

**SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO**

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León*



*S. Rodríguez Escanciano*

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el 1.º **Premio Estudios Financieros 2006** en la Modalidad de **DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Raimundo ARAGÓN BOMBÍN, don Miguel Ángel DÍAZ PEÑA, don Manuel Carlos PALOMEQUE LÓPEZ, don Abdón PEDRAJAS MORENO y don Francisco PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de la autora.

**Extracto:**

EN nuestro ordenamiento jurídico y contando con el apoyo que proporciona el artículo 38 de la Constitución, el empresario dispone de libertad para contratar o subcontratar la realización de obras o servicios. Se trata, no obstante –tal y como recuerda el art. 42 ET–, de una libertad a ejercitar con sujeción a determinadas condiciones dirigidas a preservar los derechos de los trabajadores frente a eventuales incumplimientos o fraudes por parte de la empresa contratista o subcontratista a la que pertenecen. De esta posibilidad pueden hacer uso, lógicamente, las Administraciones Públicas, que quedarán sometidas, entonces, al régimen de responsabilidades que diseña el Derecho del Trabajo para quien ocupa ante él la posición de empresario «principal» o «comitente», lo cual tropieza con muchas dificultades que no se plantean en el ámbito privado, pues en el sujeto responsable concurre la condición de entidad que participa, en mayor o menor grado, de potestades públicas. Tal cir-

.../...

.../...

cunstancia obliga a analizar en detalle si del incumplimiento de las deudas salariales o con la Seguridad Social contraídas por el concesionario o los subcontratistas deberá de responder también la Administración y en qué casos y bajo qué condiciones. En tanto en cuanto la normativa laboral no ha arbitrado una respuesta específica a estas cuestiones, no puede extrañar que la aplicación del régimen de responsabilidad empresarial solidaria previsto en el artículo 42 ET provoque un importante grado de inseguridad jurídica, máxime cuando la técnica legislativa utilizada en dicho precepto propicia todo tipo de equívocos necesitados de urgente corrección.

---

## *Sumario:*

---

1. Consideraciones previas.
2. La inseguridad del régimen jurídico-laboral aplicable.
3. La Administración como «empresario principal» en la cadena de subcontratas.
4. La permisividad de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
5. Los difusos contornos de la noción «propia actividad» en los supuestos de gestión indirecta de servicios públicos.
  - 5.1. La casuística doctrina de los Tribunales.
  - 5.2. Las ventajas de la supresión del condicionante legal.
6. El régimen de responsabilidades aplicable a la Administración.
  - 6.1. Responsabilidades por deudas salariales.
    - 6.1.1. Marco objetivo.
    - 6.1.2. Ámbito subjetivo.
    - 6.1.3. Extensión temporal.
  - 6.2. Responsabilidades en materia de Seguridad Social.
    - 6.2.1. La improcedencia de la certificación negativa por descubiertos.
    - 6.2.2. Conceptos incluidos.
    - 6.2.3. La incidencia de la Ley General de Seguridad Social.
7. La responsabilidad asumida por la Administración en materia de seguridad y salud.
  - 7.1. Requisitos de imputación.
  - 7.2. Responsabilidad penal.
  - 7.3. Responsabilidad administrativa.

- 7.4. Responsabilidad civil.
- 7.5. Reparto de responsabilidades.
- 7.6. Recargo de prestaciones.
- 7.7. Jurisdicción competente.
- 7.8. Especial referencia a la subcontratación en la construcción de obras públicas.
  - 7.8.1. Diversidad de sujetos intervinientes en el proceso de edificación de la infraestructura.
  - 7.8.2. El principio de efectividad en la reparación del resultado dañoso.
  - 7.8.3. La posición de la Administración como «promotor».
8. La exoneración de responsabilidad prevista en los pliegos de condiciones administrativas.
9. Conclusiones.

## 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La llamada «descentralización» de actividades, «que se ha abierto paso en los Entes públicos, a través de contratos con empresas privadas que ejercen actividades económicas a favor de la Administración por medio de su propio personal, ha conocido, en las últimas décadas, un desarrollo sin precedentes»<sup>1</sup>. La crisis de los años setenta, la «terciarización» del sistema productivo y, sobre todo, la incorporación creciente de nuevas tecnologías, han puesto en marcha y acelerado un proceso en el cual los supuestos de gestión indirecta de actuaciones públicas por personas jurídico-privadas a través del mecanismo de la concesión administrativa vienen acompañados, además, de un dato adicional<sup>2</sup>: es muy habitual que los adjudicatarios de las concesiones soliciten la colaboración de otra(s) empresa(s) auxiliares en la prestación del servicio público asumido, en el bien entendido sentido de que estos empresarios auxiliares pueden ser, a su vez, «principal» de otros a efectos laborales<sup>3</sup>. Ello va a plantear numerosos problemas, no siempre resueltos con acierto, derivados de la intervención de diversos sujetos (la Administración, el concesionario y los subcontratistas), sobre todo en aquellos supuestos en los que la figura de la subcontrata se utiliza como mecanismo para reducir o bloquear los derechos que la legislación reconoce a los trabajadores. El legislador social, al margen de las relaciones jurídicas entre la Administración, el concesionario y los subcontratistas, que se rigen por el Derecho Administrativo, Civil o Mercantil respectivamente, viene obligado a eliminar o, en su caso, reducir las consecuencias negativas para los trabajadores de las empresas auxiliares vinculadas por aquellas singulares relaciones contractuales, obligando al concesionario a asumir responsabilidades y cargas no sólo respecto de los trabajadores a su servicio sino también de los empleados por los subcontratistas, debiendo alcanzar, en algún caso, dicha responsabilidad a la Administración comitente.

## 2. LA INSEGURIDAD DEL RÉGIMEN JURÍDICO-LABORAL APLICABLE

En principio, el ordenamiento jurídico-laboral no contiene prohibición alguna que impida al concesionario, en uso de su libertad de empresa constitucionalmente proclamada, recurrir a

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La contratación administrativa y el Derecho del Trabajo», *RL*, núm. 11, 2005, pág. 10.

<sup>2</sup> DAVIES/FRELLAND, M.: «Nuevas formas de empleo», *RL*, núms. 7-8, 1989, pág. 9.

<sup>3</sup> STS 9 julio 2002 (RJ 10538).

la contratación externa para integrar su actividad productiva<sup>4</sup>, lo cual actualmente –incluso– «ha dejado de ser una opción voluntaria para garantizar una mayor competitividad en el mercado»<sup>5</sup> y una mejor calidad en la prestación del servicio a los usuarios del mismo. No obstante, para combatir el riesgo de fraudes y de incumplimientos laborales que puede llevar aparejada, en la medida en que la concurrencia de varios empresarios propicia la elusión de obligaciones y de responsabilidades, la Ley laboral establece una serie de cautelas o garantías en beneficio de los trabajadores, consistentes en el establecimiento, bien de determinadas obligaciones para la empresa principal respecto de las empresas contratistas y subcontratistas, bien de una responsabilidad solidaria para el supuesto de incumplimiento por parte de las empresas auxiliares de sus obligaciones de naturaleza salarial y de las referidas a la Seguridad Social con su personal (art. 42 RDLeg. 1/1995, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores –ET–)<sup>6</sup>.

Ahora bien, en tanto en cuanto el artículo 42 ET se refiere expresamente a «los empresarios que contraten o subcontraten...», parece que está exigiendo a las dos partes involucradas en la contratación o subcontratación una determinada condición subjetiva que, en todo caso, deben reunir para que la responsabilidad en materia salarial y de Seguridad Social sea solidaria. Interpretada restrictivamente, en sentido económico o mercantil, dicha condición no alcanzaría a las Administraciones públicas, pues cuando éstas adjudican la ejecución de obras y la prestación de servicios a empresas privadas actúan sometidas al Derecho Administrativo y no obtienen, con carácter directo, lucro alguno que deban restituir<sup>7</sup>. Es más, las Administraciones contratantes no externalizan la obra o servicio público «por razón de una actividad empresarial», mención contenida en el último párrafo del artículo 42.2 ET, sino como consecuencia de una «actividad de planificación o fomento» dirigida a la satisfacción de un interés general, razón por la cual los Entes públicos no serían «empresarios titulares» de una organización económica específica ni, consecuentemente, contraparte contractual frente al empresario contratista a efectos de imputación de responsabilidades *ex* artículo 42 ET<sup>8</sup>.

Éste fue el criterio judicial adoptado inicialmente en diversas sentencias del Tribunal Central de Trabajo y posteriormente mantenido en algunos de los ulteriores pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia, quienes a los referidos argumentos han añadido consideraciones tan escasamente jurídicas como que, de interpretar lo contrario, la responsabilidad que recaería sobre la

<sup>4</sup> Por todas, STS 27 octubre 1994 (Ar. 8531).

<sup>5</sup> MARTÍNEZ GARRIDO, L.R.: «Contratas, cesión ilegal de trabajadores y cooperativas de trabajo asociado», *RMTAS*, núm. 38, pág. 229.

<sup>6</sup> SALA FRANCO, T.: «Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos», *AL*, núm. 9, 2005, págs. 1.016-1.017.

<sup>7</sup> SANTOR SALCEDO, H.: «Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales», en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003, pág. 194.

<sup>8</sup> GOERLICH PESET, J.M.: «Actividades laborales externalizables: régimen jurídico», en AA.VV. (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid, 2002, pág. 119.

Administración impondría una carga demasiado pesada a la actividad pública de fomento<sup>9</sup>. Con todo, pese a las iniciales reticencias de las instancias judiciales a aplicar el artículo 42 ET cuando en el comitente concurre la cualidad de ser un Ente público, la doctrina científica ha admitido y continúa admitiendo tal posibilidad<sup>10</sup>, en especial, tras una serie de pronunciamientos emanados del Tribunal Supremo en los que de forma expresa se reconoce la aplicabilidad del mencionado precepto estatutario en el ámbito de las Administraciones públicas<sup>11</sup>, no en vano el término «contratas y subcontratas» utilizado por la norma laboral tiene un marcado carácter «atécnico»<sup>12</sup>.

### 3. LA ADMINISTRACIÓN COMO «EMPRESARIO PRINCIPAL» EN LA CADENA DE SUBCONTRATAS

Cuando la Administración comitente y el empresario concesionario conciertan la gestión por este último de un servicio público encargado por la primera, por regla general, están celebrando un

<sup>9</sup> SSTCT 19 enero y 8 marzo 1982 (Ar. 168 y 1439); SSTS, Cont.-Admtivo., 10 diciembre 1986 (Ar. 1987/1034) o SSTSJ, Cont.-Admtivo., Baleares 5 diciembre 1992 (AS 519), Navarra 22 marzo 1994 (AS 891) y 28 abril 1995 (AS 1355), País Vasco 17 octubre 1995 (AS 3718) o Cataluña 22 enero 1996 (AS 174).

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La regulación protectora del trabajo en contratas», *RPS*, núm. 93, 1972, pág. 35; GARCÍA MURCIA, J.: «El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores», *RPS*, núm. 130, 1981, pág. 21; MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: «Responsabilidad empresarial en caso de contratas y subcontratas en España: criterios jurisprudenciales», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid, 1993, pág. 422; MARTÍNEZ GARRIDO, L.R.: *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas: problemas y soluciones*, Madrid, 1998, págs. 31 y ss.; GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *Contrata y subcontrata de obras y servicios. La cesión de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal*, Valencia, 1998, pág. 30; TOLOSA TRIVIÑO, C.: «La responsabilidad empresarial por contratas y subcontratas», *RL*, núm. 13, 1998, pág. 13; SALINAS MOLINA, F.: «Contratas y subcontratas en la jurisprudencia unificadora», *Revista de Derecho Social*, núm. 5, 1999, pág. 26; LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, Madrid, 1999, págs. 32 y ss.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y GOÑI SEIN, J.L.: «Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas», en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, 2000, págs. 148 y ss.; GALA DURÁN, C.: «La responsabilidad empresarial en materia salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios», en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Descentralización productiva y relaciones laborales*, Valladolid, 2001, págs. 226 y ss.; LÓPEZ ANIORTE, M.C.: *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Murcia, 2003, págs. 35 y ss.; NORES TORRES, L.E.: *El trabajo en contratas. La noción de "contrata de propia actividad"*, Valencia, 2004, pág. 37 o MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia, 2004, págs. 111 y ss.

<sup>11</sup> Entre las más recientes, SSTSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 12 enero 1998 (AS 1998/1173), Castilla-La Mancha 23 marzo 1998 (AS 1282), Andalucía/Málaga 9 febrero, 9 marzo 1998 (AS 1242, 1805) y 24 diciembre 1999 (AS 4356), Cataluña 14 septiembre 1999 (AS 3045), Murcia 18 diciembre 2000 (AS 4167), Madrid 13 junio 2001 y 16 febrero 2004 (AS 2811 y TOL 488844) y Barcelona 20 julio 2004 (TOL 479692).

<sup>12</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas», *RL*, 1992, T. I, págs. 114 y ss.

contrato administrativo-empresarial cuya ejecución supone disponer la organización de medios materiales y humanos por parte del adjudicatario de la concesión al servicio de la Administración por razón de ese encargo. El objeto del contrato celebrado entre ambos sujetos conlleva la puesta en funcionamiento de la organización productiva del titular de la concesión como parte accidental del ciclo de actuación de la Administración. Esta circunstancia supone, en la práctica, la incorporación indirecta por el Ente público del trabajo de los operarios del adjudicatario, lo cual provoca consecuencias importantes desde el punto de vista laboral. Esa relación fáctica de trabajo entre la Administración comitente y el trabajador al servicio del concesionario no puede pasar desapercibida, lógicamente, para el Derecho del Trabajo<sup>13</sup>. Como con acierto se ha dicho, «es precisamente la prestación de servicios de los trabajadores de una empresa –el concesionario– para otra –la Administración– la que hace que esas relaciones interempresariales, en principio extralaborales, pasen a tener trascendencia para el ordenamiento jurídico social»<sup>14</sup>, motivo por el cual todo tipo de cargas y responsabilidades que la Administración pueda tener con los empleados del concesionario deriva directamente del vínculo suscrito entre el Ente público y dicho titular de la concesión a partir del cual se origina la relación mediata o indirecta de trabajo<sup>15</sup>. En principio, la condición pública del organismo que adjudica la gestión indirecta de un servicio público no puede hacer olvidar ni transmutar la naturaleza de la prestación, razón por la cual su gestión indirecta no debería afectar al *soli-dum* legal; de hecho, de no haberse exteriorizado la actividad, la Administración sería el empleador inmediato<sup>16</sup>.

Además, la concesión administrativa encaja sin trauma alguno en el concepto de «contrata», tal y como ha reconocido expresamente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en varias ocasiones: «una interpretación del reiterado artículo 42, conforme a su espíritu y finalidad, permite extender el concepto "contratas y subcontratas" celebradas por el empresario y terceros respecto a la realización de obras y servicios de los primeros, a la noción de "concesión administrativa" ya que, de un lado, la generalidad de los términos "contratas o subcontratas" no permiten su aplicación exclusiva a los negocios jurídicos privados, y, de otro, parece más adecuado a los fines de la Administración que la misma, a través de la figura de la concesión, pueda encomendar a un tercero la gestión indirecta de servicios propios, sin que ello afecte a las garantías solidarias entre el Ente público, dueño de la obra que se explota o del servicio cedido, y la entidad que organiza su propia actividad y medios personales y materiales para el cumplimiento de la prestación concedida»<sup>17</sup>. De esta manera,

<sup>13</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: «Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las leyes laborales*, Vol. VIII, Madrid, 1988, pág. 105.

<sup>14</sup> GOERLICH PESET, J.M.: «Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales», *AL*, núm. 8, 1997, pág. 125.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO-FERRER, M.: «El lugar de ejecución de la contrata y el artículo 42 del ET», *RL*, núm. 5, 1996, pág. 6.

<sup>16</sup> QUIRÓS HIDALGO, G.: «Algunas cuestiones sobre la atribución de responsabilidades ex artículo 42 ET en un supuesto de contrata encargada por una sociedad cooperativa de viviendas, a su vez concesionaria de un Ayuntamiento», *AS*, núm. 4, 2005, pág. 15.

<sup>17</sup> SSTS 18 marzo 1997 (RJ 2572), citando a su vez las SSTS 15 julio, 27 septiembre, 18 noviembre y 14, 23 y 31 diciembre 1996 (RJ 5900, 6910, 8628, 9464, 9844 y 9867).

«entendida la contrata como el derecho que un empresario o empresa tiene a la prestación de un servicio a un tercero, este tercero puede ser una empresa pero puede ser también la Administración que, utilizando el mecanismo de la concesión administrativa, adjudica la gestión de un servicio a quien corresponda según los términos de la convocatoria y cumpliendo los trámites establecidos al efecto por el Derecho Administrativo»<sup>18</sup>. Todo ello sin olvidar, a la postre, cómo el imperativo empresarial de ganar en productividad, capacidad de adaptación y dinamismo en un mercado cada vez más competitivo e internacionalizado al que no son ajenos los concesionarios de servicios públicos, impulsa a éstos a buscar estrategias de externalización hacia otros empresarios subcontratistas, haciéndose, en ocasiones, inmensa la longitud de los eslabones de la cadena de empresarios involucrados en la explotación del servicio de interés general<sup>19</sup>.

La ley laboral trata de proteger los intereses de los trabajadores inmersos en estas operaciones descentralizadoras con independencia del lugar que ocupe el empresario en el proceso de exteriorización, de modo que la Administración no puede quedar exonerada por las deudas salariales y con la Seguridad Social contraídas por las empresas auxiliares sucesivas. Sin duda el artículo 42 ET no fue redactado pensando en el ámbito contractual público, pero pretender en todo caso la exoneración de responsabilidad de la Administración comitente alegando que su actividad de fomento no entraña ejercicio de «actividad empresarial», supone un trato diferenciado carente de justificación frente al sector privado y una discriminación con efectos previsiblemente negativos para los trabajadores de los empresarios con quienes contrate<sup>20</sup>. Así, «a la Administración le debe alcanzar la responsabilidad en materia laboral y de Seguridad Social por los hechos o actos del concesionario-gestor, incluso cuando éste entre en relaciones de derecho privado con otros empresarios (de modo que), ésta no puede desentenderse de ninguna manera de los daños que cause la actuación del adjudicatario o las empresas auxiliares con las que éste subcontrate parcelas de la prestación del servicio público asumido»<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> STSJ Asturias 11 febrero 2000 (AS 262). En parecido sentido, STSJ Madrid 18 enero 2005 (AS 86).

<sup>19</sup> GÁRATE CASTRO, J.: «Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social de la descentralización productiva por medio de contratas de obras y servicios, en especial, de las que corresponden a la "propia actividad" (referencias al empleo de esta fórmula de descentralización productiva por parte de las Administraciones Públicas)», en AA.VV. (GÁRATE CASTRO, J., Coord.): *Las relaciones laborales en las Administraciones locales*, Barcelona, 2004, pág. 154.

<sup>20</sup> SANTOR SALCEDO, J.: «Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales», cit., pág. 196.

<sup>21</sup> SSTS, Cont.-Admto., 19 mayo 1987 (Ar. 3615) y 9 mayo 1989 (Ar. 4487). En la doctrina, GONZÁLEZ NAVARRO, F.: «Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público», *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núms. 44-45, 1976, págs. 215 y ss.; ARIÑO ORTIZ, G.: «El servicio público como alternativa», *REDA*, núm. 23, 1979, pág. 552; VILLAR EZCURRA, J.L.: *La responsabilidad en materia de servicios públicos*, Madrid, 1981, págs. 19 y ss.; JURISTO SÁNCHEZ, R.: *La ejecución del contrato de obra pública*, Madrid, 1983, págs. 165 y ss.; SUAY RINCÓN, J.: «La ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación», en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª edición, Madrid, 2004, pág. 415.

#### 4. LA PERMISIVIDAD DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Cierto es que el candidato a contratar con un Ente administrativo debe poseer más requisitos de capacidad que los exigidos al particular que quiere convenir un contrato con otro sujeto privado<sup>22</sup>. No menos cierto resulta tampoco que la capacidad de quien quiere optar al *status* de futuro contratista público se encuentra absolutamente determinada, sobre todo, por dos tipos de factores<sup>23</sup>:

1. Uno, de carácter subjetivo, pues tanto la naturaleza de la contraparte contratante que conviene con el empresario la ejecución de una prestación como el fin que la Entidad pública está obligada legalmente a perseguir influyen decisivamente en la regulación de las condiciones de capacidad exigidas a los aspirantes a contratistas de la Administración. Todo Ente público representa el interés general, de modo que la prestación del contratista no se dirige a satisfacer las necesidades o deseos de una organización burocrática o administrativa, sino, ante todo, los de la propia sociedad civil en un ámbito concreto, sociedad que ha delegado previamente en la Entidad pública contratante la responsabilidad de realizar ciertas actividades beneficiosas e indispensables para toda la comunidad, incluidos los posibles contratistas. Por ello, la debida protección del interés público exige, obligatoriamente, limitar el acceso al mercado de la contratación, no pudiendo toda persona, física o jurídica, aspirar a la adjudicación de un contrato público, en concreto aquellos sujetos sin la aptitud legal requerida o los que estén incurso en alguna de las diversas circunstancias que, de acuerdo con la normativa vigente, impiden el ejercicio de la facultad inherente a ser contratista público.
2. Otro, de carácter objetivo, no en vano el específico objeto del contrato ofertado por la Administración también repercute —obviamente— en el régimen jurídico de la capacidad de los contratantes. Los contratos administrativos, esto es, aquellos que, generalmente están vinculados al giro o tráfico específico de la Administración o satisfacen, directa e inmediatamente, una finalidad pública de la específica competencia de aquella, requieren unas especiales condiciones en la aptitud del contratista a efectos de evitar, en la medida de lo posible, el riesgo de una ejecución defectuosa o tardía del contrato adjudicado en su momento o, en su caso, una paralización, por las causas que sean, de la prestación pactada.

Bajo tales premisas, las reglas que establecen los presupuestos para la selección por las Administraciones públicas de los futuros concesionarios no persiguen únicamente encontrar a personas solventes, que dispongan de los medios económicos y técnicos adecuados para realizar de forma correcta las prestaciones contenidas en los contratos. Junto al indispensable requisito de la solvencia, las Administraciones han de cuidar también que la elección del adjudicatario de la concesión se materialice dentro del marco de los principios constitucionales que rigen la actuación administrativa, no en vano la contratación con una Administración puede entenderse como la participación indirecta en el ejercicio de funciones públicas. En consecuencia, como ejercicio de tales funciones, la selección

<sup>22</sup> Sobre los requisitos de capacidad y las prohibiciones para contratar, MANTECA VALDELANDE, V.: «El derecho a ser contratista», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 40, 2005, págs. 33 y ss.

<sup>23</sup> GONSÁLBIZ PEQUEÑO, H.: *El contratista de la Administración Pública*, Madrid, 2000, págs. 155-156.

del contratista ha de satisfacer, por un lado, el parámetro de la objetividad e imparcialidad y, por otro, el «sometimiento pleno a la ley y al derecho»<sup>24</sup>.

Estos postulados se han proyectado de forma tradicional en la normativa de contratos mediante la especificación de una serie de limitaciones para poder contratar con los poderes públicos (arts. 15-19 RDLeg. 2/2002, de 16 de junio, por el que se aprueba la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, LCAP). Así, por una parte, la necesidad de velar por la objetividad y la imparcialidad origina la prevención de impedir que los concesionarios más cercanos a los funcionarios y a los altos cargos de la Administración se puedan beneficiar con las adjudicaciones de contratos. Por otra, la exigencia de que los titulares de concesiones administrativas estén sujetos a la Ley y al Derecho frena la posibilidad de que la Administración pueda contratar con personas que infringen o incumplen el ordenamiento jurídico, que no gozan de una apariencia de honorabilidad o moralidad pública (art. 20 LCAP)<sup>25</sup>. En definitiva, como con acierto se ha dicho, «la limitación de la libertad contractual de la Administración, incrementando los elementos reglados, no ha respondido tanto a evitar los abusos de su posición dominante frente al contratante privado débil, sino a eliminar prácticas contractuales corruptas derivadas de la colisión entre los administradores públicos y los contratantes privados, protegiendo a la Administración contra sus propias debilidades para el mejor servicio del cumplimiento de los fines administrativos y el buen uso de los dineros públicos frente a las trapacerías y malas prácticas de los contratistas»<sup>26</sup>.

Aun cuando la conciencia de la necesidad e importancia que tiene respetar estas limitaciones se pone de manifiesto al comprobar que su incumplimiento está sancionado con la nulidad radical, de pleno derecho, del contrato administrativo [art. 62 b) LCAP], lo cierto es que la apreciación de que un concesionario está incurso en alguna de las circunstancias establecidas en la LCAP como prohibiciones para contratar no resulta fácil en la práctica, pues normalmente el órgano de contratación dispone únicamente de la documentación presentada junto a las correspondientes propuestas, en la cual es el propio licitador quien presenta las pruebas y acreditaciones pertinentes (art. 21 LCAP). El mejor cauce para poder apreciar con conocimiento cierto la concurrencia o no de causas de prohibición sería contar con un adecuado y completo registro en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de todas las incidencias que afectan a los concesionarios, relativas a su posible inhabilitación, pero tal posibilidad resulta, sin duda, excesiva. Es muy difícil conseguir que, en paradigmático ejemplo, los jueces y tribunales que intervengan en un procedimiento concursal o admitan la existencia de un incumplimiento de la normativa tributaria, laboral o de seguridad e higiene en el trabajo comuniquen la existencia del mismo a los posibles efectos de inhabilitar al concesionario. Se podría considerar una gran conquista que los distintos órganos de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas notificaran a la Junta Consultiva los incumplimientos laborales, la insatisfacción de determinadas deudas tributarias o las sanciones por distraer fondos de una subvención, pues aun cuando es cierto que la LCAP impone la obligación de las autoridades y órganos competentes de notificar a la Junta Consultiva de Contratación

<sup>24</sup> FUERTES LÓPEZ, M.: *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, Madrid, 1997, pág. 71.

<sup>25</sup> FUERTES LÓPEZ, M.: *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, cit., pág. 72.

<sup>26</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La contratación administrativa y el Derecho del Trabajo», cit., pág. 6.

y a los órganos correspondientes autonómicos las sanciones y resoluciones firmes que se adopten (art. 21.4), no lo es menos pensar que este deber se incumple sistemáticamente <sup>27</sup>.

En este intento, quizá, lo más importante sea otorgar los medios necesarios a la Junta Consultiva para que elabore una completa información de los concesionarios y de los contratos suscritos, pues con ello se evitarían, de un lado, muchos problemas que afectan a la continuidad y eficiencia del servicio público, y, de otro, cuantiosas conculcaciones de los derechos laborales de los trabajadores implicados. Sólo a través de un completo Registro central (no difícil de conformar desde un punto de vista técnico, ante los importantes avances informáticos) podrá garantizarse que cualquier órgano de contratación, que realmente quiera vincularse con personas solventes y profesionales, pueda obtener toda la información necesaria <sup>28</sup>. Esta labor de registro tiene, en consecuencia, indudable interés para evitar frecuentes supuestos de actuaciones fraudulentas, aunque quedará siempre en manos de las Administraciones, de los específicos órganos de contratación, el perfecto cumplimiento y la deseada eficacia de las normas <sup>29</sup>.

Quizá fuera conveniente, también, potenciar el uso de la posibilidad ofrecida en el artículo 15.1 LCAP (tras la modificación incorporada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), en virtud del cual los órganos de contratación pueden requerir al licitador, haciéndolo constar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la aportación de un nivel mínimo de medios materiales y personales para la correcta ejecución del contrato. En contrapartida, el órgano de contratación podrá excluir de la licitación a una empresa que presente un compromiso de adscripción de medios técnicos y humanos incapaz de responder a los requerimientos de la Administración contratante. La materialización de esta exigencia, prácticamente inexistente hasta el momento, resultaría muy adecuada, «ya que la Administración tiene en la solvencia el mejor instrumento para dominar el contrato, porque la misma no es sino sinónimo de idoneidad para su ejecución» <sup>30</sup>, evitándose con ello posibles supuestos de «prestamismo laboral ilegal» <sup>31</sup>.

En atención a lo expuesto y descendiendo al terreno que aquí interesa, procede señalar dos circunstancias de sumo interés por lo que a este estudio importa: de un lado y pese al baldío intento de la LCAP de privar de la condición de licitador a quien carezca de los requisitos necesarios de capacidad y solvencia económica, financiera y técnica <sup>32</sup> o a quien esté inhabilitado para ello <sup>33</sup>, lo cierto

<sup>27</sup> FUERTES LÓPEZ, M.: *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, cit., págs. 106-107.

<sup>28</sup> GONSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: «¿Una reforma de las últimas innovaciones normativas sobre la solvencia y clasificación del contratista de la Administración Pública?», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 253, 2006, págs. 51 y ss.

<sup>29</sup> FUERTES LÓPEZ, M.: *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, cit., pág. 113.

<sup>30</sup> BELTRÁN GÓMEZ, A.I.: «Algunas consideraciones sobre la problemática práctica de la acreditación de la solvencia por los licitadores», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 2, 2002, pág. 5.

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid, 2005, págs. 199 y ss.

<sup>32</sup> MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUDAMILLAS, F.: *Nuevo régimen de contratación administrativa*, 3.ª edición, Madrid, 2003, pág. 655.

<sup>33</sup> GONSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: *El contratista de la Administración Pública*, cit., págs. 301 y ss.

es que la apreciación de las exigencias de honorabilidad, no ya respecto del adjudicatario inicial, sino de los subcontratistas a quien éste encargue la realización parcial del servicio público objeto de concesión administrativa se va a dejar al control único y exclusivo del propio titular de la concesión, movido en la mayoría de los casos por el interés de obtener unos buenos precios en la subcontratación y no por el interés público de que se actúe conforme a la Ley y al Derecho <sup>34</sup>. De otro, los requisitos exigidos para la materialización del mecanismo de la subcontratación de concesiones son muy poco estrictos: a) únicamente no se admite cuando el propio contrato lo disponga expresamente o cuando de su naturaleza y condiciones se deduzca que haya de ser ejecutado directamente por el adjudicatario (art. 115.1 LCAP); b) no se precisa, y por tanto no es obligatoria, la previa autorización expresa del órgano de contratación; únicamente, el adjudicatario debe poner en conocimiento de aquél su voluntad de subcontratar, así como las correspondientes partes del contrato objeto de subcontratación, limitándose la Administración a efectuar un mero control formal de dicha comunicación centrado únicamente en la regularidad del negocio jurídico traslativo [art. 115.2 a) LCAP] <sup>35</sup>.

Tales condicionantes no ayudan a descubrir o incriminar posibles connivencias entre el concesionario inicial y el nuevo subcontratista en orden a eludir eventuales responsabilidades frente al órgano de contratación, perjudicando, al tiempo, los intereses de los trabajadores. Ello es capaz de provocar una lógica consecuencia: no será extraño que se desate el mecanismo garantista previsto en el artículo 42 ET, convirtiéndose en regla general lo que debería ser una excepción, esto es, la responsabilidad de la Administración en materia laboral y de Seguridad Social <sup>36</sup>. Quizá, por ello, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público exija que el concesionario señale en la comunicación escrita que efectúe a la Administración la identidad del subcontratista y la justificación suficiente de la aptitud de éste para ejecutar la parte de la prestación asumida por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia [art. 210.2 b)] <sup>37</sup>. Tal previsión ayudará a eliminar posibles incumplimientos de las obligaciones laborales y con la Seguridad Social de los sujetos intervinientes en la explotación del servicio público, pero no solucionará de raíz el problema.

## 5. LOS DIFUSOS CONTORNOS DE LA NOCIÓN «PROPIA ACTIVIDAD» EN LOS SUPUESTOS DE GESTIÓN INDIRECTA DE SERVICIOS PÚBLICOS

El sistema de garantías instrumentado por el artículo 42 ET, de aplicación a los supuestos de descentralización de vínculos contractuales públicos, queda supeditado, no obstante, al cumplimiento de una exigencia *sine qua non*: que el objeto de la concesión administrativa, posteriormente sub-

<sup>34</sup> FUERTES LÓPEZ, M.: *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, cit., pág. 107.

<sup>35</sup> SUAY RINCÓN, J.: «La ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación», en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª edición, Madrid, 2004, págs. 514 y ss.

<sup>36</sup> SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, 6.ª edición, Madrid, 2004, pág. 215.

<sup>37</sup> URÍA FERNÁNDEZ, F.: «Primeras impresiones en relación con el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público», *La Ley*, núm. 6.435, 2006, pág. 5.

contratado, pertenezca a la «propia actividad» de la Administración comitente<sup>38</sup>, con las dificultades intrínsecas que ello conlleva, pues la frontera entre lo principal y lo accesorio no siempre resulta nítida ni mucho menos generalizable, máxime cuando las Administraciones públicas no realizan una sola o preferente actividad sino una pluralidad de ellas, consecuencia a su vez de la multiplicidad de funciones y ámbitos de actuación asignados a su competencia<sup>39</sup>.

### 5.1. La casuística doctrina de los Tribunales.

La alusión genérica a la «propia actividad» –*vexata quaestio*<sup>40</sup>, expresión ambigua en extremo, de difícil aprehensión y «sobre todo enormemente escurridiza»<sup>41</sup>– dificulta en gran medida la determinación de las situaciones de hecho a partir de las cuales desencadenar todas las consecuencias previstas en el precepto estatutario mencionado, buena muestra de lo cual viene dada por las inseguras e insatisfactorias conclusiones alcanzadas al respecto por la doctrina<sup>42</sup> y la consiguiente necesidad de un recurso permanente a los pronunciamientos judiciales para poder encontrar un poco de luz en la materia<sup>43</sup>. Teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial de la conexión de las obras o servicios contratados con la finalidad productiva y las necesidades normales del comitente, puede considerarse «actividad propia» de las Administraciones públicas toda aquella realizada en el ejercicio de las competencias y atribuciones que la normativa estatal, autonómica y, en su caso, local, les encomiendan expresamente, lo cual desencadenaría la responsabilidad de la Administración en cualquier supuesto. Excluidas las funciones públicas que impliquen ejercicio de autoridad, la contratación administrativa puede tener cualquier objeto siempre que «su necesidad para los fines del servicio

<sup>38</sup> SSTSJ Cataluña 23 septiembre 1998 (AS 6948) o Canarias/Las Palmas 15 diciembre 1998 (AS 7478).

<sup>39</sup> SANTOR SALCEDO, H.: «Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales», cit., pág. 203.

<sup>40</sup> RIVERO LAMAS, J.: «Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral», en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003, pág. 41.

<sup>41</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontratas», *RL*, núm. 2, 1992, pág. 21.

<sup>42</sup> Para un sector de la doctrina, «propia actividad» equivale a total igualdad de las actividades, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, 1990, pág. 31. Para otros es suficiente con la sustituibilidad, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La regulación protectora del trabajo en las contrata», *RPS*, núm. 93, 1972, pág. 37 o MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios*, Madrid, 1980, pág. 6. No falta quien, sin embargo, identifica la expresión legal con el núcleo de la actividad empresarial, CRUZ VILLALÓN, J.: «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontratas», cit., págs. 130-131.

<sup>43</sup> Si bien es preciso recordar la inexistencia «en la doctrina científica y en la jurisprudencia [de] criterios enteramente consolidados sobre el alcance preciso de este concepto», MARTÍN VALVERDE, A.: «La protección jurídica del trabajo en contrata: delimitación de los supuestos de hecho», en AA.VV. (SÁNCHEZ PEGO, F.J., Dir.): *Cesión de trabajadores. Empresas de trabajo temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contrata de obras o servicios. Sucesión de empresas*, Madrid, 1994, pág. 119.

público» se justifique en el expediente administrativo, de modo que cualquier contrato de la Administración cumpliría el requisito señalado.

No parece, sin embargo, procedente entender que todo contrato administrativo, por el hecho de justificarse su necesidad para los fines de servicio público, se entienda incluido en el concepto «propia actividad» a efectos de imputación de responsabilidades laborales a la Administración, pues dicha noción no puede identificarse con cualquier actividad contratada, aunque el expediente de contratación así lo declare por imperativo legal<sup>44</sup>. Es necesario imponer, por tanto, una modulación del concepto acorde con la limitación objetiva que incorpora la norma social. La realización en régimen descentralizado de obras y servicios competencia de las Administraciones públicas debe perseguir la satisfacción del interés general, pero no todas las obras ni todos los servicios contratados se dirigen directa e inmediatamente a la satisfacción de ese interés público. Al igual que en el ámbito privado, existen servicios complementarios necesarios para el ejercicio de la función pública descentralizada, pero no «inherentes» a la misma, y obras contratadas cuya ejecución no constituye propiamente función o cometido específico de la Administración.

El criterio de la conexión con la finalidad pública de la actividad objeto de concesión debe ser completado, por ello, con otros, como el de la «sustitución» o el de la «proyección pública» del servicio contratado. A tenor del primero, cabría sostener que el objeto del contrato administrativo se corresponde con la «propia actividad» de la Administración comitente cuando, de no haberse concertado su prestación indirecta, la propia Administración tendría que gestionarlo necesariamente por sí misma con su propio personal. De acuerdo con el segundo, el indicio de exteriorización productiva *ex* artículo 42 ET vendría dado por la existencia de servicio público con efectiva proyección o incidencia *ad extra*<sup>45</sup>. A la postre, el calificativo «inherente» a la Administración de un servicio contratado dependería del destinatario del mismo: de ser el ciudadano el usuario del servicio, la Administración habría descentralizado su «propia actividad» en ejercicio regular de su función pública; de ser la propia Administración la destinataria, el servicio sería necesario para su funcionamiento pero accesorio o puramente instrumental para la satisfacción del interés general<sup>46</sup>.

Este último es el parámetro que parece haber adoptado casuísticamente la doctrina de los Tribunales<sup>47</sup>. La mayor parte de las resoluciones judiciales vienen a considerar cómo aquellas

<sup>44</sup> SANTOR SALCEDO, H.: «Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales», cit., pág. 204.

<sup>45</sup> CRUZ VILLALÓN, J. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: «Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos», *Revista de Derecho Social*, núm. 3, 1998, págs. 24 y ss.

<sup>46</sup> SANTOR SALCEDO, H.: «Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales», cit., pág. 204.

<sup>47</sup> CRUZ VILLALÓN, J. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: «Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos», cit., págs. 24 y ss.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y GOÑI SEIN, J.L.: «Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contrata», en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, 2000, págs. 153 y ss. o MARTÍN JIMÉNEZ, R.: «Descentralización funcional en las Administraciones Públicas y propia actividad», *RL*, núm. 4, 1999, págs. 705-710.

actividades que respondiesen a las previsiones fijadas en la normativa específica que reparte y atribuye las funciones y competencias de las diferentes Entidades administrativas formarían parte del concepto «propia actividad» y, en consecuencia, caso de proceder a su contrata, sería de aplicación el mecanismo de la responsabilidad solidaria entre Administración comitente y contratista <sup>48</sup>. El criterio más utilizado (inseguro a todas luces) viene siendo, por tanto, el de la pertenencia material al «ciclo productivo» pero con una versión marcadamente finalista, pues, como resulta impropio hablar de «ciclo productivo» en una Administración pública, se ha optado por considerar que efectivamente existe propia actividad cuando la obra o servicio contratado esté dirigido a la consecución de fines propios de la competencia de la Administración contratante; es decir, para los Tribunales, aquella obra o servicio contratado que pertenezca a la amplia esfera de competencias atribuidas por la Ley a un Ente público, constituirá parte de su propia actividad <sup>49</sup>.

Por poner algunos ejemplos capaces de manifestar que aún no están claramente definidos los perfiles de un criterio interpretativo objetivo que tenga vocación de validez generalizada para la interpretación del requisito de la «propia actividad» de una Administración pública, cabe destacar cómo con tal fundamento se ha declarado que forma parte de este concepto «el servicio de retirada de vehículos mal aparcados» <sup>50</sup>, «la ayuda a domicilio» <sup>51</sup>, «la conservación y mantenimiento de parques naturales» <sup>52</sup>, «la gestión de unas entidades deportivas» <sup>53</sup>, «la limpieza y mantenimiento de los jardines públicos» <sup>54</sup>, «ciertas tareas de vigilancia» <sup>55</sup>, «el mantenimiento de una estación depuradora de aguas» <sup>56</sup>, «la explotación de un teatro perteneciente a un ente autonómico» <sup>57</sup>, «la gestión del servicio de cuidado de minusválidos psíquicos profundos» <sup>58</sup>, «la adjudicación administrativa de comedores escolares» <sup>59</sup>, «la toma de datos para la informatización de un servicio» <sup>60</sup> o «una actividad de restauración medioambiental» <sup>61</sup>. Por el contrario, se ha marginado del ámbito aplicativo del artículo 42 ET

<sup>48</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «El concepto de "propia actividad" empresarial», en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, 2000, pág. 168.

<sup>49</sup> MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia, 2004, pág. 132.

<sup>50</sup> STSJ Andalucía/Málaga 24 diciembre 1999 (AS 4356).

<sup>51</sup> SSTS 15 julio, 27 septiembre, 18 noviembre y 14, 23 y 31 diciembre 1996 (TOL 236633, 235747, 236634, 235882, 236222 y 236640) o 3 y 18 marzo 1997 (TOL 238147 y 237728).

<sup>52</sup> SSTSJ Canarias 24 abril 2003 (JUR 128636) y Aragón 12 junio 2003 (JUR 183838).

<sup>53</sup> STSJ Murcia 18 diciembre 2000 (AS 4167).

<sup>54</sup> SSTSJ Andalucía/Málaga 9 febrero y 9 marzo 1998 (AS 1242 y 1805).

<sup>55</sup> STS 18 enero 1995 (RJ 514).

<sup>56</sup> STSJ País Vasco 17 febrero 1998 (AS 759).

<sup>57</sup> STSJ Madrid 27 enero 1999 (AS 96).

<sup>58</sup> STSJ Canarias 12 enero 1998 (RJ 6216).

<sup>59</sup> STS 27 julio 1998 (RJ 6216).

<sup>60</sup> STSJ Cataluña 25 enero 2002 (AS 1079).

<sup>61</sup> STS 14 junio 2005 (TOL 675689).

«la contrata suscrita por una Consejería para efectuar una mudanza»<sup>62</sup>, «las obras de construcción y remodelación de un edificio contratadas por una Comunidad Autónoma»<sup>63</sup>, «la prestación de servicios de seguridad o vigilancia en edificios públicos»<sup>64</sup>, «la limpieza de los entes docentes públicos de una ciudad»<sup>65</sup> o «el encargo procedente del Servicio Público de Empleo para impartir un curso de formación»<sup>66</sup>.

## 5.2. Las ventajas de la supresión del condicionante legal.

La remisión al casuismo y la constante adaptación del precepto, a través de su interpretación, al entorno social en que ha de aplicarse conjuga mal con la seguridad jurídica, valor que, ciertamente, resulta primordial en una disposición normativa como el artículo 42 ET, donde se disciplinan importantes responsabilidades patrimoniales y donde interactúan distintos intereses (de los trabajadores, de la Administración, del concesionario, de los empresarios participantes...) <sup>67</sup>. El problema principal que se plantea es la distinción de las actividades necesarias respecto de las accesorias y, dentro de estas últimas, identificar cuáles resultan esenciales para la consecución del fin perseguido por la Administración y cuáles no. Se trata de un interrogante cuya respuesta sólo puede darse –como se ha visto– de forma casuística, con las limitaciones y los inconvenientes que de dicho método derivan <sup>68</sup>: la falta de seguridad o certeza <sup>69</sup>. Siempre será difícil, por no decir imposible, fijar unas fronteras claras de lo que por propia actividad hay que entender, pues no existe un concepto *in rerum natura* que permita fijar con validez universal las distintas fases y operaciones que integran el mismo, resultando imposible determinar con seguridad si una concreta actividad forma parte o se integra en un ciclo productivo cuyos límites se desconocen <sup>70</sup>.

Esta indeterminación deja la puerta abierta para que proliferen distintas concepciones e interpretaciones sobre el elemento en cuestión que, a su vez, provocan una aplicación no uniforme de la norma, con los consiguientes peligros de crear desigualdades de tratamiento injustificadas. Al final, en función de cuál sea la perspectiva interpretativa que se adopte, se podría llegar incluso tanto a una

<sup>62</sup> STSJ Madrid 12 julio 1997 (AS 2632).

<sup>63</sup> STSJ Cataluña 23 septiembre 1998 (AS 6948).

<sup>64</sup> SSTS 18 enero 1995 (RJ 514) y 15 julio 1996 (RJ 5990).

<sup>65</sup> STSJ Cataluña 1 febrero y 1 abril 1997 (AS 712 y 1994).

<sup>66</sup> STS 29 octubre 1998 (AS 9049).

<sup>67</sup> MONTOYA MEDIDA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, cit., pág. 138.

<sup>68</sup> GARCÍA MURCIA, J.: «El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores», *RPS*, núm. 130, 1981, pág. 29.

<sup>69</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Propia actividad y contrata», *RL*, núm. 6, 1996, pág. 42 o MARTÍNEZ GARRIDO, L.R.: *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas: problemas y soluciones*, Madrid, 1998, pág. 43.

<sup>70</sup> NORES TORRES, L.E.: *El trabajo en contratas. La noción de «contrata de propia actividad»*, Valencia, 2004, pág. 115.

total imputación –todo forma parte de la propia actividad de una Administración– como a una exoneración absoluta –nada se integra en la misma–<sup>71</sup>. Una interpretación excesivamente apegada a la letra de la Ley, marcadamente restrictiva del concepto de propia actividad de la Administración pública, contribuye sin duda al vaciamiento de este último concepto por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque en los casos en que la función que ha de cumplir la Administración aparece en la Ley de modo claro e incontrovertido, sin que haya lugar a interpretaciones, la exclusión de todas las demás funciones puede dar lugar a una ilícita reducción de los ámbitos en los que debe desplegarse la actuación administrativa; en segundo término, porque una interpretación literal de un concepto jurídico indeterminado conduce al absurdo resultado de eliminar todos los posibles contenidos que pueden integrar aquel enunciado<sup>72</sup>. Por contra, una interpretación excesivamente amplia del término propia actividad haría que en el mismo pudiera incorporarse cualquier cometido encargado por una Administración pública a un tercero. Lógicamente, ninguno de estos dos resultados extremos resulta admisible<sup>73</sup>.

Es evidente que el concepto de propia actividad no puede estrecharse de un modo tal que conduzca a un sistema unívoco en el que a una Administración pública corresponda exclusivamente un tipo de cometido específico, pero también está claro que no puede ampliarse de forma excesiva. El proceso de producción que sirvió de modelo al legislador laboral se caracterizaba por una fuerte centralización, donde la externalización de actividades se producía en unos ámbitos y respecto a unos cometidos muy concretos y donde las empresas y también la Administración prácticamente asumía en su integridad la prestación directa de los servicios. Probablemente, en ese escenario todavía resultaba posible identificar una estructura empresarial típica y recomponer lo que pertenecía a la misma y lo que permanecía al margen, o, al menos, existía una especie de conciencia social sobre qué actividades formaban parte del ciclo de la actividad de la Administración y debían ser protegidas<sup>74</sup>. Nada que ver con un panorama como el actual, en el que las experiencias de colaboración interempresarial, en parte gracias a la ayuda de las innovaciones y avances tecnológicos, se han multiplicado y diversificado, convirtiéndose en un fenómeno habitual que afecta a operaciones muy distintas y se generaliza también en el marco de las Administraciones públicas que acuden a las técnicas de gestión indirecta con mucha frecuencia. Desde el momento en que dichas técnicas se normalizan, se produce un marcado alejamiento con el modelo que sirvió de referente en el momento de elaborar la norma estatutaria, surgiendo –lógicamente– importantes dudas sobre lo «tutelado» por la misma<sup>75</sup>.

La causa de toda esta problemática reside en el propio elemento elegido para trazar la frontera de lo especialmente protegido: el condicionante legal contiene en sí mismo el germen de la inoperati-

<sup>71</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas», cit., págs. 129-130.

<sup>72</sup> MARTÍN JIMÉNEZ, R.: «Descentralización funcional en las Administraciones Públicas y "propia actividad"», cit., pág. 710.

<sup>73</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «Outsourcing, contratas y subcontratas», en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2000, pág. 306.

<sup>74</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «Outsourcing, contratas y subcontratas», cit., pág. 305.

<sup>75</sup> NORES TORRES, L.E.: *El trabajo en contratas. La noción de «contrata de propia actividad»*, cit., pág. 116.

vidad aplicativa <sup>76</sup>. Por tal razón, es necesario superar los criterios y tendencias interpretativas hasta ahora empleados y replantearse las fronteras del espacio protegido. En dicha labor, probablemente sea conveniente volver sobre el punto de partida, esto es, la finalidad perseguida por el legislador al dictar el régimen jurídico incorporado al artículo 42 ET, que no es otra distinta que la necesidad de conjurar los riesgos que, en términos de insolvencia y/o existencia de condiciones laborales inferiores, acechan a los trabajadores de una empresa a la que se le ha encomendado la ejecución de ciertas obras o servicios por otra <sup>77</sup>, en este caso, previa delegación de cometidos públicos por parte de la Administración.

De este modo, siempre que los dependientes de la contratista se encontrasen especialmente expuestos al peligro de sufrir las consecuencias de una eventual insolvencia en su empresa deberían contar con la protección que supone el establecimiento de una responsabilidad solidaria sobre la comitente, de modo que sólo cuando dicho riesgo estuviera presente resultaría justificada la imposición de este específico mecanismo de tutela. En el fondo, la idea subyacente es que la responsabilidad solidaria se impone en atención a la mayor debilidad que presenta la empresa contratista y en la medida en que efectivamente manifieste dicha debilidad. La aplicación de la «tutela fuerte» debería producirse, pues, en aquellos casos en que la contrata para la realización de la obra o servicio en cuestión se efectúa con una empresa que presenta cierta «debilidad» en comparación con la empresa principal, pudiendo identificar las contrataciones objeto de especial protección con aquéllas que se confieren por la comitente a un sujeto que opera en el área de poder económico de la primera o, si se prefiere, se encuentra en una posición de subordinación respecto de la misma <sup>78</sup>.

Aplicando esta construcción a los supuestos en los que una Administración encarga la gestión indirecta de un servicio público a un concesionario que subcontrata, a su vez, parte del cometido con otras empresas, cabe llegar a la conclusión de que la determinación sobre la concurrencia o no del requisito determinante de la aplicación de la «tutela fuerte» prevista en el artículo 42 ET operaría en todo caso dada la posición de preeminencia que ocupa la Administración en la cadena de contrataciones. Quizá sea más adecuado, en consecuencia, prescindir de limitaciones históricas y extender la protección en todo caso, modificando el tenor literal del mentado precepto estatutario con el fin de suprimir en la norma el condicionante legal <sup>79</sup>. Si de lo que se trata es de saber cuándo la Administración comitente ha de responder por obligaciones laborales y de Seguridad Social contraídas por los concesionarios o por aquellos con los que éstos hubieran concertado una contrata, toda referencia a conceptos jurídicos indeterminados como el de propia actividad no sólo menoscaba la seguridad jurídica de los sujetos implicados en la explotación de la concesión, sino también el propio carácter tuitivo que identifica a las normas laborales.

La desaparición de tal requisito, lejos de redundar en una desincentivación del recurso al mecanismo de la concesión administrativa, repercutiría positivamente en el saneamiento del mercado de

<sup>76</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «Outsourcing, contrataciones y subcontratas», cit., pág. 116.

<sup>77</sup> NORES TORRES, L.E.: *El trabajo en contrataciones. La noción de «contrata de propia actividad»*, cit., pág. 118.

<sup>78</sup> ICHINO, P.: «Il Diritto del Lavoro e i confini dell'impresa», *GDLRI*, núms. 82-83, 1999, pág. 258.

<sup>79</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo», *RL*, 2001, T. II, pág. 82.

contratas públicas, ya que, no sólo la Administración comitente sería cautelosa (que efectivamente lo es, pues es el concesionario el que tiene que acreditar la operativa capacidad y solvencia) en la selección del licitador al que encarga la explotación de la concesión, sino que también el adjudicatario inicial extremaría las cautelas en la selección de las ofertas que presentasen las empresas contratistas interesadas en vincularse con él. Lo importante es, pues, precisar con claridad qué actividades y servicios deben gestionarse directamente por la Administración y cuáles ser objeto de exteriorización, concretando en qué circunstancias y con qué criterios puede acudir la Administración a agentes externos para la realización de los servicios con el fin último de aplicar a estos supuestos el mecanismo de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 42 ET <sup>80</sup>.

## 6. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES APLICABLE A LA ADMINISTRACIÓN

Admitido que en el marco de la subcontratación de concesiones administrativas, debido a la sustancial identidad con las contratas privadas y a la concurrencia de la noción «propia actividad», resultan de aplicación las previsiones del artículo 42 ET y la extensión de la responsabilidad *in solidum* allí prevista a la Administración, procede dar un paso más con el fin de señalar que tal hipótesis de partida tropieza con muchas dificultades que no se plantean en el ámbito privado, en cuanto que en el sujeto responsable concurren la posición de empresario principal en la cadena de subcontratas y la condición de entidad que participa, en mayor o menor grado, de potestades públicas, lo cual dificulta la normal aplicación de la norma laboral.

En principio, tal y como exige el artículo 115 LCAP, la responsabilidad de la Administración sólo debería tener lugar cuando ésta hubiera tenido constancia escrita de los subcontratos celebrados; de no ser así, «la exigencia de responsabilidad quedaría circunscrita a la estricta relación Administración-concesionario, por cuanto el artículo 1.267 CC sienta el principio de relatividad de los contratos y su eficacia *inter partes* con el consiguiente efecto de no poder obligar a cumplir una prestación contractual a quien no fue parte en la correspondiente relación jurídica»; es más, el artículo 97.1 y 2 LCAP no puede ser más claro en su tenor literal cuando establece (como regla general) que exclusivamente el concesionario va a quedar obligado a «indemnizar los daños que se ocasionen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato» a no ser (única excepción) «que tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración» <sup>81</sup>. Tales previsiones administrativas chocan frontalmente con la filosofía que inspira al ordenamiento social, pues lo que el artículo 42 ET quiere evitar es precisamente que quien se halla mejor situado en la cadena de contratación (Administración-empresario principal), que es quien controla realmente su ejecución y quien, en definitiva, asume en mayor medida los beneficios económicos de la actividad que realizan otros en todo o en parte, quede inmune ante los posibles incumplimientos de estos últimos en materia salarial y de Seguridad Social en perjuicio de los trabajadores afectados. Tal contradicción de regímenes obliga a analizar

<sup>80</sup> LLANO SÁNCHEZ, M.: «Empresas de servicios, prestamismo laboral y precariedad en el empleo», *RL*, núm. 2, 2006, pág. 38.

<sup>81</sup> STS, Cont.-Admtivo., 2 julio 1997 (TOL 194894).

en detalle si del incumplimiento de las obligaciones laborales o con la Seguridad Social contraídas por el concesionario o los subcontratistas habrá de responder también la Administración comitente y en qué casos y bajo qué condiciones.

## 6.1. Responsabilidades por deudas salariales.

Respecto de este tipo de responsabilidades no cabe duda de que la respuesta debe ser afirmativa, no en vano el artículo 42.2 ET se detiene en establecer expresamente la responsabilidad solidaria –auténtica «fianza *sui generis*»<sup>82</sup>– del empresario principal respecto a las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores, lo cual debe ser de lógica aplicación a la Administración pública (empresario principal en la cadena de contrata). La seguridad de tal postulado se torna, no obstante, rápidamente en penumbra, pues la determinación del ámbito material, personal y temporal de dicha responsabilidad salarial ha dado lugar a una laboriosa tarea hermenéutica.

### 6.1.1. Marco objetivo.

Es dudoso, en primer lugar, si el precepto se refiere a la retribución efectivamente percibida por los trabajadores<sup>83</sup> o, por el contrario, a la prevista en el convenio colectivo de aplicación en la empresa principal<sup>84</sup>. En segundo término –y no menos importante–, no dejan de surgir dudas sobre cuál sea el concreto alcance de una previsión legal interpretada cada vez más en sentido estricto<sup>85</sup>, con la finalidad de dejar definitivamente fuera cualesquiera prestaciones extrasalariales<sup>86</sup>.

Quedarían, pues, incluidos, no sin vacilaciones, en la esfera de la responsabilidad de la Administración: el salario en dinero o en especie, ya retribuya el trabajo efectivo o los períodos de descanso computables como de trabajo (descansos semanales, vacaciones, descansos en jornadas continuadas, permisos retribuidos y fiestas)<sup>87</sup>; el salario base y los complementos salariales incluidas

<sup>82</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La regulación protectora del trabajo en contrata», *RPS*, núm. 93, 1972, pág. 56.

<sup>83</sup> STCT 25 marzo 1985 (Ar. 2086).

<sup>84</sup> SSTSJ Madrid 7 julio y 29 noviembre 1989 (Ar. 793 y 2258) o Navarra 28 diciembre 1994 (Ar. 4677).

<sup>85</sup> Reiterando, como hicieran otras anteriores, la necesidad de interpretar la responsabilidad salarial en sentido restrictivo, entre muchas, SSTS 19 enero y 20 mayo 1998 (Ar. 998 y 4738).

<sup>86</sup> SSTS 19 enero y 20 mayo 1998 (Ar. 998 y 4738). Así, la expresión obligaciones salariales comprende los conceptos incluidos en el hoy derogado artículo 5 del Decreto 2380/1973 [STSJ Castilla-La Mancha 27 enero 1994 (Ar. 342)]; el plus de trabajo fuera de España [STSJ Madrid 10 junio 1991 (Ar. 4051)] o los atrasos derivados de la aplicación retroactiva de un convenio colectivo [STCT 10 noviembre 1988 (Ar. 7065)].

<sup>87</sup> STS 9 julio 2002 (TOL 222766), 3 mayo y 23 diciembre 2004 (TOL 463070 y 565044) y SSTSJ Madrid 2 abril 1991 (Rec. 7075/1998), 20 marzo 1997 (Rec. 2944/1996) y 14 enero 1998 (Rec. 3091/1997).

las horas extraordinarias; el salario del convenio y las mejoras o condiciones más beneficiosas de origen contractual, expresas o tácitas; así como los intereses legales por mora<sup>88</sup>. Por contra, quedarían excluidas de la esfera de responsabilidad: las indemnizaciones por gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral (suplidos<sup>89</sup>, dietas o pluses de transporte)<sup>90</sup>; las indemnizaciones correspondientes a despidos<sup>91</sup>, traslados, suspensiones o a fin de obra o contrato<sup>92</sup>; otras indemnizaciones sin consideración de salario previstas por convenio colectivo (como, por ejemplo, indemnización por muerte)<sup>93</sup>; o, en fin, las multas que sancionen una infracción.

Esta progresiva restricción encuentra ejemplo paradigmático en materia de salarios de tramitación, pues, frente a la interpretación tradicional (favorable, de un lado, a su inclusión en caso de despido declarado improcedente, pero limitados al tiempo de vigencia de la contrata<sup>94</sup> –incluso durante la tramitación del recurso, si cabe tal devengo<sup>95</sup>–; de otro, a su exclusión si el despido coincide con el fin de la contrata<sup>96</sup>), la jurisprudencia más actual ha optado por no admitir la responsabilidad solidaria, en decisión cimentada sobre la afirmación del carácter indemnizatorio de tales «salarios»<sup>97</sup>. A este respecto, cabe recordar, no obstante, cómo la reforma aprobada por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, configura la naturaleza de los salarios de tramitación más cerca de la percepción salarial que de la indemnización [arts. 33.1 y 56.1 b) y 2 ET], razón por la cual existiría base suficiente para que pudiera cambiar la doctrina jurisprudencial reseñada por dos razones fundamentales: de un lado, el hecho de que el nuevo artículo 56.2 ET señale que «el con-

<sup>88</sup> STCT 1 junio 1985 (Ar. 3669).

<sup>89</sup> STSJ Castilla-La Mancha 8 febrero 2001 (AS 1428).

<sup>90</sup> SSTCT 19 julio 1988 y 28 febrero 1989 (Ar. 4943 y 1501); SSTSJ País Vasco 16 julio 1991 (Ar. 4439), Andalucía/Málaga 28 noviembre 1991 (Ar. 6384), Cataluña 3 mayo 1994 (Ar. 2029), Navarra 28 diciembre 1994 y 28 abril 1995 (Ar. 4677 y 1355).

<sup>91</sup> SSTS 7 julio 1994 (Ar. 6351), 19 enero y 20 mayo 1998 (Ar. 998 y 4738) o 10 julio 2000 (Rec. 4486/1998); SSTCT 19 octubre 1982 (Ar. 5512), 12 septiembre 1984 (Ar. 6862) y 9 diciembre 1986 (Ar. 13280); SSTSJ Cantabria 16 marzo 1995 (Ar. 1059), Cataluña 1 enero 1995 (Ar. 4882), Andalucía/Málaga 22 diciembre 1995 (Ar. 4664) o Comunidad Valenciana 7 septiembre 2001 (AS 591).

<sup>92</sup> SSTS 19 enero 1997 (Rec. 2030/1997) y 20 mayo 1998 (Rec. 3202/1997). Respecto al kilometraje e indemnización de fin de contrato existen posiciones encontradas. Afirmando su exclusión, por todas, SSTCT 19 julio 1988 y 28 febrero 1989 (Ar. 4943 y 1501); SSTSJ País Vasco 16 julio 1991 (Ar. 4439), Andalucía/Málaga 28 noviembre 1991 (Ar. 6384), Cataluña 3 mayo 1994 (Ar. 2029) y Navarra 28 diciembre 1994 y 28 abril 1995 (Ar. 4677 y 1355). *Contra*, efectuando una interpretación especialmente amplia a estos efectos del salario, STSJ Navarra 22 marzo 1994 (Ar. 891).

<sup>93</sup> STS 15 diciembre 1986 (Ar. 7685).

<sup>94</sup> SSTS 9 abril 1984 (Ar. 2057), 28 junio, 24 julio y 27 octubre 1986 (Ar. 3753, 6892 y 5906), 22 enero 1988 (Ar. 37), 7 julio 1994 (Ar. 6351) y SSTSJ Cataluña 20 junio 1994 (Ar. 2585), 19 enero y 1 diciembre 1995 (Ar. 275 y 4882), Cantabria 16 marzo 1995 (Ar.1059), Canarias/Las Palmas 22 junio 1995 (Ar. 2610), Galicia 5 octubre 1995 (Ar. 3776), País Vasco 10 octubre 1995 (Ar. 3714), Madrid 11 octubre 1995 (Ar. 3899) o Andalucía/Málaga 22 diciembre 1995 (Ar. 4664).

<sup>95</sup> STSJ Cataluña 30 diciembre 1995 (Ar. 4952).

<sup>96</sup> STSJ Canarias/Las Palmas 22 junio 1995 (Ar. 2610).

<sup>97</sup> SSTS 14 julio 1998 (Ar. 8544), 28 abril y 9 diciembre 1999 (Rec. 2846/1998 y 1116/1999), 10 julio, 2 octubre y 26 diciembre 2000 (Rec. 4486/1998 y 4595/1999) y 23 enero 2001 (Rec. 1706/2000).

trato se entenderá extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconociera la improcedencia del mismo y ofreciese indemnización», permite pensar *a sensu contrario* que en los demás casos no se podría considerar extinguido el contrato de trabajo en la fecha del despido y, con ello, que los salarios de tramitación podrían remunerar un período en el que la relación laboral estaba viva. De otro, la nueva redacción del artículo 33.1 ET, relativo al Fondo de Garantía Salarial, ya no califica a los salarios de tramitación de «indemnización complementaria», como los calificaba el artículo 33.1 anterior a la reforma<sup>98</sup>, motivo por el cual cabe defender, ahora ya sin vacilaciones, la responsabilidad solidaria de la Administración por las deudas en concepto de salarios de tramitación contraídas por el contratista o subcontratista con sus empleados<sup>99</sup>.

### 6.1.2. *Ámbito subjetivo.*

El artículo 42.2 ET se limita a establecer que «el empresario principal... responderá solidariamente de las obligaciones contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores», lo cual plantea dos problemas interpretativos importantes<sup>100</sup>: En primer lugar, el de si la responsabilidad, además de al empresario principal (la Administración –primera de la cadena–) se refiere también al empresario contratista (segundo de la cadena) y a los empresarios subcontratistas de la cadena descentralizadora, respecto de los siguientes eslabones. En segundo término, el de si, en el caso de producirse un encadenamiento en la explotación de la concesión, existe paralelamente un encadenamiento de responsabilidades.

En relación con la primera cuestión, la jurisprudencia coincide en afirmar que la responsabilidad solidaria se refiere tanto al empresario principal en sentido propio (la Administración) como a los empresarios contratista y subcontratistas, haciendo una interpretación teleológica del precepto legal<sup>101</sup>. Se argumenta, en este sentido, que la Ley trata de proteger los intereses de los trabajadores inmersos en estas operaciones descentralizadoras de los servicios públicos con independencia del lugar que ocupe el empresario en la cadena de contratación<sup>102</sup>. Esta postura

<sup>98</sup> SALA FRANCO, T.: «Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos», *AL*, núm. 9, 2005, págs. 1.023-1.024.

<sup>99</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Naturaleza jurídica y garantía de pago de los salarios de tramitación: ¿punto y final al debate sobre dos viejas cuestiones?», *AS*, núm. 20, 2003, pág. 17.

<sup>100</sup> SALA FRANCO, T.: «Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos», cit., págs. 1.020 y ss.

<sup>101</sup> SSTS 2 enero 1981 (Ar. 190), 17 mayo 1996 (TOL 235643) o 9 julio 2002 (Ar. 10538). En el mismo sentido, SSTSJ Madrid 3 abril 1991 (Ar. 2950), Andalucía 26 junio 1998 (AS 3556), Murcia 29 octubre 1996 (Ar. 4602), Cataluña 5 marzo 1993 (Ar. 1505) y 30 junio 1997 (AS 2795) y Castilla y León 12 julio 1999 (AS 2471).

<sup>102</sup> «En sentido estricto, la contrata es la forma jurídica del primer encargo de la empresa principal a la auxiliar (denominadas por ello, respectivamente, "contratante" y "contratista"); los sucesivos encargos son propiamente "subcontratas" y las partes que intervienen en ellas son denominadas "subcontratante" y "subcontratista". En cualquier caso, en el argot industrial se suele llamar "subcontratación" a todo encargo de actividad productiva por parte de una empresa a otra auxiliar, sea el primer encargo o cualquiera de los sucesivos», MARTÍN VALVERDE, A.: «Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de

ha sido defendida atendiendo a dos argumentos básicos: el primero, de formulación negativa, consiste en advertir de los riesgos que acarrearía negar dicho encadenamiento, pues bastaría a la Administración imponer una subcontratación a su contratista para así desplazarle su eventual responsabilidad<sup>103</sup>; el segundo, de formulación positiva, encuentra su fundamento en la responsabilidad empresarial disciplinada en el artículo 42 ET, no en vano si la razón de la responsabilidad radica en el provecho del trabajo ajeno que repercute en el Ente público, la responsabilidad ha de alcanzar a todo empresario interviniente en la cadena por cuanto también experimenta ese aprovechamiento<sup>104</sup>.

En lo que se refiere a la segunda cuestión, las posibilidades interpretativas que se abren son, a su vez, dos: de un lado, la «tesis del encadenamiento máximo», según la cual todas las empresas de la cadena de subcontratación responderán de los incumplimientos de las empresas ubicadas en los eslabones inferiores. De otro, la tesis del «encadenamiento mínimo», en virtud de la cual cada empresario (incluida la Administración) respondería solamente de los incumplimientos del empresario siguiente en dicha cadena. La primera tesis quedaría avalada por dos órdenes de argumentaciones: a) en una interpretación teleológica del precepto, conforme a la cual la Ley corresponsabiliza a todos los empresarios anteriores en la cadena de contratación, ya que todos ellos se benefician de la descentralización productiva; b) y en el hecho de que el empresario que contrata o subcontrata a otro siempre puede introducir una cláusula contractual prohibitiva de la subcontratación que le permitiría rescindir la contrata en caso de incumplimiento del contratista o subcontratista. La segunda postura se fundamentaría, por su parte, en los siguientes planteamientos: a) La responsabilidad solidaria no se presume sino que debe establecerse expresamente, pues el artículo 1.137 CC dispone que «sólo habrá lugar a este tipo de responsabilidad cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria». b) El empresario anterior de la cadena solamente puede controlar efectivamente al siguiente y no a los subsiguientes, estableciéndose así un paralelismo entre la responsabilidad y el conocimiento de la subcontratación, de modo que el artículo 42.1 ET sólo permite solicitar certificación negativa de descubierto de la Tesorería General de la Seguridad Social al empresario anterior de la cadena, lo que indicaría que la responsabilidad solidaria sólo se refiere a dos empresas –a la anterior y a la siguiente– y no a todas ellas.

La jurisprudencia ha estado en este punto dividida, de manera que si bien la doctrina clásica resulta coincidente con la «tesis del encadenamiento máximo»<sup>105</sup>, se han producido, no obstante,

---

obras y servicios», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. VIII, Madrid, 1988, pág. 233. En análogo sentido, GARCÍA PAREDES, M.<sup>ª</sup> L.: «Posición del trabajador en la subcontratación de obras y servicios», *AL*, núm. 40, 1994, pág. 617; MARTÍNEZ GARRIDO, L.R.: *Tratamiento laboral de la contratación entre empresas: problemas y soluciones*, Madrid, 1998, págs. 17-18 o GARCÍA MURCIA, J.: «El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores», *RPS*, núm. 130, 1981, págs. 40 y ss.

<sup>103</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Cadena de contratas y responsabilidad del empresario principal», *RL*, T. I, 1996, pág. 50.

<sup>104</sup> OLMO GASCÓN, A.M.: *Los derechos laborales del trabajo en contratas*, Granada, 2002, pág. 123.

<sup>105</sup> SSTS 2 diciembre 1987 (Ar. 9274) y 19 enero y 19 mayo 1998 (TOL 46925 y 46956).

algunas sentencias partidarias de la «tesis del encadenamiento mínimo»<sup>106</sup>. En todo caso, la reforma operada en el artículo 42.2 ET por la Ley 12/2001, de 9 de julio, contribuyó, sin duda, a confirmar la «tesis del encadenamiento máximo» al establecer expresamente que «el empresario principal... responderá solidariamente de las obligaciones... contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores», pues tal y como viene reconociendo la jurisprudencia más reciente: «el artículo 42 ET... constituye un reflejo... del principio de derecho según el cual quien está en condiciones de obtener un beneficio debe estar también dispuesto a responder de los perjuicios que puedan derivarse del mismo, ya que es ésta la intención del legislador aunque éste, a la hora de redactar el precepto, no tuviera realmente en cuenta más que la figura del empresario principal y la de los "subcontratistas", dentro de cuyo último plural es donde deben entenderse incluidos todos los situados en la cadena de contratación»<sup>107</sup>. No obstante, y por si hubiere duda, también cabría apostar por esta interpretación atendiendo a la exclusión efectuada al final del artículo 42.2 ET, según la cual «no habrá responsabilidad por los actos del contratista...» en determinados casos allí enumerados («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 su actividad empresarial»), lo que «implica que en los demás supuestos si hay responsabilidad» respecto a las obligaciones de tal sujeto<sup>108</sup>.

Con la reforma legislativa introducida queda impedida, ya sin ambigüedades, la exoneración de responsabilidades de la Administración respecto de las deudas contraídas por todas las empresas auxiliares sucesivas, alcanzando, incluso, hasta el último eslabón de la cadena de contrata, allí donde los trabajadores suelen estar más necesitados de tutela, quedando obligado el Ente público, por tanto, a velar por la solvencia, no sólo de la primera empresa contratista con la que se relaciona directamente, sino de todas las subcontratistas sucesivas, con las que no media un vínculo inmediato<sup>109</sup>. No hay que olvidar, a la postre, una dificultad adicional en cuanto a la extensión subjetiva de la responsabilidad se refiere: como es lógico, la responsabilidad de la Administración se limita, en todo caso, a las obligaciones salariales y de Seguridad Social referidas a los trabajadores del contratista (o de los subcontratistas) que estén efectivamente destinados a la explotación de la concesión, pero, para que la Administración pueda eventualmente responder de tales obligaciones, es razonable que deba conocer previamente la identidad y el número de dichos empleados. Se trata de una cuestión relacionada con los derechos de información de la Administración sobre la actividad del contratista, pues, de no existir tal información, se podría dar lugar a la comisión de fraudes, no en vano el contratista, en connivencia con algunos de sus trabajadores que no se encontraran efectivamente prestando sus servicios en la explotación de la concesión en cuestión sino en actividad distinta, podría pretender que los mismos accionasen contra el Ente administrativo<sup>110</sup>.

<sup>106</sup> Por todas, STS 18 enero 1995 (TOL 237082).

<sup>107</sup> STS 9 julio 2002 (Rec. 2175/2001).

<sup>108</sup> GARCÍA PAREDES, M.L.: «La subcontratación de obras y servicios», en AA.VV. (SÁNCHEZ PEGO, F.J., Dir.): *Cesión de trabajadores. Empresas de trabajo temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contrata de obras o servicios. Sucesión de empresas*, Madrid, 1994, pág. 29.

<sup>109</sup> LÓPEZ ANIORTE, M.C.: *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Murcia, 2003, pág. 125.

<sup>110</sup> MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contrata y protección de los trabajadores*, Valencia, 2004, pág. 288.

Tal disfunción parece solucionarse atendiendo a lo previsto en el artículo 115.2 a) LCAP, en virtud del cual el órgano de contratación debe ser informado «por escrito del subcontrato a celebrar». El problema se mantiene en parte, no obstante, porque la LCAP refiere la información únicamente a las «partes del contrato a realizar por el subcontratista» (por su parte, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público sólo hace referencia a «la identidad del subcontratista»), pero no al número y a la identidad de los trabajadores, razón por la cual, y a falta de expresa previsión legal, debe ser la Administración la que, para evitar posibles maniobras torticeras del contratista, ha de interesar de éste los datos precisos sobre el número de trabajadores que se vayan a emplear en la explotación de la concesión y sobre su identificación, así como sobre las incidencias que tengan lugar en la plantilla afecta a la misma durante su ejecución. A estos efectos, quizá sea conveniente que en los pliegos de condiciones administrativas se incorpore la obligación del concesionario de informar al Ente público de los trabajadores vinculados a la concesión y de las bajas o incidencias que en la mano de obra se produzcan <sup>111</sup>.

Es más, a esta misma solución se llega atendiendo a lo previsto en el párrafo 3.º del artículo 42 ET, pues el concesionario debe informar a los representantes legales de sus trabajadores, entre otros extremos, del número de empleados que serán ocupados por la empresa contratista o subcontratista en la explotación de la concesión. A pesar de que, con ello, parece que la norma pretende únicamente describir el contenido concreto del control que pueden ejercer los representantes de los trabajadores sobre la política de subcontratación del concesionario *ex* artículo 64.1.1.º ET, dicha previsión se erige en instrumento útil para que el adjudicatario de la concesión conozca quiénes son los trabajadores que van a ser empleados por las empresas auxiliares en su contrata, pues es obvio que si tiene que trasladar esa información a los representantes y a la Administración, deberá conocerla con carácter previo <sup>112</sup>. Por si hubiere duda, dicha obligación debe materializarse, a partir de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 5/2006, en la creación y puesta a disposición de un «libro registro» en favor de los delegados y miembros del comité de empresa <sup>113</sup>.

### 6.1.3. Extensión temporal.

Otra cuestión planteada en la norma –y no adecuadamente resuelta– gira en torno al tiempo durante el cual cabrá mantener la responsabilidad solidaria del Ente público, que encomienda a un tercero la gestión de un servicio de interés general, tercero que procede, a su vez, a subcontratar partes de tal actividad. Al respecto, el artículo 42.2 ET pauta su extensión durante todo el período de vigencia de la contrata o subcontrata, pero alcanzando sólo –claro está– a aquellas obligaciones

<sup>111</sup> MONTROYA MEDINA, D.: *Trabaja en contratas y protección de trabajadores*, cit., pág. 290.

<sup>112</sup> LLANO SÁNCHEZ, M.: «Innovaciones legales en materia de contratación y subcontratación de obras y servicios. Reforma del artículo 42 ET por la Ley 12/2001, de 9 de julio», *AL*, núm. 1, 2002, pág. 11.

<sup>113</sup> ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Subcontratación de obras y servicios», en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Dir.): *Aspectos puntuales de la Reforma Laboral de 2006*, Murcia, 2006, pág. 132.

«nacidas a consecuencia de la cooperación entre las respectivas empresas»<sup>114</sup>, aun cuando al trabajador le quede abierta la posibilidad de requerir responsabilidad al organismo administrativo también durante el año siguiente a su extinción (siempre y cuando no se trate de una acción ya prescrita, habida cuenta el plazo de un año actúa como mero límite máximo subsidiario)<sup>115</sup>.

En cuanto a la extensión del señalado plazo de un año posterior—sea de caducidad sea de prescripción, cuestión polémica en la doctrina—, procede constatar su escasa trascendencia respecto al contenido de las deudas salariales, por cuanto un año es el plazo común de prescripción según el artículo 59.1 ET; presenta, en cambio, una importancia considerable el cómputo de este plazo especial para ejercitar la responsabilidad solidaria contra la Administración pública, pues el *dies a quo* será el siguiente al de la conclusión de la contrata, si bien, rectamente interpretados los términos legales, cabe entender que dicha responsabilidad opera durante toda la vida de la concesión, pudiéndose dirigir el trabajador acreedor a cualquiera de los responsables solidarios desde el momento en que el empresario auxiliar incumpla la obligación de abonar la prestación salarial, prorrogándose un año tras la extinción de la misma. El elemento desencadenante de la responsabilidad es, pues, el de la vigencia de la concesión<sup>116</sup>.

Respecto a este período de vigencia, no surgen mayores problemas interpretativos, entendiendo como fin de su duración el momento de extinción del contrato que sustentaba la relación entre la Administración y el concesionario en los supuestos normales de llegada del término final (art. 110 LCAP)<sup>117</sup>. Ahora bien, hay otras ocasiones en que la cuestión no está tan clara<sup>118</sup>, a saber: a) cuando se produjera el secuestro de la concesión en los casos en que el concesionario no pudiera hacer frente, temporalmente y con grave daño social, a la explotación de la concesión por causas ajenas al mismo, o incurriese en un incumplimiento grave de sus obligaciones; b) cuando tuviera lugar el rescate de la concesión por parte de la Administración pese a la buena gestión de su titular; c) cuando se suprimiera la explotación de la concesión por razones de interés general; d) cuando la gestión del servicio público deviniera imposible como consecuencia de acuerdos adoptados por el Ente público

<sup>114</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Comentario al artículo 42 ET», en AA.VV.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Pamplona, 2005, pág. 229; MARTÍNEZ GARRIDO, L.R.: *Tratamiento laboral de la contratación entre empresas: problemas y soluciones*, Madrid, 1998, pág. 59, quien afirma cómo «el empresario principal ha de responder de los salarios que el subcontratista adeuda a sus trabajadores. Pero sólo de los trabajadores empleados en la contrata y durante el período de su vigencia, de modo que no abarca, ni los devengados antes de su inicio, ni después de su conclusión. Tampoco abarca esta responsabilidad a las obligaciones contraídas por el contratista con trabajadores de su plantilla pero que no prestan servicios en la contrata».

<sup>115</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas», cit., pág. 50.

<sup>116</sup> DEL VAL TENA, A.L.: «La responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas: del supuesto de hecho a la diversidad de regímenes», en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., pág. 105.

<sup>117</sup> STSJ Andalucía/Málaga 28 noviembre 1991 (Ar. 6384). Así, la finalización de la obra cuando consistiera en un contrato de ejecución de obra, STCT 18 enero 1989 (Ar. 625) o SSTSJ Madrid 18 enero 1989 (Ar. 625) y 21 noviembre 1991 (Ar. 6295).

<sup>118</sup> STS 22 marzo 1999 (Rec. 1001/1998).

concedente con posterioridad al contrato; o e) cuando el concesionario abandonase la explotación de la concesión o renunciase unilateralmente a la misma (arts. 111 y ss. LCAP y arts. 109 y ss. RDLeg. 2/2000, de 16 de junio, sobre el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas –RCAP–). En todos estos supuestos, será necesario el acuerdo del órgano de contratación de dar por terminada la concesión y mientras tanto deberá subsistir el sistema de responsabilidad solidaria diseñado por el ordenamiento social. En fin, la misma dificultad se plantea en los casos en los que la concesión se extinguiera anticipadamente por mutuo acuerdo entre la Administración y el concesionario *ex* artículo 111 c) LCAP, pues se mantendrá la garantía de la responsabilidad laboral solidaria hasta que se protocolice el mutuo acuerdo.

## 6.2. Responsabilidades en materia de Seguridad Social.

La extensión de la responsabilidad solidaria a la Administración en materia de Seguridad Social plantea todavía más dificultades, tal y como se tratará de explicar en las páginas siguientes:

### 6.2.1. La improcedencia de la certificación negativa por descubiertos.

Al contrario de lo que acontece en el ámbito privado, las Administraciones públicas tienen prohibido *ex lege* contratar con empresas que incumplen sus obligaciones con la Seguridad Social [art. 20 f) LCAP], de modo que el concesionario queda obligado a acreditar dicha solvencia como condición *sine qua non* para la adjudicación del contrato. De acuerdo con los artículos 14 y 15 RCAP, dicho deber se instrumenta mediante la correspondiente acreditación administrativa de la Tesorería General de la Seguridad Social, que al propio concesionario [y no a la Administración (empresa principal de conformidad con el art. 42 ET)] compete solicitar y presentar ante el órgano de contratación como prueba suficiente de que no está incurso en esta específica prohibición para contratar <sup>119</sup>. La Administración, a diferencia del resto de empresarios, no tiene, pues, el deber legal de comprobar la solvencia del concesionario con la Seguridad Social previa solicitud de certificación negativa por descubiertos, sino que es este último el que debe acreditar «estar al corriente en este tipo de obligaciones para poder concertar un vínculo administrativo» <sup>120</sup> y, también, «estar inscrito en el sistema de la Seguridad Social (y si se trata de un empresario individual estar afiliado y en alta en el régimen que corresponda por razón de la actividad), haber afiliado y dado de alta a sus trabajadores, haber presentado los documentos de cotización correspondientes a las cuotas de Seguridad Social y, si procediese, de los conceptos de recaudación conjunta con las mismas, así como de las asimiladas a aquéllas a efectos recaudatorios correspondientes a los doce meses anteriores a la fecha de solicitud de la certificación» (art. 14 RCAP) <sup>121</sup>. La preocupación del legislador en la

<sup>119</sup> GONSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: *El contratista de la Administración Pública*, Madrid, 2000, págs. 396 y ss.

<sup>120</sup> MORELL OCAÑA, L.: «Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas», en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª edición, Madrid, 2004, págs. 155-156.

<sup>121</sup> FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3.ª edición, Barcelona, 2003, pág. 192.

selección del concesionario impide, pues, encargar la gestión indirecta a empresas deudoras con la Seguridad Social (art. 42.1 LCAP).

Las diferencias existentes entre la normativa administrativa y las previsiones estatutarias en este aspecto no deben excluir, empero, la exención de responsabilidad prevista en el artículo 42.1 ET para aquellos supuestos en los que el empresario principal «hubiera obtenido certificación negativa por descubiertos acreditativa de que el contratista estaba al corriente de sus obligaciones al inicio de la contrata o transcurriera el plazo de treinta días improrrogables que la Tesorería General de la Seguridad Social dispone para librarla sin haberla expedido». Así, si en las contrataciones privadas el empresario principal queda exonerado cuando la Tesorería extiende la certificación negativa por descubiertos, parece lógico que la Administración disfrute del mismo beneficio siempre que el adjudicatario haya aportado la obligada certificación acreditativa de sus obligaciones, lo cual, constituye obviamente la regla general, pues en caso contrario no se hubiera materializado la contratación administrativa <sup>122</sup>.

Es más, partiendo del carácter público de los servicios descentralizados en estos casos o del interés general existente en su realización, se intenta dificultar que la empresa que los asume por encargo del Ente administrativo pueda ulteriormente confiarlas a otra diferente. Por ello, con objeto de evitar el fraude en la subcontratación, el artículo 115.4 LCAP niega al concesionario la posibilidad de concertar la ejecución parcial del contrato con empresas en las que concurra alguna de las prohibiciones para contratar con la Administración o estén incursas en suspensión de clasificaciones <sup>123</sup>. Pese a la bondad de esta previsión, el problema radica, no obstante, en el hecho de que al no exigirse autorización administrativa (ni en la LCAP vigente ni en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público) para permitir la subcontratación sino la simple comunicación escrita a la Administración del negocio jurídico en ciernes entre el concesionario y el subcontratista, la efectividad de dicha disposición legal no queda plenamente garantizada. El control sobre la existencia de débitos de Seguridad Social o de otras inhabilitaciones del subcontratista no corresponde a la Administración pública, sino al concesionario, que puede solicitar certificación de descubiertos a la Tesorería General de la Seguridad Social en los términos previstos en el artículo 42 ET, pero también puede no hacerlo. De obtener certificación negativa por descubiertos o de no haber sido librada en el plazo legal previsto, la Administración comitente y el concesionario quedarán exonerados de la responsabilidad solidaria en materia de Seguridad Social por aplicación del régimen estatutario. De no interesarse la referida certificación o de resultar positiva, el concesionario será responsable solidario de las deudas de Seguridad Social contraídas por el subcontratista durante la vigencia de la subcontrata, razón por la cual también lo será, en último extremo, la Administración comitente, sin perjuicio de las acciones que por vía de regreso pudiera ejercitar frente al adjudicatario incumplidor <sup>124</sup>.

<sup>122</sup> SANTOR SALCEDO, H.: «Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales», cit., pág. 209.

<sup>123</sup> GOERLICH PESET, J.M.: «Actividades laborales externalizables: régimen jurídico», en AA.VV. (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid, 2002, pág. 108.

<sup>124</sup> SANTOR SALCEDO, H.: «Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales», cit., pág. 210.

Resulta aconsejable, por tanto, que, al igual que los licitadores tienen que acreditar ante la Administración los requisitos de capacidad y solvencia económica, financiera y técnica exigidos para poder obtener la titularidad de una concesión administrativa, los sucesivos contratistas y subcontratistas implicados en la explotación del servicio público deberían acreditarlos también. Lógico es que los posibles concesionarios deban demostrar ante la Administración concedente que se «hallan al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o (por lo que aquí interesa) de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, pues en caso contrario quedarían inhabilitados para tal contratación [art. 20 f) LCAP], pero también lo es que tal exigencia deba ser igualmente aplicada a los subcontratistas, no en vano van a colaborar –igualmente– en la explotación de un servicio de interés general, a la cual procede dotar de las mayores dosis de eficacia. Con ello se evitarían supuestos de posible responsabilidad ante la manifiesta imposibilidad existente, en algunas ocasiones, de controlar al máximo las sucesivas subcontrataciones que se efectuasen para poder solicitar las correspondientes certificaciones.

Otra posibilidad es que el concesionario quedara obligado a introducir una cláusula en el contrato mercantil que suscriba con el subcontratista por la cual se prohíba a este último la realización de una contrata de segundo grado siempre y cuando no haya sido previamente autorizada por el propio concesionario, con el fin de que éste pueda cumplir con su obligación de notificar por escrito a la Administración los subcontratos celebrados y comprobar los requisitos de solvencia de futuros contratistas [art. 115.2 a) LCAP] <sup>125</sup>. Ahora bien, estos pactos bilaterales entre el concesionario y el subcontratista sobre la prohibición de subcontratar parcelas de la gestión del servicio público encomendado carecen de relevancia *ad extra* porque por imperativo del principio civil de eficacia relativa de los contratos (art. 1.257 CC) han de desplegar sus efectos estrictamente dentro de su esfera jurídica, no pudiendo afectar a las garantías orquestadas en la Ley para proteger a los trabajadores empleados en las contratas, pues se trata de normas imperativas que responden a fundamentos distintos. Así, en tanto en cuanto el incumplimiento de ese pacto privado no puede trascender a terceros, el concesionario, por ese incumplimiento, sólo podría resarcirse *a posteriori* repitiendo contra su subcontratista en el orden civil <sup>126</sup>. Por tal razón, vuelve a cobrar sentido la necesidad de que en los supuestos de subcontratación de concesiones administrativas, los sucesivos subcontratistas que asuman parcelas de la explotación del servicio público acrediten solvencia económica, financiera, técnica y profesional ante el concesionario y éste, a su vez, ante el órgano de contratación. Quizá la fórmula más acertada para conseguir materializar esta propuesta sea «que el licitador incluya inicialmente en su oferta la parte del contrato que pretende subcontratar, así como la identificación de los subcontratistas propuestos» <sup>127</sup>, tal y como recoge el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público [art. 210.2 a) y b)].

<sup>125</sup> MONTROYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de trabajadores*, Valencia, 2004, pág. 186.

<sup>126</sup> SSTSJ Murcia 29 octubre 1996 (AS 4602), Castilla y León 12 julio 1999 (AS 2471) o Cataluña 14 abril 2003 (AS 2093).

<sup>127</sup> BLÁZQUEZ ROMÁN, J.A. y MARTÍNEZ HORTELANO, P.: «Las cláusulas sociales en la contratación administrativa», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 42, 2005, pág. 43.

### 6.2.2. Conceptos incluidos.

Los problemas planteados por la responsabilidad en materia de Seguridad Social en las contrata y subcontratas correspondientes a la propia actividad de la Administración o Entidad de derecho público contratante no se agota en el supuesto anteriormente transcrito. Otra cuestión digna de mención, por su complejidad intrínseca, se refiere al hecho de que el mecanismo de responsabilidad solidaria de la Administración por obligaciones de naturaleza salarial contraídas por el contratista o subcontratista con sus trabajadores venga acompañado en el mismo precepto estatutario (el tantas veces mencionado art. 42 ET) por una responsabilidad asimismo solidaria respecto de las obligaciones que estos empresarios hayan podido contraer en el ámbito de la Seguridad Social. La finalidad garantista de esta norma es clara: trata de evitar que mediante la interposición de testaferros de escasa solvencia queden incumplidas las obligaciones empresariales con la Seguridad Social y puedan no sólo los trabajadores, sino también terceros interesados (Entidades Gestoras y Mutuas) dirigirse contra empresarios (en este caso la Administración) que no son incumplidores pero están vinculados con otros que sí lo son. De ahí el establecimiento de una responsabilidad objetiva *ex lege*, inexcusable, para tutelar tanto a los trabajadores como a la propia Entidad Gestora <sup>128</sup>.

La interpretación de la extensión de esta obligación en materia de Seguridad Social goza, afortunadamente, de práctica unanimidad doctrinal <sup>129</sup> al considerar incluida «dentro de la dicción legal toda obligación en materia de Seguridad Social –altas, afiliación, cotización, prestaciones, bajas, etc.–» <sup>130</sup>. En cuanto hace a las mejoras voluntarias, no obstante la afirmación de su inclusión por parte de la doctrina <sup>131</sup>, y pese a que los propios Tribunales han considerado habitualmente la alusión a obligaciones de Seguridad Social referida «no sólo a la Seguridad Social como sistema obligado de aseguramiento, sino también a la Seguridad Social voluntaria, máxime mediante pactos de mejora complementarios en convenios colectivos» <sup>132</sup>, no ha sido ésta la interpretación adoptada en los más recientes pronunciamientos en unificación de doctrina, los cuales han optado por excluir la responsabilidad solidaria respecto de tales mejoras, no

<sup>128</sup> LÓPEZ GANDÍA, J.: «Artículo 127», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R., Dir.): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Pamplona, 2003, pág. 837.

<sup>129</sup> Por todas, STS 22 diciembre 2001 (RJ 1873).

<sup>130</sup> GARCÍA PAREDES, M.<sup>a</sup> L.: «La subcontratación de obras y servicios», en AA.VV. (SÁNCHEZ PEGO, F.J., Dir.): *Cesión de trabajadores. Empresas de trabajo temporal...*, cit., pág. 34. También el Tribunal Supremo ha señalado el amplio alcance de la responsabilidad, referido a cuotas y prestaciones de la Seguridad Social [STS 17 mayo 1996 (Ar. 4472)], incluyendo prestaciones de las que fuera declarado responsable el contratista por falta de afiliación, alta o cotización [STS 28 octubre 1996 (Ar. 7714)]. Y aun cuando los efectos (por ejemplo, prestaciones de incapacidad temporal) excedan del período de duración de la contrata si nacidos durante el mismo [STS 17 mayo 1996 (Ar. 4472)].

<sup>131</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Comentario artículo 42 ET», en AA.VV.: *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Pamplona, 2000, pág. 228 o YANINI BAEZA, J.: *Las mejoras voluntarias a la Seguridad Social. Régimen del seguro colectivo laboral*, Madrid, 1995, págs. 336-337.

<sup>132</sup> SSTS 11 febrero 1986 (Ar. 740) y 2 febrero 1987 (Ar. 753) o SSTSJ Aragón 2 noviembre 1989 (Ar. 864), Andalucía/Sevilla 23 febrero 1995 (Ar. 752) y Asturias 29 marzo 1996 (Ar. 595). *Contra*, por todas, STS 15 febrero 1986 (Ar. 7385).

en vano la Ley se refiere sólo a obligaciones «con» la Seguridad Social pública y no a las obligaciones «de» Seguridad Social con los trabajadores<sup>133</sup>. En suma, se construye una responsabilidad solidaria limitada, que protege las finanzas de los Entes gestores de la Seguridad Social (cuotas, prestaciones anticipadas...), pero que no da debida protección a los trabajadores (mejoras voluntarias, prestaciones no anticipables de las que sea responsable el empresario contratista o subcontratista...) <sup>134</sup>.

### 6.2.3. La incidencia de la Ley General de Seguridad Social.

Habiendo sido analizada la responsabilidad por obligaciones de Seguridad Social, instaurada en el precepto estatutario, procede hacer referencia en este momento a determinadas particularidades derivadas de la concurrencia, junto al artículo 42 ET, de otra disposición, el artículo 127 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), norma que instaura una responsabilidad no ya solidaria sino subsidiaria del empresario principal en materia de Seguridad Social al amparo de un supuesto fáctico diferente al de la norma estatutaria y con un alcance asimismo distinto. A ambos acompaña otro más, el artículo 104.1 LGSS, norma dedicada a la responsabilidad por cotización que en lo relativo al sujeto responsable efectúa una remisión al posterior artículo 127. Las tres disposiciones juntas completan el cierre de dicho sistema legal de responsabilidad en contratas en materia de Seguridad Social<sup>135</sup>. Al estudio de estos preceptos y a su pertinente aplicación a la Administración comitente se dedican las páginas siguientes:

El artículo 127.1 LGSS establece que, «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 ET para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el artículo 126.2 LGSS, si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente». Establece, pues, una responsabilidad subsidiaria, en este caso, de la Administración en el pago de las prestaciones de Seguridad Social de las que haya sido declarado responsable el empresario contratista *ex* artículo 126.2 LGSS. Por su parte, el artículo 104 del mismo cuerpo legal remite a dicho precepto cuando declara responsables de la obligación de cotizar a las personas señaladas en aquél. Se sobreentiende, entonces, que la responsabilidad por cotización también es subsidiaria.

<sup>133</sup> SSTS 19 mayo 1998 (Ar. 4730), 16 septiembre 1999 (Rec. 2587/1998), 18 enero y 14 febrero 1999 (Rec. 1769/1999 y 181/1999) y 22 diciembre 2000 (Rec. 4069/1999).

<sup>134</sup> RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: «Las responsabilidades del empresario principal en las contratas y subcontratas», en AA.VV. (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid, 2002, pág. 162.

<sup>135</sup> LÓPEZ GANDÍA, J. y TATAY PUCHADES, C.: «Contratas y subcontratas y responsabilidades de Seguridad Social», en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Valencia, 2000, págs. 230 y ss.

El artículo 42 ET y el artículo 127.1 LGSS son, pues, dos normas distintas: la primera otorga una protección más intensa en la medida en que, como ya se ha visto, establece una responsabilidad solidaria respecto del incumplimiento de las obligaciones referidas a la Seguridad Social y que afecta a todos los empresarios de la cadena descentralizadora, en cuanto se trate de obras y servicios correspondientes a la propia actividad; la segunda acoge una protección más amplia, pues se refiere a todo tipo de contrata, pero es de menor intensidad, en cuanto establece una responsabilidad simplemente subsidiaria y referida exclusivamente a las responsabilidades prestacionales derivadas de incumplimientos en materia de Seguridad Social y previstas en el artículo 126.2 LGSS<sup>136</sup>. Como ha señalado la doctrina mayoritaria, y aunque se ha tratado de una cuestión muy controvertida, el sistema de responsabilidad instaurado en el artículo 127 LGSS comprende un ámbito aplicativo más amplio que la norma laboral, pues viene referido a las contrata y subcontrata en general, sean o no de la propia actividad, mientras que el artículo 42 ET se circunscribe únicamente a las primeras<sup>137</sup>. En cambio, el ámbito objetivo del artículo 42 ET es más amplio que el del artículo 127 LGSS, pues este último comprende solamente prestaciones públicas y cotizaciones de Seguridad Social mientras el primero abarca «todo tipo de obligaciones empresariales referidas a la Seguridad Social». Por su parte, el referente temporal es más restringido en el precepto estatutario, en el cual queda limitado al año siguiente a la terminación del encargo, a diferencia de los plazos más laxos, de cuatro y cinco años, establecidos en los artículos 21 y 43.1 LGSS. En fin, la consecuencia jurídica es asimismo distinta: el artículo 42 ET establece una responsabilidad de tipo solidaria de todos los empresarios participantes en la contrata (incluida, lógicamente, la Administración) mientras la del artículo 127 LGSS es subsidiaria<sup>138</sup>.

En consecuencia, no se trata de normas excluyentes entre sí, sino compatibles e incluso complementarias<sup>139</sup>: las normas contenidas en la LGSS se aplican a todo tipo de contrata, sean o no de la propia actividad de la Administración comitente. Ello no obstante, el artículo 42 ET se aplicará preferentemente al artículo 127.1 LGSS cuando se trate de una contrata de la propia actividad del empresario principal (Ente público *in casu*) ya que el tipo de responsabilidad instaurada en la norma laboral es más eficaz para la posición acreedora (trabajadores o Seguridad Social) que la responsabilidad subsidiaria, pues esta última, como se sabe, obliga al acreedor a efectuar previa excusión de los bienes del deudor principal como requisito de procedibilidad frente al responsable subsidiario. La noción de propia actividad se convierte, por tanto –pero sólo en principio–, en el dato clave y

<sup>136</sup> BLASCO PELLICER, A.: *La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de Seguridad Social*, Pamplona, 2005, pág. 57.

<sup>137</sup> MUÑOZ MOLINA, J.: *Responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la Seguridad Social*, Valencia, 1999, pág. 85.

<sup>138</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: «El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contrata. Las obligaciones referidas a la Seguridad Social», *RL*, 1992, T. II, pág. 271.

<sup>139</sup> DESDENTADO BONETE, A.: «Acción protectora (II). Régimen jurídico, garantías. Responsabilidades en materia de prestaciones», en AA.VV. (DE LA VILLA GIL, L.E., Dir.): *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, 1999, págs. 332-333 o MOLINER TAMBORERO, G.: «La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de Seguridad Social. Déficit regulador de la misma. Criterios jurisprudenciales», en AA.VV.: *Aspectos complejos en materia de Seguridad Social. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 38, 2001, pág. 206.

delimitador de la aplicabilidad del artículo 42.2 ET o del artículo 127.1 LGSS <sup>140</sup>. De esta forma, los preceptos de la LGSS complementarán la protección jurídica de los intereses de los trabajadores y de la Seguridad Social, entrando en juego cuando se trate de una contrata no de la propia actividad o bien de una contrata de la propia actividad respecto a la que ya no sea posible hacer efectiva la responsabilidad solidaria del artículo 42 ET por haberse visto exonerada la Administración a consecuencia de haber quedado acreditado ante la misma la solvencia económica del concesionario o por haber transcurrido el plazo de un año tras la finalización de la contrata que dicha norma señala para hacer efectiva la solidaridad entre empresarios. En definitiva, la subsidiariedad actuará allí donde la solidaridad, por sus condicionantes, no alcance, no en vano no puede marcarse una diferencia entre uno y otro tipo de responsabilidad por la circunstancia de que la obra o servicio subcontratado se refiera o no a la misma actividad propia del subcontratante, de forma tal que la responsabilidad solidaria del artículo 42 se limite a los supuestos en que esto ocurra, mientras que la subsidiaria proclamada en los artículos 104 y 127 se refiere a los casos en que no existe esa identidad de actividad <sup>141</sup>.

Como ha señalado el Tribunal Supremo, «cuando el apartado 1 del artículo 127 establece la responsabilidad subsidiaria por impago del obligado "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 ET", esa salvedad no tiene por objeto establecer un régimen de responsabilidad en el pago de las cotizaciones o prestaciones de la Seguridad Social excluyente del sentado en el artículo 42, sino complementario y acumulativo del mismo, arbitrando una fórmula que permita demandar al "propietario" de la obra el abono de las cotizaciones impagadas por el subcontratista declarado insolvente, siempre que concurren las circunstancias previstas en el artículo 127 y con absoluta independencia de que la responsabilidad prevista en el artículo 42 pudiese resultar operativamente exigible... Sin perjuicio de la responsabilidad solidaria exigible en los supuestos concretos del artículo 42 ET, subsiste la subsidiaria, proclamada para caso de insolvencia del obligado, en el supuesto de descubiertos en el pago de las cotizaciones debidas por Seguridad Social a cargo del empresario subcontratado, pues lo contrario implica infracción de lo dispuesto en los artículos 104 y 127 LGSS» <sup>142</sup>.

Cierto es, por tanto, que la responsabilidad subsidiaria en materia de prestaciones públicas y cotizaciones de Seguridad Social <sup>143</sup>, que se deriva de los artículos 104.1 y 127.1 LGSS, constituye un mecanismo de garantía adicional (un «plus de responsabilidad») al instaurado por el artículo 42 ET, con el fin último de reforzar la percepción por la Entidad Gestora de las prestaciones que haya adelantado por mor de la automaticidad y de las cuotas sociales que hayan debido ser abonadas en

<sup>140</sup> BLASCO PELLICER, A.: *La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de Seguridad Social*, cit., pág. 50.

<sup>141</sup> NORES TORRES, L.E.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia, 2004, pág. 306.

<sup>142</sup> STS, Cont.-Admtivo., 6 julio 2005 (TOL 698147). *Contra*, SSTS, Cont.-Admtivo., 18 diciembre 1991 (RJ 9334), 17 mayo 1996 (RJ 4472) y SSTSJ Andalucía/Málaga 3 mayo 1990 (AS 2985), Asturias 19 junio 1996 (AS 3240), Andalucía/Sevilla 23 febrero y 6 abril 1995 (AS 752 y 1765).

<sup>143</sup> Se extiende a cuotas de Seguridad Social del contratista o subcontratista correspondientes a los servicios prestados en la contrata por sus trabajadores, lo mismo que a las prestaciones básicas a cargo de esos contratistas por incumplimiento de sus deberes de asegurar y/o cotizar por ellos. LOPERA CASTILLEJO, M.J.: «Responsabilidades en materia de Seguridad Social de los contratistas», en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., pág. 147.

aquellos casos en que no alcanza la solidaridad establecida en la norma estatutaria <sup>144</sup>. No menos cierto resulta, sin embargo, que constituye un requisito imprescindible para instar la responsabilidad subsidiaria que el contratista haya sido declarado insolvente, de modo que la Entidad Gestora tiene que respetar un orden en la prosecución del deudor ya que no puede dirigirse contra el responsable subsidiario (la Administración) hasta haber hecho excusión de todos los bienes del contratista <sup>145</sup>, pues se trata de una responsabilidad simple y no de un traslado de crédito <sup>146</sup>. En definitiva, «no se trata de una responsabilidad originaria sino derivada *ope legis* del incumplimiento previo de obligaciones jurídico-públicas respecto del sistema de Seguridad Social» <sup>147</sup>.

El supuesto de hecho parte de la existencia de un empresario obligado al pago de una prestación de Seguridad Social que es el empleador directo del trabajador y el que ha incumplido una obligación legal de la que se deriva su responsabilidad directa. Si éste, empresario responsable directo y principal, no satisface su responsabilidad y, tras los procedimientos para su exigibilidad, aquélla queda incumplida, es cuando se produce el supuesto de hecho previsto por la norma: la extensión de la responsabilidad a quien resultare el propietario de la obra o industria contratada (el Ente público). Es, pues, a éste a quien la Ley declara responsable subsidiario, debiendo interpretar la expresión «propietario» extensivamente, de suerte que, en la misma, deben quedar comprendidos no sólo quienes ostenten la titularidad dominical de la obra o industria, sino, también, aquellos que ostenten un poder de disposición sobre la misma con otro título jurídico <sup>148</sup>. Desde esta perspectiva, se asimila propietario o comitente o empresario principal, y ello con independencia de que sean o no empresarios en sentido estricto, puesto que, a diferencia de lo que acontece en la responsabilidad solidaria, aquí no se exige que quien sea propietario de la obra o industria ejerza una actividad empresarial <sup>149</sup>, sino que estamos en presencia de una responsabilidad subsidiaria, que nace del mero hecho de la contratación.

Esta interpretación amplia del concepto de propietario es lo que permite la aplicación del precepto no sólo a las contrataciones privadas sino también a las públicas, no en vano la Administración, que encarga la gestión indirecta de un servicio público a un tercero, tiene un poder de disposición sobre el mismo, lo cual, a los efectos del artículo 127.1 LGSS, permite considerarlo «propietario» y, en consecuencia, le alcanza la responsabilidad subsidiaria respecto de los incumplimientos en que haya podido incurrir el contratista y así sucesivamente <sup>150</sup>. Cuestión distinta es determinar si las infracciones de un subcontratista extienden la posible responsabilidad a toda la cadena anterior, es decir, si la

<sup>144</sup> GALA DURÁN, C.: *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Pamplona, 1999, pág. 440.

<sup>145</sup> SSTs 28 junio 1985 (Ar. 3935) y 8 marzo 1988 (Ar. 1871).

<sup>146</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: «El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contrataciones. Las obligaciones referidas a la Seguridad Social», cit., pág. 276.

<sup>147</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y VIÑAS ARMADA, J.M.: «Artículo 127», en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L., Dir.): *Comentario a la Ley General de Seguridad Social*, Granada, 1999, pág. 1.193.

<sup>148</sup> BLASCO PELLICER, A.: *La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de Seguridad Social*, cit., pág. 58.

<sup>149</sup> STSJ Andalucía/Sevilla 26 abril 2002 (AS 217).

<sup>150</sup> BLASCO PELLICER, A.: *La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de Seguridad Social*, cit., pág. 59. Asimismo, STS 9 julio 2002 (RJ 10538).

Administración responde subsidiariamente de todos y cada uno de los subcontratistas involucrados en la prestación del servicio público. A diferencia de lo que ocurría con la responsabilidad del artículo 42 ET, en este supuesto no cabe comunicación de responsabilidades a toda la cadena por la dicción legal empleada que prevé específicamente una relación bilateral, puesto que el término que usa el legislador, «propietario de la obra», parece referirse, literalmente, a aquel que inicialmente la encarga, lo que excluiría de su ámbito de aplicación a los que, en una cadena de contrata, ceden a otro, total o parcialmente, el encargo que han recibido <sup>151</sup>.

No hace falta insistir, por tanto, en el hecho de que, a tenor de lo previsto en los artículos 104.1 y 127.1 LGSS, la Administración responde subsidiariamente por los incumplimientos del concesionario con la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata, ya haya incumplido la obligación de cotizar respecto de los trabajadores por cuenta ajena destinados a la actividad descentralizada, ya el pago de prestaciones cuando el empresario responsable del abono de las mismas en todo o en parte no lo haya realizado, previa declaración de insolvencia del deudor primero –el concesionario– y resolución administrativa de responsabilidad para el segundo –la Administración– <sup>152</sup>. Merece detener la atención, al tiempo, en que la exigencia, en los supuestos previstos en los artículos 35 y ss. LCAP, de la prestación de garantías (cifradas en un tanto por ciento del importe de la adjudicación) por parte del concesionario, con el fin de asegurar la perfección del contrato y su correcta ejecución posterior, constituye una de las peculiaridades más acusadas de la contratación administrativa. Durante la vigencia de la concesión dichas garantías responden de las obligaciones derivadas de la misma, de los gastos originados a la Administración por demora del adjudicatario en el cumplimiento de sus obligaciones y de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la ejecución del contrato o en el supuesto de incumplimiento del mismo (art. 43.2 LCAP), pero en ocasiones los Tribunales no han dudado en usarlas para hacer frente a las deudas de Seguridad Social contraídas por el concesionario durante el período de ejecución de la concesión, de modo que aunque la LCAP no contiene referencia alguna acerca del posible embargo de estas garantías en los casos de incumplimientos en materia de Seguridad Social por parte de los concesionarios, algunos autores han admitido esta posibilidad, sin perjuicio de la regla general de que los fondos públicos son inembargables <sup>153</sup>.

## 7. LA RESPONSABILIDAD ASUMIDA POR LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD

Aun cuando el artículo 42 ET es claro al establecer una responsabilidad solidaria entre la Administración, el concesionario y el subcontratista por las deudas salariales y de Seguridad Social contraídas por estos últimos con sus trabajadores durante el período de la contrata o subcontrata,

<sup>151</sup> STSJ País Vasco 21 septiembre 1999 (AS 2878).

<sup>152</sup> DEL VAL TENA, A.L.: «La responsabilidad empresarial en contrata y subcontratas: del supuesto de hecho a la diversidad de regímenes», cit., pág. 120.

<sup>153</sup> LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contrata y subcontratas*, Madrid, 1999, págs. 287-288.

limitada en el tiempo hasta un año después de la conclusión del encargo, el régimen de tal responsabilidad se diversifica en materia de seguridad y salud a tenor de lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL).

### 7.1. Requisitos de imputación.

La concurrencia física de diversas empresas, con sus respectivos empleados, en un lugar de trabajo ajeno, es decir, en el lugar de la explotación de la concesión, provoca un acusado desconocimiento del medio de trabajo, lo cual hace necesario un escrupuloso cumplimiento –no siempre materializado en la práctica– por parte de dichas empresas de las obligaciones de información y formación en materia preventiva<sup>154</sup>. El hecho de que unidades productivas diferentes cooperen para alcanzar un fin unitario (la prestación de un servicio público) implica que los trabajadores de cada una de ellas no sólo queden sometidos a los riesgos existentes en la propia sino que puedan ser «contagiados» por los que corresponden a las ajenas, de modo que cuantas más organizaciones intervengan en la explotación de la concesión, mayores son los riesgos a los que se enfrentan los operarios<sup>155</sup>. Es más, a medida que aumenta la cadena de subcontrataciones, las empresas intervinientes, cada vez más pequeñas y menos solventes, van a tratar de reducir al máximo los gastos, resintiéndose particularmente los destinados a la prevención de riesgos<sup>156</sup>.

Ante tan preocupante realidad, no puede extrañar que la LPRL se esfuerce, de un lado, en establecer una serie de obligaciones *in crescendo* en función del grado de imbricación entre las empresas que entran en conexión<sup>157</sup>; de otro, en incorporar un detallado régimen represor, en tanto en cuanto si las normas no son cumplidas no exista posibilidad de que desplieguen ningún tipo de efecto benéfico<sup>158</sup>. En principio, en materia de prevención de riesgos laborales, la Administración pública tiene la consideración de «empresario» respecto de sus empleados (art. 3.1 LPRL) y también la tiene, en calidad de comitente principal, respecto de los trabajadores de sus concesionarios y subcontratistas, asumiendo idénticas obligaciones que los empresarios privados que externalizan sus servicios y, caso de incumplirlas, quedando sujeta a las mismas responsabilidades administrativas, civiles y penales<sup>159</sup>. Precisamente uno de los más importantes caracteres de la LPRL es el de establecer un ámbito aplicativo que abarca no solamente las relaciones laborales *stricto iure* sino también las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal civil

<sup>154</sup> MOLTÓ GARCÍA, J.I.: *Prevención de riesgos laborales en la empresa*, Madrid, 1998, pág. 15.

<sup>155</sup> GOERLICH PESET, J.M.: «Centros de trabajo compartidos; contratas y subcontratas. Régimen de responsabilidades», en AA.VV.: *Responsabilidades y responsables en materia de prevención de riesgos laborales*, Gran Canaria, 2004, pág. 127.

<sup>156</sup> DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M.: «Algunos problemas sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral», *RL*, núm. 20, 1999, pág. 86.

<sup>157</sup> MIÑARRO YANINI, M.: *La prevención de riesgos laborales en la contratación temporal, empresas de trabajo temporal y subcontratas*, Madrid, 2002, págs. 586 y ss.

<sup>158</sup> SAGARDOY DE SIMÓN, I.: «Artículo 24», en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, 1997, págs. 134 y ss.

<sup>159</sup> LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, cit., pág. 353.

al servicio de las Administraciones públicas, en un deseable tratamiento global del problema de la prevención de riesgos laborales cualquiera que sea el ámbito en el que el trabajo se preste <sup>160</sup>. No cabe duda, pues, de que las normas de seguridad y salud en el trabajo son aplicables también en el marco de los poderes públicos, que tienen, de esta forma, los mismos deberes y obligaciones que los empresarios privados <sup>161</sup>. Así, además de las obligaciones establecidas en el artículo 24.1 (obligación de cooperar y coordinar las actividades preventivas de las empresas que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo), 24.2 (obligación del titular del centro de dar información a los demás sobre los riesgos existentes en dicho centro y las medidas preventivas correspondientes para facilitar a estas otras empresas el cumplimiento de su deber de informar a los trabajadores) y 24.3 (obligación de la empresa que contrate o subcontrate con otra la realización de obras o servicios de su propia actividad desarrolladas en centros de trabajo de la comitente de vigilar el cumplimiento por parte de contratistas y subcontratistas de la normativa preventiva), el artículo 24.3 *in fine* LPRL parece imponer al empresario principal (léase Administración pública) un deber reforzado de garantizar, mediante el control directo y la exigencia a las otras empresas, que los trabajadores de los contratistas dispongan de los niveles de seguridad necesarios <sup>162</sup>.

Dicha vigilancia a desarrollar por el Ente público comitente ha de ser total y permanente, comprendiendo, generalmente, una actuación inicial, dirigida a comprobar las condiciones en materia de seguridad y salud del contratista y de las otras empresas sucesivas y un control periódico durante toda la extensión temporal de la contrata <sup>163</sup>. Se trata, pues, de una obligación general de vigilancia, dada su extensión objetiva (al abarcar la generalidad de las obligaciones preventivas) y subjetiva (respecto del conjunto de las empresas contratistas o subcontratistas) <sup>164</sup>. Es más, la Administración no sólo está obligada como todo empresario concurrente a cumplir el conjunto de obligaciones de información, coordinación y especial vigilancia junto al resto de empresas, sino que también debe asumir las más específicas actuaciones que concreta el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, en virtud del cual se desarrolla el artículo 24 LPRL en materia de coordinación de actividades empresariales <sup>165</sup>. A partir de esta norma reglamentaria cobra singular relevancia la designación de una o más personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas, en tanto, por un lado, el

<sup>160</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Artículo 42. Responsabilidad empresarial», en AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J. y MONEREO PÉREZ, J.L., Dir.): *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Granada, 2006, pág. 558.

<sup>161</sup> SSTS 27 septiembre y 14 diciembre 1996 (RJ 6910 y 9464) y 3 marzo 1997 (RJ 2194).

<sup>162</sup> BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «Responsabilidad empresarial en contrata y subcontratas», *REDT*, núm. 100, 2000, págs. 889 y ss.; MARTÍN TOVAL, L.: «La coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales», *TL*, núm. 71, 2003, págs. 104 y ss. o GARCÍA PIQUERAS, M.: «Obligaciones y responsabilidades en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. De la insuficiencia a la indeterminación», *TL*, núm. 47, 1998, págs. 29 y ss.

<sup>163</sup> STS 8 octubre 2001 (RJ 1424/2002).

<sup>164</sup> NAVARRO NIETO, F.: «La responsabilidad administrativa en materia de riesgos laborales en los supuestos de contrata y subcontratas», *AL*, núm. 18, 2005, pág. 2.144 o MARÍN TOVAL, L.: «La coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales», *TL*, núm. 71, 2003, pág. 104.

<sup>165</sup> NAVARRO NIETO, F.: «La responsabilidad administrativa en materia de riesgos laborales en los supuestos de contrata y subcontratas», cit., pág. 2.144.

artículo 13.1 le atribuye el carácter de «medio de coordinación preferente» frente al resto al asumir (vía delegación) algunos concretos deberes empresariales en el desarrollo de la actividad preventiva y, por otro, los artículos 13.2, 13.4 y 14 diseñan un específico régimen jurídico comprensivo de aspectos tales como la persona encargada de la designación del coordinador o coordinadores, la relación de los agentes designados para ejercer las tareas de coordinación, sus exigencias formativas, así como sus funciones <sup>166</sup>.

Este conjunto normativo de obligaciones de preceptivo cumplimiento para la Administración, perfectamente diseñado en su tenor literal, tanto en la LPRL como –con mayor detalle– en el Real Decreto 171/2004, quedaría, no obstante, vacío de contenido si no viniera acompañado de un sistema de responsabilidades tendentes a la defensa del interés público de la colectividad y de los intereses de los trabajadores en particular frente a eventuales infracciones <sup>167</sup>. Todo ello constituye una compleja maquinaria en la que las piezas básicas son: la responsabilidad penal, la civil (contractual o extracontractual), la administrativa y la correspondiente a la Seguridad Social. El engranaje legal de este entramado está integrado por los artículos 109, 116 y 317 y ss. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP); 1.101 y 1.902 CC; 24 y 42.3 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS); y 123.3 LGSS <sup>168</sup>.

## 7.2. Responsabilidad penal.

Como regla general, la responsabilidad penal es personal, de modo que ésta no puede extenderse *ad infinitum* sino que debe circunscribirse exclusivamente a aquellas personas imputables penalmente según el CP, sin que se pueda, por una interpretación automática y meramente formalista, hacer derivar una responsabilidad penal de lo dispuesto en el artículo 42 LPRL <sup>169</sup>. Parece clara, pues, la imposibilidad de reconocer la solidaridad de la Administración ante una eventual responsabilidad penal de los empresarios auxiliares <sup>170</sup>, habida cuenta su carácter estrictamente personal, y, por tanto, exigible únicamente a quien ha incurrido en la comisión del delito <sup>171</sup>, no en vano el fin

<sup>166</sup> MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, cit., pág. 346.

<sup>167</sup> FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: «Responsabilidad administrativa del empresario principal en materia de seguridad y salud en el trabajo», *REDT*, núm. 113, 2002, págs. 742 y ss. o, por extenso, GARCÍA PIQUERAS, M.: *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas de obras y servicios*, Valencia, 1998, págs. 63 y ss.

<sup>168</sup> DEL VAL ARNAL, J.J.: «Deberes de seguridad y salud laboral y externalización de actividades empresariales: la coordinación», en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. X Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pág. 164.

<sup>169</sup> DEL VAL ARNAL, J.J.: «Deberes de seguridad y salud laboral y externalización de actividades empresariales: la coordinación», cit., pág. 164.

<sup>170</sup> SAP Barcelona 4 noviembre 2002 (JUR 2003/61356).

<sup>171</sup> GARCÍA BLASCO, J. y GONZÁLEZ LABRADA, M.: «Otras responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo», en AA.VV.: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, 2.ª edición, Madrid, 1998, pág. 347.

más típico e inmediato de este tipo de responsabilidad es la reprehensión pública de determinadas conductas, con el horizonte siempre de la ejemplaridad y la prevención general <sup>172</sup>.

### 7.3. Responsabilidad administrativa.

En tanto en cuanto la actuación sancionadora pública aparece como instrumento fundamental para perfeccionar el conjunto legislativo específico y asegurar el cumplimiento de las obligaciones generales y particulares en él contenidas (amparado por los arts. 25 y 40 CE e inspirado en los principios de legalidad, irretroactividad, tipicidad, proporcionalidad, antijuridicidad, culpabilidad y *non bis in idem*) <sup>173</sup>, parece adecuado, en principio, incluir este tipo de responsabilidad dentro de la responsabilidad solidaria de la Administración, no en vano es la única regulada expresamente en la LPRL, siendo el resto meramente enunciadas.

No ha faltado, no obstante, quien aprecie la necesidad de concurrencia de dolo o culpa en la actuación del Ente público para poder sancionarle también administrativamente <sup>174</sup>; tesis esta, sin embargo, contradicha por la dudosa operatividad de la culpabilidad en este ámbito, pues mientras tal requisito impide en el ámbito penal sancionar a personas jurídicas, en nada afecta en cambio a las consecuencias de la infracción administrativa, exigibles tanto a aquéllas como a las personas físicas <sup>175</sup>. Lo que sí es cierto es, según una interpretación mayoritaria, que «más que solidaridad», cabe apreciar una «responsabilidad plural», pues para imponer la sanción a la Administración será preciso acreditar su efectiva condición de infractor –ha de existir una «infracción» por su parte, la cual vendrá dada por una conducta negligente, inadecuada o por la falta de la atención precisa o no establecimiento de las medidas evitadoras del riesgo <sup>176</sup>–, respondiendo, así, cada sujeto invo-

<sup>172</sup> SSTS, Penal, 3 febrero 1992 (RJ 882), 12 noviembre 1998 (RJ 7764), 14 julio 1999 (Ar. 6168), 26 junio 2000 (RJ 7920), 16 febrero, 5 septiembre y 6 noviembre 2001 (RJ 6127, 8340 y 9829) y 29 julio 2002 (RJ 8826). En la doctrina, por todos, ARROYO ZAPATERO, L.: *Manual de Derecho Penal del trabajo*, Barcelona, 1998, págs. 91 y ss. o VALLE MUÑOZ, J.M. y VILLACAMPA ESIARTE, C.: «Comentario al artículo 316», en AA.VV. (QUINTERO OLIVARES, G., Dir.): *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2.ª edición, Pamplona, 2001, pág. 1.506.

<sup>173</sup> STCo 8/1981, de 8 de junio.

<sup>174</sup> Desde una perspectiva general, NIETO GARCÍA, A.: *Derecho Administrativo sancionador*, 3.ª edición, Madrid, 2002, págs. 372 y ss.; GARCÍA MANZANO, P.: «De la potestad sancionadora», en AA.VV.: *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1993, págs. 385 y ss.; CHINCHILLA MARÍN, C.: «Potestad sancionadora de las Administraciones Públicas», en AA.VV.: *Administraciones Públicas y ciudadanos*, Barcelona, 1993, págs. 761 y ss.; JUNCEDA MORENO, J.: «¿Una vuelta hacia la responsabilidad objetiva en el Derecho Administrativo sancionador?», *REDA*, núm. 86, 1995, págs. 261 y ss.; DE PALMA DEL TESO, A.: *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo sancionador*, Madrid, 1996, págs. 93 y ss. o PEMÁN GAVÍN, I.: *El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Barcelona, 2000, págs. 382 y ss.

<sup>175</sup> GARCÍA MURCIA, J.: *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Pamplona, 1998, pág. 71.

<sup>176</sup> STS 18 abril 1992 (Ar. 4849) o STSJ, Cont.-Admtivo., Castilla y León/Valladolid 26 febrero 2004 (JUR 230433).

lucrado en la descentralización de la concesión por la integridad de la sanción económica correspondiente a su «aportación» al ilícito <sup>177</sup>.

Bajo tal premisa, procede recordar cómo una de las peculiaridades de la aplicación de la LPRL a las Administraciones públicas viene constituida por la previsión, en el artículo 45.1 de dicho cuerpo legal, de un procedimiento sancionador especial que culmina, no con la imposición de sanciones pecuniarias, sino con la obligación de asumir la realización de otro tipo de medidas correctoras de los correspondientes incumplimientos <sup>178</sup>. De acuerdo con el tenor literal de este precepto, las infracciones cometidas por la Administración, en materia de seguridad y salud, serían objeto de sanción económica, salvo «en el ámbito de las relaciones del personal civil al servicio de las Administraciones públicas», donde la imputación de responsabilidad daría lugar a la imposición, por resolución de la autoridad competente, de las medidas correctoras oportunas de los correspondientes incumplimientos. Abundando en ello, el artículo 42.4 LISOS afirma que la corrección de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales «en el ámbito de las Administraciones públicas» se sujetará al procedimiento y normas de desarrollo del artículo 45 LPRL (en referencia al RD 707/2002, de 19 de julio, modificado posteriormente por el RD 464/2003, de 25 de abril).

Aun cuando referidas a los supuestos en que las Administraciones incumplen la normativa sobre prevención de riesgos laborales en relación con el personal a su servicio, ambas disposiciones suscitan dudas acerca del tipo de responsabilidad administrativa exigible (multas o simples medidas correctoras) cuando los Entes públicos actúan no ya como empleadores, sino como comitentes que contratan obras o servicios a otros empresarios, asumiendo en calidad de tales los deberes del artículo 24 LPRL <sup>179</sup>. La naturaleza del sujeto incumplidor determina un «régimen corrector» diferente del que se prevé para el infractor privado, debido a la dificultad en admitir la «autosanción» desde la perspectiva ontológica de la unidad del poder ejecutivo <sup>180</sup>. El trato especial otorgado a la Administración en materia preventiva, en virtud del cual no resultaría posible la imposición de sanciones distintas de la adopción de las oportunas medidas correctoras entre Entidades públicas, parece justificado, pues, por las dificultades de aplicación de sanciones económicas en este ámbito, dificultades que, de existir, surgirían cuando hubiera incurrido en responsabilidad por infracciones referidas a su propio personal y también por las cometidas durante la vigencia de las contrataciones respecto de los concesionarios y de sus trabajadores. Atendiendo a ello, algún sector de la doctrina estima que la im-

<sup>177</sup> GARCÍA MURCIA, J.: *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, cit., pág. 177. Por tal motivo, no tendría lugar la extensión de responsabilidad al empresario principal cuando la infracción tipifique a un responsable concreto o prevea sanciones diferentes para los distintos empresarios. GARCÍA BLASCO, J. y GONZÁLEZ LABRADA, M.: «Otras responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo», en AA.VV.: *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, 2.ª edición, Madrid, 1998, pág. 347. En la jurisprudencia, STS 26 enero 2002 (RJ 7330) y STSJ Navarra 20 septiembre 2002 (JUR 273277).

<sup>178</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Artículo 42. Responsabilidad empresarial», en AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J. y MONEREO PÉREZ, J.L., Dir.): *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 558.

<sup>179</sup> SANTOR SALCEDO, H.: «Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales», cit., pág. 216.

<sup>180</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Artículo 42. Responsabilidad empresarial», cit., pág. 558.

sición de las medidas correctoras (y no de sanciones económicas) a que se refiere el artículo 45 LPRL operaría tanto en los supuestos de incumplimientos de los deberes de información y cooperación (arts. 24.1, 2 y 4 LPRL), como del deber de vigilancia (art. 24.3 LPRL), razón por la cual la Administración negligente quedaría obligada a responder solidariamente por las infracciones cometidas en sus centros de trabajo (entendidos éstos en sentido amplio) por sus contratistas durante la vigencia de la contrata, pero no mediante el abono de una multa sino, como especialidad, mediante la adopción de otras medidas correctoras (art. 42.3 LISOS) <sup>181</sup>.

Ahora bien, aun cuando la razón de esta peculiaridad no es difícil de imaginar (se trata de superar la doble dificultad, técnica y presupuestaria, que envuelve la imposición de multas por una autoridad administrativa a otra, no en vano quedaría conculcada la autonomía organizativa de las distintas Administraciones públicas y sus potestades anejas) <sup>182</sup>, lo cierto es tal interpretación no se ajusta a la realidad aquí analizada, pues el Real Decreto 707/2002, en virtud del cual se establece precisamente el procedimiento para la imposición de medidas correctoras ante los ilícitos administrativos cometidos por un Ente administrativo, excluye expresamente de su ámbito de aplicación la figura de los «contratistas de obras públicas y concesionarios de servicios» <sup>183</sup>. En efecto, en virtud del artículo 2.4 de este Real Decreto el procedimiento para la imposición de medidas correctoras (y no sanciones pecuniarias) «no es de aplicación a las cuestiones de prevención de riesgos laborales respecto del personal de los contratistas, subcontratistas de obras o servicios o concesionarios de cualquier índole que realicen su actividad en instalaciones de la Administración General del Estado o de sus organismos autónomos (o de "las restantes Administraciones públicas" –de conformidad con la disposición adicional segunda–), respecto de los cuales se aplicará el procedimiento ordinario».

Del tenor literal transcrito se deduce con claridad meridiana la inaplicación del régimen sancionador especial en los supuestos de concesiones administrativas <sup>184</sup>, razón por la cual, en los casos de subcontratación de vínculos contractuales públicos, la Administración incumplidora de la normativa de prevención de riesgos laborales, merecería la sanción normal: una multa pecuniaria cuyo abono podría garantizarse obligando a la Administración infractora a consignar en sus presupuestos la cuantía del débito correspondiente <sup>185</sup>. Aclarada esta primera incertidumbre, surge, de inmediato, una duda adicional atendiendo a lo dispuesto en el artículo 2.4 *in fine* del mismo Real Decreto 707/2002 que a continuación se transcribe: «no obstante lo anterior, si de las actuaciones inspectoras realizadas o de la información previamente recabada se infiere que, de alguna forma, puede resultar afectado el órgano administrativo correspondiente, como titular de las instalaciones o en virtud de las responsabilidades de coordinación a que hace referencia el artículo

<sup>181</sup> LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contrata y subcontratas*, cit., pág. 353.

<sup>182</sup> CASAS BAAMONDE, M.E.: «Derecho Público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador», en AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M.E.; PALOMEQUE LÓPEZ, C. y VALDÉS DAL-RÉ, F., Coords.): *Seguridad y Salud en el trabajo*, Madrid, 1997, págs. 176-177.

<sup>183</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y TOLOSA TRIBIÑO, C.: «Las "especialidades" de la responsabilidad de las Administraciones Públicas en materia de prevención de riesgos laborales: ¿del buen uso de la lentitud?», *RL*, 2002, T. II, págs. 1.095 y ss.

<sup>184</sup> LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J.F.: *Curso de prevención de riesgos laborales*, 7.ª edición, Valencia, 2005, pág. 280.

<sup>185</sup> PÉREZ GUERRERO, M.L.: *Sanciones administrativas en materia de Seguridad Social*, Madrid, 2005, pág. 180.

lo 24 LPRL, se le pondrá en su conocimiento, tan pronto como sea posible, a los efectos que procedan». Según cierto sector de la doctrina, parece que la intención del precepto cuando regula la puesta en conocimiento de la Administración «a los efectos que procedan» no puede referirse sino a la necesidad de adoptar medidas correctoras o, incluso, a la posibilidad de extinción de los contratos administrativos o de rescate de concesiones, pero en ningún caso podría suponer la extensión de la responsabilidad sancionadora de naturaleza económica por la vía de la solidaridad desde el contratista o concesionario a la Administración»<sup>186</sup>.

Sea como fuere –y pese a esta polémica doctrinal–, lo más adecuado será tomar como punto de partida el hecho de que la propia Administración-comitente debe asumir la responsabilidad derivada del incumplimiento de sus deberes de vigilancia y supervisión de la concesión aun cuando no desarrolle directamente ninguna actividad relativa a la explotación del servicio público concedido, no en vano ésta asume una inequívoca «posición de garante» (art. 59 LCAP)<sup>187</sup>, en virtud de la cual puede resolver el vínculo contractual o proceder al secuestro del mismo por incumplimiento grave de las obligaciones correspondientes al concesionario (art. 111 LCAP)<sup>188</sup>. Este deber de vigilancia de la Administración respecto del cumplimiento por el concesionario y los subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales viene reforzado, además, en el artículo 43.2 LISOS, precepto a partir del cual cabe deducir la responsabilidad solidaria de aquélla frente a las infracciones producidas en el centro de trabajo y en las que hayan incurrido el concesionario y los subcontratistas durante la vigencia de la concesión<sup>189</sup>. Tal obligación consiste en comprobar que el concesionario y los subcontratistas cumplen, efectivamente, con sus obligaciones en materia preventiva más que en vigilar directamente a los trabajadores de dichas empresas en la ejecución de su prestación de trabajo, motivo por el cual, por un lado, la Administración deberá exigir al concesionario una acreditación por escrito de que, antes del inicio de la actividad objeto de la concesión, ha realizado la correspondiente evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva para la ejecución de la misma (arts. 10.1 y 10.2 RD 171/2004) y, por otro, deberá comprobar, también antes del comienzo de las actividades, que toda la suerte de contratistas y subcontratistas han establecido los necesarios medios de coordinación entre ellos (art. 10.3 RD 171/2004).

Estas dos importantes manifestaciones del deber de vigilancia (la de exigir acreditación y la de comprobar la coordinación) no agotan, sin embargo, su contenido, pues parece dudoso que a la Administración le baste la mera constatación inicial del cumplimiento de estas cautelas formales para poder contar, durante la vigencia de toda la concesión, con una garantía de inmunidad a la responsabilidad solidaria del artículo 42.3 LISOS. El carácter público del servicio prestado obliga a la Administración a no desenten-

<sup>186</sup> TOLOSA TRIBIÑO, C., en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., Coord.): *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social*, Pamplona, 2003, págs. 445-446.

<sup>187</sup> VALVERDE ASENCIO, A.: *La responsabilidad administrativa laboral en los supuestos de pluralidad de empresarios*, Valencia, 1997, pág. 25.

<sup>188</sup> TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Prontuario de seguridad y salud laboral en la construcción*, Pamplona, 2004, pág. 103.

<sup>189</sup> FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «Responsabilidad del empresario principal respecto de contratistas y subcontratistas en materia de seguridad e higiene en el trabajo», *AL*, núm. 1, 1992, pág. 369.

derse tampoco del cumplimiento del contrato en sus diferentes fases<sup>190</sup>, no en vano el deber de vigilancia es un deber de tracto sucesivo, lo cual significa que su cumplimiento exige su despliegue y ejercicio tanto en el momento de concertación de la concesión como a lo largo de toda su ejecución<sup>191</sup>.

La instauración legal de ese especial deber de seguridad que vincula a la Administración coloca a ésta en una posición de garante del cumplimiento de un deber impuesto originalmente al concesionario que es el titular de la relación de trabajo<sup>192</sup>. Tal y como está redactado el artículo 42 LISOS, la Administración comitente, el concesionario y las diversas empresas contratistas o subcontratistas van a quedar en un mismo nivel de sujetos responsables con relación a la protección del trabajador al servicio del adjudicatario o de las empresas auxiliares. Los trabajadores, contratados por el titular de la concesión o por las sucesivas empresas contratistas y subcontratistas, quedan protegidos como si fuesen trabajadores al servicio de la propia Administración, pues de no existir o de no haberse permitido el recurso a la concesión los hubiese tenido que contratar directamente<sup>193</sup>.

Obsérvese, además, que de la redacción del artículo 42.3 LISOS cabe deducir cómo el Ente público no responde administrativamente del incumplimiento de su deber de vigilancia sino solidariamente de la sanción impuesta al concesionario o subcontratista por el incumplimiento de sus obligaciones preventivas, de modo que no se sancionará a la Administración por la infracción de su deber de vigilancia en el caso de que el concesionario o subcontratista no incumplan también sus obligaciones preventivas<sup>194</sup>. *A sensu contrario*, la Administración «responderá de forma automática una vez verificado el incumplimiento del concesionario o subcontratista»<sup>195</sup>. Tal consecuencia, esto es, el carácter solidario de la responsabilidad atribuida a la Administración, no deja de ser, sin embargo, criticable, pues no respeta la exigencia de los principios de imputabilidad y culpabilidad en toda sanción pública, sin excepción para las de orden administrativo<sup>196</sup>. Si en la responsabilidad patrimonial no hay obstáculo para la solidaridad, en materia de responsabilidad administrativa, que es la establecida en la LISOS, la conclusión ha de ser distinta, entre otras razones porque «parece condición necesaria que los hechos sean imputables al empresario que se declara responsable»<sup>197</sup>. Más acerta-

<sup>190</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: «Prerogativas y derechos de la Administración», en AA.VV. (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Madrid, 2003, pág. 267.

<sup>191</sup> MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, cit., pág. 370. En la jurisprudencia, por todas, STS 14 junio 2005 (TOL 675689).

<sup>192</sup> TOLOSA TRIVIÑO, C.: «La responsabilidad empresarial por contratas y subcontratas», *RL*, núm. 13, 1998, pág. 380.

<sup>193</sup> LUQUE PARRA, M.: *La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral*, Madrid, 2002, pág. 165.

<sup>194</sup> STS 23 julio 2001 (Rec. 452/1996).

<sup>195</sup> GOERLICH PESET, J.M.: «Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales», *AL*, núm. 8, 1997, pág. 146. *Contra*, MARTÍNEZ LUCAS, J.: *La responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Régimen legal. Criterios jurisprudenciales*, Valencia, 1996, pág. 24.

<sup>196</sup> BLASCO PELLICER, A.: *Sanciones administrativas en el orden social*, Valencia, 1998, pág. 41.

<sup>197</sup> GARCÍA MURCIA, J.: «La dispersa regulación de las contratas y subcontratas: propuestas de cambio», *DL*, núm. 68, 2003, pág. 137.

do sería, entonces, reconocer la responsabilidad propia y personal de cada empresario: la Administración, por incumplimiento de las obligaciones legales en la prevención de riesgos laborales de carácter imperativo o *ius cogens* que a ella se atribuyen<sup>198</sup>, el concesionario, por las infracciones por él cometidas, y los subcontratistas, por las que a ellos les corresponden<sup>199</sup>, imponiendo sanciones diferenciadas aun cuando tanto la Administración como el concesionario estén obligados a la vigilancia del cumplimiento de las normas de salud y seguridad en el trabajo<sup>200</sup>, razón por la cual no será difícil materializar la imputación de responsabilidad.

#### 7.4. Responsabilidad civil.

Como regla general, de la eventual responsabilidad civil, de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contratista o subcontratista de sus obligaciones preventivas solamente será responsable la Administración comitente «en el caso de haber incumplido su deber de vigilancia, no pudiendo exigirle –sin más– una responsabilidad civil solidaria, ya que ésta no se ha establecido expresamente en la Ley y la solidaridad no se presume»<sup>201</sup>. La conducta omisiva de la Administración comitente que incumple o cumple de modo deficiente e inadecuado los deberes de vigilancia y supervisión de la concesión, capaz de desencadenar consecuencias dañosas, debe conllevar la oportuna responsabilidad patrimonial y, por consiguiente, una deuda de reparación en favor del perjudicado<sup>202</sup>, no en vano, tal y como ha reconocido el Consejo de Estado<sup>203</sup> y el propio Tribunal Supremo<sup>204</sup>, la Administración debe resarcir a los particulares de los daños causados por concesionarios (o contratistas y subcontratistas)<sup>205</sup>.

Tradicionalmente, este tipo de responsabilidad ha presentado un carácter netamente subjetivo, en tanto precisa de un comportamiento culpable del agente incumplidor por mediar dolo (voluntad deliberada) o culpa (negligencia o imprudencia) en su actuar. Así lo recoge el propio CC, si bien de forma un tanto ambigua y asistemática, cuando requiere «dolo, negligencia o morosidad» en el cumplimiento de las obligaciones para la existencia de la responsabilidad contractual (art. 1.101) o «culpa o negligencia» para la aquiliana (art. 1.902). En el intento por establecer cri-

<sup>198</sup> STS Madrid 20 noviembre 2002 (AS 661).

<sup>199</sup> GARCÍA BLASCO, J.: *Infracciones y sanciones en materia laboral*, Madrid, 1989, pág. 163.

<sup>200</sup> DEL VAL TENA, A.: «La responsabilidad empresarial en contrata y subcontratas: del supuesto de hecho a la diversidad de regímenes», cit., pág. 111.

<sup>201</sup> SALA FRANCO, T.: «Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos», cit., pág. 1.030.

<sup>202</sup> SSTS, Civil, 27 junio 2001 (TOL 32408) y 2 marzo 2002 (TOL 154972).

<sup>203</sup> Dictámenes de 13 de julio de 1967 (34.689) o de 11 de julio de 1968 (35.551), entre otros.

<sup>204</sup> SSTS, Cont.-Admtivo., 2 abril 1985 (TOL 82314), 19 mayo 1987 (TOL 226698) y 11 febrero 1997 (TOL 194433).

<sup>205</sup> BOCANEGRA SIERRA, R.: «Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros», *REDA*, núm. 18, 1978, págs. 397 y ss. o REBOLLO PUIG, M.: «Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración; imputación o responsabilidad por hecho de otro», *Poder Judicial*, núm. 20, 1990, págs. 23 y ss.

terios a partir de los cuales valorar de la manera más objetiva posible si se ha observado la diligencia exigible, la normativa común de los contratos ha aludido de forma inveterada a la correspondiente «al buen padre de familia» (art. 1.104 CC), concepto que ha sido adaptado al supuesto ahora objeto de estudio para aludir a la diligencia debida por un «cuidadoso empresario»<sup>206</sup> o un «prudente empleador»<sup>207</sup> (utilizados estos términos en sentido atécnico) en el desarrollo de las tareas de prevención laboral y al objeto de evitar la producción de daños a los trabajadores atendiendo a las circunstancias concretas y las probabilidades de accidente. La inobservancia de las normas de protección de la seguridad y la salud en el trabajo puede dar lugar, por ende, a la responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, que sería exigible a la Administración comitente por culpa extracontractual caso de infringir sus propias obligaciones (art. 1.902 CC) u operar de modo negligente al no vigilar el cumplimiento por su contratista o subcontratista de la normativa sobre prevención de riesgos laborales (art. 1.903 CC, en conexión con el art. 24.3 LPRL)<sup>208</sup>. Por tal razón, y en atención a la importante responsabilidad que puede acarrear el incumplimiento de estas medidas para la Administración, resulta aconsejable la introducción de una modificación en la LCAP con el fin de que el cumplimiento por el concesionario de sus obligaciones de información y de establecimiento previo de mecanismos de coordinación previstas en la LPRL se convierta en una condición más a introducir entre los requisitos necesarios para ser licitador. Asimismo, tal previsión debería incorporarse en el contrato mercantil suscrito entre el concesionario y el subcontratista, de modo que su cumplimiento sea exigible para la perfección de la contrata y su inobservancia permita al adjudicatario desistir libremente de la misma<sup>209</sup>.

Sea como fuere, la imputabilidad de los daños sufridos a una pluralidad de sujetos determina, no obstante, una concurrencia de responsabilidades en la que, en principio, habrá que analizar el grado de participación de cada uno de los imputados para determinar su responsabilidad<sup>210</sup>. Así, el incumplimiento del *ius vigilandi*, con la consiguiente culpa que su desconocimiento o preterición comporta, puede conferir un título válido para imputar eventuales responsabilidades a la Administración siempre y cuando su actitud pasiva fue la que produjo los daños en una relación de causa a efecto y no concurra razón de fuerza mayor o causa de justificación que legitime como tal el perjuicio de que se trata<sup>211</sup>. No es

<sup>206</sup> STS, Civil, 4 abril 2000 (RJ 2506).

<sup>207</sup> STS 26 marzo 1999 (RJ 3521).

<sup>208</sup> SANTOR SALCEDO, H.: «Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales», cit., pág. 217.

<sup>209</sup> MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, cit., pág. 371.

<sup>210</sup> GARCÍA MURCIA, J.: «La responsabilidad civil en materia de seguridad y salud en el trabajo», *TL*, núm. 50, 1999, pág. 226.

<sup>211</sup> DAGNINIO GUERRA, A.: «Responsabilidad de la Administración», en AA.VV.: *Responsabilidades por riesgos laborales en la edificación*, Madrid, 1999, pág. 392. Tal y como ha señalado la jurisprudencia, «efectivamente, existe ya una doctrina jurisprudencial emanada de las sentencias de esta Sala, que puede estimarse como consolidada, que establece la tesis del riesgo acreditado, preexistente y concurrente que, en línea cuasi-objetiva minoradora del culpabilismo subjetivo, presupone una actuación voluntaria que obliga a extremar todas las precauciones y con mayor intensidad cuando puede estar en peligro la integridad física de las personas, entre las que cabe incluir las que suponen efectiva actividad material, como las de vigilancia, control y mantenimiento, a fin de evitar que se transforme en daño efectivo lo que consta como peligro potencial cierto, por resultar entonces adecuada la aplicación del artículo 1.902 del Código Civil, con la consecuente inversión de la carga de la prueba». STS, Cont.-Admto., 8 octubre 1996 (TOL 191663).

posible desconocer, sin embargo, una moderna tendencia latente en los pronunciamientos de los Tribunales a partir de la cual cabe atisbar en esta materia una progresiva objetivización de la responsabilidad en el intento de salvaguardar la posición jurídica del sujeto dañado, efectuando así «una interpretación socializadora del Derecho»<sup>212</sup>. A tal fin, aluden a la muy manida «teoría del riesgo», en virtud de la cual «cabe apreciar una evolución progresiva en materia de responsabilidad... debido a dos datos remarcables: a) un sistema de vida acelerado y de enorme interrelación... y b) la tendencia a maximizar la cobertura en lo posible de las consecuencias dañosas de la actividad humana. Lo anterior lleva inexorablemente a objetivar la responsabilidad, perdiendo importancia, en el campo sustantivo, la teoría culpabilística... (por mor de) una enorme ampliación de la obligación *in vigilando* y un *plus* en la diligencia normalmente exigible... aunque nunca de manera absoluta y radical»<sup>213</sup>.

Esta acusada tendencia a la objetivización de la responsabilidad implica, por un lado, una inversión de la carga de la prueba fundamentada en auténticas presunciones de culpabilidad<sup>214</sup>, de modo que, acreditado el resultado lesivo para el trabajador, se presumirá *ius tantom* la culpa de la Administración, a quien incumbirá demostrar que actuó con la diligencia debida<sup>215</sup>, hasta el punto de que el cumplimiento por ésta de determinadas normas preventivas no resultará suficiente si fueran irrelevantes para prevenir o evitar el daño<sup>216</sup>; por otro lado, los factores de exoneración de la responsabilidad de la Administración quedan relegados a la prueba por ésta no sólo del cumplimiento de las normas de prevención que a ella le afectan sino también de su actuación bajo parámetros de máxima diligencia<sup>217</sup> o, en su caso, a la demostración de que el resultado lesivo fue debido a fuerza mayor<sup>218</sup> o a culpa exclusiva de la víctima<sup>219</sup>. La infracción de la normativa de seguridad y salud laboral por parte del concesionario o de los contratistas o subcontratistas enervará únicamente la relación causal exigible cuando tuviera tal entidad que se manifestara como causa única del siniestro capaz de excluir cualquier posibilidad de imputación de responsabilidad a los poderes públicos; en otro caso, la responsabilidad administrativa persistiría, sin perjuicio de la moderación y distribución equitativa de la carga del resarcimiento derivada del hecho lesivo tras el ejercicio de la posible acción de regreso (art. 1.904 CC)<sup>220</sup>.

Pese a la buena intención de la interpretación anterior en aras a favorecer los derechos de las víctimas, si la Administración no pudo, utilizando una diligencia máxima, objetiva y profesio-

<sup>212</sup> STS, Civil, 12 julio 1999 (RJ 4772).

<sup>213</sup> SSTS, Civil, 2 marzo 2000 (RJ 1304). En parecido sentido, SSTS, Civil, 19 noviembre 1999 (RJ 82191) y 6 abril 2000 (RJ 2508).

<sup>214</sup> STS, Civil, 17 julio 2003 (RJ 6575).

<sup>215</sup> STS, Civil, 12 julio 1999 (RJ 4772).

<sup>216</sup> SSTS, Civil, 8 octubre 1984 (Ar. 4762), 27 febrero 1992 (Ar. 1246) y 5 diciembre 1995 (Ar. 9259).

<sup>217</sup> SSTS, Civil, 1 octubre y 19 diciembre 1998 (RJ 7556 y 9646).

<sup>218</sup> SSTS, Civil, 10 y 22 noviembre 1999 (RJ 8055 y 9242) o 4 abril 2000 (RJ 2506).

<sup>219</sup> SSTS, Civil, 9 mayo y 18 junio 1995 (Ar. 3629 y 5713), 31 octubre y 28 noviembre 1998 (RJ 8164 y 9242), 8 marzo y 22 noviembre 1999 (RJ 2249 y 8297) y 11 junio 2004 (RJ 4639).

<sup>220</sup> DAGNINO GUERRA, A.: «Responsabilidad de la Administración», en AA.VV.: *Responsabilidades por riesgos laborales en la edificación*, cit., pág. 392.

nal, detectar el incumplimiento de los restantes empresarios involucrados en la explotación de la concesión, ya sean éstos otros subcontratistas, ya sea, como sucede con más frecuencia, el propio concesionario, el acaecimiento del daño debe considerarse como un hecho impeditivo de su obligación de prevención, imprevisible o inevitable, quedando liberada de toda responsabilidad <sup>221</sup>, no en vano a la «Administración le corresponde un deber general de supervisión del cumplimiento del contrato pero no un deber (cuasipolicial) específico de seguimiento de la total actividad del contratista» <sup>222</sup>. Como bien ha sentado la doctrina de los Tribunales, «este deber de vigilancia no puede interpretarse como una obligación de carácter absoluto sino relativo, que alcanzaría a todo aquello que razonablemente (a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso) pueda ser objeto de fiscalización. Se trataría, pues, de una obligación razonable de supervisión... de la planificación y ejecución de sus obligaciones preventivas, sin que pueda exigírsele un control diario y permanente de la empresa contratista o subcontratista, lo cual iría probablemente en contra de la idea misma de descentralización productiva perseguida por la concesión» <sup>223</sup>. La Administración no sería responsable, por tanto, en el caso de demostrar que ha cumplido razonablemente con su deber de vigilancia, debiendo superar aquella interpretación consolidada en la práctica tendente a extender a ésta la responsabilidad solidaria en todos los casos de siniestro, dada su mayor solvencia económica <sup>224</sup>.

Otra cosa es que en los casos en que la Administración deba ser considerada responsable *in solidum*, en tanto en cuanto se trata de una persona jurídica, los hechos desencadenantes de dicha responsabilidad puedan ser imputados en muchos supuestos a las personas físicas que se encuentren a su servicio o que actúen en su nombre. Habrá casos en que los daños indemnizables deriven de la propia organización administrativa, o del funcionamiento de hecho del servicio público correspondiente, sin posibilidad de achacarlos a una persona concreta, pero en otros muchos podrán ser atribuidos a las autoridades o al personal al servicio de la Administración, sea en régimen laboral, sea en régimen administrativo (disposición adicional quinta LCAP), lo cual ha planteado tradicionalmente graves problemas para determinar el destinatario final de las reclamaciones de responsabilidad <sup>225</sup>. Para dar respuesta a esta espinosa cuestión, se ha introducido en el ordenamiento español la posibilidad de que los afectados exijan «directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados» (art. 145 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –LRJAP–), pudiendo ésta exigir después «de oficio a sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia graves» (art. 145.2 LRJAP),

<sup>221</sup> CALVO GALLEGO, F.J.: *La obligación general de prevención y la responsabilidad civil o contractual del empleador*, Pamplona, 1998, pág. 113.

<sup>222</sup> SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, cit., pág. 215. En el mismo sentido, MUÑOZ MACHADO, S.: *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1992, págs. 119 y ss. o, por extenso, MIR PUIGELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, Madrid, 2002.

<sup>223</sup> STSJ Cataluña 4 junio 1994 (Rec. 3317/1994).

<sup>224</sup> SALA FRANCO, T.: «Los efectos laborales de la contratación o subcontratación de obras o servicios: puntos críticos», cit., pág. 1.030.

<sup>225</sup> LEGUINA VILLA, J.: *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Madrid, 1970, págs. 213 y ss.

valorando para ello, entre otros criterios, «el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso» (art. 145.3 LRJAP).

En fin, amparada por la confusa redacción del apartado 5 del artículo 15 LPRL, que posibilita el aseguramiento de las responsabilidades que pudieran derivarse de la inobservancia de los deberes de seguridad, la Administración pública suele exigir a sus contratistas en los pliegos de condiciones administrativas la concertación de pólizas de seguro como forma más idónea de eximirse de responsabilidades sobre los riesgos derivados del trabajo <sup>226</sup>. Esta práctica, si bien permitida legalmente, debe ser matizada en cuanto a su alcance, pues el aseguramiento privado impuesto a los adjudicatarios de concesiones administrativas en ningún caso puede liberar a la Administración contratante de sus deberes de información, vigilancia y cooperación en materia de seguridad y salud, de forma que la única responsabilidad susceptible de aseguramiento será la civil, manteniéndose, en todo, las responsabilidades públicas de carácter sancionador que no son asegurables <sup>227</sup>.

### 7.5. Reparto de responsabilidades.

De acuerdo con el mecanismo de la responsabilidad solidaria anteriormente descrito queda asegurada la reparación del trabajador perjudicado, quien podrá dirigirse frente a cualquiera de los responsables (normalmente lo hará frente a la Administración, y no frente a los contratistas y subcontratistas, por ofrecer mayores garantías de solvencia), debiendo cada uno de éstos responder por la totalidad de la deuda, sin perjuicio de repetir frente al resto las partes proporcionales correspondientes a cada uno <sup>228</sup>. Queda sin resolver, no obstante, cómo ha de distribuirse el *quantum* indemnizatorio en la relación interna entre los diversos sujetos responsables, pues no existe norma expresa que aporte luz al problema. Tan sólo el artículo 116.1 CP, al tratar la responsabilidad patrimonial derivada de delito, alude a cómo «si son dos o más los responsables... los Tribunales señalarán la cuota de la que deba responder cada uno». Sin embargo, ni las propias sentencias penales suelen –como deberían– establecer la cuota de responsabilidad de cada condenado (limitándose a proclamar su solidaridad, *ex art.* 116.2 CP), ni mucho menos las sentencias dictadas por los órdenes jurisdiccionales civil o social y, cuando excepcionalmente lo hacen, establecen criterios tan toscos como repartir a partes iguales el monto de la indemnización entre los diversos sujetos responsables» <sup>229</sup>.

El panorama deja sumida en la incertidumbre a la Administración, que forzada por una reclamación singular, haya debido adelantar la totalidad de la indemnización. La lógica hace abogar por dos conclusiones: de un lado, en tanto en cuanto las obligaciones y responsabilidades empresariales derivadas del artículo 24 LPRL tienen carácter indisponible, procede determinar la nulidad o, cuan-

<sup>226</sup> MOLINER TAMBORERO, G.: «La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales», *AL*, núm. 19, 1996, págs. 407-408.

<sup>227</sup> OLMO GASCÓN, A.M.: *Los derechos laborales del trabajo en contratos*, Granada, 2002, pág. 218.

<sup>228</sup> STS, Civil, 26 noviembre 1993 (RJ 6993).

<sup>229</sup> STSJ País Vasco 21 octubre 2003 (AS 3677).

to menos, la irrelevancia de las cláusulas pactadas entre el adjudicatario de la concesión y el contratista o subcontratistas con el fin de eludir las subsiguientes responsabilidades introduciendo sistemas fraudulentos de reparto de responsabilidades, conducta que, por otra parte, resulta sancionable administrativamente (arts. 2.2 LPRL y 42.3.3.º LISOS). De otro, ha de ser la propia sentencia la encargada de fijar el reparto entre los diferentes sujetos responsables, teniendo en cuenta factores tales como el grado de exigencia de las obligaciones de seguridad de cada sujeto respecto del perjudicado o el grado de culpabilidad en su comportamiento. En caso contrario, la fase de ejecución de sentencias podría ser también un momento procesal oportuno, quizá aprovechando la ductilidad concedida por el artículo 236 LPL<sup>230</sup>. Menos apropiado parece forzar al interesado a buscar el reparto en un proceso independiente, respecto del cual no podría ya entenderse competente al orden social de la jurisdicción.

## 7.6. Recargo de prestaciones.

El incumplimiento de alguno de los deberes preventivos por parte de la Administración comitente que guarde relación de causa-efecto con el accidente sufrido por un trabajador del contratista infractor de la normativa sobre seguridad laboral puede dar lugar, también, a una responsabilidad conjunta y solidaria de ambos empresarios (Administración y concesionario) respecto del recargo de prestaciones económicas derivadas del accidente o la enfermedad profesional producidos en el centro de trabajo de la comitente durante la vigencia de la contrata<sup>231</sup>. Dicha ampliación de los contornos de la responsabilidad empresarial, no prevista expresamente en el artículo 123 LGSS, ha sido refrendada por el propio Tribunal Constitucional y mantenida por los Tribunales ordinarios habida cuenta la capacidad de disposición del empresario principal (la Administración) sobre el medio físico donde acontece el accidente y los beneficios fruto del trabajo ajeno obtenidos por aquél<sup>232</sup>.

En efecto, el artículo 123 LGSS establece un recargo de las prestaciones económicas de la Seguridad Social (entre un 30 y un 50%) que tengan su origen en accidente de trabajo o enfermedad profesional, cuando se hayan producido por infracción de las normas de seguridad en el trabajo<sup>233</sup>. Dos son los elementos esenciales de esta responsabilidad: por un lado, que se produzca una «lesión» capaz de dar lugar a su vez a la calificación de accidente de trabajo o enfermedad profesional y que

<sup>230</sup> TASCÓN LÓPEZ, R.: *La ejecución de obligaciones de hacer y no-hacer en el orden social de la jurisdicción*, Granada, 2005, págs. 68 y ss.

<sup>231</sup> SANTOR SALCEDO, H.: «Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales», cit., pág. 217.

<sup>232</sup> STCo 81/1995, de 5 de junio o SSTS 18 abril 1992 (RJ 4849), 16 diciembre 1997 (RJ 9320) y 5 mayo 1999 (RJ 4705).

<sup>233</sup> Por todos, MONEREO PÉREZ, J.L.: *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1992; PURCALLA BONILLA, M.A.: *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral. Análisis crítico de su configuración jurídico-positiva*, Granada, 2000; SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *El recargo de prestaciones*, Pamplona, 2001 o CARDENAL CARRO, M. y HIERRO HIERRO, F.J.: *El recargo de prestaciones*, Albacete, 2005.

origene una situación protegida por el sistema de Seguridad Social mediante prestaciones económicas (incapacidad, muerte y supervivencia, etc.), lesión que debe ser corporal o física, pudiendo ser, además, repentina (accidente) o de generación más lenta o soterrada (a modo de enfermedad). Por otro lado, que dicha lesión se produzca, precisamente, por el incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo (desde medidas generales, incluido el deber genérico de protección eficaz, hasta las más específicas, como las referidas al acondicionamiento de locales, los equipos de protección o el uso de máquinas y herramientas, por citar sólo algunos ejemplos), de modo que haya nexo de causalidad entre esta infracción y aquel resultado<sup>234</sup>. Son numerosos los problemas que esta institución centenaria «viene planteando a la doctrina y a la jurisprudencia: naturaleza jurídica, cuantía, responsables del pago, procedimiento de imposición, recaudación, prohibición de aseguramiento, compatibilidad de responsabilidades o tramitación procesal»<sup>235</sup>. Un estudio de todos ellos excede lógicamente de las pretensiones de este trabajo, razón por la cual únicamente cabe hacer referencia a aquellos aspectos de singular relevancia para determinar la posible extensión de la aplicación de dicho recargo a la Administración comitente:

El criterio determinante de la imposición del recargo, de acuerdo con la doctrina clásica del Tribunal Supremo, es el concepto de empresario infractor y no, el más amplio, de empleador<sup>236</sup>, no en vano ha de ser el propio incumplidor quien afronte el incremento proporcional de la prestación<sup>237</sup>: «se trata de determinar qué empresarios incumplieron sus obligaciones preventivas, siempre y cuando dicho incumplimiento esté en la cadena causal del accidente, de forma que han de ser declarados responsables solidarios del recargo sólo aquellos a los que sea imputable un incumplimiento que se encuentre en dicha cadena causal y no aquellos otros a los que tal tipo de incumplimiento no sea imputable»<sup>238</sup>. La responsabilidad en el pago del recargo es, pues, intransferible<sup>239</sup> y recae directamente sobre el «empresario infractor», que no puede constituir aseguramiento del mismo, de ahí que dicha responsabilidad pueda alcanzar a la Administración, no por el hecho de participar en una relación interempresarial calificada como contratación o subcontratación, sino

<sup>234</sup> GARCÍA MURCIA, J.: «El TRLISOS en relación con otros órdenes sancionadores en materia de prevención de riesgos laborales: responsabilidad penal, responsabilidad de Seguridad Social y responsabilidad civil», en AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J. y MONEREO PÉREZ, J.L., Dirs.): *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Granada, 2006, pág. 583.

<sup>235</sup> CÁMARA BOTIA, A.: «Cuestiones generales (II)», en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., Coord.): *Doctrina del TSJ Madrid sobre Seguridad Social (1989-2000)*, Pamplona, 2002, pág. 77.

<sup>236</sup> Entre muchas, SSTS 16 diciembre 1997 (RJ 9320), 5 mayo 1999 (RJ 4705) o 29 abril 2004 (RJ 4491).

<sup>237</sup> Afirmando sin fisuras cómo la responsabilidad solidaria del comitente no puede extenderse al recargo, por su carácter personal, STCT 18 septiembre 1984 (Ar. 6957) o STSJ Cataluña 4 junio 1994 (Ar. 2542).

<sup>238</sup> «La responsabilidad solidaria del empresario principal debe ser matizada, vinculándola a la idea de empresario infractor del artículo 123 LGSS y de esta forma la responsabilidad de la empresa (léase Administración) ha de unirse a una conducta negligente o inadecuada, o a la carencia de cuidados precisos por parte de la misma, o la no adaptación de medidas evitadoras del riesgo que, de alguna manera, le sean imputables». SSTS 18 abril 1992 (RJ 4849), 17 diciembre 1997 (Ar 9320), 5 mayo 1999 (RJ 4705) o 22 noviembre 2002 (RJ 510/2003).

<sup>239</sup> CARRILLO MÁRQUEZ, D.: «Descentralización productiva y recargo por falta de medidas de seguridad e higiene», *AL*, 1999, T. III, pág. 4.481.

únicamente por ser empresario incumplidor<sup>240</sup>, no en vano la calificación de empresario infractor va a incluir no sólo al empleador directo del trabajador afectado, sino también a la Administración o a ambos, en función de que exista una conducta descuidada, negligente o pasiva de cualquiera de ellos<sup>241</sup>.

Para integrar el supuesto descrito y atribuir responsabilidad solidaria por recargo de prestaciones a la Administración es menester, pues, que concurra una infracción empresarial de normas sobre seguridad y salud, lo cual constituye el comportamiento (doloso o culposo) generador del recargo<sup>242</sup>, pues, como es conocido, no cabe, en principio, la responsabilidad solidaria administrativa sin concurrencia de dolo o culpa<sup>243</sup>. Para poder exigir el recargo con carácter solidario al Ente público será preciso, por tanto, un incumplimiento por su parte, proporcionado por una conducta negligente, inadecuada o por la falta de la atención precisa o no establecimiento de las medidas evitadoras del riesgo<sup>244</sup>. En definitiva, la cuestión se sitúa, de conformidad con lo que viene estableciendo tradicionalmente el Tribunal Supremo<sup>245</sup>, no tanto en la posibilidad de extender una responsabilidad exclusiva del contratista hacia la Administración, sino en entender que es el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del Ente público en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad de la Administración para todos los que prestan servicios en un conjunto de prestación de servicios públicos que se encuentra bajo su control<sup>246</sup>. La eventual solidaridad de la responsabilidad entre la Administración y el adjudicatario de la concesión en el abono del recargo no reside, a la postre, en una extensión objetiva hacia la primera de dicha responsa-

<sup>240</sup> SSTS 18 abril 1992 (RJ 4849) y 16 diciembre 1997 (RJ 9320).

<sup>241</sup> DEL VAL TENA, A.L.: «La responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas: del supuesto de hecho a la diversidad de regímenes», en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Coord.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: el outsourcing*, cit., pág. 112.

<sup>242</sup> SSTS 4 febrero y 27 abril 1997 (RJ 677 y 3399). En la doctrina, GARCÍA BLASCO, J. y GONZÁLEZ LABRADA, M.: «Otras responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo», cit., pág. 347 o GARCÍA MURCIA, J.: *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Pamplona, 1998, pág. 144.

<sup>243</sup> GARCÍA PIQUERAS, M.: *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas de obras o servicios*, Valencia, 1998, pág. 55. En la doctrina judicial, SSTS 18 abril 1992 (Ar. 4849) y 16 diciembre 1997 (Ar. 9320). Así, cuando el accidente tenga lugar en el centro de trabajo de dicho empresario prestando servicios correspondientes a la propia actividad de éste, STS 18 abril 1992 (Ar. 4849) o STSJ Castilla-La Mancha 18 mayo 1995 (Ar. 2129). Si bien otras sentencias endurecen los requisitos para poder hablar de responsabilidad solidaria condicionando la posibilidad de exigencia de la misma a que el empresario principal, con su infracción de medidas de seguridad y salud, haya sido elemento decisivo en la producción del accidente o en el daño ocasionado, STSJ Navarra 18 julio 1997 (Ar. 2538).

<sup>244</sup> STS 18 abril 1992 (Ar. 4849).

<sup>245</sup> SSTS 16 diciembre 1997 (RJ 9320) y 5 mayo 1999 (RJ 4705).

<sup>246</sup> BLASCO PELLICER, A.: *La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de Seguridad Social*, Pamplona, 2005, pág. 53.

bilidad, sino en una imputación subjetiva conjunta de la infracción de los deberes en que se fundamenta el encargo <sup>247</sup>.

Esta sencilla construcción se corresponde perfectamente, además, con una función estimuladora de la observancia de las referidas reglas de seguridad y salud <sup>248</sup>: si ésta impera, el recargo no podrá devengarse. Incluso en términos estrictamente de costes económicos, la construcción es clara: invirtiendo en seguridad se ahorra en reparación de siniestros, máxime cuando el recargo no es susceptible de constituir objeto de aseguramiento <sup>249</sup>, debiendo el empresario responsable asumir con carácter exclusivo la responsabilidad derivada de la infracción de la normativa aquí analizada. La responsabilidad materializada en el recargo no es objetiva ni implica un deber de protección absoluto, sino que se basa en la idea de culpa, y por eso no entra en juego automáticamente ante un accidente laboral que lesione la vida o seguridad del trabajador, pues el empresario no está obligado a evitar todo riesgo, sino a reducir las causas que lo producen al mínimo compatible con el trabajo, siguiendo al respecto las previsiones legales, reglamentarias y convencionales, y optando siempre por elegir el mejor medio de protección según las posibilidades técnicas <sup>250</sup>, razón por la cual la Administración responderá, en última instancia, según el alcance de su participación en la infracción de las respectivas obligaciones <sup>251</sup>.

Siguiendo con tal razonamiento, no existiría responsabilidad empresarial de la Administración únicamente cuando el evento tuviera lugar de manera fortuita, por imprudencia del trabajador, o cuando éste realice trabajos para los que no esté autorizado, ni le hayan sido encomendados siempre y cuando estas conductas rompan el nexo causal entre la infracción empresarial y el accidente o daño sufrido. En este sentido, al requerir el recargo la existencia de culpa o negligencia por parte de la Administración, se ha suscitado jurisprudencialmente el problema de la concurrencia de culpas y la incidencia que la negligencia del trabajador accidentado pueda tener en la responsabilidad por recargo de prestaciones atribuible a esta última, exigiéndose una ponderada valoración de las circunstancias concretas de cada caso <sup>252</sup>. Para la mayoría de la doctrina judicial, la conducta negligente o la imprudencia temeraria del trabajador excluye la responsabilidad del empresario en relación con el recargo por falta de medidas de seguridad e higiene porque, obviamente, rompe la relación de cau-

<sup>247</sup> GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «Los sujetos responsables de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social en los supuestos de contratas y subcontratas», *RL*, núm. 4, 2000, pág. 245 o ALFONSO MELLADO, C.L.: «El recargo de las prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene», *TS*, núm. 101, 1999, pág. 20.

<sup>248</sup> GARCÍA ORTEGA, J.: «El recargo de prestaciones económicas por accidente de trabajo o enfermedad profesional», *TS*, núm. 125, 2001, pág. 55.

<sup>249</sup> STSJ Galicia 5 noviembre 1991 (AS 6062).

<sup>250</sup> STSJ País Vasco 15 abril 1998 (AS 2026).

<sup>251</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1992, pág. 89 y ss. y FERNÁNDEZ GRANADOS, M.: «El empresario como sujeto responsable en el recargo de prestaciones: una perspectiva jurisprudencial», en AA.VV.: *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Granada, 1996, págs. 745 y ss.

<sup>252</sup> GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: *Culpa y riesgo en la responsabilidad civil por accidentes de trabajo*, Madrid, 2004, págs. 194 y ss.

salidad entre la infracción de medidas de seguridad y el evento dañoso, de forma que el accidente de trabajo sucede por dicha imprudencia y no por falta de adopción de las medidas de seguridad y salud por la parte empresarial <sup>253</sup>. Ahora bien, para que se produzca la ruptura del nexo causal con la oportuna exoneración de la Administración, la doctrina mayoritaria se inclina en el supuesto de concurrencia de culpas por negar la procedencia del recargo únicamente «cuando sea de mayor importancia (o sea preponderante) la conducta del accidentado a los efectos causales del accidente» <sup>254</sup>, siendo excepcionales las resoluciones que tienen en cuenta la imprudencia simple del trabajador y, cuando ésa concurre con el incumplimiento por parte del empresario (el Ente público en este caso) de la legislación de seguridad y salud en el trabajo, aplican el principio de compensación de culpas, no exonerando de la responsabilidad empresarial del recargo cuando la conducta imprudente del trabajador no rompe el nexo causal <sup>255</sup>.

Otra cosa es que haya que evitar al máximo la posibilidad de que la entrada en escena de dichos procedimientos o títulos de pedir (distintas responsabilidades, en definitiva) produzca contradicciones o divergencias a la hora de identificar o valorar un determinado incumplimiento, lo cual ha motivado la introducción de unas exigencias mínimas de articulación <sup>256</sup>. Tal vez la más ostensible sea la que recoge el artículo 42.5 LISOS, de conformidad con el cual «la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales vincula al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de Seguridad Social». Esta previsión tiene su origen, a fin de cuentas, en la cercanía entre el «recargo de prestaciones», típico de la Seguridad Social, y la sanción administrativa por incumplimiento, desde el momento en que uno y otra requieren, como presupuesto habilitante, la infracción de «las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo», por utilizar el conocido inciso del artículo 123 LGSS. A pesar de la complejidad jurídica del recargo de prestaciones, nunca se ha puesto en duda la competencia del orden jurisdiccional social para la revisión de las resoluciones que lo establecen, atendiendo a su vertiente prestacional, aunque la ejecución recaudatoria por parte de la Tesorería sea labor fiscalizable por la jurisdicción contenciosa <sup>257</sup>. Ahora bien, esta interpretación, en virtud de la cual la jurisdicción social entendería de los litigios relativos a la imposición del recargo de prestaciones derivado de un incumplimiento de la normativa preventiva, entraría en contradicción con el hecho de que la jurisdicción contencioso-administrativa sea todavía competente para revisar la imposición de sanciones en materia de prevención de riesgos laborales. Dada la compatibilidad existente entre la responsabilidad administrativa y el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, se hizo necesario, entonces, establecer un mecanismo procedimental a efectos de conse-

<sup>253</sup> STS 21 abril 1998 (RJ 3010) y SSTSJ Castilla y León/Valladolid 15 noviembre 1994 (AS 4428) o La Rioja 3 febrero 2000 (AS 1046).

<sup>254</sup> STSJ Andalucía 9 octubre 1992 (AS 6571) o Cantabria 27 noviembre 1992 (AS 5595).

<sup>255</sup> STS 6 mayo 1998 (RJ 4096).

<sup>256</sup> GARCÍA MURCIA, J.: «El TRLISOS en relación con otros órdenes sancionadores en materia de prevención de riesgos laborales: responsabilidad penal, responsabilidad de Seguridad Social y responsabilidad civil», cit., pág. 586.

<sup>257</sup> FERNÁNDEZ VILLAZÓN, J.L.: *Distribución y delimitación de competencias entre la jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa*, Valladolid, 2001, págs. 467 y ss.

guir la coordinación en la exigencia de las responsabilidades, considerando preferentes a los hechos declarados probados en la sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo frente al litigio que pueda tramitarse en la jurisdicción social en relación al recargo de prestaciones.

Esta solución no es, sin embargo, del todo satisfactoria, pues la firmeza de la resolución dictada por la jurisdicción contencioso-administrativa es normalmente posterior en el tiempo a la resolución del orden jurisdiccional social, de modo que la cronología de pronunciamientos judiciales será inversa a la prevista en la norma<sup>258</sup>. Una deseable opción de futuro podría ser la siguiente: si la jurisdicción social pasara a ocuparse (como así debería de ser) de las sanciones administrativas ligadas al incumplimiento empresarial de medidas preventivas, podría o bien acumularse de modo forzoso ese proceso al que se sustancie por recargo también ante dicha jurisdicción, o bien establecerse fórmulas de prejudicialidad suspensiva entre ambos procedimientos.

### 7.7. Jurisdicción competente.

Tal solución *de lege ferenda* obliga a efectuar una reflexión más pausada sobre la jurisdicción competente para conocer de los incumplimientos por parte de la Administración (empresario principal en los casos de subcontratación de concesiones administrativas) de la normativa preventiva: el principal problema que plantea la atribución de la competencia al orden social o al orden contencioso-administrativo radica en el hecho de que, mientras el primero toma como referencia un elemento objetivo –el objeto o la materia sobre la que versa el conflicto referido al ámbito material o social–, el segundo acude como referente a un elemento subjetivo –la intervención en el tráfico jurídico de la Administración como poder público que se relaciona con la sociedad civil–<sup>259</sup>. Decir que la jurisdicción contenciosa conoce de la impugnación de los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo y la social sobre las controversias encuadrables en la rama social del Derecho es desplazar el problema al relativo a la fijación de límites entre el propio Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo<sup>260</sup>. El conflicto está, pues, servido desde el momento en el que, como ocurre en el caso aquí analizado, coinciden en un litigio el elemento material y el elemento subjetivo, cuestión que afecta a la intervención de la Administración –elemento subjetivo–, pero aplicando normativa inserta dentro de la rama social del Derecho –elemento objetivo–<sup>261</sup>.

Ahora bien, concurren razones formales suficientes para concluir que atendiendo a lo dispuesto en el artículo 2 e) LPL, de conformidad con el cual corresponde a la jurisdicción social el conoci-

<sup>258</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Artículo 42. Responsabilidad empresarial», cit., pág. 566.

<sup>259</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Deficiencias del proceso social y claves para su reforma*, Madrid, 2001, pág. 39.

<sup>260</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: *Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo*, Valencia, 1996, págs. 5 y ss. o FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: *Distribución y delimitación de competencias entre la jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa*, cit., pág. 129.

<sup>261</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «Viejos y nuevos conflictos en las fronteras entre la jurisdicción laboral y la contencioso-administrativa», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y MIRÓN HERNÁNDEZ, M.M., Coords.): *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Madrid, 2000, págs. 55-56.

miento de las «reclamaciones contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral», debe ser este orden jurisdiccional el competente, pues, sin duda, las normas de seguridad y salud son normas laborales<sup>262</sup>. Razones de eficacia y oportunidad justifican, como solución más adecuada, que la competencia se atribuya al orden social<sup>263</sup>, desde los siguientes tres puntos de vista: de índole subjetiva, con base en el principio *pro operario* del Derecho del Trabajo; de carácter objetivo, al contar con un conocimiento más exacto de la normativa de seguridad y salud; en fin, de naturaleza procesal, en la medida en que su tramitación es mucho más rápida y más barata que la del orden contencioso-administrativo<sup>264</sup>. Cabe adoptar, en definitiva, un concepto global de «responsabilidad laboral» capaz de abarcar toda indemnización debida por el empresario, sea público o privado, por los daños causados a los trabajadores como consecuencia de un incumplimiento de la normativa social<sup>265</sup>, no en vano lo verdaderamente trascendente es la naturaleza laboral de los preceptos cuya violación se encuentra en la base de estas previsiones<sup>266</sup>.

### 7.8. Especial referencia a la subcontratación en la construcción de obras públicas.

Singular atención merece la, cada vez más frecuente, descentralización de la actividad constructiva por el contratista de la Administración, debido a los problemas específicos que, en materia de seguridad y salud de los trabajadores, presenta, no en vano este sector encabeza año tras año las estadísticas de accidentes laborales<sup>267</sup>.

La edificación de infraestructuras para la Administración por empresarios privados obliga a hacer referencia, aun cuando sea sucinta, al régimen jurídico previsto en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, sobre disposiciones mínimas en materia de seguridad y salud en el sector de la construcción, de aplicación tanto a las obras privadas como –por lo que aquí interesa– a las públi-

<sup>262</sup> SSTs 24 mayo 1994 (Ar. 4296), 30 septiembre 1997 (Ar. 6853) o 2 enero 1998 (Ar. 3250).

<sup>263</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «El control judicial de los actos de la Administración laboral: la cuestión de las jurisdicciones laboral y contencioso-administrativa», *RL*, 1990, T. III, págs. 204-205.

<sup>264</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Delimitación de competencias entre los órdenes contencioso-administrativo y social en materia de Seguridad Social: responsabilidad en la gestión de la Seguridad Social, Seguridad Social de los funcionarios públicos y materias afines a la Seguridad Social», en AA.VV.: *Problemas de delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social de relaciones laborales en el sector público. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1993, pág. 276.

<sup>265</sup> SSTs 30 septiembre 1997 (RJ 6853), 23 junio 1998 (RJ 578), 1 diciembre 2003 (RJ 2004/1168) y 2 junio 2005 (Rec. 786/2004). En parecido sentido, SSTSJ La Rioja 18 mayo 2000 (AS 2330) o Galicia 23 junio 2000 (AS 1708).

<sup>266</sup> NAVARRO NIETO, F.: *Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales*, Albacete, 2005, pág. 171.

<sup>267</sup> ANDIUAZ ARRIOLA, R.: «El Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las condiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción», en AA.VV.: *Responsabilidades por riesgos laborales en la edificación*, Madrid, 1999, págs. 397 y ss.

cas <sup>268</sup>, en las cuales se realicen cualesquiera de los trabajos de construcción o ingeniería civil, con la más significativa exclusión de las actividades extractivas a cielo abierto, subterráneas o por sondeo, que se regirán por su normativa propia <sup>269</sup>.

### 7.8.1. Diversidad de sujetos intervinientes en el proceso de edificación de la infraestructura.

Las medidas de prevención contenidas en el Real Decreto 1627/1997 (unido a una pléyade ingente de disposiciones de distinto orden normativo, instrucciones técnicas, la guía del Instituto de Seguridad e Higiene en el Trabajo y, como es lógico –en función de la naturaleza de los trabajos, dimensiones u otras circunstancias particulares de las obras–, la práctica totalidad del resto de normas generales y específicas) se ordenan, dejando de lado las particularidades técnicas del trabajo en las obras, teniendo en cuenta la presencia de trabajadores de distintos empresarios prestando servicios en un mismo espacio físico. Como bien dice el preámbulo de este Real Decreto, «en las obras de construcción intervienen sujetos no habituales en otros ámbitos», como el promotor, el proyectista, el contratista y el subcontratista, lo cual hace necesario incorporar la coordinación entre todos ellos al elenco de medidas que han de adoptar para generar un ambiente más seguro del que carecen las obras sean privadas o sean públicas <sup>270</sup>.

Ante la ingente variedad subjetiva, el Real Decreto citado responde implicando a todos en el diseño de la prevención, primero, y en la ejecución y la responsabilidad, después. En el diseño de la prevención, la norma centra en el promotor, proyectista y coordinador una serie de obligaciones tendentes a integrar la prevención de riesgos en el momento mismo de concepción de los trabajos, generando un núcleo compuesto de responsabilidad al efecto. En la ejecución de la obra, la norma integra a los contratistas y subcontratistas y aun a los trabajadores autónomos (art. 2.3 RD 1627/1997), bajo la coordinación del sujeto designado a tal fin por el promotor (arts. 8.3 y 9 RD 1627/1997), en un conjunto sometido a los parámetros más altos de diligencia <sup>271</sup>. Rubricando esa unidad impuesta, el artículo 11.2 y 3 de este Real Decreto instaura la responsabilidad de todos ellos en términos que no dejan margen a la exclusión: los contratistas y subcontratistas se someten a la responsabilidad específica en materia de prevención de riesgos laborales que se sobrepone a la general solidaria del artículo 42 ET y que no resulta exonerada por la eventual concurrencia de responsabilidad de los coordinadores, de la dirección facultativa o del promotor (art. 11.3). Se trata, así, de integrar, por el lado de la prevención de riesgos, una de las más notorias lagunas del artículo 42 ET y en los mismos términos que éste: declarando la responsabilidad solidaria de todos los implicados <sup>272</sup>.

<sup>268</sup> STSJ Murcia 9 febrero 2001 (JUR 116851).

<sup>269</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 11 enero 2005 (JUR 33425).

<sup>270</sup> CASTRO SÁNCHEZ, M.A.: *Manual de prevención de riesgos en la construcción*, Madrid, 2004, págs. 15 y ss.

<sup>271</sup> GARRIDO HERNÁNDEZ, A.: *La seguridad laboral en la construcción. ¿Una meta inalcanzable?*, Madrid, 2005, págs. 222 y ss.

<sup>272</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar», en AA.VV. (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., Coord.): *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Madrid, 2004, pág. 90. Por todas, STS 22 julio 1994 (Ar. 5525).

Este brevísimos resumen del diseño normativo de obligaciones *ex* Real Decreto 1627/1997 pone de manifiesto hasta qué punto, en el área de la construcción, se diseña un modelo de empresariado inserto en una escala en cierto modo piramidal, donde las fronteras entre empresas –y aun entre empresas y trabajadores autónomos– quedan dibujadas en aras de alcanzar la más perfecta coordinación y ejecución de las obras, en este caso públicas, en un ambiente de máxima seguridad. La idea unificadora es aquí «el proyecto» de la obra, la figura de referencia es el promotor, que no es calificado de empresario en el contexto del contrato de trabajo de los trabajadores comprometidos en la obra, pero que modula las obligaciones de los que sí lo son y, a través la figura del coordinador, da instrucciones que para esos empresarios son verdaderamente vinculantes, no sólo porque de su inobservancia puede deducirse un tipo de responsabilidad civil, sino también porque derivaría de esta inobservancia una responsabilidad administrativa del más alto grado <sup>273</sup>.

Resulta difícil entender entonces que la relación de trabajo se desarrolla sólo entre el empresario formal y el trabajador y que los poderes empresariales se concentran en el interior de esos márgenes formales. El entrelazamiento de derechos y obligaciones, facultades y sanciones que diseña el Real Decreto mencionado muestra hasta qué punto, al menos en relación con los riesgos profesionales, la posición de empleador –como polo de referencia en materia de obligaciones en materia preventiva– se enriquece con el concurso de una pluralidad de sujetos, con los que ha conectado a través de pactos cuya existencia es inmediatamente relevante para los trabajadores por ministerio de la Ley. De ahí el sucederse obligaciones de mutua información, de preparación de los trabajadores, de formación de los mismos, etc., que son formas de conectar a los diversos sujetos implicados en un polo subjetivo, el del empleador, que de esta forma queda extendido, aunque sea sin afirmarlo o pretenderlo previamente. Existe una tendencia integradora de las obligaciones al respecto, y de la consiguiente responsabilidad que se conecta, además, con la posibilidad de que los coordinadores elegidos posean facultades de determinación vinculante de conductas de los empresarios contratistas, de las que se desprendan obligaciones para todos los empresarios implicados, incluido el principal al que se imputa el nombramiento de coordinador <sup>274</sup>.

### 7.8.2. *El principio de efectividad de la reparación del resultado dañoso.*

La profunda dimensión del riesgo que, en diferentes órdenes, subyace en el proceso constructivo de carácter público así como su repercusión social y relevancia económica demandan una adecuada protección y una garantía efectiva de los daños y perjuicios de toda índole que pudieran sufrirse. Con este motivo, en pocos ámbitos como en el de la edificación, han proliferado técnicas como la progresiva objetivación de la responsabilidad (desvinculada de la idea de dolo o de negligencia y fundada en la simple acreditación de los daños), la presunción de culpabilidad y la inversión de la carga de la prueba, bajo la prevalencia de un principio de efectividad

<sup>273</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar», en AA.VV. (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., Coord.): *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, cit., pág. 90.

<sup>274</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar», cit., pág. 90.

en la reparación del resultado dañoso sobre la exigible individualización de las responsabilidades concurrentes <sup>275</sup>.

La complejidad técnica que lleva aparejada, por regla general la actividad de la construcción de una obra privada o –por lo que aquí interesa– pública, así como la pluralidad de agentes intervinientes, dificulta, en la mayoría de las ocasiones, la determinación no sólo de la causa directa del accidente sufrido por el trabajador, sino también de la persona o personas responsables del mismo <sup>276</sup>. Tras una rápida lectura del Real Decreto 1627/1997, parece deducirse que el principal responsable de los accidentes de trabajo sufridos por los operarios en una obra de construcción será el promotor. Sin embargo, la terminología utilizada por la norma reglamentaria genera cierta confusión. Lejos de dar una respuesta clara y concreta, parece que ha optado por la solución contraria. Por un lado, establece la obligación del promotor de designar el coordinador de seguridad y salud, designación que no le eximirá de sus responsabilidades (art. 3.4 RD 1627/1997). Por otro, ni la participación del coordinador, ni la responsabilidad del promotor, libera de obligaciones y, por tanto, de responsabilidades al resto de los empresarios concurrentes (art. 11.2 RD 1627/1997). Así, según este Real Decreto, contratistas y subcontratistas serán responsables también de la «ejecución correcta de las medidas preventivas fijadas en el plan de seguridad», sin que las responsabilidades de los coordinadores, de la dirección facultativa y del promotor les eximan de las que a aquéllos corresponda (arts. 11.2 y 11.3 RD 1627/1997) <sup>277</sup>.

Pese a la incertidumbre que puede provocar la lectura conjunta de estos preceptos ante el abanico ingente de posibles responsables, su redacción, aunque confusa y abigarrada, no merece una crítica negativa, pues permitirá imponer la oportuna responsabilidad al causante del daño, que si es el empleador del operario accidentado –empresario contratista o subcontratista– podrá extenderse solidariamente al promotor de la obra o empresario principal <sup>278</sup>. Es más, la responsabilidad del promotor no se agota en la derivada de las acciones u omisiones del coordinador, sino que se extiende a los incumplimientos de las obligaciones de contratistas y subcontratistas con los que hubiese concertado la ejecución de la obra siempre y cuando se den las condiciones previstas en el ya analizado artículo 24.3 LPRL y previa transgresión de su deber de vigilancia <sup>279</sup>. La facultad de elección que ostenta el promotor sobre los distintos empresarios, técnicos y trabajadores que prestarán sus servicios en la obra, desde el arquitecto encargado de elaborar su proyecto hasta cualquiera de los trabajadores autónomos, pasando por la designación del coordinador encargado de la dirección superior

<sup>275</sup> DAGNINO GUERRA, A.: «Responsabilidad de la Administración», en AA.VV. (FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M., Dir.): *Responsabilidades por riesgos laborales en la edificación*, Madrid, 1999, pág. 347.

<sup>276</sup> Por extenso, DOLZ LAGO, M.J.: *Las imprudencias punibles en la construcción. Desde el arquitecto al albañil. Estudio jurisprudencial*, Granada, 1996.

<sup>277</sup> FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: *Seguridad y salud laboral en las obras de construcción: obligaciones y responsabilidades*, Pamplona, 2003, págs. 203-204.

<sup>278</sup> MOLTÓ GARCÍA, J.I.: *El régimen jurídico de la prevención de riesgos laborales*, Madrid, 1998, pág. 158.

<sup>279</sup> GONZÁLEZ VELASCO, J. y VIVES USANO, P.: «Propia actividad en las contrataciones, entre promotor y constructor ¿o no? (comentario a la STS, Sala de lo Social, de 20 de julio de 2005)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 273, 2005, págs. 225 y ss.

en materia preventiva, justifica la oportuna imposición de su responsabilidad frente a los daños ocasionados como consecuencia de un accidente de trabajo <sup>280</sup>.

Por todo ello, pocos reproches cabe verter sobre el diseño legal de las responsabilidades establecidas en el Real Decreto 1627/1997; únicamente procede apuntar dos cuestiones no demasiado bien resueltas en la práctica de la contratación administrativa: por una parte, es frecuente que en los pliegos de condiciones de los contratos administrativos de obras o de las concesiones de obras públicas se incluya una cláusula a partir de la cual el nombramiento y el abono de los horarios del coordinador de la obra sean a cargo del contratista constructor, lo cual no deja de plantear importantes problemas, por tratarse de una obligación indelegable e intransmisible, al quedar convertido quien debe realizar las funciones a tal cargo inherentes en subordinado de quien lo ha nombrado y puede revocarlo de su puesto <sup>281</sup>. Por otra, el diseño legal de todo el cúmulo de obligaciones impuestas a los sujetos intervinientes en la construcción de la obra no ha conseguido evitar que este sector siga siendo el de mayor índice de morbilidad numérica tanto en el ámbito privado como en el público <sup>282</sup>, lo cual obliga a realizar un serio replanteo de la normativa transcrita con el fin último y principal de tutelar los intereses de los trabajadores <sup>283</sup>, pues limitar la responsabilidad a la Administración, al concesionario y a los contratistas o subcontratistas, de modo que la potestad sancionatoria no pueda ser ejercitada frente a otros agentes intervinientes en la construcción de la obra pública, causantes potenciales de riesgos y daños, carece de todo fundamento. Quizá, tras una oportuna reforma normativa pueda superarse el ilógico criterio, asumido por los órganos judiciales, de responsabilizar al sujeto «con mejor póliza de seguros» o a la propia Administración comitente para garantizar a la víctima mayores indemnizaciones, pues aun cuando se trata de una interpretación pragmática no deja de resultar injusta, toda vez que el sujeto verdaderamente diligente no va a ser excusado de pagar los daños causados por los verdaderamente culpables <sup>284</sup>. Falta, en fin, un medidor de la profesionalidad de las empresas subcontratadas <sup>285</sup>.

<sup>280</sup> STS, Civil, 26 mayo 1989 (RJ 3888), 1 junio 1994 (RJ 685) o 17 julio 1995 (RJ 5592).

<sup>281</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «La obligación genérica del empresario de proteger la seguridad y salud de los trabajadores», en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Dir.): *Compendio de doctrina legal en materia de prevención de riesgos laborales*, Valladolid, 2006, pág. 8.

<sup>282</sup> En 2004 la construcción registró la cuarta parte de todos los accidentes en jornada de trabajo con baja (233,6 miles), casi tantos, en términos absolutos, como la industria (237,1 miles). MTAS: *Estadística de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, enero-diciembre, 2004.

<sup>283</sup> GARRIDO HERNÁNDEZ, A.: *La seguridad laboral en la construcción ¿una meta inalcanzable?*, Madrid, 2005, págs. 175 y ss.

<sup>284</sup> FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M.: «Introducción», en AA.VV.: *Responsabilidades por riesgos laborales en la edificación*, Madrid, 1999, pág. 22.

<sup>285</sup> DEL VAL ARNAL, J.J.: «Deberes de seguridad y salud laboral y externalización de actividades empresariales: la coordinación», en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., págs. 178-179.

### 7.8.3. La posición de la Administración como «promotor».

Aun cuando la utilización en el Real Decreto 1627/1997 de una noción de empresario, no en cuanto sujeto mercantil, sino en el propio sentido jurídico-laboral, dificultaría la inclusión de los Entes públicos en tal concepto, lo cierto es que esta misma norma atribuye de forma indubitada al promotor, no ligado por un contrato de trabajo con el trabajador destinado a la construcción de la obra, la condición expresa de empleador<sup>286</sup>. Pese a tal premisa de partida, podría considerarse más lógico que en aquellas obras en las que la Administración concierta su ejecución con una única empresa constructora, el deber de vigilar el cumplimiento de las disposiciones de seguridad por los subcontratistas debería recaer en la única entidad contratista, no en vano «la interdependencia de las distintas unidades de trabajo dentro de lo supone la construcción de una obra requiere una coordinación y una vigilancia por quien lleva consigo, por su propio carácter de contratista, una responsabilidad general respecto de todas las vicisitudes y eventualidades de los trabajos a desarrollar en cada una de ellas»<sup>287</sup>. A esta misma conclusión se llega tras la lectura de lo previsto en el artículo 30.1 *in fine* del Convenio General del Sector de la Construcción (2002-2006)<sup>288</sup>, en virtud del cual «la empresa principal (refiriéndose a la contratista) deberá establecer bajo su responsabilidad en los centros de trabajo en que presten servicio trabajadores de empresas subcontratistas, los mecanismos de coordinación adecuados en orden a la prevención de riesgos, información sobre los mismos, y en general, a cuanto se relacione con las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores, así como las higiénico-sanitarias».

Ahora bien, esta interpretación quiebra si se tienen en cuenta las obligaciones y prerrogativas que el Real Decreto 1627/1997 atribuye, de un lado, a la figura del coordinador, pues éste, una vez designado por el promotor, es el que asume los deberes establecidos en el artículo 24 LPRL, pudiendo paralizar los trabajos en caso de riesgo grave e inminente y asumiendo la denominada culpa *in vigilando* (art. 3), y, de otro, al director facultativo, pues a él le corresponde la dirección y control de la obra proyectada y ejecutada (arts. 5 y 6)<sup>289</sup>. De este modo, aunque el promotor no participe como empresario constructor, nada le exonera del cumplimiento de la obligación de designar a su director facultativo y al coordinador en seguridad y salud. Será mediante aquéllos a través de quienes llevará a la práctica la dirección y control de la ejecución de la infraestructura pública tal y como exige el artículo 236.3 LCAP y dará efectividad a la política de coordinación en materia de prevención de riesgos prevista en el artículo 24 LPRL, máxime cuando «la facultad de control por parte de la Administración se extiende a todos los trabajos de ejecución de la obra, incluso los encomendados a subcontratistas» (art. 238.1 LCAP)<sup>290</sup>.

<sup>286</sup> CAMAS RODA, F.: *Las obligaciones del empresario en la normativa de prevención de riesgos laborales*, Madrid, 2002, pág. 299.

<sup>287</sup> STS, Civil, 22 julio 1994.

<sup>288</sup> Resolución de 26 de julio de 2002 (BOE de 10 de agosto). Los convenios colectivos aprobados en niveles inferiores se dedican a reproducir lo dispuesto en el mismo. *Vid.*, a modo de ejemplo, el CC provincial de Córdoba (Res. 23 abril 2004 –BOP 17 mayo–); CC Ciudad Real (Res. 10 octubre 2002 –BOE 28 octubre–), Tarragona (Res. 28 julio 2003 –DOGC 12 septiembre–) o Pontevedra (Res. 14 julio 2005 –DOG 3 agosto 2005–).

<sup>289</sup> FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: *Seguridad y salud en las obras de construcción: obligaciones y responsabilidades*, cit., pág. 315.

<sup>290</sup> FAJARDO SPINOLA, L.: «Ejecución del contrato de concesión de obra pública», en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004, pág. 1.228.

La posibilidad de atribuir la condición de promotor a la Administración comitente viene corroborada, además y por si duda hubiere, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, sobre Ordenación de la Edificación, en virtud del cual se atribuye tal condición a «cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título». Admitida tal hipótesis, surge, no obstante, una dificultad adicional a la hora de atribuir responsabilidad a la misma, pues no faltan pronunciamientos judiciales que expresamente la exoneran considerando que carece de la condición sujeto activo del incumplimiento de disposiciones preceptivas en materia de seguridad e higiene<sup>291</sup>. Tal interpretación debe considerarse, en la actualidad, precipitada y carente de fundamento, no en vano el artículo 5.2 del Real Decreto 707/2002, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la imposición de medidas correctoras de incumplimientos en materia de prevención de riesgos en el ámbito de la Administración General del Estado, excluye de su ámbito de aplicación los supuestos en los cuales los Entes públicos actúen «en la condición de promotor de las obras de construcción, conforme al Real Decreto 1627/1997». La justificación de esta exclusión ha de buscarse en el hecho de que «en estos casos la Administración actúa como una entidad empresarial común» con las responsabilidades inherentes a tal condición<sup>292</sup>.

En definitiva, aun cuando entre el tercero contratado por el concesionario para la ejecución de las obras y la Administración concedente no existe ningún tipo de vinculación siendo el concesionario el único responsable ante la propia Administración y ante los terceros afectados por la ejecución de aquellas obras, en realidad, el órgano de contratación mantiene su derecho de recabar información sobre la marcha de la construcción y de impulsar las visitas de inspección que considere oportunas (art. 238 LCAP)<sup>293</sup>. De este modo, «a la Administración le son plenamente aplicables las obligaciones inherentes a cualquier promotor y las responsabilidades administrativas, incluyendo las correspondientes consecuencias sancionadoras, previstas en la LISOS»<sup>294</sup>.

## 8. LA EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD PREVISTA EN LOS PLIEGOS DE CONDICIONES ADMINISTRATIVAS

No es infrecuente que en los pliegos de condiciones administrativas («ley primordial del contrato» o *lex inter partes*)<sup>295</sup> se incorporen, a favor de la Administración comitente, cláusulas exoneratorias de la responsabilidad que pudiera derivarse del incumplimiento por el concesionario o los sucesivos subcontratistas de la normativa laboral y de Seguridad Social. Como con acierto se ha dicho, «la contratación administrativa, no obstante sus especiales características, tiene como nota o fondo

<sup>291</sup> SSTSJ Cataluña 21 junio 2004 (TOL 482307).

<sup>292</sup> TOLOSA TRIBIÑO, C. en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., Coord.): *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social*, cit., pág. 446.

<sup>293</sup> FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3.ª edición, Barcelona, 2003, pág. 758.

<sup>294</sup> PARAMIO PARAMIO, A.: «Ámbito jurídico. La organización preventiva en el sector de la construcción», en AA.VV.: *Coordinadores de seguridad y salud en el sector de la construcción. Manual para su formación*, Valladolid, 2003, pág. 156.

<sup>295</sup> STS, Cont.-Admtivo., 4 octubre 1982 (RJ 6318).

común con la ordinaria, civil o mercantil, la de ser, ante todo, un concierto de voluntades en el que las normas fundamentales y en primer término aplicables son las acordadas por la Administración y el contratista, es decir, las cláusulas del pliego de condiciones aceptado por éste, por lo que los derechos y obligaciones derivados de estos contratos se regulan, ante todo, por lo previsto en el pliego de condiciones publicado para su celebración como ley primordial del contrato, resultando obligado, en consecuencia de ello, para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de un contrato administrativo, el remitirse a lo establecido en el correspondiente pliego»<sup>296</sup>.

Atendiendo al soporte contractual que liga al Ente público con la empresa adjudicataria, los pliegos de condiciones generales y particulares definen los derechos y obligaciones que ambas partes asumen como contenido del contrato, formalizado por la presentación de la proposición y la consecuente adjudicación al concesionario<sup>297</sup>. Los pliegos de condiciones generales contienen las declaraciones jurídicas, económicas y administrativas aplicables, en principio, a todos los contratos de objeto análogo, debiendo incorporar los siguientes aspectos: ejecución del contrato y sus incidencias; derechos y obligaciones de las partes y régimen económico; modificaciones del vínculo contractual, supuestos y límites; resolución; extinción del contrato, recepción, plazo de garantía y liquidación» (art. 66 RCAP)<sup>298</sup>. Su objetivo es garantizar «cláusulas contractuales de salvaguardia que, ya experimentadas, pongan a la Administración a salvo de sorpresas desfavorables, evitando la heterogeneidad de obligaciones que surgirían si cada autoridad competente pudiera acordar contenidos contractuales absolutamente diversos»<sup>299</sup>. La función que asumen en los contratos públicos los pliegos de cláusulas administrativas generales es, pues, la de procurar una cierta homogeneidad o uniformidad en el contenido de los que de un tipo concreto celebre una Administración. Los pliegos de condiciones particulares, por su parte, definen el objeto y precio del negocio jurídico y, a tal efecto, incluyen los pactos y condiciones específicos del contrato a celebrar, de cuyo contenido forman parte tras la adjudicación (art. 49.5 LCAP)<sup>300</sup>. Estos pliegos determinan el contenido de la relación contractual en la medida en que se convierten en cláusulas del contrato. Pueden ser definidos como los actos administrativos aprobados por la Administración antes de la perfección del vínculo contractual en los que quedan fijados los términos conforme a los cuales éste debe ser cumplido ya que se explicitan en ellos las condiciones que definen los derechos y obligaciones de cada una de las partes<sup>301</sup>.

Debido a su permanencia y supletoriedad, los pliegos de condiciones administrativas generales han sido equiparados en ocasiones a verdaderas normas jurídicas de derecho voluntario<sup>302</sup>, pero, en realidad, no pasan de ser cláusulas típicas cuya obligatoriedad no nace *ex lege* sino *ex contractu*, al amparo del

<sup>296</sup> STS, Cont.-Admtivo., 9 julio 1988 (RJ 5880).

<sup>297</sup> Informe número 71/1999, de 11 de abril de 2000, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado.

<sup>298</sup> TORNOS MAS, J.: «De las actuaciones relativas a la contratación», en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª edición, Madrid, 2004, pág. 282.

<sup>299</sup> VILLAR PALASÍ, J.L. y VILLAR EZCURRA, J.L.: *Principios de Derecho Administrativo*, T. III, Madrid, 1983, pág. 73.

<sup>300</sup> SSTS, Cont.-Admtivo., 13 mayo 1982 (RJ 3394) y 25 julio 1989 (RJ 6111).

<sup>301</sup> SSTS 21 diciembre 1988 (Ar. 10220), 7 junio y 26 septiembre 1989 (Ar. 4515 y 6703).

<sup>302</sup> STS, Cont.-Admtivo., 16 marzo 1998 (RJ 2172).

principio de libertad de contratación<sup>303</sup>. Precisamente su naturaleza contractual, que no reglamentaria, explica la posibilidad de que los pliegos de condiciones particulares los modifiquen, sin otro requisito que el preceptivo informe previo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (art. 50 LCAP)<sup>304</sup>. Por su parte, los pliegos de condiciones particulares reguladoras de los contratos tampoco tienen naturaleza reglamentaria, pues carecen de las notas de generalidad y permanencia temporal necesarias<sup>305</sup>, pero a ellos deben sujetarse las proposiciones de los empresarios, cuya presentación ante el órgano de contratación supone la aceptación incondicional de sus cláusulas e incorporados al vínculo contractual como anexo del mismo constituyen el marco expreso que ha de regir las relaciones jurídicas bilaterales<sup>306</sup>.

Por lo que aquí interesa, el pliego de condiciones se conforma como receptor del acervo jurídico, económico y técnico al cual ha de ajustarse la licitación, adjudicación y ejecución de los contratos<sup>307</sup> y, al ser conocido por la empresa al presentarse al concurso y aceptado de manera expresa en el momento de firmar la concesión, vinculará a las partes en cuanto a sus términos y alcance<sup>308</sup>. La autoexoneración de responsabilidad prevista en los mismos hace depender, no obstante, la aplicabilidad de una norma imperativa, como es el artículo 42 ET, de la voluntad unilateral de la parte obligada a cumplirla, lo cual no puede ser admitido en ningún caso, pues dicho precepto estatutario establece un régimen de responsabilidad empresarial solidaria a favor de los trabajadores indisponible para las partes e inderogable para la Administración<sup>309</sup>. Siguiendo a la mejor doctrina, «estos pliegos carecen de sustancia normativa en sentido propio, en cuanto simples piezas integrantes del contenido de un contrato, que extraen su fuerza precisamente de su inclusión en el mismo por las partes contratantes»<sup>310</sup>, razón por la cual «el carácter de *lex contractu* de los pliegos está en función de que no se vulneren preceptos de derecho necesario supraordenados a las partes»<sup>311</sup>.

<sup>303</sup> STS, Cont.-Admtivo., 6 mayo 1992 (RJ 4273) e Informes de la Junta Consultiva de Contratación 65/1996, de 20 de marzo de 1997, 71/1999, de 11 de abril de 2000 y 29/2000 de 30 de octubre de 2000.

<sup>304</sup> SANTOR SALCEDO, H.: «Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales», cit., pág. 213.

<sup>305</sup> ATS 24 julio 1995 (RJ 6097).

<sup>306</sup> SSTS, Cont.-Admtivo., 25 julio 1989 (RJ 6111), 21 enero 1994 (RJ 144) o 28 noviembre 2000 (RJ 9625).

<sup>307</sup> SSTSJ Asturias 11 febrero 2000 (AS 262) y Cataluña 9 marzo 2001 (AS 1456).

<sup>308</sup> SSTS 7 noviembre 1991 (RJ 813) y 5 abril 1993 (RJ 2906). También, SSTSJ Madrid 10 junio 1998 (AS 2587), Cataluña 3 enero 2000 (AS 1657), Galicia 5 y 12 diciembre 2000 (AS 3972 y 3740), Canarias/Las Palmas 28 noviembre 2000 (JUR 2001, 119829) y 30 enero 2002 (AS 2236), País Vasco 23 noviembre 2002 (JUR 2003, 81739) y La Rioja 11 y 18 noviembre 2003 (JUR 2004, 100009 y AS 2004, 707).

<sup>309</sup> GARCÍA PIQUERAS, M.: *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contrataciones y subcontratas*, Valencia, 1998, pág. 20 o GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y GOÑI SEIN, J.L.: «Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contrataciones», cit., págs. 158-159.

<sup>310</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 10.ª edición, Madrid, 2000, pág. 680.

<sup>311</sup> SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, 6.ª edición, Madrid, 2004, pág. 202, con gran apoyo jurisprudencial.

Tres argumentos avalan esta conclusión <sup>312</sup>: a) De conformidad con el artículo 4 LCAP, las Administraciones públicas pueden concertar los pactos y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las normas y principios superiores del ordenamiento. b) La falta de impugnación en tiempo y forma convalida los posibles vicios de los pliegos, que adquieren, por ello, eficacia jurídica, pero esta regla no alcanza a los vicios de nulidad de pleno derecho, en cuyo caso su denuncia no está sujeta a plazo preclusivo alguno <sup>313</sup>. c) El artículo 2 del Convenio número 94 de la OIT, relativo a las cláusulas de trabajo de los contratos celebrados para la ejecución de obras y servicios públicos, garantiza a los trabajadores de los contratistas implicados en la contrata condiciones de empleo no menos favorables que las establecidas para trabajos idénticos en el ámbito privado, de donde cabe inferir la prohibición de derogación *in peius* del régimen tuitivo establecido en la normativa laboral, máxime si dicha derogación obedece a una decisión unilateral del comitente público <sup>314</sup>.

## 9. CONCLUSIONES

La adhesión al fenómeno de la «descentralización productiva» por parte de los titulares de concesiones administrativas plantea idénticos riesgos para los trabajadores de las empresas auxiliares involucradas en la prestación del servicio público que los existentes en los supuestos de subcontratación entre empresarios privados, agravados, no obstante, porque la posición de empresario principal en la cadena de subcontratas es asumida por un Ente público. El *fraus legis* no es la práctica habitual en la actuación de la Administración, que se esfuerza –a través de unos mecanismos de garantía previstos en la Ley– en buscar al concesionario idóneo para la prestación de la actividad pública, si bien no cabe descartar adjudicaciones a empresas no demasiado solventes, que, con posterioridad, proceden a efectuar cesiones parciales encubiertas y abusos en la externalización de parcelas inherentes a la explotación de la concesión, capaces de poner en peligro o de traducirse en incumplimientos de las obligaciones laborales y con la Seguridad Social.

La normativa laboral no ha arbitrado una respuesta específica a estas cuestiones, de modo que el régimen de responsabilidad empresarial solidaria previsto en el artículo 42 ET ha venido siendo aplicado por los órganos judiciales a la subcontratación de las concesiones administrativas. Tal interpretación ha propiciado en ocasiones notables contradicciones y un importante grado de inseguridad jurídica, pues, de un lado, el precepto estatutario mencionado no está pensando en el ámbito contractual público, y, de otro, la técnica legislativa utilizada en el mismo propicia todo tipo de equívocos por su escasa precisión y desorden al tratar las diversas cuestiones objeto de su contenido, razón por la cual procede efectuar una serie de reflexiones *de lege ferenda*:

<sup>312</sup> SANTOR SALCEDO, H.: «Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales», cit., pág. 214.

<sup>313</sup> SSTS, Cont.-Admto., 21 octubre 1981 (RJ 4614) y 4 noviembre 1997 (RJ 8158).

<sup>314</sup> SANTOR SALCEDO, H.: «Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales», cit., pág. 214.

1. Aun cuando la concesión administrativa encaja sin problemas en el término «contrata» empleado en sentido atécnico por el artículo 42 ET, lo cierto es que es difícil de interpretar con cierta seguridad, como lo demuestra la contradictoria jurisprudencia existente, el concepto «propia actividad» de la empresa principal (el Ente público), elemento clave para configurar el supuesto de hecho de la regulación laboral en materia de responsabilidades. Procede excluir, por tanto, el valor preceptivo y delimitador de la responsabilidades *in solidum* que se atribuye *ex lege* a este ambiguo concepto, no tanto porque todas las obras o servicios que como tal contrata un empresario, sea público o privado, son expresión de «su propia actividad» sino por su marcado carácter reductor del ámbito de aplicación de la norma laboral, debiendo ser suficiente con confirmar la existencia de una subcontrata real para derivar el régimen de responsabilidades laborales hacia el concesionario y, lógicamente, hacia la Administración. Es conveniente, además, proceder a la sustitución del confuso e inactual término «contrata» por la más precisa expresión «negocio jurídico contractual», en el cual quedarían incluidos cualesquiera contratos de colaboración entre dos organizaciones productivas, con independencia de su naturaleza, civil, mercantil o –por lo que aquí interesa– administrativa.
2. No menores dificultades plantea el hecho de entender que la Administración no puede quedar exonerada en ningún caso de responsabilidad por las deudas salariales y con la Seguridad Social contraídas por las empresas auxiliares sucesivas, alcanzando tal responsabilidad hasta el último eslabón de la cadena de subcontratas por lejano que sea, pues ello puede resultar, en ocasiones, excesivo. Es necesario revisar el régimen exclusivo actual de la responsabilidad solidaria atribuida por el artículo 42 ET al concesionario y, en último extremo, a la Administración comitente, no en vano parece una penalización desmedida al presumir una especie de culpa objetiva *in contrahendo*. Una solución óptima pasaría por optar a favor de un nuevo régimen jurídico inspirado en el modelo previsto en la legislación sobre empresas de trabajo temporal, de manera que la empresa principal (la Administración), que se beneficia de la prestación de servicios del trabajador de la auxiliar (el adjudicatario de la concesión), responda subsidiariamente de las obligaciones salariales y con la Seguridad Social contraídas con esos trabajadores durante la vigencia de la subcontrata, restringiendo la técnica actual garantizadora del cumplimiento de las obligaciones salariales y con la Seguridad Social a los supuestos elusivos o de fraude de especial gravedad. A partir de tal postulado, cabe apostar por el encadenamiento de responsabilidades hasta llegar a la Administración comitente, de forma que el concesionario y cada auxiliar que contrate con otra empresa asuma su tanto de responsabilidad subsidiaria ante ésta y las sucesivas que vengan anudadas, y por todas ellas, en último término, el Ente público que dio origen a la concesión y a la sucesión de contratas y subcontratas.
3. También da lugar a las más dispares interpretaciones el intento de concretar la responsabilidad de la que queda exonerada la Administración por los descubiertos en el pago de cuotas a la Seguridad Social del contratista anteriores a la contrata, si éste ha acreditado, como es preceptivo, la correspondiente solvencia económica, financiera y técnica ante el órgano de contratación, no en vano la Administración, a diferencia de los empresarios privados, no tiene el deber legal de comprobar la solvencia del concesionario con la Seguridad Social a

través de la pertinente certificación administrativa por descubiertos, sino que es este último el que debe acreditar tal circunstancia para poder contratar con una Entidad pública. El problema radica, no obstante, en el hecho de que al no exigirse autorización administrativa previa para permitir la subcontratación sino la mera comunicación escrita al órgano administrativo competente del negocio jurídico en ciernes entre el concesionario y el subcontratista, puede que el adjudicatario de la concesión no se esfuerce en controlar la existencia de débitos de Seguridad Social o de otras inhabilitaciones por parte del subcontratista, lo cual pondrá en marcha el mecanismo de responsabilidad previsto en el artículo 42.1 ET. Deben establecerse, por tanto, sistemas de control del cumplimiento de las obligaciones no sólo para el concesionario (como lo hace la LCAP) sino también para las empresas subcontratistas, lo cual ha de servir de referente al adjudicatario de la concesión para dirigir hacia unas organizaciones productivas u otras su cesión descentralizadora; sólo así tendría justificación una intervención legislativa que limite la contratación con determinadas empresas previamente sancionadas por la Administración laboral por incumplir el ordenamiento social o por mantener deudas con la Seguridad Social, cautela que no lesionaría –lógicamente– el principio constitucional de libertad de empresa.

4. Dada la enorme entidad que tiene en nuestro país el problema de la siniestralidad laboral en el ámbito de la descentralización de concesiones administrativas, habría sido oportuno que se hubiera perfilado un régimen protector más ambicioso, que el incorporado en la LPRL y su normativa de desarrollo, a partir del cual incluir limitaciones cuantitativas y cualitativas a la subcontratación. Acertado sería, además, reconocer una responsabilidad propia y personal de cada empresario involucrado en el proceso de externalización de la concesión: la Administración, por incumplimiento de las obligaciones legales en la prevención de riesgos laborales de carácter imperativo o *ius cogens* que a ella se atribuyen, el concesionario, por las infracciones por él cometidas, y los sucesivos contratistas, por las que a ellos les corresponden, imponiendo obligaciones diferenciadas, aunque tanto la Administración como el adjudicatario estén obligados a la vigilancia del cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo.

Todo ello sin olvidar la necesidad de ofrecer un tratamiento diferenciado para los problemas planteados por la subcontratación de la actividad constructiva por el contratista de la Administración, pues es de todos conocido que en el sector de la construcción sigue proliferando el trabajo clandestino y las más altas cotas de accidentabilidad, pese a las buenas intenciones del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, que adopta técnicas tan significativas como la objetivización de la responsabilidad (desvinculada de la idea de dolo o de negligencia y fundada en la simple acreditación de los daños), la presunción de culpabilidad y la inversión de la carga de la prueba, siempre bajo la prevalencia de un principio de efectividad en la reparación del resultado dañoso sobre la exigible individualización de las responsabilidades concurrentes. Un medidor de la profesionalidad de las empresas subcontratadas sería de gran utilidad a estos efectos.

5. No es infrecuente que en los pliegos de condiciones administrativas («ley primordial del contrato» o *lex inter partes*) se incorporen, a favor de la Administración comitente, cláusulas exoneratorias de la responsabilidad que pudiera derivarse del incumplimiento por

el concesionario o los sucesivos subcontratistas de la normativa laboral y de Seguridad Social. La autoexoneración de responsabilidad prevista en los mismos hace depender, no obstante, la aplicabilidad de una norma imperativa, como es el artículo 42 ET, de la voluntad unilateral de la parte obligada a cumplirla, lo cual no puede ser admitido en ningún caso, pues dicho precepto estatutario establece un régimen de responsabilidad empresarial solidaria a favor de los trabajadores indisponible para las partes e inderogable para la Administración.

En fin, nos encontramos a la espera de que el legislador laboral proceda a abordar la ordenación integral del fenómeno de la subcontratación de concesiones administrativas. Mientras ello no ocurra, las nuevas realidades emergentes se ven abocadas a su encauzamiento, cuando sea posible, en institutos jurídicos construidos en el pasado para ser aplicados a otras situaciones o al vacío de regulación, con el grave riesgo que de todo ello se deriva en orden a la tutela de los derechos e intereses de los trabajadores afectados por este proceso. Urge, pues, la oportuna intervención legislativa.