en cualquier actividad empresarial, en términos generales.

No parece que sea ésta la intención del legislador, como si de una penalización a la condición de empresario se tratara (14). Más bien se pretende hacer una interpretación del precepto de acuerdo con la finalidad de la norma, consistente en crear una situación jurídica dentro del sistema de descentralización productiva, de modo que la comunicación de responsabilidades se produzca en su ámbito propio, es decir, en el marco del sistema productivo de la empresa. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de enero de 1995 ha establecido que «el supuesto de hecho para la aplicación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores consiste en que el objeto de la contrata o subcontrata a que alude el precepto, ha de referirse a la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa comitente, entendiéndose por tal, más que la inherencia al fin de la empresa, la indispensabilidad para conseguirlo, lo que debe definir el concepto. Si se exige que las obras o servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier actividad empresarial».

No cabe pasar por alto el hecho de que en toda la trama legal reguladora de la comunicación de responsabilidades, sea tan sólo el artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores el que produce una ampliación del ámbito subjetivo de la responsabilidad en los términos genéricos de la referencia a cualquier actividad empresarial, en un tratamiento diferenciado de los demás supuestos (restringidos a la «propia actividad»), sin que exista motivo alguno que lo justifique. El Tribunal Supremo, en Sentencia de su Sala 4.^a, de 7 de julio de 1994, sin mayores precisiones, había estimado que «el artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores establece que el empresario principal que contrate o subcontrate con otros obras o servicios correspondientes a su propia actividad responderá solidariamente...». Esta apreciación no parece responder a descuido, imprecisión y menos a error del Alto Tribunal, sino que aparece clara la intención de no hacer una aplicación extensiva de un precepto creador de obligaciones, que de otro modo pudiera alcanzar a quienes son ajenos al fenómeno productivo en el que se desenvuelve la actividad generadora de la obligación (15).

La precisa delimitación de ese ámbito, la determinación de lo que sea «propia actividad», es materia que ha de preocupar de manera prioritaria, ya que no existe una noción exacta de lo que haya de entenderse por «propia actividad» (16).

(14) MARTÍN VALVERDE, A.

(15) Abundante jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia (Balears, 5 de febrero de 1992; País Vasco, 2 de octubre de 1991; Andalucía, 23 de diciembre de 1991; Navarra, 28 de diciembre de 1994) ha apreciado que a estos efectos «son empresas las entidades mercantiles con ánimo de lucro» y que la responsabilidad tiene su fundamento en la que establece el Código Civil en sus artículos 1.552 y 1.597, para el subarriendo, en base al justo pago de los lucros producidos por una actividad laboral.

(16) MONEREO PÉREZ, J.L. *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos. Ibidem.* 1996.

Como ha afirmado RODRÍGUEZ PIÑERO (17), el carácter fáctico de la relación empresarial, hace difícil cualquier intento de una indagación sistemática de qué pueda entenderse por actividad propia. Quizá la labor del operador jurídico deba poner en conexión la finalidad para la que la organización empresarial se establece, con la idea sustitutiva de contratos que se emplea para el logro de esa finalidad, de tal manera ligados, que los resultados de la obra o tramos de la cadena productiva, resulten imprescindibles a la hora de configurar el producto final que constituye el objeto productivo de la empresa principal. Por otro lado, hay que tener en cuenta que a la hora de delimitar la actividad propia se define en función de la «normalidad», que incluye las tareas necesarias que deben realizarse habitualmente en el funcionamiento regular de la empresa. De este modo, sustitución y habitualidad serían los elementos predominantes que permitirían calificar como pertenecientes a la propia actividad de la empresa principal, al margen de que la naturaleza de los trabajos, por su contenido material pertenezcan o no al ciclo productivo de la empresa (18).

En este empeño habrá de distinguirse entre actividades principales o directamente productivas, que son las que integran la finalidad de la empresa como tal entidad productiva, y aquellas otras que tengan carácter de accesorias, como las de mantenimiento, limpieza, reparación, etc. Será la casuística quien determine en cada supuesto la calificación de unas y otras.

CRUZ VILLALÓN (19), en base a criterios jurisprudenciales, distingue tres tipos de contrataciones que quedarían excluidas de la responsabilidad comunicada del artículo 42:

- 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 (20).
- Las contrataciones efectuadas por empresas de servicios dedicadas meramente a la promoción de un determinado negocio, sin participación en el proceso productivo (21).
- Las actividades complementarias que, como tales, no forman parte del núcleo central de la actividad económica de la empresa principal, aunque necesarias para el funcionamiento normal de la misma.

Se trata de actividades que exceden de lo que en términos estrictos puede ser considerado como «ciclo productivo», entendiéndose por tal, con la jurisprudencia (TS de 2 de diciembre de 1987),

(17) RODRÍGUEZ PIÑERO, M. «La regulación protectora del trabajo en contrataciones». *Revista de Política Social*, núm. 93. 1972. «Propia actividad y contrata». *Relaciones Laborales*, núm. 6. 1996. Dice que son requisitos para apreciar la existencia de propia actividad «la sustitución y la habitualidad».

(18) RODRÍGUEZ PIÑERO, M. «Propia actividad y contrata». *Relaciones Laborales*, núm. 6. 1996.

(19) CRUZ VILLALÓN, J. *Ob. cit.*

(20) Tribunal Supremo, S. de 14 de diciembre de 1982.

(21) Tribunal Central de Trabajo, S. de 28 de julio de 1986.

«el complejo de operaciones normal e íntegramente necesarias para obtener un resultado, en el cual se identifica el fin de la empresa», de tal manera que «si no se hacen a través de una contrata, la empresa principal tiene que realizarlas directamente para poder alcanzar su objetivo» (TSJ Madrid, S. 30 de enero de 1992).

Para concretar este criterio, surge la teoría de la posibilidad de sustituibilidad (22), en el sentido de que «siempre que el empresario pudiera conseguir el mismo resultado sin recurrir a terceros contratistas, existe una participación en el ciclo productivo de la empresa, una estrecha conexión funcional con la misma» (23).

En esa línea, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de enero de 1995, ha precisado que «para delimitar lo que ha de entenderse por propia actividad de la empresa, la doctrina mayoritaria entiende que son las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa; más que la inherencia al fin de la empresa, es la indispensabilidad para conseguirlo lo que debe definir el concepto de propia actividad».

Adopta con ello la jurisprudencia una actitud restrictiva, al afirmar que «si se exige que las obras o servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier actividad empresarial».

La actitud de rechazo a la interpretación extensiva, debe ser valorada a la hora de contemplar el alcance y virtualidad del precepto, porque el concepto «propia actividad» no puede quedar reducido a términos rigurosamente estrictos; faenas adyacentes pero diferentes a las de la propia actividad deben ser incluidas, por cuanto que están conectadas con la finalidad productiva de la empresa principal. Son tareas especializadas, auxiliares y complementarias, que materialmente son inscribibles en el proceso productivo global aunque por su especialización no pueden ser realizadas por el empresario principal (24).

De otra parte, cuando la contrata o subcontrata se produce en el ámbito de las Administraciones Públicas, el Tribunal Supremo mantiene un criterio expansivo del concepto, en una manifestación de la falta de sustantividad que caracteriza al contrato administrativo (25) y en pro de otorgar a la Administración un tratamiento jurídico idéntico al de los particulares, cuando actúa en el ámbito del Derecho privado (26).

(22) RODRÍGUEZ PIÑERO, M. *Ob. cit.*

(23) Tribunal Supremo, S. de 2 de diciembre de 1987.

(24) RODRÍGUEZ PIÑERO, M. «Propia actividad y contrata». *Cit.*

(25) GARCÍA PIQUERAS, M. «El contrato para la prestación de servicios a los entes públicos en régimen de Derecho Administrativo». *Relaciones Laborales*, núm. 11. 1996.

(26) Convenio de la OIT 940 (ratificado por España en 29 de abril de 1971), Ley de 26 de diciembre de 1958, Decreto 386/1959.

La Sentencia en unificación de doctrina de la Sala 4.^a de 15 de julio de 1996 (27), sentó que «el mandato garantizador contenido en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores menciona como negocio jurídico base del supuesto que regula, a las contratas o subcontratas, sin hacer referencia expresa a concesión administrativa, pero una interpretación teleológica del mencionado precepto fuerza a entender incluida a esta última en su disciplina, con relación al supuesto de gestión indirecta de servicios públicos, mediante la que se encomiende a un tercero tal gestión, imponiéndole la aportación de su propia estructura organizativa y de sus elementos personales y materiales, para el desarrollo del encargo que asume. Entenderla de manera distinta supondría una reducción del ámbito protector del mencionado artículo 42, que no respondería al espíritu y finalidad del precepto, el cual, aun posibilitando cesiones indirectas para, en el marco de la libertad de empresa, facilitar la parcelación y división especializada del trabajo, otorga a los trabajadores las garantías que resultan de la responsabilidad solidaria que atribuye al dueño de la obra o servicio. Por otra parte, la expresión contratas y subcontratas, por su generalidad no cabe entenderlas referidas, en exclusiva, a contratos de obra o de servicio de manera privada, ya que abarcan negocios jurídicos que tuvieran tal objeto, aun correspondientes a la esfera pública, siempre que generaran dichas cesiones indirectas y cumplieran los demás requisitos exigidos para la actualización del mencionado precepto».

Así pues, es contrato base o sustantivo el de ejecución de la obra en que consiste la contrata. El contrato administrativo no es más que el necesario ropaje que reviste a aquel negocio jurídico, lo que conlleva la plena aplicación de la legislación laboral.

IV. LOS PRECEDENTES NORMATIVOS DE LA REGULACIÓN POSITIVA ACTUAL

Ha sido una constante en el tratamiento jurídico del trabajo por cuenta ajena, la fuerte preocupación del legislador por garantizar los derechos del trabajador en los supuestos en que el empleador pudiera burlarlos a través de mecanismos de interposición o sustitución del dador de trabajo. Si es bien patente que la normativa de Derecho privado, a través del contrato de ejecución de obra, permite que las empresas puedan descentralizar su actividad sin límite alguno, el ordenamiento jurídico laboral y de Seguridad Social interfiere con ánimo garantista, para que la relación jurídica que allí se desarrolla y protege, no quede distorsionada y esas garantías devengan estériles.

Ya el Código Civil se ocupó de la cuestión, en su artículo 1.597, al establecer que «los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de aquella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación».

(27) Fue ponente el malogrado magistrado Sr. MARTÍNEZ EMPERADOR. En el mismo sentido la de 27 de septiembre de 1996.

Once años más tarde, la Ley de Accidentes de Trabajo, de 30 de enero de 1900, sienta un criterio de responsabilidad marcado por el principio de responsabilidad objetiva, que fue alterado en el reglamento de desarrollo, que imputaba la responsabilidad directa al contratista y subsidiariamente al dueño de la obra. Este tratamiento se repitió en sucesivas normas jurídicas (28).

La Ley de Bases de la Seguridad Social 193/1963, en su base 13, establece que reglamentariamente se determinarán las personas que hayan de cumplimentar la obligación de cotizar, mandato que cumple el Texto Articulado de 21 de abril de 1966, en sus artículos 68 y 97, al disponer que cuando el empresario fuese declarado responsable, en todo o en parte, si la obra o industria estuviese contratada, el propietario respondería de las obligaciones del contratista si éste fuese declarado insolvente, salvando la responsabilidad del amo de casa respecto de las obras de reparación de su vivienda. La norma es perfectamente fiel a la regulación precedente, manifestándose a través de dos criterios: en primer término, la responsabilidad se extiende hasta el propietario de la obra, no sólo al contratista principal, en segundo lugar, expresamente la responsabilidad se declara subsidiaria.

El Texto Refundido de 30 de mayo de 1974, en su artículo 97, repite literalmente el contenido de la norma de 1966. Es de notar que el responsable subsidiario no es el empresario principal, sino el propietario de la obra o industria. Desde luego que el propio mecanismo de la responsabilidad subsidiaria hace que el propietario sea responsable en último grado, es decir, tras la declaración de insolvencia del contratista principal, pero responsable, a fin de cuentas. Es intención del legislador que quien ha de ser el beneficiario del resultado final de la obra participe en la responsabilidad que pueda derivarse de su ejecución, siendo a la vez instrumento de evitación del fraude, al instituirse una última garantía refaccionaria, de carácter real: la obra ejecutada.

La misma redacción se mantiene en el artículo 127 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, como cumple a su condición de texto refundido; el Reglamento General de Recaudación (Real Decreto 1637/1995) en su artículo 12.1 desarrolla el precepto anterior.

Pues bien, si la normativa de Seguridad Social fue diligente en atender la cuestión, la legislación laboral también se ocupó del tema. El Código de Trabajo de 1926 ya contemplaba la comunicación de responsabilidades, que fue apostillada por la jurisprudencia (TS de 25 de octubre de 1927).

En el largo período que va desde la promulgación del Fuero del Trabajo hasta 1970, no existe legislación general que se ocupe de la materia, si bien una escasa normativa sectorial (Ordenanza Laboral para la Construcción de 28 de agosto de 1970) estableció una responsabilidad subsidiaria entre empresario principal y contratista.

(28) Ley de 10 de enero de 1922, Código de Trabajo de 1926, Texto Refundido de accidentes de trabajo de 1932, Reglamento de accidentes de trabajo en la industria de 1933, Reglamento de accidentes de trabajo de 1956. *Vid.* MARTÍN VALVERDE, A. «Responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios». *Comentario al Estatuto de los Trabajadores VIII*. 1982.

Pero la norma que establece, con carácter general, el principio de responsabilidad comunicada es el Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre, que sustituye a la legislación sectorial. Su artículo 4, exige para casos de contratas y subcontratas, en primer lugar, un requisito formal de poca trascendencia: estar en posesión del «carnet de empresa con responsabilidad» (29), pero seguidamente impone un mandato de corte netamente sustantivo: que el contratista esté al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Enérgicamente dispone que «en todo caso» existirá una responsabilidad solidaria entre empresario principal y contratistas por las obligaciones de éste con sus trabajadores y con la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata.

No fue duradera la vida de este precepto. Si la intención del legislador era buena al pretender sanear el mercado de contratas, la técnica jurídica fue errónea, como puso de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo (4.^a), de 23 de noviembre de 1977 (30), al declarar en su sexto considerando que «regulados los supuestos excepcionales de responsabilidad solidaria por normas con rango de ley, mientras por norma de rango legal no se disponga otra cosa, ha de estarse a la regla o criterio de la responsabilidad subsidiaria que preconiza el artículo 97.1 de la Ley de Seguridad Social; por ello al establecer, por la vía del Decreto impugnado, una responsabilidad de carácter solidario entre el empresario principal y el subcontratista, implica contradicción o derogación por vía reglamentaria de prescripción con rango de ley formal y, por ende, el precepto citado, artículo 4 en su inciso final queda afectado de la nulidad de pleno derecho» (31).

La eficacia práctica de dicha sentencia se ciñó al caso concreto, pues desde más de un año antes del pronunciamiento judicial estaba vigente el artículo 19.2 de la Ley de Relaciones Laborales, que transcribía literalmente el precepto que el Tribunal Supremo anuló tardíamente en base a un planteamiento de jerarquía normativa.

En lo que se refiere a la materia de seguridad e higiene, la Ordenanza General aprobada por Orden Ministerial de 9 de marzo de 1971, en su artículo 153, establecía que la empresa principal respondería solidariamente con los contratistas y subcontratistas, de las obligaciones que allí se imponen, respecto a los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo del empresario principal (32).

El próximo paso es el Estatuto de los Trabajadores de 1980, cuyo artículo 42 asume el contenido sustantivo del Decreto 3677/1970 y del artículo 19.2 de la Ley de Relaciones Laborales, y cuyo texto se ha mantenido impoluto a través de las numerosas reformas que la norma básica laboral ha experimentado, pese a su ardua problemática.

(29) Este documento que se otorgaba por la Organización Sindical fue instituido por Decreto de 26 de noviembre de 1954 y suprimido por otro Decreto de 17 de febrero de 1978.

(30) Fue ponente el Sr. GARCÍA MANZANO.

(31) Es obvio que la Sala juzgaba un supuesto de hecho anterior a la vigencia de la Ley de Relaciones Laborales.

(32) Sería la Ley 8/1988, de 7 de abril, pese a tratarse de una norma sancionadora, la que regulase la cuestión hasta fechas recientes, en que entró en vigor la Ley 31/1995, de 8 de noviembre.

V. LOS ENIGMAS DEL ARTÍCULO 42 (33) DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y SU TRATAMIENTO DOCTRINAL

La estructura y contenido del precepto son de una complejidad superlativa y una enorme dificultad aplicativa.

Son dos los párrafos que lo integran, para regular dos situaciones bien diferenciadas. En el primero, se impone al empresario principal, una obligación *ad cautelam* de informarse sobre la situación de los contratistas respecto de posibles débitos de cuotas a la Seguridad Social; en el segundo, se imponen responsabilidades solidarias en los supuestos que allí se contemplan. Es imprescindible un estudio separado de cada uno de ellos.

1. El párrafo primero.

El artículo 42.1 impone al empresario principal un deber de información: recabar de la entidad gestora una certificación negativa sobre las posibles deudas con la Seguridad Social de los contratistas y subcontratistas de éstos, de modo que, una vez obtenida ésta o transcurrido un mes sin que la entidad la hubiere librado, el empresario principal queda exonerado de responsabilidad.

La concreción del precepto no puede ser mayor; no señala plazo para cumplir el deber, ni explícita las concretas consecuencias del incumplimiento, ni señala la extensión y clase de responsabilidad, ni tan siquiera en qué consista ésta.

Lógicamente, un cuerpo de doctrina científica ha elaborado una teoría no convergente, en la intención de aportar claridad interpretativa, siendo de notar la escasez de jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia tan necesitada (34) de aportación doctrinal.

Para ALONSO OLEA, tanto si no se solicita la certificación como si ésta es positiva, el empresario principal y el subcontratista son responsables subsidiarios, por su orden (35), del pago de las cuotas entonces pendientes, debidas por sus empresas auxiliares. En el mismo sentido BARREIRO y CASAS BAAMONDE.

(33) La expresión se debe al profesor ALONSO OLEA.

(34) La Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo (ponente Sr. RODRÍGUEZ ZAPATA), de 12 de julio de 1994, aprecia el carácter solidario de esta obligación sin especificar fundamento alguno de tal afirmación.

(35) ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, E. *Derecho del Trabajo*. 11.ª ed. Universidad Complutense. Madrid. 1995.

Un punto de escepticismo se aprecia en el profesor ALONSO OLEA, cuando afirma que la responsabilidad se fija «con gratuidad excesiva, que sólo la seguridad del tráfico, si acaso, justifica».

MONTOYA MELGAR (36), afirma que «el resultado positivo de tal comprobación acredita la existencia real del contratista o subcontratista, así como su condición de empresario efectivo y solvente de los trabajadores a su servicio», con lo que parece conceder al hecho de estar al corriente en las obligaciones con la Seguridad Social, efectos constitutivos de la condición de empresario. Por analogía con el párrafo segundo del artículo, concluye que se trata de una responsabilidad solidaria.

En esta apreciación coincide MARTÍNEZ EMPERADOR (37) al afirmar que la responsabilidad solidaria es la que se corresponde con el sentido propio de las palabras que figuran en la norma, la adecuada relación con su contexto y la resultante de la compulsa de los antecedentes históricos y legislativos.

SALA FRANCO (38) se pronuncia en términos de duda. Pese a la dicción literal de la ley («deberán comprobar») no se trata de una obligación legal en sentido propio, cuyo incumplimiento originaría una responsabilidad administrativa, sino más bien de una facultad que la ley ofrece al empresario comitente en orden a informarse acerca de la solvencia y características empresariales del contratista o subcontratista. Una certificación confirmatoria de la existencia de deuda no es una buena carta de presentación profesional.

Pero quedan en el aire importantes incógnitas: qué responsabilidad afecta al comitente, cuál sea el contenido material de esa responsabilidad, no se sabe si afecta también a obligaciones laborales ni de qué clase de responsabilidad se trata. El deber que el precepto impone al empresario es el de solicitar el certificado, sin especificar otro. Lo inconcreto de la norma es lo único que no ofrece dudas.

MONEREO (39) afirma la pertinencia de atender a la *ratio legis* del precepto del artículo 42.1 del Estatuto, dirigido a la tutela del trabajador y del interés público, en orden al saneamiento del mercado de contratas, admitiendo un principio de realidad en la imputación de responsabilidades empresariales.

MARTÍN VALVERDE (40), llega a otras conclusiones. Se pregunta, en primer lugar, si el deber de indagación termina ahí o si encierra un mandato de mayor contenido vinculante. La prefe-

(36) MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*. Tecnos. 1996.

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

(38) SALA FRANCO, T. y otros. *Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch. 1992.

(39) MONEREO PÉREZ, J.L. *La responsabilidad... Cit.*

(40) MARTÍN VALVERDE, A. «Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios». *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*. VIII. 1982.

rencia por esta segunda opción le conduce a afirmar que el artículo 42.1 lleva implícita la prohibición de celebrar contratas con empresas contratistas en situación de insolvencia o morosidad, constituyendo el deber de comprobación un deber instrumental o accesorio.

En segundo lugar se plantea un aspecto procedimental. La certificación administrativa es un medio de comprobación de la solvencia del contratista, que se exige por su mayor fiabilidad y para hacer partícipe a la Administración en un tráfico contractual que puede comprometer sus intereses. A más de tratarse de una regla de buena gestión empresarial, entra en juego la diligencia *in contrahendo* para imponer, desde los contactos iniciales, un mínimo de atención al cumplimiento de ese deber de no concertar contratos con deudores de la Seguridad Social, concluyendo el valor instrumental del proceso de comprobación.

En tercer lugar, como consecuencia jurídica del incumplimiento, propone la responsabilidad administrativa derivada de infracciones laborales.

GARCÍA MURCIA (41), por su parte, estima que se trata de una sanción que consiste en la exigencia de responsabilidad subsidiaria a las empresas que contraten con esos contratistas que, en cierto modo, dificultan el juego normal de la normativa social.

La confusión está servida; si la doctrina científica es absolutamente divergente, la jurisprudencia brilla por su ausencia. Pese a la abundante aportación doctrinal, no termina de adquirir sentido propio la polémica disposición y queda una sensación de duda profunda que en nada favorece a la seguridad jurídica.

1.1. Una visión distinta.

En todo caso, el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores se configura como una norma de contenido complejo y de difícil comprensión, de tratamiento inespecífico, presidido por el enigma y sediento de clarificación. El problema adquiere caracteres preocupantes cuando se contempla, no ya como una entelequia apropiada para la actividad especulativa del analista, sino como una realidad material, vital, de frecuentísima actualidad en la práctica cotidiana de la empresa moderna, que el operador jurídico necesita manejar con soltura. Las páginas que siguen tratan de desentrañar la confusa regulación.

El citado artículo se estructura en dos párrafos independientes que contienen dos diferentes mandatos: el primero, como es sabido, establece un deber en el comitente de la obra o servicio de obtener información por medio de certificación de la Tesorería de la Seguridad Social, siempre que dichas obras o servicios respondan a la misma actividad de quien la encarga.

(41) GARCÍA MURCIA, J. «El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores». *Revista de Política Social*, núm. 130. 1981.

El párrafo segundo establece una responsabilidad solidaria entre comitente y contratista en materia salarial y de Seguridad Social por las obligaciones surgidas durante el tiempo de duración de la contrata, responsabilidad cuya exigibilidad se extiende al año posterior a la terminación de la contrata, siempre que ésta se hubiese realizado por virtud de una actividad empresarial.

Es evidente que se trata de dos preceptos distintos, que regulan supuestos de hecho diferentes, y lo hacen con un diverso contenido y tratamiento; si el primero contiene un deber de información, el segundo constituye una norma imperativa de atribución de responsabilidades por incumplimiento de obligaciones. En este punto conviene precisar que el deber jurídico o débito, no es más que uno de los elementos de la obligación (42), que consiste en el mero deber de cumplimiento del deudor y que no se concreta, con pleno sentido jurídico obligacional, sino cuando aparece el segundo elemento, la responsabilidad, o sometimiento al poder directivo del acreedor. La obligación, en sentido propio, se produce en el campo de las relaciones jurídicas y conlleva un especial deber de cumplimiento, junto con unos derechos y garantías del acreedor que aseguren su crédito. Obligación y deber son, por tanto, conceptos jurídicos diferentes, si bien complementarios.

A los efectos que aquí interesan, es notorio que el tratamiento normativo respecto de la exigibilidad, no responde a un criterio homogéneo entre los dos párrafos.

El ámbito subjetivo tampoco coincide. Si el primero afecta a los empresarios que contraten por razón de la propia actividad, el segundo amplía el campo del destinatario al propietario de la obra o industria que contrate la actividad por razón de una actividad empresarial, cualquiera que sea ésta, (si bien esta distinción carezca hoy de sentido tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1995, expuesta en páginas anteriores).

El ámbito objetivo, es claro, que regula dos supuestos de hecho distintos, de modo que si los requisitos del objeto de las obligaciones son posibilidad, licitud y determinabilidad, este último, bien precisado en el segundo, adolece de determinación en el primero.

El aspecto cronológico debe ser tenido también en cuenta a la hora de apreciar la diversidad. Si el primer párrafo está referido a situaciones anteriores a la constitución de la relación jurídica contractual, de modo que se pretende atribuir responsabilidades a quien era hasta entonces ajeno a las circunstancias que generaron la obligación; incluso es más que posible que hubiera de responder por deudas de trabajadores que nunca prestaron servicio para él, siquiera indirectamente (43). El segundo afecta a obligaciones surgidas coetáneamente a la vigencia de la contrata.

(42) OSSORIO MORALES, J. *Lecciones de Derecho Civil (obligaciones y contratos)*. Ed. Prieto Granada. 1956 (revisada en 1996. Ed. Comares. Granada).

(43) MARTÍN VALVERDE y MARTÍNEZ EMPERADOR consideran que tales consecuencias son desproporcionadas y no acomodadas a razones de justicia.

Por otra parte, respecto del primer párrafo, aun en su indefinición, hay que entender que el deber abarca a los cinco años anteriores a la fecha en que se solicita el certificado, el segundo precisa su extensión temporal al tiempo de duración de la contrata, como generador de obligaciones, y su exigibilidad en el año posterior a la terminación de aquella.

En definitiva, es evidente que se trata de un precepto de contenido complejo en el que conviven dos núcleos normativos (44); el que impone el deber de comprobación de la situación previa a la contrata, y el que establece la responsabilidad solidaria del cumplimiento de obligaciones surgidas durante la vigencia de aquella. Su tratamiento dentro de un único artículo se justifica porque el Estatuto de los Trabajadores adopta una sistemática según situaciones reguladas en la Sección 2.^a del Capítulo III del Título Primero, ya se trate de responsabilidad en contratas, cesión de trabajadores o sucesiones de empresa.

En consecuencia, no es lícito transferir, sin más, las consecuencias jurídicas de una a otra regulación, que perfectamente podrían haber sido reguladas en otros preceptos, por falta de identidad de razón, como exige el artículo 4.1 del Código Civil para la aplicación analógica del Derecho.

Así pues, el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores contiene un doble tratamiento respecto de la atribución de responsabilidades: si el párrafo segundo es concluyente al atribuir una responsabilidad solidaria en los casos que allí se contemplan, en el primero, el legislador sienta el deber de requerir información pero no atribuye la consecuencia jurídica en caso de incumplimiento, sólo señala, lacónicamente, la «exoneración de responsabilidad» en caso de cumplimiento, como si se partiese de una situación de plena responsabilidad del principal ínsita a la misma concertación de la contrata, sin más precisiones.

Siendo el deber de comprobación un medio de alcanzar una finalidad sustantiva que habría de contener el *leit motiv*, la razón de ser del precepto, la regulación positiva se queda a medio camino, sin aclarar lo que sucede si el requisito instrumental se obvia; el precepto se detiene en lo adjetivo, sin atender a lo sustantivo, lo que le hace perder pie peligrosamente, con riesgo de desplome por inconsistente.

Desde luego que no se trata de una norma prohibitiva, como afirman algunos autores, y ello por dos razones: en primer lugar, la literalidad de la norma no contiene prohibición alguna, ni directa ni indirectamente, que permita establecer límites a la libertad de contratación que deriva directamente del artículo 38 de la Constitución, que consagra el principio de libertad de empresa, cuyo contenido viene amparado por el artículo 53.1, por tratarse de un derecho de los ciudadanos (Sección 2.^a del Capítulo II del Título Primero), sometido en toda su extensión a la reserva de ley formal que allí se predica.

En segundo lugar, no es posible que el legislador pretendiese establecer una prohibición de contratar con el deudor de la Seguridad Social, porque de quererlo así, expresamente lo habría manifestado. Bien lo demuestra el tratamiento de la cuestión en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos

(44) MARTÍN VALVERDE, A. *Ob. cit.*

de las Administraciones Públicas, cuando establece en su artículo 20 que «en ningún caso podrán contratar con la Administración las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes: ... f) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes», para, de inmediato, determinar las consecuencias de la infracción a la prohibición: «las adjudicaciones de contratos en favor de personas que carezcan de capacidad de obrar o de solvencia y de las que se hallen comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 20, serán nulas de pleno derecho» (art. 22).

Es decir, cuando el legislador quiere establecer una prohibición lo hace sin cortapisas.

Así pues, de la regulación del artículo 42.1 destaca de inmediato la indeterminación acerca de la clase, duración y extensión de la responsabilidad a la que de modo tan tangencial se refiere, sin, ni siquiera, una referencia a su contenido material. Bien distinta es la postura del legislador en el párrafo segundo del mismo artículo, en el que explicita sin la menor reserva los caracteres de la responsabilidad: la clase (solidaria), extensión subjetiva (al comitente cuando contrate por razón de una actividad empresarial), contenido (obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas durante la contrata) y extensión temporal de la responsabilidad (hasta el año posterior a la terminación de la contrata).

Es evidente, que cuando el legislador quiso expresar la determinación de la responsabilidad, lo hizo, mas cuando su voluntad no fue la misma, omitió la concreción, todo ello dentro del mismo precepto.

Consecuentemente, queda en el aire tanta duda sobre el contenido material de la disposición, que cabe preguntarse si nos encontramos ante un vacío normativo o más bien se trata de un indiferente jurídico (45).

No parece que se trate de un vacío normativo dada la imposibilidad de su cobertura por vía analógica, por falta de identidad de razón; tampoco cabe una interpretación extensiva, porque ambos párrafos están integrados en un mismo artículo sólo por razones sistemáticas, no de orden sustantivo.

Por otra parte, el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores es una norma imperativa, del bloque del Derecho necesario absoluto, indisponible, por tanto, por las partes, por contener un mandato de orden público. De ese modo, el contenido deficitario de la disposición debe ser contemplado a la luz de la normativa común, de modo que se alcance un suficiente grado de determinación, que dé satisfacción a los principios constitucionales de legalidad y de seguridad jurídica.

En tal sentido, es norma de aplicación supletoria el Derecho común de las obligaciones que se contiene en el Código Civil, concretamente en su artículo 1.090 que esta vez sí establece una

(45) VILLAR PALASÍ, J. L. *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos a la luz del nuevo título preliminar del Código Civil*. Tecnos. 1975.

norma prohibitiva: «Las obligaciones derivadas de la Ley no se presumen. Sólo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en leyes especiales y se regirán por los preceptos de la ley que las hubiese establecido».

Si, en principio, se sienta una regla prohibitiva de establecer presunción de cualquier tipo sobre obligaciones nacidas de la ley, seguidamente se establece otra regla imperativa: para que la obligación pueda ser exigible ha de ser «*expresamente determinada*» por la ley que la establece. Regla de la que se deduce una innegable dificultad técnica para aplicarse a otro caso análogo, tanto más cuando se trata de una extensión del área de la responsabilidad patrimonial para obligaciones ajenas (46).

En todo caso conviene no perder de vista la consideración que la escasa jurisprudencia (47) ha hecho sobre la cuestión: «por tratarse de una norma calificable como sancionadora y en la que se imponen obligaciones legales, deben rechazarse interpretaciones extensivas o analógicas, no presumiéndose su existencia y siendo sólo exigibles las expresamente determinadas en la ley que las establezca (arts. 9.3 de la Constitución Española, 4.2, 1.090 y 1.137 del Código Civil)».

Así pues, hay que concluir que al no determinar el artículo 42.1 el contenido material de la responsabilidad que pretende imponer, ésta se diluye, por inconcreta, de modo que el incumplimiento de la obligación parece quedar como una falta administrativa, susceptible de sanción, si la infracción estuviese tipificada en la norma sancionadora.

Ante la oquedad que señorea en el precepto, sólo queda admitirlo como una medida intimidatoria arbitrada por el legislador para sanear el mercado de las contratas, tratando de cerrar puertas al mecanismo defraudador, sin que parezca que con ello se haya conseguido gran cosa.

1.2. La regulación reglamentaria, un problema sobreañadido.

Si lo dicho hasta aquí es un modelo de confusión, el legislador reglamentario se ha encargado de interferir en el ya complicado y sombrío mecanismo creando nuevos y más graves problemas y lo peor es que lo ha hecho con ánimo de aclarar el panorama.

Se trata del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, que aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, cuyo preámbulo justifica su promulgación en las novedades del Real Decreto Legislativo 1/1994, Ley 42/1994 y Ley 30/1992, normas referidas a Seguridad Social y a procedimiento, respectivamente, sin nombrar para nada al Estatuto de los Trabajadores.

(46) MONEREO PÉREZ, J. L. *La responsabilidad empresarial ... Cit.*

(47) TSJ de Cataluña (Social), S. de 29 de abril de 1995.

El artículo 10.3 b) de dicha disposición contiene el siguiente texto: «Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos podrán recabar de la Tesorería General de la Seguridad Social, respecto de estos últimos y con identificación de la explotación, industria o negocio afectado, certificación negativa o positiva por los descubiertos con la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar dicha certificación en el término de treinta días improrrogables. Si se extendiere certificación negativa o transcurre el indicado plazo sin haberse expedido la misma, el empresario solicitante quedará exonerado de la responsabilidad solidaria a que se refiere el apartado 2 del artículo 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».

El reglamento acaba concretando lo que la ley no hizo (48); la peliaguda cuestión parece por fin resuelta: la responsabilidad del apartado primero es la solidaria del apartado segundo. Pero la afirmación del precepto de desarrollo no hace más que empeorar lo que ya era un superlativo galimatías. La aparente solución suscita tal cantidad de problemas que cabe preguntarse si, en favor de la seguridad jurídica, el legislador reglamentario debió ceñirse al terreno firme, en lugar de avanzar por campos de arenas movedizas, de notoria inconsistencia.

Son múltiples las cuestiones que se plantean:

– No parece adecuado que una norma de evidente finalidad recaudatoria de la Seguridad Social regule una materia que, tal y como está diseñada, tiene su fundamentación en la garantía de los derechos de los trabajadores y en el saneamiento del mercado de las contratas. Admitir que el reglamento sea capaz de alterar nada menos que la razón de ser de la ley es sencillamente imposible, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.2 del Código Civil, cuando dice que «carecerán de validez las disposiciones que contradigan otras de rango superior», y sobre todo el principio de jerarquía normativa que sienta el artículo 9 de la Constitución.

Lo forzado de la postura se evidencia porque el Derecho del Trabajo y el de la Seguridad Social pertenecen a bloques normativos diferentes. Si el primero admite la entrada del principio de autonomía de la voluntad, el segundo está dominado por el principio de legalidad, lo que implica que el ámbito del Derecho del Trabajo pueda contener elementos de Derecho privado, mientras que el de la Seguridad Social está inmerso en la órbita pública del Derecho, sin concesiones a la autonomía de los sujetos afectados. El contenido público del primero está integrado mayoritariamente por normas de Derecho necesario relativo, el del segundo, por disposiciones de Derecho necesario absoluto.

(48) Conviene aquí recordar la Sentencia del Tribunal Supremo, ya expuesta, de 23 de noviembre de 1977, cuyo sexto considerando era del siguiente tenor: «regulados los supuestos excepcionales de responsabilidad solidaria por normas con rango de ley, mientras por norma con rango legal no se disponga otra cosa, ha de estarse a la regla o criterio de la responsabilidad subsidiaria que preconiza el artículo 97.1 de la Ley de Seguridad Social; por ello, al establecer por vía de Decreto una responsabilidad de carácter solidario entre el empresario principal y el subcontratista, implica contradicción o derogación por vía reglamentaria de prescripción con rango de ley formal y por ende el precepto reglamentario queda afectado de nulidad de pleno derecho».

Además, el primero está considerado en el texto constitucional como uno de los derechos y deberes de los ciudadanos, mientras que el segundo está entre los principios rectores de la política social y económica, con las importantes consecuencias acerca de su diverso tratamiento normativo que establece el artículo 53.1 de la Constitución.

– Si el Real Decreto 1637/1995 es una norma de desarrollo de la Ley de Seguridad Social, como se infiere de su preámbulo, de su denominación y de su contenido, debiera haberse limitado a regular cuestiones referentes a la órbita jurídica de la misma, cuyo sistema de responsabilidades en supuestos de contratas y subcontratas está contenido en los artículos 104.1 y 127.1 de la Ley de Seguridad Social (49), estableciéndose en el último de manera expresa y en el primero, por remisión, un sistema de exclusivas responsabilidades subsidiarias. Resulta incongruente que si la ley quiso establecer este sistema, el reglamento introduzca otro diferente, con evidente exceso de la normativa legal. En ningún momento la Ley de Seguridad Social atribuye responsabilidades solidarias respecto de contratas y subcontratas, por lo que hay que predicar que el reglamento escapa de la órbita que le es propia. Aparece el *ultra vires* respecto de la Ley de Seguridad Social.

– Se trata de un reglamento ejecutivo o *secundum legem*, de modo que, pese a estar integrado en una norma de Seguridad Social, lo que desarrolla es un precepto laboral: el artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores, como indica su inciso final.

El citado precepto está comprendido entre los que regulan derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título Primero de la Constitución (art. 35), siendo así que el artículo 53.1 del mismo texto ordena enérgicamente que sólo por ley pueda regularse el ejercicio de estos derechos y libertades, que, en todo caso, deberán respetar su contenido esencial.

La reserva de ley que se establece tiene su último significado en la garantía esencial de nuestro Estado de Derecho que supone que «los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependen exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia de sus productos normativos propios, que son los reglamentos», según palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 77/85, de 17 de julio.

La Sentencia del mismo Alto Tribunal 83/84, de 24 de julio, apostilla que «el principio de reserva de ley no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales normas hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador».

(49) Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

De este modo se observa cómo la Constitución cierra el paso a toda regulación por reglamento independiente, en las materias reservadas a la ley, quedando expedito el reglamento ejecutivo o de desarrollo.

La mecánica jurídica puede sintetizarse así (50): una vez que una materia ha sido regulada por ley, el rango normativo queda congelado y en el futuro sólo una ley podrá intervenir en el ámbito material de que se trate. En ese sentido el reglamento no puede incidir sobre la materia sin respetar lo que la ley haya dispuesto. Es voluntad de la Constitución que tal materia esté reservada a la ley y, por lo tanto, ni siquiera el legislador puede hacer uso de la facultad de levantamiento de esa reserva, de manera que cualquier cláusula de deslegalización o de remisión al reglamento está fuertemente limitada. La Sentencia del Tribunal Constitucional 83/84, de 24 de julio, dejó establecido que «la remisión es lícita, pero no puede hacer posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley».

La propia Constitución establece ese mandato de subordinación del reglamento a la ley, cuando en su artículo 97 dice que «el Gobierno... ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes». Esa subordinación lleva implícita una limitación al reglamento para detallar, complementar, en definitiva, a desarrollar la norma de rango legal, pero no a establecer nuevos contenidos que extravasen la sustantividad del precepto que le sirve de soporte de legalidad. Lo contrario sería dejar abierta una puerta al fraude del mandato constitucional, de manera que sería posible sustituir la voluntad del legislador por la voluntad del gobernante en cualquier momento. Nada más opuesto a la esencia del Estado de Derecho.

– No puede pensarse que la normativa de Seguridad Social haya asumido el precepto del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, toda vez que la hipotética conexión entre ambos ámbitos normativos está constituida por la cláusula con que inicia su redacción el artículo 127.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio: «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores...». Sin duda que ello tiene trascendencia jurídica de alcance que conviene apreciar en su justo valor.

Bien distinta de la técnica de remisión normativa, por cuya virtud un precepto perteneciente a otra norma distinta se incorpora a la remitente como parte de su propio contenido, la cláusula «sin perjuicio» deviene indicativa de una ilación entre diferentes bloques normativos o, incluso, dentro del mismo bloque (en este caso los bloques laboral y de la Seguridad Social), en la intención de evitar cualquier tipo de disyunción entre conjuntos normativos (51), y en favor de la armonía que exige la unidad del ordenamiento jurídico, intolerante con las antinomias.

(50) Ignacio DE OTTO. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel. 1991.

(51) VILLAR PALASÍ, J. L. *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*. Tecnos. 1975.

De ese modo, la cláusula «sin perjuicio» tiene un doble sentido axiológico en la funcionalidad de la norma, pues si de una parte tiene un indudable valor integrativo al ordenar implícitamente que su regulación respete el mandato que contiene otra disposición externa a su contenido material, por virtud de lo que de común pueda haber entre ambas, de otra, la citada cláusula tiene un claro valor adversativo, por cuanto que supone una denuncia de disyunción entre normas, pero que han de quedar coordinadas, de modo que sin integrarse la una en la otra, la segunda recuerda su vigencia y eficacia en la materia que allí se regula, de manera que se eviten posibles interferencias con la primera.

Lo cierto es que la sola presencia de la cláusula es expresiva de la existencia de dos o más situaciones que dan lugar a distintas regulaciones jurídicas que pudieran resultar superpuestas. Por ello ha apreciado la doctrina (52) que la regulación plena en el supuesto de hecho se encuentra en el ordenamiento de origen, para el que constituye un supuesto típico del mismo. Implica una dicotomía normativa que, desde una doble perspectiva, requiere un tratamiento conjuntivo, ya que incidirá sobre únicas situaciones necesitadas de una única, aunque compleja, regulación.

Por eso, cuando la Ley de Seguridad Social se ocupa de la responsabilidad en supuestos de contratas y subcontratas, antes de entrar en su regulación, recuerda la existencia de otra norma externa a la rama jurídica de la Seguridad Social, que regula determinadas cuestiones que pueden superponerse a las que allí se van a tratar. Y es una realidad que la citada cláusula resulta imprescindible, actuando como una salvaguarda del mandato del Estatuto de los Trabajadores, que de otra manera pudiera entenderse derogado tácitamente por la posterior vigencia de la Ley de Seguridad Social; pero sin integrarse en ella, como ocurriría en caso de remisión.

De lo expuesto se infiere que cuando el Reglamento General de Recaudación regula el desarrollo del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, lo hace excediendo del mandato de la ley. Si lo que desarrolla es la Ley de Seguridad Social, el exceso se produce al establecer una clase de responsabilidad que la ley no determina.

En cualquier caso, el reglamento adolece de cobertura legal, está *ultra vires* de la norma que pretende desarrollar.

– Para terminar, una breve consideración acerca de ciertos defectos formales del precepto reglamentario:

- En su encubierta pretensión de desarrollar un precepto que no es de su ámbito normativo y que no se justifica ni por razones sustantivas ni sistemáticas, no duda en regular la atribución de responsabilidades por deudas salariales, sin añadir nada, por cierto, a la redac-

(52) VILLAR PALASÍ, J. L. *Curso de Derecho Administrativo, I*. Universidad Complutense. Madrid. 1972.

ción de la disposición laboral. Cuando el legislador del Estatuto de los Trabajadores, en su disposición final quinta encargó al Gobierno el desarrollo de su normativa, es seguro que no pensaba en esto.

- Cuando el Estatuto de los Trabajadores establece un deber de solicitar información, el reglamento lo convierte en simple posibilidad. El empresario ya no sólo debe, sino que puede informarse, si quiere, claro... Ello lleva a pensar que la norma de desarrollo transforma el deber de la ley en una obligación potestativa. Inexplicable, parece como si se presumiese la responsabilidad, otorgando al principal la posibilidad de librarse de ella.
- No se entiende por qué, en lugar de atribuir responsabilidad al incumplidor, se limita a exonerar al cumplidor, de manera innecesaria, ya que ésta era la desafortunada redacción del precepto legal.
- La exoneración, específica el reglamento, se refiere a la responsabilidad solidaria del apartado 2.º del Estatuto, es decir, que quien cumpla con el deber de solicitar la información del párrafo primero se ve libre de la responsabilidad a que se refiere el párrafo 2.º; dicho de otro modo, si la Tesorería no informa al principal, éste ya no responde de los incumplimientos del contratista durante el período de la contrata en materia salarial y de Seguridad Social. La mala redacción lleva a pensar en semejante absurdo, que, desde luego, no responde a la voluntad del legislador, aunque parezca decirlo.

Todo ello nos sitúa frente a un precepto que queda descolgado del lugar que le es propio, con demasiadas connotaciones de imposible independencia, cuando debiera suceder lo contrario. Los conceptos se desvanecen y la regulación queda en el aire.

– Sólo falta una consideración acerca de su eficacia jurídica, pues de lo expuesto puede concluirse que los vicios del artículo 10 del Reglamento General de Recaudación son tantos y de tal enjundia, que puede predicarse la ilegalidad del precepto reglamentario, conducente a su inaplicabilidad. Pero ciertamente que ello no es así; la ilegalidad de una norma es indiferente a su eficacia.

La norma jurídica es válida una vez que se produce por los mecanismos establecidos legalmente y como tal, la condición de validez se incorpora a su patrimonio, con independencia de su legalidad. En ese sentido, su validez adquiere vigor, y éste perdura mientras los órganos de control no determinen su invalidez. Esta validez se manifiesta en su necesaria aplicabilidad a los supuestos de hecho que regula.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo-Común, en su artículo 52.1 sienta que «para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el Diario oficial que corresponda» (53), incorporándose desde ese momento al ordenamiento jurídico y, por lo

(53) El Código Civil en su artículo 2.1 establece que «las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE...».

tanto, iniciando su vigencia, con la fuerza de obligar que ello implica. Es decir, que la eficacia de las normas jurídicas depende únicamente de su publicación en el Boletín Oficial que corresponda a su ámbito funcional y territorial. Otra cosa será que una vez vigente y, por tanto, eficaz y de obligado cumplimiento, su posible ilegalidad sea apreciada por quienes tienen facultades revisoras sobre las disposiciones administrativas, esto es, por los Tribunales del orden contencioso-administrativo.

La lógica jurídica, imprescindible en el discurso dialéctico, sale malparada de la situación, las situaciones distorsionantes previenen.

2. El párrafo segundo.

Los graves problemas del párrafo anterior se suavizan de manera ostensible en el siguiente, que encierra un doble contenido, afectante a dos diferentes ámbitos jurídicos:

2.1. Obligaciones de índole laboral.

El apartado segundo del precepto establece que, mientras dure la contrata o subcontrata, el empresario principal responderá solidariamente de las obligaciones salariales contraídas por el contratista o subcontratista, con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo (54). Esta obligación se extiende durante el año siguiente a la terminación del encargo.

El ámbito material de esta obligación supone una restricción respecto del tratamiento que la cuestión recibía en la normativa anterior, pues el artículo 19.2 de la Ley de Relaciones Laborales (55) establecía una responsabilidad solidaria entre empresas principal, contratista y subcontratista respecto de «las obligaciones contraídas por éstos con los trabajadores y con la Seguridad Social».

El Estatuto de los Trabajadores quiere evitar esa amplitud excesiva e indeterminada capaz de abarcar a todo tipo de obligaciones, adoptando un criterio razonablemente delimitador de la responsabilidad que allí sienta, como exige el artículo 1.090 del Código Civil. De ese modo, la responsabilidad solidaria se ciñe a las obligaciones estrictamente salariales contraídas por el contratista o subcontratista durante la ejecución de la contrata. Pero aun así, su ámbito material resulta impreciso, por la posible confusión entre lo salarial y lo pecuniario.

(54) Este límite responde al deseo del legislador de evitar la vía del fraude, que pudiera darse por la connivencia entre el contratista y sus trabajadores elevando los salarios que saben bien que correrán a cargo de otro.

(55) Antes, el artículo 4 del Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre.

La jurisprudencia no ha sido insensible a la cuestión y así se ha configurado un cuerpo de doctrina legal que ha delimitado con la necesaria determinación el contenido material del precepto.

Esta doctrina ha considerado el término «salario» en sentido restrictivo, de modo que percepciones del trabajador de carácter económico, pero extrasalariales (56) quedan excluidas del alcance de la responsabilidad que regula el artículo 42.2 (57): las dietas (TCT de 28 de noviembre de 1985), pluses de transporte y distancia (TCT de 25 de marzo de 1985), horas extraordinarias (TCT de 5 de abril de 1989), indemnizaciones por falta de preaviso (TCT de 28 de febrero de 1989), indemnizaciones por despido (58) (TS de 27 de junio de 1988). En cuanto a los salarios de tramitación, la jurisprudencia comenzó excluyéndolos de la responsabilidad solidaria (TS de 27 de octubre de 1986) (59), pero doctrina más moderna ha girado copernicanamente, al afirmar que si bien el empresario principal no es responsable por obligaciones ajenas a las salariales «no cabe duda de que el trabajador injustamente despedido se encuentra dentro del marco de la contrata, de manera que, cuando se producen los efectos previstos en la ley para los despidos improcedentes o nulos, hay que vincularlos a ésta, es decir, y por lo que a salarios de tramitación se refiere, dado que los mismos suponen la reconstrucción de la relación jurídica rota por el contratista, que debe efectuarse abonando la retribución que el trabajador dejó de percibir por haber sido privado injustamente de realizar su trabajo en la obra objeto de la contrata, no cabe duda de que los mismos han de tener igual tratamiento que los que le hubieran correspondido en caso de haber realizado su trabajo en la obra contratada, debiendo quedar, por tanto sujetos a dicha responsabilidad» (TS de 7 de julio de 1994).

Desde luego que la responsabilidad por cualquier otro tipo de obligaciones, sean éstas pecuniarias o no, se sitúa fuera del precepto, quedando sólo amparadas por el artículo 1.597 del Código Civil, ya que no encajan en el supuesto de hecho del artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores (60).

La norma se comporta con carácter marcadamente laboral al establecer la prescripción de la responsabilidad solidaria, como sienta el artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores, en un año.

(56) Estos conceptos vienen regulados en el artículo 109 de la Ley General de la Seguridad Social, con el alcance y condiciones introducidas por el artículo 82 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, que modifica al artículo anterior, en el sentido de introducir remisiones reglamentarias en orden a la cuantificación de los conceptos que allí se refieren.

(57) Citadas por CRUZ VILLALÓN.

(58) Desde luego que la obligación de readmitir tampoco afecta a la empresa principal.

(59) Este cambio en la doctrina no es más que el reflejo de la polémica, aún sin resolver satisfactoriamente, de la naturaleza jurídica, indemnizatoria o salarial, de los salarios de tramitación.

(60) MARTÍN VALVERDE, A. *Ob. cit.*

2.2. Obligaciones en materia de Seguridad Social.

Es una evidencia que el artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores, salvo lo referente a materia de salarios, es una norma de Seguridad Social (61) incrustada en una norma laboral. Desde luego que contiene preceptos pertenecientes a dos diferentes bloques normativos, pero también es lo cierto que ambas disposiciones están integradas por reglas de Derecho necesario absoluto y, por tanto, su tratamiento ha de ser el mismo para el operador jurídico.

Una primera visión del problema puede dar la impresión de superposición de dos disposiciones del mismo contenido obligacional, de modo que una prevalezca sobre la otra solapándola y, por tanto, dejándola estéril. Pero una lectura sistemática de estas normas evidencia una conexión mayor entre ellas de la que a primera vista aparenta.

Desde luego, no se trata de una situación en la que la ley posterior deroga a la anterior. Como se vio en páginas anteriores, el artículo 127.1 de la Ley de Seguridad Social, que establece los supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones (siendo el precepto de remisión del artículo 104.1, respecto de obligaciones de cotización), comienza diciendo: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores...».

Valga recordar en este lugar el doble valor axiológico de la cláusula «sin perjuicio», disyuntivo, de una parte, al denunciar la existencia de una norma que, de algún modo, colisiona con la propia regulación, e integrativo, de otra, al suponer el íntegro respeto a la norma de referencia. Pero la cláusula «sin perjuicio» encierra una virtualidad adicional, pues por sí sola otorga un *prius* a la norma de referencia, de modo que su mandato será eficaz sólo después de la plena aplicación y eficacia de aquélla, es decir, la nueva ley cede su lugar a la norma de referencia anterior, en toda su plenitud y con todas sus consecuencias de relevancia jurídica, de manera que ésta conserva su vigor íntegro. Dicho de otro modo, cumplida la primera regla, comienza el vigor de la segunda.

En nuestro caso, de esta manera, se salvaguarda el imperativo del artículo 42.2, sin que ello afecte a la eficacia del mandato de la norma de Seguridad Social, y así, la regla general de subsidiariedad que sienta ésta permanece pese a la solidaridad que impone la disposición laboral.

Sólo falta plantear el juego combinado de ambas normas y dejar a cada una su propia extensión y contenido, de acuerdo con lo que se acaba de afirmar:

(61) ALONSO OLEA.

La responsabilidad específica solidaria en materia de Seguridad Social, se extiende a las obligaciones contraídas en el período de la contrata (62), y puede ser exigida durante el año posterior a la terminación de ésta, como establece el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 10.3 del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre (Reglamento General de Recaudación) (63).

Pero la vigencia del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores no empece para que los artículos 104.2 y 127 sean de aplicación, cuando hubiese transcurrido el año posterior a la terminación de la contrata a que se refiere el artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores, imponiéndose una responsabilidad subsidiaria para el caso de que el contratista o subcontratista resultase insolvente (64), y hasta el límite de cinco años que para la prescripción de obligaciones establece la normativa de Seguridad Social (65), a contar desde que se produjo el hecho determinante de la obligación comunicada, siempre que ésta se produzca en el marco de la duración de la contrata o subcontrata.

Por otra parte, la extensión temporal de la responsabilidad solidaria, por la incapacidad temporal generada durante la contrata, se extiende a la total duración de la prestación, aun cuando exceda de la duración de la contrata (TS de 17 de mayo de 1996, en unificación de doctrina), toda vez que «la protección o desprotección total de la incapacidad temporal está vinculada al cumplimiento de las obligaciones del empresario con la Seguridad Social durante la vigencia de la contrata, cuando el hecho causante de la incapacidad se produce durante la misma».

En lo referente a la extensión material o contenido de la responsabilidad, la genérica expresión «obligaciones referidas a la Seguridad Social» ha de ser matizada para determinarla con precisión.

No resulta difícil extraer la conclusión de que el ámbito objetivo de la obligación, tanto la que se refiere a la responsabilidad solidaria como a la subsidiaria, está determinada por los deberes jurídico-públicos (66) de afiliación, alta y cotización, de un lado y, de otro, al pago de prestaciones a cargo del empresario contratista o subcontratista derivadas del incumplimiento de obligaciones legales.

(62) MONEREO PÉREZ, J.L. «El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contratas». *Relaciones Laborales*, núm. 18. 1992.

(63) «En caso de subcontrata de obras y servicios, el empresario principal y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente del pago de las deudas de la Seguridad Social, además de las de naturaleza salarial, contraídas por los subcontratistas respecto de sus trabajadores durante el período de vigencia de la contrata o subcontrata...».

(64) Esta responsabilidad alcanza al propietario de la obra o industria en los términos que se verán.

(65) Artículos 21 y 43 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

(66) SALA FRANCO, MONEREO.

Es decir, la responsabilidad se extiende al régimen público de la Seguridad Social (TCT, S. de 2 de julio de 1985), en lo que se refiere a las prestaciones. En lo concerniente a la responsabilidad por incumplimientos de la obligación de cotizar, se extiende a todo el contenido de ésta, por virtud de la unicidad de las cuotas de la Seguridad Social, por lo que habrá de extenderse a todos sus elementos, sean contingencias comunes o profesionales, o cuotas de recaudación conjunta (67) (TS de 7 de diciembre de 1988).

La anterior sentencia incluye los recargos por mora en el ingreso de las cotizaciones, ya que los mismos no tienen carácter sancionador sino de compensación a la Seguridad Social por el retraso en el pago de las cuotas (68).

En cuanto a la extensión de esta responsabilidad a las mejoras voluntarias, la jurisprudencia (TS de 10 febrero y 10 de abril de 1989) ha apreciado que «el incremento o complemento de la cobertura de determinadas contingencias de la Seguridad Social pactado en convenio colectivo ha de calificarse de mejora voluntaria de las prestaciones a que se refiere la Ley de Seguridad Social, de modo que al tratarse de una prestación de la misma, ha de regirse por las normas propias que la regulan». (TSJ Extremadura, S. de 2 de septiembre de 1996).

Cuestión aparte es la del recargo en las prestaciones por faltas de medidas de seguridad, que regula el artículo 123 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, de tanta solera en nuestro ordenamiento jurídico. Concebida esta responsabilidad como una sanción (69) al empresario por su conducta culposa o dolosa, la doctrina legal comenzó adoptando una postura refractaria a aceptar la imposición de una sanción a persona distinta de quien cometió la infracción. El Tribunal Central de Trabajo, en Sentencias de 16 de noviembre de 1973, 25 de abril de 1983, entre otras, afirmó que «la responsabilidad del pago de las prestaciones económicas sólo es exigible al empresario infractor, lo cual impide la exigencia de responsabilidad a otra empresa ajena a la prestación de servicios», para añadir que «el empresario de cada trabajador es el que tiene contraída con él la deuda de seguridad».

(67) Fondo de Garantía Salarial, desempleo, formación profesional u horas extraordinarias.

(68) El artículo 113 del Real Decreto-Ley 1/1994, de 20 de junio, tenía un sentido restrictivo al determinar que serían exclusivamente imputables al empresario los recargos por mora y apremio establecidos en el artículo 27 de la ley; sin embargo, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, amplía el precepto imputando la citada responsabilidad «a los responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar» no sólo al empresario.

(69) MONEREO PÉREZ, J. L. *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*. Civitas. 1992. Considera que se trata de una sanción unitaria y compleja, que engloba el recargo en las prestaciones y la sanción pecuniaria de la multa.

Sin embargo, una nueva orientación se instala en la jurisprudencia (SSTS de 24 de marzo de 1988 y 10 de mayo de 1990), al argumentar que es al amparo de la expresión «referidas a Seguridad Social», en la que deben entenderse incluidas las responsabilidades derivadas de infracción de medidas de seguridad, incluido el recargo en las prestaciones.

En todo caso, el debate ha quedado zanjado tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/95, de 5 de junio, que tras citar otras del mismo organismo (158/85, Autos TC 596/89 y 355/91) en las que se cataloga al citado recargo como una sanción, establece que «en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, la prohibición de la analogía *in malam partem* es también una de las exigencias del principio de legalidad (STC 182/90 y Auto TC 72/93), pero aquí no se ha efectuado una extensión *in peius* de la imputación de responsabilidad a supuestos no subsumibles en el precepto legal, sino una mera interpretación teleológica de la expresión empresario infractor, en la hipótesis de que el trabajador accidentado está involucrado en procesos de descentralización productiva, en absoluto extravagante con el régimen jurídico del deber de seguridad e higiene en el trabajo» (70).

Pero no termina aquí la compleja regulación de las responsabilidades comunicadas en el ámbito de la Seguridad Social. Una norma externa a su bloque normativo ha irrumpido con fuerza propia, imponiendo la responsabilidad solidaria a «los empresarios que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios, correspondientes a la propia actividad» por las infracciones muy graves consistentes en «dar ocupación como trabajadores a beneficiarios de pensiones y otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social». Se trata del artículo 15.7 (71) de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Sin embargo, el precepto punitivo no es tan extraño al bloque normativo de la Seguridad Social, pues el artículo 232 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, remite, en materia de infracciones y sanciones, a lo dispuesto en la Ley 8/1988, de 7 de abril, dando lugar, de ese modo, a una perfecta conexión entre la regla sustantiva y la disposición sancionadora.

No cabe la menor duda de que estamos ante una norma netamente punitiva que excede del contenido obligacional de otras responsabilidades atentas a garantizar al trabajador la eficacia de sus derechos. En este caso, la responsabilidad solidaria entre principal y contratista se enmarca

(70) En todo caso, el principio de culpabilidad ha de aparecer, sea como fuere, para que pueda darse la imputabilidad.

(71) El párrafo 7 de este precepto fue introducido por la disposición adicional decimotava de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de protección por desempleo (BOE de 31 de diciembre).

plenamente en el ámbito del poder disciplinario del Estado, cuya finalidad es represiva de conductas ilícitas fundamentalmente, sin perjuicio de la pretensión de restaurar el orden jurídico perturbado que es principio básico del *ius puniendi* del Estado, y que impregna a toda la normativa sancionadora.

Desde luego que el precepto está justificado por la específica gravedad de la infracción a que se refiere, que contiene un importante ingrediente de responsabilidad penal y supone una actitud del legislador favorable a un reproche especialmente intenso, de modo que ante la fuerte desviación que las conductas descritas causan respecto de la finalidad de la norma, que procura la atención a situaciones carenciales de los ciudadanos más desfavorecidos, la lesión a los intereses públicos que implica la postura insolidaria y dañina del infractor provoca una reacción de salvaguarda de esos intereses, de manera que la ley extiende la responsabilidad a terceras personas ajenas al ámbito del contrato de trabajo, en la intención, no ya de garantizar el pago de la sanción, sino de involucrar al principal en la antisocial situación creada por el contratista.

Como precepto sancionador que es, el artículo 15.7 se comporta de modo restrictivo, limitando la extensión subjetiva a quienes contraten por razón de la «propia actividad», y deduciendo una responsabilidad solidaria del empleador del beneficiario de la prestación incompatible con el trabajo por cuenta ajena y de quien dio lugar a esta situación jurídica al concertar la contrata, que no puede desentenderse de los efectos de ésta, ni para lo bueno ni para lo malo.

Un resabio de responsabilidad objetiva queda en el ambiente, en esta atribución de cargas a unas personas por actos de otras, de manera que se impone una interpretación sistemática del precepto que le permita comportarse con naturalidad en el ámbito jurídico al que pertenece, es decir, desde una perspectiva de los principios inspiradores del orden penal, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (STS 18/81 y 105/88, de 8 de junio ambas), uno de los cuales es la exigencia del elemento culpable en la conducta del infractor. No hay pena sin dolo o culpa (72).

Así pues, el fundamento de la entrada del empresario principal en el ámbito de la responsabilidad solidaria hay que buscarlo en el ordenamiento de origen, en la norma reguladora del contrato de obra en el que radica la situación antijurídica creada por la infracción del contratista. En este sentido, el artículo 1.258 del Código Civil impone a los contratantes la obligación de responder de todas las consecuencias del contrato que sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

(72) Tribunal Supremo, S. de 16 de marzo de 1988.

Evidentemente que ello no empece a la exigencia del elemento culpable, bien por la existencia acreditada de connivencia entre ambos empresarios, bien porque hubo negligencia del principal que hizo dejación de las obligaciones que como empresario le corresponden. Los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, reza el artículo 7.1 del Código Civil.

En este sentido baste recordar lo que ha establecido reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias, entre otras, de 5 de diciembre de 1987 y 29 de marzo de 1996: «no basta que la conducta reúna los requisitos de legalidad, de antijuridicidad y tipicidad, sino que además es necesaria la nota de culpabilidad, pues nadie puede ser condenado o sancionado sino por hechos que le puedan ser imputados a título de dolo o culpa».

VI. RESPONSABILIDAD POR OBLIGACIONES EN MATERIA DE RIESGOS LABORALES

No cabe duda, de que fue en el ámbito de la seguridad en el trabajo en el que se produjeron las primeras manifestaciones de responsabilidades comunicadas, remontándose, como se vio en su lugar, la primera regulación a la Ley de 30 de enero de 1900. En tiempos más recientes, la norma reguladora fue el artículo 153 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 de marzo de 1971, que establecía la responsabilidad solidaria.

La normativa internacional y supranacional ya habían contemplado la cuestión: el Convenio número 155 de la OIT (73), en su artículo 17, establece que cuando «dos o más empresas desarrollen simultáneamente en el mismo lugar de trabajo», están sometidas a un deber de colaboración entre ellas en la aplicación de las medidas de seguridad e higiene, de lo que cabe deducir (74) la posibilidad de que la responsabilidad alcance tanto al empresario directo como al principal, cuando exista base suficiente para ello.

Por su parte, la Directiva Marco 89/391 (CEE), de 12 de junio de 1989, en su artículo 5.1 dispone que «el empresario deberá garantizar la seguridad de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo».

Pero la norma posconstitucional que reguló la cuestión, en el Derecho interno, con suficiente rango normativo, fue el artículo 40 de la Ley 8/1988, de 7 de abril de Infracciones y Sanciones en el Orden Social; su texto era el siguiente: «los empresarios que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad, responden del incumplimiento de

(73) Ratificado por España mediante Instrumento de 16 de julio de 1985.

(74) Tribunal Superior de Justicia de Asturias, S. 1621/95.

las obligaciones establecidas en materia de seguridad e higiene durante el período de vigencia de la contrata, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal, aun cuando afecte a los trabajadores del contratista o subcontratista».

La norma sancionadora abandona el criterio de la solidaridad, para imponer al empresario principal una responsabilidad directa, sin paliativos, con fundamento en el control que sobre el lugar de trabajo ejerce el empresario principal, lo que, a veces, puede suponer que el contratista no pueda controlar, por no pertenecerle, el espacio físico o medio de trabajo (75).

Es una constante en la voluntad del legislador, garantizar una eficaz protección en el trabajo para satisfacer el mandato que contienen los artículos 15 y 40.2 de la Constitución y de los preceptos del Estatuto de los Trabajadores, en especial, sus artículos 4.2 d) y 19.1 (76).

Surge así el derecho del trabajador a realizar sus funciones en condiciones de seguridad, configurándose como un deber prestacional del empresario, es decir, en el marco del contrato de trabajo, el deber empresarial de prestar seguridad se corresponde con el derecho del empleado a la integridad física. De este modo el deber de seguridad se integra en el mismo contrato, bien que sea por determinación legal. El trabajador, por su parte, viene obligado a observar las medidas de seguridad que se adopten [arts. 5 b) y 19.2 del ET].

Un punto de distorsión se aprecia en esta regulación, pues la Ley 8/1988 es una disposición sancionadora y, por lo tanto, sujeta a los principios del orden disciplinario administrativo, que no son otros que los del orden penal, como señaló el Tribunal Constitucional en su importante Sentencia 18/81, de 8 de junio, al afirmar que «los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, como integrante que es del *ius puniendi* del Estado».

Es lo cierto que el mandato del artículo 40 de la Ley 8/1988, a la hora de atribuir la responsabilidad, atendía sólo a la condición objetiva de empresario principal en lugar de a la intencionalidad dolosa o culposa del imputado. Y ello a pesar de que desde la vigencia de la Ley Orgánica 3/1982, de 29 de julio, de Reforma del Código Penal, la cuestión de la imputabilidad tomó una nueva orientación, al determinar su artículo 1 que las conductas punibles habrían de ser dolosas o culposas, en

(75) FERNÁNDEZ MARCOS, L. «Responsabilidad del empresario principal respecto de contratistas y subcontratistas en materia de seguridad e higiene en el trabajo» (el art. 40 de la Ley 8/1988). *Actualidad Laboral*, núm. 1. 1992.

(76) PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. «El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo». *Actualidad Laboral*, núm. 4. 1992.

cumplimiento del artículo 24 de la Constitución, excluyendo así la responsabilidad objetiva del Derecho punitivo, «no hay pena sin dolo o culpa», afirmó el Tribunal Supremo, sin ambages, en su Sentencia de 16 de marzo de 1988.

El Tribunal Constitucional (77) fue sensible al nuevo sentido del principio de culpabilidad, de modo que, en su Sentencia 105/88, de 8 de junio, afirmó: «supone tal principio, la exigencia, primero de individualización de la propia conducta y después la del carácter doloso o culposo de la conducta infractora. Tales exigencias se oponen a criterios de responsabilidad establecida, en razón de previsiones estrictamente objetivas, basadas tal vez en implícitas presunciones *ex lege* de culpa (aún más si la presunción implícita es de las de carácter *iuris et de iure*), que son contrarias al derecho fundamental de presunción de inocencia».

No deja de ser criticable que el legislador, insensible a esta doctrina, haya regulado un supuesto de responsabilidad objetiva, contra el espíritu de los básicos principios del ordenamiento sancionador y de la doctrina del Tribunal Constitucional.

Como afirmó CRUZ VILLALÓN (78), «resulta de común aceptación que siempre constituirá elemento imprescindible a la comisión de una infracción administrativa en materia laboral, la imputabilidad del ilícito cometido al sujeto a quien se pretende sancionar».

Desde luego que imponer sanciones a unas personas por actos de otras, sin más, resulta inidóneo al cumplimiento de los fines del ordenamiento punitivo. No es lícito partir de la base de que todos los incumplimientos sean imputables al empresario principal por el solo hecho de serlo, sino que habrá de matizarse en cada caso, introduciendo el ingrediente personal capaz de cualificar a la conducta como digna de reproche.

La vigencia de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (79), supone un viraje en la consideración anterior; su disposición derogatoria afecta al artículo 40 de la Ley 8/1988, y en su lugar, el artículo 42.2 establece que «la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a los que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de esta Ley, del cumplimiento durante el período de la contrata de las obligaciones impuestas por esta Ley, 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».

(77) En doctrina que fue recibida por el Tribunal Supremo, S. 16 de febrero de 1990.

(78) *Ob. cit.*

(79) Para una completa referencia de la normativa reguladora de la materia, véase BORRAJO DACRUZ, E. «Selección de normas aplicables para determinar las obligaciones y responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales de las empresas que trabajan en régimen de coordinación de actividades». *Actualidad Laboral*, núm. 8. 1997.

Desaparece así la responsabilidad directa, para convertirse en solidaria, más acorde con las exigencias del principio de culpabilidad.

Pero el tratamiento de la Ley 31/1995 a este respecto es ciertamente novedoso. El artículo 24.1 en la línea de las disposiciones internacionales y supranacional ya existentes determina que «cuando en un mismo centro de trabajo desarrollan actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. A tal fin establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 18 de esta Ley».

El nuevo texto contiene una doble vertiente: si bien mantiene el contenido represivo de la legislación anterior, pretende también una finalidad preventiva que pretenda una mejor eficacia en la evitación de riesgos laborales, lo que supone un más completo tratamiento. Por eso esta norma da entrada al concepto de «coordinación de actividades» que contiene el artículo 17 del Convenio número 155 de la OIT y el artículo 6.4 de la Directiva del Consejo 89/391, de modo que la limitación de la responsabilidad a las contratas y subcontratas de la propia actividad queda ampliada a todos los fenómenos de coordinación entre empresas que se den en el mismo centro de trabajo (80).

En todo caso, la Ley 31/1995 se muestra como una disposición de mejor elaboración, en cuanto que la obligación del empresario principal ya no se deduce, sino que se explicita en su artículo 24.2: «el empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar para su traslado a sus respectivos trabajadores».

Esta obligación se completa con el mandato del párrafo 3.º del mismo precepto: «las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo, deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales».

Bueno es que la norma sea concreta en sus determinaciones, pero mejor hubiera sido que ciertos conceptos evanescentes no apareciesen allí, como es el caso del deber de vigilancia que impone, sin precisar la clase y extensión de ella, lo que, dada la dinámica de los procesos productivos, puede convertir el mandato en estéril, salvo que el empresario principal mantenga una permanente supervisión sobre las operaciones del contratista, que puedan llegar a desvirtuar la propia finalidad de la descentralización productiva, haciendo peligrar el modelo.

(80) GOERLICH PESET, J.M. «Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales». *Actualidad Laboral*, núm. 8. 1997.

En todo caso, la regulación vigente encierra un fuerte componente de responsabilidad objetiva, que ha sido atemperado por la jurisprudencia. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1992 (en unificación de doctrina) se expresaba en estos términos: «en los casos de contratas y subcontratas de obras o servicios, aunque es indiscutible que los empleados de la empresa contratista mantienen su vínculo laboral exclusivamente con ésta no puede olvidarse que en muchas ocasiones desarrollan su trabajo bajo el control y la inspección de la empresa principal o, en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta, y que además los frutos y consecuencias de este trabajo repercuten en ella, produciéndose así una peculiar situación en la que participan los empleados del contratista, éste y también la empresa principal, situación en la que concurren conexiones e interferencias mutuas entre estas tres partes que en ella se encuadran. Y así es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente de trabajo. Por ello, en estos casos, la determinación del concepto de empresario infractor se complica sobremanera, surgiendo siempre en cada supuesto la interrogante de si alcanza sólo al empresario directo, o sólo al principal, o a ambos a la vez. Lo que no parece correcto es excluir en todo caso y por sistema, de responsabilidad a la empresa principal, pues esta simplista solución prescinde de la realidad en la que siempre es posible que la causa del siniestro se encuentre en la conducta negligente o culposa de este empresario principal».

Es decir, la responsabilidad solidaria del empresario principal ha de ir unida a una conducta negligente o inadecuada de dicho empresario, o a la concurrencia de falta de cuidados precisos por parte del mismo o a la no adopción de medidas evitadoras del riesgo, que sea imputable de alguna manera a ese empresario principal (81).

En cuanto a la extensión material de la responsabilidad de éste, está delimitada por las siguientes determinaciones legales que operan de manera conjuntiva, es decir, como factores cuya incidencia ha de concurrir, de modo que la ausencia de cualquiera de ellos conllevaría la exclusión de la responsabilidad del empresario principal:

- a) Como factor objetivo, la ley impone una limitación a las obras o servicios que se ejecuten dentro de la misma actividad a la que corresponde al empresario principal (82). Ciertamente que esta determinación excede de la prescripción del artículo 17 del Convenio 155 de la OIT, que establece el deber de cooperación «siempre que dos o más empresas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo», lo que ha motivado que la doctrina (83) afirme que esta exigencia de darse en el ámbito de la propia actividad care-

(81) CONDE MARTÍN DE HIJAS, V. «Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 10 de mayo de 1996». *Actualidad Laboral*, núm. 40. 1996.

(82) Valga en este lugar una remisión a páginas anteriores en que se trató el concepto de propia actividad. *Vid.* CRUZ VILLALÓN, RODRÍGUEZ PIÑERO, MARTÍN VALVERDE, *Obs. cits.*

(83) MONEREO PÉREZ, J.L. *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos. Ibídem.* 1994.

ce de sentido en relación con los fines normativos a perseguir, relacionados con la protección del bien jurídico de la vida e integridad física del trabajador. Esto supone una falta de acomodación a la normativa internacional, que parece apartar del mecanismo de las responsabilidades a quien, en la mayoría de las ocasiones, tiene el control de las circunstancias del lugar de trabajo.

Desde luego que el concepto de «nueva actividad» está necesitado de un nuevo planteamiento, al menos en el ámbito de prevención de riesgos laborales, de tal manera que sea capaz de conjugar las posturas maximalistas (84), con una razonable aplicación funcional de precepto que permita determinar cuándo existe una conexión directa o indirecta con el proceso productivo (85). Ello ha de permitir una interpretación que evite que la responsabilidad puede extenderse a cualquier actividad empresarial extraña en absoluto a la del contratista, de modo que la conexión se presente con criterios racionales que, en todo caso, impliquen una entrada al elemento culpable. Por eso la citada Sentencia en unificación de doctrina del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1995 afirmó que la solución a este problema «sólo puede venir dada por el examen cuidadoso y específico de cada supuesto concreto», de modo que queden excluidas las obligaciones personales que quedan fuera del control del principal en una concepción razonable de la funcionalidad empresarial.

- b) El factor cronológico limita la responsabilidad a las obligaciones generadas por infracciones cometidas durante la vigencia de la contrata, siendo aplicable a efectos de prescripción el artículo 51 de la Ley 31/1995, comenzando su cómputo a partir de la fecha de comisión de la falta.
- c) El elemento topográfico exige como requisito para que aparezca la responsabilidad del empresario principal, que la infracción se produzca en el centro de trabajo del mismo. Parece que el legislador se quedó corto al emplear la expresión «centro de trabajo», que en nuestro sistema jurídico no es otra cosa que el ámbito físico a que se refiere el artículo 5.1 del Estatuto de los Trabajadores: «se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral». El concepto encierra un fuerte componente del ingrediente formal al exigir rigurosamente el trámite administrativo de alta para ser considerado como tal (86).

(84) Citadas por GOERLICH. TSJ Galicia, S. 11710/04: debe ser objeto de la contrata el núcleo esencial de la actividad que habitualmente desempeña el empresario principal. TSJ Granada, S. de 1 de febrero de 1994: descartándose cualquier cometido accesorio o complementario impuesto por el fin propio del contratista. TSJ Cataluña de 5 de marzo de 1993: el concepto tiene sentido expansivo excluyéndose la identidad entre «misma» y «propia».

(85) TSJ de Andalucía (Granada) de 17 de julio de 1996.

(86) Nada impediría que la falta de alta fuera esgrimida como elemento condicionante de la responsabilidad, de manera que lo que, en principio, es una infracción termine convirtiéndose en causa de exoneración de responsabilidad (baste con esgrimir la falta del requisito formal para deducir una aplicación restrictiva de la norma sancionadora).

Desde luego que la expresión legal no es afortunada, pues debiera haberse ceñido a las normas internacionales y comunitarias (87) que la inspiran, utilizando el término «lugar de trabajo» de manera que se modere el carácter excesivamente locativo que la caracteriza.

En todo caso, el criterio restrictivo del concepto «centro de trabajo» había sido entendido cabalmente por la jurisprudencia con un sentido menos formalista y por tanto, expansivo. La Sentencia del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, de 18 de abril de 1992, en un supuesto de reparación de líneas eléctricas (88), afirmó que «aunque estas líneas se encuentren lógicamente en el campo y al aire libre, son sin duda instalaciones propias de la empresa, estando ésta obligada a cuidar de su conservación».

Como ha afirmado el profesor GOERLICH, el criterio topográfico se configura como esencial, al ser elemento delimitador necesario del centro de trabajo, ámbito material en el que comparten las condiciones de trabajo todos los que allí se encuentran, sean de la empresa que sean.

De este modo, un criterio material, de contenido sustantivo razonablemente aplicado es el que debe prevalecer en la consideración del elemento locativo.

Así, las contratas externas al centro de trabajo no están comprendidas en el ámbito de los deberes que la Ley 31/1995 impone al empresario principal (89).

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Los distintos ámbitos jurídicos en los que se generan los diferentes tipos de obligaciones en materia de contratas y subcontratas implican un verdadero fuego cruzado de responsabilidades de diverso tratamiento y entidad, por lo que conviene exponer un cuadro sistemático, a la vez que sintético, que determine con precisión cuáles sean éstas en cada caso, sin superposiciones innecesarias, por no decir imposibles.

- 1. En materia laboral** (art. 42.2 del ET): la responsabilidad es solidaria, entre empresario principal y empresas auxiliares, por conceptos estrictamente salariales, durante el tiempo que duren los trabajos de la contrata; esta responsabilidad puede ser exigida tanto en el período de la contrata como en el año posterior a la conclusión de ésta. En otros aspectos del contrato de trabajo no existe responsabilidad del comitente.

(87) La Directiva 89/391 entiende como lugar de trabajo todo lugar destinado a albergar puestos de trabajo.

(88) Citada por GOERLICH, así como posterior doctrina de suplicación en contra. *Ob. cit.*

(89) RODRÍGUEZ PIÑERO, M. «El lugar de ejecución de la contrata». *Relaciones Laborales*, núm. 4. 1996.

2. **En materia de prevención de riesgos laborales** (arts. 24.3 y 42.2 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre), la responsabilidad entre empresa principal y contratistas y subcontratistas es solidaria siempre que la infracción se produzca en el lugar de trabajo de la primera y durante el tiempo de la contrata.
3. **En materia de Seguridad Social** (arts. 42.2 del ET y 104 y 127 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio), la responsabilidad (90) está sujeta a las siguientes reglas:
 - A) Si el empresario principal, con carácter previo a la contrata, no solicita de la Tesorería de la Seguridad Social certificación negativa de posibles deudas del contratista, u obtenida ésta después de solicitada, tiene carácter positivo, responderá de las mismas solidariamente, mientras tenga vigencia el Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre (91), extendiéndose esa responsabilidad a los cinco años anteriores, es decir, el plazo de prescripción de las deudas con la Seguridad Social.
 - B) Ambos empresarios, principal y contratista, responden solidariamente de las obligaciones en materia de Seguridad Social contraídas durante el período de vigencia de la contrata y hasta la terminación de ésta.
 - C) Ambos responden solidariamente, asimismo, de las obligaciones generadas durante la vigencia de la contrata, durante el año posterior a la extinción de ésta.
 - D) Concluidos los trabajos objeto de la contrata, y transcurrido el año posterior durante el que puede ser exigida dicha responsabilidad solidaria, el empresario principal será responsable, durante el tiempo que reste para alcanzar los cinco años desde que se produjo el hecho causante o desde la fecha en que preceptivamente debieron ser ingresadas las cuotas (art. 21 de la LGSS), según la obligación sea en materia de prestaciones o de cotización, en el caso de que el contratista fuese declarado insolvente, es decir, con responsabilidad subsidiaria; desde luego que tal responsabilidad subsidiaria, está referida al cumplimiento de obligaciones contraídas durante la vigencia de la contrata.
 - E) Para cerrar este cuadro de responsabilidades en materia de Seguridad Social, aparece la figura del propietario de la obra o industria como sujeto responsable. El artículo 127 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, se limita a establecer esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra o industria estuviese contratada y el empresario resultare insolvente. El artículo 12.1 del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre

(90) Esta responsabilidad afecta a todas las obligaciones, a excepción de las sancionatorias. En lo que se refiere al recargo en las prestaciones por falta de medidas de seguridad, habrá de estarse a la existencia o no de ésta, a tenor de la disposición aplicable en materia de riesgos laborales.

(91) El precepto debiera ser anulado, en su artículo 10.3 b), en procedimiento contencioso-administrativo.

(Reglamento General de Recaudación), establece que «para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, el propietario de la obra o de la industria contratada y por el período de vigencia de la contrata o subcontrata responderá... siempre que dicho empresario fuese declarado insolvente» (92).

La jurisprudencia ha sido clara al tratar la cuestión, así la Sentencia en unificación de doctrina del Tribunal Supremo, de 17 de mayo de 1996, ha establecido que siendo la finalidad de la norma que quede garantizado «que los beneficiarios del trabajo por cuenta ajena respondan de todas las contraprestaciones al mismo, evitando que el lucro que de él puedan obtener vaya en perjuicio de la protección social del trabajador; esta garantía alcanza incluso al propietario de la obra o industria a cuyo favor se haya realizado la contrata».

Es evidente que el legislador quiere afianzar el cumplimiento de la obligación y para ello nada más seguro que establecer una garantía real, de último grado desde luego, pero inamovible e indisponible. Si el *leit motiv* de la norma es asegurar el cumplimiento de la ley, evitando cualquier maniobra que pueda facilitar el fraude, el fundamento legal de esa entrada del propietario de la obra o industria (93) en el mundo de las responsabilidades en materia de Seguridad Social se encuentra en el artículo 1.258 del Código Civil que establece que «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

En el orden sancionador, la responsabilidad de principal y contratista es solidaria cuando se produzca la infracción que describe el artículo 15.1 de la Ley 8/1988, de 7 de abril.

Así queda cerrado el complejo juego de responsabilidades en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios.

(92) Naturalmente que se salvan las reparaciones que los amos de casa puedan efectuar en su vivienda.

(93) No se olvide que el propietario y el empresario contratista están vinculados únicamente por un contrato civil de ejecución de obra.