

## LA DERIVACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DEUDAS A LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA SUBCONTRATACIÓN DEL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

**JUAN MANUEL SÁNCHEZ TERÁN HERNÁNDEZ**

*Inspector de Trabajo y Seguridad Social.*

*Consejero Técnico en la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Madrid*



Este trabajo ha obtenido el 2.º *Premio Estudios Financieros 2007* en la Modalidad de **DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Luis Enrique DE LA VILLA GIL, don Juan CALVENTE MENÉNDEZ, doña María Milagros CALVO IBARLUCEA, don Jesús MERCADER UGUINA, doña Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO y don Antonio SEMPERE NAVARRO.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

### **Extracto:**

LA entrada en vigor de la Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, aunque aparentemente se presenta como norma de prevención de riesgos laborales, incide de un modo esencial en la derivación de responsabilidad por el impago de deudas a la Seguridad Social, superando para las empresas de su ámbito de aplicación las responsabilidades derivadas, solidarias o subsidiarias, establecidas en el Estatuto de los Trabajadores y en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

**Palabras clave:** derivación de responsabilidad, Seguridad Social y subcontratación en construcción.

# Sumario

- I. La subcontratación en el sector de la construcción.
  - A. Introducción.
  - B. La Ley 32/2006.
  
- II. El sistema especial de responsabilidad solidaria en el sector de la construcción.
  - A. Planteamiento de la cuestión.
  - B. Entrada en vigor.
  - C. Ámbito funcional.
    - 1. Delimitación de actividades.
    - 2. Aplicabilidad de criterios jurisprudenciales anteriores a esta ley.
  - D. La cadena de subcontratación.
  - E. La responsabilidad solidaria específica en la construcción.
  
- III. La responsabilidad solidaria del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.
  - A. Introducción.
  - B. El concepto de «propia actividad».
  - C. La supuesta responsabilidad de la empresa principal por las deudas anteriores del subcontratista.
  - D. Valor exoneratorio del certificado de la Tesorería General de la Seguridad Social.
  
- IV. La responsabilidad subsidiaria en la Ley General de la Seguridad Social.
  - A. Delimitación de la responsabilidad.
  - B. Determinación del dueño de la obra, industria o servicio.
  
- V. La responsabilidad por deudas a la Seguridad Social.
  - A. Tipos de responsabilidad.
  - B. Ámbito material de la responsabilidad.
  - C. Las aportaciones empresariales a la Fundación Laboral de la Construcción.
  
- VI. Conclusiones.

Abreviaturas.

## I. LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

### A. Introducción.

Hasta mediados de los años 70 del pasado siglo XX, tanto en las grandes como en las medianas y pequeñas obras de construcción, era frecuente que casi todo el personal en un mismo centro de trabajo perteneciera a la plantilla de la empresa principal. Las empresas subcontratistas se limitaban a unas actividades específicas (elevadores, calefacción, montaje eléctrico, etc.) atendidas con su propio personal fijo y cualificado. Podríamos decir que eran las épocas en las que, según la expresión de ROMAGNOLI<sup>1</sup>, el contrato de trabajo estable y *sine die* era considerado como «la estrella polar del Derecho del trabajo».

Pero este panorama ha cambiado, de modo que actualmente en cualquier obra apenas pertenecen a la empresa principal, además del encargado general, unos pocos técnicos y administrativos con funciones de control sobre la «miríada de contratos de suministros, servicios, transportes, compras, que forma la trama de las relaciones interempresariales», según la expresión de ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE<sup>2</sup>. En esta externalización de actividades destacan los problemas suscitados por la subcontratación, y en especial las cadenas de su extensión vertical, en cuyos eslabones se encuentran a veces empresas «huecas» o sin trabajadores, rozando en su último nivel con la economía sumergida y la contratación de ilegales extranjeros.

Según GARCÍA-MORENO GONZALO<sup>3</sup>, «la gran ventaja que comúnmente, aunque con una visión simplista, se atribuye al *outsourcing* es la reducción de costes tanto fijos, de equipos y de personal, como de gestión, que conlleva». Sin embargo, al haberse realizado sin control ha afectado, en el ámbito de lo social, a la estabilidad en el empleo, a la cualificación profesional, a la prevención de riesgos laborales, a las demás condiciones laborales y a los derechos de la Seguridad Social, generando a su vez tales problemas e inconvenientes que superan a las ventajas. Para MARTÍNEZ GARRIDO<sup>4</sup> «este tipo de actividad en España se ha extendido de forma intensiva debido a la rigidez del mercado laboral».

<sup>1</sup> Umberto ROMAGNOLI. «Tras el crepúsculo, un nuevo día». Relaciones Laborales, tomo I, 1996, pág. 263.

<sup>2</sup> Manuel ALONSO OLEA y María Emilia CASAS BAAMONDE. *Derecho del Trabajo*, 21.ª edición, Civitas 2003, pág. 122.

<sup>3</sup> José M.ª GARCÍA-MORENO GONZALO. «Contratos entre empresas para la instrumentalización de la externalización de actividades laborales». En *La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinar*. VV.AA. (coord. Abdón PEDRAJAS MORENO), Caja Círculo de Burgos. Lex Nova, Valladolid 2002, pág. 61.

<sup>4</sup> Luis R. MARTÍNEZ GARRIDO. «Contratas, cesión ilegal de trabajadores y cooperativas de trabajo asociado». *Revista del M.º de Trabajo y A. Sociales*, núm. 38, octubre 2002, pág. 229.

A ello añadimos la preocupación generalizada en la doctrina y la jurisprudencia de que la subcontratación está siendo utilizada como «huida fraudulenta» de las obligaciones laborales y de Seguridad Social. Así, por ejemplo, según LLANO SÁNCHEZ <sup>5</sup> «en la medida que se ha consolidado el sector de las empresas de trabajo temporal (ETT) y han mejorado las condiciones laborales en el mismo se ha producido también una mayor tentación por parte de las empresas de desviar el suministro temporal de mano de obra hacia fórmulas de subcontratación con el objetivo de abaratar costes o eludir ciertas responsabilidades».

## B. La Ley 32/2006.

La legislación laboral ha venido considerando de un modo general el problema de la subcontratación, pero por primera vez para un sector concreto, el de la construcción, se ha abordado una norma estatal exclusivamente sectorial en la Ley 32/2006, de 18 de octubre, BOE 19, (entrada en vigor el 19-4-2007), reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción (en adelante LSC). Según MANTECA VALDELANDE <sup>6</sup>, «la nueva regulación legal proyecta sus garantías con triple rumbo: el primero exigiendo el cumplimiento de varios requisitos para que las subcontrataciones que se lleven a cabo a partir del tercer nivel o escalón de subcontratación respondan a causas objetivas con el fin de prevenir prácticas que pudieran derivar en riesgos para la salud y seguridad en el trabajo; el segundo estableciendo una serie de exigencias de calidad o solvencia a las empresas que pretendan actuar en el sector y, además, reforzando los requisitos generales de formación de personal en materia de riesgos laborales con la obligación de acreditar la organización preventiva de la propia empresa y con unas mínimas garantías de calidad y estabilidad en el empleo en el entorno empresarial, como complemento; y en tercer lugar, se introducen mecanismos de transparencia en las obras de construcción, mediante determinados sistemas de documentación así como mediante la participación de trabajadores en las empresas que intervienen en la obra».

Pudiera parecer, si nos atenemos solamente a su exposición de motivos, que la LSC se refiere a materias de prevención de riesgos laborales en un sector en el que destaca el número y gravedad de accidentes de trabajo <sup>7</sup>. No obstante, si analizamos su contenido real, abarca un mayor ámbito ya que incide para este importante sector no solamente en el resto de la legislación social –laboral y de Seguridad Social–, sino también en la forma de organización empresarial, precisamente porque los accidentes de trabajo son causados en gran parte por la excesiva subcontratación y su secuela de la temporalidad en los contratos de trabajo. Como dicen MERCADER UGUINA y NIETO ROJAS <sup>8</sup>, «sinies-tralidad y subcontratación forman un peligroso cóctel en el que influyen factores tales como los rit-

<sup>5</sup> Mónica LLANO SÁNCHEZ. «Empresas de servicios, prestamismo laboral y precariedad en el empleo». *Relaciones Laborales*, 2006, tomo I, pág. 168.

<sup>6</sup> Víctor MANTECA VALDELANDE. «La ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción». *Actualidad Laboral Aranzadi* núm. 722/2007. Comentario editorial.

<sup>7</sup> Durante el año 2006 se produjeron en el sector de la construcción 255.756 accidentes con baja en el centro de trabajo, de los cuales 293 fueron mortales. Fuente: Boletín de Estadísticas Laborales, avance provisional 2006. M.º de Trabajo y A. Sociales. Febrero 2006.

<sup>8</sup> Jesús R. MERCADER UGUINA y Patricia NIETO ROJAS. «La Ley reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción». *Relaciones Laborales*, núm. 4, febrero 2007, pág. 71.

mos a los que se ejecutan las obras (destajos), la disminución de la mano de obra cualificada o el encadenamiento masivo de contratas y subcontratas».

No se condena, en cuanto tal, el sistema de la subcontratación, ya que es una expresión de la libertad de empresa establecida en el artículo 38 de la Constitución Española; incluso se reconocen sus ventajas: mayor especialización y cualificación de los trabajadores, aprovechamiento de los medios técnicos empleados, creación de empleo mediante la participación de la pequeña y mediana empresa, etc. No obstante, por el abuso exagerado en este sector de las cadenas de subcontratación, es necesario su control para evitar graves inconvenientes en el ámbito laboral.

## II. EL SISTEMA ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

### A. Planteamiento de la cuestión.

Ante todo hay que señalar que los trabajadores de la empresa subcontratista no se integran en la plantilla de la principal o comitente; pero en el caso de incumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social de la primera, la legislación deriva responsabilidades hacia la segunda en virtud del principio *ubi emolumentum ibi onus*, es decir que quien obtiene la ganancia debe soportar las cargas.

El presente análisis sobre la LSC lo dedicamos a la responsabilidad derivada por deudas a la Seguridad Social, puesto que es el aspecto menos estudiado por la doctrina –ya muy abundante– sobre esta nueva ley. El movimiento sindical que la promovió tampoco lo destacaba, ya que estuvo centrado en otros dos grandes problemas del sector de la construcción: la precariedad en el empleo y la alta siniestralidad laboral, aspectos que sin duda son los que más resaltan en la LSC. No se menciona a la Seguridad Social ni en su exposición de motivos, ni en el articulado, con excepción del artículo 7.2; es más, parece que expresamente quiere eludirla al remitirse en su artículo 1.2 a lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (ET), que es «una regla bifronte, de Derecho del Trabajo y Seguridad Social» según la expresión de MONTROYA MELGAR y AGUILERA IZQUIERDO<sup>9</sup>. A pesar de estos simples elementos, el sistema de derivación de responsabilidad por deudas a la Seguridad Social ha quedado especialmente afectado para las empresas comprendidas en el ámbito de la LSC, marcando un giro sustancial respecto a la legislación anterior, lo que va a tener importancia práctica ya que casi la mitad de las cuantías de las actas de liquidación levantadas en los últimos años por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante ITSS<sup>10</sup>) son motivadas por derivación de responsabilidad, mucho más que por faltas de alta o por diferencias de cotización.

<sup>9</sup> Alfredo MONTROYA MELGAR y Raquel AGUILERA IZQUIERDO. «Sobre el régimen jurídico laboral de contratas y subcontratas». *Aranzadi Social*, Vol. V, 1999, pág. 1.042.

<sup>10</sup> Según la web de la ITSS, durante el año 2005 (últimos datos anuales completos suministrados) se levantaron actas de liquidación por importe total de 920 millones de euros, de los que 440 millones correspondieron a actas por derivación de responsabilidad.

Si hacemos abstracción de las limitaciones existentes para las obras públicas, GOERLICH PESET <sup>11</sup> destaca que la normativa sobre la subcontratación gira en torno a una norma central, el artículo 42 del ET y una serie de normas vinculadas a él en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), Ley de prevención de riesgos laborales (LPRL) y Texto Refundido de la Ley de Inspecciones y Sanciones en el Orden Social (TRLISOS) que «aunque no son normas limitadoras, tienen como principal virtualidad establecer mecanismos de garantía de los derechos de los trabajadores, y en cuanto tales, condicionan los procesos de externalización». Sin embargo una novedad esencial de la LSC consiste en que, además de reforzar las garantías anteriores, establece limitaciones directas en la subcontratación en general.

Destacamos, sobre todo, que en la LSC se establecen unas responsabilidades especiales en su artículo 7.2, que son objeto de este estudio. Uno de los aspectos relativos a la exigencia de la solvencia de las subcontratas es el de la ausencia de débitos a la Seguridad Social, que tiene en esta ley un tratamiento específico y novedoso, que hay que considerar junto con lo dispuesto, de un modo general para todos los sectores, en el artículo 42 del ET, y en los artículos. 104.1, 127.1 y concordantes del TRLGSS. Efectivamente, no nos encontramos ante un sistema de responsabilidades que, al estar regulado por ley posterior, pudiera considerar derogadas para este sector anteriores normativas, sino todo lo contrario, ya que su artículo 1.2 aclara toda duda al respecto sobre el mantenimiento del artículo 42 del ET, y lo mismo cabe decir respecto al sistema de responsabilidades del TRLGSS porque se establece la subsistencia de otras responsabilidades (por ET, TRLGSS y LPRL) en su artículo 7.2.

Por lo tanto, en el sector de la construcción inciden a la vez, en cuanto a las deudas a la Seguridad Social, tres tipos de responsabilidades derivadas:

- Responsabilidad solidaria de esta LSC.
- Responsabilidad solidaria del artículo 42.2 del ET.
- Responsabilidad subsidiaria del TRLGSS.

Según ALARCÓN CARACUEL y GONZÁLEZ ORTEGA <sup>12</sup>, «el artículo 42 del ET tiene una finalidad depuradora del mercado respecto a empresarios incumplidores con la Seguridad Social: a estos efectos establece una responsabilidad solidaria, de carácter claramente sancionatorio, para quienes contraten con ellos; por el contrario, el artículo 97 de la LGSS (actualmente artículo 127.1 del TRLGSS) parte del principio de que quien encarga a otro la realización de una obra o servicio es en última instancia el destinatario de la obra o servicio realizados y, en base a ello, deberá responder, siquiera sea subsidiariamente, de las obligaciones dimanantes de dicha realización (en concreto, de las de Seguridad Social)». El sistema de responsabilidad solidaria de la LSC aporta un nuevo aspecto ya que, según su exposición de motivos, «establece una serie de garantías dirigidas a evitar que la falta de control en esta forma de organización productiva ocasione situaciones objetivas de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores», siendo una de esas garantías –si bien por vía un tanto indirecta– la nueva modalidad de derivación de responsabilidad por deudas a la Seguridad Social.

<sup>11</sup> José M.<sup>a</sup> GOERLICH PESET. «Actividades laborales externalizables. Régimen jurídico». En *La externalización...*, op. cit. pág.113.

<sup>12</sup> Manuel R. ALARCÓN CARACUEL y Santiago GONZÁLEZ ORTEGA. *Compendio de Seguridad Social*. Tecnos 1985, pág. 103.

## B. Entrada en vigor.

La LSC entra en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE, según la disposición final tercera, y puesto que se publicó el 19 de octubre de 2006, entra en vigor el 19 de abril de 2007. Llama la atención la amplitud de esta *vacatio legis*. Según MANRESA Y NAVARRO<sup>13</sup>, primer comentarista sistemático del Código Civil, «convendrá dilatar el término legal cuando se trate de una disposición que requiera detenido estudio o que introduzca gran alteración en el régimen existente y exija mucho tiempo su planteamiento». Sin duda los tres aspectos han motivado la existencia de tan amplio período, pero en especial porque se remite reiteradamente al desarrollo reglamentario, «haciéndolo además –como destaca CRUZ VILLALÓN<sup>14</sup>– en clave de otorgarle a este segundo nivel normativo un notable margen de complemento y concreción de las reglas legales».

En principio esta ley se aplicará a todas las obras de su ámbito funcional a partir de su entrada en vigor; no obstante la disposición transitoria primera establece que «lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de esta ley, en cuanto a los requisitos de los contratistas y subcontratistas y al régimen de subcontratación, respectivamente, no será de aplicación a las obras de construcción cuya ejecución se haya iniciado con anterioridad a la entrada en vigor en la misma».

Esta delimitación temporal afecta también a la novedosa responsabilidad solidaria de su artículo 7.2, ya que sus elementos constitutivos son precisamente los que se establecen en los artículos 4 y 5, por lo que esta responsabilidad solamente será aplicable para las obras iniciadas a partir del 19 de abril de 2007, y por lo tanto a las subcontratas que intervengan en la obra una vez iniciada materialmente, con independencia de la fecha de aprobación del proyecto, concesión de las oportunas licencias, firma de la contrata o incluso de alguna subcontrata. Con esta precisión el legislador ha rechazado claramente otras posibles alternativas.

## C. Ámbito funcional.

### 1. Delimitación de actividades.

**Normativa reguladora.** Se aplica la LSC, según el artículo 2, «a los contratos que se celebren, en régimen de subcontratación, para la ejecución de los siguientes trabajos realizados en obras de construcción: excavación, movimientos de tierras, construcción, montaje y desmontaje de elementos prefabricados, acondicionamientos o instalaciones, transformación, rehabilitación, reparación, demantelamiento, derribo, mantenimiento, conservación y trabajos de pintura y limpieza, saneamiento». Abarca, por lo tanto, casi todas las actividades más características del proceso productivo de la construcción, pero no todas, como veremos a continuación.

Esta enumeración se completa con su disposición adicional segunda en la que se establece que se aplicará plenamente a las obras públicas incluidas en el ámbito de la Ley de Contratos de las Admi-

<sup>13</sup> José María MANRESA y NAVARRO. «Comentarios al Código Civil Español», 3.<sup>a</sup> edic., Madrid 1907, pág. 49.

<sup>14</sup> Jesús CRUZ VILLALÓN. «La nueva regulación de la subcontratación en el sector de la construcción». Boletín Informativo del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. núm. 6, diciembre 2006. Estudios y Análisis.

nistraciones Públicas (LCAP), con las peculiaridades que se deriven de dicha ley. Podemos señalar entre estas las siguientes:

- El artículo 115 establece el requisito del conocimiento previo de la Administración para que la empresa contratista pueda subcontratar, y solo dentro del tope del importe de la adjudicación marcado en el pliego de condiciones particulares, y si no se estableciera un tope, no podrá rebasar el 50 por 100. Se requerirá autorización expresa de la Administración para subcontratar en los contratos de carácter secreto o reservado, cuando su ejecución precise de medidas de seguridad especiales o cuando lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado.
- Según su artículo 155, «en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos».
- El artículo 170 establece: «En el contrato de gestión de servicios públicos, la subcontratación solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias».

La LSC resuelve así cualquier duda sobre la afectación de la normativa laboral en la subcontratación administrativa pública. Como dice GOERLICH PESET <sup>15</sup>, «la jurisprudencia unificada del Tribunal Supremo (TS), desde 1966, ha establecido no obstante reiteradísima doctrina en cuya virtud, habida cuenta de la condición empresarial de las Administraciones desde la perspectiva laboral, cuando las mismas recurran a la descentralización quedarán sujetas a las normas laborales que la regulan. En consecuencia, los contratos administrativos de obra, gestión de servicio público o análogos pueden quedar encuadrados dentro del concepto de contrata». Por todas, STS (Social) de 18 de marzo de 1997 (RJ 1997\2572) ponente Gil Suárez.

**Numerus clausus.** La relación de actividades del artículo 2 de la LSC está copiada de la que figura en el Anexo I del Real Decreto 1627/1997, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción. No obstante, en el mencionado Anexo I y en el artículo 2.1 a) del mismo real decreto se dice expresamente que es una relación «no exhaustiva», mientras que en el artículo 2 de la LSC no se dice nada al respecto. Tratándose de una norma de mayor rango, que establece limitaciones y por lo tanto exige una interpretación restrictiva, las actividades mencionadas en el artículo 2 de la LSC han de considerarse *numerus clausus*. Este mismo sentido de listado «exhaustivo y cerrado» es mantenido por CRUZ VILLALÓN <sup>16</sup>, MERCADER UGUINA y NIETO ROJAS <sup>17</sup>, y por MERINO SEGOVIA <sup>18</sup> al decir que «si la intención legislativa hubiera sido la de establecer una relación meramente ejemplificativa, la fórmula del artículo 2 podría haber sido otra, no tan contundente como la que expresa el tenor del precepto legal».

De todos modos, ello no impide que se incluyan algunos trabajos específicos que forman parte de otro más genérico del listado. Así, por ejemplo, el encofrado, la albañilería, el solado o el ali-

<sup>15</sup> José M.ª GOERLICH PESET. «Actividades...» *op.cit.* pág. 120.

<sup>16</sup> Jesús CRUZ VILLALÓN, «La nueva...» *op. cit.*

<sup>17</sup> Jesús R. MERCADER UGUINA y Patricia NIETO ROJAS, «La Ley reguladora...» *op. cit.* pág. 74

<sup>18</sup> Amparo MERINO SEGOVIA. *Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*, Bomarzo 2006, pág. 43.



catado no están mencionados expresamente, pero no cabe la menor duda de su inclusión puesto que forman parte de la «construcción».

En el comienzo del precepto se refiere a «obras de construcción», y entre la casuística relación se menciona «construcción»; entendemos que por razones sistemáticas se refiere tanto a «edificación» como a «obra civil», ya que su artículo 3 a) define como «obra de construcción u obra: cualquier obra pública o privada, en la que se efectúen trabajos de construcción o de ingeniería civil».

Vienen considerándose en la realidad como actividades típicamente externizables –sin que la enumeración sea exhaustiva–, las referidas a asesoría (jurídica, técnica, contable, informática), las de selección y formación de personal, los servicios de comedor, los servicios sanitarios, la publicidad, la seguridad, la atención posventa, pero también la limpieza y los servicios de mantenimiento, que sin embargo, están mencionados en la relación del artículo 2 de la LSC.

Con la inclusión de la «limpieza» se resuelve un problema que ha suscitado controversias, si bien la jurisprudencia ha sido esclarecedora. Así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña (Social) de 30 de junio de 1997 (AS 1997\2795), ponente Vivas Larruy, condena a la empresa principal solidariamente con la contratista de pinturas y la subcontratista de limpieza, en el caso de un accidente de un trabajador de la última, puesto que los acabados de pintura y posterior limpieza forman parte integrante del ciclo productivo de la construcción. Sin embargo, la inclusión de la limpieza en el contexto de la conservación puede resultar problemática; entiendo que se refiere solamente a la limpieza en una obra en construcción, conservación o reparación, pero no a la limpieza habitual, que como medida de higiene, se efectúa en los centros de trabajo como actividad genérica o inespecífica, no inherente al ciclo productivo de las empresas. En este sentido, la STSJ de Cataluña (Social) de 25 de octubre de 2000 (AS 2000\4541), ponente Palos Peñaroya.

Problemática y ambigua puede ser la mención al «mantenimiento» cuyo concepto se superpone además con el de «conservación», y que a veces desbordan del ámbito estrictamente constructivo. Por lo general, en una obra civil estas tareas están vinculadas muchas veces a las empresas que participaron en su construcción, pero no puede ampliarse al mantenimiento y conservación de otros elementos; así, en la típica obra civil de construcción de líneas ferroviarias, no sería aplicable la LSC, por ejemplo, al mantenimiento del material móvil. En una edificación son tareas contratadas por lo general por un propietario final distinto del propietario inicial, del promotor y de las empresas constructoras, sean la contratista o las subcontratistas; de todos modos, en cuanto son responsabilidad de quienes intervienen en el proceso de la edificación, se incluyen las tareas de reparación afectadas por las garantías del artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) y que son los meros defectos de acabado, cuya garantía es por un año a partir de la entrega de la obra, los defectos de habitabilidad (humedades, goteras, etc.) cuya garantía es por tres años y los defectos estructurales, o sea los que afectan a la estabilidad y resistencia del edificio (cimientos, forjados, etc.) cuya garantía es por 10 años.

**Comparación con el Convenio General del Sector de la Construcción (CGC).** Si comparamos las actividades descritas en el artículo 2 de la LSC con las del artículo 12 y Anexo II, campo de aplicación del CGC <sup>19</sup>, encontramos importantes diferencias:

<sup>19</sup> Utilizamos el CGC 2002-2006 (BOE 10-8-2002); el siguiente está en negociación en el momento de redactar estas líneas, si bien parece no afectar al contenido del Anexo analizado.

- a) En cuanto a las dedicadas a la construcción y obras públicas en el CGC, prácticamente todas las actividades pueden considerarse incluidas, ya se trate de tareas tradicionales (albañilería, solado, pocería, etc.) como las de gestión de residuos en obra o las de control de calidad. No están incluidas las actividades que se realicen en talleres o lugares estables, independientes de una obra concreta, que proporcionen o fabriquen material de construcción; así:
- Al tratar de piedra y mármol entendemos que solo se incluye en la LSC su instalación en la obra, pero no los talleres de sierra y labra que trabajen de un modo estable e independiente de una obra; sí cuando sean anejos a una obra concreta, dependiente de ella y le suministren en exclusiva su producto; lo mismo podemos decir para la fabricación de elementos auxiliares y materiales de construcción, la carpintería en talleres ajenos a la obra, y los talleres de fabricación de ferralla.
  - Están incluidas en el CGC las empresas promotoras y constructoras en general; pero no todas sus actividades se incluyen en el artículo 2 de la LSC. Así están excluidas las actividades administrativas, servicios de venta, elaboración de proyectos, la vigilancia, los servicios de comedor y las instalaciones médico-sanitarias aunque estén en la misma obra.
  - También están incluidas en el CGC las empresas cuya actividad principal consista en el alquiler de maquinaria y equipo para la construcción, con el personal para su manejo. Solamente resultará afectado por la LSC el personal que maneje en la obra maquinaria alquilada en las actividades del artículo 2.
- b) En cuanto a la conservación y mantenimiento de autopistas, autovías, carreteras y vías férreas, se trata de actividades claramente incluidas en el artículo 2 de la LSC.
- c) Las canteras, graveras, areneras y la explotación y manufacturas de tierras industriales, sean o no para uso de empresas constructoras, tampoco están incluidas en el ámbito de la LSC puesto que se trata de centros estables, independientes de las obras, salvo que estén directa y exclusivamente vinculadas a proporcionar el material a una obra concreta.
- d) Por lo que se refiere a las embarcaciones, artefactos flotantes y ferrocarriles auxiliares de obras y puertos, en cuanto son elementos utilizados en obra civil marítima, lacustre o fluvial están incluidos en la LSC.
- e) El comercio de construcción mayoritario y exclusivista está claramente excluido del ámbito de la LSC.

**Pauta interpretativa.** Entendemos que, como pauta interpretativa del ámbito funcional, la *ratio legis* de esta norma es el control de las subcontratas que realicen cualquier tipo de actividad en las mencionadas fases de construcción, aunque la empresa subcontratada no pertenezca a ese sector. Así, una empresa fabricante de carpintería de madera pertenece al sector de la madera, pero normalmente desplaza su personal a la obra para los montajes de las puertas, ventanas o suelos de madera, quedando por lo tanto sujeta a los requisitos de esta ley; por el contrario, si solamente se limitara a la aportación de los materiales que fabrica, nos encontraríamos ante un contrato mercantil de com-

praventa o de suministro (si es exclusivamente tal, como luego veremos), y por lo tanto distinto de la subcontratación y ajeno a las responsabilidades de la obra en el ámbito social, con excepción evidentemente de las responsabilidades de los fabricantes y suministradores previstas en el artículo 41 de la LPRL.

Según MERINO SEGOVIA <sup>20</sup>, «la responsabilidad del contratista, que la Ley 32/2006 parece extender a la totalidad de la cadena de subcontratista, afecta por igual a todas las empresas que participen en la obra, con independencia del tipo de actividad productiva que desarrollen. Previsión especialmente útil en el caso de las empresas multiservicios y de las que han diversificado sus actividades, a las que, sin lugar a dudas, el precepto legal implícitamente ha incluido en su ámbito aplicativo».

**La cuestión de la localización.** Uno de los problemas tradicionales suscitados en el artículo 42 del ET para la subcontratación es el de la localización, es decir, si solamente es aplicable su sistema de responsabilidad en las subcontrataciones realizadas en centros de trabajo de la empresa principal, con coincidencia topográfica. Para DEL REY GUANTER <sup>21</sup>, ni la presencia ni la ausencia del elemento locativo pueden ser definitivas, sino a lo más orientadoras.

De un modo más tajante RODRÍGUEZ-PIÑERO <sup>22</sup> manifiesta que «la realización de los trabajos en el interior de los locales de la empresa comitente ha podido considerarse así como un elemento definitorio implícito del supuesto de hecho del precepto estatutario, y ello siempre que no se trate de una actividad productiva dispersa geográficamente por sus características. Es la inmediatez de la prestación de trabajo en la empresa principal la que genera esa especie de relación mediata que justifica incluso, por la existencia de un margen de control del empresario principal, las responsabilidades y cargas que a este le imponen frente a los trabajadores del contratista <sup>23</sup> sobre los que, por así decirlo, tiene algún tipo de acceso». Y a continuación, basándose en la analogía con la LPRL manifiesta que «el uso razonable del derecho debe llevar a entender como implícito en el artículo 42 del ET el requisito de que los trabajos se presten en el interior de la empresa principal o en instalaciones o actividades externas propias de la empresa».

De todos modos, la posibilidad de que el lugar de prestación sea distinto está implícita en el mismo artículo 42 del ET al determinar en su apartado 4 la información sobre «lugar de ejecución de la contrata», o a *sensu contrario* en el mismo apartado y en el 6 cuando regula el supuesto de que la empresa principal, contratista o subcontratista «compartan de forma continuada el mismo centro de trabajo», o cuando sus trabajadores «compartan centro de trabajo». Según SEMPERE NAVARRO <sup>24</sup>, «aunque suele repararse poco en ello, la contratación interempresarial contemplada en el

<sup>20</sup> Amparo MERINO SEGOVIA, *op. cit.* pág. 69.

<sup>21</sup> Salvador DEL REY GUANTER. «Los requisitos subjetivo, negocial y objetivo previstos en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores». En *Descentralización productiva y relaciones laborales*, VV.AA. Lex Nova, Valladolid 2001, pág. 34.

<sup>22</sup> Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO. «El lugar de la ejecución de la contrata y el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores». *Relaciones Laborales*. 1996, tomo I, pág. 32.

<sup>23</sup> El autor utiliza el término del artículo 42 del ET, que en el más preciso de la LSC debe entenderse por «subcontratista».

<sup>24</sup> Antonio V. SEMPERE NAVARRO. «Los fenómenos interempresariales y el nuevo libro registro tras el RDL 5/2006». *Aranzadi Social 7/2006*. Aranzadi, Pamplona 2006.

artículo 42 del ET comprende no solo los supuestos en que las varias empresas (en realidad, sus trabajadores) concurren en un mismo ámbito espacial para colaborar en el proceso productivo, sino también aquellos otros casos en los que la descentralización se plantea sin tal requisito». La STS (Social) de 20 de julio de 2005 (RJ 2005\5595), ponente Desdentado Bonete, menciona en el Fundamento de Derecho 3.º que el elemento locativo de las contrataciones ha sido «en gran medida superado por las nuevas tecnologías que permiten establecer una implicación entre organizaciones de trabajo por encima de la presencia en el mismo lugar de trabajo».

A pesar de ello entendemos que la expresión en el artículo 2 de la LSC de los «trabajos realizados en obras de construcción» inclina a considerar que el legislador ha querido introducir el requisito locativo de un modo similar a lo establecido también en el artículo 24.3 de la LPRL: «Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento de dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales». No obstante, igual que en el artículo 24.4 de la LPRL, ha de efectuarse una interpretación más amplia «respecto de las operaciones contratadas, en los supuestos en que los trabajadores (...) no presten servicios en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que tales trabajadores deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal».

La interpretación a favor del requisito de la identidad geográfica ha de ser realista, pudiendo existir «obras de larga extensión» a las que el artículo 91 del CGC define como «aquellas en las que el lugar de prestación del trabajo resulta variable a lo largo de un determinado territorio o zona, bien sea mediante tajos continuos o discontinuos, pudiendo abarcar varios términos municipales e incluso provincias, pero de tal modo que, a efectos técnicos y de organización empresarial, formen parte de una única unidad estructural».

## *2. Aplicabilidad de criterios jurisprudenciales anteriores a esta ley.*

Existe una amplia jurisprudencia, no carente de vacilaciones, en torno artículo 42 del ET, en la que podemos distinguir dos cuestiones de fondo: aquellas en las que se delimitan los conceptos de contrata y subcontrata de otros aparentemente similares, y aquellas otras sentencias que se refieren al concepto de «propia actividad».

Como regla general, en las primeras, sus razonamientos pueden ser de gran utilidad para la delimitación del ámbito material de la LSC. Y puesto que la principal confusión de la subcontratación es con la cesión de mano de obra, de un modo expreso en el artículo 7.3 de la LSC se establece que «en todo caso será exigible la responsabilidad establecida en el artículo 43 ET cuando se den los supuestos previstos en el mismo». Este precepto ha sido modificado por Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, introduciéndose la doctrina jurisprudencial –por todas, ya que es especialmente significativa, STS (Social) de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999\8152), ponente Salinas Molina– entendiendo que existe cesión ilegal de mano de obra cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: «que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera

puesta en disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario». Como dicen MATEOS BEATO y MARTÍN JIMÉNEZ <sup>25</sup> «el tipo de contrato indicado –denominado "pseudo contrata"– es habitual en ciertas actividades como las obras de construcción, que simulan la contrata de ejecución de obra pero que en la realidad ceden a la organización de la empresa contratante la actividad de los trabajadores».

Más problemática es la delimitación del contrato de suministro. Según BROSETA PONT <sup>26</sup>, «en el tráfico económico moderno posee una importancia capital el contrato de suministro, cuya especialidad fundamental (frente a la compraventa ordinaria) radica en que el vendedor se obliga a realizar en el tiempo una serie de prestaciones periódicas determinadas (p.ej.: x unidades al mes durante cinco años) o indeterminadas (p.ej.: tantas unidades mensuales como necesite el suministrado), contra el pago de su precio en forma unitaria (por la suma de las prestaciones) o por cada prestación periódica». Cuando se trata solamente del suministro de materiales, no existe subcontratación; en este sentido las SSTSJ (Social) de Murcia de 23 de noviembre de 1995 (AS 1995\4401), ponente Martínez Muñoz, y del País Vasco de 30 de octubre de 1993 (AS 1993\4309), ponente Díaz de Rábago. Pero cuando va unido a determinadas prestaciones, como en el contrato de construcción con pacto accesorio de suministro de materiales, nos encontramos ante una auténtica subcontratación; en este sentido SSTSJ (Social) de Madrid de 4 de noviembre de 1997 (AS 1997\3828), ponente Rodríguez García y de Galicia de 10 de noviembre de 1992 (AS 1992\5328), ponente Ron Curiel.

Por el contrario, en aquellas sentencias en que la cuestión de fondo era delimitar el concepto de «propia actividad» (a la que nos referiremos posteriormente), sus razonamientos pueden tener poco valor ya que la LSC no se basa en este difuso concepto; por el contrario, el legislador prefiere una orientación distinta cuando en el artículo 7.2 se menciona «cualquiera que sea su actividad». Es más, ante supuestos concretos las conclusiones pueden ser radicalmente distintas. Veamos un ejemplo en la STSJ de Cataluña (Social) de 15 de enero de 2002 (AS 2002\1166), ponente Quetcuti Miguel. Se trata de si procede aplicar la responsabilidad solidaria del artículo 42 del ET entre la contratista principal de un edificio y una empresa subcontratista encargada de realizar tareas de achique de agua surgidas durante el proceso de cimentación; acertadamente la sentencia estima la improcedencia de la solidaridad del artículo 42.2 del ET ya que las tareas de achique no forman parte de la actividad ordinaria de construcción, son realizadas por surgir un problema incidental, no se trata de una actividad «inherente» al ciclo productivo, y la tarea de achique de agua puede surgir en cualquier otro tipo de actividades. Estimamos que, si hubiera tenido que aplicarse la responsabilidad solidaria del artículo 7.2 de la LSC la sentencia hubiera sido contraria ya que entre su ámbito material se encuentran las tareas de cimentación como propias de la edificación, y el achique de agua en esa obra concreta era una tarea vinculada a la cimentación, no necesitándose más precisiones puesto que la responsabilidad solidaria específica de construcción se aplica «cualquiera que sea la actividad».

<sup>25</sup> Alfredo MATEOS BEATO y Rodrigo MARTÍN JIMÉNEZ. *La derivación de responsabilidad por deudas de la Seguridad Social*. Lex Nova, Valladolid 2003, pág. 33.

<sup>26</sup> Manuel BROSETA PONT. *Manual de Derecho Mercantil*. Tecnos, 6.ª edic. pág. 398.

## D. La cadena de subcontratación.

Es de destacar la precisión en la LSC de las definiciones de los diversos participantes de la subcontratación. Recordemos la queja unánime de todos los tratadistas relativa a que el artículo 42 del ET era especialmente confuso también en este aspecto. También hay problemas interpretativos, es la terminología del TRLGSS. Con buen sentido, la doctrina y la jurisprudencia los resolvieron, aplicando también las definiciones del Real Decreto 1627/1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción. La LOE menciona a los intervinientes en el proceso de construcción, pero no incluye la subcontratación, a la que solamente se refiere de pasada. El artículo 3 de la LSC nos presenta unas definiciones muy claras, copiadas en gran parte del mencionado Real Decreto 1627/1997. Nos referimos solamente a las que afectan al objeto de este estudio:

- Promotor: cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realiza la obra.
- Contratista o empresario principal: la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato. Cuando el promotor realice directamente con medios humanos y materiales propios la totalidad o determinadas partes de la obra, tendrá también la consideración de contratista a los efectos de la presente ley; asimismo, cuando la contrata se haga con una Unión Temporal de Empresas, que no ejecute directamente la obra, cada una de sus empresas miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de obra que ejecute.
- Subcontratista: la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de la obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente.
- Trabajador autónomo: la persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o el subcontratista el compromiso de realizar distintas partes o instalaciones de la obra. Cuando el trabajador autónomo emplee en la obra a trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista a los efectos de la presente ley.
- Subcontratación: la práctica mercantil de organización productiva en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que a él se le ha encomendado.
- Nivel de subcontratación: cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor.

Destaca VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ<sup>27</sup> por un lado que «el primer equívoco sobre el promotor es su falsa identificación con el propietario de los terrenos o edificación en los que se va a realizar la obra», puesto que pueden o no coincidir. Por otro lado, como ya acabamos de ver, el promotor puede ser contratista. El mismo autor comenta que «ocurre cada vez con más frecuencia que el promotor decide por sí mismo la contratación directa de muy diversas empresas, incluyendo con frecuencia a gremios y trabajadores autónomos que actúan de forma simultánea en la obra. La pirámide de la contratación y subcontratación de la obra se extiende en este caso más en horizontal que en vertical y sitúa en la condición de contratista a empresas muy pequeñas y apenas dotadas de poder real de dirección y disposición en la obra. Ante esta situación, el criterio de muchas inspecciones ha sido el de considerar que en estos casos el promotor estaba también llevando a cabo unas funciones más propias de ejecución de la obra que de mera dirección y proyecto, y que por lo tanto el promotor realizaba *de facto* una función propia del contratista debiendo asumir también sus obligaciones legales».

Esta interpretación que venía realizando la ITSS difícilmente puede seguir sosteniéndose –en cuanto a la responsabilidad laboral y de Seguridad Social– ante la posibilidad admitida en el artículo 5.2 a) de la LSC de que el promotor «podrá contratar directamente con cuantos contratistas estime oportuno, ya sean personas físicas o jurídicas», salvo que por el «levantamiento del velo» se demuestre que bajo la denominación de promotor se encubra a la vez un auténtico contratista, lo que exige una mayor precisión en las actas la ITSS por derivación de responsabilidad.

Señala CRUZ VILLALÓN<sup>28</sup> que «queda un poco en el olvido para el legislador la otra opción prevista de que el promotor encargue a varias empresas la ejecución de actividades diversas de la obra, por tanto con la presencia de varios contratistas en una misma obra, que a su vez pueden cada uno de ellos efectuar la subcontratación que estimen oportuna».

## E. La responsabilidad solidaria específica en la construcción.

**Normativa reguladora.** El precepto básico a aplicar es el artículo 7.2 de la LSC: «Sin perjuicio de otras responsabilidades establecidas en la legislación social, el incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro exigidas en el artículo 4.2, o del régimen de subcontratación establecido en el artículo 5, determinará la responsabilidad solidaria del subcontratista que hubiera contratado incurriendo en dichos incumplimientos y del correspondiente contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato acordado que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento en el ámbito de ejecución de su contrato, cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas».

- La mención expresa al «régimen de subcontratación», en consonancia con el artículo 1.1 de la LSC nos delimita el ámbito de la responsabilidad solidaria solamente a esta modalidad contractual. Así, la cesión ilegal tiene sus propias responsabilidades en el artículo 43 del ET

<sup>27</sup> Manuel VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ. «Contratación y Subcontratación en el sector de la Construcción». Comunicación al Congreso de la ITSS, Salamanca, octubre 2006, págs. 3 y 4.

<sup>28</sup> Jesús CRUZ VILLALÓN. «La nueva...» *op. cit.*

y la sucesión de empresa las establece en el artículo 44, incluso con posibles implicaciones penales. En la cesión legal de mano de obra, o sea la realizada por las ETT, el artículo 16.3 de la Ley 14/1994 que las regula establece la responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria respecto de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas por la ETT durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, que se convierte en solidaria en el caso de que dicho contrato se hubiera realizado incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de dicha ley. La referencia a las UTE es demasiado elemental, si bien congruente con la lógica de la ley que busca la realidad empresarial que puede subyacer por debajo de la apariencia contractual. Por lo demás, como ya decía SEMPERE NAVARRO<sup>29</sup> con motivo de la reforma del artículo 42 del ET por la Ley 12/2001, «múltiples temas relacionados con la descentralización productiva quedan sin contemplación legal expresa; especialmente significativo es el silencio respecto de la figura del grupo de empresas; mal que bien, los Tribunales vienen rellenando el hueco y explicando, por ejemplo, cómo para que el nexo o vinculación entre las empresas pertenecientes a un mismo grupo económico trascienda al ámbito de las relaciones jurídico-laborales y provoque responsabilidades compartidas entre las empresas agrupadas deben darse determinadas características especiales: confusión de patrimonios y plantillas, dirección unitaria, apariencia de unidad empresarial (SSTS 29 de octubre de 1997, RJ 1997\7684, 26 de enero y 18 de mayo de 1998, RJ 1998\1062 y 4657)».

- La mención final de «cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas» (contratista y subcontratista), evita el importante problema que tiene el artículo 42 del ET de determinar la «propia actividad», si bien ambas empresas se circunscriben al ámbito de la ejecución de los trabajos enumerados en el artículo 2 que ya hemos comentado.

**Obligaciones de acreditación y registro.** Las obligaciones de acreditación y registro afectan tanto a la empresa contratista como a la subcontratista y son las siguientes:

- a) Acreditar que disponen de recursos humanos, en su nivel directivo y productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, así como de una organización preventiva adecuada a la LPRL. Se trata de una concreción en la materia preventiva de lo expuesto de un modo más extenso en el apartado 1.º del mismo artículo 4, y que como dice GUTIÉRREZ ARRANZ<sup>30</sup> «es un requisito vertebral... se diría que cumpliéndolo sería suficiente, que sobraría el resto de la ley, que bastaría para sacar del mercado a toda aquella persona jurídica que interviene en las obras sin poner en juego una empresa». Se observa una prevención del legislador contra las empresas piratas y de simples «chapuzas», en las que coinciden el mayor número de accidentes de trabajo, descubiertos de cotización y defraudación a los trabajadores.
- b) Inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas correspondiente al domicilio social de la empresa, creado por la LSC, dependiente de la autoridad laboral competente en cada

<sup>29</sup> Antonio V. SEMPERE NAVARRO. «Contratas y subcontratas tras la reforma laboral de 2001». *Repertorio de Jurisprudencia 21/2001*. Aranzadi, Pamplona 2001.

<sup>30</sup> Roberto GUTIÉRREZ ARRANZ. «Comentarios a la Ley reguladora de la Subcontratación en el sector de la Construcción». *Información Laboral Lex Nova* núm. 4/1007, pág. LN 13.



comunidad autónoma, pero cuyas inscripciones tienen validez para todo el territorio nacional. Con esta inscripción, en la que las empresas acreditarán su solvencia y limpieza de antecedentes, se llena en este sector el vacío provocado por la supresión del carnet de empresa con responsabilidad.

Efectivamente, el precedente normativo de este precepto se encuentra en el artículo 19.2 de la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976 (copiando con ligeros matices lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre): «Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad, deberán exigir a éstas que se hallen en posesión del carnet de empresa con responsabilidad en los supuestos en que esté legalmente previsto, y que los contratistas y subcontratistas estén al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. En todo caso, la empresa principal responderá solidariamente de las obligaciones contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y con la Seguridad Social durante el período de la vigencia de la subcontrata». El mencionado carnet era otorgado por el correspondiente sindicato vertical de la antigua organización sindical a las empresas de su sector que reunieran determinados requisitos (para Construcción, el Decreto de 26 de noviembre de 1954). Con ello se pretendía evitar la presencia en el mundo laboral de empresas insolventes e incompetentes, y la carencia de dicho carnet impedía el acceso de una empresa a la contratación pública.

Pero la promulgación de la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre derecho de asociación sindical, y el Real Decreto-Ley 31/1997, de 2 de junio, sobre extinción de la sindicación obligatoria y reforma de las estructuras sindicales, incide de un modo fundamental en la misma existencia del propio carnet, de modo que el Real Decreto 358/1978, de 17 de febrero, lo suprime. Quedaba por lo tanto, hasta el momento de publicarse el ET, como única exigencia previa en las contrataciones y subcontratas de la propia actividad la comprobación –sin especificar por qué medio– de estar al corriente en el pago de cuotas de la Seguridad Social.

Observemos que el artículo 7.2 de la LSC, para determinar la responsabilidad solidaria, se refiere a las obligaciones del artículo 4.2 que acabamos de exponer, pero como dicho párrafo comienza con un «además» y utiliza un «también», han de entenderse incluidos los requisitos del apartado 1: a) Poseer una organización productiva propia, contar con medios materiales y personales necesarios y utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada. b) Asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial. c) Ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores en la obra y, en el caso de los trabajadores autónomos, ejecutar el trabajo con autonomía y responsabilidad propia y fuera del ámbito de organización y dirección de la empresa que le haya contratado. Pero como vemos, no se trata de ningún requisito nuevo añadido, sino de las propias características esenciales de las empresas que pretendan ser contratadas o subcontratadas.

Según el apartado 4: «Las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción deberán contar, en los términos que se determine reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados con carácter indefinido que no será inferior al 10 por 100 durante los 18 primeros meses de vigencia de esta ley, ni al 20 por 100 durante los meses decimonoveno al trigésimo sexto, ni al

30 por 100 a partir del mes trigésimo séptimo inclusive». Como dicen MERCADER UGUINA y NIETO ROJAS <sup>31</sup>, «la opción ahora refrendada legalmente supone la garantía de una reserva mínima de trabajo estable en el seno de estas empresas, a la vez que sirve para subrayar la existencia de una real estructura organizativa». No obstante, su incumplimiento no está vinculado a los requisitos que se establecen para la responsabilidad solidaria, sino que solamente implicaría una infracción administrativa calificada como muy grave en el artículo 8 del TRLISOS, un nuevo apartado 16 creado por la disposición adicional primera de la LSC.

**El régimen de subcontratación.** Se trata de una importante novedad de la LSC, estando regulado en su artículo 5.2, con carácter general, y en el 5.3 con carácter excepcional:

El régimen de subcontratación **con carácter general** es el siguiente:

- a) El promotor podrá contratar directamente con cuantos contratistas estime oportunos, ya sean personas físicas o jurídicas.
- b) El contratista podrá contratar con las empresas subcontratistas o trabajadores autónomos la ejecución de los trabajos que hubiera contratado con el promotor.
- c) El primer y segundo subcontratistas podrán subcontratar la ejecución de los trabajos que respectivamente tengan contratados, salvo en los supuestos previstos en el apartado f), que luego exponemos.
- d) El tercer subcontratista no podrá subcontratar los trabajos que hubiera contratado con otro contratista o trabajador autónomo.
- e) El trabajador autónomo no podrá subcontratar los trabajos a él encomendados ni a otras empresas subcontratistas ni a otros trabajadores autónomos. Es decir, que al figurar el autónomo como contratista, ya no es posible el siguiente escalón en la subcontratación. Pero si nos atenemos a la definición del trabajador autónomo antes mencionada, estas limitaciones se refieren exclusivamente al que realiza solo el trabajo, personal y directamente, pero no cuando emplee a trabajadores por cuenta ajena, en cuyo caso tiene la consideración de contratista o subcontratista. La prohibición de subcontratación para el autónomo que no tenga asalariados [aunque pueden trabajar con él como autónomos su cónyuge y familiares por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, art. 3 a) y b) Decreto 2530/1970] tiene un aspecto discriminatorio que puede justificarse como un medio de lucha, contra la figura del «falso autónomo» que en realidad es trabajador por cuenta ajena aunque cotice por el Régimen Especial de Autónomos y cobre por factura con IVA; igualmente puede servir de freno para los intermediarios autónomos meros testaferreros insolventes que dificultan la búsqueda del verdadero responsable.
- f) Tampoco podrán subcontratar los subcontratistas cuya organización productiva puesta en uso en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, entendiéndose por tal la que para la realización de la actividad contratada no utiliza más equipos de trabajo que las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles, aunque cuenten con

<sup>31</sup> Jesús R. MERCADER UGUINA y Patricia NIETO ROJAS, *op. cit.* pág. 88.

el apoyo de otros equipos de trabajo distintos de los señalados, siempre que éstos pertenezcan a otras empresas, contratistas o subcontratistas, de la obra. Se está describiendo así una modalidad contractual muy próxima (si no idéntica con su actual redacción) a la cesión ilegal de mano de obra del artículo 43 del ET; la mención a la «puesta en uso en la obra» puede dar lugar al supuesto de empresas que en sí reúnan los requisitos para la subcontratación, pero que en la obra concreta aporten fundamentalmente mano de obra con sus herramientas manuales. Aunque se explique su sentido, la utilización del término «fundamentalmente» crea una zona ambigua, imprecisa y problemática para la delimitación.

El régimen de subcontratación **con carácter excepcional**, recogido en el artículo 5.3, es el siguiente:

Cuando en casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas o circunstancias de fuerza mayor, fuera necesaria a juicio de la dirección facultativa la contratación con terceros de alguna parte de la obra, se podrá extender la subcontratación a un nivel adicional, siempre que se haga constar en el libro de subcontratación la aprobación previa de la dirección facultativa y la causa o causas motivadoras. Esta ampliación excepcional no se aplicará a los supuestos de las mencionadas letras e) y f) del régimen general, salvo que la circunstancia motivadora sea la fuerza mayor.

Es de señalar que el promotor de la obra está al margen de la responsabilidad solidaria que aquí analizamos, pero dada la importancia de la dirección facultativa en la toma de estas decisiones, y puesto que ésta es designada por aquél, se tipifica y califica como infracción administrativa grave (disp. adic. primera.3 de la LSC) la del mencionado promotor, a través de la actuación de la dirección facultativa, en la aprobación de la cadena de subcontratación «cuando manifiestamente no concurren las causas motivadoras de la misma»; y cuando además se trate de trabajos con riesgos especiales conforme a la regulación reglamentaria de los mismos para las obras de construcción, la infracción del promotor se tipifica y califica como muy grave (disp. adic. primera.4 de la LSC). Se trataría de una responsabilidad administrativa por actos de terceros, pero sobre los que existe una obligación *in vigilando* o *in eligendo*, ya conocida en el artículo 50 4 a) del TRLISOS respecto a la obstrucción a la ITSS por personas del ámbito organizativo del empresario. El contratista deberá poner en conocimiento del coordinador de seguridad y salud, y de los representantes de los trabajadores la existencia de esta subcontratación excepcional y remitir a la autoridad laboral, en el plazo de cinco días, un informe sobre las causas de su necesidad y una copia de la anotación en el libro de subcontratación.

Como vemos por la simple exposición, alguna de las circunstancias excepcionales (exigencias de especialización, complicaciones técnicas) pudiera significar un portillo para ampliar el último nivel de la subcontratación; pero como señala GUTIÉRREZ ARRANZ<sup>32</sup> «lo que se debe concluir es que alargar más la cadena de subcontratación debe ser algo prácticamente imposible, manifiestamente residual. Es decir, que estas circunstancias no sirvan de "grieta" por la que se aprovecha para evitar lo que quiere la ley, poner coto a la sucesión ilimitada de subcontratistas». No obstante, el mismo autor nos previene de que la subcontratación en horizontal puede desbaratar las intenciones del legis-

<sup>32</sup> Roberto GUTIÉRREZ ARRANZ, *op. cit.* págs. LN 22 y 33.

lador; cuando por cualquier razón el tercer subcontratista no pueda realizar una tarea, bastaría que la empresa que tiene el carácter de segunda subcontratista la contrate directamente con otra empresa que vaya a realizarla, «y eso sería en apariencia legal y fácil de hacer».

**Exoneración y delimitación de la responsabilidad.** El cumplimiento conjunto (no parcial) de las obligaciones de acreditación y registro y las del régimen de subcontratación exoneran de la responsabilidad solidaria del artículo 7.2 de la LSC, mientras que su incumplimiento es la causa de imputación de dicha responsabilidad. El incumplimiento de cualquier otro tipo de obligaciones (p.ej.: las de documentación o las de información, o como ya hemos visto la cuota de contratación indefinida) no tiene trascendencia a efectos de esta exoneración, sin perjuicio de que constituyan infracciones administrativas tipificadas en el TRLISOS.

Resulta evidente que afecta solamente a las obligaciones laborales y de Seguridad Social «derivadas de la ejecución del contrato acordado que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento en el ámbito de ejecución de su contrato». Quedan claramente excluidas las responsabilidades anteriores a la celebración del contrato, y por supuesto también las posteriores a su ejecución, pero no a las originadas durante la ejecución del contrato que extiendan su eficacia con posterioridad al mismo, como luego veremos.

El artículo 7.2 de la LSC precisa, ante todo, por si hubiera alguna duda, que el subcontratista no es responsable solidario por los incumplimientos exclusivos del contratista, es decir, aquellos que son independientes del contrato que les une (p.ej.: falta de cotización por personal propio del contratista), pues en el incumplimiento de aquellas obligaciones o requisitos que son propios de la subcontratación ambas partes serían necesariamente copartícipes.

### **Responsabilidad por el encadenamiento de subcontratas.**

Como señala CRUZ VILLALÓN<sup>33</sup>, son tres las hipótesis imaginables, que adapto a la actual terminología de la LSC:

- a) Todas las empresas (principal y subcontratistas) responden solidariamente respecto de las empresas subcontratistas situadas en eslabones inferiores (por supuesto en su propia línea de subcontratación vertical).
- b) La empresa principal respondería solidariamente respecto de la subcontratista que fuera infractora, pero las subcontratistas de niveles intermedios quedarían exentas de esa responsabilidad.
- c) La empresa principal responde solidariamente solo respecto de la primera subcontratista; esta solo respecto de la segunda, y así sucesivamente.

<sup>33</sup> Jesús CRUZ VILLALÓN. «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas». *Relaciones Laborales*, 1992, tomo I, pág. 124

Estimo que la LSC resuelve la cuestión a favor de la primera hipótesis. Es cierto que de la redacción del precepto pudiera plantearse si dicha responsabilidad del contratista (por supuesto que no esté exonerado) abarca solo los incumplimientos del primer subcontratista, o también los del segundo, tercero y eventual cuarto. Desde un punto de vista teleológico, y teniendo en cuenta la definición de subcontratista del artículo 3 estimo que el contratista es responsable por los incumplimientos de cualquiera de los subcontratistas, sea cual sea el escalón de subcontratación. Es más, todos los subcontratistas no exonerados son responsables solidarios por los incumplimientos de cualquiera de nivel inferior; así, por ejemplo, por la falta de cotización a la Seguridad Social por los trabajadores del subcontratista de tercer nivel son responsables solidarios, no solo el contratista o empresario principal, sino también los subcontratistas de primer y segundo nivel; entenderlo de otro modo significaría abrir un portillo a la defraudación contrario a la *ratio legis*. Otra es la solución por los incumplimientos exclusivos del contratista y/o de los subcontratistas de superior nivel, por los que no responden los subcontratistas de inferior nivel.

El artículo 42 del ET no trata el problema de la derivación de responsabilidades en los supuestos de encadenamiento de sucesivas subcontratas. Desde un primer momento la STS (Social) de 2 de julio de 1983 (RJ 1983\3704), ponente Hernández Gil, excluyó la responsabilidad del empresario principal respecto al incumplimiento de las obligaciones de terceros subcontratistas ya que no existía ningún nexo entre ellos. Para CRUZ VILLALÓN<sup>34</sup>, el artículo 42 del ET «se está refiriendo a una relación bipolar entre dos únicas empresas –la principal y la auxiliar–, sin referencia en momento alguno a la presencia de una tercera empresa que continúe la cadena de descentralización productiva». Según RODRÍGUEZ-PIÑERO<sup>35</sup>, «posiblemente esta solución que niega la cadena de responsabilidades sea la más correcta a la vista del texto del precepto (advertimos que se refiere a la redacción en 1996), pero ello no implica que la misma sea la más adecuada... Como criterio equitativo de asignación de costes laborales y sociales a todos los que se benefician del trabajo, ha de llevar a aceptar también la existencia de un encadenamiento de responsabilidades, de que la responsabilidad solidaria ha de imputarse en sentido ascendente a todos los que intervienen en las fases anteriores de la subcontrata sucesiva». En consecuencia este autor llega a sugerir la posible inconstitucionalidad del artículo 42 del ET por la diferencia de trato de los trabajadores de las ulteriores subcontratas.

No obstante, estimo que la reforma del artículo 42 del ET por Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo y por Ley 12/2001, de 9 de julio, introdujo una modificación en el apartado 2 del artículo 42 del ET, ya que donde decía «subcontratistas» dice a partir de entonces «contratistas y subcontratistas», lo que no solamente significa una corrección por la lógica interna del precepto, sino que además estimo que da paso a la aceptación del encadenamiento de la responsabilidad solidaria a través de todas las empresas que intervengan en la subcontratación vertical. Además, es de esperar que, a la vista de la solución legal que para el encadenamiento de subcontrataciones determina la LSC, se produzca una reinterpretación, que puede encontrar antecedentes en los razonamientos *obiter dicta* de las SSTS (C.Ad.) de 12 de julio de 1994 (RJ 1994\5610), ponente Rodríguez-Zapata, 30 de julio de 1996 (RJ 1996\6364), ponente Martí García, 4 de marzo de 1997 (RJ 1997\1862), del mismo ponente, y 20 de junio de 1997 (RJ 5302), ponente Fernández Montalvo.

<sup>34</sup> Jesús CRUZ VILLALÓN. «Descentralización productiva...», *op. cit.* pág. 125.

<sup>35</sup> Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO. «Cadena de contratas y responsabilidad del empresario principal». *Relaciones Laborales*, 1996, tomo I, págs. 43 y ss.

De hecho, algunos TSJ están aplicando el encadenamiento de responsabilidades solidarias, y de un modo más concreto en el sector de la construcción. Así, la ya mencionada STSJ de Cataluña (Social) de 30 de junio de 1997 (AS 1997\2795), ponente Vivas Larruy, en un supuesto de encadenamiento que afecta a una empresa principal o contratista, a una subcontratista a primer nivel y a otra a segundo nivel, todas ellas de la construcción. Especialmente significativa es la STSJ de Murcia (Social) de 29 de octubre de 1996 (AS 1996\4602), ponente Martínez Moya, que resuelve también en el mismo sentido con una precisa motivación: «Pues bien, en casos como el presente en que las empresas implicadas –y singularmente la principal– tienen como objeto de su actividad el mismo (la construcción) ha de aceptarse el encadenamiento como situación única a contemplar... La razón de esta extensión en el ámbito subjetivo de la responsabilidad está –en palabras de una antigua Sentencia del extinguido TCT de 29 de noviembre de 1973, con referencia a normativa precedente que hablaba en términos generales de subrogación de obras y trabajo–, en que "en todos se da el fundamento de tales disposiciones, a saber, la repercusión del provecho posible del trabajo en cada uno según su esfera de actuación, y de otra parte lo exige la finalidad perseguida por las mismas, pues, en otro caso, bastaría establecer una segunda subcontrata para que la responsabilidad del contratista quedara sin efecto". Ello enlaza con la idea, puesta de relieve por la doctrina, de que la bondad, de principio, de los fenómenos descentralizadores no debe hacer ocultar que en muchas ocasiones, al margen de cualquier voluntad defraudatoria, las empresas contratistas y subcontratistas –por sus dimensiones y menor consistencia patrimonial– presentan rasgos de señalada debilidad económica, siendo frecuentes sus incumplimientos frente a deudas laborales y de Seguridad Social, no estando exento de razón de imponer ciertas cargas laborales sobre las empresas principales».

### **El cabeza de familia y el dueño de la obra o industria.**

Llama la atención que, a diferencia de lo que ocurre con los artículos 42 del ET y 127 del TRLGSS con efectos exoneratorios de responsabilidad (y que analizaremos posteriormente), en la LSC no se haga mención –a pesar de su importancia en la pequeña construcción –a la construcción o reparación contratada por el cabeza de familia respecto de su vivienda o cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial. Dichas figuras, en cuanto tales, no son tenidas en cuenta en la LSC, y solamente si asumen la función de promotor y/o la de contratista, serán responsables en cuanto a estas funciones asumidas.

Según VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ <sup>36</sup> el artículo 2.3 del ya mencionado Real Decreto 1627/1997 «excluye al cabeza de familia en las obligaciones propias del contratista cuando se trate de la construcción o reparación de su vivienda pero no le excluye de las obligaciones del promotor. Ahora bien, el cabeza de familia tiene siempre la opción de contratar un promotor para la construcción en su propia vivienda y así quedar exento también de esas obligaciones». Siguiendo esta misma idea, aplicada a la derivación de las responsabilidades de la LSC en las deudas a la Seguridad Social, para evitarlas bastaría con que el cabeza de familia o los mencionados propietarios de obra o industria concertaran la gestión de la promoción con un tercero, o si asumen ellos la promoción concertaran la construcción con un contratista o empresa principal.

<sup>36</sup> Manuel VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ. «Contratación...», *op. cit.* pág. 4.

Sin embargo estimo que puede aplicarse la solución de la analogía en base a lo dispuesto en el artículo 4.1 del Código Civil: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». En el presente caso nos encontramos con una laguna legal de la LSC, pero observamos que en el artículo 42.2 del ET, que luego analizaremos, se determina la exención de responsabilidad por los actos del contratista (en la terminología de la LSC es el subcontratista) 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. Estimo que entre ambas situaciones –subcontratación en general y específica en construcción– existe la «perfecta identidad de razón» que para aplicar la analogía menciona el artículo 4.1 del Código Civil y la STS (Social) de 20 de septiembre de 1982 (RJ 1982\5047), ponente Ruiz Vadillo, la «similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya normado» según la STS (Social) de 25 de noviembre de 1982 (RJ 1982\6892), ponente Tuero Bertrand, o como se expresa en las SSTS (Civil) de 22 de julio de 1993 (RJ 1993\6274), ponente Burgos Pérez de Andrade, y 30 de diciembre de 1994 (RJ 1994\10391), ponente Fernández-Cid «el juego de la analogía radica en la similitud ("semejanza") según el artículo 4 del Código Civil entre el supuesto que ante el órgano judicial –o intérprete– se presenta, carente de regulación legal, y aquel al que se pretende aplicar la norma en cuestión por razón de esa semejanza o "identidad de razón" cual señala el citado precepto, lo que se traduce que su aplicación lleve implícita la idea del uso razonable del derecho».

### III. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL ARTÍCULO 42 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

#### A. Introducción.

El artículo 42 del ET, desde su primera redacción en 1980 y a pesar de las modificaciones posteriores en su parte sustantiva, es decir los apartados 1 y 2, sigue siendo un «complejo y enigmático precepto», en palabras de ALONSO OLEA y BARREIRO GONZÁLEZ<sup>37</sup>. En el mismo sentido, por lo que respecta al objeto del presente estudio, podemos decir con SEMPERE NAVARRO<sup>38</sup> que «el sistema de responsabilidades resultante del artículo 42 del ET y concordantes jamás ha estado claro». A partir de la derogación del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RGR) de 1995, que aportaba un rayo de luz interpretativo, el problema de la inseguridad jurídica se ha agudizado, ya que ni en el vigente RGR de 2004, ni en la Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo, de aplicación y desarrollo, recogen reglas precisas al respecto; es más, parece que el legislador ha querido volver a la ambigüedad normativa.

En la actualidad el artículo 42 del ET contiene 7 apartados, pero son los dos primeros los que, siendo los únicos permanentes con ligeras variantes desde la primitiva redacción del precepto en 1980,

<sup>37</sup> Manuel ALONSO OLEA y Germán BARREIRO GONZÁLEZ. *El Estatuto de los Trabajadores. Texto articulado, comentario y jurisprudencia*. Civitas, 3.ª edic. 1991, pág. 195.

<sup>38</sup> Antonio V. SEMPERE NAVARRO. «Los fenómenos...» *op. cit.*

nos interesan de un modo más especial por afectar a la regulación sustantiva sobre la responsabilidad, mientras que los apartados restantes sobre obligaciones adjetivas e instrumentales pudieran haber sido incluidos en otros artículos del ET que se refieren de un modo general a los derechos de información y participación de los trabajadores afectados y sus representantes. Los apartados 1 y 2 del artículo 42 del ET establecen: «1.º Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de 30 días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido ese plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante. 2.º 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 contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata. 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».

Muchos son los aspectos problemáticos de este precepto, pero si tenemos en cuenta los principales, podemos destacar la delimitación del concepto de «propia actividad», la diferenciación con la cesión de mano de obra, el encadenamiento de responsabilidades, la presunta existencia de una responsabilidad por las deudas anteriores a la subcontratación, y el valor exoneratorio de la certificación de la TGSS. Pasamos a analizar el primero y los dos últimos problemas ya que los demás han sido tratados en el apartado anterior en su conexión con la LSC.

## B. El concepto de «propia actividad».

El legislador ha escogido, como elemento delimitador de esta responsabilidad, el concepto de la «propia actividad», que es un concepto jurídico indeterminado, de difícil concreción, por lo que los Tribunales tienden a resolver de una manera casuística. Para SEMPERE NAVARRO<sup>39</sup> «la utilización de un concepto delicuescente y circunstancial como el de la propia actividad ha propiciado que se intente su aprehensión desde múltiples parámetros: el carácter imprescindible de las actividades, su habitualidad, la complementariedad, la marginalidad, la inclusión en el ciclo productivo ordinario, etcétera». Como dicen MATEOS BEATO y MARTÍN JIMÉNEZ<sup>40</sup> «el concepto de propia actividad ha sufrido un proceso evolutivo a través del cual su contenido ha ido adecuándose a la realidad social y económica de cada momento». Una primera interpretación amplia entendió que solo las actividades no habituales y sustituibles eran ajenas a la propia actividad; pero posteriormente ha predominado otra más restrictiva que tiene en consideración el resultado final de la actividad de la empresa principal, de modo que solo se integraban en la «propia actividad» las que,

<sup>39</sup> Antonio V. SEMPERE NAVARRO. «Contratas...» *op. cit.*

<sup>40</sup> Alfredo MATEOS BEATO y Rodrigo MARTÍN JIMÉNEZ. «La derivación...», *op. cit.* pág. 33.



de no haberse descentralizado, debería realizar el empresario principal so pena de perjudicar sensiblemente su propia producción.

Especialmente significativas de la vigente doctrina jurisprudencial –ampliamente aceptada por la doctrina científica– son las frecuentemente citadas SSTS (Social) de 18 de enero de 1995 (RJ 1995\514), ponente Somalo Giménez, y 24 de noviembre de 1998 (RJ 1998\10134), ponente Martínez Garrido. La primera analiza la derivación de responsabilidad de la Junta de Comunidades de Castilla y León por la contrata de los servicios de vigilancia de sus instalaciones, resolviendo que no procede pues, aunque sean servicios coadyuvantes a la actividad de la Junta, no forman parte «del ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa». La segunda determina la derivación de responsabilidad de un Colegio Mayor por el incumplimiento de las obligaciones de la empresa contratista del servicio de comedor, por ser una actividad esencial o inherente a su propia actividad, distinguiendo que caben dos interpretaciones del concepto de «propia actividad»:

- a) La que entiende por propia actividad la **actividad indispensable**, de suerte que integran el concepto, además de las que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo. En este caso se incluirían como propias las tareas complementarias, lo que se rechaza en la sentencia.
- b) La que únicamente integra en el concepto la **actividades inherentes**, es decir, las que corresponden al propio proceso productivo de la empresa principal. Este es el criterio seguido por la sentencia, motivado en que una de las actividades del Colegio Mayor es la manutención, además de la colaboración en la educación de los alumnos y su alojamiento.

Aplicada esta doctrina al sector de la construcción podríamos llegar a la conclusión de que, a diferencia del supuesto de la sentencia, la subcontrata del servicio de comedor en obras no podría definirse como actividad inherente de la empresa principal, y por lo tanto quedaría excluida de la solidaridad del artículo 42 del ET, aparte de que tampoco se aplicaría la solidaridad del artículo 7.2 de la LSC al no mencionarse el servicio de comedor en su ámbito de aplicación.

### C. La supuesta responsabilidad de la empresa principal por las deudas anteriores del subcontratista.

Podemos señalar dos grandes líneas interpretativas sobre el artículo 42.1 del ET: por un lado, los que estiman que se está refiriendo a una responsabilidad subsidiaria (solidaria, según una minoría) por los débitos a la Seguridad Social anteriores a la contratación o subcontratación, y, por otro lado, quienes estiman que no establece ningún tipo de responsabilidad distinta, siendo una norma complementaria de la responsabilidad solidaria del apartado 2, postura que en nuestra opinión es la más correcta. MARTÍN VALVERDE<sup>41</sup> propuso una tercera alternativa: «la responsabilidad administra-

<sup>41</sup> Antonio MARTÍN VALVERDE. «Responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios». En *El Estatuto de los Trabajadores*. VV.AA. (dirección Efrén BORRAJO DACRUZ). *Revista de Derecho Privado*. 1988 Tomo VIII, pág. 254.

tiva derivada de la infracción de la prohibición de mantener relaciones contractuales con contratistas insolventes, establecida en el artículo 42.1 del ET»; pero ni esa prohibición está formulada directamente en el precepto, ni está tipificada en el TRLISOS.

- La primera corriente está representada, entre otras, por la STS (C.Ad.) de 28 de octubre de 1996 (RJ 1996\7714), ponente Fernández Montalvo: «... el apartado 1 del artículo 42 del ET se refiere a la responsabilidad por las cantidades que pudieran adeudarse a la Seguridad Social con anterioridad a la adjudicación de la subcontrata, únicas de las que se podía certificar (por la TGSS)». En el mismo sentido las SSTSJ (C.Ad.) del País Vasco de 21 de febrero de 2001 (RJCA 2001\1361), ponente Rodrigo Landazabal, y de la Comunidad Valenciana de 18 de junio de 2004 (JUR 2004\24032), ponente Narbón Lainez. No obstante es de señalar que ni las mencionadas ni otras sentencias han declarado en su parte dispositiva la responsabilidad por deudas anteriores a la contrata. Se trata solo de manifestaciones *obiter dicta*.

A nivel doctrinal destacan en apoyo de esta tendencia ALONSO OLEA y BARREIRO GONZÁLEZ <sup>42</sup>, si bien «con las necesarias reservas». MONTOYA MELGAR <sup>43</sup>, con la misma opinión y salvedades, destaca además la dureza del precepto en relación con el artículo 43 del ET (cesión ilegal de mano de obra).

- La segunda tendencia está representada por la STS (C.Ad.) de 30 de julio de 1996 (RJ 1996\6364), ponente Martí García, al razonar que lo establecido en el artículo 42.1 se refiere al certificado de exoneración de la responsabilidad solidaria «durante el período de la vigencia de la contrata» de su apartado 2. En el mismo sentido la STS (C.Ad.) de 12 de julio de 1994 (RJ 1994\5610), ponente Rodríguez-Zapata. Especialmente significativa es la STSJ de Andalucía, Granada (C.Ad.) de 4 de noviembre de 2002 (JUR 2003\30253), ponente Toledano Cantero, que rectificando anteriores reflexiones *obiter dicta* de la Sala, asume ahora la segunda tendencia jurisprudencial, anulando las actuaciones de la TGSS en reclamación de débitos a la Seguridad Social a una empresa constructora como responsable subsidiario de una subcontrata declarada insolvente, ya que dichos débitos eran por períodos anteriores a la contrata suscrita. En el Fundamento de Derecho 7.º motiva detalladamente su criterio, por la interpretación sistemática y lógica de los preceptos aplicados, por la interpretación teleológica ya que no hay conexión entre el hecho de la contrata y las deudas generadas anteriormente por uno de los sujetos contratantes, y finalmente porque establecer la pretendida responsabilidad subsidiaria impondría una sanción que vulneraría los principios de legalidad y tipicidad del artículo 25 de la Constitución Española.

Dentro de la doctrina iuslaboralista también hay posturas que siguen esta misma tendencia. Según CRUZ VILLALÓN <sup>44</sup> «la responsabilidad de la empresa por las contratas de su propia actividad se extiende a las obligaciones contraídas por la empresa auxiliar "durante el período de vigencia de

<sup>42</sup> Manuel ALONSO OLEA y Germán BARREIRO GONZÁLEZ. «El Estatuto...», *op. cit.* pág. 42.

<sup>43</sup> Alfredo MONTOYA MELGAR. «Comentarios al Estatuto de los Trabajadores». Aranzadi, 6.ª edic. 2005, pág. 353.

<sup>44</sup> Jesús CRUZ VILLALÓN. «Descentralización productiva...» *op. cit.* pág. 155.

la contrata". Es nítida, pues, la legislación laboral en cuanto a la extensión temporal de la responsabilidad, sin que esta pueda extenderse, por la propia lógica de su finalidad, a periodos previos o posteriores a la ejecución de la contrata». Para CAMPS RUIZ <sup>45</sup> la derivación de la responsabilidad del artículo 42 del ET se refiere al período de la vigencia de la contrata «sin alcanzar a las nacidas en otros periodos, anteriores o posteriores a la misma». SOMOZA ALBARDONEDO <sup>46</sup> llega a la conclusión «de que la responsabilidad estudiada en el presente artículo trata de descubiertos futuros que se puedan producir como consecuencia del encargo que se realiza y no respecto de los que ya traía el contratista en base».

La posición de la TGSS <sup>47</sup> ha sido un tanto confusa. En un primer momento, en una Circular de 29 de enero de 1981, estableció que el artículo 42 del ET, por lo que respecta a las obligaciones de Seguridad Social, se refería a las contraídas «exclusivamente, durante el período de vigencia de la contrata, no alcanzando, pues, a las que hubiera contraído con anterioridad al comienzo de la contrata». Sin embargo, la Circular 2-016, de 30 de abril de 1991, interpretó que existía una responsabilidad subsidiaria de la empresa principal por las deudas contraídas con la Seguridad Social por la subcontratista antes del inicio de la contrata, postura que perdió su valor ante la expresa declaración del artículo 10.3 del anterior RGR de 1995 que limitaba claramente la responsabilidad a las contraídas «durante el período de la vigencia de la contrata o subcontrata». La cuestión se complica cuando, derogando el anterior Reglamento, el vigente RGR de 2004 no dice nada expresamente sobre la cuestión, o lo que es peor dejándola en su artículo 13.1 en un ambiguo «cuando concurren hechos, negocios o actos jurídicos que determinen la responsabilidad solidaria...». De todos modos, a partir de la Circular 5-005-1997, de 17 de febrero de 1997 que se refiere a la relación entre los artículos 42 del ET y 127 del TRLGSS, la TGSS no vuelve a tener en consideración las deudas anteriores a la contrata.

Por el contrario, ha sido siempre clara la posición de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (DGITSS). El Criterio Técnico 31/2000, de 18 de mayo, determina la responsabilidad solidaria por las cuotas correspondientes a los trabajadores del contratista empleados en la contrata y durante el período de vigencia de la misma; reconoce una mayor complejidad aplicativa respecto a las obligaciones contraídas sobre prestaciones de la Seguridad Social (que no analiza, pero sin duda se refiere a la prolongación de la Incapacidad Temporal que luego veremos); y lo que es más significativo, no menciona las deudas anteriores a la contrata, y por lo tanto no da ninguna instrucción al respecto. Tampoco se mencionan en la GUIA-2006 de 13 de junio de 2006, es decir, ya vigente el actual RGR de 2004.

En definitiva, en nuestra opinión, el artículo 42.1 del ET no se refiere a las deudas anteriores a la Seguridad Social, por todo lo que acabamos de exponer y además porque según el artículo 1.090 del Código Civil, «las obligaciones derivadas de la ley no se presumen» y «solamente son exigibles las expresamente determinadas en este código o en leyes especiales».

<sup>45</sup> Luis Miguel CAMPS RUIZ. *Derecho del Trabajo. Fuentes y contrato individual*, 2.ª ed. Tirant lo Blanch, 2000, pág. 251.

<sup>46</sup> Fernando SOMOZA ALBARDONEDO. «El Estatuto de los Trabajadores. Textos legales y Comentarios». Ministerio de Trabajo 1982, pág.231.

<sup>47</sup> Las Circulares de la TGSS, el Criterio Técnico 31/2000 y la GUIA-2006 de la DGITSS pueden examinarse en la web de la ITSS-Foro del Conocimiento.

## D. Valor exoneratorio del certificado de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Según RAMÍREZ MARTÍNEZ<sup>48</sup> «hay cuatro posibles situaciones:

- Que el empresario obligado a solicitar la certificación no lo haga. En tal caso, no queda exonerado de responsabilidad.
- Que la Tesorería no conteste dentro de plazo. El empresario solicitante queda expresamente exonerado.
- Que la Tesorería libre en plazo certificación positiva de descubierto. En tal supuesto, y si, pese a esa advertencia, el empresario solicitante efectúa la contrata o subcontrata con un empresario con descubiertos, no quedará exonerado.
- Que la Tesorería libre en plazo previsto certificación negativa de descubierto. Aunque no hay acuerdo doctrinal, parece lógico que si hay exención de responsabilidad cuando la Tesorería no contesta, con más motivo debería haberla cuando se confirma al empresario solicitante que el contratista o subcontratista no tienen descubiertos».

Esta última fue la solución expresamente adoptada en el artículo 10.3 b) del RGR de 1995, pero a pesar de su derogación y del silencio al respecto del RGR de 2004, parece lógico pensar que sigue siendo aplicable por ser la más coherente. La DGITSS, tanto en el Criterio Técnico 31/2000 como en la GUIA-2006, establece que no es de aplicación esta responsabilidad solidaria cuando exista la certificación negativa de la TGSS o hayan transcurrido los 30 días para su expedición.

Respecto al momento en que se debe solicitar a la TGSS la certificación, aunque no se dice nada en la norma, parece evidente que sea anterior a la celebración de la contrata. CAMPS RUIZ<sup>49</sup> manifiesta que «la exoneración de responsabilidad cubrirá todo el período de ejecución de la contrata o, si se admite que la solicitud de la certificación puede presentarse una vez iniciado ya el desarrollo de la misma, a partir de la fecha de esa presentación (STSJ Cataluña de 29 de abril de 1995)». Con similares términos y citando la misma sentencia se expresa la DGITSS en el mencionado criterio técnico. Opino que la empresa principal debe adoptar una posición activa, es decir, que sea ella la solicitante a la TGSS, no bastando que exista otra pedida por la subcontratista aunque sea con el mismo contenido, ni que mes a mes pidan el justificante de cotización para abonar las certificaciones de obra, cláusula que se suele introducir a la firma de las contratas y que indica una actitud de vigilancia activa sobre las subcontratas. No obstante esta opinión formalista no es la seguida por la STS (C.Ad.) de 6 de marzo de 2002 (RJ 2002\2768), ponente Soto Vázquez, con su doctrina del «cumplimiento sustancial con la actividad exigida por el artículo 42 del ET», pues, aunque la empresa principal no solicitara el certificado a la TGSS, pedía a la auxiliar que le presentara mensualmente los boletines de cotización, siendo engañada por esta, que le presentaba los boletines sellados presentados en el banco, si bien por falta de fondos en realidad no cobraba la TGSS.

<sup>48</sup> Juan M. RAMÍREZ MARTÍNEZ (Director): *Curso de Derecho del Trabajo*, 9.º edic. Tirant lo Blanch, pág. 258.

<sup>49</sup> Luis Miguel CAMPS RUIZ. «El contrato de trabajo (III): El empresario». En *Compendio de Derecho del Trabajo*, VV.AA. Tomo II, Tirant lo Blanch, 2006, pág. 53.

La única responsabilidad que se exonera es la solidaria, exigible durante la vigencia de la contrata y hasta el transcurso de un año de la finalización del encargo, pudiendo interrumpirse por las causas de interrupción de la prescripción que mencionamos posteriormente, siendo la más usual en la práctica la visita de la ITSS, con anotación en el Libro de Visitas y posterior comparecencia de la empresa con la documentación de Seguridad Social en las oficinas de la Inspección.

Según el artículo 42.1 del ET la TGSS emitirá el certificado en los términos que reglamentariamente se determinen; sin embargo, en la realidad, no existe una norma de suficiente rango (estimamos que debería ser un real decreto o al menos una orden ministerial) que lo desarrolle. En la práctica la TGSS está aplicando su Circular interna 5-045, de 14 de noviembre de 1996, modificada el 23 de julio de 1997, destacando su interpretación de que se considera estar al corriente, emitiéndose la certificación que corresponda en un determinado modelo.

Frente a los requisitos necesarios para la exoneración de la responsabilidad solidaria de la LSC, puede parecer que los del artículo 42 del ET son de «poco voltaje», que imponen una pequeña obligación para evitar un posible perjuicio económico muy importante, y que incluso puede eludirse mediante la subcontratación con una empresa «nueva» que, de hecho, sea la sucesora de otra anterior morosa pero suficientemente camuflada para evitar los problemas legales de la sucesión. Incluso la certificación de la TGSS puede ser errónea desde el momento que una misma empresa puede tener varias cuentas de cotización, estando al corriente en unas y en descubierto en otras, supuesto que se analiza en la STSJ de la Comunidad Valenciana (C.Ad.) de 18 de junio de 2003 (JUR 2004/24032), ponente Narbón Lainez, en que la subcontratista aportó a la principal certificado de estar al corriente en su cuenta de cotización en la TGSS de Albacete, cuando a la vez estaba en descubierto en la de Castellón, sorprendiendo la buena fe de la empresa principal que, aunque no solicitó el certificado a la TGSS, cumplió sustancialmente la función de vigilancia que le impone el artículo 42 del ET, por lo que se la eximió de responsabilidad solidaria aplicando la doctrina de la STS de 6 de marzo de 2002, que acabamos de mencionar.

Sin embargo, el mismo sistema de exoneración se aplica respecto a las deudas tributarias, ya que el artículo 43.1 f) de la LGT declara responsables subsidiarios a «las personas o entidades que contraten o subcontraten la ejecución de obras o la prestación de servicios correspondientes a su propia actividad económica principal, por las obligaciones tributarias relativas a tributos que deban repercutirse o cantidades que deban retenerse a trabajadores, profesionales u otros empresarios, en la parte que corresponda a las obras o servicios objeto de la contratación o subcontratación. La responsabilidad prevista en el párrafo anterior no será exigible cuando el contratista o subcontratista haya aportado al pagador un certificado específico de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias emitido a estos efectos por la Administración tributaria durante los 12 meses anteriores al pago de cada factura correspondiente a la contratación o subcontratación». En el mismo precepto se establece que la Administración tributaria tiene un plazo de tres días desde la solicitud para emitir o denegar el certificado; no se especifica nada sobre la falta de su emisión; según RODRÍGUEZ MÁRQUEZ y MARTÍN FERNÁNDEZ<sup>50</sup> se producen unas 8.000 peticiones diarias de estos certificados, con el consiguiente colapso adminis-

<sup>50</sup> Jesús RODRÍGUEZ MÁRQUEZ y Javier MARTÍN FERNÁNDEZ. «La responsabilidad tributaria de los sujetos que contraten o subcontraten ejecuciones de obras o prestaciones de servicios». *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi* 5/2005.

trativo, incremento de costes indirectos de las empresas, entorpecimiento del tráfico mercantil y además «no contribuye a eliminar la situación de fraude que pretendía perseguirse, toda vez que buena parte de las certificaciones se obtendrán por silencio positivo».

Vemos, por lo tanto, que ante similar situación la Agencia Tributaria se enfrenta con el mismo problema que la TGSS siguiendo el mismo sistema exoneratorio, rudimentario y de discutible eficacia, de los certificados de situación hasta el momento, referido a la recaudación fiscal y obligaciones complementarias, aunque que no pueda prever nada sobre los incumplimientos posteriores, con la discutible presunción de que quien a cumplido hasta el presente cumplirá en el futuro.

## IV. LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA EN LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

### A. Delimitación de la responsabilidad.

La derivación de responsabilidad por las contratas y subcontratas está regulado, en cuanto al Régimen General, en el que está encuadrado el sector de la construcción, en el artículo 127.1 del TRLGSS para las prestaciones y en el artículo 104.1 para las cotizaciones. El primero establece: «1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del ET, para las contratas y subcontratas de las 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 estuviera contratada, el propietario de esta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente. No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto a su vivienda».

El artículo 104.1 del TRLGSS, se remite a los mismos supuestos que aquel, pero referido al cumplimiento de las obligaciones de cotización.

La referencia, actualmente expresa, al artículo 42 del ET resuelve la antigua controversia sobre la compatibilidad de ambas responsabilidades. Pero como dice LUQUE PARRA <sup>51</sup>, «no obstante referirse a un mismo tipo de responsabilidad, ni el supuesto de aplicación del artículo 42 del ET y 127 del TRLGSS coinciden, ni tampoco es idéntico el alcance material o temporal de la responsabilidad que en materia de Seguridad Social ambos regulan».

Nos encontramos ante el mismo supuesto del artículo 42 del ET, es decir, la existencia de contratas y subcontratas, si bien en el TRLGSS los tres tipos de responsables quedan mejor determinados:

<sup>51</sup> Manuel LUQUE PARRA. «La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras o servicios», en «Descentralización productiva...», *op. cit.* pág. 270.

el propietario (de la obra, servicio o industria), el contratista y el subcontratista. El ámbito material, referido a la Seguridad Social, si no tenemos en cuenta solo el artículo 127, sino también el artículo 104 del TRLGSS es casi equivalente: abarca tanto a la responsabilidad por cotizaciones como por prestaciones, si bien no todas.

Sin embargo, existen entre ambos preceptos diferencias esenciales puesto que en el TRLGSS:

- La responsabilidad es subsidiaria, no solidaria.
- No se limita a la «propia actividad», sino que afecta a todo tipo de contrataciones y subcontratas (salvo la mencionada del amo de casa). El Real Decreto 1426/1997 suprimió en el RGR de 1995 una inoportuna e incomprensible referencia a la «propia actividad» en la responsabilidad subsidiaria.
- No se establece ni se prevé ningún sistema o trámite para exonerar la responsabilidad (a diferencia de lo establecido en el apartado 2 para la sucesión de empresa, como garantía de no responsabilidad para los adquirentes).

Los artículos 127.1 y 104 del TRLGSS significan la última búsqueda del *deep pocket* por derivación de responsabilidad, cuando no se puedan aplicar las otras vías y el empresario infractor responsable directo resulte insolvente. Veamos un supuesto. Partiendo de la doctrina aceptada por el TS sobre la «inherencia» como integrante de la «propia actividad», la STS (Social) de 20 de julio de 2005 (RJ 2005\5595), ponente Desdentado Bonete, rechaza la responsabilidad solidaria del artículo 42 del ET de una promotora inmobiliaria por el incumplimiento de la constructora, ya que se trata de actividades diferentes según la LOE, y «aunque entre ellas pueda existir una conexión o dependencia funcional... la actividad de construcción no es una actividad "inherente" al ciclo productivo de la inmobiliaria». Tampoco la actividad de promoción inmobiliaria en cuanto tal está incluida en el *numerus clausus* del ámbito funcional de la LSC. Si el empresario infractor es insolvente, solamente queda la responsabilidad subsidiaria del «dueño», que es el que en definitiva se ha lucrado al incorporar en su patrimonio el resultado de la actividad.

## B. Determinación del dueño de la obra, industria o servicio.

En cuanto al responsable subsidiario «dueño» de la obra, servicio o industria, la DGITSS en la GUIA-2006 manifiesta que «existen dos tesis: una mantiene que solo es responsable subsidiario el propietario de la obra, de acuerdo con la interpretación literal del precepto, y que para exigirle dicha responsabilidad es necesaria la declaración de insolvencia previa de todos los empresarios que se encuentren en una posición inferior, contratistas y subcontratistas si los hubiere (ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA). La segunda tesis (LLANO SÁNCHEZ) plantea que debe considerarse como propietario al empresario principal si el moroso es el contratista, y al contratista si el moroso es el subcontratista»<sup>52</sup>. La primera tesis es la seguida por el Centro Directivo en la mencionada GUIA-2006.

<sup>52</sup> Si seguimos las definiciones de la LSC, donde dice contratista y subcontratista debe referirse al primer y segundo subcontratistas.

En definitiva, en primer lugar se aplicaría sin posibilidad de exoneración la responsabilidad subsidiaria del empresario principal o contratista respecto de los subcontratistas, cuando no procedieran las responsabilidades solidarias o hubiera transcurrido un año desde la terminación de la ejecución de la contrata o subcontrata; y solo posteriormente se aplicaría la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, cuando no procediera ninguna de las responsabilidades solidarias anteriores, o cuando hubieren sido declarados insolventes el empresario principal de la obra y los subcontratistas sujetos a responsabilidad subsidiaria que acabamos de mencionar, existiendo solo exoneración de esta ulterior responsabilidad subsidiaria por las reparaciones en la propia vivienda del amo de casa.

No obstante, no abarca esta responsabilidad a todo tipo de dueños; en el supuesto de arrendamiento, el más normal, hay que excluir a los dueños que sean meros arrendadores del local en que se ejerce la actividad mercantil, ya que el precepto se refiere solamente a «si la correspondiente obra o industria estuviera contratada», y lo mismo podríamos decir en cesiones u otras titularidades de uso.

Igualmente se recoge la exención de responsabilidad del amo de casa respecto de las reparaciones en la vivienda (no respecto a la construcción); no se refiere, por el contrario, a la del propietario de la obra o industria que no contrate su realización por razón de la propia actividad, puesto que este resulta ser el nuevo imputado de la responsabilidad. Según la DGITSS en la GUÍA-2006 «el particular que se construye su propia vivienda no quedaría excluido de esta responsabilidad subsidiaria», apoyando su opinión, por un lado, en la Circular 5-005/1997 de la TGSS que entiende que esta responsabilidad subsidiaria no se limita a los empresarios sino que se le aplica también a una persona física que contrate la construcción de su vivienda, y por otro lado en la STCT de 15 de julio de 1986 (art. 6313) que aplicó el entonces artículo 97 de la LGSS a los esposos propietarios de la obra en la responsabilidad por prestaciones. La utilización del adverbio «exclusivamente» indica la clara intencionalidad del legislador. No obstante, ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA<sup>53</sup> manifiestan que «es inexplicable la responsabilidad subsidiaria del cabeza de familia respecto de los actos de los contratistas cuando la actividad contratada refiere a la construcción de su vivienda». El concepto de amo de casa ha sido interpretado de un modo extensivo por la STSJ de Cataluña (Social) de 22 de enero de 1998 (AS 1998\5384), ponente JIMÉNEZ-ASENJO, al admitir la exclusión de la responsabilidad subsidiaria a una comunidad de propietarios, como prolongación de la propia vivienda.

## V. LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS A LA SEGURIDAD SOCIAL

### A. Tipos de responsabilidad.

Resulta evidente que los dos tipos de responsabilidad a que mencionan los preceptos analizados de la LSC, el ET y el TRLGSS se refieren a dos, la solidaria y la subsidiaria, cuyo alcance está recogido en los artículos 13 y 14 del RGR de 2004.

<sup>53</sup> Manuel ALONSO OLEA y José Luis TORTUERO PLAZA. *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 18.ª edic. 2002, pág. 505.



- La responsabilidad solidaria no precisa declaración de insolvencia del deudor directo, pudiendo dirigir la TGSS la reclamación de deuda o la ITSS el acta de liquidación, en su caso, contra todos o cualquiera de los que resulten responsables solidarios, siendo todos ellos considerados responsables principales de deuda que corresponda. Comprenderá el principal de la deuda y los recargos e intereses que se hubieran devengado, así como las costas generadas por el cobro de la deuda. Según CRUZ VILLALÓN<sup>54</sup>, siguiendo la doctrina unánime, «se trata de una solidaridad singular, al no tratarse de deuda propia de la empresa principal sino de la auxiliar; por ello, para poder dirigirse contra la empresa principal se exige como requisito previo el impago por la empresa auxiliar, aunque obviamente no su insolvencia, pues de lo contrario se habría establecido una responsabilidad meramente subsidiaria».
- La responsabilidad subsidiaria, por el contrario, requiere la previa declaración de insolvencia del deudor o deudores principales, y solamente comprende el importe principal de la deuda, siempre que se abone antes del último día hábil del mes siguiente al de la notificación de la reclamación por la TGSS o, en su caso, de la resolución por la que se eleve a definitiva el acta de liquidación de la ITSS (art. 31.3 del TRLGSS).

## B. Ámbito material de la responsabilidad.

Las responsabilidades derivadas por contratas y subcontratas por deudas a la Seguridad Social, contraídas durante el período de su vigencia, pueden ser, principalmente, de tres tipos: por impago de cuotas, por impago de prestaciones y por impago de sanciones. Pudieran existir también deudas por el impago de aportaciones para el sostenimiento de servicios comunes de la Seguridad Social por las empresas que colaboren en su gestión [art. 1.1 c) del RGR de 2004], lo que solamente mencionamos.

El período de exigencia de responsabilidad subsistirá mientras no se produzca la prescripción; por lo que respecta a las cuotas es de cuatro años a contar desde la fecha en que finalice el plazo reglamentario de ingreso, en cuanto al derecho de reconocimiento de prestaciones es (por lo general) de cinco años a contar desde el día siguiente al hecho causante, y respecto a la obligación de reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas será de cuatro años contados a partir de la fecha de su cobro o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución (arts. 21, 43 y 45 del TRLGSS y art. 42 del RGR de 2004). La prescripción se interrumpe por los supuestos previstos en el artículo 43 del RGR de 2004: a) Cualquier actuación del responsable de pago conducente al reconocimiento o extinción de la deuda. b) Actuación de la TGSS o de la ITSS. c) Interposición de recurso o impugnación administrativa o judicial. d) Por advertencia al interesado de ponerse al corriente en el pago de sus cuotas cuando se solicite una prestación económica de la Seguridad Social cuando ello sea posible legal o reglamentariamente. En cuanto a las sanciones (no las infracciones, que es de tres años salvo en Seguridad Social que es de cuatro), el artículo 7.3 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, establece: «Las sanciones impuestas prescribirán a los cinco años, a contar desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción».

<sup>54</sup> Jesús CRUZ VILLALÓN. «Descentralización productiva...», *op. cit.* pág. 137

**Cotizaciones.** Se refiere tanto al impago total como al parcial de cotizaciones. Resumiendo lo establecido en el TRLGSS, el RGC y el RGR de 2004, tienen naturaleza de cuotas de la Seguridad Social al Régimen General, en el que están encuadradas las obras de construcción, las correspondientes a las contingencias comunes y profesionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) y la cotización adicional por horas extraordinarias, así como las denominadas cuotas de recaudación conjunta (por Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional). Aclarando una antigua polémica, también tienen naturaleza de cuotas las correspondientes a los «salarios de tramitación», como ha resuelto en unificación de doctrina la STS (Social) de 7 de julio de 1994 (RJ 1994\6351), ponente Linares Lorente.

La responsabilidad derivada por impago de cotizaciones no plantea diferencias en los sistemas de la LSC, el ET y el TRLGSS. No obstante, como hemos visto, en la cadena de subcontratación pueden aparecer trabajadores autónomos, encuadrados en su propio Régimen Especial, y que pudieran estar en descubierto de sus cuotas. Entiendo que tanto la responsabilidad derivada del artículo 7.2 de la LSC como del artículo 42 del ET son aplicables también a los descubiertos por cuotas de este Régimen Especial, ya que ambos preceptos se refieren a obligaciones en general de la Seguridad Social; pero en cuanto a la responsabilidad subsidiaria del artículo 104 en relación con el 127 del TRLGSS estimo que no es aplicable, ya que se refiere al descubierto de cuotas en el Régimen General, no siendo de aplicación supletoria ya que el Régimen Especial de Autónomos tiene su propio sistema de derivación de responsabilidad, actualmente en el artículo 43 del RGC: a) solidaria de las cooperativas de trabajo asociado que hayan optado respecto de sus socios trabajadores por su incorporación al Régimen Especial, b) subsidiaria del trabajador autónomo respecto del cónyuge y los familiares hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad que trabajen como autónomos con él personal, habitual y directamente, y c) subsidiaria de las compañías colectivas y comanditarias respecto de los socios colectivos que trabajen en ellas a título lucrativo de forma personal, habitual y directa.

**Prestaciones.** La responsabilidad derivada por prestaciones tiene **distinto contenido** en la LSC, el ET y el TRLGSS:

- a) El artículo 7.2 de la LSC se refiere a «las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato»; la utilización del concepto «laborales» implica una intención de abarcar la totalidad de las prestaciones de origen legal, convencional o contractual basadas en la relación laboral, por lo que, además de las comunes prestaciones del sistema público de la Seguridad Social que recoge expresamente, se incluirían las de discutible encaje o que bordean la Seguridad Social (mejoras voluntarias, complementarias, planes de pensiones, previsión privada), las salariales, las extrasalariales, y en general los *fringe benefits* de difícil caracterización, usuales en las modernas técnicas de incentiación y gestión de personal.
- b) El artículo 42.2 del ET se refiere, más restrictivamente, a las obligaciones «de naturaleza salarial» y a las «referidas a la Seguridad Social». La mención de «referidas» apoya la tesis de MONEREO PÉREZ<sup>55</sup> de la posible extensión de las prestaciones comunes de la Seguridad

<sup>55</sup> José Luis MONEREO PÉREZ. «El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contratas». *Relaciones Laborales*, 1992, tomo I.

Social a algunas otras, principalmente las mejoras voluntarias, pero lamentablemente no ha tenido un claro refrendo jurisprudencial.

- c) En cuanto al TRLGSS, nos encontramos con una materia casi olvidada por el legislador. No obstante, resumiendo, podemos decir que, según el artículo 126.1 del TRLGSS, «el incumplimiento en materia de afiliación, alta, baja y cotización determina la exigencia de responsabilidad de las prestaciones, previa fijación de los supuestos de imputación y su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva». Al no haberse dictado todavía las anunciadas normas reglamentarias, siguen siendo de aplicación los artículos 94, 95 y 96 de la antigua Ley de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966, lo que no carece de problemas dado el diferente contenido de determinadas prestaciones. Pero podemos decir que en ningún caso se refiere a prestaciones distintas de las comunes o generales que otorga el sistema público de Seguridad Social.

La responsabilidad directa del empresario infractor y las derivadas en los supuestos de contrata y subcontratas, sean por el LSC, el ET o el TRLGSS, no quedan enervadas por la automaticidad de determinadas prestaciones, o su abono subsidiario por las entidades gestoras o colaboradoras, ni por las altas presuntas o de pleno derecho, ni por la posibilidad de solicitar el trabajador su propia alta, aunque quede enervada por el alta de oficio con efectos de la fecha en que se ingresen las cuotas.

Uno de los problemas suscitados es el **ámbito temporal de la responsabilidad derivada por prestaciones** (no el de la posibilidad de su exigencia, más extenso como ya hemos visto), en concreto, si abarca solo el período de vigencia de la contrata o subcontrata, o por el contrario abarca el período completo de la prestación, lo que tiene especial consecuencia en las de incapacidad temporal. Como dice LUQUE PARRA <sup>56</sup> «serán exigibles aquellas cuyo hecho causante se produzca durante la vigencia de la contrata, independientemente de que la duración de la prestación sobrepase la duración de la contrata». Tiene especial importancia al respecto la STS (Social) de 27 de mayo de 1996 (RJ 1996\4472) ponente Bris Montes, en la que se establece la responsabilidad solidaria entre empresa principal y contratista (en los términos de la LSC sería entre empresa principal y primer subcontratista) siempre que la incapacidad temporal exceda del tiempo de la vigencia de la contrata de la misma actividad, cuando traiga su causa de enfermedad o accidente acaecido durante ella.

Otro problema concreto se refiere a las **mejoras voluntarias de prestaciones**, lo que tiene una especial importancia en el sector de la construcción ya que el artículo 71 del CGC establece unas indemnizaciones en caso de muerte y de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, que tiene la calificación de mejoras voluntarias de la Seguridad Social. En las SSTs (Social) de 16 de septiembre de 1999 (RJ 1999\7226), ponente Gil Suárez, y de 19 de mayo de 1998 (RJ 1998\4730) ponente González Peña, ambas dictadas en recurso de casación para la unificación de doctrina, se resuelve sobre el supuesto de derivación de responsabilidad por subcontratación «de la propia actividad» en relación con esta indemnización especial recogida en los correspondientes convenios colectivos provinciales de la construcción en dos casos de fallecimiento por accidente de trabajo, no habiendo concertado la empresa subcontratista el contrato de seguro que cubriera esa contingencia.

<sup>56</sup> Manuel LUQUE PARRA. «La responsabilidad empresarial...», *op. cit.* pág. 289.

En ambos casos se deniega la aplicación de la responsabilidad solidaria del artículo 42 del ET, ya que dicho precepto no se refiere a deudas con el trabajador (salvo que tengan carácter salarial), sino de obligaciones con la Seguridad Social, y tampoco es de aplicación la responsabilidad subsidiaria del artículo 127 del TRLGSS ya que este se remite al contenido de su artículo precedente, el 126, en el que esta obligación de abonar indemnización por muerte no encuentra encaje ni acomodo en ninguno de sus números. Ante esta jurisprudencia restrictiva, por vía convencional el artículo 30 del CGC deriva la responsabilidad solidaria por esta indemnización. Tanto la responsabilidad directa como la derivada pueden ser cubiertas por una póliza de seguro privado.

Evidentemente no hay jurisprudencia todavía sobre la posible derivación de responsabilidad por las indemnizaciones que analizamos en base a la responsabilidad solidaria del artículo 7.2 de la LSC, pero, como he anticipado, estimo que el sentido de la norma es conseguir una protección integral del trabajador, de modo que no queden defraudados sus derechos o los de sus causahabientes por la interposición de una empresa insolvente en la cadena de subcontrataciones, y por eso se extiende la responsabilidad solidaria a las «obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato acordado», sin hacer distinciones. El incumplimiento de la obligación de abono de esta indemnización por fallecimiento o invalidez que hemos comentado, bien se enfoque como de naturaleza laboral, como si se enfoca como una mejora de la Seguridad Social, puede tener encaje en el supuesto de la responsabilidad solidaria del artículo 7.2 de la LSC. Lo mismo podría decirse respecto al incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de planes y fondos de pensiones u otras mejoras complementarias que, si en una interpretación más o menos estricta de todas o de alguna de ellas no tienen naturaleza jurídica de obligaciones de Seguridad Social, no cabe duda que todas encajarían en el más amplio concepto de «obligaciones laborales».

Problema muy distinto lo encontramos cuando la empresa subcontratista solo haya incumplido su obligación del **pago delegado** de determinadas prestaciones económicas (por IT y desempleo parcial) respecto a sus propios trabajadores, si bien haya cumplido las demás obligaciones, en especial la de cotización. Se trata de un supuesto posible en la realidad pero muy excepcional ya que lo más habitual es que ambos impagos vayan unidos. Entiendo que cuando solamente se ha incumplido el abono al trabajador de la prestación de pago delegado no nos encontramos ante ninguno de los supuestos de responsabilidad solidaria o subsidiaria que estamos analizando. La responsable directa de la prestación es la correspondiente entidad gestora o colaboradora, no la empresa, y el sistema de la Seguridad Social tiene sus propios mecanismos para que el trabajador no resulte perjudicado, aunque la empresa incumplidora haya incurrido en infracción tipificada y calificada como grave en el artículo 22.4 del TRLISOS.

En el supuesto especialísimo del **recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad**, el artículo 123 del TRLGSS establece que es responsabilidad directa del empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla. Inicialmente la jurisprudencia rechazó la derivación de su responsabilidad por considerar que la naturaleza jurídica del recargo era sancionatoria y personalísima. Pero a partir de las SSTS (Social) de 18 de abril de 1992 (RJ 1992\4849), ponente Gil Suárez, de 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9320), ponente Desdentado Bonete, y de 5 de mayo de 1999 (RJ 1999\4705), del mismo ponente, la derivación de responsabilidad tiene un enfoque radicalmente distinto de los tres sistemas que venimos analizando, ya se aprecia la responsabilidad soli-

daria por el incumplimiento del deber de vigilancia del empresario principal cuando el accidente ocurre en su propio centro de trabajo, o sea, con una aplicación más precisa del concepto de «empresario infractor» que no se circunscribe solamente al empresario directo del trabajador accidentado, pues lo decisivo es que «el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad».

**Sanciones.** En cuanto al impago de las sanciones pecuniarias por infracciones en materia de Seguridad Social, que tienen naturaleza de recurso de la Seguridad Social [art. 86.1 c) del TRLGSS], de acuerdo con el artículo 12.4 del RGR de 2004, salvo norma legal quedan excluidas de la derivación de responsabilidad. Así sucede con el artículo 23.2 del TRLISOS: «Los empresarios que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad responderán solidariamente de las infracciones a que se refiere el apartado 1 a) anterior, cometidas por el empresario contratista o subcontratista durante todo el período de la vigencia de la contrata». Dicho apartado 1 a) tipifica como infracción muy grave dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en Seguridad Social con carácter previo al inicio de la actividad.

En cuanto a la sanción accesoria de devolución de las prestaciones indebidas, existe responsabilidad solidaria entre el perceptor y el empresario que le dé ocupación, según el mismo artículo 23.2, pero no hay derivación de responsabilidad para los contratistas o subcontratistas, a pesar de que la redacción del precepto pudiera dar lugar a dudas. MATEOS BEATO y MARTÍN JIMÉNEZ <sup>57</sup> se inclinan también por la atribución estricta de esta responsabilidad solidaria al subcontratista empresario del trabajador infractor y no al empresario principal «pues la redacción de la ley parece ir dirigida a la aplicación de la solidaridad en las relaciones jurídicas "inmediatas" entre los distintos sujetos, sin ampliarse a dicho empresario principal». No obstante, el artículo 45.2 del TRLGSS establece que «quienes por acción u omisión hayan contribuido a hacer posible la percepción indebida de una prestación responderán subsidiariamente con los perceptores, salvo buena fe probada, de la obligación de reintegrar que se establece en el apartado anterior». Pudiera suceder que en caso de subcontratación, entre los coadyuvantes en la infracción estuvieran la empresa principal o subcontratistas de anterior nivel, en cuyo caso sería de aplicación esta responsabilidad subsidiaria para todos los que hubieran actuado con mala fe probada; en caso de insolvencia del infractor principal, todos los coadyuvantes de mala fe responderían de la devolución de las prestaciones indebidas solo en la parte que les correspondiera, dividido el total por partes iguales en aplicación del artículo 1.138 del Código Civil.

Para RAMÍREZ MARTÍNEZ <sup>58</sup>, en la responsabilidad derivada por sanciones quiebra la sucesión en la cadena de subcontratación. «El empresario principal responderá solidariamente con el contratista <sup>59</sup>. El contratista responderá solidariamente con el subcontratista. Pero ¿responde el principal

<sup>57</sup> Alfredo MATEOS BEATO y Rodrigo MARTÍN JIMÉNEZ. «La derivación...», *op. cit.*, pág. 298.

<sup>58</sup> Juan M. RAMÍREZ MARTÍNEZ. «Las responsabilidades del empresario principal en las contratas y subcontratas». En «La externalización...», *op. cit.* págs. 168 y 169.

<sup>59</sup> En la terminología de la LSC la referencia al contratista y subcontratista deben entenderse al primer y segundo subcontratistas.

solidariamente con el subcontratista? Seguramente, la respuesta debe ser que no... Sobre todo, porque es más difícil aceptar, en materia de sanciones administrativas, una responsabilidad del principal junto con un subcontratista, con el que no tiene establecida ninguna relación jurídica y cuya existencia, incluso, le puede ser desconocida... Pero en último término, la jurisprudencia constitucional no admite una responsabilidad solidaria pura, objetiva, sino solamente una responsabilidad solidaria cuando el responsable solidario ha colaborado en la infracción (STC 146/1994)».

### C. Las aportaciones empresariales a la Fundación Laboral de la Construcción.

Se plantea en el sector de la construcción un problema específico sobre la naturaleza de las aportaciones empresariales para la Fundación Laboral de la Construcción. Según el artículo 112.2 del CGC su financiación «se nutrirá fundamentalmente de aportaciones de las Administraciones públicas, más una aportación complementaria a cargo de las empresas, que no podrá superar el 0,1 por 100 de la masa salarial, establecida esta sobre la misma base de cálculo de las cuotas de la Seguridad Social». La recaudación de esta aportación complementaria se efectúa por la TGSS en virtud de un Convenio de 9 de julio de 1993 (incluido en la Resolución de 18 de agosto de 1993, BOE 22 de septiembre de 1993). La apariencia externa de cuota hizo pensar a la ITSS si el incumplimiento de su cotización pudiera ser objeto de acta de liquidación, en cuanto pudieran tener la naturaleza jurídica de cuotas de recaudación conjunta. Pero la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social (actualmente de Ordenación de la Seguridad Social) en contestación de 24 de enero de 1994 <sup>60</sup> aclaró que no se trata de cuotas de recaudación conjunta, ni por las mismas procedía levantar acta de liquidación, concluyendo que «a la Fundación Laboral de la Construcción le corresponde arbitrar los procedimientos para el cobro a las empresas morosas de sus aportaciones, que tendrán que ser distintos a los establecidos para las cuotas de la Seguridad Social».

En consecuencia, el incumplimiento por las empresas de estas aportaciones no está afectado por los sistemas de responsabilidad solidaria o subsidiaria por deudas a la Seguridad Social. Sin embargo, nos encontraríamos ante una «obligación laboral» por el incumplimiento de una cláusula de un convenio colectivo, por lo que, desde esa perspectiva, puede aplicarse el sistema de responsabilidad solidaria del artículo 7.2 de la LSC, pero no el del artículo 127 del TRLGSS ni el del artículo 42.2 del ET ya que no se trata tampoco de una responsabilidad salarial.

## VI. CONCLUSIONES

Los tres sistemas de responsabilidades de la LSC, el ET y el TRLGSS que acabamos de analizar, se superponen y sus elementos constitutivos son básicamente distintos, pero podemos llegar a las siguientes conclusiones por lo que respecta al incumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social y al sector de la construcción:

<sup>60</sup> DGITSS. «Información y Documentación para la ITSS» 1/1994, pág. 328.

- 1.º En caso de coincidencia en una misma empresa por la aplicación de pluralidad de normativas, predominará la responsabilidad más gravosa (la solidaria), no siendo procedente la duplicación de las cuantías de responsabilidad por la posible aplicación a la vez de uno u otro precepto.
- 2.º Salvo que se den las circunstancias de su exoneración, la aplicación de la responsabilidad solidaria del artículo 7.2 de la LSC es preferente en su ámbito dentro del sector de la construcción, por tratarse de norma específica (principio de especialidad) y más gravosa, al abarcar un mayor ámbito de protección y tener un mayor período para su aplicación.
- 3.º Salvo que se den sus propias circunstancias específicas de exoneración, la responsabilidad solidaria del artículo 42 del ET, es de aplicación en el sector de la construcción que no esté incluido en la LSC o que, estando incluido, esté exonerado por las propias circunstancias de exoneración de la LSC (no las del ET), siempre que concurra el requisito de la «propia actividad», y siendo solamente exigible durante la vigencia de la contrata y hasta un año después de su terminación.
- 4.º Se aplicaría la responsabilidad subsidiaria del empresario principal o contratista respecto de los subcontratistas, en los supuestos del apartado anterior, siempre que hubiera transcurrido un año desde la terminación de la ejecución de la contrata o subcontrata. En esta responsabilidad subsidiaria no existe exoneración.
- 5.º Se aplicaría finalmente la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, cuando no lo fueran ninguna de las responsabilidades solidarias anteriores, o cuando hubieren sido declarados insolventes el empresario principal de la obra y los subcontratistas sujetos a responsabilidad subsidiaria del apartado anterior. En esta responsabilidad subsidiaria solo existe exoneración por las reparaciones del amo de casa.

---

## Abreviaturas

**C. Ad.:** Sala de lo Contencioso-Administrativo.

**CGC:** Convenio General de la Construcción.

**DGITSS:** Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

**ET:** Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, Estatuto de los Trabajadores.

**GUÍA-2006:** «Guía de actuación en materia de derivación de responsabilidad en las deudas de la Seguridad Social. Contratas y Subcontratas de obras y servicios». DGITSS, 13 de junio de 2006.

**ITSS:** Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

**LCAP:** Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

**LGT:** Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

**LOE:** Ley 38/1999, de 5 de noviembre, ordenadora de la Edificación.

**LPRL:** Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

**LSC:** Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.

**RGC:** Real Decreto 2064/1995, de 25 de enero. Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

**RGR de 1995:** Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, Reglamento General de Recaudación de la SS (derogado).

**RGR de 2004:** Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (vigente).

**STCT:** Sentencia del Tribunal Central de Trabajo.

**STS:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**STSJ:** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

**TGSS:** Tesorería General de la Seguridad Social.

**TRLGSS:** Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

**TRLISOS:** Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.