

UNIVERSIDAD DE VALENCIA

Facultad de Derecho

LA RESPONSABILIDAD Y SUBROGACIÓN
EMPRESARIAL EN LAS CONTRATAS Y
SUBCONTRATAS DE OBRAS Y SERVICIOS

Tesis doctoral

Realizada por: M^a CARMEN SALCEDO BELTRÁN

Dirigida por: DR. D. LUIS M. CAMPS RUIZ.

Valencia, 1997

UMI Number: U607476

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U607476

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC
789 East Eisenhower Parkway
P.O. Box 1346
Ann Arbor, MI 48106-1346

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA
CC. SOCIALS
BIBLIOTECA
N° Registre 26401
DATA 09 / 04 / 2001
SIGNATURA B1D.T 4429
N° LIBIS: 1035795

U-Dobis: 1035789

SUMARIO

Principales abreviaturas.....	p. 13
-------------------------------	-------

INTRODUCCIÓN.

1. La contratación o subcontratación empresarial: estrategia de flexibilización del ciclo productivo.....	p. 19
2. Concepto, características y distinción de figuras afines.....	p. 29
3. Planteamiento del trabajo y sistemática de la exposición.....	p. 41

PARTE 1ª. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL.

CAPITULO I: LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA SALARIAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL.

1. Consideraciones previas.....	p. 47
2. Antecedentes históricos.....	p. 49
3. Supuesto normativo del art. 42 del ET.....	p. 56
3.1. Contrata y subcontrata de obras o servicios y no cesión de personal.....	p. 56
3.2. La correspondencia entre la actividad de la empresa comitente y la contratista: propia actividad.....	p. 71
3.3. El carácter empresarial del empresario comitente.....	p. 93
4. La responsabilidad del empresario principal durante la vigencia de la contrata o subcontrata.	p. 99

4.1. Aplicación de la responsabilidad a las contratas y subcontratas.....	p. 101
4.2. Características de la responsabilidad solidaria.....	p. 105
4.3. La responsabilidad solidaria en caso de encadenamiento de contratas y subcontratas.	p. 108
4.4. Responsabilidad solidaria en materia salarial.....	p. 114
4.4.1. Los salarios de tramitación.....	p. 117
4.4.2. Las indemnizaciones por despido.....	p. 122
4.4.3. La sanción por impago del salario...	p. 124
4.5. La responsabilidad en materia de Seguridad Social.....	p. 127
4.5.1. Responsabilidad solidaria derivada del art. 42.2 del ET.....	p. 129
4.5.1.1. Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social.....	p. 134
4.5.1.2. Los Planes de Pensiones del Sistema de Empleo.....	p. 145
4.5.2. Responsabilidad subsidiaria derivada del art. 127.1 de la LGSS.....	p. 148
4.5.3. Responsabilidad empresarial respecto de las infracciones por falta de alta de los trabajadores.....	p. 154
4.6. Excepciones a la aplicación de las responsabilidades del empresario principal	p. 157
4.6.1. Excepciones de la responsabilidad solidaria del art. 42.2 del ET.....	p. 157
4.6.2. Excepciones de la responsabilidad subsidiaria del art. 127.1 de la LGSS	p. 163

4.7. Límites a la responsabilidad del empresario principal en las contrataciones y subcontratas.	p. 165
4.7.1. Límites temporales.....	p. 165
4.7.2. Límites materiales.....	p. 171

CAPITULO II. EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD: EL DEBER DE COMPROBACIÓN EMPRESARIAL.

1. Consideraciones previas.....	p. 181
2. Antecedentes históricos.....	p. 183
3. Análisis del deber de comprobación empresarial.....	p. 186
3.1. Deficiente redacción legal.....	p. 186
3.2. Sujetos legitimados para solicitar la certificación.....	p. 188
3.3. La obligación o facultad para solicitarla.....	p. 190
3.4. La prohibición o no de contratar derivada de la contestación.....	p. 196
3.5. Momento en el que se debe solicitar la certificación para que tenga efectos exoneratorios.....	p. 200
3.6. Modo de computar el plazo otorgado a la entidad gestora para expedir la certificación.....	p. 211
3.7. Contenido de la certificación.....	p. 214
3.8. Consecuencias jurídicas del cumplimiento o no del deber de comprobación.....	p. 219
3.8.1. Tipo de responsabilidad objeto de exoneración.....	p. 220

3.8.2. Supuestos en los que opera la exoneración.....	p. 234
3.8.3. Exigencia de responsabilidad durante el plazo de contestación.....	p. 236

CAPITULO III. LA SEGURIDAD Y SALUD EN LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS: OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES.

1. Consideraciones previas: la Ley 31/1995, de 8 de febrero, de Prevención de Riesgos Laborales.....	p. 241
2. Regulación legal y planteamiento de la cuestión.....	p. 250
3. Obligaciones de los empresarios en las contratas o subcontratas de obras y servicios.....	p. 253
3.1. La cooperación interempresarial.....	p. 253
3.2. El traspaso de información e instrucciones adecuadas por el empresario titular del centro de trabajo.....	p. 258
3.3. La vigilancia del empresario principal.....	p. 263
3.4. La obligación de recabar información de los fabricantes, importadores y suministradores.....	p. 268
4. Responsabilidades derivadas de los incumplimientos en materia de seguridad y salud.....	p. 270
4.1. Responsabilidades administrativas....	p. 272
4.1.1. Antecedentes históricos.....	p. 273
4.1.2. Regulación actual.....	p. 280

4.1.2.1.	Carácter de la responsabilidad.....	p. 280
4.1.2.2.	Responsabilidades derivadas del incumplimiento de las obligaciones dispuestas en los párrafos primero y segundo del art. 24 de la LPRL.....	p. 288
4.1.2.3.	La responsabilidad solidaria del empresario principal.....	p. 292
4.1.2.4.	La responsabilidad derivada del incumplimiento del art. 24.4 de la LPRL.....	p. 296
4.2.	Responsabilidad civil.....	p. 297
4.2.1.	Responsabilidad civil derivada del CoC.....	p. 298
4.2.2.	Responsabilidad civil derivada del CP.....	p. 304
4.3.	Responsabilidad penal.....	p. 305
4.3.1.	Delitos específicos contra los derechos de los trabajadores...	p. 306
4.3.2.	Delitos genéricos como consecuencia de una infracción laboral.....	p. 311
4.4.	El recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo.....	p. 314
4.4.1.	Naturaleza jurídica.....	p. 317
4.4.2.	Sujetos responsables.....	p. 324

5. Compatibilidad e incompatibilidad entre las distintas responsabilidades..... p. 338

CAPITULO IV. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN MATERIA DE SUBCONTRATACIÓN.

1. Consideraciones previas: el art. 64.1 del ET y la Ley 2/1991, de 7 de enero, de derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación..... p. 343
2. Análisis del derecho de información en materia de subcontratación..... p. 347
- 2.1. Sujetos pasivos del derecho de información: los representantes legales de los trabajadores..... p. 349
- 2.2. Materia objeto de información..... p. 356
- 2.3. Naturaleza del control ejercido..... p. 360
- 2.4. Periodicidad del suministro de la información..... p. 364
3. Consecuencias jurídicas del incumplimiento empresarial del deber de información..... p. 366
4. El deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores..... p. 368
- 4.1. Consecuencias jurídicas del incumplimiento del deber de sigilo..... p. 372

PARTE 2ª. LA SUBROGACIÓN EMPRESARIAL.

CAPITULO V: LA SUBROGACIÓN EN LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS DE OBRAS Y SERVICIOS.

1. Consideraciones previas.....	p. 379
2. Normativa comunitaria: la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero.....	p. 382
2.1. Características.....	p. 384
2.2. Presupuesto normativo.....	p. 393
2.2.1. El elemento subjetivo.....	p. 393
2.2.2. El elemento objetivo.....	p. 397
2.3. La aplicación de la Directiva a los cambios de contratista.....	p. 402
2.4. La Propuesta de reforma de la Directiva y su valoración.....	p. 409
3. Normativa española: el art. 44 del ET.....	p. 414
3.1. Antecedentes históricos.....	p. 420
3.2. Presupuesto normativo.....	p. 429
3.2.1. El elemento subjetivo.....	p. 430
3.2.2. El elemento objetivo.....	p. 436
3.3. La posible aplicación de la normativa sucesoria a los cambios de contratista o subcontratista.....	p. 446
3.3.1. Posicionamiento de la doctrina laboralista.....	p. 447
3.3.2. Doctrina judicial: evolución..	p. 452
3.3.2.1. Desde la Ley de Contrato de Trabajo hasta el ET.....	p. 453
3.3.2.2. Desde el ET de 1980 hasta la STC 66/1987, de 21 de mayo.....	p. 457

3.3.2.3.	Desde la STC 66/1987, de 21 de mayo hasta la STS (UD) de 5 de abril de 1993....	p. 461
3.3.2.3.1.	Apreciación del principio de igualdad por el TC.....	p. 461
3.3.2.3.2.	Doctrina judicial posterior.....	p. 463
3.3.2.4.	Desde la STS (UD) de 5 de abril de 1993 en adelante	p. 467
3.3.2.5.	Resoluciones promulgadas en base a pronunciamientos judiciales comunitarios.....	p. 472
4.	Regulación de la adscripción de los trabajadores en las contratas en la negociación colectiva.....	p. 477
4.1.	Sector de limpieza.....	p. 479
4.1.1.	Limpieza de edificios y locales.....	p. 479
4.1.1.1.	La Ordenanza de Limpieza de edificios y locales de 15 de febrero de 1975.....	p. 479
4.1.1.2.	Convenios Colectivos de ámbito provincial.....	p. 485
4.1.2.	Limpieza pública, riego, recogida de basuras y limpieza y conservación de alcantarillados.....	p. 506
4.2.	Sector de contratas ferroviarias....	p. 510
4.3.	Sector de vigilancia y seguridad....	p. 516
4.4.	Sector de la organización del juego del bingo.....	p. 524
4.5.	Sector de hostelería.....	p. 527
4.6.	Sector de jardinería.....	p. 532
4.7.	Sector de ayuda en domicilio.....	p. 535
4.8.	Criterios comunes.....	p. 538

4.8.1. Aspectos contractuales.....	p. 538
4.8.1.1. Posibilidad de someter la vigencia del contrato de obra o servicio determinado al desempeño de la contrata.....	p. 539
4.8.1.2. Irrelevancia de la forma contractual para la subrogación.....	p. 546
4.8.1.3. Irrelevancia de la categoría del personal...	p. 548
4.8.2. Forma de terminación de la contrata.....	p. 549
4.8.3. Aplicación automática de la subrogación.....	p. 549
4.8.4. Delimitación del ámbito de aplicación de los convenios colectivos.....	p. 550
-Conclusiones.....	p. 553
-Bibliografía citada.....	p. 559

PRINCIPALES ABREVIATURAS

AL:	Actualidad Laboral.
Ar:	Referencia Aranzadi.
As:	Referencia Aranzadi Social.
BJC:	Boletín de Jurisprudencia Constitucional.
BOA:	Boletín Oficial de Aragón.
BOC:	Boletín Oficial de Cantabria.
BOCAIB:	Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.
BOCG-CD:	Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados.
BOCG-S:	Boletín Oficial de las Cortes Generales-Senado.
BOCM:	Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.
BOC y L:	Boletín Oficial de Castilla y La Mancha.
BOE:	Boletín Oficial del Estado.
BOJA:	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.
BOMT:	Boletín Oficial del Ministerio de Trabajo.
BON:	Boletín Oficial de Navarra.
BOP:	Boletín Oficial de la Provincia.
BOPA:	Boletín Oficial del Principado de Asturias.
BORM:	Boletín Oficial de la Región de Murcia.
BOTHA:	Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava.
BSPDLOA:	Bolletino della Scuola di Perfezionamento in Diritto del Lavoro ed Organizzazione della Azienda.
C:	Civil.
CA:	Contencioso-Administrativo.
CC:	Convenio Colectivo.
CCDT:	Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo.
CCI:	Convenio Colectivo Interprovincial.
CCP:	Convenio Colectivo Provincial.

CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial.
CE: Constitución Española.
CGC: Convenio General de la Construcción (Resolución de 20 de mayo de 1992. BOE de 20 de mayo).
CoC: Código Civil.
CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 24 de noviembre).
DCE: Decreto 3677/1970 por el que se establecen normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores (BOE de 4 de enero de 1971).
DL: Documentación Laboral.
DLa: Diritto del Lavoro.
DOCE: Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
DOE: Diario Oficial de Extremadura.
DOG: Diario Oficial de Galicia.
DOGC: Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya.
DS: Droit Social.
EF: Revista de Estudios Financieros.
ET: Texto Refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de Marzo (BOE de 29 de Marzo).
GDLRI: Giornale di Diritto del lavoro e di Relazioni Industriali.
GJCEE: Gaceta Jurídica de la CEE.
I.L.: Información Laboral.
LCAP: Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE de 19 de Mayo).
LCT: Decreto de 26 de Enero de 1944 por el que se aprueba la Ley del Contrato de Trabajo (BOE de 24 de Febrero).
LDIRT: Ley 2/1991 de 7 de Enero de Derechos de Información de los Representantes de los Trabajadores en materia de contratación. (BOE de 8 de Enero).

LGSS: Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de Junio (BOE de 29 de Junio).

LISOS: Ley 8/1988, de 7 de Abril sobre infracciones y sanciones en el orden social (BOE de 15 de Abril).

LL: La Ley.

LOLS: Ley 11/1985, de 2 de Agosto, de Libertad Sindical (BOE de 8 de Agosto). Ampliada por la LO 14/1994, de 19 de Mayo (BOE de 20 de Mayo).

LPL: Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de Abril por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (BOE de 11 de Abril).

LPRL: Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. (BOE de 10 de Noviembre).

LRL: Ley 16/1976 de Relaciones Laborales de 8 de Abril (BOE de 21 de Abril).

MTSS: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

NCEE: Noticias CEE.

OIT: Organización Internacional de Trabajo.

PJ: Poder Judicial.

QDLRI: Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali.

RDCT: Real Decreto 2546/1994, de 29 de diciembre, relativo a la contratación temporal (BOE de 26 de enero de 1995)

RDI: Rivista di Diritto Internazionale.

RDM: Revista de Derecho Mercantil.

RDP: Revista de Derecho Político.

REDT: Revista Española de Derecho del Trabajo.

REP: Revista de Estudios Políticos.

RGL: Rivista Giurídica del Lavoro.

RGLJ: Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

RGR: Real Decreto 1637/1995, de 6 de Octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (BOE de 24 de Octubre).

RIDL: Rivista Italiana di Diritto del Lavoro.

RIE: Revista de Instituciones Europeas.

RL: Relaciones Laborales.

RPS: Revista de Política Social.

RSS: Revista de Seguridad Social.

RT: Revista de Trabajo.

RTr: Revista de Treball.

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional.

ST: Revista Salud y Trabajo.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STCT: Sentencia del Tribunal Central de Trabajo.

STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TL: Temas Laborales.

TrS: Tribuna Social.

UD: Unificación de doctrina.

INTRODUCCIÓN

**1. La contratación o subcontratación empresarial:
estrategia de flexibilización del ciclo productivo.**

El objeto de la investigación que se aborda en el presente trabajo se centra, como su título indica, en la figura de las contrataciones o subcontratas de obras o servicios. Catalogada como la forma de descentralización productiva típica, se trata de una modalidad de ejecución de la prestación de trabajo cuya utilización va en aumento con el paso del tiempo, tendencia expansiva que parece asegurada, tal como se demostrará en las líneas siguientes, en base a toda una serie de argumentos socio-económicos.

Su funcionamiento en el mercado empresarial responde a la plasmación de la tan en boga en los últimos años <estrategia de flexibilidad de la empresa>, cuya materialización se ha realizado tanto desde una perspectiva interna -relación con los trabajadores- como externa -relación con el resto de empresas-.

La decisión de celebrar una contrata o subcontrata supone, en la mayoría de las ocasiones, la aplicación de dicha estrategia en una o ambas perspectivas, puesto que se puede acordar fundamentalmente por algunos de los

siguientes motivos¹:

1°. Con el objetivo de reducir la concentración de mano de obra en una empresa o centro de trabajo, la cual siempre es valorada de forma negativa por los empresarios por diversas razones: mayor tasa de sindicalización², mayor conflictividad, mayor complejidad en la gestión, mayores costes laborales, con la consiguiente repercusión sobre la producción y rentabilidad empresarial.

¹ Los dos primeros objetivos que se detallan a continuación han sido mostrados con ejemplos reales por MARTÍN ARTILES, utilizando los casos de dos grandes empresas que decidieron descentralizar parte de su ciclo productivo utilizando la modalidad de la contratación o subcontratación.

La primera de ellas es la empresa multinacional alemana Graphic que se dedica a las artes gráficas. Decidió constituir una malla formada por una veintena de empresas, parcelando el ciclo productivo, consiguiendo, por un lado, un descenso de la plantilla -de 983 trabajadores que tenía en 1981 pasó a 661 trabajadores a finales de 1990- y, por otro, que pequeños talleres (un total de veinte) realizaran las tareas más intensivas de mano de obra.

La otra empresa es Cartonera Española cuya descentralización fue menor que la anterior porque tiene un ciclo productivo más rígido, celebrando contratos respecto de los servicios de mantenimiento y limpieza. En *Flexibilidad y relaciones laborales. Estrategias empresariales y acción sindical*. Madrid, 1995. Consejo Económico y Social. Págs. 21 a 50.

² Ante la dificultad de penetración sindical debido a las pequeñas dimensiones de las empresas contratistas o subcontratistas CRUZ VILLALÓN apunta la necesidad de que los sindicatos reorienten y reconviertan sus estrategias sindicales a las nuevas realidades sociales y organizativas de las empresas. En "Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales". RTSS, 1994, nº 13. Págs. 20 y 21.

2°. También puede responder a una planificación empresarial para que las tareas más intensivas de mano de obra las realicen otras empresas de tamaño más pequeño y cuyos costes de mano de obra son menores³. Además, esta solución conlleva que este tipo de empresas se puede adaptar mejor a las fluctuaciones del mercado y variaciones del volumen de empleo necesario dependiendo de los cambios en la producción.

3°. Existen ocasiones en que se concierta una contrata con la finalidad de evitar los elevados costes que supone la inversión en inmovilizado que forma parte del ciclo productivo. Este suele ser el medio adecuado para que las empresas hagan frente a los nuevos métodos tecnológicos y de calidad, a los cuales es necesario adaptarse si se quiere ser una empresa competitiva.

4°. Y, por último, de igual forma se suele acudir a las contratas o subcontratas para prescindir de aquellas actividades o partes del proceso productivo que, si bien son necesarias para la empresa, sus rendimientos son negativos o escasos. Es el caso sobre todo de los

³ Esta situación fue denunciada hace años por BELLEVILLE en la medida en que suponía la creación de una categoría de empresas cuya funcionalidad consiste en la realización de los trabajos duros y mal pagados, cuyos trabajadores tienen menos ventajas sociales. En *Una nueva clase obrera*. Madrid, 1967. Tecnos. Pág. 30.

sectores de la madera⁴ y de la fabricación de automóviles, en los que a la hora de elaborar sus artículos se prefiere encomendar parte del proceso a otra empresa, en lugar de realizar directamente esa fase del ciclo productivo.

Esta realidad supone que la clásica distinción entre contrataciones de obras y contrataciones de servicios, caracterizada la primera porque el contratista asume la obligación de producir un resultado y, la segunda, como aquella en la que el contratista se compromete a la prestación de una actividad, haya perdido en la actualidad buena parte de su interés, por un lado, por su poca claridad, ya que es evidente que toda prestación de actividad tiende a la consecución de un resultado, al igual que la obtención de un resultado presupone una actividad encaminada a producirlo y adecuada para ello⁵; y, por otro, porque puede ser más útil una nueva clasificación, que atendiendo a las necesidades de la sociedad y más exactamente de las empresas, distingue

⁴ En este sector está adquiriendo tanta importancia la concertación de contrataciones o subcontratas que ha llegado a crear un Foro de la Subcontratación Internacional, que se celebra anualmente, y que tiene como objetivo dar a conocer a todas las empresas subcontratistas y los servicios que ofrecen.

⁵ La diferencia puede estar en si el resultado se ha incorporado al contrato. Pero siempre habrá supuestos oscuros en que la distinción sea difícil.

entre contratas coyunturales o estructurales.

Las primeras están relacionadas con la capacidad productiva y son aquellas que se conciertan cuando una empresa quiere adaptar su volumen de producción, ya sea para excluir alguna de sus fases, ya sea para adaptarlo a la demanda. Englobaría los puntos primero, segundo y cuarto que se han analizado anteriormente respecto de la motivación empresarial para acudir a una contrata o subcontrata.

Las segundas, que son las que hoy en día registran más expansión, se conciertan por razones derivadas de la especialización del proceso productivo.

Para apreciar la importancia real de ambos tipos de subcontratación basta realizar un breve análisis de la situación de la economía actual y del funcionamiento del mercado, para deducir que uno de los criterios determinantes es la competitividad de las empresas, factor que puede erigirse como el determinante de su mantenimiento o fracaso. Por ello, subcontratar se convierte en uno de los instrumentos esenciales para adaptar el ciclo productivo a las nuevas necesidades, ya sea especializándolo o fijando su volumen de producción de la forma más óptima.

De hecho, el establecimiento del mercado único

europeo supone elevar aún más la importancia de este criterio y, por tanto, la pervivencia de las empresas, sobre todo de las medianas y pequeñas, estará en función de su adaptación a él.

El auge de las contratas se comprueba en los datos que se reflejan en las únicas estadísticas que se han realizado de forma <indirecta> a nivel nacional sobre ellas⁶. Si bien no son recientes, pues las últimas existentes reflejan datos del año 1994⁷, pueden resultar útiles pues ponen de manifiesto claramente que son las grandes empresas las que acuden a subcontratar sus procesos productivos con el fin de adecuarlos a las nuevas demandas del mercado⁸.

De entre estas grandes empresas, las más importantes en cuanto al volumen de negocios contratados o

⁶ Son indirectas por cuanto no muestran el número de veces que han acudido a ellas las distintas empresas, sino qué parte de los costes laborales de las empresas ha tenido como destinatarias empresas contratistas o subcontratistas.

⁷ Los datos que se reflejan en el texto son extraídos de la obra *La negociación colectiva en las grandes empresas en 1994. Principales características económicas*. Dirección General de Política Económica. Madrid, 1995. Ministerio de Economía y Hacienda. Págs. 243 a 248. Se pueden cotejar esos datos con las mismas obras de los años 1993 y 1992.

⁸ La estadística muestra que las grandes empresas subcontratan por una cuantía equivalente al 12,6 por cien de sus costes laborales totales.

subcontratados son las empresas constructoras⁹, a las que siguen las empresas de energía y agua y otras industrias manufactureras¹⁰.

En cuanto al sector de servicios, la especialización ha llegado a tales niveles que se han constituido a nivel provincial o de comunidad autónoma asociaciones denominadas del sector terciario cuyo objetivo es suministrar servicios con un grado de especialización y tecnificación alto, con el fin de satisfacer las necesidades de las empresas que solicitan incrementar su profesionalidad y calidad ante las crecientes demandas de los consumidores, así como a aquéllas que deciden exteriorizar los servicios administrativos, de personal o los que no tienen relación directa con el ciclo productivo.

Entre los servicios que se suelen prestar están como más comunes la consultoría de gestión (que ofrece servicios de asesoramiento que tienen como finalidad la mejora de la gestión de las empresas, sea general o referida a un área específica de las mismas), los

⁹ Ascende al 123,9 por cien de sus costes laborales totales.

¹⁰ Respecto de las dos primeras asciende al 3,4 por cien de los costes laborales totales, y en la última al 11,5 por cien.

servicios de ingeniería (que ante un proceso de cambio o de nueva implantación en la estructura empresarial, ofrecen una variada gama de aspectos y sectores para conseguir los índices de eficiencia en tiempo y coste que hagan viable y rentable en proyecto), los servicios de publicidad (que ante la aparición de un nuevo producto o el relanzamiento de uno ya existente, crean una estrategia para persuadir a su adquisición), los servicios de gestión de calidad (que están configurados como uno de los elementos diferenciadores entre los diversos productos o servicios y como uno de los principales factores de decisión por parte de consumidores y usuarios), los servicios que prestan las consultorías de marketing (que teniendo como mensaje fundamental el rendimiento económico de la empresa pretende responder con eficiencia a las necesidades del mercado y ordenar las actividades de la empresa en función de las necesidades y de las posibilidades ofrecidas por la tecnología), los de informática (que ante la cada vez mayor sofisticación de las técnicas y herramientas de programación y de los propios equipos informáticos, así como la gran cantidad de innovaciones que se introducen en el sector en plazos de tiempo cortos, ofrecen todo un conglomerado de actividades cuyo objetivo es su implantación en la empresa) o, por último, los servicios de diseño industrial (que supone la

innovación y mejora de la calidad de los productos de la empresa y la actualización general de su oferta a las necesidades y demandas del mercado).

Un hecho que viene a reafirmar la importancia de la especialización en los servicios es que está apareciendo en el mercado con un nombre específico, *outsourcing*, la situación en virtud de la cual se acude a gestionar externamente los servicios que con anterioridad prestaba la propia empresa principal. En mi opinión, se trata de una contrata especializada en servicios -en la mayoría de ocasiones de informática¹¹- y pese a que alguna opinión doctrinal tiende a darle una concepción más amplia¹², al relatarla presenta las mismas características que una contrata puesto que la integración en los planes estratégicos de la empresa cliente, con el fin de diseñar o aportar una solución adaptada a sus concretas

¹¹ Un ejemplo de este tipo de descentralización en la STS de 27 de octubre de 1994 (Ar. 8531. Ponente: Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete), en la que se considera como unidad operativa de <outsourcing> la que creó la empresa IBM con el objetivo de que prestar servicios de desarrollo, explotación y gestión de los sistemas de información de los clientes.

¹² En este sentido, MARTÍN FLÓREZ, señala que en el *outsourcing* se produce una clara interconexión accionarial, económica, de dirección y de plantilla entre la empresa contratista y la empresa principal. En "<Outsourcing> y teletrabajo: consideraciones jurídico-laborales sobre nuevos sistemas de organización del trabajo". REDT, 1995, n° 71. Pág. 404.

necesidades es tan sólo una especialidad derivada del tipo de trabajo que se desempeña pero no de una modalidad diferente a las contratadas en general.

Por tanto, se observa en la actualidad un relanzamiento de la contratación y subcontratación de servicios, ya que la de obras ha mantenido siempre un margen amplio en cuanto a su utilización, al ser el sector de la construcción uno de los que con mayor frecuencia se ha servido de ellas.

Todo esto supone que esta modalidad de ejecución de la prestación laboral continuará previsiblemente durante mucho tiempo, ya que los motivos que la impulsan, la especialización y la mejora de la competitividad de las empresas, son necesidades permanentes de las empresas, que tendrán que recurrir a tales técnicas siempre que quieran seguir manteniéndose en el mercado.

En todo caso, esta medida descentralizadora encuentra fundamento en el art. 38 de la CE, que enuncia la libertad de empresa y con ella, la de organizarla y ejecutarla como el empresario considere más conveniente¹³.

¹³ Se trata de un derecho de gran importancia socioeconómica y cuya relevancia para la configuración de una sociedad libre es importante. Pero sin embargo, como critica

2. Concepto, características y distinción de figuras afines.

Respecto de la figura de la contrata o subcontrata de obras o servicios se ha propuesto un amplio abanico de definiciones por parte de la doctrina civilista, laboralista, y mercantilista; puede tener interés recordar algunas de ellas, a modo de ejemplo, con el fin de conocer cuáles han sido las principales líneas de tendencia.

La delimitación por la doctrina civilista de la figura de la contrata se ha basado prácticamente en recoger la definición legal que proporciona el art. 1544 del CoC respecto del contrato de arrendamiento de obra o servicio. En este sentido DÍEZ PICAZO y GULLÓN señalan que se trata de un contrato por el que "una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto"¹⁴.

Por su parte, la doctrina mercantilista ha concretado la figura, en unos casos, siguiendo las mismas

ARIÑO ORTIZ resulta sorprendente que no sea susceptible de amparo constitucional, considerándolo como un derecho progresivamente debilitado por la doctrina del TC. En *Principios constitucionales de la libertad de empresa*. Madrid, 1995. Marcial Pons. Pág. 24.

¹⁴ En *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II. Madrid, 1995 (7ª ed.). Tecnos. Pág. 433

directrices que la doctrina civilista¹⁵, y, en otros, apoyándose en la definición que la propia Comisión de la CEE propuso al respecto en el Memorándum sobre el desarrollo de la subcontratación en la CEE¹⁶, en el sentido de que "existe una relación de subcontratación siempre que una empresa (generalmente de pequeñas dimensiones y a la que denominaremos <subcontratista>) interviene por cuenta de otra empresa (a menudo de gran tamaño, que denominaremos <principal>) en el proceso de elaboración y realización de un producto específico, ateniéndose a los proyectos y especificaciones técnicas facilitadas por el principal, quedando a cargo de éste último la responsabilidad económica final". En mi opinión no la considero válida con carácter general puesto que sólo recoge la contrata o subcontrata que tiene por objeto la elaboración de un producto, no haciendo referencia cuando la labor del contratista consiste en la prestación de un servicio¹⁷.

En la doctrina laboralista se ha apuntado que "es

¹⁵ Vid, entre otros, VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*. Valencia, 1995 (8ª ed.). Tirant lo Blanch. Págs. 449 y 459.

¹⁶ COM (89) 402 final. Bruselas, 30 de agosto de 1989. Pág. 3.

¹⁷ Vid MARTÍNEZ MURILLO, J.J.: "La subcontratación en la comunidad". GJCEE, 1991, B-61. Pág. 13.

una expresión que se refiere a una relación contractual por la que un empresario contratista se compromete a la realización de una obra o servicio determinado y el empresario contratante o comitente adquiere la recíproca obligación de pagar un precio cierto"¹⁸, que es "un contrato en el que una parte asume, a través de una organización de medios necesarios y con una gestión a propio riesgo, la obligación de realizar para la otra una obra o un servicio por una remuneración dineraria"¹⁹ o, en fin, que es "un tipo específico del contrato civil de ejecución o arrendamiento de obra, por el cual una de las partes se obliga a realizar una obra a cambio de un precio cierto y determinado"²⁰.

Todas ellas son básicamente coincidentes puesto que tienen como punto central el hecho de que se trata de una relación jurídica por la que un empresario, denominado comitente o principal, acude a otro, llamado contratista, para que realice una obra o servicio determinado, a

¹⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. Y ALVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*. Madrid, 1995 (3ª ed.). Colección Ceura. Ramón Areces. Pág. 649.

¹⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "La regulación protectora del trabajo en contratas". RPS, 1972, nº 93. Pág. 29.

²⁰ GARCÍA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores". RPS, 1981, nº 130. Pág. 22.

cambio de pagar un precio.

Esa relación se materializa en lo que normalmente se ha denominado un contrato de empresa, el cual se puede definir como aquel en cuya virtud el contratista, a través de una organización empresarial propia, ejecuta un trabajo o servicio para otro empresario, el cual se denominará principal o comitente²¹.

Ahora bien, este contrato de empresa no aparece con esta calificación en la realidad, sino fundamentalmente bajo la denominación típica de contrato de ejecución de obra, cuando la contrata tiene como objetivo la realización de una obra, o de prestación de servicios, cuando se celebra para proporcionar unos servicios²².

²¹ En términos parecidos se ha pronunciado la STCT de 10 de abril de 1989 (Ar. 2646. Ponente: Sr. D. Alfredo García-Tenorio Bejarano), en la que se señala que el contrato de empresa entraña "la realización de una obra o servicio determinado por parte del empresario contratista y la obligación correlativa de pagar un precio cierto por parte del empresario contratante o comitente".

²² Respecto de estos contratos hubo un intento de reformar el CoC de algunos de sus artículos y de su denominación. En cuanto a esta última, de la actual consideración como <arrendamiento de obras y servicios> se quería cambiar a la de <contrato de servicios y contrato de obra>.

También se tenía como objetivo precisar los conceptos de cada uno de esos contratos, siendo el primero aquel por el que se promete una actividad de prestación en cuanto tal, mientras que en el segundo se asume la obligación de producir un resultado, así como su funcionamiento, puesto que se partía de la base de que el contratista era el que suministraba los

Esta identificación del contrato de empresa con el de ejecución de obra no ha sido pacífica en la doctrina, puesto que se ha señalado que en el contrato de ejecución de obra el contratista no es un empresario sino una persona que asume la realización personal de la obra, ayudado a lo sumo, por algún ayudante²³.

En mi opinión, de la regulación de este contrato en los arts. 1588 a 1603 del CoC no se puede deducir que el contratista ha de ser necesariamente una persona sin organización empresarial, puesto que si bien en el art. 1588 del CoC parece ser que se está refiriendo a una sola persona, del resto del articulado se deduce todo lo contrario, puesto que si se regula el supuesto de hecho de un contratista de un edificio (art. 1591 del CoC), difícilmente se puede pensar en un sólo sujeto, sino que se atiende a toda una organización empresarial²⁴.

materiales, a diferencia de la regulación actual en la que se distinguen las dos situaciones, es decir, que los suministre el empresario principal o el contratista.

Finalmente este proyecto de Ley de reforma del CoC sobre los contratos de servicios y de obra no prosperó. Los datos reseñados se han extraído del BOCG-CD, Serie A, n° 58-1, de 12 de abril de 1994.

²³ En este sentido, LUJÁN ÁLCAREZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo. Contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo*. Madrid, 1994. MTSS. Pág. 571.

²⁴ En este sentido se manifiesta también GARCÍA GIL al señalar que el contrato de ejecución de obra, también llamado

Por tanto, la contrata de obra aparecerá formalizada normalmente como contrato de ejecución de obra. En cuanto a la contrata que tiene por objeto la prestación de servicios, el contrato aparecerá normalmente bajo la designación de contrato de arrendamiento de servicios, no habiendo planteado tantos problemas su denominación como la anterior.

Pero esto no supone que éstas sean las únicas formas contractuales posibles que puedan sustentar una contrata o subcontrata sino que, como acertadamente ha señalado CRUZ VILLALÓN, esta modalidad de desempeño del trabajo no se puede circunscribir a tipos cerrados de contratos, y más hoy en día ante la aparición de prestaciones de servicios respecto de los cuales no se encuentra prevista una fórmula contractual al respecto²⁵.

Es el caso por ejemplo del contrato de <engineering>. Se trata de un nuevo tipo contractual surgido en los últimos años, que no tiene traducción precisa en el derecho positivo español, en el cual existen

contrato de empresa, o simplemente contrato de obra, es aquel por el que una parte -contratista- se obliga -frente a otra -comitente o dueño de la obra- a realizar la convenida por un precio cierto. En *El contrato de ejecución de obra y su jurisprudencia*. Madrid, 1995. Dykinson. Pág. 9.

²⁵ En "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas". RL, 1992, n° 2. Págs. 121 y 122.

elementos del contrato de obra, de servicios, de suministro de bienes de equipo, etc. Según la doctrina mercantilista "viene a ser una modalidad del arrendamiento de obra, por la que un ingeniero o empresa consultora se obliga a realizar un proyecto de ingeniería para otra persona a cambio del pago de un precio"²⁶. La obra comprometida puede ser de carácter material, como construcción de instalaciones industriales, maquinaria, inmaterial o la organización, racionalización o creación intelectual, cuya protección puede requerir del Derecho de patentes o de propiedad intelectual.

En consecuencia, la normativa relativa a las contrata o subcontratas que se estudiará posteriormente resulta aplicable a todas las formas de desempeño del trabajo que revistan las mismas características que una contrata, con independencia del nombre que se dé a esa relación y el contrato que se utilice.

Esto permite plantear la cuestión de si el contrato de suministro puede sustentar una contrata o subcontrata.

Ante una consulta hecha a la Dirección General de Asistencia Técnico-Jurídica de la Seguridad Social²⁷, se

²⁶ La definición es de VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil...op. cit.* Págs. 459 y 460.

²⁷ Resolución de 6 de febrero de 1995.

declaró que este contrato poseía tintes más próximos a la compraventa o figuras afines, pero en ningún caso al arrendamiento de obras o servicios.

En mi opinión, esta interpretación ha de ser matizada, pues bajo la modalidad del contrato de suministro se han asentado toda una serie de actividades cuyas características pueden ser muy parecidas a las del contrato de obra o de prestación de servicios. Ello se deduce, por ejemplo, del art. 173.1 c) de la LCAP, que considera como suministro los contratos de fabricación, en virtud de los cuales se han de entregar cosas, con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la Administración, o del art. 173.2 de la LCAP, que considera también como suministro la adquisición de programas de ordenador a medida.

Ambas modalidades del contrato de suministro poseen características muy similares a las del contrato de obra (pese a que el segundo es calificado por la LCAP como contrato de servicios), puesto que en ellos se fabrican unos determinados productos específicos como consecuencia de un encargo de la Administración.

Asimismo, el art. 172.3 de la LCAP, prevé como suministro el mantenimiento de los equipos informáticos, sus dispositivos y programas. Esta labor guarda también

relación con la contrata de prestación de servicios.

Por tanto, si bien el suministro típico, considerado como aquél en el que un empresario se obliga a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por el precio unitario -sin que la cuantía total se defina con exactitud en el momento de celebrar el contrato²⁸, al ser indeterminable ya que las entregas se subordinan a las necesidades reales de la Administración²⁹- no puede sustentar una contrata, existen otras modalidades de suministro, que se podrían calificar como atípicas, a las cuales se les podría considerar como contratas de obras o servicios.

Por último, también considero que pueden responder a esa naturaleza los contratos de consultoría y asistencia y los que versan sobre trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración³⁰.

²⁸ En este sentido se pronuncia LORIGA señalando que el suministro trata de una prestación periódica y continuada de cosas, mientras que el arrendamiento es el cumplimiento de una obra o servicio. En *La disciplina giurídica del lavoro in appalto*. Milán, 1965. Giuffrè.

²⁹ La definición es de SOSA WAGNER, F.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Barcelona, 1995. CEDECS. Pág. 172.

³⁰ Estos contratos vienen definidos en el art. 197.2 de la LCAP, en los términos siguientes:

Ambos son claramente contratos de prestaciones de servicios y así se deberían de denominar, lo cual no se ha hecho para evitar la confusión con el clásico contrato de gestión de servicios públicos³¹.

En resumen, todos los contratos que se han estudiado presentan un perfil que permite equipararlos a una contrata y subcontrata, lo cual conlleva que se les pueda

1°. Son contratos de consultoría y asistencia los que tienen por objeto "estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos", así como los que consisten en llevar a cabo, en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, prestaciones relacionadas con la "toma de datos, investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico, asesoramiento para la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter, estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otro, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos", y "cualesquiera otros servicios directa o indirectamente relacionados con los anteriores y en los que también predominen las prestaciones de carácter intelectual"

2°. En cuanto a los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración, son como un cajón de sastre, pues en ellos se incluyen todas aquellas prestaciones que no se pueden circunscribir ni dentro de los contratos de consultoría y asistencia ni en los contratos de servicios públicos, comprendiendo su desempeño unas labores que no pueden ser atendidas por la labor ordinaria de los órganos administrativos (art. 197.4 de la LCAP).

³¹ Así lo ha señalado VICENTE LÓPEZ, C.: *La contratación administrativa. Condiciones generales y eficacia*. Granada, 1996. Comares. Pág. 315.

aplicar los criterios de responsabilidad y subrogación que se estudiarán en los siguientes capítulos pues, como se aclarará, el hecho de que el empresario principal sea un sujeto público no es suficiente para excluir la posible imputación de responsabilidad.

Una vez delimitada la figura y su funcionalidad, conviene distinguirla de otras próximas que pueden presentar alguna similitud.

Así, se diferencia de las empresas de trabajo temporal, fundamentalmente en que en éstas los trabajadores de la empresa de trabajo temporal prestan sus servicios para un empresario diferente del que les ha contratado, que es la empresa de trabajo temporal, cuya labor consiste en el suministro temporal de trabajadores a otras empresas, clientes o usuarias, con el fin de satisfacer sus necesidades temporales de mano de obra, en cuanto a cantidad y calidad de ésta³².

En cambio, en la contrata lo que se desempeña es un trabajo por una empresa contratista, cuyos trabajadores están bajo su dependencia, no existiendo en ningún caso prestamismo laboral, puesto que al finalizar la contrata

³² La definición es de RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, en *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*. Madrid, 1992. MTSS. Págs. 29 y 30.

o subcontrata esos trabajadores siguen estando a las órdenes de la empresa contratista, que es la que los contrató. Podrán los trabajadores prestar su trabajo en los centros de la empresa principal pero siempre bajo la dirección de la empresa contratista.

Otra figura que conviene tener clara es la del arrendamiento de empresa. En las contrataciones y subcontratas, la organización empresarial debe ser aportada por el empresario contratista, mientras que en el arrendamiento de empresa la organización empresarial la aporta el propietario-arrendador, tratándose de un cambio de titularidad *inter vivos*, que se regula por el art. 44 del ET, y no de una contrata o subcontrata. Esta distinción es determinante pues cuando se estudie la subrogación empresarial, el hecho de transmitir o no la infraestructura empresarial será decisivo para la aplicación o no de la normativa comunitaria y española sobre transmisión de empresas.

3. Planteamiento del trabajo y sistemática de la exposición.

Este trabajo pretende analizar los dos aspectos fundamentales que se pueden plantear en relación a la problemática jurídico-laboral de las contratadas o subcontratadas de obras o servicios: el juego de las diversas responsabilidades entre los distintos sujetos que participan en ellas y la problemática que se suscita en orden a su finalización y continuación del trabajo por una contratista.

En cuanto a la primera parte, se estudian los principales supuestos en los que pueden surgir responsabilidades para el empresario principal, así como el alcance de las mismas, que pueden proyectarse sobre materias salariales, de Seguridad Social, de seguridad y salud en el trabajo, o incluso de carácter sancionatorio, fijando dentro de ellas los límites y excepciones, así como las compatibilidades existentes.

Dentro de esta parte ha merecido un análisis aparte el deber de comprobación empresarial, dado que su regulación es muy breve y las consecuencias, sin embargo, importantes.

Respecto de la segunda parte, el examen de la inclusión de las contratadas o subcontratadas dentro de los

supuestos de hecho de la normativa comunitaria o española sobre transmisión de la empresa ha requerido realizar previamente un estudio completo de los mismos, así como de todos los requisitos fijados tanto doctrinal como jurisprudencialmente para su delimitación, con el fin de determinar si se podían incluir en ellos los cambios de contratistas.

En vista de que, como se verá, la respuesta ha de ser negativa, y ha sido la negociación colectiva la que ha fijado toda una serie de regulaciones protectoras de la estabilidad del trabajador, también se analizan minuciosamente al final de este trabajo las previsiones sobre el tema de los convenios colectivos.

Por último quiero señalar que aquellos aspectos en los que la regulación nacional presenta más problemas interpretativos, he analizado a pie de página cómo se ha solventado la cuestión en otros países, fundamentalmente Italia y Francia, lo cual permite tener una visión más completa de la cuestión.

PARTE 1^a

LA RESPONSABILIDAD

EMPRESARIAL

CAPITULO I

LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA SALARIAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

1. Consideraciones previas.

El estudio de la responsabilidad empresarial en las contratas o subcontratas de obras y servicios se inicia con el análisis del alcance de la misma en relación a dos materias muy importantes, como son la salarial y la de Seguridad Social:

Se encuentra regulada la primera materia en el párrafo segundo del art. 42 del ET, que determina su carácter solidario así como su acotamiento al período en el que se desempeñe la contrata, no existiendo en la regulación española, en mi opinión, y como se verá más adelante, base legal para sustentar una posible responsabilidad del empresario principal anterior o posterior al período de tiempo durante el que se ha desarrollado la relación contractual con el contratista³³.

El mismo párrafo finaliza con dos excepciones a la aplicación de la responsabilidad solidaria que, tal como se verá posteriormente, responden a circunstancias que en cierta manera ya están recogidas en el supuesto de hecho del artículo y, por tanto, no era necesaria su

³³ Sobre el tema, no siempre pacífico, *vid infra* capítulo II, puntos 3.5. y 3.8.1., en el que existen opiniones

determinación.

La segunda materia, es decir, la relativa a la responsabilidad en orden a la Seguridad Social, a diferencia de la primera, se encuentra prevista en dos textos normativos, el párrafo segundo del art. 42 del ET y el párrafo primero del art. 127 de la LGSS, los cuales no se contradicen entre sí, al regular dos supuestos de hecho diferentes y determinar dos regímenes jurídicos también diversos.

En el presente capítulo se va a tratar de definir, con carácter previo a la delimitación de la responsabilidad del empresario principal, el presupuesto de hecho que recoge la norma más importante en esta materia que es el ET.

Posteriormente se examinará el alcance de la responsabilidad empresarial y su ámbito en el art. 42.2 del ET, la que determina el art. 127.1 de la LGSS, así como la responsabilidad administrativa que se puede derivar de algunos incumplimientos tipificados en la LISOS.

Se finaliza el capítulo con el examen de los límites, temporales y materiales, y las excepciones a la

manifestadas respecto del deber de comprobación empresarial que señalan lo contrario.

aplicación de las diferentes responsabilidades.

2. Antecedentes históricos.

Dado que la instauración de la responsabilidad en materia de contratas y subcontratas no aparece <ex novo> en el ET o en la LGSS considero adecuado realizar un breve análisis de los principales textos normativos que con anterioridad se han ocupado de la cuestión, con el fin de conocer cuál ha sido la línea seguida hasta llegar a la situación actual.

Las normas que cabe conceptuar como antecedentes más importantes son, siguiendo un orden cronológico, las siguientes:

1ª. En primer lugar, la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966³⁴. Se trató de una ley que, siguiendo la línea que había fijado el art. 2.3 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1956³⁵ y el art. 8 *in fine* de

³⁴ Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado primero de la Ley de Bases de la Seguridad Social (BOE de 22 de abril).

³⁵ Expresamente señalaba el art. 2.3 que "estando contratada la ejecución o explotación de la obra o industria, se considerará como patrono al contratista, subsistiendo siempre la responsabilidad subsidiaria del propietario de aquélla". Esta previsión fue matizada por el art. 8 del Reglamento, que disponía que "en caso de falta de seguro, si la obra o industria estaba contratada, el propietario responderá

su Reglamento, reguló en el art. 97 la responsabilidad del empresario principal en las contratas y subcontratas de obras y servicios, configurándola como subsidiaria, ya que se supeditaba a que el contratista fuera declarado insolvente³⁶.

La responsabilidad estaba limitada al pago de prestaciones y cotizaciones relacionadas con los seguros sociales, no incluyéndose los créditos salariales pendientes.

Esta regulación pasó posteriormente, en idénticos términos, al art. 97 de la LGSS de 1974³⁷, para quedar definitivamente plasmada en el art. 127.1 de la actual LGSS, la cual será analizada posteriormente.

2ª. En segundo lugar, cabe referirse a la Ordenanza de la Construcción de 28 de agosto de 1970³⁸. La regulación de esta materia se encontraba en el art.

de todas las obligaciones del contratista en el caso de que éste resulte insolvente".

³⁶ Esta declaración fue calificada por RODRÍGUEZ PIÑERO como una novedad importante, ya que si bien anteriormente se exigía la situación de insolvencia, no estaba muy claro que fuera necesaria la declaración expresa. En "La regulación protectora del trabajo..." *op. cit.* Pág. 22.

³⁷ Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 20 de julio).

59.1 que disponía fundamentalmente la responsabilidad subsidiaria de los empresarios principales pero, a diferencia del texto anterior, no sólo la circunscribía a las obligaciones respecto de la Seguridad Social sino también al resto de derechos de carácter salarial que tuviera el contratista con sus trabajadores.

Por tanto, se ampliaba el abanico de materias de las que podía resultar responsable el empresario principal, pero a la vez existía la restricción de que dicha regulación se limitaba al sector que regulaba la Ordenanza.

La vigencia de esta Ordenanza no se vio truncada por la aprobación de textos legales posteriores (en especial, la LRL), puesto que, como señaló la STCT de 11 de julio de 1977³⁹, tales normas tipificaban supuestos de hecho diferentes, ya que la Ordenanza establecía una responsabilidad subsidiaria de las empresas que subcontratan con otras la realización de obras o trabajos, y lo que se regulaba en el párrafo segundo del art. 19 de la LRL era una responsabilidad solidaria por las obligaciones contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y con la Seguridad Social, mas esta

³⁸ BOE de 9 de septiembre.

³⁹ Ar. 4132. Ponente: Sr. D. José Díaz Bulsen.

responsabilidad se concretaba al período de vigencia de la contrata, con lo que no se excluían ni incompatibilizaban entre sí.

Lógicamente, si no se produjo controversia con la LRL, tampoco la hubo con el ET, que es fiel reflejo de ésta última, ya que la vigencia de esta Ordenanza se ha mantenido hasta la concertación el 4 de mayo de 1992 del CGC⁴⁰, que ha supuesto la desaparición de la responsabilidad subsidiaria de la normativa de este sector, pues al regular esta materia en su art. 31, se remite en lo que se refiere a la responsabilidad del empresario principal al art. 42 del ET, que como ya se ha señalado dispone la responsabilidad de tipo solidario⁴¹.

3ª. La tercera norma a considerar como un antecedente importante en la materia objeto de estudio en

⁴⁰ El Preámbulo de esta Convenio dispone que "en aplicación de lo estipulado en el Acuerdo Marco Interprofesional del Sector de la Construcción de 28 de Octubre de 1988, BOE número 305, en el número 5 de su preámbulo y en su artículo 10, SE CONCIERTA el presente Convenio General del Sector de la Construcción, que, con vocación de permanencia y estabilidad normativa a largo plazo, sustituye a la Ordenanza Laboral de la Construcción, Vidrio y Cerámica de 18 de Agosto de 1970".

⁴¹ Literalmente se señala que "las empresas que subcontraten con otras del sector la ejecución de obras o servicios responderán ante los trabajadores de las empresas subcontratistas en los términos establecidos en el art. 42 del ET (...)".

este punto es el Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre, por el que se regulaba el contrato de trabajo y se establecían las responsabilidades y sanciones en la contratación y empleo de trabajadores.

Fue una norma muy breve, ya que sólo constaba de cinco artículos, cuyo objetivo fundamental consistía, como advertía su Exposición de Motivos, en "evitar que, a través de las cesiones de personal, puedan ser vulnerados los beneficios sociales de los trabajadores, al propio tiempo que impedir que mediante dichas cesiones renacieran las oficinas privadas de colocación".

En lo que se refiere a las contrataciones, y más exactamente al tipo de responsabilidad del empresario principal, venía regulado en el art. 4 *in fine*, estableciendo por primera vez una responsabilidad solidaria del empresario principal respecto de los trabajadores de la contratista. Su ámbito objetivo era en cierta forma indeterminado e ilimitado puesto que se extendía a todas las obligaciones que tuviera el empresario con sus trabajadores y con la Seguridad Social, incluyéndose tanto las de carácter salarial como extrasalarial, de manera que lo relevante era que se tratara de un derecho respecto del cual el contratista estaba obligado a cumplir siendo indiferente su naturaleza jurídica.

Esta norma fue calificada como el primer intento serio de regulación general de un sistema de garantías complementarias a favor de los trabajadores afectados por contratas o subcontratas⁴².

Pero, no obstante, precisamente este artículo que regulaba las contratas tuvo problemas a la hora de ser aplicado por el choque que se producía con el art. 97 de la Ley de Seguridad Social de 1966, que preveía para estos casos una responsabilidad subsidiaria. El problema fue solventado por la STS de 23 de noviembre de 1977⁴³,

⁴² MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios*. IES. Madrid, s/f. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo. Pág. 9.

⁴³ Ar. 4642. Ponente: Sr. D. Pablo García Manzano. "(...) El art. 97 de la LGSS, en relación con el art. 68.1 del mismo texto, determina en su ap. 1, como regla general, la subsidiariedad en cuanto a la responsabilidad del empresario principal dueño de la obra o industria, en relación con los supuestos de insolvencia del contratista, regla que tan solo cede en el ap. 2, estableciendo un régimen excepcional de solidaridad en determinados supuestos, referidos a la sucesión en la titularidad de la industria o negocio, y a la que se declara entre el empresario cedente y el cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra (...). Quiérese decir, que regulados los supuestos excepcionales de responsabilidad solidaria por normas de rango de ley, mientras por normas del mismo rango legal no se disponga otra cosa ha de estarse a la regla o criterio de la responsabilidad subsidiaria que preconiza el art. 97.1; por ello (...) [el Decreto] implica contradicción o derogación por vía reglamentaria de prescripción con rango de Ley formal y, por ende, el precepto citado, art. 4 en su inciso final, queda afectado de la nulidad de pleno derecho que disponen los arts. 26 y 28 de la Ley de

que declaró la nulidad del art. 4 en virtud de la prevalencia de la norma legislativa frente a la reglamentaria, ya que un Decreto no puede derogar un precepto legal.

Por tanto, pese al establecimiento de la responsabilidad solidaria, se seguirá con la misma regulación general existente desde la Ley de Seguridad Social de 1966, es decir, con la aplicación de la responsabilidad subsidiaria del empresario principal.

4*. La declaración de nulidad careció en cierta manera de trascendencia ya que, con anterioridad a su manifestación y en previsión de ésta, se reguló la responsabilidad solidaria en el art. 19.2 de la LRL, que reiteró lo señalado anteriormente⁴⁴.

En vista de que la regulación de éste es equivalente a la dispuesta por el art. 42.2 del ET, no se realiza un

Régimen Jurídico de la Administración del Estado y demás preceptos concordantes (...)".

⁴⁴ Literalmente disponía que "las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad, deberán exigir a éstas que se hallen en posesión del carnet de empresa con responsabilidad en los supuestos en que esté legalmente previsto, y que los contratistas y subcontratistas estén al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. En todo caso, la empresa principal responderá solidariamente de las obligaciones contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y con la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata".

análisis específico, remitiéndome a lo que señale a continuación sobre este último.

3. Supuesto normativo del art. 42 del ET.

3.1. Contrata y subcontrata de obras o servicios y no cesión de personal.

El primer presupuesto necesario para que se aplique la normativa relativa a las contrata y subcontratas radica en que el negocio que se desarrolle consista efectivamente en una auténtica contrata o subcontrata de obras o servicios y no una cesión de personal encubierta, más conocida comúnmente como <pseudocontrata>, la cual se ha definido como un negocio, aparentemente lícito, que enmascara sin embargo una cesión prohibida de mano de obra.

Esta distinción ha supuesto tanto para la doctrina como la jurisprudencia una de las labores más complicadas, ya que la contrata siempre ha sido regulada bajo tintes de permisibilidad y legalidad, frente a la cesión de mano de obra que en el ordenamiento laboral español estaba totalmente prohibida por el anterior art. 43 del ET, cuya redacción vetaba el reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario, cualesquiera que fueran los títulos de dicho tráfico de mano de obra, así como la

utilización de los servicios de dichos trabajadores, sin incorporarlos al personal de la empresa en que trabajaran.

Esta prohibición se prolongó hasta el RDL 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación⁴⁵, que derogó el artículo citado, disponiendo una nueva regulación de la cesión de trabajadores en su art. 2, permitiéndola a través de Empresas de Trabajo Temporal⁴⁶.

Posteriormente, esta regulación pasaría a la Ley

⁴⁵ BOE de 7 de diciembre.

⁴⁶ Literalmente dispuso que "la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.

2. Los empresarios que infrinjan lo señalado en el apartado anterior responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

3. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho, a su elección, a adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o cesionaria una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubieran podido fijar para el período de prueba.

En la nueva empresa sus derechos y obligaciones serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo puesto de trabajo o equivalente, si bien la antigüedad se contará desde el inicio de la cesión ilegal.

10/1994, de 19 de mayo, sobre Medidas Urgentes de Fomento del Empleo y Protección del Desempleo⁴⁷, que recogió lo dispuesto en el RDL con pequeñas variaciones⁴⁸, para incorporarse finalmente al nuevo Texto Refundido del ET, que derogó esta Ley.

Por tanto, a partir de este momento se permite la cesión de personal pero sólo a través de empresas de trabajo temporal⁴⁹, las cuales no fueron reguladas hasta la aprobación de la Ley 14/1994, de 1 de junio⁵⁰, de Empresas de Trabajo Temporal, desarrollada por el RD

⁴⁷ BOE de 23 de mayo.

⁴⁸ Éstas fueron fundamentalmente las dos siguientes:

1. En el art. 2.2 se dice "Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan...", precisión que antes no estaba en el art. 2.3.

2. No se exige que transcurra un plazo igual al que legalmente hubieran podido fijar para el período de prueba.

⁴⁹ Siempre que las mismas se hayan constituido siguiendo las directrices legales en cuanto a su autorización (STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 17 de junio de 1997. AL, 1997, n° 32. Págs. 2442 a 2444. Ponente: Sr. Méndez Holgado) y se realice para alguno de los supuestos en los que legalmente está permitido acudir a la contratación de trabajadores para ponerlos a disposición (STS de 3 de junio de 1996. AL, 1996, n° 36. Págs. 2831 a 2833. Ponente: Sr. D. Pablo Cachón Villar). En este sentido se ha manifestado RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*. Madrid, 1995. Tecnos. Pág. 99.

⁵⁰ BOE de 2 de junio.

4/1995, de 13 de enero⁵¹.

Una vez hecha esta breve introducción sobre las líneas legales que ha seguido la disciplina de la cesión de la mano de obra, se entra en la distinción entre ésta y la contrata o subcontrata de obras o servicios, la cual como se ha señalado, no ha sido tarea fácil, porque los supuestos de cesión que se han ido presentando en la práctica han intentado cubrirse con los velos de legalidad que rigen las contratas y subcontratas, con lo que la jurisprudencia ha tenido que determinar toda una serie de criterios que permitan deslindar una y otra figura, partiendo de la base, de que no cabe el establecimiento de principios generales, sino que habrá que analizar caso por caso y todas las connotaciones que ellos reúnen.

Tales criterios jurisprudenciales, que han sido acogidos por la doctrina⁵², son, fundamentalmente, los cuatro siguientes:

1º) El contratista ha de poseer una infraestructura organizativa propia e independiente de la empresa principal, con sede y plantilla propias, centro

⁵¹ BOE de 13 de abril.

⁵² Vid, por todos, RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.: *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal...op. cit.* Págs. 366 y 367; AA.VV. (Dir. SALA FRANCO, T.): *Derecho del Trabajo*. Valencia, 1997 (11 ed.). Tirant lo Blanch. Págs. 254 a 256.

de trabajo, máquinas e instrumentos...⁵³, no bastando con el simple dato formal de que la empresa esté válidamente constituida.

De lo que se trata es de que tenga todo un soporte material para el desempeño de la actividad para la que se ha constituido la contrata, la cual debe ser específica y delimitada de la que desempeña la empresa principal⁵⁴, lo que no quiere decir que hayan de ser diferentes, sino que la labor del contratista tenga una virtualidad o especialidad suficientes, características que le llevarán a la empresa principal a contratar con ella⁵⁵, no siendo válida aquella actividad que tenga por objeto el suministro de personal.

⁵³ Es el caso de la STS de 7 de Marzo de 1988 (Ar. 1863). Ponente: Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete. "(...) [Se trata de una contrata ya que] los trabajos de realización de molienda de estéril, preparación del suelo y construcción y servicio de limpieza de derrames y arranques que constituyen el objeto de las contratas, se han realizado empleando herramientas propias de la contratista, y bajo las órdenes (...) de un encargado de ésta (...), [concluyendo] con la imposibilidad de configurar a la indicada sociedad como una empresa ficticia dedicada al tráfico interpositorio".

⁵⁴ Así lo exige la STSJ de 25 de abril de 1994 (Ar. 1480). Ponente: Sra. Dª Rosa Mª Virolés Piñol.

⁵⁵ STSJ de Castilla y León (Burgos) de 31 de Diciembre de 1993 (Ar. 5190). Ponente: Sra. Dª Mª Teresa Monasterio Pérez, que no considera que se de una cesión de personal en base a que cada empresa "tiene una realidad propia y una actividad específica diferenciada", ya que una se dedica a la fabricación de un producto y la otra a su venta.

Así, considera la jurisprudencia que hay cesión de trabajadores cuando al contratista "no le pertenecen los medios materiales (...), incluidos sus aparatos y accesorios"⁵⁶, o si "la contratista carece de sustantividad y autonomía empresarial propia, ya que, [ha sido] creada por iniciativa y con dinero de la [empresa principal], la cual se limita a contratar a los [trabajadores] para suministrarlos a la [última]"⁵⁷.

No obstante, cabe la posibilidad de que en algunos supuestos, una vez valorados en conjunto todos los hechos presentados, se considere que existe una auténtica contrata o subcontrata, a pesar de que la empresa principal suministre los materiales y herramientas, atendiendo a que no se inmiscuye en la actividad de la contratista, y ésta conserva su independencia, ya que el requisito relativo al patrimonio instrumental y organización se exige a nivel de empresa pero no del

⁵⁶ STS (UD) de 18 de Marzo de 1994 (Ar. 2548). Ponente: Sr. D. Luis Gil Suárez, que resuelve que es cesión de trabajadores el contrato suscrito entre Telefónica de España y la empresa a la que encarga la dirección de un locutorio público, ya que todo el material y la organización empresarial se lleva a cabo por la primera.

⁵⁷ STS 13 de Diciembre de 1990 (Ar. 9782). Ponente: Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, donde se da una cesión de personal entre dos empresas constructoras, una de las cuales ha sido constituida por la otra como una tapadera.

trabajo concreto realizado⁵⁸.

Lo mismo puede ocurrir en sentido contrario, es decir, que pese a que se trate de una empresa con infraestructura propia y legalmente constituida y con una actividad propia, lleve a cabo cesiones de personal, puesto que al igual que se realiza entre empresas ficticias, se puede llevar a cabo entre empresas reales⁵⁹.

2º) El contratista debe ser el titular de la

⁵⁸ STSJ de Andalucía (Málaga) de 10 de Diciembre de 1993 (Ar. 5156). Ponente: Sr. D. Francisco Javier Vela Torres, en la que no se considera que hay cesión de trabajadores aunque el empresario principal "aporte los útiles y herramientas necesarios para la realización del trabajo" pues la relación jurídica existente entre el empresario principal y el subcontratista tuvo entidad real. En el mismo sentido la STSJ de Andalucía (Málaga) de 3 de octubre de 1995 (Ar. 3839). Ponente: Sr. D. Víctor Martín González, admite que la empresa principal haya facilitado cierto instrumental (un terminal portátil de lecturas y algún otro aparato como máquinas de precinto y maxímetro), y la documentación necesaria.

⁵⁹ STS de 19 de enero de 1994 (Ar. 352. Ponente: Antonio Martín Valverde), cuyo supuesto de hecho recoge una cesión de personal entre dos entidades empresariales con actividad y organización propias. Sobre el tema, CEDALES FIDALGO, J.: "La delimitación de la cesión ilegal de trabajadores en supuestos de contrataciones de obras y servicios a la luz de la jurisprudencia". REDT, 1996, nº 79. Págs. 900 y 901.

En el mismo sentido también se encuentra la STS de 16 de febrero de 1989 (Ar. 874). Ponente: Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla, que expresamente recoge el supuesto de una cesión de personal entre dos empresas reales, ya que el trabajador de una trabaja permanentemente para la otra.

organización, control y dirección de la actividad, lo que supone, en suma, que tenga el poder de dirección de la actividad que desempeña⁶⁰, que es la nota fundamental de la condición de empresario.

Así se considera como cesión "la atribución a la empresa [principal] de la organización del servicio de teléfono eléctrico"⁶¹, o el supuesto de que "las facultades relativas a la contratación de personal están sumamente constreñidas y sometidas a fuerte control, [todo ello unido] (...) a la carencia de facultades en orden a la dirección y gestión del negocio, (...) acatando el horario impuesto [por la empresa

⁶⁰ Vid STS de 15 de Diciembre de 1992 (Ar. 6294). Ponente. Sr. D. Luis Jacinto Maqueda Abreu. "(...) En la subcontrata, el empresario principal al perfeccionar el contrato, busca o persigue la ejecución de unas tareas claramente definidas y determinadas (...) asumiendo el subcontratista el riesgo de la operación y de todas las responsabilidades y obligaciones propias de cualquier empresario frente a los trabajadores que están en relación inmediata con él, aunque lo sea a través de un aparato organizativo muy simple (...)". En el mismo sentido la STSJ de Cataluña de 6 de abril de 1994 (Ar. 1460). Ponente: Sra. D^a. Rosa M^a Virolés Piñol.

⁶¹ STS de 19 de Enero de 1994 (Ar. 352). Ponente: Sr. D. Antonio Martín Valverde, que considera que aún tratándose de dos empresas con actividad y organización propias, en un determinado servicio por ellas desempeñado se da la cesión de personal por no asumir una de ellas la organización y el riesgo que conlleva el desempeño de un determinado servicio.

principal]"⁶².

Esta circunstancia impide la existencia de una verdadera contrata, incluso en el caso de que el pretendido contratista contara con una infraestructura propia, lo cual normalmente no ocurrirá⁶³; en esta situación no se ejerce el poder de dirección y organización que toda actividad empresarial conlleva lo que supone que existe cesión de personal, como se advierte, por ejemplo, en la STS de 16 de Febrero de

⁶² STS (UD) de 18 de Marzo de 1994 (Ar. 2548). Ponente: Sr. D. Luis Gil Suárez. En igual sentido se manifiesta la STS (UD) de 17 de Julio de 1993 (Ar. 5688). Ponente: Sr. D. Luis Gil Suárez, respecto a un supuesto de hecho equivalente al de la sentencia anterior; STCT de 10 de Noviembre de 1987 (Ar. 24472). Ponente: Sr. D. José Ramón García Arozamena. "(...) Quien aparecía como empleadora no dirigía, organizaba, ni utilizaba sus servicios, aun cuando pudiera tener algún interés en que se prestaran, bien por haberlo concertado así con la Administración, bien por otra causa, pero era ésta la que directamente recibía la prestación de servicios, desempeñándose las funciones en sus dependencias (...)"

⁶³ STSJ de Cataluña de 27 de junio de 1994 (Ar. 2600). Ponente: Sr. D. Sebastián Moralo Gallego, en donde se aprecia un supuesto de cesión de personal por "la total ausencia de aportación de herramientas, elementos de trabajo o infraestructura propia por la empresa que formalmente contrata al trabajador, agravada por la falta de instrucciones o presencia de mandos intermedios que de alguna forma controlen, supervisen o dirijan las tareas del presunto empleado, son signos evidentes de cesión ilícita, que demuestran que el trabajador en realidad se ha integrado plenamente en la plantilla de la empresa principal".

1989⁶⁴.

Ello no obstante, hay que tener en cuenta que el empresario principal puede perfectamente dar órdenes al contratista, sin que por ello deje de ser una auténtica contrata o subcontrata, siempre que "se trate de órdenes muy concretas y que (...) el contratista, para cumplirlas y ejecutarlas, pueda dentro de su competencia, ejercer funciones de mando sobre quien esté a su servicio (...)"⁶⁵.

3º) El contratista ha de asumir el riesgo empresarial que conlleva la realización de su actividad, pues de lo contrario se trataría de una cesión encubierta.

Los indicios a tener en cuenta son, entre otros, saber quién paga realmente al trabajador, que deberá ser el contratista y no el empresario principal, ya que de lo que se hace cargo éste último es del pago de la obra o servicio que se le ha realizado o prestado; la forma de remuneración de los trabajos realizados, pues si se trata

⁶⁴ Ar. 874. Ponente: Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla. "(...) Tal cesión puede tener lugar, aun tratándose de dos empresas reales, si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta y mucho más si trabaja, en realidad, exclusivamente en ésta (...)"

de una cesión de personal, la retribución vendrá normalmente fijada por horas de trabajo, que serán las que ha estado el trabajador al servicio de la empresa cesionaria⁶⁶, mientras que si de lo que se trata es de una contrata de obras y servicios, como se está ante un contrato de resultado, la retribución vendrá establecida según el total de trabajo realizado⁶⁷.

4º) Por último, considero también importante señalar como criterio para distinguir entre una verdadera contrata y una cesión encubierta el hecho de que la empresa contratista tenga la cartera de clientes diversificada⁶⁸, es decir, que preste servicios para empresas muy variadas y que pertenezcan a grupos empresariales diferentes. Lo que se trata de evitar es

⁶⁵ STS de 15 de Diciembre de 1992 (Ar. 6294). Ponente: Sr. D. Luis Jacinto Maqueda Abreu.

⁶⁶ STS (UD) de 18 de Marzo de 1994 (Ar. 2548). Ponente: Sr. D. Luis Gil Suárez. "[Se trata de una cesión de personal ya que] la contratista [no ha asumido] riesgo alguno (...) siendo sus ingresos una cantidad fija mensual, sin estar expuesta a disminuciones o aumentos substanciales".

⁶⁷ STS de 15 de Diciembre de 1992 (Ar. 6294). Ponente: Sr. D. Luis Jacinto Maqueda Abreu. "(...) En la subcontrata, (...) la remuneración del subcontratista [es] en función del trabajo realizado, abstracción hecha del número de trabajadores utilizados".

⁶⁸ Así lo precisa MONEREO PÉREZ, J.L.: "Grupos de empresas y subcontratación". En BAYLOS GRAU, A. Y COLLADO, L.: *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*. Madrid, 1994. Trotta. Pág. 267.

que se decida constituir una empresa contratista con el objetivo de que preste sus servicios para las distintas empresas que forman parte de una misma agrupación empresarial pues se trataría de un traspaso de personal encubierto. La contratista para que sea auténtica ha de tener una posibilidad de actuación sin límites extraños como podría ser el relativo a los clientes para los que prestar sus servicios, los cuales han de ser elegidos, si es que así lo decide la contratista, de acuerdo con sus principios y no los que le imponga una estructura empresarial mayor.

En resumen: tal como se ha dicho anteriormente, todos estos criterios que se han analizado deben utilizarse en conjunto atendiendo a todas las premisas que se presenten y todas las circunstancias en que se haya ido desarrollando la prestación, para así poder llegar a establecer si se ha dado una contrata o una cesión de trabajadores.

El contratista ha de ser un auténtico empresario, y éste es, siguiendo la definición del art. 1.2 del ET, toda persona física, jurídica o comunidad de bienes, titular de una explotación u organización dentro de cuyo ámbito prestan servicios retribuidos unos trabajadores, titular de un poder dirección que se ejercerá sobre sus trabajadores y mandos intermedios y titular de unos

riesgos, que son los que conllevan el ejercicio de una actividad empresarial. Por ello, mal puede ser "empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales de la misma ni asume los riesgos propios del negocio"⁶⁹ ⁷⁰.

⁶⁹ STS (UD) de 17 de Julio de 1993 (Ar. 5688). Ponente: Sr. D. Luis Gil Suárez.

⁷⁰ En la legislación italiana se plantea también la necesidad de distinguir entre el arrendamiento de obra o servicio y el arrendamiento de meras prestaciones de trabajo, que es así como se denomina a la cesión de personal, ambos regulados en la Ley 1369/1960, de 23 de octubre, sobre la prohibición de la intermediación y la interposición en las prestaciones de trabajo y la nueva disciplina del empleo de mano de obra en los arrendamientos de obras y servicios.

A través de esta ley, cuya obsolescencia ha sido puesta de manifiesto por la mayoría de la doctrina italiana (Vid en este sentido BROLLO, M.: "Il <lavoro decentrato> nella dottrina e nella giurisprudenza". QDLRI, 1991, n° 8. Pág. 151), se prohíbe en el art. 1 toda interposición o mediación en las relaciones de trabajo, respondiendo ésta fundamentalmente al hecho de que existe un monopolio público en cuanto a la colocación en el empleo, introducido por la ley 264/1949, de 29 de abril. (Vid más ampliamente sobre los puntos que a continuación se relatan DE LUCA TAMAJO, R.: "Riflessioni intorno alle prospettive di legalizzazione del lavoro interinale", RIDL, 1995, n° 4. Págs. 421 a 423).

Por tanto, en el ordenamiento italiano, a diferencia del español y del resto de la mayoría de los países comunitarios, existe una prohibición absoluta de prestamismo laboral, existiendo hoy en día tan sólo tres excepciones a ésta: la fijada por el art. 6-bis de la ley 67/1993, de 18 de marzo, que considera inaplicable la previsión del art. 1 de la ley 1369/1960 que recoge la prohibición de cesión de personal, a las instituciones públicas de asistencia y beneficencia y otros entes no comerciales y cuya actuación carezca de ánimo de lucro; la del art. 17 de la ley 84/1994, de 28 de enero, que legitima el préstamo de trabajadores en las labores portuarias

y, por último, la que determina la jurisprudencia italiana que estima no aplicable la prohibición de interposición de trabajadores a los entes públicos no económicos (Corte de Casación de 22 de noviembre de 1985 (n. 5800)).

Para distinguir cuando se está ante la especie prohibida, es decir, cesión de trabajadores o ante un arrendamiento de obras o servicios legal se acuden a criterios similares a los fijados respecto del ordenamiento laboral español, habiendo tenido en cuenta si por parte del arrendatario se había asumido el riesgo económico de la empresa o quién da realmente las órdenes a los trabajadores.

En cuanto a la infraestructura o los instrumentos que se utilizan en el desempeño del trabajo, se encuentra fijada en el párrafo tercero del art. 1 una presunción, que a la vez es definición de la figura prohibida, en la que se entiende que si el arrendatario emplea capitales, máquinas e instrumentos abastecidos por el arrendador, se entiende que se está produciendo la figura ilegal, aunque por el uso que se haga de esos elementos venga el arrendador correspondido con una compensación. Se trata de una presunción cuya valoración no es pacífica entre la doctrina italiana, ya que unos disponen que tiene un carácter claramente absoluto, es decir, *iuris et de iure*, con lo que no cabe prueba en contrario, mientras que otros la ponen en tela de juicio (*Vid* más ampliamente sobre este carácter SCARPELLI, F.: "Interposizione ed appalto nel settore dei servizi informatici", en AA.VV. (Dir. MAZZOTTA, O.): *Nuove tecnologie e rapporti fra impresa. Profili giuslavoristici degli appalti di opere e servizi informatici*. Milán, 1990. Giuffrè. Págs. 50 y ss. y DEL PUNTA, R.: "Appalto di manodopera e subordinazione". GDLRI, 1995, n° 68. Págs. 626 y ss.

En resumen y como primera apreciación de la legislación italiana, con carácter general está prohibida la mediación las relaciones de trabajo. No obstante, esta situación en mi opinión no perdurará mucho tiempo, pues los intentos de modificarla han sido numerosos y además está empezando a ser exigida por el propio mercado de trabajo.

En el caso de que se verifique la existencia de una verdadera interposición o mediación de meras prestaciones de trabajo, las consecuencias son las siguientes:

1°. Los trabajadores que hayan sido ocupados en violación de las prohibiciones serán considerados a todos los efectos, como dependientes de la empresa que haya utilizado efectivamente sus prestaciones (art. 1.5). Es lo que se ha llamado como el efecto de la conversión legal, que opera *ex tunc* (Vid sobre ésta más ampliamente sobre los caracteres de la nueva situación del trabajador GUARNIERI, A.: "La posizione dell'interposto nell'appalto di manodopera". RIDL, 1987, n° 6. Págs. 77 y ss. y "La posizione ingiustificata nei rapporti di lavoro: la problematica civilistica". RIDL, 1988, n° 1. Págs. 432 y ss.).

2°. Imposición de multas a los empresarios entre los que ha operado esta situación fraudulenta e incluso se encuentra prevista actualmente en la ley 499/1993, de 6 de diciembre, una sanción penal más grave, que es el arresto, la cual aún no se ha puesto en práctica.

La situación en la legislación francesa guarda más parecido con la española puesto que se encuentra regulada y admitida la cesión de personal a través de Empresas de Trabajo Temporal (Code du travail arts. L 124-1 à 124-21 y L 152-2 à 152-2-2 y algunas disposiciones dispersas como la ley 90-613 de 12 de julio de 1990, que fijó los supuestos en los que se podía acudir a celebrar los contratos de puesta a disposición). No obstante, llega más lejos al admitir la cesión de personal entre empresas industriales y comerciales sin ánimo de lucro, siempre que se garantice a los trabajadores objeto de esta operación las mismas condiciones y remuneración que para los trabajadores de las ETT (art. L.125-3 del Code du Travail). Vid sobre esta regulación RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal...op. cit.* Págs. 69 a 72.

Sin embargo, también se tiene que realizar una ardua labor en cuanto a distinguir cuando se da una contrata o subcontrata o una cesión de personal encubierta y los criterios más comunes atienden a la naturaleza de la prestación que se realiza, debiendo ser en caso de contrata una tarea específica y bien definida y con el fin de obtener un resultado, el poder de dirección que se ejerce respecto de los trabajadores por parte de su empresario contratista y no por el principal y, por último, el tipo de remuneración, puesto que si es una contrata éste se fija de acuerdo con el resultado obtenido, mientras que si es una cesión de personal, normalmente se determina atendiendo a las horas que han prestado los trabajadores. Vid

3.2. La correspondencia entre la actividad de la empresa comitente y la contratista: propia actividad.

El segundo requisito que es necesario que aparezca cuando se desempeña una contrata o subcontrata de obras o servicios consiste en que el trabajo (obra o servicio) que desempeñe la contratista corresponda a la propia actividad de la empresa principal.

Se trata de un elemento que sólo se exige para aplicar la responsabilidad solidaria del art. 42 del ET, con lo que una vez definido, se podrán distinguir dos modalidades de contratas según que se les aplique o no el régimen jurídico del ET, lo cual se hace depender de la presencia de este requisito, de modo que habrá unas contratas o subcontratas a las que se les considerará de carácter general y otras, que son las de este punto, que serán especiales como consecuencia de poder aplicarles este régimen jurídico.

Es una expresión cuya interpretación ha sido calificada por la mayoría de la doctrina como confusa y de difícil precisión, opinión que también han sustentado los tribunales cuando se les han planteado controversias

en este sentido BLAISE, H.: "À la frontière du licite et de l'illicite: la fourniture de main-d'oeuvre". DrS, 1990, n° 5. Págs. 419 a 421.

relacionadas con ésta⁷¹.

Su inclusión en el ET no tiene carácter novedoso puesto que tanto en el art. 4 del DCE como en el 19.2 de la LRL ya se recogía esta exigencia. Tan sólo se planteó una duda respecto del primer texto en cuanto a si la referencia a la propia actividad debía ser en relación con la empresa comitente o con la contratista, cuestión que quedó solventada a favor de la primera interpretación, que es la que ha continuado posteriormente.

Antes de pasar al análisis de este presupuesto, conviene esclarecer un problema que se puede plantear al observar la redacción del art. 42 del ET. En él, el requisito que está siendo objeto de estudio en este apartado sólo aparece en el primer apartado del artículo, pero no así en el segundo, pudiendo llegarse a la conclusión de que el mismo opera respecto al deber de comprobación empresarial⁷² pero que, en ningún caso,

⁷¹ Vid, entre otros, MARTÍN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obra y servicios". En AA.VV. (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.): *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las leyes laborales*. Tomo VIII. Madrid, 1982. Edersa. Pág. 241. y GOERLICH PESET, que la califica como "una noción difusa". En "Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales". AL, 1997, n° 8. Pág. 143.

⁷² Sobre el mismo vid infra capítulo II.

entraría en juego en relación a la responsabilidad solidaria. Esto se ha desechar totalmente, tal como se han pronunciado los tribunales, ya que la circunstancia de que este condicionamiento sólo se mencione en el apartado primero, omitiéndose en el segundo, no supone la inoperatividad del mismo en los casos que en éste se prevén, dada la clara interconexión de ambos preceptos⁷³.

En cuanto al significado del requisito, la doctrina ha seguido distintas líneas interpretativas, las cuales en ocasiones son totalmente dispares, mientras que en otras guardan cierta proximidad.

Así, parte de la doctrina parecía inclinarse porque fuera interpretado en sentido amplio, es decir, que todas o casi todas las obras o servicios que contrate o subcontrate la empresa principal tendrán cabida dentro de esa expresión, salvo aquellas labores que estén totalmente desconectadas de la actividad de la comitente⁷⁴.

⁷³ STS de 2 de Diciembre de 1987 (Ar. 9274). Ponente: Sr. D. Manuel Garayo Sánchez.

⁷⁴ Por esta interpretación se han inclinado MARTÍN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata..." *op. cit.* Pág. 244; MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial...* *op. cit.* Pág. 7; ALONSO OLEA, M. Y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto,*

Otros autores, entre los que destaca RODRÍGUEZ PIÑERO⁷⁵, intentaron fijar algunos criterios -un total de tres- a los que atenerse cuando se analizara la cuestión, haciendo referencia dos de ellos, el locativo y el temporal, a aspectos externos al ciclo productivo de la empresa principal, es decir, que la determinación de si existía entre la contratista o subcontratista propia actividad se realizaba atendiendo bien al lugar dónde los trabajadores prestaran efectivamente su trabajo, puesto que se presumía que si se trabajaba en la factoría del comitente se trataba de una actividad propia de la empresa en cuyos locales se trabajara, bien a la frecuencia con la que se acudía a la contrata, partiendo de la idea de que si se recurre con carácter normal y perdurable, se puede intuir que éstas son necesarias para el ejercicio de la actividad de la empresa comitente y por tanto la contrata corresponde a la propia actividad de la empresa principal.

El tercer y último criterio que al respecto señaló hacía referencia, a diferencia de los dos anteriores, no a aspectos externos de la actividad contratada o subcontratada, sino que atendía a la naturaleza misma de

la obra o trabajo prestados por el comitente y el contratista.

Si bien en ocasiones pudieron resultar útiles, a mi juicio los dos primeros siguen la misma línea interpretativa amplia que se ha señalado anteriormente, puesto que es difícil que no se presente alguno de ellos cuando se desempeñe una contrata, al mismo tiempo que según el que se adopte se puede llegar a una decisión positiva o negativa en cuanto al desempeño de una de ellas⁷⁶.

Tras los recientes pronunciamientos judiciales que se han emitido sobre la cuestión y que posteriormente serán objeto de análisis, algunas opiniones doctrinales giran, a la hora de fijar si concurre la nota de la propia actividad, en torno a la idea de conexión con el

⁷⁵ En "La regulación protectora del trabajo en contratas..." *op. cit.* Págs. 38 y ss.

⁷⁶ Piénsese, por ejemplo, en relación con el criterio locativo, que existen contratas como las que tienen por objeto el mantenimiento de líneas eléctricas, que pese a que se desarrollan fuera del espacio físico donde la empresa principal desempeña su actividad, son consideradas que cumplen el concepto de propia actividad (*vid* la STS (UD) de 18 de abril de 1992 (Ar. 4849). Ponente: Sr. D. Luis Gil Suárez). Por contra, algunos trabajos efectuados dentro de sus locales pueden ser considerados como que no cumplen el requisito de la propia actividad, como ocurre con el servicio de vigilancia (STS (UD) de 18 de enero de 1995 (Ar. 514). Ponente: Sr. D. José Antonio Somalo Giménez).

ciclo productivo que ya había señalado RODRÍGUEZ PIÑERO en su tercer criterio, es decir, sugieren que se ha de atender a qué labores desempeña la empresa principal y a la relación que existe entre ellas y la que desempeña la contratista, siendo lo determinante que la actividad que lleva a cabo la contratista corresponda principalmente al objeto de la actividad de la empresa principal⁷⁷.

La resolución más importante que, respecto de la cuestión se ha producido, es la STS de 18 de enero de 1995⁷⁸ que, en unificación de doctrina, señaló que ha de entenderse por propia actividad "las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es que forman parte de las actividades principales de la empresa [siendo lo determinante] más que la inherencia al fin de la empresa, la indispensabilidad para conseguirlo".

Por tanto, de acuerdo con dicha STS, la contrata o subcontrata cumplirá con el requisito de la propia actividad cuando desempeñe tareas que sean necesarias

⁷⁷ En este sentido AA.VV. (Coord. QUESADA SEGURA, R.): *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Madrid, 1994. Centro de Estudios Ramón Areces. Pág. 502; RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "Propia actividad y contrata". RL, 1996, n° 6. Pág. 8.

⁷⁸ Ar. 514. Ponente: Sr. D. José Antonio Somalo Giménez, en relación con la actividad de vigilancia desempeñada en un centro público.

para conseguir el fin que pretende la empresa principal, es decir, tareas correspondientes al ciclo productivo de ésta última, las cuales han de revestir un carácter principal o absolutamente esencial respecto de la actividad desempeñada por el empresario principal. En consecuencia, tienen cabida también actividades accesorias o complementarias de la empresa comitente, siempre que sean esenciales para llevar a buen fin el ciclo productivo de la empresa principal.

Esta importante sentencia recogía la doctrina ya establecida en la STS de 2 de diciembre de 1987⁷⁹, que había señalado, para determinar si se estaba ante una contrata de la propia actividad de la empresa principal, el criterio general de que "siempre que el empresario pudiera conseguir el mismo resultado sin recurrir a terceros contratistas" existía una participación en el ciclo productivo de la empresa, el cual era definido en la propia sentencia como "el complejo de operaciones normal e íntegramente necesarias para obtener un resultado, el cual se identifica con el fin de la empresa".

Apostilla también la sentencia unificadora que en el concepto de propia actividad no cabe realizar una

⁷⁹ Ar. 9274. Ponente: Sr. D. Manuel Garayo Sánchez.

aplicación in extenso, puesto que con él se llegaría a la conclusión, de que todo o casi todo de lo que sea objeto de contrata estará normalmente relacionado con el desarrollo de la actividad a que se dedique la empresa principal. Por consiguiente la solución a la problemática apuntada sólo puede venir dada por el examen cuidadoso y específico de cada supuesto concreto.

De igual forma, tampoco cabe una interpretación rígida en la que se exija una total identidad entre las actividades desempeñadas entre la contratista y la empresa principal⁸⁰, puesto que tal interpretación dejaría la expresión tan acotada, que su apreciación sería muy limitada en la práctica⁸¹.

⁸⁰ Así lo han interpretado SÁNCHEZ CUBEL, D.: *Todo sobre la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Barcelona, 1996. Praxis. Pág. 182 y GARCÍA NINET, J.I. Y VICENTE PALACIO, A.: "Los derechos de los trabajadores a la protección de la seguridad y la salud en el trabajo y las obligaciones empresariales sobre estas mismas materias". En AA.VV (Dir. GARCÍA NINET, J.I.): *Lecciones sobre la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Castellón, 1997. Universitat Jaume I. Pág. 115.

⁸¹ Por esta interpretación de esta expresión se ha pronunciado, desoyendo la unificación de doctrina señalada, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 4 de julio de 1995 (Ar. 2757) que resuelve que "es preciso que la obra o servicio contratado tenga conexión negocial con el objeto principal propio de la empresa contratista, que coincidan las labores esenciales de ambas empresas, o sea que las funciones que componen la sustancia industrial de la empresa principal sean las mismas que realiza la auxiliar". En el mismo sentido, con anterioridad a la jurisprudencia que se ha asentado, también existe algún

En resumen: es la conexión con el ciclo productivo de la empresa principal la que determinará que la labor que desempeña la contratista corresponda a la propia actividad de la empresa principal. El problema estriba entonces en fijar unos límites a esa conexión pues, siguiendo la doctrina jurisprudencial, se ha de producir con la actividad que desarrolla con carácter principal la empresa comitente, o a lo sumo ha de tener carácter esencial para la consecución del fin de la empresa.

Y es ese carácter, en mi opinión, indeterminado y cuyos límites deberá fijar el juzgador, el que planteará más problemas puesto que su apreciación dependerá según los casos. Es, por ejemplo, el caso de las labores de limpieza, que si bien no tienen relación directa con el ciclo productivo, su desempeño puede ser considerado esencial para que éste llegue a su fin o, por contra, no estimarlo así y, por tanto, no corresponder a la propia actividad de la empresa principal. Por tanto, considero que no ha de realizarse una interpretación muy estricta de la esencialidad de la actividad que desempeñe la empresa contratista, dando cabida a labores como limpieza, mantenimiento, ya que para que la empresa principal lleve a cabo su actividad son necesarias puesto que revisten el

pronunciamiento que sigue la misma línea como la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 24 de mayo de 1990 (Ar. 3875). Ponente:

carácter de accesoriedad y complementariedad que se exige.

Sin embargo no reúne en mi opinión esa esencialidad las labores de vigilancia puesto que no revisten un carácter indispensable respecto del funcionamiento del ciclo productivo que lleve a cabo la empresa principal, el cual es determinante para considerar si una actividad de la contratista es propia de la que desempeña la empresa principal. En suma, que si en caso de no llevarse a cabo la contrata no se altera el funcionamiento de la empresa comitente, no se trata de una actividad que revista el requisito de la propia actividad, lo cual ocurre con las labores de vigilancia y seguridad, las cuales al no desempeñarse no afectan de modo significativo el normal funcionamiento de la empresa principal.

Hecha esta primera valoración, considero adecuado realizar un análisis de cómo se ha interpretado la cuestión posteriormente a la sentencia unificadora por parte del TS y de los TSJ.

Respecto del TS, destaco siete pronunciamientos que se han dictado:

1°. En la sentencia de 17 de mayo de 1996⁸² se

Sr. D. Víctor Martín González.

⁸² Ar. 4472. Ponente: Sr. D. Leonardo Bris Montes.

declaró responsable solidaria a la Fábrica de Moneda y Timbre que contrató con una empresa la realización de obras de alumbrado y electricidad, sin plantearse si se trataba o no de propia actividad la labor desempeñada por la contratista.

2°, 3° y 4°. En las sentencias, en unificación de doctrina las dos primeras, de 18 de marzo de 1997⁸³, 15 de julio de 1996⁸⁴ y 27 de septiembre de 1996⁸⁵ se declara expresamente que el servicio de ayuda a domicilio que contrató un organismo Público (en estos casos el Ayuntamiento) en la medida en que atiende a la consecución de unos fines enmarcados en el área de su competencia, son propios de su actividad y, por tanto, el empresario principal es responsable solidario.

5°. En la sentencia de 4 de octubre de 1996⁸⁶ se declara la responsabilidad solidaria de Telefónica respecto del servicio de atención de consolas con operadores que ha contratado.

⁸³ Ar. 2572. Ponente: Sr. D. Luis Gil Suárez.

⁸⁴ Ar. 5990. Ponente: Sr. D. Rafael Martínez Emperador.

⁸⁵ Ar. 6910. Ponente: Sr. D. Juan Antonio García-Murga y Vázquez.

⁸⁶ Ar. 3678. Ponente: Sr. D. José Alejandro Criado Fernández.

6° y 7°. En las SSTs (CA) de 30 de julio de 1996⁸⁷ y 4 de marzo de 1997⁸⁸ se declaró responsable solidaria a la empresa cementera Portland del servicio de transporte que había contratado.

Recuérdese que en la sentencia que fijó los criterios interpretativos sobre el concepto de propia actividad (18 de enero de 1995), se determinó que el servicio de seguridad de un organismo público (Junta de Castilla y León) no es propio del desempeño de las labores de ésta ni es una actividad complementaria absolutamente esencial.

Partiendo de lo señalado anteriormente, en mi opinión en todas ellas se ha interpretado la cuestión correctamente, dando por incluidas labores que son necesarias para la consecución del fin de la empresa pese a que su labor principal no era esa. Es el caso de la primera que dispone la responsabilidad solidaria de la Fábrica de Moneda y Timbre, puesto que las labores de alumbrado y electricidad si bien no tienen nada que ver con el objeto principal, sí que se trata de una actividad complementaria esencial para la consecución del fin.

Lo mismo se ha de señalar de las otras, puesto que el

⁸⁷ Ar. 6364. Ponente: Sr. D. Antonio Martí García.

⁸⁸ Ar. 1862. Ponente: Sr. D. Antonio Martí García.

servicio de ayuda en domicilio es una obligación que tiene que llevar a cabo el Ayuntamiento respecto de sus ciudadanos y en el mismo sentido me pronuncio respecto del servicio de atención de consolas de Telefónica, puesto que es una de sus actividades a desempeñar.

En cuanto al servicio de transporte contratado se considera que cumple el requisito de la propia actividad puesto que se precisa de forma esencial su utilización, quedando integrado dentro del propio ciclo de la empresa.

Por último, considero acertada la doctrina del TS que no considera como propia actividad la prestación del servicio de seguridad por parte de una contratista a un ente público por las razones que he señalado anteriormente.

Esta doctrina es básicamente coincidente con la que había adoptado el TS con anterioridad a la sentencia de 18 de enero de 1995. Así, la sentencia de 12 de julio de 1994⁸⁹ consideró en un supuesto de hecho coincidente con el de los dos últimos ejemplos señalados que el servicio de transporte que había contratado la empresa Portland correspondía con su propia actividad.

⁸⁹ Ar. 5610 (CA). Ponente: Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

Por su parte, la sentencia de 18 de abril de 1992⁹⁰ estimó que los servicios de reparación y mantenimiento, corresponden a la propia actividad de la empresa principal (en el caso enjuiciado se trataba de FECSA), señalando que si bien el objeto principal de ésta es la producción de energía eléctrica, y siendo de su pertenencia las líneas de tendido eléctrico correspondientes, es obvio que la reparación y mantenimiento de esas líneas se comprende dentro de la citada expresión.

Por último, las sentencias de 27 de junio de 1991⁹¹ y 2 de diciembre de 1987⁹² estimaron que cumplen el requisito de la propia actividad, respectivamente, el servicio de cafetería restaurante que se presta en una Sala de Bingo y, el funcionamiento del bar restaurante en una entidad social, puesto que si bien los objetivos principales de las comitentes están relacionados con actividades relativas al ocio y divertimento, para poder desempeñar correctamente sus labores precisan de este servicio de atención al cliente.

Todas estas resoluciones se orientan efectivamente en la misma dirección, puesto que se pueden considerar esas

⁹⁰ Ar. 4849. Ponente: Sr. D. Luis Gil Suárez.

⁹¹ Ar. 6611 (CA). Ponente: Sr. D. Enrique Cáncer Lalanne.

actividades como complementarias pero esenciales para conseguir el fin de la empresa, ya que de no revestir ese carácter no podrá apreciarse la existencia de propia actividad, reiterando que ese carácter esencial requiere un examen caso por caso, lo cual supone que la cuestión si bien está casi delimitada, deja un margen de apreciación a valorar por el juzgador.

En cuanto a cómo han resuelto la cuestión los TSJ, en ellos en algunos casos está claro que no se da la propia actividad entre la contratista y la empresa principal, como, por ejemplo, la realización de la acometida de electricidad, teléfono y líneas de información encargada por una empresa que presta servicios de administración, gestión y control de empresas y negocios (STSJ de Cataluña de 10 de abril de 1996⁹³), el servicio de vigilancia respecto de una empresa constructora (STSJ de Cataluña de 4 de julio de 1996⁹⁴) o un centro comercial (STSJ de Andalucía (Granada) de 16 de marzo de 1993⁹⁵), las labores de construcción realizadas en una empresa que se dedica al transporte terrestre de pasajeros y transporte escolar

⁹² Ar. 9274 (CA). Ponente: Sr. D. Manuel Garayo Sánchez.

⁹³ Ar. 1425. Ponente: Sra. D^a. Natividad Braceras Peña.

⁹⁴ Ar. 2905. Ponente: Sr. D. Francisco Javier Sanz Marcos.

⁹⁵ Ar. 1311. Ponente: Sr. D. Francisco Prados de Reyes.

(STSJ de Cataluña de 26 de marzo de 1993⁹⁶), o, por último, la realización de trabajos de albañilería y pintura respecto de la fabricación de máquinas y herramientas (STSJ del País Vasco de 30 de julio de 1993⁹⁷).

Por contra, en otros también se ha pronunciado de forma determinante en el sentido de que se da esa propia actividad como, por ejemplo, el servicio de recogida de basuras y restos de jardinería respecto del Ayuntamiento (STSJ de Madrid de 8 de mayo de 1996⁹⁸), el servicio de mantenimiento electrónico de la empresa SEAT (STSJ de Navarra de 14 de abril de 1994⁹⁹), el servicio de bar restaurante de un Club Deportivo (STSJ de Canarias (Las Palmas) de 10 de noviembre de 1994¹⁰⁰), o los servicios de fontanería, soldado y pintura respecto de una constructora (STSJ de Extremadura de 3 de abril de 1991¹⁰¹).

Sin embargo, existen determinadas actividades

⁹⁶ Ar. 1558. Ponente: Sra. Dª. Roda María Virolés Piñol.

⁹⁷ Ar. 3398. Ponente: Sr. D. Isidoro Alvarez Sacristán.

⁹⁸ Ar. 1555. Ponente: Sr. D. Manuel Ávila Romero.

⁹⁹ Ar. 1397. Ponente: Sr. D. Víctor Cubero Romeo.

¹⁰⁰ Ar. 4444. Ponente: Sr. D. Alejandro Alvarez Macias.

¹⁰¹ Ar. 2479. Ponente: Sr. D. Alfredo García-Tenorio Bejarano.

respecto de las cuales los tribunales se han pronunciado de forma ambivalente. Es el caso de la actividad de limpieza, puesto que en unas situaciones se ha estimado que sí que se da el requisito de la propia actividad (STSJ de Andalucía (Málaga) de 17 de enero de 1997¹⁰², respecto de un hospital; STSJ de Cantabria de 16 de marzo de 1995¹⁰³, en relación con los colegios propiedad del Ayuntamiento de Torrelavega; STSJ de Andalucía (Sevilla) de 2 de junio de 1993¹⁰⁴, respecto de una empresa dedicada al servicio de recaudación), basándose en lo necesaria que es esa actividad para el desempeño de las correspondientes actividades de cada una de las empresas principales, mientras que en otros la resolución ha sido la contraria (STSJ de Extremadura de 22 de octubre de 1996¹⁰⁵, realizada en un centro comercial; STSJ de Galicia de 11 de enero de 1993¹⁰⁶, respecto del INEM y las Universidades de Santiago de Compostela; STSJ de Baleares de 5 de febrero de 1992¹⁰⁷, en relación con el INSALUD).

¹⁰² Ar. 244. Ponente: Sr. D. Antonio Navas Galisteo.

¹⁰³ Ar. 1059. Ponente: Sr. D. Rubén López-Tamés Iglesias.

¹⁰⁴ Ar. 3091. Ponente: Sr. D. Benito Recuero Saldaña.

¹⁰⁵ Ar. 3038. Ponente: Sr. D. Pedro Bravo Gutiérrez.

¹⁰⁶ Ar. 208. Ponente; Sr. D. Antonio José García Amor.

¹⁰⁷ Ar. 519. Ponente: Sr. D. Miguel Suau Rosselló.

En mi opinión, partiendo de la interpretación dada a la expresión por la jurisprudencia, la calificación del servicio de limpieza como de propia actividad respecto de la empresa principal es una cuestión que no ofrece dudas, puesto que es una actividad complementaria esencial, cuyo desempeño es necesario para el buen funcionamiento de la empresa principal y cuya no prestación supone una alteración o imposibilidad de la actividad de ésta.

Otra actividad que ha planteado discordancia entre las resoluciones de los TSJ, ha sido la relativa a las labores de tendidos de cables y realización de canalizaciones y zanjas a Telefónica. Entre las que han estimado que sí se da la propia actividad están la STSJ de Cataluña de 23 de marzo de 1993¹⁰⁸ y la STSJ de Andalucía (Granada) de 10 de junio de 1991¹⁰⁹, fundamentando su decisión en que esas labores son esenciales para que Telefónica cumpla con sus objetivos. Por contra, la STSJ de Navarra de 17 de abril de 1990¹¹⁰ dispone que no se da ese presupuesto porque la actividad de la empresa principal es la de la explotación de servicio telefónico, debiéndose excluir todas las actividades accesorias.

¹⁰⁸ Ar. 1545. Ponente: Sr. D. Jordi Agustí Julià.

¹⁰⁹ Ar. 3641. Ponente: Sr. D. Antonio Angulo Martín.

En mi opinión, se trata también de una actividad accesoria esencial, puesto que si bien Telefónica se dedica a la explotación de ese servicio, para ello necesita tener dispuesta una infraestructura adecuada, la cual precisa de esas labores complementarias que en este caso son también esenciales, puesto que son necesarias para la buena explotación del servicio.

Una última precisión que quiero realizar es que en sectores como en la construcción, tal expresión se ha interpretado como las empresas que pertenezcan a este sector (art. 31 del CGC)¹¹¹, en el que se comprenden,

¹¹⁰ Ar. 2066. Ponente: Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.

¹¹¹ Dicha precisión se ha reiterado en algunos convenios colectivos provinciales como el de Lugo, 8 de agosto de 1996 (BOP de 21 de octubre. I.L. 4832/1996), art. 30; Asturias, 12 de julio de 1996 (BOPA de 26 de agosto. I.L. 3863/1996), art. 3, F); Cádiz, s/f (BOP de 2 de agosto de 1996. I.L. 3455/1996), art. 18; Murcia, 16 de mayo de 1996 (BORM de 3 de junio. I.L. 2390/1996), art. 33; Sevilla, 7 de noviembre de 1996 (BOP de 30 de noviembre. I.L. 5487/1996), art. 16; Pontevedra, 20 de junio de 1996 (BOP de 3 de julio. I.L. 2930/1996), art. 19; Salamanca, 1 de julio de 1996 (BOP de 26 de julio. I.L. 3200/1996), art. 15; Córdoba, 9 de julio de 1996 (BOP de 24 de julio. I.L. 3189/1996), art. 19; Huesca, 12 de julio de 1996 (BOP de 23 de julio. I.L. 3165/1996), art. 38; Madrid, 7 de agosto de 1996 (BOCM de 2 de septiembre. I.L. 4064/1996), art. 18; Albacete, 30 de julio de 1996 (BOP de 14 de agosto. I.L. 3685/1996), art. 16; Huelva, 22 de octubre de 1996 (BOP de 16 de noviembre. I.L. 5336/1996), art. 22; Ceuta, 24 de julio de 1997 (BOCCE de 21 de agosto. I.L. 3751/1997), art. 15; Málaga, 6 de agosto de 1997 (BOP de 2 de septiembre. I.L. 3938/1997), art. 22; Ávila, 4 de noviembre de 1996 (BOP de 9 de diciembre. I.L. 5588/1996), art. 10; Cuenca, 22 de julio de 1997 (BOP de

conforme al art. 13 del mismo convenio las actividades dedicadas a la construcción y obras públicas, embarcaciones, artefactos flotantes y ferrocarriles auxiliares de obras y puertos, canteras, areneras, graveras y la explotación de tierras industriales, las de cemento, las de yesos y cales, las de cerámica artística e industrias del azulejo que, a la entrada en vigor del presente convenio no estén afectadas por otro convenio estatal y, finalmente, el comercio de la construcción mayoritario y exclusivista¹¹².

Si bien éste puede ser un buen criterio, los tribunales han advertido que no puede erigirse con carácter general puesto que pueden existir algunas excepciones al mismo¹¹³.

25 de agosto. I.L. 3774/1997), art. 30; Murcia, 16 de mayo de 1996 (BORM de 3 de junio. I.L. 2390/1996), art. 33; Toledo, 20 de junio de 1996 (BOP de 4 de julio. I.L. 2944/1996), art. 35.

¹¹² En este sentido se han declarado la STS (CA) de 28 de octubre de 1996 (Ar. 7714). Ponente: Sr. D. Rafael Martínez Montalvo y la STSJ de Galicia de 10 de noviembre de 1992 (Ar. 5328. Ponente: Sr. D. Ricardo Ron Curiel), en el sentido de que la actividad de una empresa promotora y la de una contratista dedicada a la construcción están íntimamente vinculadas, puesto que para el desenvolvimiento de la primera es necesaria la previa realización de la segunda, determinando por tanto que entre ambas hay propia actividad.

¹¹³ Vid STSJ de Cataluña de 26 de Marzo de 1993 (Ar. 1558). Ponente: Sra. Dª Rosa Mª Virolés Piñol: "[Aunque en esta sentencia no existe la coincidencia de actividades ya que la empresa principal se dedica a la actividad de la construcción y

Como conclusión quiero señalar que se ha de apreciar la existencia de propia actividad cuando el trabajo que lleve a cabo la contratista tenga conexión directa con el ciclo productivo. No obstante, también han de tener cabida actividades cuya conexión es indirecta (mantenimiento, limpieza...) sin cuyo desempeño no se podría llevar a cabo el objetivo empresarial que persigue la empresa principal con su labor¹¹⁴.

la contratista al transporte terrestre de pasajeros y al transporte escolar] (...) Se ha de descartar que la expresión propia actividad haga referencia a la coincidencia del grupo sectorial laboral a que una y otra empresa pertenecen, pues puede tratarse de industrias diferentes y, no obstante, por la variedad de cometidos que asume la principal, coincidan esencialmente con los de la auxiliar y sean propias". No obstante, señala la STCT de 7 de Febrero de 1987 (Ar. 2683. Ponente: Sr. D. Francisco J. Sánchez Pego) que se da el requisito de la propia actividad entre una empresa principal que se dedica a la actividad de la construcción y la subcontratista que lo hace a la fontanería pues hay que tener en cuenta "el hecho de que la fontanería es una de las diversas especialidades integrantes de una gran parte de las obras comprendidas en el ámbito de la construcción. [Por tanto] a la empresa dedicada exclusivamente a dicha especialidad podrán serle de aplicación las normas sectoriales de la siderometalurgia; pero si la empresa de construcción emplea sus propios operarios fontaneros, se estará en presencia de uno de los oficios auxiliares contemplados en el grupo 5° de la sección 1ª del anexo II de la Ordenanza de Trabajo en la Construcción; y, obviamente, tal empresa será principal respecto del contratista o subcontratista de fontanería que decida utilizar para la obra de cuya global ejecución se ocupe (...)".

¹¹⁴ En la legislación italiana el problema se planteó con un precepto parecido. Así el art. 3 de la ley 1369/1960, de 23 de octubre exige para que la responsabilidad solidaria entre en juego, que los arrendamientos de obras o servicios se ejecuten

<dentro de la empresa>. Las interpretaciones al mismo han sido fundamentalmente dos:

1ª. La primera, que es la que se desarrolló por la doctrina laboralista italiana inmediatamente tras la aprobación de la ley (Vid entre otros, FAVARA, E.: "Divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro e appalti di lavoro". DLa, 1961, vol. XXV. Págs. 115 y ss; y FOGLIA, R.: "L'appalto di opere e servizi e l'articolo 3 della legge 23 ottobre 1960, n. 1369". DLa, 1965, vol. XXXIX. Pág. 200), señaló que con esa expresión se estaba acogiendo una interpretación restrictiva topográfica, en virtud de la cual la regulación legal sólo se aplicaba a los arrendamientos que se realizaran dentro del espacio físico de lo que era la empresa.

2ª. Ese carácter restrictivo de la anterior hizo que se pasara con el tiempo a una interpretación más amplia en la que se concebía esa expresión en un sentido funcional. Por tanto, dentro de la empresa se define como perteneciente al normal ciclo productivo de la empresa y este se define como el complejo de operaciones normales e íntegramente necesario para conseguir el resultado con el cual se identifica el fin de la empresa (Vid, entre otros, GUAGLIONE, L.: "La disciplina degli appalti <introaziendali> e il contenuto dell'obbligazione solidale", en AA.VV. (Dir. MAZZOTTA, O.: *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese...op. cit.*). Págs. 129 a 133; y GHEZZI, G. Y ROMAGNOLI, U.: *Il rapporto di lavoro*. Bologna, 1995 (3ª ed.) Zanichelli. Págs. 105 y 106).

Sin embargo esto no ha de llevar a pensar que no existen tras la nueva interpretación problemas de delimitación, puesto que por ejemplo con el servicio de comedor u otros que tienen carácter accesorio no se ha adoptado un criterio uniforme por parte de la jurisprudencia en orden a su inclusión o no dentro del ciclo productivo (por su no consideración como dentro de la expresión se manifestó la Corte de Casación en la sentencia de 3 de octubre de 1970 (n. 1790), señalando que es un servicio puramente asistencial que no entra de hecho, ni siquiera colateralmente, en el ciclo productivo de la empresa, mientras que a favor de ello está la sentencia del mismo tribunal de 7 de octubre de 1970 (n. 2751), que estima que si bien no están directamente relacionados con la producción, se prestan en beneficio de los trabajadores y, por tanto, concurren igualmente al resultado final que la empresa persigue.

3.3. El carácter empresarial del empresario comitente.

Si bien ya se ha indicado que el contratista o subcontratista ha de tener la condición de empresario, con todas las facultades y obligaciones que ello conlleva, conviene hacer algunas precisiones acerca de la posesión de esa misma condición por el empresario principal.

Se trata de un dato muy importante, ya que es un requisito, al igual que el relativo a la propia actividad, para la aplicación de la normativa establecida en el ET, que exige esa condición, a diferencia de la LGSS, que no la requiere en el empresario principal, ya que literalmente el art. 127.1 se refiere al "... propietario de la obra o industria...", con lo que no tiene necesariamente que concurrir en él la condición de empresario.

Esta exigencia no ha de llevar a la confusión, en el sentido de que su significación hay que relacionarla con un sentido mercantil en el que se deba perseguir una finalidad de lucro, sino que hay que entenderla en un sentido laboral, en el cual la jurisprudencia ha requerido que basta que el trabajo se preste en su beneficio, no

En Francia, el criterio que se ha acogido es claramente físico, pues dispone la responsabilidad de los contratistas cuando los trabajos se ejecuten en los establecimientos o dependencias del empresario principal.

siendo necesario que sea comerciante, que se persiga fin de lucro que concurren en él las notas de habitualidad y profesionalidad ni otra cualquiera de carácter material¹¹⁵.

Aclarada, por tanto, la noción de empresario, la doctrina¹¹⁶ se ha planteado si tienen esta condición las Administraciones Públicas y, por lo tanto, si están sujetas a la responsabilidad solidaria que se deriva del art. 42.2 del ET¹¹⁷.

Frente a la posible alegación por parte de éstas de la no condición de empresario de un Ente Público o del Decreto de 31 de Diciembre de 1970¹¹⁸ por el cual se aprueban los Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras, cuya cláusula nº

¹¹⁵ STS de 2 de Diciembre de 1987 (Ar. 9274). Ponente: Sr. D. Manuel Garayo Sánchez.

¹¹⁶ GARCÍA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas..." op. cit. Pág. 21; CRUZ VILLALÓN, J., "Descentralización productiva y responsabilidad laboral..." op. cit. Pág. 128;

¹¹⁷ En la legislación italiana esta duda no se plantea porque el art. 1.4 de la Ley 1369/1960, de 23 de Octubre dispone expresamente que "*Las disposiciones de los incisos precedentes se aplican también a las empresas del Estado y a los Entes Públicos, aunque se gestionen de forma autónoma (...)*".

¹¹⁸ Decreto 3854/1970 de 31 de Diciembre. BOE de 16 de Febrero de 1971.

11.3¹¹⁹ dispone la exoneración de la Administración frente a los incumplimientos del contratista, cabe alegar toda una serie de argumentos que abogan por la solución contraria:

1º) No están excluidos los Entes Públicos de la definición de empresarios del art. 1.2 del ET, lo que supone, por tanto, que lo son de la misma manera que cualquier otro sujeto contratante.

2º) La previsión contenida en la Cláusula citada anteriormente no ha de ser tenida en cuenta, tal como considera BLAT GIMENO, por los siguientes motivos¹²⁰:

a) Las posteriores normas de rango superior, citando a modo de ejemplo, la última LCAP de 18 de Mayo de 1995, no prevén nada en orden a ese aspecto, lo cual lleva a considerar que está derogada¹²¹.

¹¹⁹ "El incumplimiento de estas obligaciones por parte del contratista, o la infracción de las disposiciones sobre seguridad por parte del personal técnico designado por él, no implicará responsabilidad alguna para la Administración contratante".

¹²⁰ BLAT GIMENO, F.: *Análisis jurídico-laboral de la descentralización productiva*, Tesis doctoral inédita, (Tomo I). Valencia, 1989. Págs. 212 a 219.

¹²¹ Como de "legalidad y validez dudosas" califican ALONSO OLEA Y TORTUERO PLAZA estas cláusulas, en *Instituciones de Seguridad Social*. Madrid, 1995 (14ª ed.). Civitas.

b) Su oposición al Convenio 94 de la OIT¹²², cuyo art. 2 dispone que "los contratos deberán contener cláusulas que garanticen a los trabajadores interesados, salarios, horas de trabajo y demás condiciones de trabajo no menos favorables que las establecidas para un trabajo de igual naturaleza en la profesión o industria interesada en la misma región o, en su defecto, en la región análoga más próxima o en empresas que se hallen en circunstancias análogas"¹²³. Hay que tener en cuenta que el Convenio se refiere al contrato que celebre el contratista con sus trabajadores, y la cláusula objeto de comentario se instrumenta en el contrato entre el Ente Público y sus trabajadores, lo que supone, a mi juicio, que la incidencia de este Convenio es indirecta respecto de la legalidad y validez de la Cláusula, en el sentido de que el establecimiento de ella supondría que los trabajadores de la contratista que realicen una obra o servicio público se encontrarían en desventaja en el caso de insolvencia del contratista respecto de aquellos que realizaran una contrata de obras y servicios de carácter

¹²² Adoptado el 29 de Junio de 1949. Ratificado por Instrumento de 29 de Abril de 1971, relativo a las cláusulas de trabajo en los contratos celebrados por las Administraciones Públicas. BOE de 25 de Mayo de 1972.

¹²³ Estas garantías que dispone el Convenio de la OIT venían establecidas, de forma similar, en los arts. 23 a 26 de la LCT.

privado. Se trataría de una exclusión de responsabilidad por parte del Ente Público que conllevaría la no aplicación del art. 42.2 del ET, lo cual dejaría a los trabajadores con un sujeto menos a la hora de exigir sus derechos y, por tanto, en una clara situación de menoscabo respecto de los trabajadores de contratistas que contratan con sujetos privados.

3º) Toda una serie de razones de equidad o de oportunidad que no permiten que el empresario, aunque del Estado se trate, se enriquezca a expensas de los que bajo su garantía contribuyeron a la realización de la obra, son adecuadas para postular la inclusión de los entes públicos dentro de la responsabilidad solidaria¹²⁴.

4º) Por último, cuando un Ente Público contrata con otro sujeto actividades que le son propias desde una perspectiva laboral, tal tipo de actividades han de ser consideradas como empresariales, no teniendo, por tanto, que estar excluidas de la aplicación del art. 42.2 del ET. Así lo ha confirmado el Tribunal Supremo en las sentencias en unificación de doctrina de 18¹²⁵ y 3¹²⁶ de marzo de 1997

¹²⁴ SANZ HOYOS, T.: "Continuidad del contrato de trabajo. Cesión de trabajadores", en AA.VV., *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*. Madrid, 1977. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Madrid. Pág. 197.

¹²⁵ Ar. 2572. Ponente: Sr. D. Luis Gil Suárez.

que, recogiendo la doctrina de sus pronunciamientos anteriores de 15 de julio¹²⁷ y 27 de septiembre de 1996¹²⁸, señalan que la condición pública del titular de tal servicio no excluye la aplicación del artículo 42, dado que dicha condición no es obstáculo para que tal entidad, de haber asumido directamente y por sí misma la gestión del referido servicio, sea responsable, actuando por tanto desprovistas del <ius imperium> o potestad administrativa, puesto que hay una desposesión de este poder cuando se actúa en el ámbito de las relaciones laborales privadas¹²⁹.

Cosa distinta es que como consecuencia de la aplicación de la expresión propia actividad no se haya considerado a estos sujetos como responsables solidarios,

¹²⁶ Ar. 2194. Ponente: Sr. D. Leonardo Bris Montes.

¹²⁷ Ar. 5990. Ponente: Sr. D. Rafael Martínez Emperador.

¹²⁸ Ar. 6910. Ponente: Sr. D. Juan Antonio García-Murga y Vázquez.

¹²⁹ Como ejemplos de esta apreciación vid también las SSTSJ de Cantabria de 16 de Marzo de 1995 (Ar. 204). Ponente: Sr. López-Tamés Iglesias, que considera responsable al Ayuntamiento con el concesionario o contratista de un servicio municipal; Madrid de 3 de Mayo de 1990 (Ar. 1722). Ponente: Sr. D. José Escolano López-Montenegro, que desestima la pretensión de un Ayuntamiento de exonerarse de la responsabilidad solidaria del art. 42.2 ET, respecto de los trabajadores que prestaban servicios en un concesionario de Recaudación Municipal; y Cantabria de 21 de Junio de 1991 (Ar. 3803). Ponente: Sr. D. Francisco Javier Sánchez Pego.

pues difícilmente se puede fijar esa equivalencia entre la empresa a la que encargue un trabajo de seguridad y la labor administrativa que desempeña el ente público. Esto es lo que se determina en la STS (UD) de 18 de Enero de 1995¹³⁰, donde se exime de responsabilidad a la Junta de Castilla y León frente a los trabajadores de la empresa encargada de la seguridad, porque "resulta obvio que la actividad de la [entidad pública] no es la prestación de servicios de seguridad y protección, propia de las empresas demandadas, sin que dicha actividad tenga tampoco el carácter de complementaria absolutamente esencial para el desarrollo de la principal desarrollada por la Junta".

4. La responsabilidad del empresario principal durante la vigencia de la contrata o subcontrata.

Una vez se han precisado cuales son los presupuestos de hecho necesarios para que la normativa fijada en el art. 42 del ET se aplique, conviene analizar qué consecuencias se derivan de él.

El principal efecto que se produce viene regulado en el párrafo segundo de dicho artículo y consiste en la consideración del empresario principal como responsable solidario junto con el contratista o subcontratista, de

¹³⁰ Ar. 150. Ponente: Sr. D. Jose Antonio Somalo Giménez.

los posibles incumplimientos que éstos lleven a cabo con los trabajadores que han prestado sus servicios en el marco de la contrata, respecto de los cuales el empresario comitente no tiene ninguna relación directa o contractual, sino tan sólo la de ser beneficiario del resultado de su trabajo.

Este importante nivel de protección se fundamenta en la necesidad de proteger a los trabajadores de la contratista de los posibles incumplimientos, fraudes, insolvencias o desapariciones físicas o jurídicas de ésta, y puesto que se ha prestado un trabajo para una empresa con la que ha contratado la contratista, se ha de fijar algún tipo de protección para el caso de que esa relación tenga por finalidad causar algún perjuicio a los trabajadores¹³¹. Además, la posición de beneficiario del empresario principal, que se ha señalado anteriormente, del trabajo por ellos prestado supone que sea también responsable respecto de los incumplimientos del contratista¹³².

¹³¹ Vid en este sentido MARAVALL, H.: "La cesión de mano de obra, el trabajo temporal y el empleo". RT, 1974, n° 47. Pág. 72.; GARCÍA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra..." *op. cit.* Págs. 9 y 10; MARTÍN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial..." *op. cit.* Pág. 226.

¹³² En este sentido ha señalado LYON-CAEN que el empresario principal recibe el "trabajo neto", es decir, que no

Esta responsabilidad solidaria es la máxima protección existente en el ordenamiento laboral español de los derechos de los trabajadores del contratista o subcontratista en lo que se refiere a sus créditos salariales y de Seguridad Social, puesto que como se verá posteriormente, la regulación de la LGSS, el otro texto que también establece garantías en torno a esta materia, es menor, pues la responsabilidad que de ella se deriva es subsidiaria, además de más limitada.

4.1. Aplicación de la responsabilidad a las contratas y subcontratas.

Una vez leído el art. 42.2 del ET se observa, en un principio, que la responsabilidad solidaria literalmente sólo viene establecida respecto de las subcontratas y no de las contratas, tal como se deduce de la expresión "(...) responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas con los subcontratistas (...) durante el período de vigencia de la contrata (...)", lo cual podría llevar a pensar que la situación de protección se encuentra regulada para las subcontratas pero no para las contratas, con la consiguiente situación, por un lado, de ventaja para el empresario principal que

tiene normalmente que realizar deducciones o costes sociales tras su desempeño. En *Le droit du travail non salarié*. París,

preferirá recurrir sólo a las contratadas, ya que respecto de las subcontratadas tiene imputada la responsabilidad solidaria, y, por otro, de desprotección y desigualdad de los trabajadores de la contratista frente a los de la subcontratista, cuya situación es equivalente.

Considera la mayoría de la doctrina¹³³, con alguna excepción no obstante¹³⁴, que se trata de un *lapsus* del legislador a la hora de redactar el artículo, el cual se produjo originariamente en el art. 59 de la Ordenanza de la Construcción, pasando posteriormente a los antecedentes de la regulación del ET, pero que carece de importancia ya

1990. Sirey. Pág. 14.

¹³³ MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: "Responsabilidad empresarial en caso de contratadas y subcontratadas en España: criterios jurisprudenciales". En AA.VV. (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.): *La reforma del mercado de trabajo*. Madrid, 1993. Actualidad Editorial. Pág. 421; CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral..." *op. cit.* Pág. 123; GARCÍA PAREDES, Mª L.: "Posición del trabajador en la subcontrata de obras y servicios". AL, 1994, nº 40. Pág. 617.

¹³⁴ DE LAS CUEVAS GONZÁLEZ opta por la postura opuesta, y señala, en referencia a uno de los antecedentes del ET, el Decreto 3677/1970, que contiene la misma precisión que el art. 42, que la regulación de éste sólo se aplica a las subcontratadas "porque si se toma en un sentido amplísimo, toda empresa que adquiriera maquinaria, utillaje, materia prima, etc. estaría comprendida en la responsabilidad solidaria que establece". En "Apuntes referentes al Decreto nº 3677/1970, de 17 de Diciembre. Contratadas, subcontratadas y la llamada cesión de trabajadores", en AA.VV. *Cuestiones de enjuiciamiento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. IV Jornadas de Magistrados de Trabajo. Madrid, 17 y 18 de Noviembre de 1972. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Pág. 98.

que una aplicación literal conduciría al absurdo, además, de que si se analiza de forma conjunta el art. 42 del ET, la regulación en él establecida se aplica tanto a las contratas como a las subcontratas.

Cuenta, además, con el apoyo de la jurisprudencia la cual considera que la posibilidad de que la responsabilidad solidaria sólo fuera exigible en caso de la subcontrata y no de la contrata se ha abandonar, puesto que, como señala la STS (CA) de 12 de julio de 1994¹³⁵, la norma no contempla necesariamente la presencia de tres sujetos sino también la posibilidad de un juego a dos, como supuesto de hecho de la responsabilidad del primer empresario.

Previamente a esta sentencia otra resolución del TS de 2 de diciembre de 1987¹³⁶ se manifestó en términos parecidos, señalando como argumentos adicionales, por un lado, que el párrafo primero del art. 42 contempla tanto la contrata como la subcontrata, lo cual es indicio de que la regulación del artículo completo va a estar dirigida a ambos negocios jurídicos; y, por otro, que el párrafo

¹³⁵ Ar. 5610. Ponente: Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. En el mismo sentido *vid* la STSJ de Galicia de 10 de Noviembre de 1992 (Ar. 5328). Ponente: Sr. D. Ricardo Ron Curiel.

segundo *in fine* del mismo artículo, excluye de responsabilidad al empresario principal por los actos del contratista en los únicos supuestos que enumera, lo que implica que en los demás supuestos sí hay responsabilidad en caso de contrata.

Es criticable por ello que la defectuosa redacción de la derogada Ordenanza de la Construcción se haya mantenido en el CGC, tal como se ha dicho anteriormente, ya que el art. 31 de este Convenio se sigue refiriendo sólo a los casos de subcontratación¹³⁷, redacción que se ha justificado apuntando que el término <subcontrata> está utilizado en su acepción más amplia y genérica, con la finalidad de designar un modo de organización de la producción caracterizado por el encargo a otras empresas de parcelas u operaciones del proceso productivo, sin distinguir entre contrata y subcontrata en sentido jurídico restringido¹³⁸.

¹³⁶ STS de 2 de Diciembre de 1987 (Ar. 9274). Ponente: Sr. D. Manuel Garayo Sánchez.

¹³⁷ Art. 31 CGC.: "Subcontratación. Las empresas que subcontraten con otras la ejecución de obras o servicios... (...)"

¹³⁸ BARREIRO GONZÁLEZ, G. Y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: "Contratación", en AA.VV. (Dir. VALDÉS DAL-RÉ, F.), *Comentarios al Convenio General de la Construcción*. Madrid, 1993. Fundación Anastasio de Gracia. Pág. 148.

Una última cuestión que quiero señalar en este punto consiste en que si, tal como se vio anteriormente, la regulación de la contratas o subcontratas se está aplicando a contratos que no revisten esa denominación, con mayor fundamento se ha de entender que la regulación del ET está prevista para ambas modalidades.

4.2. Características de la responsabilidad solidaria.

Una vez se ha fijado el tipo de responsabilidad que se desencadena de la aplicación del art. 42 del ET, conviene precisar ciertos aspectos en cuanto a su régimen jurídico.

En primer lugar, se trata de una responsabilidad de carácter imperativo, lo que supone que su aplicación está sustraída del poder dispositivo de las partes.

En segundo lugar, siguiendo la doctrina que ha fijado GARCÍA MURCIA, es una responsabilidad específica y concreta que difiere de la del CoC, ya que en la fijada por el ET se responde por el incumplimiento de obligaciones ajenas¹³⁹, en este caso del contratista, mientras que en la solidaridad general la imputación se suele realizar por incumplimientos de obligaciones

¹³⁹ En "El trabajo en contratas..." op. cit. Pág. 44.

propias que recaen sobre varios sujetos en igual nivel.

En tercer lugar, en la responsabilidad del ET, pese a su carácter solidario, se requiere que haya incumplido sus obligaciones el contratista para que pueda actuarse contra el empresario principal, lo que no quiere decir que sea subsidiaria, sino que como dicha responsabilidad se encuentran en distinto plano y no es mancomunada, lo lógico es que ante la negativa a pagar del contratista el trabajador se dirija contra el empresario principal, y es así como suele ocurrir en los supuestos de hecho de los pronunciamientos judiciales que se estudian, puesto que se reclama al empresario principal una vez previamente se ha realizado fallidamente contra el contratista.

En cuarto lugar, se trata de una responsabilidad objetiva, en la que producido el incumplimiento por el contratista, el empresario principal pasará a ser automáticamente sujeto obligado, quedándole la posibilidad, en el caso de hacerse cargo de esas deudas, de repetir contra el contratista lo pagado previamente por él y que legalmente le corresponde al empresario directo de los trabajadores.

Por lo demás, un sector doctrinal ha caracterizado esta responsabilidad como fianza *sui generis*, en base a que el empresario comitente debe garantizar el pago por el contratista de sus deudas laborales, con lo que está

afianzando una situación de forma accesoria a la obligación del deudor principal¹⁴⁰. En mi opinión, sin embargo, la fianza se constituye a través de un negocio expreso y generalmente voluntario, a través de la formalización del contrato de fianza¹⁴¹, mientras que en el caso de la responsabilidad del empresario comitente no se ha tenido lógicamente en cuenta su voluntad, sino que viene establecida legalmente¹⁴².

¹⁴⁰ La sostienen RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "La regulación protectora del trabajo en contratas..." op. cit. Pág. 56 y CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral..." op. cit. Pág. 137.

¹⁴¹ Vid DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil...* op. cit. Pág. 547.

¹⁴² En la legislación italiana el art. 3 de la ley 1369/1960, de 23 de octubre también fija una responsabilidad solidaria del empresario principal junto con el contratista en orden al tratamiento retributivo y normativo de los trabajadores.

En cuanto a la naturaleza de ésta, entre la doctrina italiana, al igual que ha pasado con la española, surgieron diversa teorías. Algunos estimaron que se trataba de una fianza *ex lege* (en este sentido BRANCA, G.: "Osservazioni sulla solidarietà del committente per le obbligazioni di cui all'art. 3 della legge 23 ottobre 1960, n. 1369". BSPDLOA, 1964, n° 28. Págs. 12 y ss.), mientras que otros se inclinaron por estimar que se trataba de una obligación fideicomisaria (Vid NICOLINI, G.: *Il divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di opere e servizi (Osservazione sulla legge 23 ottobre 1960, n. 1369)*. Genova, 1961. Porcile & Figli. Págs. 29 y ss).

Tal como he señalado, la responsabilidad solidaria se encuentra fijada respecto del tratamiento económico y

4.3. La responsabilidad solidaria en caso de encadenamiento de contratistas y subcontratistas.

En ocasiones se celebran de forma sucesiva entre distintos contratistas y subcontratistas, contratistas respecto de una misma obra o servicio.

Estos supuestos hacen plantearse la cuestión de hasta dónde se extiende la responsabilidad solidaria del art. 42 del ET, es decir, si se implica a todos los sujetos participantes o se limita a los que formalicen el contrato por el que se acuerde la realización de la contrata.

Para tener una visión clara de la cuestión, conviene realizar un examen de las posibles posturas que se pueden plantear al respecto:

normativo, debiendo entenderse como incluidas todo lo relativo a las partidas económicas que puedan recibir los trabajadores así como las obligaciones relacionadas con las leyes de prevención y asistencia. Además, la doctrina entiende que se han de incluir las indemnizaciones de preaviso y antigüedad (IANNIRUBERTO, G. E MATTONE, S.: *L'appalto della mano d'opera*. Roma, 1974. Pem. Págs. 13 y ss.), cosa que los tribunales no admiten, señalando que esas partidas son hechos jurídicos extraños a las previsiones del art. 3 (Corte de Apelación de Venecia, 23 de marzo de 1973).

Respecto a Francia, la responsabilidad es subsidiaria, requiriendo la declaración de insolvencia. En cuanto a su ámbito, incluye el pago de salarios y vacaciones, así como las obligaciones referidas a la legislación de seguridad social, accidente de trabajo y enfermedades profesionales y prestaciones familiares.

1ª. La primera, mayoritaria entre la doctrina laboralista¹⁴³, llamada de la responsabilidad ascendente o del encadenamiento pleno, parte de la idea de que todas las empresas responden solidariamente de las empresas auxiliares situadas en eslabones inferiores respecto de cada una de ellas. Se trata, por tanto, de una responsabilidad de los empresarios principales en referencia a los contratistas y subcontratistas posteriores, y de los contratistas, que adquieren la condición de empresarios principales, respecto de sus contratistas sucesivos.

Esta posición se justifica, por un lado, en impedir el fraude que se podría producir en el caso en que sólo hubiera responsabilidad del empresario principal con su contratista, pues entonces bastaría con celebrar una subcontrata para que el empresario principal quedara exonerado; y, por otro, en el dato de que en la mayoría de las ocasiones es la empresa principal la que tiene mayor solvencia económica, y respecto de la cual los

¹⁴³ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "La regulación protectora..." op. cit. Págs. 62 y 63; GARCÍA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas..." op. cit. Pág. 42; SALA FRANCO, T.: "La descentralización del trabajo". En DURÁN LÓPEZ, F.. MONTOYA MELGAR, A. Y SALA FRANCO, T.: *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y las facultades del empresario*. Madrid, 1987. MTSS. Pág. 219; CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral..." op.

trabajadores pueden ver sus expectativas mayormente cumplidas.

2ª. La segunda posición, caracterizada por ser más hipotética que real, ya que no ha sido sustentada por ningún autor¹⁴⁴, se ha llamado del encadenamiento parcial, ya que sólo sería responsable solidario el empresario principal respecto de todos los contratistas y subcontratistas sucesivos, pero exonerando a los posibles eslabones intermedios de la cadena.

Se trata de una interpretación contradictoria porque, de un lado, dispone la responsabilidad plena de la empresa principal, y, por otro, exonera a los contratistas respecto de los posibles subcontratistas con los que se relacione, exclusión que carece de fundamento ya que, en suma, estos contratistas actúan como comitentes respecto de los subcontratistas con los que contraten, con lo que no es lógico que teniendo las mismas posiciones empresarios principales y contratistas, se disponga un régimen de responsabilidades diferente, siendo la de la primera una responsabilidad total y la de

cit. Pág. 124; AA.VV. (Dir. SALA FRANCO, T.): *Derecho del Trabajo...* op. cit. Pág. 263;

¹⁴⁴ La caracterización es de CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral..." op. cit. Pág. 125.

la segunda de exención.

3°. La última posición, llamada de responsabilidad bipolar, niega toda posibilidad de encadenamiento, limitando, por tanto, la responsabilidad de la empresa principal respecto de su contratista, ya que es con la que ha celebrado el contrato¹⁴⁵. La contratista será responsable a su vez de la subcontratista con la que celebre el contrato, pero lo que no cabe es fijar ningún tipo de responsabilidad de la empresa principal frente a la subcontratista, pues no ha habido ningún contrato entre ellas.

Esta interpretación parte de la premisa de que el contratista puede celebrar subcontratas sin necesidad de contar con el consentimiento del empresario principal, con lo que no se considera lógico que sea este último responsable respecto de un sujeto que ni siquiera conoce en algunos casos.

En mi opinión, de un análisis del art. 42 del ET, sólo se puede deducir que la correcta es la tercera posición. Si bien una interpretación literal de ese artículo permite llegar a ella, puesto que dispone en

¹⁴⁵ Sustenta esta interpretación RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "Cadena de contratas y responsabilidad del empresario principal". RL, 1996, n° 7. Págs. 7 y 8.

singular la responsabilidad del empresario principal respecto del subcontratista (término que está utilizado como equivalente a contratista), considero que existen otros argumentos de mucho más peso.

Así, la posibilidad de pedir la certificación de descubierto sólo se prevé respecto del empresario principal, lo cual es lógico puesto que es él quien formaliza el contrato y el que puede controlar la situación económica del contratista no sólo al principio de la contrata sino durante todo el tiempo en que se desempeña, con lo que si sólo puede vigilar a éste último, sólo debe resultar responsable de los incumplimientos de él. No hay que olvidar, que la responsabilidad solidaria no está acotada a las contratas que se celebren en un mismo centro de trabajo sino a aquéllas que cumplan con el requisito de la propia actividad. Por tanto, en vista de que se pueden celebrar contratas fuera del centro, la posibilidad de que el contratista pueda a su vez subcontratar es perfectamente posible, con lo que es injusto que se le haga responsable al empresario principal de una situación no conocida por él.

Por tanto, no se le puede considerar responsable de una situación que no ha podido supervisar, pues ha de recordarse que en el ámbito privado el contratista para

celebrar la subcontrata no necesita el consentimiento del empresario principal, no estando ni siquiera obligado a comunicarle la situación.

Respecto de las contrataciones públicas en vista de que como mínimo se ha de dar conocimiento a la Administración de la celebración de una subcontrata (art. 116.2 de la LCAP) podría pensarse que hay que disponer una solución contraria pero estimo que no, puesto que el seguimiento que ha de realizar la empresa principal tal como he señalado anteriormente no se limita a mi modo de ver a conocer al subcontratista sino a controlar su situación respecto de los trabajadores y de la Seguridad Social durante la vigencia de toda la contrata, con lo que las dificultades de llevarlo a cabo conllevan que no se disponga la cadena de responsabilidades.

También se ha de añadir que las imputaciones de responsabilidad han de ser interpretadas de forma restrictiva, con lo que no se puede disponer el encadenamiento total sin chocar con el precepto.

En cuanto a la jurisprudencia parece haberse decantado por esta interpretación pues en la STS de 2 de julio de 1983¹⁴⁶ señala la no responsabilidad del

¹⁴⁶ Ar. 3704. Ponente: Sr. D. Fernando Hernández Gil. Recoge la doctrina contenida en las SSTs de 3 de Noviembre de

empresario principal respecto de la subcontratista en base a que no existe nexo negocial entre ellas, no pudiéndosele hacer extensiva la responsabilidad pues su reconocimiento está subordinado a que esté acreditada su intervención y aceptación de la subcontrata.

4.4. Responsabilidad solidaria en materia salarial.

Una vez se ha determinado que la responsabilidad del empresario principal es de carácter solidario, conviene precisar cual es el alcance material de la misma.

La responsabilidad se extiende respecto de las obligaciones de naturaleza salarial. Si se compara con lo que disponía en el art. 19.2 de la LRL, y, en su caso, el DCE¹⁴⁷, se observa claramente que la nueva regulación es mucho más restrictiva que la anterior, ya que de fijar la responsabilidad solidaria respecto de "todas las obligaciones contraídas por el subcontratista con sus

1979 (Ar. 3684). Ponente: Sr. D. Carlos Bueren y Pérez de la Serna y 5 de Junio de 1979 (Civil) (Ar. 2859). Ponente: Sr. D. Carlos de la Vega Benayas. Esta postura ha sido seguida por los tribunales tal como muestra la STCT de 10 de Diciembre de 1987 (Ar. 27811). Ponente: Sr. D. Benjamín Blasco Segura): "[No se puede proceder a] trasladar las responsabilidades derivadas del [art. 42.2 del ET] en una cadena ininterrumpida, alcanzando aquel débito solidario a quienes contraten entre sí, incursos en el binomio <contratista principal-subcontratista>, pero no a quienes son ajenos (...)".

¹⁴⁷ Vid supra punto 2 de este Capítulo.

trabajadores", se ha pasado a limitarla sólo a las obligaciones salariales, con lo cual muchos conceptos se van a ver excluidos como son todas las percepciones extrasalariales.

Las obligaciones salariales comprenden en un principio, tanto el salario base como los diversos complementos existentes, esto es "la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo" (art. 26.1 del ET)

Por tanto, de lo que no va en ningún caso a responder el empresario principal es de las prestaciones extrasalariales, es decir, de "las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos" (art. 26.2 del ET).

En este sentido las posibles reclamaciones de los trabajadores de los contratistas frente al empresario comitente han sido denegadas por los órganos judiciales cuando se han referido, entre otros, al complemento de

desempleo¹⁴⁸, a la indemnización por falta de preaviso y el recargo por mora¹⁴⁹, al pago de las vacaciones¹⁵⁰, al plus de kilometraje y el plus extrasalarial¹⁵¹, al plus de transporte y de protección familiar¹⁵² o a las dietas y gastos de transporte¹⁵³.

No obstante, hay que realizar una serie de precisiones en orden a la inclusión o no dentro de la responsabilidad de dos conceptos sobre los que se ha planteado polémica: los salarios de tramitación y la indemnización por despido.

¹⁴⁸ STSJ de Cantabria de 6 de Junio de 1994 (Ar. 2434). Ponente: Sra. Dª. Berta Álvarez Llana.

¹⁴⁹ SSTSJ de Cataluña de 3 de Mayo de 1994 (Ar. 2029). Ponente: Sr. D. Francisco Javier Sanz Marcos y Madrid de 10 de Junio de 1991 (Ar. 4051). Ponente: Sr. D. Francisco Javier Sánchez Pego.

¹⁵⁰ STSJ de Madrid de 8 de mayo de 1996 (Ar. 1556). Ponente: Sr. D. Pedro Rabanal Carbajo.

¹⁵¹ STSJ de Navarra de 28 de Diciembre de 1994 (Ar. 4677). Ponente: Sr. D. Víctor Cubero Romeo.

¹⁵² STSJ de Andalucía (Málaga) de 15 de julio de 1991 (Ar. 4202). Ponente: Sr. D. José Miguel Martínez Jiménez.

¹⁵³ STSJ de Madrid de 14 de Diciembre de 1989 (Ar. 2729). Ponente: Sr. D. Gabriel Coullaut Ariño.

4.4.1. Los salarios de tramitación.

Sobre los salarios de tramitación se han planteado algunas dudas en cuanto a su inclusión en la responsabilidad solidaria del empresario comitente, las cuales se fundamentan en la posible naturaleza indemnizatoria de los mismos.

En mi opinión y siguiendo a la mayoría de la doctrina que ha analizado la cuestión¹⁵⁴, el empresario principal es responsable solidario de esta partida, lo cual supone que su naturaleza es salarial.

Dicha postura se ha visto reafirmada por el TS en las sentencias de 20 de julio de 1995¹⁵⁵ y 7 de julio de

¹⁵⁴ GARCÍA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas..." op. cit. Pág. 47; MARTÍN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial..." op. cit. Págs. 256 y 257; MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: "Subcontrata de obras y servicios..." op. cit. Pág. 23; RODRÍGUEZ SANTOS, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Tomo II. Valladolid, 1992. 4ª edición. Ed. Lex Nova. Pág. 444; PALOMEQUE LÓPEZ M. Y ÁLVAREZ DE LA ROSA M.: *Derecho del Trabajo...* op. cit. Pág. 651; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*. Madrid, 1994. *Ibidem*. Pág. 91; GÁRATE CASTRO, J.: *Los salarios de tramitación*. Madrid, 1994. ACARL. Pág. 79; AA.VV. (Coord. QUESADA SEGURA, R.), *Temas de Derecho del Trabajo...* op. cit. Pág. 503; MONTOYA MELGAR, A.; *Derecho del Trabajo*. Madrid, 1996 (16 ed.). Tecnos. Pág. 412; AA.VV. (Dir. SALA FRANCO, T.), *Derecho del Trabajo...* op. cit. Pág. 261.

¹⁵⁵ LL, 1995 (Septiembre). Ponente: Sr. Juan Antonio Linares Lorente. "El supuesto de hecho se centra en la reclamación que hace un trabajador al Estado de los salarios de

1994¹⁵⁶, ambas dictadas en unificación de doctrina y que han argumentado su interpretación en lo siguiente:

1º. Los salarios de tramitación suponen la reconstrucción de la relación jurídica rota por el contratista, que debe efectuarse abonando la retribución que el trabajador dejó de percibir por haber sido privado injustamente de realizar su trabajo en la obra objeto de la contrata y estos salarios deben tener el mismo tratamiento que los que le hubieran correspondido en caso de haber realizado su trabajo en la obra contratada.

2º. También se afirma su carácter salarial en el art. 33.1 del ET cuando determina la obligación del Fondo de Garantía Salarial de abonar los salarios pendientes de pago y en el RD 505/1985, de 6 de Marzo sobre organización

tramitación que no le ha pagado el empresario principal alegando que en caso de funcionamiento anormal de la Justicia los salarios a partir de los 60 días corresponde abonarlos no a él sino al Estado. La sentencia establece que "la indemnización a cargo del Estado por los daños causados por el anormal funcionamiento de la Justicia, debe reconocerse a quien ha sufrido el perjuicio que, en despido improcedente, es el empresario ya que es éste el que está obligado a pagar los salarios de tramitación (...) sin perjuicio del resarcimiento posterior".

¹⁵⁶ Ar. 6351. Ponente: *ibídem*. En el mismo sentido, SSTs de 22 de Enero de 1988 (Ar. 37). Ponente. Sr. D. Juan Antonio del Riego Fernández; 27 de Octubre de 1986 (Ar. 5906). Ponente: Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo; 9 de Abril de 1984 (Ar. 2057). Ponente: Sr. D. Fernando Hernández Gil.

y funcionamiento del FOGASA¹⁵⁷, del cual se deriva claramente en diversos preceptos el carácter salarial de éstos, como por ejemplo, en el art. 2 ("[el FOGASA debe] hacer efectivos (...) los salarios, incluidos los de tramitación pendientes de pago (...)") o el art. 18 (que considera al FOGASA como responsable de los salarios pendientes de pago, englobando en éstos a los salarios de tramitación).

3°. Ese carácter salarial se ve reafirmado por una interpretación literal de los arts. 55.6 y 56.1 b) del ET, que se refieren a ellos como salario y fijan expresamente la obligación de cotizar respecto de los mismos¹⁵⁸. El hecho de que el art. 109.2 de la LGSS

¹⁵⁷ BOE de 17 de Abril de 1985.

¹⁵⁸ Esto se ve especificado por la Disposición Adicional Decimotercera de la Orden de 27 de enero de 1997 por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 12/1996, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1997 (BOE de 30 de enero), que dispone lo siguiente: "el empresario es el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar por los salarios de tramitación abonados como consecuencia de procesos seguidos por despido o extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, sin perjuicio de su derecho a reclamar del Estado el importe de dichos salarios y demás compensaciones que pudieran corresponderle (...)". Sobre este tipo de órdenes ALBIOL MONTESINOS (En *El Salario. Aspectos legales y jurisprudenciales*. Bilbao, 1992. Deusto. Pág. 36) señaló su carácter ilegal en base a que la obligación de cotizar sólo podía venir establecida por ley, lo cual estimo que hoy en día no se puede predicar puesto que claramente se

disponga que no se computan en la base de cotización las indemnizaciones por despido no entra en contradicción con el precepto del ET, puesto que la no consideración de los salarios de tramitación como indemnización hace que la referencia de ese precepto sea a otras partidas¹⁵⁹.

En contra de esta consideración salarial se ha alzado alguna opinión doctrinal¹⁶⁰, declarando el carácter indemnizatorio de los mismos, sirviéndose de argumentos como la conceptualización que hace de ellos el art. 33 del ET que los denomina como indemnización complementaria por salarios de tramitación o que a la hora de calcular a cuanto ascienden se utiliza el mismo método que respecto de las indemnizaciones, es decir, todos los elementos de

encuentra fijada en la ley esa obligación, siendo simplemente esa orden una explicitación en cuanto a la forma de cotizar.

¹⁵⁹ Así ha resuelto la STS de 9 de mayo de 1995 (AL, 1995, n° 41. Págs. 3280 a 3283) al señalar que la naturaleza de los salarios de tramitación está claramente determinada en el art. 56.1. b) párrafo segundo al fijar la obligación del empresario de mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios a que se refiere el párrafo anterior.

¹⁶⁰ FOLGUERA CRESPO, J.: "Despido disciplinario y reforma laboral: aspectos procesales". AL, 1995, n° 1. Págs. 23 y 24. GARCÍA PIQUERAS los considera de carácter indemnizatorio sólo cuando el despido es improcedente y el empresario ha optado por la indemnización, "ya que no cabe la posibilidad (...) de que una relación jurídica extinguida produzca efectos tan genuinos de su vigencia como son los salariales, de carácter tan netamente prestacional". En "Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación". AL, 1993, n° 16. Págs. 320 y 321.

carácter salarial más la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

También se alega al respecto jurisprudencia encabezada por la STS (UD) de 14 de marzo de 1995¹⁶¹, que sustenta la interpretación de que con los salarios de tramitación se pretende compensar al trabajador de uno de los perjuicios que para él se derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde su fecha y durante la substanciación del proceso correspondiente.

Como he precisado anteriormente, los salarios de tramitación a la luz de la legislación existente son claramente de naturaleza salarial y en base a la unificación de doctrina que se ha planteado respecto de la responsabilidad del empresario principal considerándolo responsable, estimo que la cuestión no debe plantear más controversia¹⁶².

¹⁶¹ Ar. 2010. Ponente: Sr. D. Luis Gil Suárez. En el mismo sentido, STS (UD) de 19 de Mayo de 1994 (Ar. 4284). Ponente: Sr. D. Arturo Fernández López; STS de 13 de Mayo de 1991 (Ar. 3907). Ponente: Sr. D. Luis Gil Suárez; SSTSJ de Cantabria de 16 de Marzo de 1995 (Ar. 1059). Ponente: Sr. D. Rubén López-Tamés Iglesias; Navarra de 27 de Julio de 1993 (Ar. 3301). Ponente: Sra. D^a. Concepción Santos Martín; Andalucía (Granada) de 20 de Abril de 1993 (Ar. 1688). Ponente: Sr. D. Antonio Angulo Martín.

¹⁶² Ese carácter salarial conlleva también las consecuencias de la obligación de cotizar, junto con la de que

4.4.2. Las indemnizaciones por despido.

La otra partida sobre la que se han planteado dudas es la relativa a las indemnizaciones por despido. En la doctrina¹⁶³, la mayoría ha girado en torno a su exclusión de la responsabilidad solidaria del empresario principal, en la medida en que su admisión implica una clara contradicción del art. 26.2 del ET que al respecto señala la no consideración de salario de estas indemnizaciones.

Pero también existen posiciones que disienten de esta postura, considerando que esta indemnización "se ha ido devengando día a día, durante la vigencia de la contrata y por una prestación de servicios cuyo resultado

el trabajador esté en alta, en base al art. 109.1 LGSS ("La base de cotización para todas las contingencias (...) estará constituida por la remuneración total cualquiera que sea su forma o denominación (...)" y su consideración como renta, y por tanto su sujeción a tributación en el IRPF (art. 5.4 IRPF: "Componen la renta del sujeto pasivo: a) Los rendimientos del trabajo"); La posibilidad de ejecutarlos de forma separada y preferente en un juicio (art. 32 ET). En GÁRATE CASTRO, J.: *Los salarios de tramitación...* op. cit. Págs. 67 a 82.

¹⁶³ MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: "Subcontrata de obras y servicios: Análisis exegético del art. 42 ET", en CEOE, *La Empresa de Trabajo Temporal, subcontrata de obras y servicios y cesión de trabajadores*. Madrid, 1985. Pág. 23; PALOMEQUE LÓPEZ M. Y ÁLVAREZ DE LA ROSA M.: *Derecho del Trabajo...* op. cit. Pág. 651; AA.VV (Coord. QUESADA SEGURA, R.): *Temas de Derecho del Trabajo...* op. cit. Pág. 503; ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAAMONDE, Mª. E.: *Derecho del Trabajo*. Madrid, 1995 (14ª ed.). Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Pág. 105; AA. VV. (Dir. SALA FRANCO, T.): *Derecho del Trabajo...* op. cit. Pág. 226.

final ha revertido, en última instancia, en el patrimonio del empresario principal"¹⁶⁴, lo cual conlleva que sea considerado responsable solidario respecto de estas partidas económicas.

Los tribunales se han pronunciado categóricamente por su no inclusión dentro de la responsabilidad solidaria del empresario principal. Así, el TSJ de Cantabria en la sentencia de 6 de Junio de 1994¹⁶⁵ excluye toda responsabilidad del empresario principal "por la indemnización por despido, o resolución de contrato, [argumentando que no pueden tener naturaleza salarial], ya que el art. 32.3 del ET¹⁶⁶ concede el privilegio para el cobro de salarios, más no a conceptos substitutivos de ellos. (...) Pero aun cuando los privilegios salariales del art. 32 fueran extensibles a

¹⁶⁴ MARÍN CORREA, J. M^a.: "Nota a la sentencia del TCT de 8 de Noviembre de 1988 (Abandono de contrata y contratos de trabajo)". AL, 1989, n° 5. Pág. 197.

¹⁶⁵ Ar. 2434. Ponente: Sra. D^a Berta Álvarez Llana.

¹⁶⁶ "3. Los créditos por salarios no protegidos en los apartados anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la Ley, sean preferentes. La misma consideración tendrán las indemnizaciones al mínimo legal calculadas sobre una base que no fuere el triple del salario mínimo".

las indemnizaciones substitutivas de salarios entre las que se encuentran las otorgadas por extinción de contrato de trabajo, tal interpretación doctrinal no puede amparar la analogía pretendida respecto del citado art. 42 por cuanto que supondría la creación de una obligación no existente (...) "¹⁶⁷.

En mi opinión se trata claramente tal como ha fijado expresamente el ET de una partida de carácter indemnizatorio, que se otorga para aminorar en cierta manera los efectos perjudiciales del despido, no pudiendo revestir ninguna forma encubierta de salario o partida afín, pues se trata claramente de una indemnización.

4.4.3. La sanción por impago del salario.

También puede haber alguna duda en cuanto a si dentro de la responsabilidad empresarial se incluye la derivada de la infracción en que puede incurrir el contratista que no pague a sus trabajadores. Tipificada en el art. 96.1 del ET como muy grave, tiene atribuida una sanción de multa que en su grado mínimo irá de 500.001 a dos millones de pesetas, pudiendo llegar como

¹⁶⁷ En el mismo sentido SSTSJ de Cantabria de 16 de Marzo de 1995 (Ar. 232). Ponente: Sr. López-Tamés Iglesias; Cataluña de 3 de Mayo de 1994 (Ar. 2029). Ponente: Sr. D. Francisco Javier Sanz Marcos; Navarra de 29 de Julio de 1992 (Ar. 3826). Ponente: Sra. Dª. Concepción Santos Martín.

máximo desde los 8.000.001 hasta los quince millones de pesetas (art. 37.4 de la LISOS), no olvidando que en caso de reincidencia se puede incrementar hasta el duplo del grado de la sanción, sin exceder el máximo de quince millones señalado.

Tal como he señalado anteriormente, la obligación de pagar el salario corresponde al empresario contratista, como empresario directo de los trabajadores, y al principal, como sujeto beneficiario del trabajo que han desempeñado estos trabajadores.

La solidaridad no se puede derivar, en un principio, del art. 42 del ET, puesto que éste sólo la extiende a obligaciones salariales y de Seguridad Social, lo cual no incluye a las infracciones.

En cuanto a la posibilidad de imputarla en virtud del art. 130.3.1º de la LRJAP que señala que si "el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponde a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan", en mi opinión tampoco es posible, puesto que la obligación de pago no es

mancomunada¹⁶⁸, es decir, fijada en los mismos términos y en virtud del mismo origen ya que el contratista debe pagar como consecuencia de ser el empresario de los trabajadores y el empresario principal es obligado porque se beneficia de la prestación por ellos pagada¹⁶⁹. Por tanto, las obligaciones de ambos sujetos tienen origen diferente y teniendo en cuenta el tipo que recoge la infracción, el impago por parte del contratista, a mi modo de ver tampoco cabe estimar responsable solidario al segundo.

Debe tenerse en cuenta que para poder imputar esa responsabilidad solidaria al empresario principal se le ha de poder considerar como empresario infractor, y si sólo se le ha exigido la obligación al contratista y no ha pagado, al repetirse contra el empresario principal si éste paga no cabe en mi opinión imputarle una infracción en la que él no ha participado.

Cuestión distinta es que al exigirse la

¹⁶⁸ En este sentido se pronuncia NIETO señalando que el apartado primero de este artículo "está contemplando inequívocamente una infracción mancomunada". En *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid, 1994 (2ª ed.). Tecnos. Pág. 351.

¹⁶⁹ Sobre el distinto origen vid VALVERDE ASECIO, A.J.: *La responsabilidad administrativa laboral en los supuestos de pluralidad de empresarios*. Valencia, 1997. Tirant lo Blanch. Pág. 35.

responsabilidad al empresario principal, si tampoco paga, se le podrá considerar empresario infractor y se le podrá exigir a título personal e individual, pero en ningún caso la que cometió el contratista, puesto que la solidaridad en este caso se debería de haber previsto expresamente.

4.5. La responsabilidad en materia de Seguridad Social.

Una vez se ha fijado el ámbito de la responsabilidad en lo que se refiere a las obligaciones salariales, procede ahora analizar la otra partida respecto de la cual puede resultar responsable el empresario principal, es decir, las obligaciones relativas a la Seguridad Social.

Lo primero que se ha de precisar es que así como a la hora de estudiar la responsabilidad empresarial en materia salarial sólo había un texto normativo que hacía referencia a ella, el ET, cuando se analiza la responsabilidad en materia de Seguridad Social se van a encontrar dos regulaciones existentes que a su vez imputan dos responsabilidades diferentes:

a) Por un lado, la determinada en el ya citado art. 42.2 del ET, que al respecto señala que "el empresario principal (...) responderá solidariamente de

las obligaciones (...) referidas a la Seguridad Social".

b) Y, por otro, la fijada por los arts. 104.1 y 127.1 de la LGSS, designando el primero de ellos al empresario como "sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotización", siendo ampliado el sujeto responsable al propietario de la obra o industria cuando la misma estuviera contratada, pero en todo caso su responsabilidad estará supeditada a que el empresario principal haya sido declarado insolvente; y el segundo la responsabilidad en orden a las prestaciones.

Por tanto, se parte de una doble regulación entre la que no existe, sin embargo, conflicto en orden a su aplicación, ya que, tal como se deduce de su lectura, la presencia de la exigencia de la propia actividad en la regulación del ET y su ausencia de lo dispuesto en la LGSS, lleva a la conclusión de que las citadas regulaciones presentan supuestos de hecho distintos, no debiendo plantearse la hipótesis de un posible choque entre ellas, pudiendo estar, y de hecho lo están, plenamente vigentes e imputarse a un mismo empresario respecto de una sola contrata¹⁷⁰.

¹⁷⁰ RODRÍGUEZ SANTOS, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores...* op. cit. Pág. 470; GARCÍA PAREDES, Mª L.: "Posición del trabajador..." op. cit. Pág. 621;

En ese sentido se ha pronunciado también la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social¹⁷¹ señalando que se trata de dos tipos de responsabilidad: una genérica subsidiaria -LGSS- y otra específica solidaria -ET-, aplicándose la primera a todas las contrataciones o subcontratas de obras y servicios, y la segunda a aquéllas en las que se dé la condición de la propia actividad entre la empresa principal y la contratista o subcontratista.

El problema tan sólo se planteará en orden a cuándo se aplica una u otra debido a la ambigüedad de la expresión citada en el párrafo precedente y a las diferentes interpretaciones que los tribunales acogen a la hora de materializarla en el caso concreto.

4.5.1. Responsabilidad solidaria derivada del art. 42.2 del ET.

Si en punto a la responsabilidad empresarial en materia de salarios la regulación del ET es más limitada que sus antecedentes¹⁷², en cuanto a la responsabilidad respecto de las obligaciones de Seguridad Social la

¹⁷¹ Resolución de 12 de abril de 1991.

¹⁷² Vid supra punto 2 de este Capítulo.

situación es diferente, ya que mientras el art. 19.2 de la LRL disponía la responsabilidad solidaria respecto de "las obligaciones con la Seguridad Social", el art. 42.2 del ET realiza una referencia muy amplia, tal como se deduce de la expresión "obligaciones referidas a la Seguridad Social".

Tan sólo se ha sustituido un vocablo, pero la consecuencia es muy importante pues se podrá incluir dentro de la responsabilidad empresarial todo aquello que tenga relación con la Seguridad Social.

Esta expresión supone una imputación material y no subjetiva de la responsabilidad¹⁷³, no teniendo en cuenta, por tanto, a la hora de establecerla, el sujeto frente al que se imputa sino la obligación en sí misma considerada.

Todo lo anteriormente dicho da lugar a que la responsabilidad del empresario principal se extienda en un principio a:

1º. Los incumplimientos de los contratistas y

¹⁷³ GARCÍA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas..." op. cit. Pág. 48; MARTÍN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial ..." op. cit. Pág. 257; MONEREO PÉREZ, J.L.: "El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contratas (obligaciones referidas a la Seguridad Social)". LL, 1992 (II). Pág. 288.

subcontratistas en materia de afiliación, alta y cotización, las cuales son obligaciones legales que están reguladas en los arts. 100.1 y 104.1 de la LGSS¹⁷⁴. Se trata de una imputación legal que no ofrece controversia entre la doctrina¹⁷⁵ ya que se considera que puesto que el empresario principal se beneficiará del trabajo que han prestado los trabajadores de la contratista, debe estar obligado para evitar un enriquecimiento injusto por su parte.

En mi opinión a esta argumentación hay añadir que también le es imputable esa responsabilidad como consecuencia de la posibilidad de vigilar al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones a través de la certificación que expide la TGSS sobre la situación al corriente del contratista con los trabajadores¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Como ejemplo de esta imputación se puede citar la STS (CA) de 12 de julio de 1994 (Ar. 5610). Ponente: Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, en la que se imputa al empresario principal la falta de alta y de cotización del contratista.

¹⁷⁵ MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: "Subcontrata de obras servicios..." op. cit. Pág. 24; RODRÍGUEZ SANTOS, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores...* op. cit. Pág. 444; CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral..." op. cit. Pág. 141; AA.VV. (Coord. QUESADA SEGURA, R.), *Temas de Derecho del Trabajo...* op. cit. Pág. 503; PALOMEQUE LÓPEZ M. Y ÁLVAREZ DE LA ROSA M.: *Derecho del Trabajo...* op. cit. Pág. 651; AA.VV. (Dir. SALA FRANCO, T.): *Derecho del Trabajo...* op. cit. Págs. 261 y 262.

¹⁷⁶ Vid infra capítulo II.

Conviene precisar en este sentido que la responsabilidad se ha de extender a todas las cuotas en virtud de las cuales se ha de cotizar (desempleo, formación profesional y FOGASA), y tanto de la parte que incumbe al empresario como a la del trabajador, "sin que quepa reconocer el beneficio divisionis ya que las cuotas de la Seguridad Social a efectos de pago constituyen una sola unidad que debe satisfacerse íntegramente por mensualidades vencidas, en un sólo acto, no admitiéndose el pago separado de cada uno de los elementos o conceptos integrantes de las cuotas"¹⁷⁷.

2°. También hay responsabilidad solidaria por las prestaciones a las que cause derecho el trabajador y de las que resulte responsable el contratista o subcontratista en virtud del incumplimiento de las obligaciones empresariales del punto anterior.

En este caso, la responsabilidad del contratista respecto de las prestaciones está fijada en el art. 126.2 de la LGSS, y se extiende al empresario principal en base al art. 127.2 de la LGSS.

Un ejemplo de esta responsabilidad se encuentra en

¹⁷⁷ En este sentido se pronuncia, por todas, la STS (CA) de 7 de diciembre de 1988 (Ar. 9340). Ponente: n/c.

la STS (UD) de 17 de mayo de 1996¹⁷⁸, en la que se imputa al empresario principal la responsabilidad por la contingencia de incapacidad temporal sobrevenida a un trabajador de la contratista, argumentando que dicha prestación forma parte de la responsabilidad en materia de Seguridad Social, debiendo extenderse incluso cuando la duración de la prestación excede de la correspondiente a la contrata, puesto que lo importante es que tenga su causa en una enfermedad o accidente acaecido durante la vigencia de la contrata, no debiendo considerarse esta extensión de la responsabilidad como que el empresario principal responde de obligaciones que exceden de la duración de aquélla, puesto que lo determinante es cuando ocurrió la contingencia laboral.

3°. La última partida de la que puede resultar responsable el empresario comitente es la integrada por los recargos que se impongan al contratista como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones empresariales, ya que los mismos no tienen carácter sancionador sino de mera compensación a la Seguridad Social por el retraso en el abono de la cotización¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Ar. 4472. Ponente: Sr. D. Leonardo Bris Montes.

¹⁷⁹ Vid CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral..." op. cit. Pág. 141.

Dentro de estos recargos se entienden incluidos los de apremio, ya que se devengan automáticamente, y así lo fijó el art. 10.3 del RGR que extiende la responsabilidad solidaria de estos conceptos (recargos e intereses)¹⁸⁰.

4.5.1.1. Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social.

Una de las cuestiones más controvertidas a la hora de analizar la responsabilidad empresarial en lo que se refiere a la Seguridad Social es la relativa a la inclusión o no de las mejoras voluntarias dentro del ámbito de la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social.

Las mejoras voluntarias conectan con el art. 41 CE¹⁸¹, que determina la libertad en cuanto a la asistencia y prestaciones complementarias, y están reguladas en los arts. 39, 191 a 194 de la LGSS, desarrollados por la Orden

¹⁸⁰ Literalmente dispone que "la responsabilidad solidaria alcanzará tanto a la deuda como, en su caso, a los recargos, intereses y a las costas del procedimiento de apremio impagados, con aplicación de los límites que para las garantías solidarias prestadas resulten de su constitución".

¹⁸¹ "Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres".

de 28 de Diciembre de 1966¹⁸² y por las Disposiciones Adicionales Quinta y Séptima de la Orden de 27 de enero de 1997¹⁸³, suponiendo un conjunto complejo de medidas que surgen con el objetivo de complementar y ampliar las prestaciones mínimas de la Seguridad Social.

Formalmente se pueden materializar en dos modalidades, recogidas en el art. 191.1 de la LGSS:

1. Una mejora directa de las prestaciones que reconoce el sistema de la Seguridad Social.

2. El establecimiento de tipos de cotización adicionales a los que fija la ley con el fin de que las posibles prestaciones que se deriven se vean aumentadas.

En la práctica, sólo se llevan a cabo las primeras, ya que las segundas se encuentran sometidas a un complejo sistema de autorización y aprobación por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social¹⁸⁴, el cual las hace, hasta el

¹⁸² BOE de 30 de Diciembre de 1966, por la que se regulan las Mejoras Voluntarias de la Acción Protectora del Régimen General de la Seguridad Social. En vigor mientras no se contraponga con lo establecido en la LGSS.

¹⁸³ BOE de 30 de enero.

¹⁸⁴ Art. 194 de la LGSS: "El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a instancia de los interesados, podrá aprobar cotizaciones adicionales efectuadas mediante el aumento del tipo de cotización al que se refiere el art. 107, con destino a la revalorización de las pensiones u otras prestaciones

momento, inexistentes.

Por tanto, el estudio sobre la inclusión o no dentro de la responsabilidad solidaria del comitente se centrará en las primeras, que comprenden un conglomerado variado y complejo, respecto del cual es difícil fijar unos principios generales aplicables a todas ellas, como posteriormente se verá, ya que su naturaleza es diversa.

La decisión de adoptar el establecimiento de unas mejoras voluntarias puede tener su origen tanto en lo acordado en un convenio colectivo, como en la voluntad unilateral de la empresa o por pactos entre la empresa y el trabajador¹⁸⁵, aunque, en la práctica, es la primera de las posibilidades la que se presenta con más frecuencia¹⁸⁶.

En general, las opiniones doctrinales en cuanto a su inclusión en la responsabilidad solidaria del empresario principal han seguido una línea afirmativa, pero en lo que

periódicas ya causadas y financiadas con cargo al mismo o para mejorar las futuras".

¹⁸⁵ STS de 18 de julio de 1986 (Ar. 4250). Ponente: Sr. D. José Lorca García.

¹⁸⁶ En este sentido señala ARADILLA MARQUÉS el importante papel que juegan hoy en día los convenios colectivos como la fuente más importante de la previsión social complementaria. En *La Previsión Social Complementaria*. Tesis doctoral inédita. Valencia, 1997 (ejemplar multicopiado). Pág. 151.

ha habido divergencia ha sido en los argumentos en virtud de los cuales se ha propugnado esa interpretación:

a) Una primera posición ha optado por la consideración de las mejoras voluntarias dentro de la responsabilidad empresarial en base a la conceptualización de éstas como medidas equiparables a la Seguridad Social¹⁸⁷.

Utilizan sobre todo una argumentación legal, puesto que el art. 1.3 de la Orden de 28 de diciembre de 1966 dispone que "las prestaciones correspondientes a las mejoras (...) tendrán los caracteres atribuidos a las prestaciones [de la Seguridad Social], y una vez establecidas de acuerdo con lo que en la presente Orden se dispone, se entenderá que forman parte, a todos los efectos, de la acción protectora de la Seguridad Social"¹⁸⁸.

b) La otra interpretación doctrinal, cuyo

¹⁸⁷ CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral..." *op. cit.* Pág. 142; GARCÍA PAREDES, M^a L.: "Posición del trabajador..." *op. cit.* Pág. 622; AA.VV. (Dir. SALA FRANCO, T.): *Derecho del Trabajo...op. cit.* Pág. 262.

¹⁸⁸ Esta asimilación en opinión de MONEREO PÉREZ ha de realizarse con cuidado puesto que literalmente no se da, sobre todo en lo que se refiere a las mejoras directas de las prestaciones, que no son propiamente mejoras voluntarias sino medidas o regímenes de previsión privada. En *Responsabilidad empresarial... op. cit.* Pág. 136.

carácter es minoritario frente a la anterior¹⁸⁹, estima que dentro de la responsabilidad solidaria del empresario principal se encuentran las mejoras voluntarias pero se argumenta en que las conceptúan como salario diferido, señalando que son una contraprestación económica del trabajo prestado y, por ello, una obligación del empresario.

Por tanto, la responsabilidad solidaria del empresario principal respecto de éstas vendría determinada por ser obligaciones de carácter salarial y no obligaciones referidas a la Seguridad Social.

Esta posición a la luz de la normativa existente hoy en día es insostenible, señalando como argumentos los siguientes:

1º. Una interpretación literal del art. 1.3 de la Orden de 28 de diciembre de 1966 conlleva a la conclusión de que se les aplica el régimen de la Seguridad Social.

2º. Numerosas sentencias del TS y de los TSJ han

¹⁸⁹ GALIANA MORENO, J.M. Y SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La limitación legal de las mejoras voluntarias establecidas por convenio colectivo a cargo de una empresa pública". AL, 1987, nº 8. Pág. 400. En el mismo sentido GALLARDO MOYA, R.: "Las mejoras complementarias del Sistema de la Seguridad Social en la negociación colectiva". RL, 1991, nº 23. Págs. 10 y 11.

resuelto que las mejoras no tienen la consideración legal de salario¹⁹⁰ y que el salario diferido no es salario ya que "no se trata de una contraprestación directa del trabajo por cuenta ajena"¹⁹¹.

3°. Por último, no pueden ser salario puesto que no hay obligación de cotizar respecto de ellas, tal como se desprende del art. 109.2 f) de la LGSS¹⁹² y así ha resuelto la Dirección General de Asistencia Técnico Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, que fundamenta esa exclusión en que hay que evitar que la cotización adicional dé lugar a su vez al aumento de las prestaciones obligatorias¹⁹³.

Por tanto, ha de prevalecer la primera interpretación que considera a las mejoras voluntarias como equiparables a la Seguridad Social. Pero esta afirmación ha de ser matizada puesto que bajo esa denominación existe, en

¹⁹⁰ Vid SSTs de 11 de febrero y 15 de diciembre de 1986 (Ar. 740 y 7385). Ponentes: Sr. D. José Lorca García y Sr. D. Agustín Muñoz Álvarez y la STSJ de Cantabria de 6 de junio de 1994 (Ar. 2434). Ponente: Sra. D^a Berta Álvarez Llana.

¹⁹¹ Así lo ha señalado la STSJ de Cataluña de 18 de enero de 1993 (Ar. 408). Ponente: Sr. D. Pablo Dupla de Vicente Tutor.

¹⁹² "No se computarán en la base de cotización los siguientes conceptos: (...) las prestaciones de la Seguridad Social y sus mejoras".

¹⁹³ Resolución de 18 de junio de 1991.

principio, un conglomerado amplio, en el que se incluyen tanto mejoras que complementan la Seguridad Social básica como aquéllas que se organizan fuera de ésta¹⁹⁴.

En mi opinión y siguiendo a ARADILLA MARQUÉS¹⁹⁵, se ha de considerar como mejora voluntaria en sentido estricto sólo aquella que se preste como complemento de una situación de necesidad que ya está o ha estado protegida en la Seguridad Social española, y como consecuencia de esto se pueden considerar como asimiladas a la Seguridad Social¹⁹⁶, lo cual se reafirma con lo

¹⁹⁴ En este sentido MARTÍN VALVERDE distingue entre los llamados regímenes complementarios que se organizan fuera de la Seguridad Social básica, y las Mejoras Voluntarias, como fórmula complementaria integrada dentro de la Seguridad Social básica. En *Las Mejoras Voluntarias de la Seguridad Social*. Sevilla, 1970. Instituto García Oviedo. Págs. 27 y ss.

¹⁹⁵ En *La Previsión Social Complementaria...op. cit.* Págs. 157 y 161.

¹⁹⁶ Lo que no quiere decir que haya equiparación total pues como señala VALERA DE LA ESCALERA (En "Las mejoras voluntarias en el sistema de la Seguridad Social". DL, 1987. Págs. 365 y 366). "La integración de la mejoras voluntarias en la acción protectora de la Seguridad Social y su sometimiento al mismo régimen (...) no supone una identificación o equiparación total con las prestaciones básicas o forzosas otorgadas directamente por la Seguridad Social (...) por [algunas de] las siguientes razones:

-Las prestaciones de la Seguridad Social tienen el carácter de forzosas; las voluntarias (...) son, en origen, potestativas.

-Las primeras están configuradas meticulosamente, su gestión queda encomendada a las entidades

previsto en el art. 1.3 de la OMV y con lo fijado en el art. 39.2 de la LGSS, que señala que la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva, salvo el establecimiento de mejoras voluntarias, con lo cual las está equiparando.

Por tanto, esa asimilación da lugar a que se puedan considerar dentro de la responsabilidad empresarial del empresario comitente en base a la interpretación de la expresión omnicomprendiva del art. 42.2 del ET de obligaciones referidas a la Seguridad Social¹⁹⁷.

gestoras y mutuas patronales que no tienen ánimo de lucro; por el contrario, en las voluntarias es potestativo el concertar un seguro que las cubra, el cual, a su vez, puede hacerse por una entidad de previsión social o una sociedad de seguros mercantiles.

-Las prestaciones forzosas están rodeadas de garantías para lograr su efectividad (...), garantías que no suelen caracterizar a las voluntarias.

-No existe incompatibilidad alguna en la percepción de dos mejoras acordadas libremente si en su concesión no se estableció ninguna clase de incompatibilidad; mientras que la regla general para las prestaciones mínimas es (...) la incompatibilidad, salvo que expresamente se disponga lo contrario legal o reglamentariamente".

¹⁹⁷ STSJ de Aragón de 2 de Noviembre de 1989 (Ar. 864). Ponente: Sr. D. Benjamín Blasco Segura. "[Se exige la responsabilidad solidaria del empresario principal respecto a una mejora de la protección de la contingencia-muerte, instrumentada en Convenio Colectivo a través de una prestación diversa en su carácter respecto de las contingencias obligadas en su cobertura] (...) Según la redacción del art. 42.2 ET <el empresario principal responderá SOLIDARIAMENTE de las obligaciones... referidas a la Seguridad Social...> frase que

Esta apreciación conlleva que se rechace opiniones doctrinales como la de MONEREO PÉREZ¹⁹⁸, que fijaba una clasificación de mejoras voluntarias como complementarias, autónomas o medidas protectoras atípicas, según se complementaran o no con el sistema de Seguridad Social. Como ya he señalado, sólo se ha considerado mejora voluntaria si tiene relación directa con la Seguridad Social, es decir, aquella obligación empresarial contraída de forma voluntaria y que complementa a las prestaciones de la Seguridad Social, no revistiendo dicho carácter lo que no guarde relación con ella.

En cuanto a la posición de la jurisprudencia respecto de la inclusión de las mejoras voluntarias dentro responsabilidad solidaria del empresario principal, si bien en un principio estimó que no se podían imputar¹⁹⁹,

hay que entender, no sólo a la Seguridad Social como sistema obligado de aseguramiento, sino también a la Seguridad Social VOLUNTARIA, máxime mediando pactos de mejora complementarios en Convenios Colectivos que cubren y atraen a su ámbito a empresas cuales las hoy afectadas, porque <ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus> (...)"

¹⁹⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial...* op. cit. Págs. 147 y ss.

¹⁹⁹ Así se deducía de la STS de 2 de Julio de 1983 (Ar. 3704). Ponente: Sr. D. Fernando Hernández Gil, que al respecto señalaba que "(...) La prestación inherente a la viudedad reconocida en el art. 30 del Convenio [Colectivo de la Construcción en Barcelona], no es asimilable ni identificable a prestación derivada de la Seguridad Social, en cuanto emana de pacto colectivo establecido entre los representantes de los

parece que esa interpretación se ha abandonado posteriormente, tal como se deduce de las SSTS de 11 de febrero de 1986²⁰⁰ y 2 de febrero de 1987²⁰¹ en las que se señala expresamente la responsabilidad solidaria del empresario principal con el contratista.

Por tanto, en virtud, de nuevo, del tan reiterado carácter omnicomprendido de la dicción del art. 42.2 del ET y su configuración como de obligaciones no "con" la Seguridad Social si no "referidas a", hay que concluir que este tipo de mejoras son subsumibles dentro de la responsabilidad solidaria del empresario principal.

No obstante, cabe la posibilidad de que al final el empresario principal no pague esas mejoras voluntarias

trabajadores y empresarios, y consecuentemente, no debe otorgársele la consideración y el tratamiento jurídico de prestación equiparable a las obligatorias de la Seguridad Social, ni aun siquiera, a las mejoras voluntarias de dichas prestaciones (...).

²⁰⁰ Ar. 740. Ponente: Sr. D. José García Lorca.

²⁰¹ Ar. 753. Ponente: Sr. D. Juan García-Murga Vázquez: "El carácter de mejora voluntaria de la Seguridad Social que tiene la indemnización exigible según el art. 42 del Convenio Colectivo [las empresas abonarán una indemnización de 1.250.000 ptas. a la viuda del trabajador o sus herederos en caso de fallecimiento producido por accidente laboral], además de indiscutido es indiscutible. Por tanto (...) alcanza la responsabilidad atribuida a dicho empleador de la que ha de responder solidariamente con aquél, a tenor del art. 42.2 ET (...)" . En el mismo sentido *vid* STSJ Andalucía (Sevilla) de 23 de Febrero de 1995 (Ar. 752). Ponente: Sr. D. José Manuel López García de la Serrana

reconocidas por el contratista o subcontratista a sus trabajadores, ya que, el art. 42.2 in fine del ET determina que el empresario principal responde "con el límite de lo que le correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo"²⁰². Esto supone que si las condiciones laborales de los trabajadores del contratista o subcontratista son superiores, tal como ocurre en el supuesto en que se les ha reconocido unas mejoras, no podrán exigir las al empresario principal si exceden de ese límite.

Por último hay que señalar que ante una posible actuación ambivalente de la jurisprudencia en orden a su inclusión o no dentro de la responsabilidad solidaria de las mejoras voluntarias, la negociación colectiva ha previsto una serie de medidas, en las que se establece expresamente esta responsabilidad del empresario principal, entre las que se encuentra la acordada en el art. 31.2 CGC que dispone que "(...) se extenderá la responsabilidad [del empresario principal] a la indemnización de naturaleza no salarial por muerte o incapacidad permanente absoluta derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional pactada en el convenio aplicable".

²⁰² Vid infra punto 4.7.2 de este Capítulo.

4.5.1.2. Los planes de pensiones del Sistema de Empleo.

Al hilo de la instauración en España por la Ley 8/1987, de 8 de Junio, de la regulación de los Planes y Fondos de Pensiones²⁰³, se ha planteado la doctrina laboralista²⁰⁴ la posibilidad de que entren dentro de la responsabilidad solidaria imputable al empresario principal del art. 42.2 del ET los Planes del Sistema de Empleo, caracterizados en el art. 4.1 a) de la Ley que los regula, como "(...) aquellos cuyo promotor es la Entidad, Corporación, Sociedad o Empresa y cuyos partícipes son sus empleados".

Se ha de descartar la posibilidad de poder considerarlos como salario y poder derivar la responsabilidad en virtud de éste en base a las mismas razones por las que no se consideró salario las mejoras voluntarias, criterio mantenido expresamente por la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social al señalar que "las

²⁰³ Desarrollada por el RD 1307/1988, de 30 de Septiembre por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones. BOE de 2 de Noviembre de 1988.

²⁰⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial...* op. cit. Págs. 153 a 161. Para conocer el funcionamiento y régimen jurídico de los mismos *vid* los artículos de este autor "Instrumentación jurídica e institucional de los Planes y Fondos de Pensiones (I y II)". REDT, 1990, n° 40 (Págs. 587 a 652) y 41 (Págs. 53 a 106).

aportaciones que realicen las empresas en favor de sus trabajadores en planes de pensiones o de jubilación no son percepciones salariales"²⁰⁵.

En cuanto a su consideración como obligaciones referidas a al Seguridad Social, hay que señalar que al igual que las mejoras voluntarias, las prestaciones de los planes de pensiones no sustituyen a las del sistema público (art. 1.2 de la LPFP). Esto supone que su reconocimiento guardará en ocasiones relación con las prestaciones de Seguridad Social, lo cual lleva a la conclusión de que según esa complementariedad se podrán considerar dentro de la responsabilidad solidaria del empresario principal.

Algunos autores han llegado a señalar que con carácter general todos los planes de pensiones son complementarios de la Seguridad Social²⁰⁶, y otros tras la evolución práctica de los mismos, que no existen grandes diferencias entre las mejoras voluntarias directas y los planes de pensiones, siendo los requisitos adicionales que se exigen para estos últimos una nueva adaptación de las

²⁰⁵ Resolución de 18 de junio de 1991.

²⁰⁶ Entre ellos MATEU ROS CERESO, R.: "Planes y fondos de pensiones: régimen jurídico social (II)". AL, 1988, n° 41. Pág. 2396, y MORENO REYES, F., SANTIDRIAN ALEGRE, J. Y FERRANDO

mejoras²⁰⁷.

En mi opinión, existen diversos tipos de planes de pensiones del sistema de empleo respecto de los cuales no se puede predicar la misma idea de complementariedad; por ello y siguiendo la clasificación de MONEREO PÉREZ, la responsabilidad solidaria del empresario principal se extenderá a aquéllos que otorgan pensiones complementarias a las de la Seguridad Social y no a los que tienen carácter autónomo²⁰⁸.

Por tanto, cada Plan de Pensiones deberá ser analizado y caracterizado previamente para así determinar su inclusión o no dentro del ámbito de la responsabilidad del empresario principal.

Por último, y al igual que ocurría con las mejoras voluntarias, como el empresario principal sólo va a responder con el "límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo", en el caso en que las mejoras establecidas con los Planes sobrepasen ese margen no se

PIÑOL, A.: *Los Planes y Fondos de Pensiones. Comentarios al Reglamento*. Madrid, 1988. Ciencias de la Dirección. Pág. 29.

²⁰⁷ Así lo considera ARADILLA MARQUÉS, M.J.: *La Previsión Social Complementaria...op. cit.* Pág. 309.

²⁰⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial... op. cit.* Págs. 154 y ss.

podrán exigir al empresario principal.

4.5.2. Responsabilidad subsidiaria derivada del art. 127.1 de la LGSS.

Tal y como se ha ido precisando en páginas precedentes, la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social no se fija en un sólo texto, sino que junto a la regulación del ET se encuentra la que se dispone en la LGSS, y más concretamente en el art. 127.1 de la LGSS, que va a ser objeto de análisis en este punto.

Las diferencias entre ambas regulaciones son notables e importantes, por lo que conviene realizar un análisis separado de cada una de ellas:

1ª. Si la responsabilidad que se deriva del art. 42 del ET es solidaria, en la que se regula en el art. 127.1 de la LGSS es subsidiaria, siendo necesario para que los trabajadores de la contratista se puedan dirigir contra el empresario principal que previamente se haya declarado a aquel insolvente.

Por tanto, ya no se encuentran en el mismo plano el empresario principal y el contratista, lo cual hace que la exigencia de responsabilidad al primero sea mucho más costosa y tardía, pues es necesaria la declaración judicial de insolvencia así como hacer una previa excusión

de los bienes de éste.

2ª. La segunda diferencia consiste en que si para reclamar la responsabilidad derivada del ET era necesario que la actividad que desempeñara el contratista correspondiera a la propia actividad del empresario principal, en la regulación de la LGSS ese requisito no es necesario, siendo por tanto aplicable a todas las contratas ya presenten esa premisa o no, es decir, que a las contratas y subcontratas que posean entre ellas la propia actividad se les podrá exigir la responsabilidad solidaria del art. 42 del ET y la subsidiaria del art. 127.1 de la LGSS (aunque normalmente sólo se exigirá la primera puesto que se puede exigir con más rapidez), y en las que no se da esa circunstancia, la responsabilidad se reclamará en base sólo al último de los artículos citados²⁰⁹.

Una vez hecha esta precisión conviene determinar un problema que se presentaba hasta hace pocos meses cuando se estudiaba la redacción anterior del art. 12.1 del RGR,

²⁰⁹ Un ejemplo de aplicación de este tipo de responsabilidad se encuentra en le STSJ de Andalucía (Málaga) de 3 de mayo de 1990 (Ar. 2985. Ponente: Sr. D. José Miguel Martínez Jiménez), ya que como consecuencia de que la empresa contratista (reparación de un tejados y cubiertas) tiene distinta actividad que la principal (transporte de mercancías por carretera), no cabe aplicar la responsabilidad del art. 42 del ET y sí la del art. 97 de la LGSS.

que es el que en cierta manera dispone los mecanismos para exigir las diferentes responsabilidades, y más concretamente en este artículo lo relativo a la exigencia de la responsabilidad subsidiaria en las contratas.

Literalmente disponía en el apartado de responsables subsidiarios que "para las contratas o subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, el propietario de la obra o de la industria contratada (...)". Pues bien, de lo leído se deducía que se estaba exigiendo en el RGR un requisito no previsto en la LGSS, puesto que aquél requería que entre el empresario principal y el contratista se diera el condicionante de la propia actividad, lo que suponía una extralimitación clara de la regulación del RGR que había de calificarse como ilegal, de manera que se ha de mover entre los límites que le fija la norma legal y en ningún caso, disponer nuevas reglas que ésta no prevea²¹⁰.

Dicha interpretación fue confirmada por la Dirección

²¹⁰ Así lo señaló también CAMPS RUIZ al apuntar que el RGR -de permanecer eficaz la discutible regulación reglamentaria que pretende introducir- supondría convertir en específica la genérica responsabilidad subsidiaria establecida en la LGSS, limitándola al igual que la solidaria derivada del ET a las contratas relativas a la <propia actividad> del empresario principal. En "El nuevo Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social..." *op. cit.* Pág. 11.

General de Ordenación de la Seguridad Social²¹¹ que, ante las dudas interpretativas planteadas por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, señaló que el desarrollo reglamentario no se había sometido a los límites que le correspondían, puesto que había introducido un elemento extraño en la regulación de la responsabilidad subsidiaria que había de caracterizarse como de ilegal puesto que "mermaba las garantías ofrecidas por la ley a los trabajadores".

Afortunadamente, el problema ha sido solventado con la aprobación del Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre, por el cual se modifican determinados artículos de los Reglamentos Generales de Recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social y sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social²¹², entre los que se encuentra el párrafo primero del art. 12, que ha sido nuevamente redactado suprimiendo la expresión relativa a la propia actividad, con lo cual la nueva redacción está en consonancia con la LGSS.

3ª. El ámbito objetivo de la responsabilidad subsidiaria no es tan amplio como el del ET, puesto que el art. 127.1 imputa la responsabilidad respecto de las

²¹¹ Resolución de 16 de diciembre de 1996.

²¹² BOE de 30 de septiembre de 1997.

obligaciones <con> la Seguridad Social y no como hace el ET que es de las obligaciones <referidas a> la Seguridad Social.

De esta manera sólo se le podrá exigir los incumplimientos en materia de afiliación, altas y bajas y cotización (art., 126.2 de la LGSS), y de las prestaciones a las que se pueda tener derecho como consecuencia de esos incumplimientos, ya que éstas son sólo las obligaciones que revisten ese carácter²¹³.

En suma, a lo que se está refiriendo concretamente es al cumplimiento de obligaciones jurídico-públicas, en las que lógicamente no tienen cabida ni las mejoras voluntarias de la Seguridad Social ni los planes de pensiones del sistema de empleo.

4ª. Además de las diferencias en orden al tipo de responsabilidad, se observa que en la regulación fijada por el ET se erigía como condición inexcusable la condición de empresario del comitente, contratista y subcontratista. Esta cuestión parece no ser precisa en la regulación del art. 127 de la LGSS ya que literalmente

²¹³ Un ejemplo de esta imputación de responsabilidad se encuentra en la STS (CA) de 18 de diciembre de 1991 (Ar. 9334). Ponente: Sr. D. Luis Antonio Burón Barba, en el que se consideró responsable subsidiario a una Cooperativa de las faltas de cotización de la contratista.

dice "el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente"²¹⁴.

Por tanto, no se exige la condición de empresario de este último, debiendo responder subsidiariamente "todo el que contratara la obra o industria, incluso cuando tal contratación la hiciera directamente el propietario de la obra"²¹⁵, excepto si se trata de un amo de casa respecto de su vivienda²¹⁶.

5*. Y, por último, hay que señalar que si la exigencia de la responsabilidad solidaria del art. 42 del ET se extendía durante la vigencia de la contrata y hasta un año después de su finalización, la de la LGSS no se encuentra acotada a este tiempo, pudiendo exigirse en tanto no haya prescrito la respectiva obligación.

Era conveniente realizar esta precisión puesto que de una lectura del art. 12.1 del RGR parecía deducirse

²¹⁴ Sobre esta cuestión se ha pronunciado la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 16 de diciembre de 1996 señalando que la expresión <propietario de la obra o industria> es sinónimo de empresario comitente o principal.

²¹⁵ MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: "Subcontrata de obras y servicios..." *op. cit.* Pág. 16.

²¹⁶ *Vid infra* punto 4.6.2 de este Capítulo.

que sólo se podía exigir durante la vigencia de la contrata. En mi opinión, dicha expresión está utilizada para delimitar de qué obligaciones podrá resultar responsable, que en todo caso serán de las que surjan durante la vigencia de la contrata, y no respecto del plazo para exigir las.

4.5.3. Responsabilidad empresarial respecto de las infracciones por falta de alta de los trabajadores.

En la redacción inicial de la LISOS no venía recogida, de forma expresa, la posibilidad de que el empresario principal pudiera considerarse responsable junto con el contratista o subcontratista en relación con las infracciones de Seguridad Social que pudieran cometer éstos últimos. Esto se ha mantenido hasta la Ley 22/1993, de 29 de Diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo²¹⁷, la cual fijó de forma expresa la responsabilidad solidaria del empresario comitente, respecto de las infracciones que cometa el contratista o subcontratista en materia de Seguridad Social (art. 15.7 *in fine* de la LISOS) y de prestaciones de desempleo (art. 29.3.5 *in fine* de la LISOS).

²¹⁷ BOE de 31 de Diciembre de 1993.

Ambos artículos determinan la responsabilidad solidaria por no dar de alta a unos trabajadores que tienen el carácter de ser beneficiarios de pensiones y otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social cuyo disfrute es incompatible con el trabajo por cuenta ajena o ser trabajadores titulares o solicitantes de prestaciones por desempleo.

En mi opinión, esta fijación legal de que es responsable solidario junto al contratista se ha previsto en base a que el empresario principal ha podido conocer esa situación como consecuencia de las certificaciones que haya expedido la TGSS sobre el contratista, con lo que si no la ha querido evitar, debe ser responsable de la infracción que se pueda derivar, puesto que debía haber denunciado tal situación y haber advertido al contratista de que la conoce, para así constreñirle a que se ponga al corriente, puesto que puede rescindir el contrato.

Las conductas están tipificadas como graves, cuya multa puede ascender en su grado mínimo de 50.001 ptas. a 100.000 ptas. a 250.001 a 500.000 ptas. en su grado máximo (art. 37.3 de la LISOS), pudiendo en caso de reincidencia incrementarse hasta el duplo del grado de la sanción, sin exceder del tope máximo de 15 millones.

Por último, cabe hacer dos observaciones:

1°) Se sigue limitando la responsabilidad solidaria a contratistas o subcontratistas de obras y servicios correspondientes a la misma actividad que la empresa principal. De nuevo, se vuelven a plantear los problemas que se derivan de la acotación de esta expresión, que se ha visto anteriormente²¹⁸. Sería deseable que se suprimiera tal requisito, ya que lo importante en este aspecto es evitar el fraude que se puede derivar de todo tipo de contratistas o subcontratistas, concurra o no la identidad exigida en la Ley.

2°) Se señala expresamente que la responsabilidad solidaria surge por infracciones que cometa el contratista como el subcontratista, con lo que el lapsus en la redacción por el legislador del art. 42 del ET visto anteriormente²¹⁹, se ha suprimido.

²¹⁸ *Vid supra* punto 3.2 de este Capítulo.

²¹⁹ *Vid supra* punto 4.1 de este Capítulo.

4.6. Excepciones a la aplicación de las responsabilidades del empresario principal.

4.6.1. Excepciones de la responsabilidad solidaria del art. 42.2 del ET.

La responsabilidad solidaria regulada en el art. 42 del ET no va a entrar en juego en todos los supuestos en que se celebre una contrata con los requisitos previstos en el supuesto de hecho, sino que en algunos casos su aplicación se verá excepcionada al aparecer unas determinadas situaciones a las que el propio artículo considera que no deben formar parte de su regulación.

Se trata de excepciones a la responsabilidad solidaria que no venían previstas expresamente con anterioridad a la LRL, siendo fundamentalmente dos:

1ª. Cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, a éste no le será imputable la responsabilidad solidaria.

Es lógica esta exclusión puesto que no concurre la condición de empresario en un cabeza de familia, unido todo ello a la imposibilidad de fijar límites como el

material²²⁰, así como que "el cabeza de familia no pretende ni eludir responsabilidades, ni disminuir la plantilla utilizando la mano de obra"²²¹. La exoneración juega, en suma, al carecer el contratante de la condición de empresario²²², carácter que ya ha sido concretado anteriormente²²³.

En cuanto al concepto de vivienda se ha de interpretar en sentido amplio, teniendo perfectamente cabida en él las construcciones o reparaciones de la segunda vivienda y no sólo las hechas en la vivienda principal o permanente²²⁴.

2ª. Cuando el propietario de la obra o industria

²²⁰ Vid infra punto 4.7.2 de este Capítulo.

²²¹ MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: "La titularidad de la empresa y el cambio de la misma". En AA.VV.: *El Estatuto de los Trabajadores*. Jornadas de Estudio de los Magistrados de Trabajo. IES. Madrid, 1980. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo. Pág. 143.

²²² STSJ de Andalucía (Sevilla) de 9 de Septiembre de 1991 (Ar. 5188). Ponente: Sr. D. Manuel Teba Pinto. [El supuesto de hecho se centra en la reclamación que realizan una viuda y su hija contra un matrimonio, ya que su marido murió mientras realizaba unas obras de acondicionamiento general y limpieza de un pozo] "(...) Hay que descartar el presupuesto de relación laboral entre los demandados y el productor fallecido (...)".

²²³ Vid supra punto 3.3 de este Capítulo.

²²⁴ RODRÍGUEZ SANTOS, B.: *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*. Volumen II. Valladolid, 1983 (3ª ed.). Lex Nova. Pág. 470.

no contrate su realización por razón de una actividad empresarial tampoco se le imputará la responsabilidad solidaria. En este supuesto, que deriva en cierta medida del anterior, puede concurrir en el sujeto el requisito de ser empresario, pero lo que no se da es la condición de que contrate en virtud de una actividad empresarial.

Esta exclusión ha sido criticada por la doctrina en base a que "exime de responsabilidad auténticos contratos de ejecución de obra por el mero hecho de no afectar a la actividad empresarial, o sea, como si se tratara de un empresario cabeza de familia y no de un auténtico empresario"²²⁵. Por ello se ha considerado esta segunda excepción respecto del juego de la responsabilidad como el reverso del requisito de la propia actividad, es decir, que se le excepciona por no haber correspondencia de actividades entre el empresario principal y el contratista²²⁶.

²²⁵ GARCÍA NINET, I.: "Responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios". En AA.VV.: *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*. Valencia, 1981. Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia. Pág. 306.

²²⁶ GARCÍA NINET, I.: "Responsabilidad empresarial..." op. cit. Pág. 306; CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral..." op. cit. Pág. 129. En este sentido se ha manifestado las STSJ de Andalucía (Málaga) de 3 de Mayo de 1990 (Ar. 2985). Ponente: Sr. D. José Miguel Martínez Jiménez. "(...) [Se establece la responsabilidad

No es pacífica esta postura porque "le hubiera bastado al legislador con el párrafo segundo del art. 42, o sustituir el término una por el de su actividad empresarial"²²⁷.

En cuanto a la posibilidad de eximir de responsabilidad cuando se trate de una Administración Pública en base a que no actúan como empresarios ha de ser rechazada, pues tal como se ha dicho anteriormente²²⁸, la cualidad de empresario de ésta ha sido establecida por la jurisprudencia de forma indubitada²²⁹. Lo que sí se ha plasmado es la posibilidad de no considerar responsable solidario a la Administración Pública en base a la no correspondencia de actividades entre ella y la empresa con

subsidiaria del art. 97.1 LGSS] La no aplicación del art. 42 del Estatuto viene dada no porque dicho precepto se refiera a obligaciones exclusivamente de naturaleza salarial mientras que el art. 97.1 LGSS se refiere a obligaciones de Seguridad Social, sino porque se trata de actividades distintas, (...) por lo que entra en juego una de las excepciones contenidas en el propio art. 42.2 párr. 2º ET <no habrá responsabilidad solidaria por los actos del contratista... cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial>. A sensu contrario, en el supuesto de que la obra contratada hubiese coincidido con la actividad de la empresa principal, la responsabilidad de ésta (...) hubiese sido solidaria (...).

²²⁷ GARCÍA PAREDES, Mª L.: "Posición del trabajador..." op. cit. Pág. 629.

²²⁸ Vid supra punto 3.3 de este Capítulo.

²²⁹ Vid, entre otras, la STS (UD) de 3 de marzo de 1997 (Ar. 2194). Ponente: Sr. D. Leonardo Bris Montes.

la que contrata, lo que no supone que no se le considere responsable subsidiario.

Un problema que se ha planteado en cuanto a estas exclusiones de responsabilidad, deriva, de nuevo, de la escueta redacción del párrafo. Así, literalmente, expone que "no habrá responsabilidad" pero no se precisa a qué tipo de responsabilidad se está haciendo referencia. Las interpretaciones que al respecto que se han adoptado han sido²³⁰:

a) Considerar que "en virtud de la colocación sistemática (...) la exclusión está referida tan sólo al número 2 del art. 42 del ET (...) [permaneciendo] las obligaciones y responsabilidades del número 1 del art. 42 ET". Esta posición parte de la premisa que del incumplimiento del deber de comprobación establecido en el art. 42.1 del ET se derivan responsabilidades, lo cual hace que no sea seguida por quienes consideran el deber de comprobación como una facultad de la que no se deriva ninguna responsabilidad en caso de incumplimiento²³¹; además, esa responsabilidad que se pretende imputar no se encuentra ni en ese artículo ni en otro texto legal.

²³⁰ GARCÍA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas..." op. cit. Págs. 52 y 53.

²³¹ Vid infra punto 3.3 del Capítulo II.

b) O bien, tal como se decanta GARCÍA MURCIA, interpretar que la exclusión opera respecto a todo el art. 42 del ET ya que se habla de responsabilidad sin más, lo que supone que al no concretarse la excepción de que tipo de responsabilidad, supone que opera respecto del art. 42 del ET en general.

La interpretación sistemática de todo el precepto que se ha realizado en otros aspectos, como el relativo al término subcontratación, hace que sea esta segunda posición la que deba primar.

Por último, hay que recordar en este punto que cabe la posibilidad de que entre en juego otra excepción a la aplicación de la responsabilidad solidaria, pero en este caso limitada en lo que se refiere a las obligaciones de Seguridad Social, y que es la relativa al deber de comprobación empresarial y a las consecuencias que se derivan de su observancia. Debido a la complejidad de su análisis y a su carácter peculiar será analizado posteriormente²³².

²³² *Vid infra* Capítulo II.

4.6.2. Excepciones de la responsabilidad subsidiaria del art. 127.1 de la LGSS.

Del mismo modo que se han encontrado excepciones en cuanto a la exigibilidad de la responsabilidad solidaria del art. 42 del ET, en la LGSS también se han dispuesto, aunque de forma más escueta y limitada.

Se trata tan sólo de una exención que está determinada en el art. 127.1 *in fine* de la LGSS, y permite que cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto de su vivienda no sea considerado responsable subsidiario.

Se trata de una exclusión de responsabilidad similar a la del ET, que a diferencia de ésta sí que venía prevista en los antecedentes de la legislación de la Seguridad Social²³³, y que tiene como objetivo principal excluir de responsabilidad a aquellos sujetos que no puedan ser considerados empresarios en sentido laboral. En relación con este aspecto, la jurisprudencia ha entendido

²³³ Si bien la legislación de accidentes de trabajo no prevé nada en orden a este aspecto, es la Ley de Bases de la Seguridad Social de 21 de Abril de 1966, la que lo establece por primera vez en el art. 97.1 *in fine*: "No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada sólo afecte a las reparaciones a realizar por un amo de casa en la vivienda que el mismo ocupe".

que en las Cooperativas si que concurre este requisito²³⁴.

Se caracteriza porque a diferencia de la anterior, en el propio precepto se ha señalado de qué responsabilidad va a ser objeto de exención ese sujeto, que es lógicamente la subsidiaria puesto que ésta es la que impone el precepto.

La única cuestión que puede plantearse es si efectivamente la exención se limita a las reparaciones y no a las construcciones²³⁵. En mi opinión estimo que se incluyen también éstas últimas, puesto que no hay fundamento alguno para considerar que las primeras están

²³⁴ STS (CA) de 18 de Diciembre de 1991 (Ar. 9334). Ponente: Sr. D. Luis Antonio Burón Barba. "(...) Las Cooperativas son Sociedades que... desarrollan actividades empresariales imputándose los resultados económicos a los socios. (...) Son personas jurídicas distintas de sus socios componentes (...) cuya actividad no puede ser menos de calificarse de empresarial, por ser ésa la propia calificación que le da su Ley rectora (...). [Por tanto] establecida para la Cooperativa la titularidad de una actividad empresarial, resulta ya ineludible la aplicación a la misma de lo dispuesto en el art. 97.1 LGSS en relación con el art. 68.1 del propio texto, en cuanto a la extensión de la obligación de cotizar del contratista al dueño de la obra (...)"

²³⁵ Por esta interpretación se inclina GARCÍA NINET, I.: "Responsabilidad empresarial..." op. cit. Pág. 306 y la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 16 de diciembre de 1996, que al respecto señala que para que se produzca esa exoneración la actividad contratada se ha de referir exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda.

excluidas de responsabilidad y las segundas no. Lo importante es la situación del sujeto carente de carácter empresarial y no la actividad en virtud de la cual acuda a la contrata.

4.7. Límites a la responsabilidad del empresario principal en las contratas y subcontratas.

4.7.1. Límites temporales.

Una vez se han fijado los supuestos en los que puede resultar responsable el empresario principal y las excepciones a las posibles imputaciones, conviene precisar los límites a los que va a estar sometida la exigencia de responsabilidad.

Respecto de la responsabilidad solidaria del art. 42.2 del ET, este mismo precepto dispone que será responsable durante la vigencia de la contrata y hasta un año siguiente a la terminación del encargo.

En cuanto a la responsabilidad subsidiaria del art. 127.1 de la LGSS, si bien el precepto no dispone nada hay que estar a las reglas generales de los arts. 21 y 43 de la LGSS, que determinan un plazo de prescripción de cinco años tanto en lo relativo a la obligación de pago de cuotas como respecto del derecho al reconocimiento de las prestaciones.

Algunas cuestiones problemáticas se han planteado en torno a ellos:

1ª. La primera gira respecto del plazo de un año del art. 42.2 del ET, y la polémica se ha plasmado sobre si reviste el carácter de la caducidad o de la prescripción²³⁶. Así parte de la doctrina laboralista²³⁷ se ha decantado por considerarlo de caducidad pero sin apuntar posibles argumentos que avalen su postura, señalando tan sólo que es un plazo específico y determinado, diferente del fijado en el art. 59.1 del ET, y que juega tanto respecto de las obligaciones salariales como respecto de las referidas a la Seguridad Social.

Cuenta como apoyo con un pronunciamiento del TS de 23 de noviembre de 1987²³⁸ que expresamente resolvió en ese

²³⁶ STS de 12 de febrero de 1996 (Ar. 1247). Ponente: Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil. "Los conceptos de prescripción y caducidad son diversos siendo la principal diferencia que mientras la prescripción afecta al derecho y la interrupción abre un nuevo plazo completo, siendo de naturaleza sustantiva y no adjetiva o procesal, la caducidad afecta a la acción -o ejercicio procesal del derecho-, se suspende reanudándose el cómputo de plazos con adición al tiempo anteriormente consumido y tiene naturaleza adjetiva y no material o sustantiva (...)".

²³⁷ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "Interposición y trabajo en contratas a través de la jurisprudencia", en AA.VV. *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*. Madrid, 1980. Tecnos. Pág. 71; GARCÍA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas..." *op. cit.* Pág. 50; MARTÍN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial ...". *op. cit.* Pág. 266.

²³⁸ Ar. 8230 (CA). Ponente: Sr. D. Manuel Garayo Sánchez.

sentido.

Sin embargo, otro sector doctrinal mucho más mayoritario²³⁹ estima que el plazo es de prescripción, basándose en que de la norma no se deduce dato alguno que lleve a pensar que el precepto está delimitando un plazo de caducidad. Por esta interpretación se ha inclinado la STSJ del País Vasco de 24 de octubre de 1994²⁴⁰, y es en mi opinión la correcta, puesto de haber sido de caducidad se debería de haber hecho constar expresamente²⁴¹.

2ª. El segundo y último problema que se plantea en orden a la aplicación de los plazos se centra en la posibilidad de concurrencia de ambos a la hora de exigir responsabilidad al empresario principal en materia de

²³⁹ GARCÍA NINET, I.: "Responsabilidad empresarial..." *op. cit.* Pág. 307; MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: "Subcontrata de obras y servicios..." *op. cit.* Pág. 24; CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad empresarial..." *op. cit.* Pág. 156; RODRÍGUEZ SANTOS, B.: "Comentarios al Estatuto..." *op. cit.* Pág. 50; AA.VV. (Dir. SALA FRANCO, T.): *Derecho del Trabajo...* *op. cit.* Pág. 263.

²⁴⁰ Ar. 4070. Ponente: Sr. D. Enrique de No Alonso Misol. "(...) El derecho a reclamar contra la compañía X estaba prescrito por superación del lapso temporal de un año".

²⁴¹ En la legislación italiana se encuentra previsto el mismo plazo en el art. 4 de la ley 1369/1960, de 23 de octubre, pero sin embargo tanto la doctrina como la jurisprudencia han determinado que es de caducidad. *Vid* DE SIMONE, G.: *Imprese di gruppo e rapporti di lavoro*. Bologna, s/f. Franco Angeli. Págs. 60 y ss. y las sentencia que en él se citan.

Seguridad Social²⁴², ya que disponen períodos de tiempo bastante diferentes y las consecuencias pueden ser diferentes de tener que acogerse a alguno de ellos o a los dos. Las posiciones doctrinales han sido una de las tres siguientes:

a) Un sector determina la prevalencia del ET sobre lo establecido en la LGSS en base a que "la regulación del ET es posterior y [estando] prevista especialmente para la responsabilidad solidaria en las contratas y subcontratas no parece dudoso que su contenido [haya] de prevalecer"²⁴³.

b) Otro sector se decanta porque se aplique a la responsabilidad solidaria los plazos de prescripción de la LGSS, entendiendo que el mandato de un año establecido en el ET no se extiende a las obligaciones referentes a la Seguridad Social sino sólo a las de

²⁴² Se centra la cuestión en este tipo de obligaciones pues respecto de las salariales no se ha planteado problema ya que el plazo de un año establecido por el Estatuto de los Trabajadores coincide con el del art. 59 del mismo texto normativo, no pudiéndose plantearse problemas en orden a cuando juega uno u otro ya que son coincidentes.

²⁴³ GARCÍA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas..." *op. cit.* Pág. 51; MARTÍN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial ..." *op. cit.* Pág. 266.

carácter salarial²⁴⁴, ya que es el mismo plazo que el establecido en el art. 59.1 del ET.

c) La última postura no se decanta por la prevalencia de una de las dos normativas, sino que considera que el plazo del art. 42.2 del ET es complementario del fijado en la LGSS, no existiendo preferencias en el empleo de una u otras ya que presentan supuestos de hecho diferenciados²⁴⁵, por lo que cuando resulte aplicable la responsabilidad solidaria del art. 42.2 del ET se sujetará al plazo de prescripción de un año, mientras que cuando se aplique la responsabilidad subsidiaria del art. 127 de la LGSS se valdrá del plazo de prescripción de cinco años, ya que si se optara por considerar que también rige el plazo establecido en el ET para la responsabilidad derivada de la LGSS, podría llegarse en numerosas ocasiones a la situación en que no se hubiera declarado al contratista o subcontratista insolvente y el plazo de un año hubiera transcurrido, con lo que no se le podría exigir al empresario principal esa responsabilidad por estar prescrita.

²⁴⁴ MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *El Estatuto de los Trabajadores...* op. cit. Pág. 44.

²⁴⁵ CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad empresarial..." op. cit. Pág. 156. GARCÍA PAREDES, M^a L.: "Posición del trabajador..." op. cit. Pág. 627.

Esta última posición es la que considero más acorde con todo lo que se lleva expuesto de las contratas y subcontratas hasta ahora en la medida en que no se puede hablar de la relación entre el ET y la LGSS como de prevalencia entre una u otra, pues son normas complementarias, perfectamente vigentes y que regulan supuestos de hecho diferentes.

Por tanto, para obligaciones referidas a la Seguridad Social de contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal, cuya responsabilidad es solidaria, se aplicará el plazo de prescripción de un año del ET. Y para aquellas contratas y subcontratas que no tienen esa correspondencia de actividades, y su responsabilidad es subsidiaria, se aplicará el plazo de la LGSS, que es, tal como hemos dicho anteriormente, de cinco años, si se pretende exigir responsabilidad en base a LGSS o el de un año si la responsabilidad se fundamenta en el ET.

En cuanto a los límites de las infracciones, éstas prescriben a los tres años contados desde la fecha de su comisión (art. 4 de la LISOS).

4.7.2. Límites materiales.

Aparte del límite temporal estudiado anteriormente, el art. 42.2 del ET ha fijado para la responsabilidad solidaria que de él se deriva, dos límites de carácter material, uno que se deduce del tenor literal del artículo y el otro que viene establecido expresamente. Concretamente son los siguientes:

1º) El primero consiste en que la responsabilidad solidaria del empresario principal se limita a las responsabilidades contraídas como consecuencia de la contrata, sin comprender obligaciones anteriores o posteriores a ella²⁴⁶. No se separa de lo regulado en los antecedentes normativos, que expresamente preveían la limitación de la responsabilidad a la vigencia

²⁴⁶ "(...) Esta responsabilidad solidaria comprende el período de vigencia de la contrata...", Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 12 de Abril de 1991; "(...) Del apartado 2 del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores resulta claro que la responsabilidad solidaria del empresario principal se refiere... a obligaciones... durante el período de vigencia de la contrata...". Circular de la Tesorería General de 29 de Enero de 1981.

En contra, tal como se verá posteriormente, parte de la doctrina considera que cabe la existencia de una responsabilidad subsidiaria específica respecto de deudas contraídas con la Seguridad Social por la empresa subcontratista. Resolución de la Subdirección General de Asistencia Técnico-Jurídica de la Seguridad Social de 12 de Abril de 1991.

de la contrata²⁴⁷.

Si bien la cuestión en un principio no presenta ninguna controversia, el problema se plantea ante la posibilidad de que el empresario principal tenga que responder por los salarios de tramitación de los trabajadores del contratista que han sido despedidos porque la contrata ha concluido anticipadamente por decisión del empresario principal por un incumplimiento del contratista o subcontratista.

Si se parte de la premisa de que el empresario principal sólo responde de las obligaciones nacidas durante la vigencia de la contrata, la conclusión sería la de no considerar responsable al empresario principal de este tipo de salarios de tramitación, ya que no está vigente en ese momento la contrata, postura que ha sido acogida por los tribunales en algunos de sus pronunciamientos²⁴⁸.

²⁴⁷ Art. 19.2 *in fine* LRL [el cual traslada literalmente lo establecido en el Decreto 3677/1970, 17 de Diciembre]: "(...) En todo caso, la empresa principal responderá solidariamente con sus trabajadores y con la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata".

²⁴⁸ SSTSJ de Andalucía (Málaga) de 9 de Enero de 1995 (AL, 1995, n° 24). Ponente: Sr. Maqueda Abreu; Cataluña de 20 de Junio de 1994 (Ar. 2585). Ponente: Sr. D. Ponç Feliu Llansá; Andalucía (Sevilla) de 2 de Junio de 1993 (Ar. 3091). Ponente: Sr. D. Benito Recuero Saldaña; Madrid de 21 de Noviembre de

Pero, no obstante, hay que tener en cuenta la forma de terminación de la contrata. Si se ha rescindido la contrata por parte del empresario principal de forma anticipada y sin justificación, se le ha de considerar responsable solidario ya que si se ha declarado el despido de los trabajadores de la contratista nulo o improcedente, lo ha sido en base a que se ha producido una extinción anormal de la contrata²⁴⁹. Por ello, el Tribunal Supremo se ha decantado en ocasiones por declarar responsable solidario al empresario principal ya que se ha "anticipado el cese de los actores"²⁵⁰.

1991 (Ar. 6205). Ponente: Sr. D. Tomás Pereda Amann; Murcia de 10 de Abril de 1991 (Ar. 2832). Ponente: Sr. D. Joaquín Samper Juan; Madrid de 17 de Marzo de 1990 (Ar. 1320). Ponente: Sr. D. Miguel Coronado Benito.

²⁴⁹ De adoptar la posición que no incluye los salarios de tramitación en caso de resolución de la contrata o subcontrata "queda siempre la duda de por qué no responde de las consecuencias quien ha sido causa parcial de ellas, habida cuenta de que la indemnización por despido se calcula en atención a la duración de los servicios, y éstos se prestaron para la obra subcontratada". MARÍN CORREA, J. M^a.: "Responsabilidad solidaria del contratista principal. Límite subjetivo de la subcontrata. nota a la STSJ de Murcia de 10 de Abril de 1991". AL, 1991, n° 34. Pág. 1761.

²⁵⁰ STS de 22 de Enero de 1988 (Ar. 37). Ponente: Sr. D. Juan Antonio del Riego Fernández. En el mismo sentido SSTSJ Andalucía (Sevilla) de 13 de Junio de 1994 (Ar. 2394). Ponente: Sr. D. Benito Recuero Saldaña; Andalucía (Málaga) de 28 de Noviembre de 1991 (Ar. 6384). Ponente: n/c. "(...) Es cierto que la responsabilidad solidaria del empresario principal sólo se extiende durante el tiempo de duración de la contrata, pero en el presente caso la misma se concertó con un plazo de ejecución de 16 meses a contar desde el 31-10-1989, finalizando

Sin embargo, si la terminación se ha producido de porque el contratista haya desistido de la contrata²⁵¹ o si hay mutuo acuerdo entre éste y el empresario principal o si éste la rescinde anticipadamente pero de forma justificada²⁵², casos en los que no cabrá establecer la responsabilidad de este último sino hasta lo que duró la contrata, salvo que se demuestre lógicamente abuso de derecho o fraude en perjuicio de los trabajadores.

2º) El segundo consiste en que el empresario principal sólo responderá de las obligaciones salariales y de Seguridad Social estudiadas anteriormente "con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo".

El establecimiento de este límite supone reconocer

por tanto el 28-2-1991, fecha hasta la que debe responder solidariamente la empresa recurrente del pago de los salarios de tramitación (...) sin que pueda accederse a la alegación de la recurrente en el sentido de que la contrata terminó en el momento de los despidos (...)"

²⁵¹ STSJ de Andalucía (Sevilla) de 18 de Octubre de 1991 (Ar. 6965). Ponente: Sr. D. Miguel Coronado de Benito.

²⁵² Así lo prevé la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 22 de junio de 1995 (Ar. 2610). Ponente: Sra. Dª. María Elda Cabrera Guimerá, en la empresa contratista alega a la subcontratista no poder seguir con la obra por dificultades económicas.

dos cuestiones²⁵³:

1. Que no existe en la normativa española de las contratas y subcontratas de obras y servicios un principio de igualdad de tratamiento económico entre los trabajadores de la empresa principal y la contratista, lo que conlleva que en algunas ocasiones se intente acudir a la descentralización productiva con el objetivo de reducir costes laborales. La igualdad de salarios es uno de los puntos que más se vienen pidiendo por la doctrina en lo que se refiere a la regulación de la descentralización productiva, ya que el límite señalado juega, tan sólo, como máximo^{254 255}.

²⁵³ GARCÍA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas..." *op. cit.* Pág. 51.; MARTÍN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial..." *op. cit.* Págs. 264 y 265. MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *El Estatuto de los Trabajadores...* *op. cit.* Pág. 45.

²⁵⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "Interposición y trabajo en contratas..." *op. cit.* Pág. 72.

²⁵⁵ A diferencia de la regulación española, la italiana sí que tiene fijada esa igualdad de tratamiento al disponer que los empresarios principales deberán asegurar a los trabajadores del arrendatario un tratamiento normativo no inferior al que corresponda a sus propios trabajadores.

En cuanto a la delimitación de la expresión tratamiento, se ha interpretado en el sentido de que no se incluyen las particulares condiciones reconocidas al trabajador dependiente del empresario comitente que tengan su origen en el contrato individual o se trate de condiciones *ad personam*, puesto que el empresario puede acordar individualmente condiciones de mayor favor respecto de aquellas fijadas por los convenios colectivos. De lo que se trata no es de asegurar un mínimo

2. Y, por otro lado, y tal como se señaló al estudiar las mejoras voluntarias y los planes de pensiones²⁵⁶, para el caso en que los trabajadores del contratista tuvieran reconocidas unas condiciones laborales superiores a las de los trabajadores de la empresa principal, al entrar en juego este límite máximo, no podrán exigirlas en caso de que lo que reclamen al empresario principal lo sobrepase.

Las características fundamentales de este límite material son:

a) Opera tanto frente a las obligaciones salariales como a las de Seguridad Social²⁵⁷.

b) La cuantía por la que se responde no será la que venga establecida en los convenios colectivos o preceptos generales, sino la que, por cualquier razón,

necesario sino de una equiparación total de todo lo que gocen con carácter general los trabajadores dependientes del empresario. Y en esto se incluirán los premios atribuidos a la generalidad del personal de la empresa arrendadora si tiene carácter fijo.

Ahora bien, para que se de esta paridad tendrá que haber una correspondencia de actividad, y en este sentido la doctrina judicial ha adoptado un criterio muy restrictivo (Pretor de Florencia de 30 de marzo de 1982, n. 321).

²⁵⁶ Vid supra punto 3.6.1.

viniera abonándose en la realidad²⁵⁸, que en algunos casos coincidirá con lo establecido en la regulación convencional²⁵⁹ y en otros no²⁶⁰. Así lo ha remarcado

²⁵⁷ MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: "Subcontrata de obras y servicios..." op. cit. Pág. 24; GARCÍA PAREDES, M^a L.: "Posición del trabajador..." op. cit. Pág. 628.

²⁵⁸ STCT de 25 de Marzo de 1985 (Ar. 2086). Ponente: Sr. D. Luis Fernando Roa Rico. "(...) No se circunscribe la obligación a la cuantía que correspondería en virtud de una normativa general, sino a la que, por cualquier razón, viniera abonando, pues el precepto no contiene esa referencia restrictiva, sino que habla de lo que en la propia empresa principal se viniera aplicando al respecto, con exclusión de la norma mínima que fije la cuantía de los salarios (...)"

²⁵⁹ STSJ de Madrid de 29 de Noviembre de 1989 (Ar. 2258). Ponente: Sr. D. Gabriel Coullaut Ariño. "(...) La recurrente se rige por el Convenio Colectivo Provincial para las Industrias Siderometalúrgicas, del que resulta que, atendida la categoría profesional del actor, lo que hubiera percibido con arreglo a dicho convenio en el período a que se contrae su reclamación ascendería a 240.581 ptas., que es la cantidad de la que debe responder solidariamente la recurrente (...)"

²⁶⁰ SSTSJ de Navarra de 28 de Diciembre de 1994 (Ar. 4677). Ponente: Sr. D. Víctor Cubero Romeo. "(...) El art. 42 ET limita la responsabilidad a la cantidad que el trabajador hubiese cobrado como fijo, y a falta de prueba en contrario las remuneraciones se limitarán a las fijadas en convenio (...)" ; Cataluña de 20 de Septiembre de 1993 (Ar. 3837). Ponente: Sra. D^a Rosa M^a Virolés Piñol. "(...) [Se reconoce al trabajador demandante la cantidad que exige que es superior a la establecida en el Convenio Colectivo aplicable, ya que ha probado que un trabajador en idéntico puesto y categoría cobra más de lo establecido en él]. En consecuencia el juzgador de instancia no infringió el art. 42.2 ET, así como tampoco las cláusulas que se citan en el Convenio Colectivo de la recurrente, pues la responsabilidad no puede limitarse a las retribuciones fijadas en dicho Convenio, ante la falta de prueba de que las retribuciones del personal fijo de la recurrente en idéntica categoría y puesto de trabajo, sean inferiores a las acreditadas por el demandante".

también la negociación colectiva, tal como se refleja en el art. 31.1 CGC. que dispone que "el límite de responsabilidad del [ET] (...) [queda referido] a las obligaciones de naturaleza salarial y cotizaciones a la Seguridad Social derivadas del Convenio Colectivo aplicable al nacer dicha responsabilidad, o a las derivadas de su contrato de trabajo, si fueran superiores".

Esto supone que si los trabajadores del contratista cobraban más que los del empresario principal, se tendrán que limitar a lo que viniera pagando el empresario principal a sus trabajadores.

En el caso de que esos trabajadores reclamen una cantidad que no considere adecuada el empresario principal, será éste el que tendrá que probar que sus trabajadores no cobran más que lo establecido en el convenio colectivo o que su responsabilidad es menor a la que le reclaman los trabajadores del contratista²⁶¹.

²⁶¹ GARCÍA PAREDES, Mª L.: "Posición del trabajador..." *op. cit.* Pág. 628.

CAPITULO II

EXONERACIÓN DE

RESPONSABILIDAD: EL DEBER DE

COMPROBACIÓN EMPRESARIAL

1. Consideraciones previas.

Uno de los puntos más importantes en materia de contrataciones y subcontratas de obras y servicios viene recogido en el art. 42 del ET que prevé, en un principio, una posibilidad de exoneración de responsabilidad al empresario comitente de algunas de las obligaciones estudiadas anteriormente en virtud de su relación con el contratista.

Más concretamente dispone el párrafo primero de dicho artículo que "los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la entidad gestora, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante".

Se trata de un precepto cuya redacción es muy escueta e indeterminada para las consecuencias que conlleva y que posteriormente serán analizadas. No

obstante es de señalar que se trata de un instrumento que tiene por objetivo purificar el mercado laboral, tratando de evitar que entren en él empresas que no tienen suficiente solvencia, y que actúan normalmente en régimen de competencia desleal.

Su estudio por parte de la doctrina científica es bastante abundante y las posiciones adoptadas en orden a las cuestiones más litigiosas que encierra han tenido un marcado carácter dispar, las cuales, ante la ausencia de jurisprudencia que se haya ocupado del tema, siguen hoy en día manteniéndose, siendo muy difícil su consenso y acercamiento.

Un intento de aclaración es el que ha realizado el RGR en el art. 10.3 b), que en vista de las dudas interpretativas respecto de algunos puntos del párrafo primero del art. 42 del ET, se ha pronunciado expresamente.

Todos estos problemas de aplicación serán analizados a continuación, mostrando las distintas posturas adoptadas por los diferentes autores, así como la situación normativa tras la redacción del RGR. He considerado importante en este sentido señalar cómo algunos de esos problemas se están solventando en la práctica, perspectiva que en este supuesto es muy importante ya que como se verá, en ocasiones está

transcurriendo de forma diferente a la que ha interpretado la doctrina laboralista.

2. Antecedentes históricos.

Debido a los problemas que se van a encontrar a la hora de interpretar el deber de comprobación empresarial regulado en el art. 42.1 del ET, estimo conveniente realizar una breve referencia a sus orígenes, con el fin de que ayude a esclarecer, en la medida de lo posible, las numerosas cuestiones que posteriormente se van a plantear.

La necesidad de que en el tráfico empresarial actuaran empresarios con solvencia, hizo que en el ordenamiento jurídico se dispusieran una serie de cautelas dirigidas a depurar el mercado de los sujetos que actuaban sin ningún tipo de cobertura respecto de sus empleados.

La principal manifestación de la toma de conciencia de estas cautelas se encontró en el DCE, cuyo art. 4 en el primer inciso señalaba la necesidad de que las empresas que fueran a contratar o subcontratar con otras una obra o un trabajo exigieran a éstas que se hallaran "en posesión del Carnet de Empresa con responsabilidad, en los supuestos en que [estuviera] legalmente previsto, y que los subcontratistas [estuvieran] al corriente en el

pago de las cuotas a la Seguridad Social (...)"

Por tanto, dos eran los requisitos que debían reunir los contratistas o subcontratistas para poder ejercer su actividad:

1. Debían de estar en posesión del Carnet de Empresa con responsabilidad. Se trataba de un elemento que intentaba proteger contra la competencia desleal. Por Decreto de 26 de noviembre de 1954²⁶² se estableció con carácter indispensable "para el ejercicio de la actividad industrial de la construcción (...) y como requisito para poder constituirse toda empresa antes de iniciar la referida actividad industrial" (art. 1).

2. Su situación ante la Seguridad Social debía de encontrarse al día, es decir, al corriente.

Esta regulación pasó a la LRL, la cual mantuvo esas dos exigencias descritas anteriormente en su art. 19.2²⁶³.

²⁶² BOE de 20 de diciembre de 1954.

²⁶³ "Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad, deberán exigir a éstas que se hallen en posesión del carnet de empresa con responsabilidad en los supuestos en que esté legalmente previsto, y que los contratistas estén al corriente en el pago de las cotas de la Seguridad Social (...)"

No obstante, la obligatoriedad del carnet de empresa no perduró mucho, pues fue derogada por el Decreto de 17 de febrero de 1978²⁶⁴, ya que se instauró un régimen de libertad sindical, y el otorgamiento del mismo venía atribuido a una organización sindical, lo cual atentaba a esta libertad. Este Decreto previó, al mismo tiempo, la posibilidad de someter determinadas actividades empresariales a la obtención de un documento de calificación empresarial que perdió operatividad debido a su escasa eficacia como acreditación de la solvencia empresarial²⁶⁵.

Como consecuencia de esto, el ET, por un lado, siguió prescindiendo de la exigibilidad del carnet de empresa o del documento de calificación empresarial y, por otro, la necesidad de que el contratista o subcontratista estuviera al corriente en sus cuotas a la Seguridad Social lo transformó en el deber de comprobación que tiene el empresario principal de la situación económica de la parte con la que contratará.

²⁶⁴ BOE de 9 de mayo de 1978.

3. Análisis del deber de comprobación empresarial.

Tal como se ha señalado al inicio de este capítulo, la regulación del deber de comprobación que tiene el empresario principal con la consecuencia de la posibilidad de exonerarse de responsabilidad es realmente escueta, pues sólo se dedica a él un inciso, lo que conlleva que la delimitación de su naturaleza, características y procedimiento plantee muchos problemas, así como los requisitos que deben de concurrir para que se dé la exoneración de responsabilidad.

Ante esta situación considero que se ha de realizar un análisis separado de cada una de esas cuestiones con el fin de tener al finalizar una visión completa del deber de comprobación y de su funcionamiento.

3.1. Deficiente redacción legal.

Un primer aspecto que considero relevante en cuanto al deber de comprobación es la incorrecta redacción del mismo recogida en el párrafo primero del art. 42 del ET. En él se dispone literalmente que los empresarios principales "recabarán por escrito (...) certificación negativa de descubierto", lo cual es falso porque estos

²⁶⁵ De "modesta" califica MARTÍN VALVERDE su eficacia. En "Responsabilidad empresarial..." *op. cit.* Pág. 234.

sujetos pedirán certificación, cuyo contenido podrá ser negativo o positivo según la situación en que se encuentre el contratista²⁶⁶, es decir, según que sea deudor o no frente a la entidad gestora, con lo cual, si su situación es correcta, esa certificación será negativa.

Esta incorrección parece ser que se ha rectificado en el RGR, el cual al referirse a él en el artículo 10.3 b) señala expresamente que los empresarios principales recabarán "certificación negativa o positiva" por descubiertos, con lo que es loable que no se haya seguido manteniendo ese defecto en la redacción, habiéndose hecho eco de las críticas que se han realizado al mismo.

En el modelo oficial aprobado por la TGSS, a dicho documento se le denomina "Solicitud de certificación de la situación en el ingreso de cuotas del Régimen General de la Seguridad Social", lo cual da fe de que no se ha acogido la designación legal.

²⁶⁶ Así se manifiesta, entre otros, MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *El Estatuto de los Trabajadores...op. cit.* Pág. 17.

3.2. Sujetos legitimados para solicitar la certificación.

Tanto el art. 42.1 como el art. 10.3 b) del RGR hacen referencia a que la certificación que muestre la situación de contratista puede ser solicitada por "los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios (...)", no habiendo sido la cuestión objeto de atención por parte de la doctrina laboralista.

No obstante, quiero resaltar en este punto que ninguno de dichos textos legales hacen referencia a ciertos aspectos que sí se han planteado en la práctica y que considero deben ser objeto de atención.

En las ocasiones en que estos empresarios comitentes decidan comprobar la situación del contratista, deberán presentar junto al escrito, oficial o no, ya que ambas modalidades están admitidas, una autorización de la empresa contratista para poder acceder a dichos datos, en la medida en que su carácter es privado y sólo se pueden acceder a ellos si, tal como señala el art. 53.2 *in fine* del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de

trabajadores en la Seguridad Social²⁶⁷, se acredita "tener un interés personal y directo en la información que se solicite", el cual es patente si se posee dicha autorización, ya que en caso contrario ante la posibilidad de que se pida la certificación antes de que se formalice la celebración de la contrata, ese interés no es fácilmente demostrable.

La necesidad de la autorización si no es la propia empresa contratista la que solicita la certificación se estableció también en base a la solicitud indiscriminada de este tipo de documentos que se estaba realizando en supuestos en los que, en la presentación de presupuestos por distintas empresas contratistas ante una empresa principal, para evitar la competencia entre ellas, la empresa que tenía conocimiento de la situación precaria de la otra, pedía la certificación y la presentaba a la empresa comitente, evitándose así un competidor.

Por tanto, en los casos en que la certificación de descubierto sea solicitada por la empresa principal en la práctica será necesario que presente a la TGSS junto al escrito una autorización que muestre la conformidad de la empresa contratista de que se le ponga en conocimiento su

²⁶⁷ Real Decreto 84/1996, de 26 de enero (BOE de 27 de enero).

situación frente a la Seguridad Social.

También está ocurriendo que esos documentos los están pidiendo las propias empresas contratistas, ya que las empresas comitentes los exigen con carácter previo o en el momento de la formalización del contrato, mediante la inserción de una serie de condiciones resolutorias en los contratos, evitándose de esta forma la tramitación de este trámite, siendo la empresa contratista o subcontratista la que se tiene que ver obligada, si quiere llevar a buen fin la contratación, a facilitar el documento.

3.3. La obligación o facultad para solicitarla.

Uno de los primeros problemas interpretativos que se han planteado se ha centrado en determinar si la solicitud de la certificación es una obligación del empresario principal o simplemente una facultad o prerrogativa que le otorga el ordenamiento, cuyo ejercicio se deja a su libre albedrío.

Se trata de una cuestión muy importante en la medida en que se encuentran dispuestas una serie de consecuencias de liberación de responsabilidad cuya afectación al trabajador es muy relevante, con lo que el inclinarse por una u otra alternativa puede conllevar una

serie de efectos relevantes.

La doctrina laboralista no se ha decantado unánimemente por una de las dos interpretaciones, sino que existen dos posturas claramente diferenciadas. Brevemente sus argumentos han sido los siguientes:

1ª. La posición que estima que el empresario principal está obligado a comprobar la situación del contratista respecto de la Seguridad Social razona su análisis en una interpretación literal del párrafo primero del art. 42 del ET que al respecto dispone que los empresarios principales "deberán comprobar" que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas²⁶⁸.

2ª. Frente a ésta, se ha manifestado justamente la inversa, acogida por otro sector de la doctrina, que interpreta el mismo párrafo considerando el deber de

²⁶⁸ En este sentido se han pronunciado fundamentalmente MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: "Responsabilidad empresarial..." op. cit. Pág. 425; MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: "La titularidad de la empresa..." op. cit. Pág. 140; RAYÓN SUÁREZ, E.: "La repercusión en la Seguridad Social del Estatuto de los Trabajadores". RSS, 1980, n° 7. Pág. 44; GARCÍA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas..." op. cit. Págs. 32 y 38; MARTÍN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial..." op. cit. Pág. 249; PALOMEQUE LÓPEZ, M. Y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo...* op. cit. Pág. 569; AA.VV (Coord. QUESADA SEGURA, R.): *Lecciones de Derecho del Trabajo...* op. cit. Pág. 502; MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo...* op. cit. Pág. 412.

comprobación como una facultad que la ley ofrece al empresario comitente en orden a informarse acerca de la solvencia y características empresariales del contratista o subcontratista²⁶⁹, razonando su posición principalmente en que su incumplimiento no lleva acarreado una responsabilidad administrativa ya que no se encuentra tipificada legalmente ni la infracción ni la consecuencia que se derivaría de su no realización.

Como se ha señalado anteriormente, la dicción escueta del art. 42.1 del ET supone que la cuestión siga abierta y que sea difícil decantarse por una de ellas respecto de las cuales se pueden añadir determinados fundamentos más para ganar terreno.

Así respecto de la primera, pese a que, como se dijo en la introducción de este capítulo, no existe ningún pronunciamiento jurisprudencial que se haya ocupado expresa y directamente de solventar los diferentes problemas y enfrentamientos doctrinales, algunas sentencias se han referido de forma accesoria y esquemática al deber de comprobación como una obligación

²⁶⁹ A favor de ella, entre otros, AGÍ S DASILVA, M.: "El deber de comprobación empresarial en contratas y subcontratas del artículo 42 ET". TrS, 1995, n° 42. Pág. 48; GARCÍA NINET, I.: "Responsabilidad empresarial..." *op. cit.* Pág. 304; AA.VV (Dir. SALA FRANCO, T.): *Derecho del Trabajo...op. cit.* Pág. 264.

legal²⁷⁰.

Por contra, a favor de la interpretación que considera el deber de comprobación como una facultad se puede esgrimir que ante consultas planteadas por las empresas solicitando la aclaración del funcionamiento de este instrumento, la Dirección General de Régimen Económico de la Seguridad Social, se ha pronunciado expresamente declarando que se trata de una facultad²⁷¹.

El único pronunciamiento judicial al que se le ha planteado directamente algunas de las dudas que rodean la delimitación del deber de comprobación empresarial no da una respuesta tajante sobre esta cuestión. Se trata de la STSJ de Cataluña de 29 de abril de 1995²⁷², que se

²⁷⁰ Así la STS (CA) de 4 de marzo de 1997 (Ar. 1862. Ponente: Sr. D. Antonio Martí García), y la STS de 12 de julio de 1994 (Ar. 5610). Ponente: Sr. D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez.

²⁷¹ Así se recoge en la Circular n° 2-007, de 29 de enero de 1981, solicitada por la empresa FASA RENAULT, en la que se dispone que "si, como es procedente, se pone en relación el art. 42.2 con el apartado 1, resulta, que lo que está contemplando este apartado 1 es la facultad que tiene el empresario principal de exigir a la Seguridad Social la oportuna certificación acreditativa de si existen o no descubiertos de los que, conforme al apartado 2, sería responsable solidario y, por tanto, de los descubiertos que se hayan podido originar durante el período de vigencia de la contrata".

²⁷² AL, 1995, n° 39. Págs. 3050 a 3053. Ponente: Sr. Salinas Molina.

pronunció ante un recurso planteado por la empresa principal (Estructuras C., S.L.) contra una resolución del INSS que declaraba la responsabilidad solidaria de la primera con la contratista en orden al pago de las prestaciones de la viuda y del hijo del accidentado (pensión de viudedad y orfandad) pese a que se había solicitado la certificación de descubiertos.

En dicha sentencia se hace referencia, en una ocasión, al deber de comprobación como una facultad, lo que se deduce del fundamento jurídico segundo, párrafo cuarto²⁷³; mientras que, en otras, la utilización de expresiones como "cumplimiento del deber de comprobación impuesto" (fundamento jurídico segundo, párrafo cuarto), que "basta con que se cumpla una sola vez la obligación de comprobación", o, por último, la de que "el beneficio que se otorga al empresario principal que cumple diligentemente con su deber de comprobación", hacen que dicha apreciación inicial se vea puesta en entredicho.

A mi juicio, en vista de que el objetivo con el que se había planteado el recurso era el de pronunciarse sobre el momento de interponer la solicitud y la

²⁷³ Literalmente dispone "(...) la consecuente consulta, establecida esta última como una facultad que permite exonerarse de responsabilidad, deba efectuarse necesariamente (...)".

consiguiente exoneración de responsabilidad que se deriva y no el de si dicha interposición era obligatoria o facultativa, ante la duda, el juzgador utiliza indistintamente expresiones que pueden llevar a fundamentar las dos posturas señaladas anteriormente, con lo que en relación con ellas, la sentencia no aclara la cuestión al no decantarse de forma clara e indubitada sobre una de ellas.

Pero pese a esta indeterminación, considero que la interpretación correcta de esta cuestión es la de considerar el deber de comprobación como una facultad ya que no se ha regulado ninguna consecuencia para el caso de que no se cumpla, con lo que de ejercerse el empresario será exonerado de responsabilidad, para el caso de que se le impute algún incumplimiento del contratista, y si no lo ejerce la única y importante consecuencia que se le acarreará es que será considerado responsable de los posibles incumplimientos del contratista.

Esta conclusión se ve reafirmada claramente por la referencia que realiza el art. 10.3 b) del RGR, que señala expresamente que los empresarios comitentes podrán "podrán recabar" de la TGSS certificación negativa o positiva, lo cual muestra que para que una situación se califique como obligatoria debe conllevar la consiguiente

tipificación de la infracción y sanción ante ese incumplimiento, no habiéndose extralimitado en su manifestación, ya que ésta se deducía, en mi opinión, del ET, al no existir la sanción que se ha señalado anteriormente, puesto que lo que se pretende es premiar de algún modo a aquellos empresarios principales que controlan al contratista, ya que ese control obliga en cierta manera a que éste cumpla sus obligaciones, depurando así el mercado laboral.

3.4. La prohibición o no de contratar derivada de la contestación.

Una vez planteado y aclarado el tema sobre si el deber de comprobación es una obligación legal o una facultad empresarial, la cuestión se centra en saber si en el supuesto en que la certificación sea positiva, es decir, que muestre que el contratista o subcontratista tiene descubiertos frente a la Seguridad Social, existe una prohibición de contratar por parte del empresario principal.

Antes de comentar las diferentes posiciones adoptadas, así como su crítica, conviene precisar que aunque cabría pensar que existe cierto paralelismo entre las interpretaciones fijadas en el punto anterior y el que se va a analizar en éste, en el sentido de que los

autores que han considerado que es una obligación pedir la certificación es porque ello lleva implícito una prohibición de contratar, y los que estiman que es una facultad es porque entienden que no conlleva la prohibición, ello no es así, puesto que se han delimitado como cosas diferentes el deber de comprobar, por un lado, y, por otro, la prohibición de contratar en virtud del resultado obtenido.

La interpretación que ha considerado que el deber de comprobación lleva otro deber más exigente que consiste en la prohibición de celebrar contratos con empresas contratistas en situación de morosidad con la Seguridad Social estima en cierta manera que es lógico el establecimiento de esa prohibición, ya que la finalidad del art. 42.1 y la obligación del deber de comprobación es evitar que se contrate con esos sujetos, impidiendo su entrada en el mercado²⁷⁴.

Por contra, el resto de la doctrina científica²⁷⁵

²⁷⁴ Así se manifiestan MARTÍN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial..." *op. cit.* Pág. 246 y AA.VV. (Coord. QUESADA SEGURA, R.): *Lecciones de Derecho del Trabajo...op. cit.* Pág. 502, que al respecto señalan que en caso de deudas o descubiertos pendientes "se limita la libertad de realizar una contrata o subcontrata".

²⁷⁵ En este sentido se han expresado MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: "Responsabilidad empresarial..." *op. cit.* Pág. 425; CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad

que ha estudiado la cuestión, ha señalado que el contenido que se derive de la contestación de la TGSS no afectará a la contrata celebrada o en curso de celebración, porque con independencia de que se trate de una facultad, siempre le queda al empresario principal la decisión de contratar o no. A mi juicio, ésta es la interpretación que ha de prevalecer, puesto que una prohibición en este sentido podría entrar en contradicción con el art. 38 de la CE y el principio de libertad de empresa y de su organización que se le encuentra reconocido. El empresario ha de tener plena libertad para dirigir su empresa y para decidir como desempeñar o llevar a cabo sus diferentes procesos productivos, resultando responsable, tal como dispone la ley, de los posibles descubiertos en los que pueda incurrir el contratista.

Por tanto, si el empresario principal contrata o ya ha contratado, cuestión que se aclarará posteriormente, al conocer los resultados, puede proseguir si así lo considera oportuno su actividad con ese contratista,

laboral..." op. cit. Pág. 158; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. Y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo...* op. cit. Pág. 650; MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: *La responsabilidad en orden a las prestaciones de la Seguridad Social*. Madrid, 1995. La Ley-Actualidad. Págs. 204 y 205; MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo...* op. cit. Pág. 412; AGÍS DASILVA, M.: "El deber de comprobación empresarial..." op. cit. Págs. 42 y ss.

quedando no obstante sujeto a las posibles responsabilidades que puedan surgir por relacionarse con personas cuya solvencia y cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social sean dudosas, pero impedirle ese poder de decisión iría, a mi juicio, en contra de los principios de la libertad de empresa.

Esta conclusión parece verse reafirmada por la STSJ de Cataluña de 29 de abril de 1995, a la que se ha hecho referencia en el punto anterior, y de la que se puede extraer que, pese a que tampoco se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión, no se prohíbe contratar con empresas que tengan deudas frente a la Seguridad Social, ya que está analizando un supuesto en que la empresa principal ha pedido la certificación una vez celebrada la contrata y a pesar de que no recibe contestación, en ningún fundamento de la sentencia se hace referencia a la necesidad de que la contrata se resuelva, disponiendo que en el caso de que se hubiera dado a tiempo la única consecuencia que se hubiera imputado es la de hacerse cargo de los descubiertos que tenía el contratista.

3.5. Momento en el que se debe solicitar la certificación para que tenga efectos exoneratorios.

Otro de los puntos que más controversia han planteado entre la doctrina laboralista es el relativo al momento adecuado y correcto en el que se tiene que pedir la certificación para que tenga efectos liberatorios. Las distintas interpretaciones que al respecto se han propuesto han sido muy variadas así como sus fundamentos, debiendo unir a todo ello las consultas que al respecto se han planteado a la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social y las Circulares emitidas por la Tesorería General de la Seguridad Social.

Ante esta situación considero adecuado analizar previamente cuales han sido las posiciones de la doctrina que ha estudiado la cuestión, pasando posteriormente a examinar el contenido de las contestaciones de los órganos administrativos y finalizar con la única sentencia judicial que se ha ocupado directamente sobre este aspecto, teniendo así un panorama amplio y poder señalar un juicio crítico del mismo.

Las principales líneas interpretativas han sido las siguientes:

1ª. La primera posición objeto de análisis es

la que se inclina por considerar que la certificación de descubierto se debe solicitar con anterioridad a la celebración de la contrata, puesto que de tal manera es como puede desplegar todos sus efectos y ser realmente operativa. No obstante, dentro de esta interpretación se pueden desgajar a su vez dos posiciones:

1^a.1. La ostentada minoritariamente por MARTÍNEZ EMPERADOR, señalando que la certificación se debe solicitar con carácter previo a la perfección de la contrata o subcontrata, debiendo además el solicitante esperar hasta que la entidad gestora le conteste o transcurra el plazo otorgado a ésta para celebrar el negocio jurídico indicado, puesto que sólo de tal manera sería eficaz el deber de comprobación²⁷⁶.

En mi opinión esta posición es incoherente ya que no encuentro justificado que este autor que, tal como se ha señalado con anterioridad, se había pronunciado en el sentido de que no existe prohibición de celebrar la contrata en el caso de que la certificación muestre descubiertos, entienda que se tenga que esperar a la contestación para la celebración de la contrata si el resultado de aquélla no va a afectar al perfeccionamiento

²⁷⁶ En *El Estatuto de los Trabajadores...op. cit.* Pág. 19.

de ésta última²⁷⁷.

1ª.2. La otra, mayoritaria frente a la anterior, considera que la certificación para que despliegue todos sus efectos ha de solicitarse también con carácter previo a la celebración de la contrata, pero en ningún caso hace referencia a la necesidad de que se tenga que esperar el empresario principal a la contestación o al transcurso del plazo²⁷⁸.

2ª. La segunda posición sostiene que la solicitud de la comprobación debería de realizarse, coincidiendo en parte con la fijada anteriormente, con carácter previo a la celebración de la contrata, pero permitiendo también que se formalice, a lo más tardar, de

²⁷⁷ MARTÍN VALVERDE señala en este sentido que existen otros medios para conocer la situación del contratista, como pueden ser los comprobantes del pago a la Seguridad Social, que demuestran fehacientemente su situación, con lo que hacer depender la futura contratación de ese específico documento supone una "pérdida de agilidad" de ésta. En "Responsabilidad empresarial..." op. cit. Pág. 249.

²⁷⁸ Por ella se decantan HERNÁNDEZ PÉREZ, M.J.: *La responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de la Seguridad Social*. Murcia, 1994. Universidad de Murcia. Pág. 230; MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo...* op. cit. Pág. 412; CAMPS RUIZ, L.M.: "El nuevo Reglamento General de Recaudación del Sistema de Seguridad Social..." op. cit. Pág. 15; AA.VV (Dir. SALA FRANCO, T.): *Derecho del Trabajo...* op. cit. Pág. 264.

forma inmediata tras su celebración²⁷⁹.

3ª. La tercera postura entiende que la certificación de descubierto se solicitará después de perfeccionada la contrata, argumentándose fundamentalmente en el hecho de que el art. 42.1 del ET dice literalmente "los empresarios que contraten o subcontraten", con lo que se está haciendo referencia a negocios consumados²⁸⁰.

²⁷⁹ Vid en este sentido RAYÓN SUÁREZ, E.: "La repercusión en la Seguridad Social..." *op. cit.* Pág. 48; MARTÍN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial..." *op. cit.* Págs. 248 y 249; CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral..." *op. cit.* Pág. 157.

²⁸⁰ Por esta interpretación se inclinan GARCÍA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas..." *op. cit.* Pág. 32 y AGÍS DASILVA, M.: "El deber de comprobación empresarial en contratas..." *op. cit.* Pág. 45. No obstante, estos autores han fundamentado su posición utilizando diferentes fundamentos puesto que así como el primero argumenta también la conveniencia de que la certificación se pida posteriormente en base a que sólo la persona que ha adquirido firmemente la condición de empresario principal frente a una contratista puede pedirla puesto que en caso contrario cualquier empresa podría solicitarla, saturando excesivamente la actuación del organismo administrativo, lo cual no ocurriría en la actualidad puesto que como he señalado anteriormente, en la práctica sólo pueden pedir el certificado si no se ha consumado la contrata, aquéllos que han sido autorizados por la contratista o subcontratista, la segunda autora fundamenta su posición en base a que las consecuencias de que la certificación sea positiva sólo se van a centrar en la relación comitente-contratista, es decir, que la situación de deudor del contratista frente a la Seguridad Social le servirá al empresario principal para disminuir la cantidad a pagar al contratista por la realización de la contrata, en vista de que puede resultar responsable, lo cual sólo se puede fijar si se ha celebrado la contrata y si se tiene conocimiento

4ª. La última posición que se ha manifestado sobre esta cuestión es la mantenida fundamentalmente por MARTÍNEZ CALCERRADA que al respecto opta por una posición intermedia frente a todas las anteriores al señalar que la certificación se puede solicitar tanto antes como después, no dando especial relevancia a esta cuestión puesto que de haberla solicitado con posterioridad y haber resultado positiva, puede el empresario principal desistir de la contrata.

Esta pluralidad de opiniones ha llevado a que las empresas hayan planteado la cuestión a los órganos administrativos con el fin de que esclarecieran la cuestión lo cual a mi juicio no ocurrió ya que no se decantó por ninguna de las posiciones planteadas anteriormente, viniendo a complicar y dificultar el tema aún más.

Así ante una consulta planteada, la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social en la Resolución de 2 de enero de 1981²⁸¹ responde que la "certificación puede y debe solicitarse mes a mes, para así comprobar el cumplimiento

de los trabajadores que en ella desempeñan su labor, lo cual sólo se puede conocer si la contrata ya se ha celebrado.

²⁸¹ Contenida en la Circular nº 2-007 de 29 de enero de 1981.

de las obligaciones del subcontratista, por lo que se refiere a la Seguridad Social". De ella parece deducirse que se está haciendo referencia a que se tiene que solicitar con posterioridad a la celebración de la contrata y por primera vez se hace referencia a un acto continuado durante el transcurso de toda la contrata y no único anterior o posterior a su celebración.

Si la cuestión parecía poco clara, ésta se complicó con otra Resolución posterior de 12 de abril de 1991, que señalaba que la certificación se deberá pedir antes o después según el tipo de responsabilidad de la que se quiere exonerar la empresa comitente; si de lo que se quiere librar es de pagar las deudas contraídas por el contratista con la Seguridad Social antes del inicio de la contrata deberá solicitar la certificación *antes del inicio de la contrata o subcontrata o como máximo con la misma fecha, es decir, siempre antes de que nazca la responsabilidad subsidiaria, aunque la certificación negativa o el silencio hayan de producirse una vez vigente la contrata o subcontrata*. Sin embargo, si de lo que se quiere exonerar es de las deudas nacidas durante la ejecución de la contrata, la ha de pedir *durante la*

*ejecución de ésta con una periodicidad de mes a mes*²⁸².

Esta última resolución es a mi juicio errónea puesto

²⁸² Para que quede más clara la cuestión reproduzco todo el párrafo literalmente: "(...) 3º) Respecto de si existe responsabilidad de la empresa principal por deudas contraídas con la Seguridad Social por la empresa subcontratista antes del inicio de la contrata, el criterio (es) (...) que existe una responsabilidad subsidiaria. Ahora bien, (...) el n° 1 del art. 42 ET prevé la exoneración de esta responsabilidad, al exigir que el principal o el contratista respecto del subcontratista soliciten "certificación negativa por descubiertos" que la Seguridad Social "deberá librar inexcusablemente... en el término de 30 días improrrogables". Lógicamente esta solicitud deberá llevarse a cabo antes del inicio de la contrata o subcontrata o como máximo con la misma fecha, es decir, siempre antes de que nazca la responsabilidad subsidiaria, aunque la certificación negativa o el silencio hayan de producirse una vez vigente la contrata o subcontrata.

El n° 2 del art. 42 en su comienzo contiene una norma, ciertamente de difícil interpretación, al decir que el empresario "salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a al Seguridad Social responde...". A tenor de esta afirmación debe admitirse que también podrá solicitarse certificación negativa respecto de las cuotas correspondientes al período de vigencia de la contrata. Lógicamente, una vez finalizada ésta se podrá solicitar la certificación respecto del período de vigencia de la contrata o subcontrata (...).

Por otra parte, como la responsabilidad solidaria también podrá ser exigida a lo largo de la vigencia de la contrata y por los descubiertos que se fueran produciendo en virtud de los incumplimientos del contratista o subcontratista, parece necesario admitir asimismo que el principal podrá solicitar durante la contrata y obviamente por cuotas cuyo plazo reglamentario de ingreso hubiese transcurrido ya, certificación negativa.

De no cumplirse este requisito de solicitar en las condiciones indicadas certificación negativa de descubiertos de contratistas o subcontratistas, no arbitra la ley ningún otro medio de exoneración de responsabilidad del empresario principal (...).

que parte de la premisa de que el empresario principal puede resultar responsable de obligaciones anteriores a la contrata. En mi opinión, el empresario comitente, tal como precisaré en un punto posterior, sólo será responsable de las obligaciones que nazcan durante la vigencia de la contrata y respecto de trabajadores del contratista que hayan trabajado para el negocio perfeccionado entre ambos.

La exigencia de periodicidad de la resolución administrativa no ha sido apreciada positivamente por los pronunciamientos judiciales, ya que la STS de 18 de septiembre de 1989²⁸³ la calificó de "insólita", no entrando en el fondo del asunto puesto que el recurso versaba sobre una cuestión que no era competencia del orden jurisdiccional social, y la STSJ de Cataluña de 29 de abril de 1995 la rechaza, señalando que "basta con que se cumpla una sola vez la obligación de comprobación con independencia de la duración de la contrata".

Tras la fijación y determinación de todas la manifestaciones que han existido al respecto, en mi opinión la certificación de descubierto se ha de solicitar tras la celebración de la contrata, siendo

²⁸³ Ar. 6448. Ponente: Sr. D. Rafael Martínez Emperador. El tema de fondo del recurso trataba sobre la gestión recaudatoria en materia de Seguridad Social.

complementada con la periodicidad que se ha señalado durante toda la vigencia de la contrata.

Rechazo todas las opiniones que tienden a fijar el tiempo de solicitud anterior a la contrata puesto que el empresario principal sólo será responsable de obligaciones nacidas durante la vigencia de la contrata, con lo que toda solicitud que refleje una situación anterior no es relevante, puesto que si muestra que tiene descubiertos puede el contratista, si la contrata es un negocio interesante, ponerse al día en sus deudas, y si la certificación evidencia que no tiene descubiertos eso no puede asegurar que no los vaya a tener en el transcurso de la contrata. Además al empresario principal sólo le deben interesar los posibles descubiertos que tenga o pueda tener el contratista respecto de los trabajadores que van a llevar a cabo la contrata entre ellos celebrada, lo cual sólo se puede conocer cuando ya se haya perfeccionado la contrata.

Por tanto, que se tenga que solicitar tras la celebración mostrará la situación del sujeto con el que se ha contratado, la cual es puntual y puede variar, y en vista de esa variación no estimo tan ilógico que esa solicitud se vaya renovando periódicamente, o más exactamente, mes a mes, puesto que no hay que olvidar que de la responsabilidad que se va a ver exonerado el

empresario principal es tal como se demostrará posteriormente, de la solidaria respecto de la Seguridad Social, con lo que es necesario que el control que éste lleve sea completo, y en el caso en que esa periodicidad no se lleve a cabo, se interrumpa o se inicie en un tiempo muy posterior a la iniciación de la contrata, el empresario principal, en caso de que el contratista incurra en responsabilidad, resultará responsable de esos períodos en que no conoció una situación que estaba a su alcance²⁸⁴.

Del mismo modo rechazo la postura que señalaba que la certificación se ha de solicitar al finalizar la contrata puesto que se fundamenta principalmente en el hecho de que el empresario principal paga al contratista al finalizar la obra o servicio para el que le ha contratado, lo que supone que solicite el documento con anterioridad al pago y si éste muestra descubiertos, la cuantía a la que ascienden sea compensada, es decir, restada de lo que le tiene que pagar el empresario principal al contratista, puesto que puede exigírsele esa cuantía directamente a aquel. No la estimo correcta

²⁸⁴ A favor de esta periodicidad se han pronunciado VINUESA ALADRO, A.: *Derecho del Trabajo para empresarios*. Madrid, 1995. Carperi. Pág. 121; y RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "El lugar de ejecución de la contrata y el art. 42 del ET". RL, 1996, n° 5. Pág. 4.

puesto que parte de la idea de que el pago se realiza al final, lo cual en la práctica no ocurre pues normalmente se paga mensualmente en proporción a la parte de obra que se tiene realizada, con lo que puede ocurrir que el último pago que se tenga que realizar ascienda a una cuantía mucho menor de la que corresponda al descubierto, con lo que difícilmente se podrá practicar esa compensación en todos sus términos.

En resumen: para que la certificación tenga los efectos exoneratorios que el art. 42.2 del ET le asocia, estimo que se ha de solicitar una vez el contrato se ha perfeccionado, para así tener conocimiento de la situación de la persona con la que se ha contratado, la cual si es negativa será constreñida a ponerse al día o en caso contrario su contrato será rescindido, y de forma continua a lo largo de la duración de toda la contrata. No creo que suponga una saturación de la labor de la TGSS puesto que en la expedición de dicho documento se tarda pocos días.

Esto no quiere decir que no se pueda solicitar con anterioridad, pero no tendrá los efectos liberatorios citados puesto que al no haber nacido ninguna obligación nada se le puede imputar, sirviendo sólo, al igual que la solicitada tras el perfeccionamiento de la contrata, para conocer cual es la situación deudora o no de la

contratista frente a la Seguridad Social.

3.6. Modo de computar el plazo otorgado a la entidad gestora para expedir la certificación.

Tal como señalan respectivamente el art. 42.1 del ET y el art. 10.3 b) del RGR, la entidad gestora ante la que se recaba la información relativa a la situación del contratista o subcontratista ante la Seguridad Social es la TGSS ya que, en su condición de caja única del sistema de Seguridad Social, es la encargada de la gestión de todos los recursos financieros del mismo, así como de la ejecución y control directo de "la gestión en orden a la inscripción de empresas, apertura de cuentas de cotización (...), y la instrumentación de la afiliación, altas y bajas de los trabajadores o asimilados, variaciones de datos de unas y otros y asignación del número de la Seguridad Social"²⁸⁵.

Esta entidad tiene atribuido un plazo de treinta días para contestar a dicha solicitud²⁸⁶, no estando en

²⁸⁵ Art. 3.1 del Real Decreto 64/1996, de 26 de enero por el que se aprueba el *Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social* (BOE de 27 de enero).

²⁸⁶ En el texto del Proyecto del Estatuto de los Trabajadores este plazo era de quince días, pero la interposición de dos enmiendas (la 528 y 529) del PCE que

todo caso obligada a ello.

Mayoritariamente existe acuerdo en cuanto a cuándo se inicia ese cálculo, que será la fecha en que tenga lugar la entrada del escrito en el registro del organismo oficial²⁸⁷.

La discusión se ha planteado en orden a cómo se computan esos treinta días, puesto que si se considera que se tienen que computar de acuerdo con la legislación administrativa²⁸⁸, sólo se cuentan los días hábiles, en base a que la actuación de la TGSS es de carácter administrativo y, por tanto, se ha de seguir de acuerdo con los art. 47 a 50 de la LRJAP

Esta es también la posición que ha adoptado la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social en la Resolución de

proponían dicha ampliación fue aceptada por el Pleno del Congreso e incorporada al texto definitivo. En AA.VV (Dir. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.): *Debate parlamentario sobre el Estatuto de los Trabajadores (La relación individual de trabajo)*. Tomo II. Pág. 245.

²⁸⁷ En contra MARTÍNEZ EMPERADOR que señala que se empieza a contar a partir del día siguiente, ya que parte de la premisa de que se trata de un cómputo civil que se ha de regir por lo dispuesto en el art. 5 del CC, que al efecto señala que queda excluido el día a partir del cual se tiene que empezar a contar. En *El Estatuto de los Trabajadores...op. cit.* Pág. 18.

21 de abril de 1991, en la que dispone que "el cómputo del plazo debe ser el administrativo, como corresponde a la naturaleza de las Administraciones Públicas de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y por tanto los treinta días serán hábiles".

En contra de esta interpretación se manifestó MARTÍNEZ EMPERADOR, estimando que el cómputo ha de hacerse de acuerdo con el art. 5 del CoC, que no descuenta los días inhábiles, fundamentándose, por un lado, en el art. 5 c)²⁸⁹ de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958²⁹⁰, que excluye a las Entidades Gestoras de la aplicación de la legislación administrativa, y, por otro, en el art. 59.2 de la LGSS, que se pronuncia en el mismo sentido²⁹¹.

²⁸⁸ Así se han pronunciado GARCÍA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas..." *op. cit.* Pág. 34 y MARTÍN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial..." *op. cit.* Pág. 250.

²⁸⁹ "Las disposiciones de la presente Ley no son de aplicación: c) A las Entidades oficiales de seguros sociales obligatorios y complementarios de la previsión social, sin perjuicio de su obligación de dar a conocer al Ministerio de Hacienda sus ingresos, gastos e inversiones, y de rendir anualmente al Gobierno una Memoria de su actuación".

²⁹⁰ BOE de 29 de diciembre.

²⁹¹ "De conformidad con lo preceptuado en el art. 5 de la Ley de 26 de diciembre de 1958, no serán de aplicación a dichas entidades [se está refiriendo a las entidades gestoras de la Seguridad Social] las disposiciones de la referida Ley".

En mi opinión, pese el hecho de que en la LRJAP no haya sido todavía objeto de desarrollo en materia de plazos, considero que de momento ha de regir la exclusión expresa de la LGSS y, por tanto, el cómputo es en principio civil.

3.7. Contenido de la certificación.

Una vez se han fijado aspectos tan importantes como el momento de solicitud de la certificación así como el órgano que lo expide, es el momento de determinar cual debe ser el contenido del documento que emita la TGSS que señale la situación de la empresa contratista o subcontratista ante la Seguridad Social.

Esta cuestión está relacionada muy estrechamente con lo que se dijo en relación con los sujetos legitimados en solicitarla, puesto que los problemas que se han planteado guardan relación con aspectos relativos al conocimiento de datos reservados y su posibilidad de difusión a otras empresas distintas de la directamente implicada.

La doctrina que se ha planteado la cuestión la ha interpretado en uno de estos tres sentidos:

1ª. La primera encabezada por MARTÍNEZ EMPERADOR ha estimado que el contenido de la

certificación deberá ser lo más escueto posible, debiendo constar en ella simplemente la existencia o no de descubiertos. Por tanto, no cabe expresar con todo detalle los períodos a que corresponden y su cuantía, ya que la misma posiblemente atentaría al derecho a la intimidad personal, pues la publicidad que comporta puede extenderse a personas no realmente interesadas, dado que este autor parte de la premisa de que para expedir la certificación basta que la solicite cualquier empresario que alegare su propósito de celebrar una contrata con la empresa a que tal dato se refiera, en la medida en que estima que se ha de solicitar con anterioridad a la consumación de la contrata²⁹².

A mi juicio esta postura ha de ser rechazada porque parte de la idea de que no hay control para el acceso a esa información lo cual como ya se señaló anteriormente no está ocurriendo en la práctica puesto que se está exigiendo, para que pueda solicitar esa certificación la empresa principal antes o después del perfeccionamiento de la contrata, una autorización expresa de la empresa contratista, con lo que el acceso a la información es limitado y controlado.

2*. Una segunda posición considera que el

²⁹² En *El Estatuto de los Trabajadores...op. cit.* Pág. 17.

contenido de la certificación ha de ser lo más completo posible. Es la opinión de GARCÍA MURCIA, que como se señaló parte de la premisa de que la certificación se pide una vez celebrada la contrata²⁹³, con lo que en base a que puede resultar responsable de la actuación del contratista, se le ha de dar toda clase de información, mas si de acuerdo con este autor, no hay una prohibición de contratar con contratistas que tengan descubiertos, con lo que deberá tener el empresario principal una información total en la medida en que tarde o temprano le puede ser imputada.

Esta posición tiene a mi juicio lógica puesto que una vez se ha consumado la contrata es normal que el empresario principal tenga una información completa de todos aquellos conceptos en los que el contratista es deudor, así como respecto de qué sujetos, puesto que como ya dije, el empresario principal sólo será responsable de las deudas existentes respecto de los trabajadores que estén desempeñando su labor en la contrata por él encargada, pero no obstante considero que esa autorización de la contratista es necesaria.

3ª. La última interpretación que se puede encontrar de la cuestión y que en cierta manera recoge

²⁹³ En "El trabajo en contratas..." *op. cit.* Pág. 34.

las dos anteriores, señala que el contenido de la certificación no tiene porqué ser idéntico en todas las circunstancias²⁹⁴, dependiendo de que se haya perfeccionado o no el contrato, es decir, si se ha establecido el vínculo contractual entre el comitente y el contratista se puede justificar en más de un caso que aquél solicite en su instancia información sobre las liquidaciones pendiente o los parámetros que permiten calcularlas de manera aproximada; si, por el contrario, quien requiere información lo hace a título de posible futuro contratante no parece lógico desvelar con detalle un estado de cuentas.

Se trata tal como he señalado de una postura que viene a reafirmar lo señalado en las anteriores, puesto que la primera partía de una concepción estricta del contenido en base a que se considera que la certificación se ha de solicitar antes de la celebración de la contrata, mientras que la segunda se inclinaba por una concepción amplia del contenido en base a que se estima que sólo se ha de pedir una vez se ha celebrado. En vista de que la tercera posición admite que se puede solicitar la certificación antes o después de la celebración de la contrata, de producirse lo primero, opta por la

²⁹⁴ En este sentido MARTÍN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial..." *op. cit.* Pág. 251.

interpretación estricta, mientras que si acaece lo segundo, opta por la amplia.

En mi opinión, tanto si se pide antes como después, lo cual es posible pese a que como he señalado anteriormente en el primer caso no tendrá efectos exoneratorios, es conveniente que para el traspaso de la información a la empresa principal se tenga la autorización de la contratista, que es lo que actualmente está exigiendo la TGSS.

De hecho las cautelas de este organismo son mayores puesto que si la contratista está al corriente se limita a señalarlo y finaliza la certificación, pero si, por contra, la certificación es positiva, la TGSS se lo comunica previamente a la contratista para que se ponga al corriente en un plazo de diez días, avisándole que de no actuar en ese sentido se lo comunicará a la empresa principal de forma completa y detallada.

A mi juicio, esta previa comunicación a la contratista no es necesaria, puesto que si ya tiene la empresa principal la autorización, si la contratista está al descubierto sabe perfectamente que si la empresa principal solicita la certificación va a descubrir su situación, la cual le es conocida.

3.8. Consecuencias jurídicas del cumplimiento o no del deber de comprobación.

Una vez se han analizado los problemas que se podrían llamar procedimentales en relación con la figura del deber de comprobación y su solicitud, es el momento de determinar qué consecuencias, positivas o no, se derivan de su resolución. El ET sigue en este sentido con la misma línea de inconcreción que hasta el momento se ha señalado en diversos aspectos, lo cual ha ocasionado que ante cuestiones más importantes, como la responsabilidad objeto de exoneración, las posturas doctrinales sigan con la misma divergencia y disparidad que hasta el momento se ha apuntado.

Por tanto, dos son los principales problemas de delimitación que se han podido encontrar:

1°. El primero se centrará en fijar el tipo de responsabilidad de la que va a ser objeto de exoneración o imputación el empresario principal que lleve a cabo o no la solicitud que muestre la situación del contratista o subcontratista ante la Seguridad Social.

2°. El segundo tratará de determinar cuándo se producirá este tipo de imputación, es decir, si la exoneración o imputación se hará depender sólo de la actuación de la Entidad Gestora o también de la actividad

que haya observado del empresario principal.

Quedan aquí señalados brevemente los principales puntos de atención, los cuales son muy importantes ya que los trabajadores del contratista van a ser los afectados en la medida en que se está tratando de solventar una cuestión que en suma les añadirá o quitará un sujeto más para exigir los impagos que haya podido realizar el contratista en materia de Seguridad Social.

3.8.1. Tipo de responsabilidad objeto de exoneración.

El art. 42.1 *in fine* señala expresamente que "transcurrido este plazo, [se está haciendo referencia a los treinta días que tiene la TGSS para contestar la solicitud interpuesta por el empresario principal que muestre la situación de descubierto o no del contratista o subcontratista] quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante".

Esta expresión le ha supuesto a la doctrina laboralista un gran problema de modo que los sentidos dados a la misma han sido muy variados y dispares, teniendo esta situación relación directa con los aspectos procedimentales estudiados anteriormente.

Si bien la jurisprudencia no se ha pronunciado

directamente sobre la cuestión²⁹⁵, considero que de todas las interpretaciones que se han realizado, una de ellas posee unos argumentos mucho más sólidos que el resto, todo ello unido a que el RGR parece haber aclarado definitivamente la cuestión.

Fundamentalmente tres han sido las interpretaciones que se han dado de la expresión citada al inicio de este punto:

1ª. La primera señala que la responsabilidad objeto de exoneración por parte del empresario principal que cumple con el deber de comprobación es la responsabilidad subsidiaria específica en relación con las cuotas pendientes a la Seguridad Social anteriores a la contrata o subcontrata que se va a ejecutar en ese

²⁹⁵ Ante alegaciones al orden jurisdiccional social en las que las empresas pretendían exonerarse de la responsabilidad solidaria del art. 42.2 del ET, habiendo comprobado la situación del contratista, la jurisprudencia se ha limitado a disponer la incompetencia de jurisdicción, ya que considera que se debe tramitar el asunto ante el orden Contencioso-Administrativo, no pronunciándose, en ningún caso, sobre la cuestión de fondo. SSTS de 18 de Septiembre de 1989 (Ar. 6448). Ponente: Sr. D. Rafael Martínez Emperador: "(...) El acto que (...) dio origen al proceso es propio de la gestión recaudatoria que corresponde a la Tesorería [niega la posibilidad de la exoneración por entender que el deber de comprobación ha de efectuarse mes a mes y no sólo cuando la contrata se celebre], (...) ofreciendo, por tanto, naturaleza administrativa (...)"; y 7 de Julio de 1989 (Ar. 5437). Ponente: Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla.

instante²⁹⁶. Los principales argumentos que al respecto han señalado han sido los siguientes:

a) Que el inciso final del art. 42.1 del ET dispone literalmente *queda exonerado de responsabilidad*, lo cual hace suponer, que en el caso de que no se solicite el certificado de descubiertos habrá algún tipo de responsabilidad.

b) Que la finalidad del art. 42 del ET es de saneamiento de la contratación entre empresas. Por ello si se contrata con un contratista que no paga a la Seguridad Social, la mínima sanción que se le debe imponer para que el precepto tenga eficacia es que responda de esas deudas atrasadas del contratista.

Esta interpretación parece que se encuentra en la STS (CA) de 28 de octubre de 1996²⁹⁷ que señala que "la virtualidad exoneradora de la certificación negativa por descubierto en la entidad gestora (...) se refiere a la

²⁹⁶ Por esta interpretación se inclinan MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: "La titularidad de la empresa..." op. cit. Págs. 141 y 142; GARCÍA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas..." op. cit. Pág. 35; GARCÍA NINET, I.: "Responsabilidad empresarial..." op. cit. Pág. 304; ALONSO OLEA Y CASAS BAAMONDE, E.: *Derecho del Trabajo...* op. cit. Pág. 104; ALONSO OLEA, M. Y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios y jurisprudencia*. Madrid, 1995 (4ª ed.). Civitas. Pág. 205.

²⁹⁷ Ar. 7714. Ponente: Sr. D. Rafael Fernández Montalvo.

responsabilidad por las cantidades que pudieran adeudarse a la Seguridad Social con anterioridad a la adjudicación de la subcontrata, únicas de las que se podía certificar"²⁹⁸, y en la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 12 de abril de 1991, en la que se hace referencia a que si se solicita la certificación antes del inicio de la contrata o como máximo en la misma fecha, el empresario principal será exonerado de una responsabilidad subsidiaria respecto de las obligaciones anteriores a la contrata, la cual se deduce del párrafo primero del art. 42 del ET.

A mi juicio, carece de lógica puesto que de la lectura del art. 42.1 del ET en ninguna palabra o expresión se hace referencia al hecho de que exista una responsabilidad subsidiaria, y menos aún respecto de deudas anteriores a la vigencia de la contrata, lo cual es de muy dudosa legalidad puesto que no se le puede imputar al empresario principal descubiertos de un contratista respecto de períodos en los que no tuvo

²⁹⁸ No obstante esta sentencia es a mi modo de ver contradictoria puesto que en el fundamento jurídico anterior señala que "la empresa contratista responde por obligaciones contraídas por su subcontratista con la Seguridad Social, durante la vigencia de la subcontrata", con lo que, por un lado, apunta la responsabilidad limitada a la duración de la contrata y, por otro, la responsabilidad por deudas anteriores.

ningún tipo de relación con él y en relación con unos trabajadores que no conozca y respecto de una situación ajena a su vida laboral.

Es ilógico querer entresacar este tipo de responsabilidad del texto legal, puesto que tal como señala el art. 1090 del CoC "las obligaciones derivadas de la ley no se presumen", siendo sólo exigibles las que expresamente estén determinadas en las leyes, lo cual no ocurre en este caso²⁹⁹.

A esto se le puede añadir que de aceptarla no se sabría fijar un límite de hasta cuándo se exigiría esta responsabilidad, pues lógicamente debería estar sometida a algún tipo de límites temporales, pues hacer responsable al empresario principal de un sin fin de responsabilidades del contratista desde que inició su labor empresarial sería absurdo.

Un último apunte a señalar por el que no comparto esta interpretación es porque carecería de sentido la expresión con la que se inicia el párrafo segundo del art. 42, que al fijar la responsabilidad solidaria dispone expresamente "salvo el transcurso del plazo antes

²⁹⁹ Señalan también esta crítica MARTÍN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial..." op. cit. Págs. 254 y ss; MARTÍNEZ EMPERADOR, L: "Subcontrata de obras y servicios..." op. cit. Págs. 19 y 20.

señalado respecto a la Seguridad Social", que reflejado con la responsabilidad que se pretende imputar en esta interpretación supone que su análisis sea ilógico.

2*. La segunda interpretación que ha estudiado la cuestión estima que la responsabilidad objeto de exoneración es de una responsabilidad administrativa en la que incurre el empresario principal si no cumple el deber de comprobación empresarial³⁰⁰.

Hay que tener en cuenta que el autor que la sustenta parte de la premisa que el deber de comprobación es una obligación legal del empresario principal de verificar la solvencia del contratista, deber que conlleva la prohibición de celebrar contratos con contratistas que tengan descubiertos.

Tal como critiqué anteriormente, ese deber de comprobación legal es una facultad que no conlleva una prohibición de contratar y ello se deduce que no se encuentra tipificada ni la infracción ni la sanción a aplicar ante la no actuación del empresario principal. Por tanto, para admitir en un principio esta postura se deberían encontrar esos principios legales incumplidos, puesto que en caso contrario se estaría atentando contra

³⁰⁰ La sustenta MARTÍN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial..." *op. cit.* Pág. 255.

la seguridad jurídica.

Además al igual que como se señaló respecto de la responsabilidad analizada anteriormente, de aceptar esta interpretación volvería a carecer de sentido la expresión del párrafo segundo del art. 42 del ET "salvo el transcurso del plazo señalado respecto a la Seguridad Social"³⁰¹.

3ª. La tercera y última interpretación estima que la responsabilidad objeto de exoneración es la responsabilidad solidaria del párrafo segundo del art. 42 del ET. Tiene carácter mayoritario comparada con las dos anteriores³⁰² y es, a mi juicio, la que se deriva del propio texto del artículo y de una interpretación lógica y conjunta de los dos apartados del art. 42.

Considero con carácter previo a su análisis

³⁰¹ En este sentido MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: "Subcontrata de obras y servicios..." op. cit. Pág. 21.

³⁰² A favor de ella se han manifestado principalmente MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: "Subcontrata de obras y servicios..." op. cit. Pág. 21; RAYÓN SUÁREZ, E.: "La repercusión..." op. cit. Pág. 47; RODRÍGUEZ SANTOS, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores...* op. cit. Págs. 443 y 444; CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral..." op. cit. Págs. 159 y ss; MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: *La responsabilidad en orden a las prestaciones...* op. cit. Págs. 204 y 205; GARCÍA PAREDES, Mª L.: "Posición del trabajador..." op. cit. Págs. 624 y 625; CAMPS RUIZ, L.M. "El nuevo Reglamento General de Recaudación..." op. cit. Págs. 15 y 16; AA.VV. (Dir. SALA FRANCO, T.): *Derecho del Trabajo...* op. cit. Pág. 265.

detallado, señalar que entre los autores que han optado por esta interpretación se han adoptado dos posturas:

a) Una mayoritaria, que considera que se produce la exención de responsabilidad del art. 42.2 del ET en lo que se refiere a obligaciones referidas a la Seguridad Social, quedando vigente la responsabilidad en materia salarial y la responsabilidad subsidiaria derivada del art. 127.1 de la LGSS³⁰³.

b) Una minoritaria, defendida por CRUZ VILLALÓN, que estima que también se exime de la responsabilidad subsidiaria derivada de la LGSS, en base a que "el ET establece una exoneración indiferenciada de responsabilidad sin limitarla directamente a la prevista en el propio art. 42"³⁰⁴.

A mi juicio esta segunda interpretación carece de sentido puesto que dado que se trata de una excepción a una regla general de responsabilidad, debe ser interpretada restrictivamente y limitarla al texto en el que se dispone; además, las diferentes responsabilidades del ET y de la LGSS juegan como compartimentos estancos

³⁰³ Es sustentada por todos los autores citados en la nota anterior menos el que se cita en la letra b) del texto.

³⁰⁴ En "Descentralización productiva y responsabilidad laboral..." op. cit. Pág. 162.

que de ninguna manera se conectan.

Igual rechazo ha de recibir la posibilidad de sustentar la idea de que se exonera también el empresario principal de la responsabilidad solidaria en materia salarial, puesto que el párrafo segundo del art. 42 del ET expresamente señala la responsabilidad solidaria respecto de estas partidas, excepcionándola sólo en cuanto a la "Seguridad Social", con lo que querer derivar otra cosa sería una interpretación *in peius* para el trabajador y *contra legem*.

Por tanto, se exonera de <toda> la responsabilidad que se puede derivar en materia de Seguridad Social, la cual se señaló cuando se fijó que partidas se incluían en esta al estudiar el ámbito de la responsabilidad en esta materia³⁰⁵. Se hace esta precisión porque una STSJ de Andalucía (Sevilla) de 23 de febrero de 1995³⁰⁶ señaló que de lo que se exonera es sólo del impago de las cotizaciones pero no así del de las prestaciones de las que pueda resultar responsable ya que nacen en un momento posterior, lo cual en mi opinión no es correcto puesto que el artículo señala esa exoneración sin hacer

³⁰⁵ Vid supra punto 4.5.1.

³⁰⁶ Ar. 752. Ponente: Sr. D. Juan Manuel López Garrido de la Serrana.

referencia a determinadas obligaciones, con lo que si ha podido ser responsable de ellas, también ha de tener la posibilidad de exonerarse.

Una vez precisado su ámbito, los razonamientos fundamentales de esta posición son los siguientes³⁰⁷:

1. Es la postura que corresponde con el sentido propio de las palabras que figuran en la norma. El beneficio que se otorga al empresario principal que da eficaz y diligente cumplimiento al deber de comprobación que le incumbe, constituye una auténtica exoneración, en cuanto que libera al mismo de la carga que supone la responsabilidad que en lo referente a la Seguridad Social, viene atribuida legalmente y, con carácter general, al comitente por el solo hecho de celebrar la clase de contrata o subcontrata que la norma precisa y que afecta a las obligaciones en tal materia contraídas por el contratista, durante el período de vigencia de la contrata, en relación, naturalmente, con los trabajadores ocupados en la misma.

2. Es adecuada de acuerdo con su contexto. Desde un punto de vista sistemático, la conclusión que se mantiene también resulta apropiada, dado que la salvedad

que figura al comienzo del apartado 2, examinada en relación con el efecto exoneratorio previsto en el anterior apartado, adquiere pleno sentido y significación, en tanto que concreta y precisa la responsabilidad a la que se extiende dicho efecto, que no es otra, que la relativa a las obligaciones contraídas por los contratistas, referidas a la Seguridad Social, durante el período de vigencia de la contrata.

3. Es la resultante de la compulsión de sus antecedentes históricos, ya que las normas que constituyen sus precedentes limitaban la responsabilidad solidaria que atribuían al empresario principal a las obligaciones contraídas durante el período de vigencia de la contrata, sin extenderla, por tanto, a las correspondientes a períodos anteriores.

Esta claridad y rotundidad de esos argumentos hacen que la cuestión se halle solventada y que, pese a las críticas que se han vertido a la misma³⁰⁸, sea la

³⁰⁷ En este sentido MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *El Estatuto de los Trabajadores...* op. cit. Págs. 26 y ss.

³⁰⁸ Señaladas fundamentalmente por GARCÍA MURCIA (En "El trabajo en contratas..." op. cit. Pág. 36) y MARTÍN VALVERDE (En "Responsabilidad empresarial..." op. cit. Pág. 254), han sido las siguientes:

interpretación que se ha de seguir.

Pese a que no se ha pronunciado la jurisprudencia directamente sobre esta cuestión, de algunos pronunciamientos judiciales sí que parece deducirse que esta es la interpretación correcta, tal como dispone la citada anteriormente STSJ de Cataluña de 29 de Abril de

1. El apartado uno del art. 42 del ET se refiere a las deudas anteriores a la contrata, y el apartado dos del mismo artículo, a las surgidas durante dicho negocio. No parece, por tanto, adecuado pensar que porque el contratista esté al corriente en el pago de las deudas anteriores, vaya a cumplir siempre con sus obligaciones posteriores.

2. El apartado primero del art. 42 del ET establece una medida de saneamiento del mercado negocial entre las empresas. El apartado segundo del mismo artículo, sin embargo, establece una regulación protectora del trabajo en contratas. Parece que hay que deslindar, por tanto, ambos supuestos, y pensar que el cumplimiento de aquella obligación o medida de saneamiento, no tiene por qué exonerar de responsabilidad por las deudas que surjan durante la contrata. En caso contrario, difícilmente podría hablarse de una "regulación protectora del trabajo en contratas".

3. Exonerar al empresario principal por el simple hecho que la entidad gestora no haya contestado a su instancia parece un resultado desproporcionado en cuanto a la ventaja para la empresa afectada y en cuanto a la desventaja de la Tesorería General de la Seguridad Social.

4. Por último, exonerar de la responsabilidad solidaria establecida para las obligaciones de Seguridad Social nacidas durante la contrata por el simple hecho de que la Entidad Gestora no conteste a la solicitud carece de todo antecedente histórico legislativo (según el DCE y LRL, siempre se respondía de las obligaciones nacidas de la contrata), y parece una prima demasiado sustanciosa para un empresario que se limita a cumplir una obligación legal o a no contratar con empresarios morosos.

1995 que señala que "[como consecuencia de] la interrelación entre los dos párrafos del art. 42 del ET, como en ellos mismos se efectúa al establecer el plazo de espera, cabe concluir que la responsabilidad de la que se exonera al empresario principal de no librársele en plazo la certificación de descubiertos debe ser la íntegra responsabilidad que en otro caso se le impone en el propio artículo" o la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 23 de febrero de 1995³⁰⁹ que se pronuncia en el sentido de que "el citado art. 42 se refiere a la responsabilidad por el impago de cotizaciones, responsabilidad de la que se liberan obteniendo el certificado al que alude la norma".

La cuestión a nivel de las consultas hechas a la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social no está muy clara puesto que como se ha señalado con anterioridad, en fecha de 12 de abril de 1991 pareció inclinarse por la de la responsabilidad subsidiaria por deudas anteriores, mientras que en una Resolución de 2 de enero de 1981 se decantó claramente por la interpretación de que la exoneración se producirá respecto de las obligaciones de la Seguridad Social de las que pueda resultar responsable

³⁰⁹ Ar. 752. Ponente: Sr. D. Manuel López García de la

en virtud del art. 42.2 del ET, desechando toda posible responsabilidad por descubiertos anteriores a la formalización de la contrata³¹⁰.

Por último quiero señalar que el art. 10.3 b) del RGR, señala expresamente que se "quedará exonerado de la responsabilidad solidaria a que se refiere el apartado 2 del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores". En mi opinión, la dicción clara y precisa que se ha utilizado en el RGR en ningún caso supone una extralimitación de sus funciones puesto que como he señalado anteriormente, de la propia lectura del art. 42 del ET se extraía esta interpretación, con lo que lo único que se ha hecho es utilizar términos precisos para acabar con la disputa doctrinal.

Serrana.

³¹⁰ Literalmente se señala que: "(...) el apartado segundo del art. 42 ET resulta claro que la responsabilidad solidaria del empresario principal se refiere exclusivamente a las obligaciones del subcontratista respecto a la Seguridad Social contraídas exclusivamente durante el período de vigencia de la contrata, no alcanzando, pues, a las que hubiera contraído con anterioridad al comienzo de la contrata. Si, como es procedente, se pone en relación este apartado segundo del art. 42 con el apartado primero del mismo, resulta, que lo que está contemplando este apartado primero es la facultad que tiene el empresario principal de exigir a la Seguridad Social la oportuna certificación acreditativa de si existen o no descubiertos de los que, conforme al apartado segundo, sería responsable solidario y, por tanto, de los descubiertos que se hayan podido originar durante el período de vigencia de la contrata".

3.8.2. Supuestos en los que opera la exoneración.

Una cuestión que ha planteado también divergencias entre la propia doctrina laboralista es la relativa a en qué casos se produce la exoneración de responsabilidad solidaria analizada en el punto anterior.

Lógicamente, si no se pide la certificación habrá exoneración de responsabilidad, ya que de una actitud totalmente pasiva no se puede derivar ningún beneficio; tampoco la habrá en el caso en que solicitada la certificación, esta refleje descubiertos y el empresario principal decida contratar con el contratista, pues le es perfectamente conocida la situación al empresario principal.

Tampoco ofrece problemas para la doctrina científica³¹¹ la exoneración de responsabilidad si, solicitada la certificación, la entidad gestora no contesta, pues teniendo en cuenta la literalidad del

³¹¹ Vid MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: "La titularidad de la empresa..." op. cit. Pág. 141; GARCÍA NINET, I.: Responsabilidad empresarial... op. cit. Pág. 304; GARCÍA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas..." op. cit. Pág. 37; PALOMEQUE LÓPEZ, M. Y ALVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo...* op. cit. Pág. 569; ALONSO OLEA Y CASAS BAAMONDE, E.: *Derecho del Trabajo...* op. cit. Pág. 104; CAMPS RUIZ, L.M.: "El nuevo Reglamento General de Recaudación..." op. cit. Pág. 15; MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo...* op. cit. Pág. 412; AA.VV. (Dir. SALA FRANCO, T.): *Derecho del Trabajo...* op. cit. Pág. 264.

precepto que dispone "transcurrido ese plazo" (treinta días), la exoneración tendrá lugar sólo por el traspaso de ese plazo, con independencia que el contratista tenga obligaciones pendientes con la Seguridad Social, ya que la entidad gestora ha actuado con negligencia y ha retardado su contestación, lo que conlleva a que ella acarree las consecuencias.

El problema se ha planteado a la hora de considerar si se produce exoneración de responsabilidad en el caso de que la entidad gestora conteste de forma negativa, es decir, que la certificación no refleje descubiertos pendientes del contratista o subcontratista. Así, frente a la postura anterior que sólo considera que hay exoneración cuando no contesta, se encuentra otra posición³¹² que señala que también se produce si ésta contesta de forma negativa.

En mi opinión y en base a que sustento la teoría de que la solicitud de la certificación ha de ser periódica, el hecho de que conteste de forma negativa la entidad gestora conlleva la no imputación de responsabilidad al

³¹² Vid, entre otros, MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: "Subcontrata de obras y servicios..." op. cit. Pág. 32 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva..." op. cit. Pág. 157; BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. Y MOMPALER CARRASCO, M^a A.: *Curso de Seguridad Social*. Valencia, 1995 (2^a ed.). Tirant lo

empresario principal pero no porque el certificado sea negativo sino porque el contratista está al corriente. Esta situación se mantendrá hasta que se vuelva a pedir al mes siguiente, ya que en caso de no hacerlo y tener descubiertos el contratista, se habrá exonerado el empresario principal de los períodos en lo que o ha contestado negativamente o no ha contestado, pero no así de los que no solicite certificación o de los que se muestre que se está en descubierto.

En base a esta opinión estimo que la exención expresa que realiza el RGR en el art. 10.3 b) cuando señala que el empresario principal no será responsable si "se extendiere certificación negativa o transcurriere el indicado plazo (treinta días) sin haberse expedido la misma", es legal y no se ha extralimitado de su función en este aspecto concreto, ya que esta se deducía del art. 42 del ET.

3.8.3. Exigencia de responsabilidad durante el plazo de contestación.

El último problema que se plantea en orden a las consecuencias del cumplimiento o no del deber de comprobación se centra en si es exigible responsabilidad

Blanch. Pág. 231; y HERNÁNDEZ PÉREZ, M.J.: *La responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones...* op. cit. Pág. 230.

al empresario principal durante el plazo de 30 días durante el cual debe emitir la certificación negativa de descubiertos. La respuesta no es fácil, ya que todo dependerá de la responsabilidad de que pueda ser objeto de exoneración, para así poder derivar qué tipo de responsabilidad no se le exige en este caso concreto.

La doctrina mayoritaria³¹³ considera que durante el plazo que tiene la entidad gestora para contestar acerca de la situación del contratista o subcontratista no existe responsabilidad por las obligaciones de la Seguridad Social que se le puedan imputar, en base a una interpretación literal del art. 42.2 del ET, ya que, tal como se ha visto anteriormente, establece la responsabilidad "salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social".

En mi opinión, durante ese plazo sí que cabe que se exija responsabilidad, puesto que como he señalado anteriormente, sólo se exonera si contesta negativamente o no contesta, y si la certificación se ha de solicitar mes a mes, si transcurrido uno y solicitada, los posibles

³¹³ MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: "La titularidad de la empresa..." *op. cit.* Pág. 142.; MARTÍN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial..." *op. cit.* Pág. 266; GARCÍA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas..." *op. cit.* Pág. 51; CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral..." *op. cit.* Pág. 155.

descubiertos que puede mostrar la siguiente certificación que pida se referirán a un período de tiempo que puede coincidir con el que ha utilizado la entidad gestora para contestar a la anterior certificación si ha utilizado treinta días, con lo que sería ilógico esa exoneración, puesto que si se ha de pedir mes a mes para que tenga efectos exoneratorios, si durante el plazo que tiene para contestar no hay responsabilidad, no será responsable nunca el empresario principal, pues le bastará con ir solicitándola todos los meses.

CAPITULO III

**LA SEGURIDAD Y SALUD EN
LAS CONTRATAS Y
SUBCONTRATAS: OBLIGACIONES
Y RESPONSABILIDADES**

1. Consideraciones previas: la Ley 31/1995, de 8 de febrero, de Prevención de Riesgos Laborales.

Otro de los puntos importantes en materia de contratas y subcontratas de obras y servicios es el relativo a las diferentes responsabilidades respecto de la seguridad y salud en el trabajo, puesto que la especialidad de las relaciones de los trabajadores y los empresarios que entran en juego hace que la regulación existente presente unos perfiles característicos diferentes a los que tiene la relación laboral típica.

La norma que regula los distintos puntos relativos a la seguridad y salud es la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, la cual fue reivindicada como necesaria por los agentes sociales desde hace muchos años³¹⁴.

³¹⁴ De hecho, la aprobación de esta ley siguió un camino muy largo, ya que hubo un primer intento que se plasmó en el Anteproyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 20 de enero de 1992, el cual no llegó a culminarse en la práctica por la larga discusión en su tramitación parlamentaria (fundamentalmente se dio entre los ministros de Economía, Carlos Solchaga, y de Trabajo, Luis Martín Noval), y la sobrevenida disolución de las Cámaras como consecuencia de la convocatoria de elecciones anticipadas en Junio de 1993. Para un estudio detallado de esta propuesta vid FERNÁNDEZ MARCOS, L.: "Reflexiones sobre la anunciada Ley de seguridad e higiene desde las normas de la OIT y CEE". AL, 1991, n° 1. Págs. 9 a 20; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "El empresario como deudor de seguridad en la Directiva 89/391 y en el anteproyecto de Ley de prevención de riesgos laborales". TrS, 1992, n° 22. Págs. 34

Su negociación fue difícil por la confrontación existente, por un lado, entre los intereses empresariales y sindicales y, por otro, entre los distintos partidos políticos a la hora de su tramitación parlamentaria. De hecho, ésta fue una de las últimas leyes aprobadas de la anterior legislatura y corrió el riesgo de ocurrirle como a su anterior anteproyecto.

Esta norma ha supuesto un hito importante en la materia de seguridad y salud en el trabajo en virtud, tal como dispone su Exposición de Motivos, de los siguientes hechos:

1º) Se ha dado pleno cumplimiento, por un lado, al mandato constitucional previsto en el art. 40.2³¹⁵ que

a 37; PINILLA GARCÍA, J.: "El próximo marco normativo y organizativo de la prevención en España". ST, 1992, n° 92. Págs. 35 a 38.

³¹⁵ Este artículo está situado dentro del Capítulo III del Título I de la CE, relativo a los principios rectores de la política social y económica, los cuales funcionan como principios informadores de la legislación. Sus características más importantes son las siguientes: son auténticas normas jurídicas [así lo reafirmó la STCO de 2 de Febrero de 1987 (BJC 1981-I. RI-1) disponiendo que los principios generales del Derecho, incluidos en la Constitución, participan de la misma fuerza que la misma]; tienen valor normativo inmediato y directo, y, por último, el sujeto obligado por ellos es el Estado, pero en caso de que no observe este mandato no se le puede constreñir al cumplimiento porque estos principios no conceden derechos subjetivos a los ciudadanos mientras no hayan sido desarrollados y concretados por la legislación. En base a estos caracteres, AMORÓS JORDÁ los ha denominado "normas programáticas o directivas constitucionales". En "De los

dispone la "obligación de los poderes públicos de fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesionales [velando] por la seguridad e higiene en el trabajo (...)"³¹⁶ y, por otro, al art. 118 A del Tratado Constitutivo de la CEE, añadido por el Acta Única firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 que impone a los Estados miembros la obligación de promover "la mejora del medio de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores y se fijarán como objetivo la armonización dentro del progreso de las condiciones existentes en ese ámbito".

La incorporación de ese inciso al Tratado supuso la asunción a nivel comunitario de nuevas competencias en materia social, lo cual se materializó en la promulgación de normas comunitarias que tuvieron como objetivo el

principios rectores de la política social y económica", en Comentarios a la Leyes Políticas (Dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.). RDP (Tomo IV). Madrid, 1984. Edersa. Págs. 3 a 16; Vid un estudio específico de esta materia en SERRANO, J.L.: "Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica". REP, 1987, n° 56. Págs. 95 a 119 y ECHEVARRÍA MAYO, B.: "Los principios rectores de Política Social y Económica", en Comentarios a las Leyes Políticas... op. cit. Págs. 51 a 73.

³¹⁶ También supone la plasmación, aunque de forma secundaria, de los arts. 15 ("Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (...)", 43.1 ("Se reconoce el derecho a la protección de la salud") y 43.2 ("Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios (...)") de la CE.

establecimiento de criterios mínimamente equiparables en las materias que recoge. El cambio que se produjo con su aprobación fue importante, pues casi todas las materias relativas al Derecho del Trabajo eran de competencia exclusiva de los Estados miembros, limitándose la actuación comunitaria a intentar la colaboración de los distintos países (así lo dispone el art. 118 TCCEE que al respecto encomienda a la Comisión la función de promover una <estrecha colaboración> entre los Estados miembros en el campo social, en particular en lo referente al empleo, al Derecho del Trabajo y a las condiciones de trabajo, a la formación y al perfeccionamiento profesional, a la Seguridad Social, a la protección contra los accidentes de trabajo y al Derecho Sindical y a las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores), no siendo posible, por tanto, ninguna actuación normativa común por parte de las instituciones europeas, salvo que la cuestión tuviera incidencia directa sobre la instauración y funcionamiento del mercado común y se adoptara por unanimidad (art. 100 TCCEE), requisitos que eran muy estrictos y de difícil cumplimiento. Con la inserción de un nuevo párrafo al art. 118 TCCEE se impuso al Consejo la obligación de adoptar, por mayoría cualificada, disposiciones mínimas (mediante directivas) que habrían de aplicarse progresivamente, "teniendo en cuenta las condiciones y regulaciones técnicas existentes en cada uno

de los Estados miembros" (art. 118 A, párrafo segundo). Por tanto, la armonización se convirtió en un objetivo a conseguir tanto por los Estados miembros de forma individual como por la actuación conjunta de los órganos comunitarios³¹⁷.

2º) Se ha adaptado el derecho español, aunque sea tardíamente³¹⁸, a la Directiva Marco 89/391/CEE, de 12

³¹⁷ En este sentido, vid DURÁN LÓPEZ, F.: "La armonización de los ordenamientos laborales de los Estados miembros de la CEE. Problemas, alternativas y soluciones". RIE, 1990, n° 1. Págs. 71 a 84; LANDA ZAPIRAIN, J.P.: "La ejecución del nuevo programa de la acción social de la CEE". RIE, 1991, n° 3. Págs. 930 a 933; GARZÓN CLARIANA, G.: "El nuevo Derecho Social de la Comunidad Europea: objetivos y medios". RIE, 1992, n° 1. Págs. 48 a 52; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *El derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*. Madrid, 1994. Civitas. Págs. 48 a 55.

³¹⁸ Según lo dispuesto en el art. 18 (Disposiciones Finales) de la Directiva 89/391/CEE, "los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva, a más tardar el 31 de Diciembre de 1992". Ante este incumplimiento no se ha podido predicar de esta Directiva ni <una aplicación directa>, la cual está limitada para los Reglamentos Comunitarios (art. 189.2 del Tratado de Roma), ni un <efecto directo>, ya que no cumple los dos primeros requisitos de los cuatro que son necesarios para que se aprecie por los tribunales (vid la importante STJCE de 5 de Abril de 1979 (Rec. 1979, págs. 1629 a 1656). Asunto 148/78. Ministère public contre Tullio Ratti) que, en suma, son los siguientes: 1) Que se trate de una norma clara, precisa e incondicional que no deje margen de apreciación ni a los Estados miembros ni a las instituciones comunitarias; 2) Que confiera derechos a los particulares; 3) Que haya transcurrido el plazo fijado para su ejecución; 4) Que haya un incumplimiento por parte del Estado miembro (bien porque no la haya ejecutado, o porque lo haya hecho de modo incompleto o

de junio, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo³¹⁹, al tiempo que incorpora en esta materia las disposiciones de otras normas como son las Directivas 92/85/CEE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de

incorrecto). Sobre la no consideración de eficacia directa de esta Directiva Marco vid APARICIO TOVAR, J.: "Sobre la responsabilidad civil del empresario por infracción de las obligaciones de seguridad y salubridad en el trabajo". RL, 1994, n° 14. Pág. 8; y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: "El nuevo marco jurídico de la prevención de riesgos laborales: la Ley 31/1995, de 8 de noviembre". AL, 1996, n° 8. Pág. 201.

Para un conocimiento más amplio del funcionamiento y efectos de la eficacia directa de las Directivas vid MILLÁN MORRO, L.: "<Aplicabilidad directa> y <efecto directo> en Derecho Comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia". RIE, 1984, n° 1, . Págs. 445 a 474; Id. autor: "La eficacia directa de las Directivas: evolución reciente". RIE, 1991, n° 3. Págs. 845 y ss; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La aplicación en España de las Directivas Comunitarias en materia de salud laboral". TL, 1993, n° 27. Págs. 4 a 19; y, por último, MARTÍNEZ MENDOZA, J.M.: "El proceso de armonización de la seguridad e higiene en el trabajo en los Tratados de la Comunidad Económica Europea". RL, 1996, n° 14. Págs. 101 a 103.

³¹⁹ DOCE L 183, de 29 de junio de 1989. Vid un estudio amplio de esta Directiva en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F: "La Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del Ordenamiento (I)". RL, 1991, n° 8. Págs. 46 a 65 y en GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: "El significado de la normativa comunitaria en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo. La Directiva 89/391/CEE". AL, 1991, n° 32. Págs. 393 a 398.

lactancia³²⁰, 94/33/CEE, de 22 de junio, relativa a la protección de los trabajadores jóvenes³²¹ y 91/383/CEE, de 25 de junio, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación de duración determinada o de empresas de trabajo temporal^{322 323}.

3º) Algunos de los principios generales dictados por la OIT en materia de seguridad e higiene en el trabajo han encontrado su materialización en la LPRL. En este punto destacan, por un lado, el Convenio de 22 de Junio de 1981 (nº 155) relativo a la Seguridad e Higiene en el trabajo y medio ambiente de trabajo³²⁴, cuyas prescripciones se han incorporado y han sido dotadas de

³²⁰ DOCE L 384, de 28 de noviembre de 1992.

³²¹ DOCE L 216, de 20 de agosto de 1994.

³²² DOCE L 206, de 29 de julio de 1991.

³²³ Para una enumeración y breve estudio de todas las Directivas comunitarias referidas a la materia de seguridad e higiene vid GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ, F.: "La materia laboral de seguridad e higiene en las Directivas comunitarias". LL, 1989 (I). Págs. 1296 a 1306; CASTELLÁ, J.L., GRAU, M y PINILLA, J: "Repertorio de Directivas vigentes y programadas sobre seguridad y salud en el trabajo estructurado analíticamente". ST, 1993, nº 95. Págs. 25 y ss.; SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F.: Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales. Valencia, 1996. Tirant lo Blanch. Págs. 21 a 24.

³²⁴ Ratificado por Instrumento de 26 de julio de 1985 (BOE de 11 de noviembre de 1985).

rango legal³²⁵ y, por otro, la Recomendación n° 164 sobre *seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo*, que complementa al anterior.

4°) Se le ha dado a la materia de seguridad y salud una visión unitaria en la política de prevención de riesgos laborales, lo cual había sido solicitado por la doctrina como necesario, debido a que existía una gran dispersión de la normativa hasta entonces vigente, fruto de la acumulación de normas a lo largo de los años, teniendo éstas asimismo, rangos muy diferentes, habiéndose llegado a una situación en la que no se sabía con seguridad que normas estaban en vigor y cuales no.

5°) Y, por último, se han actualizado las regulaciones ya desfasadas, bien derogándolas o

³²⁵ Para tener una idea de cual ha sido la influencia del Convenio n° 155 en la LPRL, conviene conocer cuales eran las previsiones que aconsejaba a los distintos Estados: la puesta en práctica y examen periódico de una política nacional coherente en materia de seguridad, higiene y medio ambiente de trabajo (art. 4); el establecimiento de sistemas de control en orden al cumplimiento de las leyes y de los reglamentos relativos a la seguridad, la higiene y el medio ambiente de trabajo (art. 9); las precauciones que se han de tomar cuando se ceden o suministran equipos, substancias o maquinaria (art. 12); que los empleadores realicen una actividad encaminada a la prevención de accidentes (art. 16); la cooperación entre las empresas cuando desarrollen simultáneamente actividades en un mismo centro de trabajo (art. 17); esa cooperación también se debe de incentivar dentro de la empresa entre los empleadores, los trabajadores y sus empresas (art. 20); la asunción de los gastos en materia de seguridad e higiene a cargo del empleador, nunca del trabajador (art. 21).

poniéndolas al día, a la vez que se han recogido situaciones no contempladas con anterioridad debido a que se ha optado por una política más protectora³²⁶. Piénsese, por ejemplo, en la protección otorgada en la LPRL a los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos (art. 25 de la LPRL).

Con todo esto se puede ver que la adopción definitiva de la LPRL supuso el cumplimiento de toda una serie de compromisos que se habían adquirido, lo cual además era necesario por el carácter obsoleto e inadecuado de las diferentes normas que hasta ese momento regulaban la cuestión y cuyo nivel de protección al trabajador era mínimo.

La LPRL contiene un total de 54 artículos, trece Disposiciones Adicionales, dos Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones Finales.

En este capítulo sólo serán objeto de estudio, respecto de la LPRL, el art. 24 relativo a las obligaciones de los contratistas y los empresarios principales durante el desempeño de la contrata, y el art. 42, en referencia con la responsabilidad administrativa.

³²⁶ Vid PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: "El nuevo marco jurídico de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales..." op. cit. Pág. 200.

No obstante, también se analizarán otros textos legales como consecuencia de las posibles responsabilidades penales, civiles y de seguridad social que se puedan derivar de los incumplimientos tipificados en la LPRL.

2. Regulación legal y planteamiento de la cuestión.

Una vez realizada una breve introducción relativa a la normativa que fundamentalmente regula la seguridad y salud en el trabajo y a sus principales características, estimo adecuado señalar brevemente el contenido de los distintos preceptos que hacen referencia a la cuestión que es objeto de tratamiento en este capítulo con la finalidad de tener un esquema claro de lo que será objeto de estudio, ya que como se ha apuntado anteriormente, entran en juego varios textos legales.

Lo primero que será objeto de atención, con carácter previo al estudio de las distintas responsabilidades que se pueden desencadenar como consecuencia de un incumplimiento, son las obligaciones que tienen encomendadas cada uno de los empresarios que van a desempeñar su labor junto con otros, puesto que lógicamente no se pueden derivar responsabilidades si no hay enumeradas previamente una serie de obligaciones que constriñan al cumplimiento de algo.

En relación con los contratistas, en la medida en que respecto de sus trabajadores se presentan como un empresario tradicional, sus obligaciones vienen dispuestas a lo largo de prácticamente todo el articulado de la LPRL, las cuales se agrupan bajo la obligación general de seguridad³²⁷, no siendo precisa su enumeración con excepción de aquellos supuestos en los que se realice expresa mención junto al empresario comitente y respecto de la contrata que se está desempeñando. En este caso le es aplicable la previsión del art. 24.1 de la LPRL que dispone la obligación de cooperar en la aplicación de la normativa de prevención en los casos en que concurren varios empresarios en un mismo lugar de trabajo.

En cuanto al empresario principal, sus obligaciones vienen enumeradas en el mismo artículo señalado en el párrafo precedente. A éste le será aplicable además de la obligación de cooperación, las previsiones de los párrafos

³²⁷ Se trata de una obligación contractual que conlleva el correlativo derecho del trabajador a la protección. En cuanto a su amplio contenido, PALOMEQUE LÓPEZ ha señalado hasta doce especificaciones, siendo de destacar, entre otras, la evaluación de riesgos, la formación de los trabajadores o la constitución de servicios de prevención. El listado completo se encuentra en "El nuevo marco jurídico de la prevención de riesgos..." *op. cit.* Págs. 209 y 210. Para conocer la amplitud de este deber y todas sus especificaciones *vid* GONZÁLEZ LABRADA, M.: "La Ley de Prevención de Riesgos Laborales y la obligación contractual de seguridad e higiene: significado y contenido". AL, 1996, N° 7. Págs. 173 a 198.

segundo y tercero, que disponen además respecto de este sujeto concreto, por un lado, una obligación de dar información e instrucciones al resto de empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo así como y, por otro, de vigilar, que los contratistas cumplan las obligaciones que le encomienda la normativa de prevención.

Una vez aclaradas y fijadas las obligaciones se estudiarán las distintas responsabilidades que pueden entrar en juego, puesto que de acuerdo con lo que señala el art. 42.1 de la LPRL "el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento". Por tanto, los textos legales que deberán estudiarse serán los que regulan la responsabilidad administrativa (art. 42 de la LPRL), la civil (arts. 1101 y 1902 del CC) y la penal (316 y 317 del CP)

Estas diferentes responsabilidades supondrán que finalmente, junto al estudio de éstas, se realice un análisis de los posibles problemas de concurrencia e incompatibilidades entre ellas.

3. Obligaciones de los empresarios en las contratatas o subcontratatas de obras y servicios.

Tal como se ha señalado brevemente en el apartado anterior, las obligaciones que tienen los distintos empresarios cuando concurren con otros en materia de seguridad y salud en el trabajo vienen fijadas en el art. 24 de la LPRL. Los diferentes párrafos que al respecto han regulado la cuestión presentan perfiles diferentes, por lo que para realizar un estudio claro y profundo se han de distinguir varias situaciones según que el trabajo se preste o no en el mismo lugar de trabajo y se tenga o no relación jurídica entre los empresarios que desempeñan su labor.

3.1. La cooperación interempresarial.

La primera conducta a observar por parte de los empresarios que comparten en el desempeño de su labor un mismo centro de trabajo viene prevista en el párrafo primero del art. 24 de la LPRL, que al respecto señala que todos ellos "deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales".

Esta previsión es fiel reflejo de lo dispuesto en el

art. 17³²⁸ del Convenio n° 155 de la OIT y en el art. 6.4³²⁹ de la Directiva 89/391/CEE, con lo que en este aspecto se han seguido de forma correcta las directrices internacionales y comunitarias.

Se trata de una imposición a la que le es indiferente si entre dichos empresarios existe una relación jurídica o jerárquica³³⁰, puesto que lo único que se erige como requisito primordial es que desempeñen su trabajo teniendo un lugar común. Por tanto, y respecto de la contratas, obliga tanto a los empresarios principales como a los

328 "Siempre que en dos o más empresas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo tendrán el deber de colaborar en la aplicación de las medidas previstas en el presente Convenio".

329 "Sin perjuicio de las demás disposiciones de la presente Directiva, cuando en un mismo lugar de trabajo estén presentes trabajadores de varias empresas, los empresarios deberán cooperar en la aplicación de las disposiciones relativas a la seguridad, la higiene y la salud, así como, habida cuenta el tipo de actividades, coordinarse con vistas a la protección y prevención de riesgos profesionales, informarse mutuamente de dichos riesgos, e informar a sus trabajadores respectivos y/o sus representantes".

330 En mi opinión GARCÍA NINET Y VICENTE PALACIO (En AA.VV. (Dir. GARCÍA NINET, J.I.: *Lecciones sobre la Ley de Prevención...op. cit.* Pág. 115) parten erróneamente de la idea de que el centro de trabajo tiene que pertenecer necesariamente a una de las empresas que desempeña el trabajo junto con las otras, lo cual no se deriva necesariamente del precepto y puede no darse en la realidad como ha señalado GOERLICH PESET (En "Coordinación de actividades empresariales... op. cit. Pág. 131) aportando, a modo de ejemplo, la concurrencia de unas empresas en un polígono o en un edificio de oficinas, donde ninguna de las que trabaja es la titular del centro.

contratistas o subcontratistas, siendo como una especie de principio general que debe regir todas las situaciones en las que se comparte el centro de trabajo.

Con carácter previo al estudio del contenido de ese deber de cooperación estimo conveniente realizar una precisión. Así, de una lectura literal del párrafo primero del art. 24 de la LPRL, se deduce que esa cooperación se ha de llevar a cabo cuando se comparta un mismo centro de trabajo. En este sentido la redacción ha sido incorrecta, puesto que la noción de <centro de trabajo> es, siguiendo el art. 1.5 del ET, muy acotada, ya que como ha señalado la doctrina lo realmente importante y que está en la base de su finalidad son las condiciones materiales, locales, medios e instrumentos de trabajo, el espacio y el entorno físico que rodea la prestación de trabajo³³¹.

En vista de esto, lo adecuado es estimar que bajo esa expresión se está haciendo referencia al lugar de trabajo, cuyo ámbito objetivo es mucho más amplio que el anterior, permitiendo que la protección se aplique de forma más correcta y siendo además la expresión que utilizan la normativa internacional y comunitaria señalada

³³¹ FERNÁNDEZ MARCOS, L.: "Responsabilidad del empresario principal..." *op. cit.* Pág. 9.

anteriormente³³².

La forma de materializar esa cooperación viene señalada en parte en el mismo párrafo³³³, disponiendo que se deberán establecer los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales. Se trata, por tanto, de una actuación conjunta para poder valorar los posibles riesgos que se puedan originar de su prestación laboral, ya se deriven de su actuación individualizada o en común, para evitarlos o en su caso adoptar las medidas necesarias para aminorar sus consecuencias, estableciendo al efecto medidas conjuntas y sistemas de seguridad compartidos.

Pese a que literalmente el art. 24.1 de la LPRL no prevé la información entre los empresarios, a mi juicio

³³² En este sentido se ha pronunciado, entre otros, GOERLICH PESET, apoyando su posición en la STS (UD) de 18 de abril de 1992, que consideró como centro de trabajo un poste del tendido de una línea eléctrica. En "Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales". AL, 1997, n° 8. Págs. 128 y 129.

El propio Convenio n° 155 de la OIT define en el art. 3 c) la expresión <lugar de trabajo> como la que abarca "todos los sitios donde los trabajadores deben permanecer o adonde tienen que acudir por razón de su trabajo, y que se hallan bajo el control directo o indirecto del empleador".

³³³ En contra VALVERDE ASECIO que critica la indefinición existente en cuanto a la delimitación de su contenido. En *La responsabilidad administrativa laboral en los supuestos de pluralidad...* op. cit. Págs. 100 a 103.

está implícita dentro de la coordinación entre ellos.

Una forma de viabilizar correctamente esa práctica conjunta sería a través de la representación especializada en materia de seguridad y salud en el trabajo, es decir, los delegados de prevención o el Comité de Seguridad y Salud. De hecho, la propia LPRL en el art. 39.3 prevé la posibilidad de que estos realicen reuniones conjuntas con el fin de facilitar la coordinación que los empresarios tienen encomendada, pero se deja en todo caso a discreción del empresario el utilizar esa vía³³⁴.

El mismo párrafo que está siendo objeto de análisis en este punto prevé una obligación de información por parte de los empresarios a sus trabajadores que van a desempeñar la labor en ese centro, previsión que, a mi juicio, es obvia ya que venía prevista en el art. 18.1 de la LPRL que señala la obligación de informar por parte del empresario a sus trabajadores en relación con los riesgos para la seguridad y la salud, las medidas y actividades de

³³⁴ En este sentido el párrafo primero del art. 21 del Reglamento de Servicios de Prevención (Real Decreto 39/1997, de 17 de enero. BOE de 31 de enero) dispone la posibilidad de constituir "servicios de prevención mancomunados entre aquellas empresas que desarrollen simultáneamente actividades en un mismo centro de trabajo, edificio o centro comercial, siempre que quede garantizada la operatividad y eficacia del servicio en los términos previstos en el apartado 3 del art. 15 de esta disposición". Vid también GOERLICH PESET, J.M.: "Coordinación de actividades empresariales..." op. cit. Pág. 133.

protección y las medidas de emergencia.

Por tanto, la primera obligación a observar por los empresarios que compartan un mismo lugar de trabajo, con independencia de la relación jurídica que entre ellos exista, es la de cooperar con el fin de prevenir los posibles riesgos existentes, debiendo actuar de forma conjunta en todos los aspectos referentes a la seguridad y salud. Que no sea necesaria esa relación jurídica no quiere decir que no se aplique, de existir ésta, a las empresas que la tengan, con lo que en caso de contratas y subcontratas tanto el empresario principal como el contratista están obligados a coordinarse respecto de esta materia.

3.2. El traspaso de información e instrucciones adecuadas por el empresario titular del centro de trabajo.

La segunda obligación a observar, en este caso sólo por el empresario titular del centro de trabajo, que podrá ser empresario principal o no según que haya celebrado una contrata u otro negocio jurídico, viene recogida en el apartado segundo del art. 24 de la LPRL y señala al respecto que éste deberá adoptar las medidas necesarias para que aquéllos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo "reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con

los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores".

En este supuesto la posición del empresario titular se ve reforzada en lo que se refiere a las obligaciones que se tienen que llevar a cabo, puesto que tiene respecto de los demás empresarios una posición que sobresale lo que le hace objeto también de mayores responsabilidades.

Con carácter previo al análisis de esta obligación quiero aclarar que, en mi opinión, las obligaciones que en este supuesto le son imputadas al empresario titular no supone que el resto se vean relegadas de las suyas, es decir, que la obligación de coordinación del párrafo primero del art. 24 sigue rigiendo las relaciones entre todos los empresarios pese a que uno de ellos haya adquirido cierto protagonismo³³⁵. Lo que sí estarán en todo caso es más relativizadas pero nunca anuladas.

Fundamentalmente en este apartado se está obligando al empresario titular en dos sentidos:

³³⁵ Vid VALVERDE ASECIO, A.J.: *La responsabilidad administrativa laboral en los supuestos...* op. cit. Pág. 100, y GOERLICH PESET, J.M.: "Coordinación de actividades empresariales..." op. cit. Pág. 134.

a) Por un lado, debe facilitar información al resto de empresarios que están desempeñando su trabajo en el centro del que él es titular. Ésta debe versar sobre los riesgos existentes, las medidas de protección y prevención, así como las medidas de emergencia respecto de su centro de trabajo a aplicar, lo cual es lógico puesto que como titular es conocedor de todas esas circunstancias y de las condiciones a aplicar.

En este traspaso de información es lógicamente necesaria la cooperación de los destinatarios de ésta, ya que, de no existir, las actividades en materia de prevención que pudiera realizar el titular resultarían ineficaces, puesto que la información como he señalado se limita al centro de trabajo que detenta, con lo que es necesaria la coordinación de los otros empresarios, ya sean titulares o no de éste, para que comuniquen los posibles riesgos que se pueden derivar de su actuación y de los instrumentos y materiales que utilicen. Con ello se reafirma, por tanto, la idea de que los párrafos primero y segundo del art. 24 se complementan y no se excluyen.

Posteriormente, esa información deberá a su vez ser transmitida por el contratista a sus trabajadores que son, en suma, los sujetos que fundamentan esa coordinación y a los que se pretende proteger.

b) Y, por otro, debe dar instrucciones adecuadas

en relación con la materias señaladas en la letra anterior. La interpretación de esta obligación plantea un problema en cuanto a los destinatarios de ella. Si se sigue una interpretación literal de la norma, de ella se deduce que los destinatarios, al igual que en el anterior supuesto, son el resto de empresarios que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa principal. Sin embargo, el art. 12 de la Directiva 89/391/CEE dispone que "el empresario deberá garantizar que los trabajadores de las empresas exteriores que intervengan en su empresa o establecimiento hayan recibido las instrucciones pertinentes en lo que respecta a los riesgos para la seguridad y la salud durante su actividad en su empresa y/o establecimiento".

Por tanto, entre dichas normas se observa una discordancia sobre los sujetos que deben recibir dicha información, puesto que de la LPRL se deduce que son los empresarios que comparten el lugar de trabajo, mientras que de la Directiva los destinatarios son los trabajadores de estas empresas.

En este sentido GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR se han inclinado por interpretar el párrafo de acuerdo con lo señalado por la Directiva, añadiendo que la impartición de esas instrucciones conlleva una obligación de formación a esos trabajadores en relación con los riesgos de su centro

de trabajo y las medidas para combatirlos³³⁶.

A mi juicio esta interpretación no se puede derivar del dictado del artículo y considero que las precauciones y obligaciones que deba tomar el empresario principal han de moverse en el nivel del resto de empresarios, dejando a estos últimos que viabilicen el asesoramiento y formación con sus propios trabajadores, puesto que la relación directa con el empresario es la que mejor adaptará las distintas directrices señaladas por el empresario titular y la que tendrá en cuenta las especificaciones y observaciones de cada uno.

En resumen, si cuando se coincide en un mismo lugar de trabajo, existe un empresario que tenga el carácter de titular frente a una o todas las empresas que allí trabajan, él mismo tendrá que llevar a cabo unas obligaciones adicionales de información e impartición de instrucciones como consecuencia de ser el mejor conocedor del espacio donde se desarrollará la actividad laboral. El resto de empresarios, pese a que el titular del centro tiene unas específicas obligaciones, no se ven relegados de las obligaciones señaladas en el art. 24.1 de la LPRL, puesto que su incursión conlleva la aparición de nuevos

³³⁶ En *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*. Madrid, 1996. Trotta. Pág. 163.

riesgos, los cuales han de ser objeto de prevención conjuntamente.

3.3. La vigilancia del empresario principal.

El párrafo tercero del art. 24 de la LPRL recoge una obligación cuyo destinatario es el empresario principal que ha celebrado una contrata o subcontrata de obras o servicios. Ésta consiste en que éste debe llevar a cabo una vigilancia a los contratistas y subcontratistas en el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Se trata de una conducta que sólo han de observar los empresarios que adquieran la condición de principales, la cual sólo se tiene cuando se celebra una contrata o subcontrata de obras o servicios.

Conviene aclarar que pese a que en las obligaciones señaladas en los puntos anteriores no se hacía referencia expresa a esa condición, esto no supone que los empresarios que tuvieran el carácter de principal no resultaran obligados sino muy al contrario, puesto que se encuentran enunciadas con carácter general respecto de cualquier sujeto que tenga la condición de empresario. Por tanto, se trata de obligaciones que se solapan unas con otras y de ninguna manera se excluyen.

Pero decir que todos los que celebren una contrata y que pasen a ser empresarios principales van a resultar obligados a observar esta conducta es erróneo, puesto que siguiendo la lectura del párrafo tercero del art. 24 de la LPRL se dispone que esta previsión sólo se aplica a las contratas de propia actividad. De nuevo aparece esta expresión que como ya se señaló su interpretación ha seguido unas líneas confusas y de difícil delimitación tanto para la doctrina como para la jurisprudencia.

Algún pronunciamiento doctrinal³³⁷ ha señalado la necesidad de no prestar atención a esta inclusión y de tenerla por no puesta. A mi juicio esta interpretación no es admisible puesto hay que distinguir claramente dos planos: uno el de lo dispuesto por la ley; y otro el de lo que hubiera sido correcto en esa disposición. Que se haya insertado esa expresión es criticable y más con los precedentes del art. 42 del ET. Pero que esto sea así no permite optar por considerarla no existente, puesto que si el legislador la ha puesto esa parece ser su intención y a ella hay que atenerse. Por tanto, la previsión del art. 24.3 de la LPRL se ceñirá a las contratas y subcontratas

³³⁷ Así se ha pronunciado GONZÁLEZ ORTEGA, S. Y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención...op. cit.* Págs. 164 y 165.

de propia actividad³³⁸, sobre cuya definición me remito a lo que he señalado anteriormente cuando se estudió expresamente³³⁹.

Siguiendo con la delimitación del supuesto de hecho del párrafo tercero del art. 24 de la LPRL, la obligación de vigilancia regirá mientras dure la contrata, es decir, durante el tiempo en que los contratistas o subcontratistas estén desempeñando su labor en la empresa principal, no pudiendo extrapolarse a otros períodos de tiempo puesto que en tal caso sería imposible materializar este control por estar fuera del alcance de las posibilidades de la empresa principal.

Se trata de una obligación que no se ha de dirigir hacia los trabajadores de los contratistas o subcontratistas sino respecto de estos últimos, ya que todo lo que tenga que ver con sus trabajadores es obligación de su propio empresario, puesto que la relación de dependencia se encuentra establecida entre el trabajador y el contratista, debiendo éste observar,

³³⁸ En este sentido se pronuncian también, entre otros, GARCÍA MURCIA, J.: "Régimen de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo". En AA.VV.: *Seguridad y salud en el trabajo*. Madrid, 1997. La Ley-Actualidad. Pág. 227 y SÁNCHEZ CUBEL, D.: *Todo sobre la nueva Ley de Prevención...op. cit.* Págs. 108 y 109.

³³⁹ *Vid supra* punto 3.2 del Capítulo I.

controlar y vigilar el cumplimiento de las normas respecto de sus trabajadores, quedándole eso sí al empresario principal, y en referencia con los contratistas o subcontratistas, la obligación de vigilancia como consecuencia del desempeño de la labor en su centro de trabajo.

Siguiendo con la cuestión de los sujetos obligados, se plantea el problema de qué ocurre cuando se da una cadena de sucesivos contratistas o subcontratistas en el desempeño de unas tareas. Considero acertada la interpretación de GOERLICH PESET que señala que tal obligación afecta a todos los sucesivos empresarios que puedan adquirir la condición de principales, pero en lo que no estoy de acuerdo es en que utiliza como argumento fundamental el hecho de que comparten un mismo centro de trabajo³⁴⁰. Tal como he señalado antes, este concepto no sólo se limita al espacio de la empresa en sí sino a posibles dependencias exteriores como, por ejemplo, postes eléctricos, con lo que la vigilancia en este sentido puede debilitarse.

En mi opinión, el hecho de la existencia de una coordinación empresarial justifica esa responsabilidad en

³⁴⁰ En "Coordinación de actividades empresariales..." op. cit. Pág. 148.

cadena, pues esa planificación conjunta de los riesgos y de su prevención hace que a la hora de exigir responsabilidades se pueda encadenar al resto de empresarios, puesto que han participado en la elaboración del plan de seguridad. Esta cooperación es además la que permite llegar a una conclusión distinta a la obtenida del ET³⁴¹.

Una vez delimitado el supuesto de hecho de este párrafo conviene definir en qué consiste este deber *in vigilando*. Tal como se ha señalado el empresario principal ha de vigilar que el contratista cumpla las obligaciones que le atribuye la normativa de prevención de riesgos laborales con el fin de prevenir los posibles incumplimientos y consecuentes accidentes de trabajo que pueden acaecer, de los que resultará responsable tal como se verá posteriormente.

Se ha considerado que esta obligación de vigilar lleva implícita un deber *in eligendo*, es decir, comprobar que los contratistas y subcontratistas reúnen las condiciones para poder cumplir sus obligaciones³⁴². En mi opinión, este cuidado en elegir no se deriva sólo de este

³⁴¹ Vid supra punto 4.3 del Capítulo I.

³⁴² Vid SÁNCHEZ CUBEL, D.: *Todo sobre la nueva Ley de Prevención de Riesgos...op. cit.* Pág. 109.

párrafo sino del anterior, puesto que desde el momento en que se va a compartir un lugar de trabajo se ha de prestar atención a los empresarios que van a prestar su labor en la medida en que de su actuación dependerá también la seguridad de sus trabajadores y, por tanto, su responsabilidad.

Por tanto, y para finalizar este punto, en materia de seguridad y salud el empresario principal tiene atribuido literalmente un deber de vigilancia respecto del cumplimiento de la normativa de prevención por parte del contratista, lo cual le convierte en un obligado principal y, como luego se verá, en responsable.

3.4. La obligación de recabar información respecto de los fabricantes, importadores y suministradores.

La última obligación que debe observar en este caso el empresario principal viene regulada en el párrafo cuarto del art. 24 de la LPRL que al efecto señala que "las obligaciones consignadas en el último párrafo del apartado 1 del artículo 41 de esta Ley serán también de aplicación, respecto de las operaciones contratadas, en los supuestos en que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista no presten servicios en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que tales trabajadores deban operar con maquinaria, equipos,

productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal".

De la lectura de este precepto dos conclusiones se pueden deducir:

1°. Que se está haciendo referencia a contratatas o subcontratatas que se van a desempeñar fuera del centro de trabajo de la empresa principal, con lo cual se disponen unas obligaciones respecto de un supuesto de hecho diferente del que hasta el momento se estaba estudiando que partía de la premisa de que varias empresas compartían en el desempeño de sus funciones en un mismo lugar de trabajo.

2°. Que se está disponiendo una obligación que lógicamente, en vista de que no se comparte centro de trabajo, nada tiene que ver con la propia actividad que se pueda dar entre la empresa principal y la contratista o subcontratista.

Por tanto, como esos contratistas o subcontratistas van a operar con maquinas, equipos o materias primas suministrados por la empresa principal, ésta deberá informar sobre su utilización correcta y adecuada de forma que no suponga un riesgo para la seguridad y salud, información que en todo caso habrá recabado de los fabricantes, importadores o suministradores de esos

utensilios o productos, con lo que hay una equiparación entre el empresario principal y los sujetos de los que recoge la información³⁴³. Pero estimo que sólo con informar no es suficiente sino que deberán encargarse de que la utilización sea correcta, proporcionando los medios adecuados a los contratista.

Esa información del empresario principal al contratista o subcontratista deberá ser traspasada a los trabajadores de éstas últimas que son los que en última instancia utilizarán los medios suministrados por la comitente.

4. Responsabilidades derivadas de los incumplimientos de las obligaciones en materia de seguridad y salud.

Tal como se ha señalado brevemente al inicio de este capítulo, las obligaciones que tienen los contratistas, subcontratistas, empresarios principales y, con carácter general, el resto de empresarios que comparten un mismo lugar de trabajo llevan acarreadas toda una serie de consecuencias en caso de que se incumplan, puesto que de nada serviría disponer unas prescripciones si su

³⁴³ Así se han pronunciado GONZÁLEZ ORTEGA, S. Y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1955, de Prevención...op. cit.* Pág. 166; y GOERLICH PESET, J.M.: "Coordinación de actividades empresariales..." *op. cit.* Pág. 154.

incumplimiento no está sancionado.

Ahora bien, esas responsabilidades en virtud de lo señalado en el art. 42.1 de la LPRL pueden ser de diversos tipos:

a) Administrativas, que serán las dispuestas fundamentalmente en el articulado de la LPRL.

b) Penales, que se regirán, en un principio, por lo señalado en los arts. 316 y 317 del CP, donde se tipifican los delitos contra los trabajadores.

c) Civiles, que se pueden distinguir tres modalidades:

1. Responsabilidad contractual, regulada en el art. 1101 del CoC.

2. Responsabilidad extracontractual, recogida en el art. 1902 del CoC.

3. La responsabilidad civil que puede derivarse de la comisión de un delito o falta, regulada en el art. 116.1 del CP

d) Por último, quedan las responsabilidades laborales, materializadas principalmente en el recargo de prestaciones de trabajo, regulado en el art. 123.1 de la LGSS.

La existencia de todo este conglomerado así como su posible superposición da lugar a que se realice un análisis por separado de cada una de ellas, delimitando los tipos que recogen los distintos artículos y las distintas responsabilidades que se derivan de ellos, para poder determinar en qué supuestos se aplican y bajo qué condicionante, así como su compatibilidad o incompatibilidad ante el acaecimiento de una contingencia laboral.

4.1. Responsabilidades administrativas.

Las distintas responsabilidades administrativas que se pueden derivar de la comisión de un ilícito de las mismas características se encuentran reguladas en los arts. 42 a 47 de la LPRL, correspondiendo a los arts. 48 a 51 del mismo texto legal regir todo lo relativo a las infracciones que se aplicarán y su régimen de graduación y prescripción.

Esta regulación de la responsabilidad no es novedosa en el ordenamiento laboral español en lo que se refiere a las contratas y subcontratas de obras y servicios pues con anterioridad ya se habían previsto algunas de las cuestiones que hoy se han impuesto tras la aprobación de la LPRL, las cuales considero que deben ser analizadas brevemente con el fin de obtener una visión completa y

razonable de la cuestión.

4.1.1. Antecedentes históricos.

Con anterioridad a la aprobación de la LPRL, la normativa que regulaba la responsabilidad administrativa en materia de seguridad e higiene venía determinada en dos importantes textos normativos:

1º) En un principio, la responsabilidad en las contratas y subcontratas estaba regulada en el art. 153.2 de la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo³⁴⁴, que señalaba que "la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento de las obligaciones que impone esta Ordenanza respecto a los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal"³⁴⁵.

³⁴⁴ Orden de 9 de marzo de 1971 (BOE de 17 de marzo).

³⁴⁵ Esta previsión se complementaba con el Decreto 1860/1975, de 10 de julio, por el que se regulaba el procedimiento administrativo para la imposición de sanciones por infracciones de las leyes sociales (BOE de 12 de agosto), cuyo art. 2.3 disponía que "la empresa principal será solidariamente responsable con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento de las obligaciones salariales, de la Seguridad Social y de las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo, con respecto a los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal". Actualmente este texto legal ha sido derogado por la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto

Durante la vigencia de la Ordenanza se planteó una discordancia entre dos órdenes jurisprudenciales en cuanto a si ese artículo seguía vigente una vez aprobado el ET, ya que en éste no se hacía ninguna referencia a la materia de seguridad e higiene en el trabajo, lo cual hizo pensar en la posibilidad de que siguiera vigente para regular la responsabilidad en relación a ese tipo de materias. La jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo optó por considerarlo derogado resolviendo que "extiende la responsabilidad solidaria a la empresa principal más allá de los límites permitidos en el art. 42 del ET"³⁴⁶, mientras que la de la Sala de lo Social interpretó que

396/1996, de 1 de marzo (BOE de 2 de abril), sobre el procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social.

³⁴⁶ STS (CA) de 5 de Febrero de 1992 (Ar. 886). Ponente: Sr. D. Marcelino Murillo Martín de los Santos. En el mismo sentido SSTS (CA) de 1 de Diciembre de 1990 (Ar. 9702). Ponente: Sr. D. Juan Ventura Fuentes Lojo y 10 de Mayo de 1990 (Ar. 3744). Ponente: Sr. D. Diego Rosas Hidalgo: "(...) El art. 153.2 de la Orden de 9 de Marzo de 1971 queda derogado en cuanto extiende la responsabilidad por accidentes a la empresa principal, que ciertamente contrata con el contratista cuyo obrero sufre accidente, pero que por ello no asume corresponsabilidad en el orden sancionatorio en el que sólo es dable una exigencia individualizada y personal de responsabilidad; no es que el mencionado artículo 153 como encuadrado en una simple orden carezca de rango legal para servir de cobertura a la sanción, sino que dicho precepto está derogado por la nueva normativa, como incompatible con ella al no extenderse la responsabilidad solidaria más que a los supuestos que menciona el citado artículo 42, quedando excluido el supuesto de autos y por ende inaplicable al caso (...)".

seguía vigente³⁴⁷. Parece que debe primar la doctrina señalada por la primera Sala puesto que es a ella a quién le corresponde conocer este tipo de temas, y no a la jurisdicción social.

2º) El segundo texto en el que se recogía la materia de seguridad e higiene era la LISOS, que en su art. 40.2 introdujo una nueva regulación de la responsabilidad empresarial en materia de seguridad e higiene del empresario principal, puesto que le hace responder directamente del incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de seguridad e higiene durante el período de vigencia de la contrata, siempre que la infracción se hubiera producido en su centro de trabajo.

Con esta norma se produjo definitivamente la derogación, aunque no expresa, sí tácita del art. 153.2 de la Ordenanza.

Las características fundamentales de esa nueva regulación eran:

³⁴⁷ STS (UD) de 18 de Abril de 1992 (Ar. 4849). Ponente: Sr. D. Luis Gil Suárez. "(...) No existe contraposición o enfrentamiento entre este art. 42.2 y el comentado art. 153 de la Ordenanza de Seguridad e Higiene, sino proximidad o coincidencia".

1. Frente a la responsabilidad solidaria que establecían los antecedentes normativos³⁴⁸, dispuso que la responsabilidad del empresario principal sería directa y ex lege respecto de los trabajadores del contratista o subcontratista³⁴⁹. Cada empresario respondería de sus infracciones, habiendo algunos casos en que ambos empresarios serían responsables si tenían establecidas obligaciones conjuntas, pero esto no supondría que la responsabilidad fuera solidaria, sino que se impondría una sanción a cada uno, pues, aunque fuera la misma, el sujeto destinatario era diferente. Se señalaron como argumentos

³⁴⁸ Art. 153.2 de la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Vid en este sentido la STS (CA) de 14 de Diciembre de 1982 (Ar. 8011). Ponente: Sr. D. Julio Fernández Santamaría. "(...) Para adjudicar la responsabilidad solidaria a que se refiere el art. 153 de la citada Ordenanza no basta que una empresa encargue a otra la realización de unas obras en su centro de trabajo, sino que se precisa para adquirir el carácter de empresa o empresario principal que éstos desenvuelvan la misma actividad que la empresa contratada o subcontratada (...)"

³⁴⁹ CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva..." op. cit. Pág. 149; FERNÁNDEZ MARCOS, L.: "Responsabilidad del empresario respecto de contratistas..." op. cit. Pág. 3; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial...* op. cit. Pág. 93; GARCÍA PAREDES, Mª L.: "Posición del trabajador..." op. cit. Pág. 630; DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA, L.: "Responsabilidad de la empresa principal en el caso de contratación o subcontratación de obras o servicios en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Consideraciones sobre el Proyecto de Ley de prevención de riesgos laborales". AL, 1995, nº 30. Pág. 524;

en favor de esta posición³⁵⁰:

a) La literalidad del precepto, que disponía la responsabilidad individualizada y directa de cada uno los empresarios infractores.

b) El cambio de redacción que se había producido entre el texto definitivamente aprobado que excluía de su dicción el precepto de "responsabilidad solidaria", y el Proyecto de Ley, en el que sí constaba .

Esta cuestión, no obstante, no era compartida por un sector de la doctrina³⁵¹ que consideraba que la responsabilidad era solidaria, en base a dos observaciones:

a) Por una lado, una interpretación conjunta de los preceptos contenidos en el art. 40 de la LISOS.

b) Y, por otro, porque tal es el tipo de

³⁵⁰ CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva..." op. cit. Pág. 194.

³⁵¹ GARCÍA BLASCO, J.: "Infracciones y sanciones en materia laboral. Comentarios a la Ley 8/88 de 7 de Abril". Cuadernos Civitas, 1989. Pág. 163; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "El nuevo marco legal de la potestad sancionadora de la Administración en el orden social". RL, 1992, n° 11. Pág. 53.

responsabilidad previsto en el art. 42.2 del ET para las obligaciones salariales y de Seguridad Social.

A mi juicio, no son admisibles ninguno de estos argumentos, puesto que de la lectura del art. 40 de la LISOS lo que se deducía era una responsabilidad individual de cada uno de los empresarios y, en el caso del art. 42.2 del ET, derivar una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones en materia de seguridad e higiene supone forzar mucho la interpretación, así como extender la responsabilidad a un concepto que no está previsto expresamente, lo cual va en contra de la Ley, ya que las obligaciones no se presumen, sino que han de estar expresamente previstas en ella.

Por tanto, responsabilidad individualizada y directa de cada uno de los empresarios -principal y contratista-. Esto supone que en el caso de que exista un incumplimiento sólo del empresario contratista no podrá extenderse de forma solidaria la responsabilidad al empresario principal ya que en mi opinión se trata de incumplimientos personales de cada uno que no pueden comunicarse puesto que la solidaridad no se presume.

2. Para que entrara en juego la responsabilidad establecida en el citado artículo era necesario que

concurrieran tres requisitos³⁵²:

a) Que se tratara de la contratación de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal.

b) Que la actividad laboral de los trabajadores del contratista o subcontratista se realizara en el centro de trabajo de la empresa principal.

c) Que la contrata estuviera vigente en el momento de la infracción.

En resumen, con anterioridad a la aprobación de la LPRL en materia de contrataciones y subcontratas se encontraba fijada una responsabilidad directa del empresario principal respecto de sus incumplimientos, situación que como se verá ha cambiado actualmente, habiéndose vuelto al tipo de responsabilidad que se había fijado con anterioridad a la LISOS, es decir, la responsabilidad solidaria.

³⁵² FERNÁNDEZ MARCOS, L.: "Responsabilidad del empresario..." op. cit. Pág. 4.

4.1.2. Regulación actual.

Una vez se han señalado las diferentes obligaciones que tienen los empresarios que entran en juego en una contrata o subcontrata, procede señalar cuales son las responsabilidades que se van a aplicar en el caso de que no sean observadas, así como las sanciones a imputar derivadas de éstas últimas.

4.1.2.1. Carácter de la responsabilidad.

Una cuestión que es importante dejar clara antes de pasar al estudio de las distintas responsabilidades que conllevan el incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud es la que consiste en fijar si la responsabilidad administrativa que se imputa a los empresarios, ya sean contratistas o principales, es de carácter objetivo o exige la presencia de elementos de dolo o culpabilidad.

Con carácter general, en el Derecho Administrativo Sancionador se pueden observar claramente dos tendencias opuestas³⁵³: la primera, caracterizada por ser la que primero apareció en el tiempo, partía de la idea de que la imputación de las infracciones administrativas era de

³⁵³ Así lo señala NIETO, A.: *Derecho Administrativo Sancionador...op. cit.* Págs. 339 a 342.

forma objetiva, es decir, voluntaria, no debiendo tener en cuenta la presencia de elementos como el dolo o la culpa del Derecho Penal, puesto que no es necesario que sigan las mismas directrices.

Posee dicha interpretación apoyo doctrinal, tal como se manifiesta OLIET PALA, que estima que la responsabilidad administrativa es de carácter objetivo, en la que los elementos como el dolo o la culpabilidad sólo se utilizan para graduar las sanciones³⁵⁴, y jurisprudencial, como muestra, por ejemplo, la STS de 29 de diciembre de 1981³⁵⁵, que señala que "el fundamento de la responsabilidad empresarial se centra más en la transgresión del ordenamiento jurídico que en los elementos subjetivos de dolo o culpa (...); el incumplimiento objetivo de la regla jurídica hace ajustada a derecho la infracción sancionada, independientemente de que acaezca un daño efectivo o una nueva situación de peligro".

Sin embargo, junto a esa interpretación fue ganando terreno otra, que estima que para la aplicación e imputación de las sanciones se requiere la presencia de

³⁵⁴ En "Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social (Comentarios a la Ley 8/88, de 7 de abril). AL, 1989, n° 3. Pág. 26.

³⁵⁵ Ar. 2162. Ponente: Sr. D. Andrés Gallardo Ros.

elementos de dolo o culpa, la cual se ha visto apoyada por algunas opiniones doctrinales³⁵⁶ y jurisprudenciales, como las SSTs (CA) de 6 de abril de 1995³⁵⁷ que señala que "los principios de derecho penal en el procedimiento administrativo sancionador se han de aplicar de forma íntegra [puesto que en caso contrario se corre el peligro] de desnaturalizar el carácter administrativo de las sanciones", o la de 1 de diciembre de 1990³⁵⁸, que parte de la premisa de que "la exigencia de culpabilidad en la infracción y la presunción inocencia suponen una barrera infranqueable de normas infraconstitucionales que establezcan supuestos de responsabilidad por una infracción". En este sentido, también se ha pronunciado la doctrina constitucional reflejada en las sentencias

³⁵⁶ En este sentido se han pronunciado, entre otros, Díez GARCÍA DE LA BORBOLLA, L.: "Responsabilidad de la empresa principal..." *op. cit.* Págs. 526 a 528; GARCÍA BLASCO, J.: "Infracciones y sanciones..." *op. cit.* Pág. 162.

CRUZ VILLALÓN parece adoptar una posición intermedia puesto que parte de la necesidad de que la aplicación del principio de culpabilidad se realice "con importantes matices", señalando entre ellos que debe haber algún elemento de voluntariedad en la conducta pero cuya valoración ha de hacerse con una fuerte atenuación (En "Descentralización productiva y responsabilidad laboral..." *op. cit.* Pág.).

³⁵⁷ Ar. 2943. Ponente: Sr. D. Mariano Baena del Alcázar.

³⁵⁸ Ar. 9702. Ponente: Sr. D. Juan Ventura Fuentes Lojo.

246/1991, de 19 de diciembre³⁵⁹, que al respecto señaló que "el principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado, resulta inadmisibile en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva, sin culpa"; y 76/1990, de 26 de abril³⁶⁰, que en relación con una norma tributaria, señala que "no existe un régimen de responsabilidad objetiva en materia de infracciones tributarias", lo cual es trasladable a este supuesto porque es la misma Administración.

Una vez hecho este breve planteamiento de cómo se encuentra la situación a nivel general, trasladada la cuestión a la LPRL se ha de concluir que la regulación que contiene, en contra de la nueva tendencia que se había dibujado sobre la valoración de la responsabilidad por dolo o culpa, se aprecia con carácter general en su articulado que la responsabilidad es objetiva, señalando la mayoría de la doctrina como argumentos principales los

³⁵⁹ BJC 129-1992. Ponente: Sr. D. Francisco Tomás y Valiente.

³⁶⁰ BJC 109-1990. Ponente: Sr. D. Jesús Leguina Villa.

siguientes³⁶¹:

1. A la hora de determinar cuándo acaece una responsabilidad administrativa, el art. 42.1 de la LPRL señala que por incumplimiento de los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. Por tanto, basta esa no observancia de la ley para que se estime que hay infracción, con independencia de que en esa conducta se haya apreciado dolo o culpa.

2. El incumplimiento por parte de los trabajadores de sus obligaciones en materia de seguridad y salud no va a suponer una atenuación de la responsabilidad del empresario por el hecho acaecido.

3. El hecho de que las medidas que adopte el empresario han de prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador, reafirma que se está ante una responsabilidad objetiva (art. 15.4 de la LPRL).

4. Y, por último, que la conducta del empresario

³⁶¹ En este sentido vid SALA FRANCO, T. Y ARNAU NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Valencia, 1996. Tirant lo Blanch. Págs. 216 y 217; TOLOSA TRIBIÑO, C.: "La responsabilidad en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales". AL, 1996, n° 17. Pág. 369; GONZÁLEZ ORTEGA, S. Y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención...op. cit.* Pág. ; PÁRAMO MONTERO, P.: "Estudio

sólo es apreciada para graduar las sanciones (art. 49 de la LPRL).

No obstante, MONTOYA MELGAR y PIZÁ GRANADOS³⁶² han señalado en contra de esta interpretación, que estima la responsabilidad empresarial de la LPRL como objetiva, que ha de prevalecer la imputación de la responsabilidad empresarial valorando la presencia de elementos dolosos y culposos, fundamentándose en que, por un lado, se ha de observar siempre la presunción de inocencia que fija el art. 24.2 de la CE, puesto que de considerar la responsabilidad de carácter objetivo se vulneraría ésta, y, por otro, la jurisprudencia del TC³⁶³ que ha rechazado la responsabilidad objetiva en la imputación de ilícitos administrativos.

En mi opinión, del texto de la LPRL sólo se puede concluir que la responsabilidad del empresario respecto de sus trabajadores es objetiva, puesto que se ha acogido la idea de que ya que el desempeño de una actividad empresarial normalmente genera unos riesgos, y en vista de

sobre la responsabilidad empresarial en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales". RL, 1996, nº 16-17. Pág. 16.

³⁶² En *Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo*. Madrid, 1996. McGraw Hill. Págs. 281 a 283.

³⁶³ Sobre esta me remito a la citada en las págs. anteriores.

que algunos son inevitables o imprevisibles, la responsabilidad del empresario se ha de imputar por el simple hecho de desempeñar su actividad. No creo que haya una ruptura del principio de la presunción de inocencia pues éste ha de ser valorado teniendo en cuenta sobre qué materias se pretende aplicar, y considero que en la relativa a la seguridad e higiene su valoración ha de particularizarse en base a la situación del empresario y de la actividad que desempeña, la cual por sí misma es generadora de numerosos riesgos respecto de los cuales los trabajadores han de ser protegidos de forma absoluta.

Si acaecida la situación de riesgo se comprueba que no hubo incumplimiento por parte del empresario sino que el accidente ha ocurrido por el mero desempeño de la actividad laboral, la responsabilidad se trasladará a la Seguridad Social, pero si, en cambio, se demuestra que existió incumplimiento por parte del empresario, la responsabilidad será total de éste. En caso de no poder hacer frente a esas prestaciones, la Seguridad Social adelantará al trabajador lo necesario para cubrirle el riesgo o daño que ha sufrido, pero en todo caso ésta se lo podrá reclamar al empresario.

Hecha esta apreciación conviene precisar que a mi modo de ver, la responsabilidad del contratista sigue la línea general de la LPRL, es decir, es objetiva, por las

razones que se han señalado en los párrafos precedentes. Sin embargo, trasladada la cuestión no sobre el empresario directo del trabajador sino sobre el empresario principal, considero que su responsabilidad no sigue la misma línea, es decir que es por culpa, pues como se ha visto, tiene atribuido, entre otros, un deber de vigilancia, y es en caso de no observarlo cuando se le considerará responsable³⁶⁴.

El hecho de conectar conceptos como la solidaridad y la responsabilidad por culpa no ha de resultar extraño pues así lo ha señalado el TC en la sentencia 76/1990, de 26 de abril³⁶⁵, disponiendo la compatibilidad entre la solidaridad y la culpabilidad pues "no es trasladable al ámbito de las infracciones administrativas la interdicción constitucional de la responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho Penal puesto que no es lo mismo responder solidariamente cuando lo que está en juego es la libertad que hacerlo a través del pago de una cierta suma de dinero en la que se concreta la sanción (...)".

³⁶⁴ En este sentido se pronuncia PÁRAMO MONTERO, P.: "Estudio sobre la responsabilidad empresarial..." op. cit. Pág. 22. En contra TOLOSA TRIBIÑO, que considera que la consideración de responsable solidario es un exponente de que la responsabilidad es objetiva. En "La responsabilidad empresarial..." op. cit. Pág. 369.

³⁶⁵ BJC 109-1990. Ponente: Jesús Leguina Villa.

Por tanto, estimar al empresario principal como responsable solidario por una conducta imprudente no ha de llevar a pensar que su imputación será dificultosa pues estimo que acaecido un accidente respecto de un trabajador de la contratista será fácil demostrar la participación en éste del empresario principal puesto que si ha ocurrido ha sido en parte porque no ha observado la labor de vigilancia a que le obliga la ley, siendo más difícil demostrar por su parte que el accidente ha acaecido pese a que él ha llevado a cabo esa vigilancia.

4.1.2.2. Responsabilidades derivadas del incumplimiento de las obligaciones dispuestas en los párrafos primero y segundo del art. 24 de la LPRL.

Las exigencias señaladas en los apartados primero y segundo del art. 24 de la LPRL, que como se recuerda, disponían deberes de coordinación entre los empresarios y la obligación de informar por parte del empresario titular del centro de trabajo, tienen acarreadas unas consecuencias en caso de incumplimiento o, más exactamente, unas infracciones, definidas como "las acciones u omisiones de los empresarios que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y de la salud laboral sujetas a responsabilidades conforme a la

presente Ley" (art. 45.1 de la LPRL).

La no adopción por los empresarios de su obligación de coordinación empresarial para la protección y prevención de riesgos laborales se encuentra tipificada como infracción grave en el art. 47.13, mientras que la no información por parte del empresario titular del centro de trabajo al resto de empresarios que desarrollan actividades en el mismo centro de trabajo sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia, lo está también como infracción grave en el mismo artículo pero en el párrafo 14.

La diferencia que hay en cuanto a la aplicación estriba en que así como la responsabilidad del empresario titular del centro por falta de información es individual, la relativa a la obligación de coordinación, si en su infracción han incurrido varios o todos los empresarios que compartían el centro, estimo que se puede señalar a todos ellos responsables solidarios en base al art. 130.3.1 de la LRJAP que dispone que "cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan", puesto que se trata de la misma obligación enunciada en los mismos términos para

todos los empresarios implicados, lo cual permite entender que es posible la solidaridad³⁶⁶.

Si bien no existe legalmente recogida la responsabilidad solidaria, el hecho de que la misma obligación se encuentre fijada para varios sujetos permite en caso de infracción conjunta o plural, considerarlos como responsables solidarios.

Ambas infracciones tienen una sanción de multa que va desde las 250.001 ptas., del grado mínimo, a los 5.000.000 de ptas., que corresponde al máximo (art. 49.4 b)), graduación que en todo caso dependerá de criterios como la peligrosidad de las actividades desarrolladas en la empresa o centro de trabajo, el carácter permanente o transitorio de los riesgos inherentes a dichas actividades, la gravedad de los daños producidos o que hubieran podido producirse por la ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias, el número de trabajadores afectados, las medidas de protección individual o colectiva adoptadas por el empresario y las

³⁶⁶ Así lo señala GOERLICH PESET, J.M.: "Coordinación de actividades empresariales..." op. cit. Pág. 136. En contra PÁRAMO MONTERO que señala que para poder apreciar la solidaridad es necesario que lo establezca una ley concreta. En "En torno al artículo 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: la problemática de la responsabilidad solidaria. Especial referencia a las obras de construcción". RL, 1997, n° 20. Pág. 153.

instrucciones impartidas por éste en orden a la prevención de riesgos, el incumplimiento de advertencias o requerimientos previos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social... (art. 49.1 de la LPRL).

Hay que añadir que la cuantía de la infracción puede verse incrementada hasta el duplo del grado de la sanción correspondiente a la infracción cometida, cuando se incurra en reincidencia, lo cual acaece cuando se "comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el término de un año desde la comisión de ésta, [siempre que] la resolución sancionadora hubiere adquirido firmeza" (art. 50 de la LPRL).

Conviene señalar también que se puede llegar a suspender la actividad laboral por un determinado tiempo e incluso al cierre del centro de trabajo cuando concurren circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 53 de la LPRL).

Por último queda por señalar el régimen de la prescripción. En materia de infracciones viene recogido en el art. 51 de la LPRL, señalando que las graves, que son las que se están tratando en este apartado, prescribirán a los cinco años. Sin embargo, la prescripción de las sanciones no se encuentra regulada en la LPRL con lo que

hay que remitirse al art. 132 de la LRJAP, que señala que prescriben a los dos años.

4.1.2.3. La responsabilidad solidaria del empresario principal.

La obligación del empresario principal señalada en el art. 24.3 de la LPRL, consistente en vigilar que los contratistas o subcontratistas cumplan la normativa de prevención de riesgos laborales, tiene la importante consecuencia de que, en caso de inobservancia, "la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas (...) de las obligaciones impuestas en esta Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal".

No hay que olvidar que junto a la necesidad de que la infracción haya acaecido en el centro de trabajo de la empresa principal, se requiere que se trate de contrataciones o subcontratas que correspondan a la propia actividad del empresario principal.

Por tanto, y en virtud de ese deber *in vigilando* que se le ha impuesto al empresario principal, cuando se produzca un accidente en su centro de trabajo y en virtud de un incumplimiento de la normativa de seguridad y salud

por parte del empresario contratista, deberá responder solidariamente puesto que ese deber le coloca en una posición de garante respecto de los trabajadores de la contratista³⁶⁷.

La regulación legal y las consecuencias que se derivan de la aplicación de la misma son fiel reflejo del art. 130.3.2° de la LRJAP que al respecto dispone que "serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas o jurídicas sobre las que recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores". Por tanto, la responsabilidad del garante sólo se apreciará cuando lo prevea la ley, y así ha ocurrido en el caso de las contratatas o subcontratatas.

Pero, a mi modo de ver, ese deber de vigilancia más que colocarle en una posición de garante lo que hace es considerarlo como sujeto que tiene una obligación compartida con el contratista, y, por tanto, esa situación hace que luego la responsabilidad revista el mismo

³⁶⁷ Vid en este sentido, entre otros, MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de Seguridad y Salud...op. cit.* Pág. 307; SÁNCHEZ CUBEL, D.: *Todo sobre la nueva Ley de Prevención...op. cit.* Pág. 182.

carácter, es decir, sea también compartida. La cuestión se puede ver más clara con un ejemplo. Piénsese, en el caso de que un trabajador cae por un hueco al que no se le ha puesto una barandilla. La obligación de poner esa barandilla era tanto del empresario contratista como del empresario principal, puesto que su deber de vigilancia le obliga a que ese elemento de seguridad sea puesto por el contratista. De no adoptarse esta medida de prevención la responsabilidad ha de seguir la misma línea de la obligación, es decir, si ésta era compartida, también lo ha de ser su no observancia, lo cual fundamenta el hecho de que al existir dos infractores de igual gravedad -pues tan grave es, en mi opinión, la no posición de la barandilla como la no vigilancia de que no se ha puesto- su responsabilidad sea compartida.

Con esta interpretación estimo que no se puede aceptar la crítica de TOLOSA TRIBIÑO que estima más adecuado no mantener una responsabilidad solidaria del empresario principal sino mejor una responsabilidad personal y exclusiva de cada uno de los empresarios, ya que parte de la premisa que de al tratarse de obligaciones individuales y atribuidas de forma personal y diferenciada a cada uno, del mismo modo ha de ser la

responsabilidad³⁶⁸. En mi opinión, ha de presidir siempre en las contratas y subcontratas la idea de actuación conjunta de los empresarios que la celebran, la cual se refleja en todos los ámbitos incluso el relativo a la seguridad y salud, y supone que las responsabilidades revistan el mismo carácter con el fin de proteger al trabajador de los numerosos infortunios que le pueden acaecer. Las obligaciones si bien se encuentran enunciadas de forma personal e individual respecto de cada uno de los empresarios -principal y contratista respectivamente-, están íntimamente relacionadas y enunciadas respecto de un mismo fin que es el de evitar los accidentes de los trabajadores de la contratista.

Si acaso, lo que se podría criticar de esta responsabilidad solidaria no es el hecho de considerar solidario al empresario principal sino la forma tan automática en que siempre se considera al contratista como responsable. Ha de tenerse en cuenta que éste ha de adoptar toda una serie de precauciones y medidas de seguridad en un centro de trabajo que no es suyo, y podría ocurrir que el empresario comitente pusiera algunas dificultades. Pero aún así se le ha de considerar responsable pues ante esta situación se debería negar el

³⁶⁸ En "La responsabilidad empresarial en la nueva Ley de Prevención..." *op. cit.* Pág. 373.

contratista a prestar su trabajo.

En resumen, el deber de vigilancia que le ha impuesto la LPRL al empresario principal le coloca en una posición de obligado respecto de las medidas preventivas que ha de adoptar el empresario contratista, lo cual hace la responsabilidad en caso de inobservancia sea común y compartida de ambos sujetos.

4.1.2.4. La responsabilidad derivada del incumplimiento del art. 24.4 de la LPRL.

Como se recordará, el art. 24.4 de la LPRL dispone una obligación del empresario principal de información a los contratistas o subcontratistas de las condiciones de utilización de la maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles que proporcione en las contrataciones prestadas fuera de su centro de trabajo.

En los artículos que regulan las infracciones y sanciones administrativas no se encuentra tipificada la conducta de no observancia por parte del empresario principal de dicha actitud, lo cual supone que haya que remitirse a la Ley 21/1992, de 6 de julio, de Industria³⁶⁹. De ésta no parece deducirse que se pueda

³⁶⁹ BOE de 7 de julio.

derivar una responsabilidad con lo que en caso de incumplimiento habrá que dirigirse a las normas generales que regulan la responsabilidad administrativa, civil o penal.

En el caso de que el contratista una vez informado por el empresario principal no informe a sus respectivos trabajadores, sí que será responsable, como mínimo, administrativamente ya que el art. 47.8 de la LPRL señala como infracción grave "el incumplimiento de las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada a los trabajadores acerca de los riesgos del puesto de trabajo susceptibles de provocar daños para la seguridad y salud y sobre las medidas preventivas aplicables".

4.2. Responsabilidad civil.

En este apartado se entra a analizar una responsabilidad cuyo carácter es totalmente diferente de la anterior, en la medida en que con ésta se persigue la protección de la persona individualmente considerada, mientras que con la administrativa la protección y consiguiente represión se realizaba con el objetivo de proteger a la colectividad en general.

Dentro de la responsabilidad civil se van a distinguir dos apartados, siendo uno de ellos el relativo

a la responsabilidad que se regula en el CoC, mientras que el otro hace referencia a la responsabilidad que puede dimanar del CP.

Antes de entrar a analizar cada una de ellas quiero señalar que está legalmente permitido el aseguramiento de esta responsabilidad (art. 15.5 de la LPRL)

4.2.1. Responsabilidad civil derivada del CoC.

Las posibles responsabilidades civiles que se pueden originar de los incumplimientos de las obligaciones señaladas anteriormente están reguladas en los arts. 1101 del CoC, en referencia a la responsabilidad contractual y 1902 del CoC, respecto de la responsabilidad extracontractual.

Ambas responsabilidades tienen como objetivo principal el resarcimiento individual del trabajador que ha sufrido un perjuicio o daño, con lo que a diferencia de la responsabilidad administrativa que tal como se dijo era de riesgo, la civil tiende a reparar los perjuicios causados y materializados.

El art. 1101 dispone que "quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo

contravinieren el tenor de aquéllas", mientras que el art. 1902 señala que "el que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

La frontera entre ambas centrada en el supuesto de que la responsabilidad contractual se exige cuando se tenga una relación apoyada en un contrato respecto de un trabajador y que la extracontractual se encuentra enunciada respecto del resto de situaciones en las que no existe esa relación, no se puede sostener hoy en día³⁷⁰, puesto que han aparecido nuevas formas de desempeño del trabajo en las que entran en juego relaciones trilaterales, como, por ejemplo, las contrataas o subcontratas de obras y servicio o las empresas de trabajo temporal, y sujetos entre los que no se entablan relaciones contractuales directas, pero, sin embargo, sí que existen obligaciones a observar.

Por tanto, ante esta realidad la distinción se podría realizar acogiendo la teoría de CLAVERIA

³⁷⁰ De frontera con lindes confusos la califica APARICIO TOVAR, J., en "Sobre la responsabilidad civil del empresario..." op. cit. Pág. 18; En contra vid GARCÍA MURCIA, J.: "Régimen de responsabilidades en materia de seguridad y salud..." op. cit. Pág. 206.

GOSALVEZ³⁷¹ que al respecto ha determinado que se imputará la responsabilidad contractual -denominación que critica por ser incorrecta- respecto de sujetos que tengan atribuidas unas obligaciones previas, cuya fuente puede ser un contrato o no, mientras que la extracontractual o aquiliana se imputará con carácter general respecto de cualquier persona que cause un daño, con independencia de que tuviera determinadas unas obligaciones a observar.

Para que estas responsabilidades puedan ser atribuidas a una persona se requieren fundamentalmente la concurrencia de cuatro requisitos³⁷²:

1. Que se haya producido un daño físico o moral que sea cuantificable.
2. Que se pruebe ese daño por parte de la persona que lo ha sufrido.
3. Que se haya producido el daño en virtud de un incumplimiento de una obligación en este caso en

³⁷¹ En "Responsabilidad civil contractual y extracontractual". Academia Sevillana del Notariado. Tomo IV. Madrid, 1991. Pág. 169.

³⁷² En este sentido vid ALFONSO MELLADO, C.L.: *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*. Valencia, 1994. Tirant lo Blanch. Pág. 34.

materia de seguridad y salud en el trabajo.

4. Y, por último, que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño acaecido.

En cuanto a si el carácter de esta responsabilidad es objetivo o culpable, la doctrina tiende a que la responsabilidad contractual es de carácter objetivo o cuasi-objetivo basándose fundamentalmente en la redacción del art. 1101 del CoC que primero exige la existencia de dolo, negligencia o morosidad, para finalizar con una expresión claramente abierta en la que considera responsables a los que "de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas", con lo que se valora la comisión de conductas teniendo en cuenta solamente que se han incumplido unas normas sin apreciar la existencia de dolo o culpa³⁷³.

Por tanto, en referencia con la responsabilidad civil contractual se trata de una responsabilidad objetiva. En cuanto a la extracontractual, en la medida en que su marco es muy amplio, existe también una

³⁷³ Por esta interpretación se inclinan APARICIO TOVAR, J.: "Sobre la responsabilidad civil del empresario..." op. cit. Págs. 22 y 23; 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, 1996, n° 19. Pág. 402.; y SÁNCHEZ CUBEL, D.:

tendencia a la objetivación pese a que de su tenor literal no se derive ésta³⁷⁴. Centrado su ámbito en la materia de seguridad e higiene estimo que también se está ante una responsabilidad de carácter objetivo.

Planteada la exigencia de estas responsabilidades en el supuesto de una contrata o subcontrata, a mi juicio y partiendo de lo dicho en este punto anteriormente en relación con la distinción entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, respecto del contratista el trabajador perjudicado puede solicitar ambas de forma alternativa, ya sea valiéndose del hecho de que como empresario del trabajador está obligado principalmente a protegerlo, ya sea acogiendo la idea del daño causado de forma negligente o culpable, con independencia de la situación laboral o de obligado del empresario. Lo normal es que se utilice la primera vía.

En cuanto al empresario principal estimo que en la medida en que legalmente se le ha instituido como obligado a una serie de actitudes como la obligación de

Todo sobre la nueva Ley de Prevención de Riesgos...op. cit. Pág. 180.

³⁷⁴ Así lo señala MIQUEL GONZÁLEZ, puesto que si se refleja respecto de un acto médico es necesaria la concurrencia de negligencia, mientras que si se refiere a la utilización de una máquina, la responsabilidad tiende a objetivarse. En "La responsabilidad contractual y extracontractual. Distinción y consecuencias". CCDJ, 1993, n° XIX. Págs. 64 a 66.

vigilar, este hecho hace que se le pueda exigir también alternativamente la responsabilidad contractual y, por supuesto, la extracontractual, ya que el hecho de que él participe también en las obligaciones de prevención de los riesgos laborales, le coloca en una situación de responsable³⁷⁵.

La responsabilidad seguirá teniendo el mismo carácter que el de la administrativa, es decir, solidaria, puesto que ésta ha surgido por la inobservancia de unas obligaciones enunciadas respecto de ambos sujetos y, por tanto, ellos han de responder de la misma forma pues su infracción reviste la misma gravedad.

Por último quiero señalar que ambos empresarios responderán tanto por hechos suyos como de sus dependientes, es decir, respecto de las personas de quienes deben responder (art. 1903 CoC), fundamentada en el hecho de la existencia de culpa *in eligendo* o *in vigilando* al no haber tenido cuidado en la selección del dependiente o en el control de la actividad por éste desarrollada. Se trata de una responsabilidad directa que, en todo caso, se puede repetir contra el autor

³⁷⁵ Por la interpretación de que el empresario principal es sólo responsable extracontractual se pronuncia LLUIS Y NAVAS, J.: *Derecho de la Seguridad e Higiene en el Trabajo*. Barcelona, 1996. CEDECS. Pág. 481.

material del daño.

4.2.2. Responsabilidad civil derivada del CP.

La posibilidad de exigir el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia de un accidente o enfermedad laboral no se encuentra prevista solamente en el CoC, sino que el propio CP en el art. 116 ha recogido otra vía a través de la cual exigirla. Literalmente dispone el artículo citado que "toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios".

No se puede interponer a la vez y respecto de un mismo hecho la responsabilidad civil derivada del CoC y la del CP, puesto que ambas tienen la misma finalidad, que es la de resarcir los daños causados, con lo que cuando se interponga la primera, el juez penal decidirá sobre la existencia de delito o falta, pero no entrará a valorar la cuantía de los daños, al haberse encomendado esa labor ya a un juez civil.

El hecho de que su imposición dependa de que se estime al empresario responsable penalmente hace considerar a esta responsabilidad como culposa, puesto que deriva de la apreciación penal de la conducta. En el mismo sentido, de no apreciarse la responsabilidad penal,

no se entrará a valorar la responsabilidad civil que se puede imputar del CP, lo que no impide que se pueda exigir en virtud de la dispuesta en el CC.

Esta responsabilidad civil se podrá imputar tanto al contratista como al empresario principal, si se les ha considerado responsables penales, lo cual como se verá a continuación es posible como consecuencia de tener atribuidos unas obligaciones respecto de esos trabajadores.

4.3. Responsabilidad penal.

La siguiente responsabilidad en que pueden incurrir los empresarios como consecuencia de un incumplimiento de las normas de seguridad y salud de los trabajadores es la penal. Se trata de la forma más contundente de tutela estatal de los derechos e intereses de los trabajadores, constitucionalmente reconocidos, en los supuestos en que no es suficiente garantía ni la autotutela colectiva ni la sanción administrativa³⁷⁶.

Su regulación no se encuentra en la LPRL sino en el CP, dedicándole a la misma un tipo específico que es el

³⁷⁶ BAYLOS GRAU, A. Y TERRADILLOS BASOCO, J.: "Significado y función del Derecho Penal del Trabajo". RL, 1990, n° 17. Pág. 8.

regulado en los arts. 316 a 318.

Las consecuencias de ese incumplimiento pueden exceder de ese tipo específico como resultado que se ocasione una muerte o una lesión, lo cual se regula en los tipos de genéricos del delito de homicidio (art. 142 del CP) o de lesiones (art. 147 del CP).

En este apartado se estudiará primero el tipo específico, dejando para el final el análisis de los delitos genéricos de homicidio o lesiones que se pueden ocasionar como consecuencia de la infracción de las normas de prevención.

4.3.1. Delitos específicos contra los derechos de los trabajadores.

El Título XV del CP dedica los arts. 311 a 318 a regular los posibles delitos en los que se tipifica la conducta infractora empresarial. De entre ellos se van a analizar precisamente los arts. 316 a 318 del CP que fijan el tipo penal relativo a las consecuencias penales cuando se incumple la normativa en materia de prevención de riesgos laborales.

Literalmente el art. 316 del CP dispone que "los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten

los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses". Con este artículo se pretende la protección del trabajador en el desempeño de su labor profesional, de manera que no se vea en peligro su vida, salud o integridad física.

Su antecesor era el 348 bis a) y entre ellos existen algunas diferencias importantes que serán objeto de análisis conforme se vaya estudiando el tipo legal.

Se trata de un delito de riesgo, es decir, que para su consumación no se requiere que se haya producido un resultado dañoso sino que basta para su realización con que el trabajador haya quedado expuesto a un peligro concreto y grave³⁷⁷. No es suficiente pues con que se dé un mero peligro hipotético -que es lo que dispensaría una más eficaz protección- sino que habrá de acreditarse una

³⁷⁷ Este es concebido por LASCURAÍN SÁNCHEZ como aquel en el que tanto la trayectoria e intensidad del riesgo como la defensa de la víctima o de un tercero quedan fuera del campo de control del agente, de la víctima o de un tercero, de manera que el resultado dañoso sólo se podrá deber al azar o a una medida extraordinaria que la evite. En *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*. Madrid, 1994. Civitas. Pág. 372.

situación real de peligro que además encierre en sí misma una gravedad suficiente, no por la gravedad de la infracción cometida -que aquí sería irrelevante- sino porque el peligro para la vida, la salud o la integridad física haya sido tan claro y real que las posibilidades de un daño, grave en sí mismo por las consecuencias que para la persona del trabajador hubiera podido tener, hayan quedado manifiestamente patentes³⁷⁸.

En esto se diferencia del delito de homicidio o lesiones, en el que es necesario como se verá en el punto siguiente que se produzca ese resultado.

Para que se aplique es preciso que se infrinja una norma de prevención de riesgos laborales, debiendo entenderse por ésta no sólo la que se autocalifique con ese carácter en el art. 1 de la LPRL sino también las que

³⁷⁸ Señalan ALFONSO MELLADO Y PEÑA OBIOL que es en este punto donde el tipo plantea mayores problemas de aplicación, pues si la exigencia de realidad y gravedad del peligro es rígida, normalmente se estará ante situaciones que en su mayor parte habrán derivado en daños y estarán contempladas en otros preceptos del CP, y si no se han producido daños, será difícil, salvo casos extremos, demostrar que el peligro realmente existió con la gravedad suficiente. En "Algunas cuestiones en torno a la responsabilidad penal por incumplimiento de normas sobre prevención de riesgos laborales". Comunicación presentada en el VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (ejemplar multicopiado). Valladolid, mayo 1996. Pág. 10.

contengan normas de prevención de riesgos laborales³⁷⁹.

Del mismo modo, no toda infracción de una obligación tendrá consecuencias penales, sino sólo aquellas que obliguen a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad. El anterior art. 348 del CP recogía como conductas típicas también el no exigir y el no procurar las condiciones laborales, lo cual si bien parece que se restringe el tipo penal, no es así puesto que la redacción actual permite incluir todo esas actividades³⁸⁰.

Centrado el tema en las contratatas o subcontratatas, esta conducta se podrá observar en un principio en el contratista. Pero estimo que en vista de que el empresario principal tiene la obligación de vigilancia, el tipo penal puede presentar en él las mismas connotaciones que en un contratista en virtud de las obligaciones que se le han impuesto cuando la contrata se desempeña en su centro de trabajo³⁸¹. Esto supone que

³⁷⁹ Vid ALFONSO MELLADO, C.L. Y PEÑA OBIOL, S.: "Algunas cuestiones en torno a la responsabilidad..." op. cit. Pág. 7.

³⁸⁰ *Ibidem* pág. 3.

³⁸¹ En este sentido se pronuncian RIVERO LAMAS, J.: "Responsabilidades penales de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales". AL, 1996, n° 36. Pág. 698; LLUIS Y NAVAS, J.: *Derecho de la Seguridad e Higiene en el trabajo...* op. cit. Pág. 426; ALFONSO MELLADO, C.L. Y PEÑA

siguiendo la línea que se ha señalado en las anteriores responsabilidades de obligación compartida-responsabilidad compartida, se puede apreciar un caso de coautoría penal³⁸², ya que se produce una participación de ambos en la comisión del delito en virtud de las obligaciones que se le han impuesto y como su incumplimiento reviste la misma gravedad y envergadura, se trata de un delito imprudente cuyos autores son varios³⁸³.

Se puede cometer dolosa o culposamente (art. 317 CP). La diferencia entre ellos estriba en la pena, puesto que el primero está castigado con pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, mientras que el segundo será castigado con la pena inferior en grado. Esta es en mi opinión la modalidad que más se presentará, puesto que es difícil probar que dolosamente

OBIOL, S.: "Algunas cuestiones en torno a la responsabilidad penal por incumplimiento..." op. cit. Págs. 8 y 9.

³⁸² Si bien el CP no recoge expresamente la figura de la coautoría, la doctrina penalista no duda en calificar la ejecución conjunta (art. 28 del CP) como coautoría. Vid DÍAZ Y GARCÍA CONCELLO, M.: *La autoría en el Derecho Penal*. Barcelona, 1991. PPV. Págs. y COBO DEL ROSAL, M. Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, 1996. Tirant lo Blanch. Págs. 680 y ss.

³⁸³ En general la doctrina penalista no se opone a la admisión de la coautoría en los delitos imprudentes. Sobre la cuestión vid CORCOY BIDASOLO, M.: *El delito imprudente*.

no se adoptaron unas conductas. Eso sí habrá de tratarse de una culpa grave.

Por último quiero señalar que el CP ha previsto la posibilidad de que el tipo penal sea cometido por una persona jurídica, disponiendo en el art. 318 que se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello.

4.3.2. Delitos genéricos como consecuencia de una infracción laboral.

Como ya he señalado brevemente en el punto anterior, como consecuencia de la infracción en materia de seguridad e higiene en el trabajo, pueden resultar aplicables en atención al resultado acaecido, el delito de homicidio o el de lesiones.

El primero de ellos está recogido en el art. 138 del CP, y dispone que "el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años". Esta forma de comisión culposa es difícil que llegue a apreciarse respecto de una infracción de

seguridad y salud en el trabajo, siendo más común la posibilidad de que aparezca la tipificada en el art. 142.1 del CP que regula el homicidio por imprudencia, disponiendo literalmente que "el que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años". No obstante, existen dudas en cuanto a la apreciación también de esta última modalidad, lo cual se demuestra por la escasa aplicación práctica por parte de los tribunales³⁸⁴.

Se trata de un delito lógicamente de resultado, cuya imputación requiere la existencia de imprudencia grave, puesto que de ser leve será aplicable la responsabilidad por faltas, cuya pena será de multa de uno a dos meses (art. 621.2 del CP).

En cuanto a la aparición de ese delito en el desempeño de una contrata o subcontrata, se puede apreciar tanto respecto del contratista como del empresario principal puesto que ambos han de observar unas obligaciones en materia de seguridad y salud y como consecuencia de su inobservancia, se les puede considerar

³⁸⁴ Así lo señala ALFONSO MELLADO, C.L. y PEÑA OBIOL, S.: "Algunas cuestiones en torno a la responsabilidad penal..." op. cit. Pág. 15; y RIVERO LAMAS, J.: "Responsabilidades penales de la empresa..." op. cit. Pág. 693.

autores.

Respecto del delito de lesiones se ha producido una novedad en relación con la regulación del CP anterior, puesto que la modalidad específica del delito de lesiones laborales ha desaparecido, existiendo actualmente sólo ese delito remitido al genérico. Se encuentra regulado en el art. 147 del CP y señala que "el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental", siendo la pena de seis meses a tres años.

Al igual que el anterior es un delito de resultado pero en este caso cualificado, en la medida en que expresamente se requiere que para su recuperación sea necesaria "además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico", no siendo suficiente el hecho de que haya habido simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión.

Es necesaria también la existencia de imprudencia grave, puesto que de ser leve se apreciará una falta (art. 621.3 del CP), cuya pena será de multa de quince a treinta días.

Al igual que el delito de homicidio, el de lesiones se puede aplicar tanto al contratista como al empresario principal, en la medida en que el accidente ocasionado se

deba a la infracción de sus obligaciones respectivas.

Un último apunte respecto de la responsabilidad penal que quiero señalar es que su apreciación puede conllevar una serie de consecuencias como son la suspensión o cierre del centro de trabajo, si han concurrido circunstancias de especial gravedad (art. 53 de la LPRL), así como la limitación a la facultad de contratar con la Administración (art. 54 de la LPRL y 20 de la LCE).

4.4. El recargo de las prestaciones por falta de las medidas de seguridad y salud en el trabajo.

Otra de las consecuencias que se pueden derivar del acaecimiento de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional por no haber observado las medidas generales o peculiares de seguridad y salud en el trabajo, las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, consiste en el aumento de un 30 a un 50 por ciento de las prestaciones económicas que se tengan que pagar, el cual correrá a cargo del empresario. Esto es lo que comúnmente se denomina recargo de las prestaciones económicas, y se encuentra regulado en el art. 123 de la LGSS.

Brevemente quiero señalar que se trata de una figura que no es nueva en el ordenamiento laboral español,

pudiéndose encontrar sus orígenes en el art. 5.5 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900 que señalaba que "las indemnizaciones determinadas por esta ley, se aumentarán en una mitad más de su cuantía cuando el accidente se produzca en un establecimiento u obras cuyas máquinas o artefactos carezcan de los aparatos de precaución (...)"^{385 386}.

Prosiguió su plasmación en términos equivalentes a los anteriores en el art. 6.5 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 10 de enero de 1922³⁸⁷, en el art. 33 de la

³⁸⁵ En la medida en que este párrafo estaba encuadrado dentro del artículo que recogía el supuesto en que el accidente hubiere causado la muerte al trabajo, se pensó que dicha previsión sólo se aplicaba a esta contingencia lo cual ha sido criticado como erróneo por PURCALLA BONILLA puesto que en los párrafos primero a cuarto del mismo precepto se recogía también las contingencias de incapacidad absoluta, parcial, temporal o perpetua. En "Notas sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo". RTSS, 1995, Abril-Mayo. Pág. 73.

³⁸⁶ Este artículo se encontraba complementado por el art. 60 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 28 de julio de 1900 que disponía que "la falta de medidas preventivas en el grado e importancia que determina este reglamento y el incumplimiento de las disposiciones de la ley de 30 de enero de 1900 será motivo suficiente para que se aumente en una mitad las indemnizaciones que corresponden a los obreros con independencia de toda clase de responsabilidad".

³⁸⁷ Complementado por el art. 65 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 29 de diciembre de 1922, cuyos términos siguen la línea de su antecesor.

Ley de Accidentes de Trabajo de 12 de octubre de 1932³⁸⁸ y, por último, en el art. 27 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956³⁸⁹. Finalmente se plasmó en el art. 147 de la LSS que lo limitó a la invalidez permanente.

El párrafo que interesa en este punto es exactamente el segundo del art. 123 de la LGSS que señala el régimen de su imputación y responsabilidad disponiendo que "la responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla". De éste se puede destacar que el concepto de <empresario infractor> cobra en este sentido gran importancia, puesto que de su delimitación se podrá concluir la responsabilidad del contratista, del empresario principal o de ambos.

Pero, no obstante, considero necesario realizar algunas aclaraciones en torno a su naturaleza jurídica, la cual ha planteado muchas controversias entre la

³⁸⁸ *Ibidem* por el art. 34 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 31 de enero de 1933.

³⁸⁹ *Ibidem* por el art. 55 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de la misma fecha que la ley.

doctrina laboralista que incluso hoy en día se siguen manteniendo.

4.4.1. Naturaleza jurídica.

La naturaleza jurídica del recargo de prestaciones de la Seguridad Social es un tema controvertido del que pueden derivar consecuencias importantes respecto de la consideración del sujeto al que le es imputable.

Las posiciones que sobre el particular ha adoptado la doctrina laboralista en este sentido se pueden clasificar fundamentalmente en tres:

1ª. La primera parte del criterio de que la naturaleza del recargo de prestaciones es indemnizatoria, siendo su objetivo fundamental resarcir al trabajador o sus causahabientes por el daño que ha sufrido³⁹⁰.

³⁹⁰ Esta es la que sustentan, entre otros, GARCÍA MURCIA, J.: "Régimen de responsabilidades en materia de seguridad y salud..." op. cit. Págs. 224 y 225; BLASCO PELLICER, A. Y MORRO LÓPEZ, J.J.: "Puntos críticos en torno al recargo en las prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. Reflexiones en torno a la incidencia de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales". TrS, 1995, n° 60. Págs. 36 y 37; GONZÁLEZ ORTEGA, S. Y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos...* op. cit. Pág. 277; BLANCO MARTÍN, J.M.: "La responsabilidad civil y penal del empresario derivada del accidente de trabajo: a propósito de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales". I.L., 1996, n° 22. Pág. 8; SÁNCHEZ CUBEL, D.: *Todo sobre la nueva Ley de Prevención...* op. cit. Págs. 186 y 187.

Fundamentan su postura básicamente en lo siguiente:

a) El recargo tiene carácter accesorio respecto del reconocimiento de la prestación, con lo que depende del reconocimiento de ésta. Por tanto, este no acaecerá siempre que se produzca un accidente laboral sino sólo cuando se reconozca una prestación, con lo que su resultado es aleatorio. Si fuera una sanción se aplicaría siempre y esa accesoriedad no se daría.

b) La naturaleza indemnizatoria es la que le corresponde para no entrar en colisión con las posibles sanciones administrativas o penales que puedan aplicarse no vulnerándose así el principio del *non bis in idem*.

c) El carácter indemnizatorio se deriva de una interpretación del art. 24.3 de la LPRL que dispone que "las responsabilidades administrativas serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas". La utilización de la conjunción copulativa <y> y el plural del término indemnizaciones es lo que hace que se derive que la intención del legislador parece ser la de atribuirle ese carácter indemnizatorio.

Dentro de esta interpretación de la naturaleza del recargo se ha planteado una discordia entre si es posible

su aseguramiento o no. De forma minoritaria ha señalado MOLINER TAMBORERO que no es asegurable el recargo en base fundamentalmente a que el art. 123.2 de la LGSS lo prohíbe expresamente³⁹¹.

Sin embargo, parte de la doctrina que señala el carácter indemnizatorio³⁹² se inclina por estimar que sí puede ser objeto de aseguramiento, argumentando lo siguiente:

a) Lógicamente al atribuirle el carácter de indemnización ha de ser posible su aseguramiento en base al art. 15.5 de la LPRL que señala que los empresarios "podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo (...)".

b) Por la supresión en vía parlamentaria del párrafo sexto del art. 42 de la LPRL que prohibía expresamente su aseguramiento. Así en el Texto aprobado

³⁹¹ En "La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales". AL, 1996, n° 19. Pág. 397.

³⁹² Vid BLASCO PELLICER, A. Y MORRO LÓPEZ, J.J.: "Puntos críticos en torno al recargo de prestaciones..." op. cit. Pág. 40; GONZÁLEZ ORTEGA, S. Y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos...* op. cit. Pág. 277; SÁNCHEZ CUBEL, D.: *Todo sobre la nueva Ley de Prevención...* op. cit. Pág. 187.

por el Pleno del Congreso³⁹³ y posteriormente remitido al Senado³⁹⁴ se disponía en ese párrafo que "(...) en ningún caso podrá ser objeto de seguro alguno la responsabilidad del pago del recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, previsto en la legislación vigente, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla". Esta previsión fue suprimida por la aprobación de las enmiendas de supresión nº 103 del Grupo Parlamentario Socialista³⁹⁵, la cual dispuso que éste pasara al art. 15 añadiéndole un párrafo quinto, lo cual se hizo pero con un contenido diferente ya que preveía, y tal es como ha pasado en la actualidad, la posibilidad de concertar operaciones de seguro en general con el fin de cubrir los riesgos derivados del trabajo.

2ª. La segunda posición que se ha pronunciado sobre el carácter del recargo ha señalado que su

³⁹³ BOCG-CD de 20 de junio de 1995 (Núm. 99-12).

³⁹⁴ Se hizo con fecha de 26 de junio de 1995 (BOCG-CD, Serie A. Núm. 83 (a))

³⁹⁵ El contenido de la enmienda se puede encontrar en el BOCG-S de 12 de septiembre de 1995 (Serie A, núm. 99, 83 b)), y su aprobación en el Informe de la Ponencia de 18 de septiembre de 1995 (BOCG-S, Serie A, núm. 99, 83 c)).

naturaleza es eminentemente sancionadora³⁹⁶, fundamentándose principalmente en el hecho de que no puede ser objeto de aseguramiento, tal como señala el art. 123.2 de la LGSS y la doctrina jurisprudencial y constitucional que se ha pronunciado en ese sentido³⁹⁷.

3°. Por último, la tercera postura que se ha pronunciado sobre esta cuestión opta por una interpretación intermedia respecto de las dos anteriores, ya que estima que la naturaleza del recargo de

³⁹⁶ Por esta interpretación se han inclinado SALA FRANCO, T. Y ARNAU NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Prevención...* op. cit. Pág. 188; CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: "Análisis jurisprudencial del recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad". Comunicación presentada en el VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (ejemplar multicopiado). Valladolid, mayo 1996. Pág. 4; DE VAL TENA, A.L. Y ROMÁN CASTILLO, J.J.: "La responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo en orden a las prestaciones de seguridad social: criterios jurisprudenciales". AS, 1996, n° 4. Pág. 50.

³⁹⁷ A modo de ejemplo cito la STS (UD) de 8 de febrero de 1994 (Ar. 815. Ponente: Sr. D. Arturo Fernández López) que niega la responsabilidad subsidiaria del INSS respecto del recargo basándose en el "carácter sancionador que hace intransferible la correspondiente responsabilidad"; STS de 8 de marzo de 1993 (Ar. 1714) que dispone que "el recargo por falta de medidas de seguridad tiene un carácter sancionador (...). Es una pena o sanción que se añade a una prestación previamente establecida".

En cuanto al TC se ha de señalar su sentencia de 26 de noviembre de 1985 (BJC 1985-86. RA-403. Ponente: Sr. D. Angel Latorre Segura) que dispone que "el recargo (...) constituye una responsabilidad a cargo del empresario extraordinaria y puramente sancionatoria que, por ello, ha de ser interpretada de forma restrictiva".

prestaciones es híbrida o mixta³⁹⁸, es decir, que es sancionatoria e indemnizatoria, acogiendo parcialmente los argumentos señalados en las anteriores.

En mi opinión, la naturaleza de este concepto es indemnizatoria, puesto que está dispuesto para resarcir al trabajador que se ha visto dañado en el desempeño de su trabajo como consecuencia de una falta de medidas de seguridad, ya que va a percibir una prestación. Esta dependencia del reconocimiento es indispensable para considerarla como indemnización, puesto que hace que revista el mismo carácter que ésta.

También reafirma este carácter indemnizatorio el hecho de que el art. 42.3 de la LPRL lo considere compatible con la responsabilidad administrativa, puesto de ésta última, como ya se señaló, tiene una naturaleza sancionatoria, con lo que no se podría predicar la compatibilidad de ambos conceptos si el recargo es considerado como sancionador.

En cuanto a su aseguramiento, considero que pese a

³⁹⁸ Así se han pronunciado MONEREO PÉREZ, J.L.: *El recargo de prestaciones económicas por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*. Madrid, 1992. Civitas. Págs. 30 y ss; PURCALLA BONILLA, M.A.: "Notas sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad..." *op. cit.* Pág. 81; MONTOYA MELGAR, A. Y

ser una indemnización no puede ser objeto de seguro, pero no porque sea una sanción, que como he señalado anteriormente no lo es, sino porque está encuadrada para que sea el empresario el que la pague con el fin de constreñirle a adoptar las medidas necesarias para que no vuelva a acaecer el accidente laboral.

Asimismo, el hecho de que en la tramitación parlamentaria se pusiera en un principio una prohibición expresa que luego se suprimiera no es suficiente criterio para determinar que la voluntad del legislador ha sido la de considerar que se puede asegurar ya que sería un interpretación carente de peso puesto que los caminos que haya recorrido la ley hasta su plasmación final no son suficientes para fundamentar una cuestión tan importante.

De igual manera se ha de determinar que el argumento que apoya el aseguramiento en la regla general del art. 15.5 de la LPRL en cuanto a la posibilidad de concertar operaciones de seguro, se encuentra definida en mi opinión respecto de los riesgos que con carácter general son derivados del trabajo no pudiéndose entender incluido el recargo puesto que su imposición responde a un incumplimiento cualificado de la normativa de seguridad y salud, y que como tal ha de tener un funcionamiento e

imputación atendiendo a sus características especiales. Si se quiere conseguir un auténtico efecto disuasorio no se ha de permitir su aseguramiento, para que así el empresario se vea constreñido a pagarlo.

4.4. Sujetos responsables.

Una vez se ha fijado la importante cuestión relativa a la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones, se entra ahora en la consideración de qué sujeto puede resultar responsable de éste, lo cual está relacionado directamente con las contratas y subcontratas en las que junto al contratista se encuentra el empresario principal.

Previamente quiero señalar de manera resumida que para que se aplique este recargo es necesario que concurren tres requisitos:

1°. Que exista un accidente de trabajo o enfermedad profesional de acuerdo con lo regulado en los arts. 115 y 116 de la LGSS que de lugar al pago de una prestación.

2°. Que el empresario no haya adoptado las medidas de seguridad y salud que legalmente le constriñe la ley, lo cual podrá acaecer tanto por una conducta activa como omisiva.

3°. Y, por último, que exista una adecuada relación causal entre el siniestro productor de los resultados lesivos para la vida o integridad física del trabajador y la conducta del empleador consistente en la omisión de las medidas de seguridad impuestas por las normas de prevención³⁹⁹.

Por tanto, procede centrarse en el requisito segundo y en la consideración de quién ha de estimarse como <empresario infractor>, es decir, si sólo será imputable al contratista, como empresario directo del trabajador, o si también se puede extender tal caracterización al empresario principal.

Para tener un claro entendimiento de la cuestión procede distinguir tres períodos: interpretación con anterioridad a la aprobación de la LISOS, una vez aprobada la LISOS hasta la LPRL y, por último, la situación de la cuestión tras la aprobación de la LPRL.

En cuanto al primero de ellos, la situación existente con anterioridad a la LISOS era generalmente la de excluir el recargo de la responsabilidad solidaria del empresario comitente, en base a que aquel tenía que

³⁹⁹ Sobre esta relación *vid* BARBANCHO TOVILLAS, F. Y GARCÍA VIÑA, J.: "Últimos criterios jurisprudenciales sobre el recargo de las prestaciones por accidentes de trabajo". TrS, 1995, n° 60. Págs. 44 y 45.

recaer sobre el <empresario infractor> cualidad que sólo la detentaba el empresario del trabajador⁴⁰⁰ cualquiera que fuera el lugar donde desarrollara su actividad profesional, sin que el hecho de tener una subcontrata alterara el destinatario de esa obligación. La jurisprudencia se manifestaba en este sentido pues de acuerdo con la normativa existente en ese momento no se podía concluir de otra manera puesto que⁴⁰¹:

a) El art. 42 del ET sólo regula la responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones salariales y de las referidas a la Seguridad Social, no haciendo referencia ni a la materia relativa a la seguridad e higiene en el trabajo ni al recargo.

b) El art. 153.2 de la OSHT disponía "la responsabilidad solidaria del empresario principal junto con el contratista o subcontratista pero respecto de las obligaciones que impone la Ordenanza", lo cual no suponía que se estaba refiriendo al recargo ya que respecto de

⁴⁰⁰ GARCÍA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas..." op. cit. Pág. 48.

⁴⁰¹ STS (CA) 10 de Mayo de 1990 (Ar. 3744). Ponente: Sr. D. Diego Rosas Hidalgo; STSJ de Aragón de 1 de Julio de 1992 (Ar. 3892). Ponente: Sr. D. Benjamín Blasco Segura. SSTCT de 2 de Diciembre de 1986 (Ar. 12978). Ponente: Sr. D. Eustasio de la Fuente González; 15 de Julio de 1986 (Ar. 6279). Ponente: Sr. D. Francisco Gilbert Bonet; 10 de Julio de 1986 (Ar. 6023). Ponente: Sr. D. Fernando López-Fando Raynaud;

éste sólo es exigible una responsabilidad individualizada y personal.

Por consiguiente, con anterioridad a la aprobación de la LISOS en un principio no cabría considerar responsable al empresario principal respecto del recargo de prestaciones puesto que se partía de la idea de que éste sólo podría imputarse al empresario directo del trabajador. Lógicamente al no poder ser empresario infractor menos lo podía ser a título solidario.

No obstante un cambio de dirección se produjo con la STS (UD) de 18 de Abril de 1992⁴⁰², ya que, en base a esa normativa existente, declaró la responsabilidad solidaria del empresario principal, considerándolo por tanto como empresario infractor. Sus principales argumentos fueron los siguientes:

a') Si bien el art. 42.2 del ET limita la responsabilidad a las obligaciones salariales y a las referidas a la Seguridad Social, no hay que considerar que el recargo no está excluido pues éste se ha de incluir en las segundas, ya que "versa sobre el pago de

⁴⁰² Ar. 4849. Ponente: Sr. D. Luis Gil Suárez. Se condena a la empresa principal solidariamente con la contratista al pago del recargo ya que el trabajador se ha accidentado al romperse el poste de las líneas eléctricas de la primera en virtud del mal estado en que se encontraba.

las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, claramente comprendidas en el ámbito de protección de la Seguridad Social". Por tanto, si el recargo recae sobre las prestaciones de la Seguridad Social ha de seguir su mismo régimen (Art. 121.3 de la LGSS⁴⁰³). No obstante, para que se pueda realizar esa extensión de responsabilidad "sobre el empresario principal ha de recaer una conducta negligente o inadecuada" ya que no se puede imputar a un sujeto de forma automática e objetiva sino que se requiere una conducta activa u omisiva.

Por tanto, la noción de <empresario infractor> no ha de recaer sólo en el empresario del trabajador, pues en el caso de que exista una contrata o subcontrata el accidente puede ser debido a una conducta del empresario principal, lo que conlleva que sobre él recaiga también la responsabilidad.

b') A la misma conclusión se ha llegado en el caso del art. 153 de la OSHT. Si para que el recargo entre en juego es necesario que se produzca un accidente de trabajo por falta de medidas de seguridad, se considera que si el accidente se produce por una conducta

⁴⁰³ Art. 121.3 LGSS: "Lo dispuesto en los apartados anteriores [en relación a los caracteres de las prestaciones] será también de aplicación al recargo de prestaciones a que se refiere el art. 123 de la presente Ley".

del empresario principal también se extenderá la responsabilidad a éste.

c') Por último fundamenta la sentencia su postura en el art. 1902 del CoC, que tal como se ha señalado anteriormente define el concepto de culpa extracontractual o aquiliana y que puede ser objeto de aplicación en este supuesto.

En consecuencia en esta sentencia se fijaban dos puntos muy importantes, contrarios a lo que hasta el momento se había interpretado:

-Por un lado, se determinaba la posibilidad de que el empresario principal pudiera ser empresario infractor respecto de la infracción que se tipifica en el recargo de prestaciones.

-Y, por otro, que a la vez que se le consideraba infractor se le hacía conjuntamente con el contratista, es decir, solidariamente, ya sea porque se concibe al recargo como una obligación de Seguridad Social, por lo que entra dentro de la responsabilidad el art. 42.2 del ET, ya sea porque como se impone como consecuencia de un accidente, si la responsabilidad por este último es solidaria según el art. 153 de la OSHT, también lo ha de ser el recargo al ser accesorio de esta responsabilidad.

Contra este pronunciamiento se planteó un recurso de amparo ante el TC por la empresa principal condenada (FECSA) el cual fue desestimado en la sentencia de 5 de Junio de 1995⁴⁰⁴, en base a los siguientes argumentos:

1. La alegación de que la sentencia anterior había realizado una interpretación arbitraria respecto de los pronunciamientos hasta ahora existentes del TCT, del TS y del TC en la sentencia 158/1985, de 26 de Noviembre⁴⁰⁵, no fue acogida ya que si bien respecto de los dos órganos primeros se había cambiado la línea seguida hasta el momento, estaba justificada porque se había procedido a ajustar a derecho la que hasta ahora se venía haciendo del recargo. En cuanto a la contradicción que se pretendió encontrar con la postura mantenida anteriormente por el TC no se apreció, ya que en esa sentencia lo único que se estableció es que la "interpretación del recargo [fuera] restrictiva", cosa que se tuvo en cuenta en la sentencia recurrida, pero en ningún caso se previó que el empresario principal no

⁴⁰⁴ Recurso de amparo n° 2751/1992. Ponente: Sr. D. Carles Viver Pi-Sunyer. BOE de 8 de Julio de 1995. El recurso de amparo lo plantea la empresa FECSA contra la STS de 18 de Abril de 1992, que declara la responsabilidad solidaria del empresario principal respecto del recargo de prestaciones económicas recaído sobre el contratista.

⁴⁰⁵ Ponente Sr. D. Ángel Latorre Segura. BJC 1985-86. RA-403.

pudiera ser declarado responsable en el caso de que el accidente le fuera imputable.

2. No se había producido una aplicación de la "analogía in malam partem" ni "una extensión in peius de la imputación de la responsabilidad" a supuestos no subsumibles en el precepto legal sino sólo "una interpretación teológica de la expresión <empresario infractor> en el caso en que el trabajador accidentado está involucrado en procesos de descentralización productiva", y de acuerdo con preceptos vigentes en el momento en que acaeció el accidente.

Por tanto, si la línea general con anterioridad a la LISOS fue la de excluir la responsabilidad solidaria del empresario principal en lo que se refiere al recargo ya que no se le podía considerar empresario infractor, la postura totalmente contraria adoptada por la STS (UD) de 18 de Abril de 1992 fue declarada ajustada a derecho en base a que nueva interpretación responde a nuevas necesidades de la sociedad, de la cual el derecho ha de ser siempre reflejo.

En resumen: la primera apreciación realizada por los tribunales con anterioridad a la aprobación de la LISOS en cuanto a no considerar empresario infractor al empresario principal tuvo que abandonarse tras la resolución de una sentencia unificadora, que

posteriormente fue confirmada constitucionalmente, cuya interpretación era totalmente opuesta, al declarar que el empresario principal podía ser un empresario infractor e incluso, de acaecer el accidente durante una contrata o subcontrata, solidario junto con el contratista.

La posterior aprobación de la LISOS (la fecha en que ocurrieron los hechos que se juzgan en la sentencia del TS son anteriores a esta ley) supuso que, si existía aún alguna duda en cuanto a la imputación del recargo al empresario principal en base a la normativa existente, desapareciera ya que el art. 40.2 de la LISOS determinaba la responsabilidad directa del empresario principal por el incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene respecto de los trabajadores del contratista.

Si bien la tipificación de esta conducta no suponía que entrara en juego el art. 123 de la LGSS, cosa que si ocurriría a la inversa⁴⁰⁶, lo que sí se ponía claramente en evidencia era que el empresario principal tenía

⁴⁰⁶ STC 158/85 de 26 de Noviembre: "(...) el recargo que prevé el art. 93 LGSS constituye una responsabilidad a cargo del empresario extraordinaria y puramente sancionadora que, por ello, ha de ser interpretada de manera restrictiva (...). Para su imposición es precisa la concurrencia de dos circunstancias (...): que exista una infracción concreta de un precepto que establezca una medida de seguridad determinada para evitar un riesgo, o, en su caso, las consecuencias del mismo; de otra, que haya un nexo causal ante la infracción y el accidente (...)".

"atribuido un deber objetivo de cuidado en materia de seguridad y salud laborales respecto a trabajadores ajenos que prestan servicios en su centro de trabajo"⁴⁰⁷, lo cual estaba relacionado con el presupuesto del recargo, puesto que se le hacía sujeto de una obligación cuya no observancia conllevaba la posible aplicación del recargo.

Por consiguiente, una vez aprobada la LISOS se dispuso legalmente y de forma expresa que el empresario principal tenía unas obligaciones específicas y que en virtud de ellas, o más exactamente, de su incumplimiento, se le podía denominar empresario infractor.

Se trataría, en suma, de considerarlo responsable como consecuencia del incumplimiento de un deber que tenía atribuido y siempre que le fuera imputable el accidente o la enfermedad en alguna medida a él, ya que "la pena o sanción que se añade a la prestación por medio del recargo es sólo atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo"⁴⁰⁸, con lo que si el

⁴⁰⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial...* op. cit. Pág. 122.

⁴⁰⁸ STS (UD) de 22 de Septiembre de 1994 (Ar. 7170). Ponente: Sr. D. Leonardo Bris Montes, que declara la no existencia de responsabilidad subsidiaria del INSS respecto del

empresario principal o el contratista incumplen los deberes que tienen encomendados serán responsables, y si de esa responsabilidad se deriva el pago de un recargo, a ellos se les imputará conjuntamente⁴⁰⁹ y de forma solidaria⁴¹⁰.

Tras la aprobación de la LPRL y la consiguiente atribución de obligaciones específicas de coordinación, información, dar instrucciones adecuadas así como de vigilar el cumplimiento de la normativa de seguridad y salud, reafirmaba la intención del legislador de que el empresario principal tenía unas obligaciones específicas

recargo de prestaciones por accidente de trabajo. La solución señalada no contradice lo mantenido, en base a que sobre el INSS no recae ningún tipo de deber in vigilando, a diferencia que en el empresario principal.

⁴⁰⁹ La negociación colectiva se ha encargado, en algunos sectores, de definir y precisar este deber que pesa sobre el empresario principal, tal como muestra el art. 31.3 CGC., que establece que "La empresa principal deberá establecer, bajo su responsabilidad, en los centros de trabajo en que presten su 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 higiénico-sanitarias."

⁴¹⁰ Los problemas de admisión de la solidaridad en base a la existencia del principio de no presunción de la solidaridad del art. 1137 del CoC fueron solventados por la Dirección General de Ordenación Jurídica de las Entidades Colaboradoras de la Seguridad social (Resolución de 12 de abril de 1991) al considerar que este principio no jugaba respecto del recargo puesto que debía primar la garantía del resarcimiento.

y respecto de las cuales tenía que responder.

Por tanto, el contratista deberá responder del pago del recargo si el accidente de trabajo o la enfermedad profesional que sufra un trabajador suyo reviste la gravedad que requiere el art. 123.1 de la LGSS. Del mismo modo, también podrá ser considerado sujeto infractor del mismo el empresario principal, ya que esa situación de gravedad le es igualmente imputable a él como consecuencia de que la contingencia laboral ha acaecido en su lugar de trabajo, teniendo además el deber de haber vigilado y evitado que esas condiciones no se hubieran dado⁴¹¹.

Estoy de acuerdo con la consideración de responsable solidario del empresario principal pero en lo que creo que hay que realizar alguna precisión es respecto a cual es el fundamento de esa responsabilidad solidaria, es decir, cuál es la norma que la determina puesto que como señala el art. 1137 del CoC la responsabilidad solidaria no se presume sino que ha de venir fijada expresamente

⁴¹¹ En este sentido se ha pronunciado GOERLICH PESET que señala que la consideración de empresario principal conducirá a la responsabilidad solidaria puesto que el empresario directo nunca podrá zafarse de su obligación de seguridad. En "Coordinación de actividades empresariales..." op. cit. Pág. 152; Vid también BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. Y MOMPALER CARRASCO, M^a A.: *Curso de Seguridad Social...* op. cit. Pág. 237.

por la ley.

No se puede derivar la existencia de la solidaridad en materia del recargo en virtud de lo dispuesto en el art. 42.2 del ET, puesto que este artículo se limita a determinarla, tal como se ha visto anteriormente⁴¹², respecto de las obligaciones salariales y de la Seguridad Social, pero el recargo, aunque tenga carácter accesorio respecto de las posibles prestaciones a que puede causar derecho el trabajador y respecto de las cuales puede resultar responsable el empresario principal, tiene una naturaleza diferente claramente indemnizatoria, carácter que no se puede predicar de las prestaciones y, por tanto, no se puede entender incluido dentro del ámbito del art. 42.2 del ET.

De la que sí se puede derivar es de la LPRL, más concretamente del párrafo segundo del art. 42. Se recuerda que el mismo determina la solidaridad del empresario principal junto con el contratista o subcontratista de las obligaciones impuestas por la LPRL en relación con los trabajadores de estas últimas. Esto supone que si se observa el supuesto de hecho que determina que se imponga el recargo de prestaciones, reboga claramente situaciones de inobservancia de la

⁴¹² Vid supra Capítulo I puntos 4.4 y 4.5.1

normativa de seguridad y salud en el trabajo, cuyos obligados a observarla son el contratista -como empresario directo- y el empresario principal -como empresario que ha de velar por las condiciones laborales de los trabajadores de la contratista en virtud del deber de vigilancia que se le ha impuesto-. Esto supone que como obligados conjuntos, todas las responsabilidades que se deriven de sus incumplimientos son solidarias como así lo determina el art. 42.2 de la LPRL, en la que hay que incluir el recargo de prestaciones puesto que su imposición se debe a que no se han observado unas determinadas condiciones de seguridad y salud, lo cual se debe a la actitud omisiva de ambos sujetos.

En contra de esta interpretación se han manifestado MONTOYA MELGAR y PIZÁ GRANADOS⁴¹³ alegando que la solidaridad respecto del recargo de prestaciones no se encuentra dispuesta en ningún precepto y, por tanto, como ésta no se presume, no se puede estimar que en las contratatas y subcontratatas haya responsabilidad de este tipo, pudiendo en todo caso considerar al empresario principal como responsable directo.

Como ya he señalado anteriormente, del texto de la

⁴¹³ En *Curso de Seguridad y Salud en el trabajo...op. cit.* Pág. 311.

LPRL sí se puede derivar esa solidaridad puesto que como tienen fijada la obligación de protección de los trabajadores de forma compartida, del mismo modo ha de ser todo tipo de responsabilidad que se puede derivar de ella.

5. Compatibilidad e incompatibilidad entre las distintas responsabilidades.

Una vez se han delimitado todas las responsabilidades que se pueden derivar de la comisión de un ilícito en materia de seguridad e higiene en el trabajo conviene precisar la posibilidad de que se den conjuntamente o que, por contra, no ocurra eso al existir incompatibilidad entre ellas.

Lo primero que hay que señalar es que la responsabilidad administrativa y la penal no se podrán dar a la vez cuando exista identidad de sujetos, hechos y fundamentos. Así lo recoge el art. 42.4 de la LPRL, señalando que en caso de concurrencia la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal, absteniéndose de seguir el procedimiento (art. 3 de la LISOS).

Tanto la responsabilidad administrativa como la penal son compatibles con la responsabilidad civil y con el

recargo de prestaciones de la Seguridad Social⁴¹⁴, ya que las primeras tratan de proteger intereses generales, mientras que las segundas atienden más a los de carácter individual.

La responsabilidad civil contractual es incompatible con la extracontractual y ambas son también incompatibles respecto de la responsabilidad civil derivada del CP. Asimismo el reconocimiento de una de ellas es compatible con el recargo de prestaciones, ya que el art. 123.3 de la LGSS señala la compatibilidad del recargo con las responsabilidades derivadas de cualquier otro orden.

Por último quiero señalar en cuanto a la posible existencia de varios delitos, es decir, un delito específico de infracción de los derechos de los trabajos y uno genérico, homicidio o lesiones, que es compatible, produciéndose en este caso un concurso ideal de delitos⁴¹⁵. A la hora de cuantificar la pena a imponer se estará a lo que determina el art. 77.2 del CP que señala

⁴¹⁴ Respecto de la responsabilidad administrativa se encuentra fijada la compatibilidad expresamente en el art. 42.3 de la LPRL).

⁴¹⁵ Es concebido por COBO DEL ROSAL, M. Y VIVES ANTÓN, T.S. como aquel que supone "una unidad de hecho y una pluralidad de infracciones", frente al concurso real formado por "varios hechos y varias infracciones". En *Derecho Penal...op. cit.* Págs. 573 y ss.

que "en estos casos se aplicará la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones".

CAPITULO IV

**LOS DERECHOS DE
INFORMACIÓN DE LOS
REPRESENTANTES DE LOS
TRABAJADORES EN MATERIA DE
SUBCONTRATACIÓN**

1. Consideraciones previas: el art. 64.1 del ET y la Ley 2/1991, de 7 de enero, de derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación.

En el estudio de las contrataciones y subcontratas de obras o servicios merece atención especial el hecho de que se encuentran entre una de las materias respecto de las cuales el legislador ha impuesto un deber de información.

Las razones que llevaron a esta decisión fueron en mi opinión varias, entre ellas la de que si bien el empresario puede libremente adoptar una política de organización empresarial sobre contrataciones o subcontratas de obras o servicios, debe comunicar dicha actitud puesto que afectará al funcionamiento de la empresa y las posibles previsiones de empleo que al respecto se pudieran acordar. Asimismo, no hay que olvidar que las técnicas de la descentralización productiva en algunas ocasiones siguen operando bajo tintes que se podrían calificar de sospechosos, en virtud de los cuales se acude a la contratación o subcontratación para obtener mano de obra más barata o como medio para exonerarse de responsabilidad, con lo que el legislador ha querido en cierta manera incluir unas cautelas que aunque no eliminen su poder empresarial en cuanto a acudir a su

celebración, sí que se controle relativamente esas decisiones.

Este derecho de información, concreción de la previsión constitucional recogida en el art. 129.2 de la CE⁴¹⁶, está regulado en el art. 64.1.1ª *in fine* del ET, en el que se señala entre las competencias del comité de empresa, la de recibir información, trimestralmente, sobre los supuestos de subcontratación.

Este inciso del artículo es fiel reflejo de lo dispuesto en el art. 1.3⁴¹⁷ de la Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación, la cual fue derogada por la Disposición Derogatoria Única del nuevo texto refundido del ET⁴¹⁸, por su incorporación total a éste. Por tanto, el análisis

⁴¹⁶ Sobre esta determinación vid PÉREZ CAPITÁN, L.: "El derecho a la información de los representantes de los trabajadores sobre la gestión económica y financiera de la empresa. Estudio jurisprudencial del art. 64.1, apartados 1º y 3º, del Estatuto de los Trabajadores". AS, 1995, nº 3. Págs. 2264 y 2265.

⁴¹⁷ "Los representantes de los trabajadores deberán recibir al menos trimestralmente, información acerca de las previsiones del empresario sobre celebración de nuevos contratos (...), así como de los supuestos de subcontratación".

⁴¹⁸ Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo dispuesto en esta Ley, y expresamente: (...) g) Ley 2/1991, de 7 de Enero sobre Derechos de Información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación.

de este artículo supondrá, en última instancia, el de la ley de la que procede, para así examinar las causas por las que se estableció esta referencia expresa a la subcontratación.

Brevemente quisiera señalar sobre la LDIRT que fue fruto de una negociación entre los sindicatos y el gobierno. Las causas que llevaron a adoptar este tipo de negociación tuvieron fundamentalmente su origen en la huelga general de 14 de diciembre de 1988 que, debido a su éxito, hizo que los sindicatos se colocaran en una posición prominente respecto del resto de agentes sociales.

Ante esta situación, los sindicatos más importantes de país, es decir, UGT y CC.OO., adoptaron el 5 de octubre de 1989 lo que se llamó la Propuesta Sindical Prioritaria, la cual fue concebida en su Preámbulo como "un proceso de participación de los trabajadores, de los afiliados y de los delegados sindicales"⁴¹⁹ (...). En suma, lo que se mostraba en este documento es la intención de los sindicatos de aumentar sus competencias en orden a un mayor control de la contratación de personal y del empleo.

⁴¹⁹ El texto de la Propuesta Sindical Prioritaria se puede encontrar en la RT, 1990, n° 100 (monográfico). Págs. 787 y ss.

Teniendo como punto de partida este texto, se reunieron en Madrid los sindicatos y la Delegación del Gobierno, con el fin de llegar a una serie de acuerdos respecto de las materias que él contenía, entre los que estuvo el compromiso por parte del Gobierno de desarrollar reglamentariamente varios preceptos del ET, entre los que estaba el art. 64, pretendiendo que en él se fijara de forma concreta, el derecho de información de los representantes de los trabajadores en materia de subcontratación.

Esta vía tuvo que ser desechada ya que las pretensiones sindicales excedían de lo que concibe la ley como desarrollo reglamentario, puesto que sobrepasaban lo que era el contenido propio de los artículos que se pretendían complementar⁴²⁰. Ante esta situación, el Gobierno decidió adoptar una ley al respecto, la LDIRT, que como ya he dicho anteriormente, se ha plasmado en el actual art. 64 del ET⁴²¹.

⁴²⁰ GALIANA MORENO, J. Mª. Y SEMPERE NAVARRO, A. V.: *El control sindical de los contratos*. Murcia, 1991. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Pág. 30.

⁴²¹ Un último aspecto que quiero señalar respecto de esta ley es que fue fuertemente criticada por las asociaciones empresariales en base a los siguientes aspectos (Extraídos de BURGOS GINER, Mª A. Y SAMPEDRO GUILLAMÓN, V.: "Sobre el control sindical de los contratos". RTr, 1990, n° 15 Págs. 35 y 36):

2. Análisis del derecho de información en materia de subcontratación.

Tal y como se ha dicho en el punto anterior, la LDIRT supuso la introducción de manera explícita de la obligación legal del empresario de dar conocimiento a los representantes de los trabajadores de sus objetivos en

1°. Que el legislador no sólo había dado fiel traslado al Boletín Oficial de los pactos previamente suscritos por los dos sindicatos mayoritarios y el Ejecutivo, sino que en muchas ocasiones llegó a abdicar de su función creadora del Derecho, puesto que algunas enmiendas eran rechazadas sencillamente por el deseo de cumplir lo pactado al pie de la letra;

2°. Se había hecho una negociación o concertación a dúo con exclusión de las organizaciones empresariales;

3°. La gran ambigüedad de muchos de sus preceptos, como por ejemplo quienes son los representantes de los trabajadores, o que tipo de información ha de ser enviada a éstos;

4°. Que el Acuerdo, del que era fruto esta ley, es el más grave ataque a la economía de mercado y a la libertad de empresa, ya que obliga al empresario a comunicar parte de sus estrategias empresariales.

5°. Se pretendía el visado sindical de los contratos y conseguir la afiliación sindical obligatoria de todos los trabajadores que pretendan encontrar empleo, lo cual originó un recurso ante el TC que pretendía que se declarara inconstitucional la LDIRT en base a que presionaba a la afiliación sindical, cuestión que no fue apreciada.

Se trataba, en suma, de una legislación emanada de las reivindicaciones de los sindicatos y con objeto de ampliar sus competencias, que se ha incorporado al ET, con lo cual, la actividad legislatora ha estado encabezada, en este aspecto, por los agentes sociales.

materia de subcontratación. Esta cuestión era relativamente nueva ya que el art. 64.1 del ET en su redacción anterior lo disponía de alguna manera puesto que entre las competencias del Comité de empresa estaban la de recibir información, trimestralmente, sobre "la evolución general del sector económico al que pertenece la empresa, sobre la situación del producción y ventas de la entidad, sobre su programa de producción y evolución probable del empleo en la empresa".

Estas premisas podían hacer pensar que en la información sobre el programa de producción y evolución del empleo se situaba la contratación o subcontratación de la empresa, por la incidencia directa que tenía en estos temas, y que al informar sobre la producción futura se debía comunicar si se había decidido que parte de ésta fuera realizada por otra empresa, o si en el caso del empleo, si se había decidido no ampliarlo en base a la adopción de una contrata o subcontrata, se tendría que comunicar dicha cuestión.

Por tanto, con la nueva redacción del art. 64.1.1° del ET lo que se ha hecho es concretar lo que en cierta manera ya venía previsto anteriormente, pero que ante las posibles dudas que se pudieran manifestar al respecto, se ha preferido fijar de forma explícita esa materia.

En cuanto al análisis de este derecho de información

en esa materia es complejo en algunos de sus aspectos ya que la referencia legal es muy escueta, y, por tanto, va a plantear algunas dudas, las cuales se intentarán despejar a continuación en este capítulo.

2.1 Sujetos pasivos del derecho de información: los representantes legales de los trabajadores.

Así como el tema de los sujetos obligados a facilitar la información no plantea problemas, siendo el empresario con indiferencia de su naturaleza pública o privada, puesto que no se prevé ninguna distinción, y el carácter de empresario de las entidades públicas está fuera de duda tal como se ha dicho anteriormente⁴²², el de los sujetos que la deben recibir sí que ha planteado cierto debate.

El art. 64.1.1º del ET se refiere literalmente a "los representantes legales de los trabajadores (...)", lo cual ha sido interpretado por la mayoría de la doctrina⁴²³ como que tal dicción incluye tanto a la

⁴²² Vid supra punto 3.3 del Capítulo I.

⁴²³ Vid, entre otros, AA.VV. (Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia): "La <ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación>: Contenido, significación y trascendencia". RT, 1990, nº 100 (monográfico). Págs. 679 y 680; LÓPEZ-TARRUELA MARTÍNEZ, F. Y

representación unitaria, compuesta por los comités de empresa y los delegados de personal, como la representación sindical, encabezada por los delegados sindicales, siempre que existan en la empresa.

Esta posición goza también de fundamento legal, puesto que el hecho de que se incluya a la representación sindical viene previsto en el art. 10.3 de la LOLS, que los equipara a la representación unitaria y, por tanto, les hace beneficiarios de las mismas garantías y competencias, y por la doctrina constitucional, ya que la STCO 142/1993, de 22 de abril⁴²⁴, resolvió el recurso que se planteó contra la LDIRT, en el F.J. quinto, declarando que el derecho de información "se establece en favor de los delegados de personal y del Comité de empresa, y sólo se extiende a los delegados sindicales en virtud del art. 10.3 de la LOLS".

Por otra parte, los tribunales han remarcado esta cuestión, tomando como ejemplo, la STSJ de Cantabria de 7

VIQUEIRA PÉREZ, C.: "Los derechos de información en la ley 2/1991: sujetos y ámbito de aplicación". RT, 1990, n° 100 (monográfico), Págs. 59 y ss.; ALARCÓN CARACUEL, M. R.: "Derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación (Ley 2/1991, de 7 de Enero)". RT, 1990, n° 100 (monográfico). Págs. 71 y ss.

⁴²⁴ BJC 145 (1993). Ponente: Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

de abril de 1992⁴²⁵ que señala que "(...) es cierto que el sentido usual de la expresión <representación legal de los trabajadores>, es el de designar los órganos de representación unitaria configurados por los arts. 62 y ss. del ET, es decir los Delegados de Personal o el Comité de Empresa. Pero sucede que el art. 10.3.1º de la LOLS establece que los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del mismo, tendrán acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del Comité de Empresa. Bien claro es que esta norma se integra con cuantas otras impongan un deber de información, entre ellas la primera citada".

Sin embargo, esta cuestión tan clara en un principio fue rechazada por las organizaciones empresariales que sostuvieron que sólo la representación unitaria de la empresa debía ser considerada como destinataria de la información, argumentando lo siguiente⁴²⁶:

1. La Exposición de Motivos de la LDIRT, que establecía como finalidad la de <venir a fortalecer los derechos de información reconocidos a los representantes

⁴²⁵ Ar. 1931. Ponente: Sr. D. Manuel Benigno Flórez Menéndez.

⁴²⁶ Circular CEOE-CEPYME. Ley 2/1991 de 7 de Enero sobre derechos de información de los representantes de los

legales por el Estatuto de los Trabajadores> diferenciándose en el texto la figura de representación (Comités y Delegados) de la de participación institucional (Organizaciones Sindicales), recogida esta última en el art. 2 de la citada Ley⁴²⁷.

2. Aunque el art. 10 de la LOLS reconoce a los delegados sindicales el derecho a la misma información y documentación a la que tengan acceso los representantes unitarios de personal, ello no significa que tal información debiera ser suministrada en los términos establecidos por la Ley 2/1991 en su art. 1.

3. La Propuesta Sindical Prioritaria, de la que trae causa la norma legal que se comenta, y en última consecuencia, el artículo que ahora la incorpora, utiliza la expresión *representantes sindicales*, que no se vio finalmente recogida ni en el Proyecto de Ley ni en la propia Ley.

trabajadores en materia de contratación. LL, 1991 (I). Págs. 1273 y ss.

⁴²⁷ "Los representantes de la Administración así como los de las organizaciones sindicales y de las asociaciones empresariales que tengan acceso a la copia básica de los contratos, en virtud de su pertenencia a los órganos de participación institucional que reglamentariamente tengan tales facultades, observarán sigilo profesional, no pudiendo utilizar dicha documentación para fines distintos de los que motivaron su conocimiento".

4. Frente a una Ley Orgánica como es la de Libertad Sindical, entienden los representantes empresariales que debe primar una Ley específica como es la que estamos analizando.

Partiendo de estos argumentos, concluyen las organizaciones empresariales que en el supuesto en que existan delegados sindicales, el empresario sólo deberá "comunicarles" que ya cumplió su deber de información respecto de la representación legal de los trabajadores, pero esto sólo lo deberá comunicar para el caso en que los delegados sindicales solicitaran la información que se precisa en la Ley.

Esta interpretación ha de ser rechazada puesto que carece de la base legal, constitucional y judicial que se ha señalado anteriormente.

Una vez aclarada esta cuestión se ha de señalar que si se ha constituido un comité Intercentros en la empresa, éste tendrá derecho a recibir este tipo de información si así se pacta en el convenio colectivo por el órgano que se crea (art. 63.3.3° del ET).

El ET hace referencia a representantes de los trabajadores en la empresa, de lo que se deduce que en el caso de empresas de reducidas dimensiones, con un número inferior a los trabajadores necesarios para constituir las

o que no hayan procedido a las elecciones de representantes, el empresario quedará dispensado de su cumplimiento⁴²⁸.

Y siguiendo esta línea, no estará obligado a dar este tipo de información tampoco a:

a) Los sindicatos, ya que entre sus competencias enumeradas en el art. 2.2 de la LOLS no se encuentra este derecho. Así se han pronunciado los tribunales que disponen que "(...) La información se facilita solamente a los representantes de los empleados y por ello no cabe extender esta obligación a otros ámbitos distintos como puedan ser los sindicatos (...)"⁴²⁹.

b) Las secciones sindicales, en un principio, van a estar también excluidas, en base a que de acuerdo

⁴²⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*. Madrid, 1992. Civitas. Pág. 485.

⁴²⁹ SSAN de 11 de Julio de 1991 (Ar. 4664). Ponente: Sr. D. Manuel Ávila Moreno. "Las empresas (...) tienen derecho a la reserva de sus propios datos y sólo en virtud de norma legal tienen obligación de facilitar la información concreta. (...) El art. 2.2 de la LOLS declara los derechos de los sindicatos entre los que no figura el de obtener información sobre puntos específicos de las empresas (...)"; y 16 de Junio de 1990 (RL, 1990, n° 21). Ponente: Sr. D. Manuel Ávila Romero. Si bien son anteriores a la promulgación de la Ley 2/1991, la situación no ha cambiado en orden a esta aspecto.

con las funciones y derechos que tienen enumerados en el art. 8.2 de la LOLIS, no se prevé la posibilidad que sean informadas salvo que se determine por convenio colectivo⁴³⁰.

Una vez se ha fijado qué sujetos son los posibles destinatarios de la información, conviene realizar algunas precisiones sobre cómo debe cumplir el empresario esa obligación.

Si el destinatario es el Comité de Empresa, la información se entregará al miembro del mismo, que de acuerdo con la autoorganización interna del colectivo tenga reconocido el encargo de hacerlo. Esto se debe a que, de acuerdo con el art. 63.1 del ET, este órgano se caracteriza por ser "(...) el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses (...)"⁴³¹.

⁴³⁰ STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de Marzo de 1993 (Ar. 1630). Ponente: Sra. D^a Petra García Menéndez. "La Sección Sindical no tiene derecho a recibir la información prevista en el art. 64 del ET ni a que se les entreguen las copias básicas de los contratos que la empresa celebre por escrito (...)".

⁴³¹ Sobre esta cuestión señala PÉREZ CAPITÁN que se ha de distinguir según la forma en la que la comunicación se vaya a recibir, puesto que si es escrita el empresario habrá de entregarla a la persona designada por el comité de empresa, sin que tenga la necesidad de triplicar la actuación informativa. En cambio si se trata de una información que sólo puede ser

Si los destinatarios son los Delegados de Personal, el empresario deberá de facilitar la información a cada uno de ellos en particular, teniendo en cuenta que "ejercen su actividad mancomunadamente" (Art. 62.2 del ET). Cabe la posibilidad de que si éstos han adoptado una organización interna determinada, pueda el empresario librarse de su carga y dar la información a uno sólo de ellos.

Si se trata de hacer llegar la información a un Comité Intercentro, ya que, tal como se ha dicho antes, su implantación depende de un convenio colectivo, se habrá de estar a lo que disponga éste al respecto.

Por último, si los destinatarios son los Delegados Sindicales, éstos recibirán la información individualmente o a través del sindicato a que pertenecen.

2.2. Materia objeto de información.

Un segundo problema interpretativo que se ha planteado en orden a la información en materia de subcontratación se ha centrado en orden al sentido que

satisfecha mediante el examen directo del delegado de personal, se requiere por su propia naturaleza que todos tengan acceso a la misma. En "El derecho a la información de los representantes..." op. cit. Págs. 2268 y 2269.

hay que darle a la citada expresión⁴³².

El art. 64.1.1° del ET se limita a disponer que deberán ser objeto de información los supuestos de subcontratación, sin explicar si esos supuestos deben de tratarse de la misma actividad que la empresa principal o de distinta, o si el término subcontratación se está utilizando simplemente como una referencia, pudiendo ser ampliado a otros supuestos de descentralización productiva.

Ante esta situación, la doctrina ha adoptado diferentes posiciones, que se podrían resumir en lo siguiente:

1ª. Una primera posición parte de la idea de que deberán ser objeto de información tanto las contratadas como las subcontratadas, puesto que como ya se ha dicho

⁴³² En la tramitación parlamentaria la discusión se centró en cuanto a su admisión, ya que el Grupo Parlamentario Vasco se pronunció en contra de su establecimiento a través de la Enmienda n° 27 (BOGD-CD, Serie A, 14 de Septiembre de 1990, n° 3°-3): "No resulta oportuno ampliar a los supuestos de subcontratación los derechos de información previstos en ese Proyecto de Ley dada su íntima conexión con los diseños de estrategia empresarial cuyo carácter secreto o discreto, cuanto menos, no es preciso explicitar".

No tuvo éxito esta enmienda porque, en realidad, de lo que se trata es de un simple control preventivo de diversas actuaciones empresariales en la medida en que se puede perjudicar a los trabajadores de la empresa.

anteriormente⁴³³, el término subcontratación se está utilizando en la legislación con referencia a las dos modalidades de ejecución del contrato de trabajo. Ahora bien, dentro de esta interpretación se han sostenido dos criterios dispares:

1.1. Por un lado, se encuentra aquella interpretación que considera que esas contrataciones o subcontratas sobre las que se ha de transmitir la información han de ser respecto de las que correspondan a la propia actividad del empresario principal, fundamentándose en que hay que poner en conexión este precepto con el art. 42 del ET⁴³⁴.

1.2. Y, por otro, está la que estima que no se puede constreñir el ámbito del art. 64.1.1º del ET a las contrataciones o subcontratas que revistan el requisito de la propia actividad, en base a que cuando el legislador ha querido limitar este término en ese sentido lo ha hecho expresamente⁴³⁵.

⁴³³ Vid supra punto 4.1 del Capítulo I.

⁴³⁴ Vid LÓPEZ TARRUELLA, F. Y VIQUEIRA PÉREZ, C.: "Los derechos de información..." op. cit. Pág. 64. GALIANA MORENO, J. Y SEMPERE NAVARRO, A.: *El control sindical...* op. cit. Págs. 66 y ss,

⁴³⁵ Vid AA.VV.: "La <ley sobre derechos de información... op. cit. Pág. 684. PÉREZ AMORÓS, F.: *Derechos de información sobre empleo y contratación*. Barcelona, 1993. Bosch. Pág. 58.

2°. La otra posición que se ha pronunciado sobre este aspecto considera que el término subcontratación se está utilizando en una acepción muy general, mucho más amplia que las dos anteriores, con lo que se está haciendo referencia también a otras modalidades de descentralización productiva, es decir, a todos aquellos modos de producción en los que operaciones o parcelas concretas de un ciclo productivo son encargadas a empresas auxiliares o empresas especializadas en la operación o actividad concreta de que se trata⁴³⁶.

En mi opinión, teniendo en cuenta el texto del artículo no se puede admitir la tesis de que se está haciendo referencia a los supuestos de contratas y subcontratas de la propia actividad del empresario comitente, pues tal como se vio anteriormente⁴³⁷, dicha expresión tiene un ámbito muy difícil de delimitar y, por tanto, no conviene extrapolarla de los preceptos en que no se haya previsto.

⁴³⁶ Vid MARTÍN VALVERDE, A.: "La información al personal sobre subcontratación y sobre previsiones de empleo". RT, 1990, n° 100 (monográfico). Págs. 640 y 641. BAYLOS GRAU, A.: "La información trimestral sobre previsiones de contratación y supuestos de subcontratación. Algunas reflexiones". RT, 1990, n° 100 (monográfico). Págs. 357 y ss; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información...op. cit.* Pág. 483

⁴³⁷ Vid supra punto 3.2 del Capítulo I.

Tampoco cabe una interpretación muy amplia del mismo, pues el término utilizado por el legislador hace referencia a una modalidad de la descentralización que se diferencia de otras que, pese a ser también formas de exteriorizar partes del proceso productivo, no se denominan así.

Por tanto, la interpretación correcta en mi opinión es aquélla que, considerando el precepto en sus justos términos, sostiene que el mismo comprende tanto las contratas como las subcontratas que celebre el empresario. Otra cosa es que, como ha ocurrido con el art. 42 del ET⁴³⁸, la jurisprudencia entienda que dentro de él se pueden incluir diversas modalidades contractuales siempre que funcionen de forma equivalente.

2.3. Naturaleza del control ejercido.

Uno de los puntos que más problemas interpretativos ha presentado para la doctrina es el relativo a si la información que se había de traspasar era relativa a contratas o subcontratas de obras o servicios ya celebradas o perfeccionadas, o a las contratas o subcontratas futuras con carácter previo a su perfeccionamiento.

⁴³⁸ Vid supra punto 2 de la Introducción.

Al respecto claramente se han adoptado dos posiciones:

1ª. Aquélla que sostiene que el art. 64.1.1º del ET está pensando en el control preventivo de futuros comportamientos empresariales incidentes en la contratación y el empleo, movidos por la idea de que como en el art. 1.3 de la LDIRT se hacía referencia a la obligación de informar sobre las previsiones de contratación así como de los supuestos de subcontratación, se entendía que esa previsión se refería también respecto del final de la frase⁴³⁹.

Otros argumentos que también han utilizado son los siguientes:

1.1. La finalidad profiláctica o de evitación de situaciones patológicas de fraudes y abusos en la contratación y en el empleo y de la preocupación fundamental del legislador por el control social y público de las políticas de empleo empresariales (...), pues en puridad se trata de evitarlas preventiva o cautelarmente en la fuente, en el momento genético, no de hacer frente al hecho consumado de la irregularidad del supuesto de hecho normativo.

1.2. De acuerdo con una interpretación sistemática de la parte final del art. 64.1.1° del ET en el que se dispone la obligación de informar sobre la evolución probable del empleo en la empresa.

1.3. La posición del TC en la sentencia de 22 de Abril de 1993⁴⁴⁰ manifestada en el F. J. n° 12 que establece literalmente "previsiones empresariales".

2°) La otra posición interpreta que el empresario sólo debe de informar sobre las contrataciones ya efectuadas. Esta es la postura de la mayoría de la doctrina⁴⁴¹ y sus argumentos fundamentales son:

2.1. La obligación de suministrar dicha información puede llegar a subvertir el principio de libertad de empresa, tutelado por el art. 38 de la Constitución, y que es esencial en un sistema de economía

⁴³⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: "Grupos de empresas y subcontratación..." op. cit. Págs. 246 y 247.

⁴⁴⁰ STC 142/1993 de 22 de Abril (BJC 145-1993. Ponente: Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer). F.J. 12: "(...) Lo mismo ocurre con el art. 1.3, que, además, en ningún caso, puede afectar a la intimidad de los trabajadores al referirse sólo a previsiones empresariales como objeto de la información".

⁴⁴¹ SAGARDOY BENGOCHEA, J. Y GIL Y GIL, J. L.: "Derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación". RT, 1990, n° 100 (monográfico). Pág. 45. GALIANA MORENO, J. Y SEMPERE NAVARRO, A.: *El control sindical...* op. cit. Pág. 68.

de mercado basado en la competencia.

2.2. Puede resultar ilegal obligar al empresario a que tenga previsiones específicas sobre el futuro, y menos aún a que la información que suministre, para cumplir dicha obligación, se ajuste efectivamente a la realidad futura y sea fuente de compromiso vinculante alguno.

2.3. La referencia del precepto a "supuestos de subcontratación" hace suponer a que se trata de hechos ya consumados.

Las organizaciones de empresarios se han manifestado al respecto señalando que la información que se dé a las representaciones de los trabajadores, deberá ser lo más escueta posible, en virtud de que se descubren estrategias de la empresa, y en todo caso lo que se comunicará serán supuestos o hipótesis de subcontratación⁴⁴².

En mi opinión y en vista de que con esta ley se pretende controlar relativamente la actuación del empresario, se ha de interpretar que se está haciendo referencia a contrataciones y subcontratas ya perfeccionadas puesto que la información relativa a hechos futuros no

⁴⁴² Circular CEOE-CEPYME, op. cit. Pág. 1274.

podría resultar operativa en la medida en que las previsiones no llegaran a cumplirse. Se trata de tener una información sobre la actuación del empresario pero en ningún caso un control puesto que se trata de decisiones que pertenecen a su planificación empresarial.

2.4. Periodicidad del suministro de la información.

La cuestión relativa a la periodicidad en el suministro de la información plantea las mismas discordancias que el anterior, puesto que los que han considerado que se ha de informar sobre previsiones de subcontratación estiman que se ha de informar de las contrataciones o subcontratas que se vayan a celebrar durante los tres meses siguientes, mientras que los que han interpretado que la información que se transmite es sobre supuestos de contrataciones ya celebradas, opinan que se ha de informar sobre las contrataciones o subcontratas que se hayan contratado en los tres meses anteriores.

Partiendo de la interpretación que se determinó en el punto anterior, la información a traspasar será la relativa a las contrataciones o subcontratas que se hayan consumado durante los tres meses anteriores.

No obstante, en este aspecto quiero relatar dos

críticas que la doctrina⁴⁴³ ha señalado al respecto:

a) Por un lado, este deber de información se ha impuesto indiscriminadamente a todos los empresarios sin hacer ninguna distinción entre grandes, medianas o pequeñas empresas, cosa que hubiera sido conveniente pues no en todas las empresas es igual de importante este requisito ni de igual forma pueden hacerle frente.

b) Y, por otro, se ha determinado que su operatividad será escasa puesto que este tipo de información no se puede sujetar estrictamente a fechas concretas y menos aún a períodos de tiempo tan cortos.

En mi opinión, la primera puede tener fundamento puesto que no se prevé tampoco el hecho de que la empresa no tenga representación de los trabajadores, pero la segunda estimo que es excesiva puesto que el objetivo de esta previsión legal es la de que los trabajadores tengan conocimiento de algunas decisiones empresariales que afectan al lugar donde trabajan y considero que esta premisa se cumple con la ley.

Por último, quiero señalar que la obligación del

⁴⁴³ MARTÍN VALVERDE, A.: "La información al personal sobre subcontratación..." op. cit. Pág. 642. GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: "Los derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación". RT, 1990, n° 100 (monográfico). Págs. 246 y ss.

empresario se centra en los supuestos de contrataciones o subcontratas en su inicio, pero no de su desenvolvimiento o finalización⁴⁴⁴.

3. Consecuencias jurídicas del incumplimiento empresarial del deber de información.

De nada serviría que se dispusiera este deber de comunicación por parte del empresario, si no estuviera tipificada la conducta omisiva por parte del empresario, seguida de las correspondientes sanciones.

La transgresión de los derechos de información viene tipificada en el art. 95.7 del ET como infracción grave⁴⁴⁵.

En cuanto a quién será la autoridad competente para imponer esta sanción, en el presente caso serán los Directores Provinciales o el Director General del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social o el Consejo de Ministros, a

⁴⁴⁴ Vid en este sentido MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información de los representantes...* op. cit. Pág. 478.

⁴⁴⁵ La Ley 2/1991 hacía una remisión expresa en su Disposición Adicional: "Las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a los derechos de información reconocidos en la presente Ley serán constitutivas de infracción grave, conforme a lo dispuesto en el art. 7.6 de la

propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, según la cuantía, o las autoridades laborales de las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia de ejecución de la legislación laboral (art. 47 de la LISOS).

La graduación de la infracción, dependerá de la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, del fraude o connivencia, del incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, de la cifra de negocios de la empresa, del número de trabajadores afectados en su caso, del perjuicio causado y de la cantidad defraudada (Art. 36 de la LISOS).

Y, por último, una vez establecido lo anterior, la cantidad a la que puede verse obligado a pagar dependerá de la calificación de la infracción, tal como dispone el art. 37.3 de la LISOS:

"Las faltas graves se sancionarán con multa, en su grado mínimo, de 50.001 a 100.000 pesetas; en su grado medio, de 100.001 a 250.000 pesetas; y en su grado máximo de 250.001 a 500.000".

Teniendo presente que, en caso de reincidencia, la cuantía de las sanciones consignadas en los apartados

Ley 8/1988, de 7 de Abril, de Infracciones y Sanciones en el orden social (...)"

anteriores podrá incrementarse hasta el duplo del grado de la sanción correspondiente a la infracción cometida sin exceder del tope máximo de 15.000.000 de pesetas (Art. 38 de la LISOS).

En el supuesto en que los derechos de información de los representantes de los trabajadores hayan sido ampliados por vía convencional, ya sea subjetiva (ampliación de los sujetos que tienen derecho a recibir la información del empresario), ya sea objetivamente (ampliación de la materia que debe ser objeto de información), su incumplimiento está protegido de la misma manera que lo que dispone la Ley, en la medida en que ésta es un mínimo ampliable, y el art. 95.7 del ET dispone expresamente "en los términos en que legal o convencionalmente viniere establecido"⁴⁴⁶.

4. El deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores.

Que se determine el derecho de información de los representantes de los trabajadores es una cuestión muy importante, en la medida en que se les hace destinatarios de información empresarial. Pero esto no quiere decir que

⁴⁴⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La responsabilidad empresarial...* op. cit. Pág. 46

no se someta a ciertos límites la actuación de estos representantes, ya que en última instancia, están manejando una materia que responde a la planificación y estrategia empresarial.

Va a ser el deber de sigilo profesional una garantía para el empresario en orden al manejo de la información que traspasa. Para los miembros del Comité de Empresa, individual y colectivamente, está regulado en el art. 65.2 del ET, tanto durante el mandato representativo como después de su terminación; asimismo, en el caso de que se traspase la información documentalmente, ésta no podrá ser utilizada fuera del estricto ámbito de la empresa y para distintos fines de los que motivaron su entrega. Y para los delegados de personal se reitera en el art. 62.2.2° del ET.

La redacción que establecía la LDIRT sobre el deber de sigilo en el art. 2 fue criticada por la doctrina⁴⁴⁷,

⁴⁴⁷ TUDELA CAMBRONERO, G. Y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: "En torno a la ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación". RT, 1990, n° 100 (monográfico). Págs. 165 y ss.; VILLALBA SALVADOR, B. Y DIEZ MENÉNDEZ, C.: "Novedades en la regulación del deber de sigilo en el proyecto de ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación". RT, 1990, n° 100. Págs. 375 y ss.; GALIANA MORENO, J. M°. Y SEMPERE NAVARRO, A. V.: "Los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores y el control sindical de los contratos en la Ley 2/1991". RT, 1990, n° 100. Págs. 487 y ss.

ya que de ese artículo se deducía que los únicos obligados a guardar un deber de sigilo eran los representantes de la Administración, de los sindicatos o de las asociaciones empresariales que accedían a la copia básica de los contratos, no imponiéndose expresamente respecto a los representantes legales de los trabajadores que tuvieran acceso a las informaciones suministradas por el empleador en virtud del art. 1 de la Ley⁴⁴⁸. Esto suponía un gran peligro, sobre todo en materia de previsiones de empleo y de contrataciones en la medida en que el empresario traspasa información de su organización de trabajo.

Este deber de sigilo no consiste en que deban guardar de forma secreta los documentos y la información que manejen sino que han de ser utilizados de una forma prudente, ya que en caso contrario se pueden derivar perjuicios para la empresa⁴⁴⁹. Cualquier asimilación del deber de sigilo con la obligación de guardar secreto

⁴⁴⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los derechos de información...* op. cit. Págs. 288 y 289.

⁴⁴⁹ Estos daños pueden ser de muy diversa índole y normalmente estarán relacionados con la competencia desleal de otras empresas, el posible descrédito de la gestión empresarial con fuente de conflicto interno o el prestigio de la propia empresa frente a clientes, proveedores o instituciones financieras. Vid FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F.: "El deber de sigilo de los representantes del personal". AL, 1992, n° 9. Págs. 131 y 132.

conlleva la imposibilidad de que los representantes de los trabajadores puedan informar a los trabajadores que representan sobre la labor que ejercen⁴⁵⁰.

Esa utilización prudente va a permitir, no obstante, que en determinados supuestos se puedan extraer documentos de la empresa o traspasar información a personas que no forman parte de la empresa (por ejemplo, las autoridades públicas). La licitud de estas actitudes vendrá justificada en la existencia de unos "intereses prevalentes y absolutos"⁴⁵¹ a los de la empresa.

En resumen: la información, verbal o escrita, transmitida por el empresario a los representantes de los trabajadores tendrá que ser utilizada prudente y profesionalmente por parte de sus destinatarios puesto que en caso contrario se pueden derivar tanto consecuencias perjudiciales para el empresario como para

⁴⁵⁰ En este sentido de pronuncia CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: "El sigilo profesional en el sistema de seguridad y salud laboral establecido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales". En AA.VV. (Coord. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.): *La ley de prevención de riesgos laborales*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Págs. 521 y 522; y BOZA PRO, G: *El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores*. Valencia, 1997. Tirant lo Blanch. Pág. 227. En contra SAGARDOY BENGOCHEA Y GIL Y GIL que consideran que existe una "obligación de secreto". En "Derechos de información de los representantes de los trabajadores..." *op. cit.* Pág. 41.

⁴⁵¹ Vid en este sentido FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F.: "El deber de sigilo de los representantes..." *op. cit.* Págs. 137 a 139.

los representantes que no observaron el sigilo que legalmente se les exigía.

4.1. Consecuencias jurídicas del incumplimiento del deber de sigilo.

Si bien la actitud del empresario que no transmite la información que le impone la LDIRT viene tipificada tal como se ha podido ver anteriormente⁴⁵² como infracción grave, la no observancia del deber de sigilo no se encuentra tipificada, con lo que en caso de contravención no cabrá en ningún caso sanción administrativa⁴⁵³.

Esta situación de no imposición de una sanción administrativa la intentó evitar el Grupo Parlamentario Catalán⁴⁵⁴ mediante una enmienda que disponía que se incluyera dentro de la ley el siguiente párrafo:

"Las acciones u omisiones de la representación legal de los trabajadores que

⁴⁵² *Vid supra* punto 3 de este Capítulo.

⁴⁵³ GALIANA MORENO, J. Y SEMPERE NAVARRO, A.: "Los derechos de información..." *op. cit.* Pág. 488.

⁴⁵⁴ Enmienda n° 39 del Grupo Parlamentario Catalán del Congreso. Enmiendas al Proyecto de ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación. RT, 1990, n° 100. Pág. 883.

supongan infracciones del principio de sigilo profesional serán sancionadas con arreglo a lo previsto en la legislación vigente"

Señalaban como argumento a esta enmienda que debía de haber una congruencia entre las responsabilidades previstas en el párrafo anterior respecto a las acciones u omisiones de los empresarios, y por considerar que también pueden existir transgresiones legales en el ámbito de la conducta de la representación legal de los trabajadores.

Lo cierto es que no prosperó y las consecuencias que se pueden derivar entonces de este incumplimiento son:

1. Se podrá despedir disciplinariamente en virtud de un incumplimiento grave y culpable, en virtud de la transgresión del deber de buena fe (Art. 54.2 d) del ET).

2. Posibilidad de sanción interna por parte de las asociaciones sindicales respecto de sus miembros.

3. Que los perjudicados por la difusión exijan responsabilidades extracontractuales, resarcitorias de los daños y perjuicios sufridos, a los transgresores de

la prohibición⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵ GALIANA MORENO, J. Y SEMPERE NAVARRO, A.: *El control sindical...* op. cit. Pág. 78.

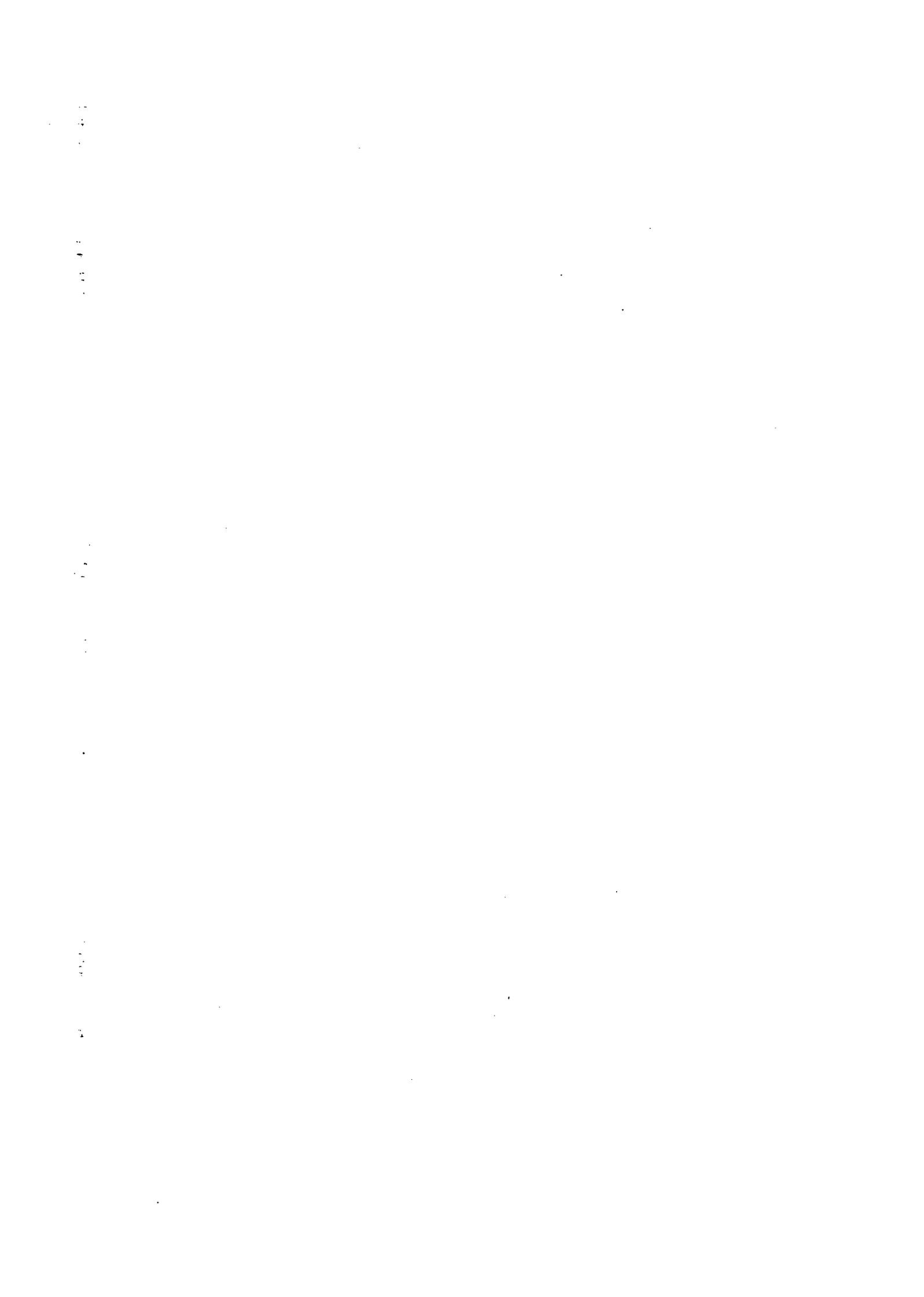
PARTE 2^a

LA SUBROGACIÓN

EMPRESARIAL

CAPITULO V

LA SUBROGACIÓN EMPRESARIAL
EN LAS CONTRATAS Y
SUBCONTRATAS DE OBRAS Y
SERVICIOS



1. Consideraciones previas.

La materia relativa a la subrogación empresarial entre titulares sucesivos de una misma contrata o concesión se encuentra regulada en tres niveles diferentes: el comunitario, el nacional y el convencional.

El primer nivel normativo se encuentra en la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero, sobre la *aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad*⁴⁵⁶. La legislación española, y más exactamente el ET, se adapta en líneas generales a lo dispuesto en ella, de forma similar a sus precedentes normativos.

El segundo nivel viene encabezado por el art. 44 del ET, que regula los supuestos de cambio de titularidad de la empresa así como las consecuencias y garantías que se derivan de ello. El presupuesto normativo que en él se regula se completa por la remisión que realizan los arts. 49.1 g) y 51.11 del ET, en la medida en que extiende su aplicación, respecto del primero, a los supuestos de

⁴⁵⁶ DOCE L 61/26, de 5 de marzo de 1977.

muerte, jubilación, incapacidad o extinción de la personalidad jurídica del empresario y, en cuanto al segundo, a los casos de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma, si lo vendido comprende los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial.

El tercer y último nivel se encuentra en la negociación colectiva. A mi juicio es, respecto de la subrogación o adscripción de personal en las contrata y subcontratas, el más importante, ya que como se analizará posteriormente, es el que regula, en un principio, los cambios en la prestación de determinados servicios, destacando, como más importantes, los convenios colectivos de los sectores de limpieza, vigilancia y seguridad, hostelería, bingo, contrata ferroviarias, jardinería y ayuda en domicilio, en unos casos, a nivel nacional y, en otros, ante la ausencia de estos, a nivel interprovincial o provincial.

No hay que olvidar las Ordenanzas Laborales que, si bien han sido derogadas, constituyen el precedente de los convenios actuales, los cuales en algunos casos, como en el sector de la limpieza de edificios y locales, siguen remitiéndose a la Ordenanza, asumiendo su contenido, mientras no se elabore el convenio sectorial que, con carácter general, regule la materia.

Junto a toda esta completa regulación hay que resaltar que los Tribunales de Justicia se han pronunciado en numerosas ocasiones sobre prácticamente todos los aspectos que se ordenan en las normas citadas anteriormente, lo cual unido al panorama expuesto en las líneas precedentes, hace que su estudio e interpretación sea complejo, ya que las líneas doctrinales y jurisprudenciales no han seguido la uniformidad y el equilibrio que hubiera sido deseable.

En la medida en que examinar de forma completa y detallada todos los puntos de las normas anteriores excedería el ámbito objetivo de este capítulo, he considerado adecuado analizar primero los presupuestos legales de la normativa comunitaria y española, para una vez expuestos estimar o no la subrogación en las contrataciones y subcontratas como un supuesto incluido en ellos.

Una vez hecha esa apreciación, se analizará la normativa sectorial, determinando si se trata de una especificación de la normativa anterior, o más bien una regulación autónoma y diferente de ella, solución esta última que será la que prevalecerá.

2. Normativa comunitaria: la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero.

Las transmisiones de empresas vienen reguladas a nivel comunitario en la ya citada Directiva 77/187, de 14 de febrero.

Fue adoptada, tal como señala su Preámbulo⁴⁵⁷, en cumplimiento de los arts. 100⁴⁵⁸ y 117⁴⁵⁹ del Tratado de

⁴⁵⁷ Y así lo reafirman las SSTJCE de 15 de abril de 1986 (Asunto 237/84. Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica. (Rec. 1986, págs. 1247 a 1257)). "La Directiva 77/187, adoptada sobre la base principalmente del art. 100 del Tratado, aspira, según reza sus considerandos, a <la protección de los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos>. Se basa en el principio de que conviene asegurar, en cuanto sea posible, la continuidad de la relación laboral, sin modificación, con el cesionario" y 7 de febrero de 1985 (Asunto 135/83. H.B. Abels contre Direction de la Bedrijfsvereniging voor Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie (Rec. 1985, págs. 469 a 489)) "La protección de los trabajadores en caso de transmisión de empresas se incluye dentro de la perspectiva de la evolución económica y de la necesidad, enunciada en el art. 117 del Tratado".

⁴⁵⁸ "El Consejo adoptará, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común".

⁴⁵⁹ "Los Estados miembros convienen en la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los asalariados, a fin de conseguir su equiparación por vía del progreso. Asimismo, consideran que dicha evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado común, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en el presente Tratado y de la

la CEE, y las razones que llevaron a su promulgación fueron, tal como señala su Exposición de Motivos, fundamentalmente dos⁴⁶⁰:

1ª) Por un lado, la económica, ya que "subsisten diferencias en los Estados miembros en lo que se refiere al alcance de la protección de los trabajadores en este terreno, las cuales se han de reducir" de modo que pueden tener una incidencia directa sobre el funcionamiento del mercado común.

2ª) Y, por otro, la social, pues "son necesarias disposiciones para proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos".

Ante esta situación y con esos objetivos, esta Directiva es, a mi juicio, una de las normas más importantes de toda la legislación comunitaria, ya que el fenómeno que regula ha sido y es bastante común en

aproximación de sus disposiciones legales, reglamentarias y administrativas". Para un estudio más amplio de las materias que se pretenden armonizar *vid* SALA FRANCO, T.: "La política comunitaria de armonización de la normativa en materia laboral". RT. 1992, n° 8. Pág. 10.

⁴⁶⁰ *Vid* SALA FRANCO, T.: "Efectos laborales de la transmisión de empresas: normas comunitarias y derecho español". AL, 1987, n° 32. Pág. 1754; COLINA ROBLEDO, M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. Y SALA FRANCO, T.: *Derecho social comunitario*. Valencia, 1995 (2ª ed.). Tirant lo Blanch. Pág. 384.

nuestros días en los que el número de empresas en dificultades que son traspasadas y absorbidas por otras es relevante y, por tanto, es conveniente que se establezca un instrumento de protección de los derechos de los trabajadores, para evitar posibles fraudes encubiertos en transmisiones realizadas con el fin de exonerarse de cumplir las obligaciones que se tienen con los trabajadores.

2.1. Características.

En la medida en que puede afectar a lo que se estudiará posteriormente, considero importante señalar, aunque sea de forma resumida, cuales son las principales características de la Directiva 77/187/CEE:

1ª) Tal como dispone el art. 8.1⁴⁶¹ del Tratado de la CEE, la Directiva es de obligada observancia por los Estados miembros, lo que ha llevado al Tribunal comunitario a tener que declarar la responsabilidad de los países que no dictaron la legislación adecuada, una vez transcurrido el plazo máximo otorgado para su inserción en el Derecho nacional (SSTJCE de 15 de abril

⁴⁶¹ "Los Estados miembros establecerán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a la presente Directiva en un plazo de dos años a partir de su notificación, e informarán de ello inmediatamente a la Comisión".

de 1986⁴⁶², 10 de julio de 1986⁴⁶³ y 8 de junio de 1994⁴⁶⁴), con la consiguiente asunción de las

⁴⁶² Cit supra nota 457. "La Directiva fue notificada al Reino de Bélgica con fecha de 16 de febrero de 1977, [con lo que el plazo para ajustarse] venció el 16 de febrero de 1979, con lo cual es responsable de los perjuicios causados a los trabajadores como consecuencia de no haber adoptado una legislación que satisficiera el conjunto de exigencias de la Directiva en vigor, pues no garantizaba la protección de los derechos a las prestaciones de vejez en base a regímenes complementarios de Seguridad Social y, por otra parte, excluía categorías de trabajadores de la protección contra el despido en caso de traspaso de empresas".

⁴⁶³ Asunto 235/84. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana (Rec. 1986, págs. 2291 a 2303). "[La Comisión sostiene que Italia no ha aplicado correctamente el párrafo 2 del apartado 3 del art. 3, ni los apartados 1 y 2 del artículo 6 de la Directiva] Ésta había sido notificada a la República Italiana el mismo día que la sentencia anterior. (...) La legislación en vigor no garantiza la protección de los derechos de los trabajadores y de los antiguos trabajadores a prestaciones de jubilación derivadas de regímenes complementarios de Seguridad Social (de conformidad con el párrafo 2 del apartado 3 del artículo 3 de la Directiva); por otra parte, no impone al cedente y al cesionario obligaciones en materia de información y de consulta con los representantes de los trabajadores afectados que se atengan a las exigencias de los apartados 1 y 2 del art. 6 de la Directiva". Un estudio amplio de esta sentencia en FOGLIA, R.: "Trasferimento di impresa, tutela dei lavoratori ed obblighi comunitari". Il Diritto del Lavoro, 1986 (II). Pág. 426 a 435.

⁴⁶⁴ Asunto C-382/92. Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Rec. 1994, págs. 2435 a 2478). "[La adaptación del Reino Unido a las disposiciones de la Directiva se realizó a través de las Transfer of Undertakings (Protection Employment) Regulations 1981 (Reglamento de 1981 sobre la protección del empleo en caso de transmisiones de empresas; en lo sucesivo <Reglamento>). Éste fue modificado en ciertos puntos por la Trade Union Reform and Employment Rights Act 1993 con posterioridad a la interposición del recurso] El Tribunal comunitario consideró

correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios de los trabajadores afectados.

2ª) Con esta norma se persigue la <armonización parcial> de la materia relativa a la transmisión de empresas, es decir, que los distintos Estados miembros garanticen mínimamente y de forma igualitaria toda una serie de derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, no siendo necesaria que esa protección sea uniforme (SSTJCE de 10 de febrero de 1988⁴⁶⁵ y 12 de noviembre de 1992⁴⁶⁶).

que este país había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva y del art. 5 del Tratado al no prever la designación de representantes de los trabajadores cuando el empresario no da su conformidad a la designación, al excluir las empresas sin ánimo de lucro del ámbito de aplicación del Reglamento destinado a aplicar la mencionada Directiva, al no obligar al cedente o al cesionario que prevén la adopción de medidas en relación con sus trabajadores a consultarlas con la suficiente antelación con los representantes de sus trabajadores con el fin de llegar a un acuerdo y al no establecer sanciones eficaces para el caso de que el empresario omite informar y consultar a los representantes de los trabajadores". Para un estudio más amplio de esta sentencia *vid* LÓPEZ TERRADA, E.: "La sentencia del Tribunal de Justicia Comunitario de 8 de Junio de 1994, sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas". PJ, 1995, n° 38. Págs. 309 a 324.

⁴⁶⁵ Asunto 324/86. Foreningen af Arbejdsledere i Danmark contra Daddy's Dance Hall A/S (Rec. 1988, págs. 739 a 756). El supuesto trata de un contrato de concesión-explotación de unos bares y restaurantes. Al demandante se le modificó el plazo de preaviso del despido. El Tribunal comunitario señala que el Derecho nacional puede permitir tras una transmisión la modificación de la relación de trabajo en un sentido desfavorable, especialmente en lo que se refiere al despido,

3ª) Se trata de una norma de carácter mínimo, lo cual supone que la protección que se establece en su articulado no puede ser empeorada por los diferentes Estados, pero sí en cambio mejorada, ya sea por medio de disposiciones legales, reglamentarias o por los convenios colectivos (art. 7.1). Dicha mejora se ha producido, normalmente, determinando la responsabilidad conjunta del empresario cedente y del cesionario con posterioridad a la transmisión respecto de obligaciones que resulten de un contrato de trabajo o de una relación laboral anterior, la cual sólo viene fijada en la Directiva para los derechos adquiridos o en curso de adquisición respecto de prestaciones de jubilación o invalidez de los trabajadores o supervivientes regulados en regímenes complementarios de

siempre que se mantengan unos límites y que la modificación no se justifique en virtud de la transmisión. Sobre esta sentencia vid los comentarios de RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "Las relaciones laborales y el cambio de arrendatario de empresa". RL, 1988, n° 10. Págs. 1 a 7 y "El carácter indisponible del art. 44 ET". RL, 1988, n° 11. Págs. 1 a 8.

⁴⁶⁶ Asunto C-209/91. Anne Watson Rask y Kirsten Christensen contra ISS Kantineservice A/S (Rec. 1992, págs. 5755 a 5783). La cuestión versa sobre la gestión de unas cantinas. Las demandantes reclaman que al haberse producido la asunción por la nueva empresa se les ha modificado la fecha de pago de sus salarios, que pasó de ser el último jueves del mes al último día laboral del mes, así como la composición del salario, sin alterar el importe global del mismo. El Tribunal consideró que la Directiva permite modificar la relación laboral en sentido desfavorable especialmente por lo que respecta a las condiciones retributivas, siempre dentro de unos límites y que la modificación no se justifique en la transmisión.

previsión profesionales o interprofesionales (art. 3), pero no en relación con el resto de obligaciones pendientes (art. 3.1⁴⁶⁷). Esta mejora se ha convertido en regla general en la mayoría de los ordenamientos comunitarios, citando a modo de ejemplo, la normativa española (art. 44.1 *in fine* del ET⁴⁶⁸), la francesa (art. L. 122-12 del Code du Travail⁴⁶⁹) y la italiana (art.

⁴⁶⁷ "Los Estados miembros podrán prever que el cedente continúe siendo, después de la fecha del traspaso tal como se define en el apartado 1 del art. 1º y junto al cesionario, responsable de las obligaciones que resulten de un contrato de trabajo o de una relación laboral".

⁴⁶⁸ "(...) Cuando el cambio tenga lugar por actos inter vivos, el cedente y, en su defecto, el cesionario, está obligado a notificar dicho cambio a los representantes legales de los trabajadores de la empresa cedida, respondiendo ambos solidariamente durante tres años de las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas".

⁴⁶⁹ Dispone la responsabilidad solidaria de ambos empresarios pero con una excepción: tal responsabilidad no tendrá lugar en los supuestos en los que el cambio de empresario hubiera sucedido en el ámbito de un procedimiento de venta judicial o de liquidación de bienes o que se hubiera producido sin ser ello consecuencia de un acuerdo entre ambos empresarios. Vid más ampliamente, entre otros, BLAISE, H.: "Les modifications dans la personne de l'employeur: l'article L.122-12 dans la tourmente". DS, 1986, n° 12. Págs. 837 a 847; DONTENWILLE, H.: "L'article L. 122-12 du Code du travail: la nouvelle jurisprudence de la Cour de Cassation". DS, 1990, n° 5. Págs. 399 a 417; BLAISE, H.: "L'article L. 122-12 après la tourmente: vers la stabilisation de la jurisprudence?". DS, 1991, n° 3. Págs. 246 a 257; SAVATIER, J.: "Cession d'entreprise et statut collectif des salariés". DS, 1993, n° 2. Págs. 156 a 161; GATUMEL, D.: *Le droit du travail en France*. París, 1994, 5ª edición. Ed. Francis Lefebvre. Págs. 437 a 445.

2112.2 del Código Civil⁴⁷⁰).

4*) Una última característica a señalar y no exenta de problemas, es la relativa a su aplicabilidad, tema del que ya se habló en relación a la Directiva comunitaria en la materia de seguridad y salud. Se trata de una cuestión sobre la cual la doctrina ha adoptado posiciones divergentes, que, en suma, son las dos siguientes:

a) Un sector⁴⁷¹ considera posible que esta Directiva sea aplicable de forma directa e inmediata como consecuencia de su redacción clara y precisa y de la referencia del Tribunal comunitario en la STJCE de 10 de febrero de 1988⁴⁷² a los "derechos que confieren los

⁴⁷⁰ "El adquirente queda obligado solidariamente con el enajenante por todos los créditos que el trabajador tuviere en el momento de la transmisión por razón del trabajo efectuado, comprendidos los que tengan su causa en la notificación de la resolución del contrato realizada por el enajenante, siempre que el adquirente haya tenido conocimiento de los mismos en el momento de la transmisión o que los créditos figuren en los libros de la empresa transmitida o en la cartilla laboral". Vid DEL GIUDICE, F., MARIANI, F., IZZO, F. Y ANTICO, U.: *Diritto del Lavoro*. Napoli, 1994 (13ª ed.). Simone. Págs. 246 a 251.

⁴⁷¹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "El carácter indisponible..." op. cit. Pág. 1; En este sentido COLINA ROBLEDO, M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. Y SALA FRANCO, T. estiman con carácter general que una directiva puede ser aplicable directamente cuando su regulación sea autosuficiente y detallada y haya transcurrido el plazo para su adopción. En *Derecho social...* op. cit. Pág. 50

⁴⁷² Vid supra nota 465.

preceptos imperativos de la Directiva".

b) Frente a la posición anterior, otra parte de la doctrina que se ha ocupado de la cuestión⁴⁷³ se decanta por estimar que respecto de las Directivas no se puede declarar nunca su aplicación directa, ya que ésta sólo está reconocida, de acuerdo con el art. 189.2 del Tratado de Roma, a los Reglamentos. Lo que sí se puede predicar de ellas es un efecto "análogo al de aplicabilidad directa"⁴⁷⁴, que consiste en reconocerle un efecto directo, noción que ha sido creada por la jurisprudencia comunitaria y que consiste en la posibilidad de ser alegada por los particulares en un Estado miembro, y la obligación de los tribunales nacionales de proteger esos derechos.

A mi juicio, y de acuerdo con los requisitos que se señalaron en cuanto a su aplicación⁴⁷⁵, no se puede

⁴⁷³ Vid MILLÁN MORO, L.: "<Aplicabilidad directa> y <efecto directo>..." *op. cit.* Págs. 446 y ss; *Id.* autora, "La eficacia directa de las Directivas: evolución reciente". RIE, 1990, n° . Págs. 845 y ss.; GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*. Madrid, 1989. MTSS. Págs. 65 y ss; BARATTA, A.: "Norme contenute in direttive comunitarie inattuete e loro opponibilità ai singoli". RDI, 1989, volumen LXXII. Págs. 253 a 281.

⁴⁷⁴ Así se pronuncia GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La aplicación en España de las Directivas comunitarias..." *op. cit.* Pág. 7.

⁴⁷⁵ Vid *supra* punto 1 del Capítulo III.

predicar respecto de las Directivas una aplicabilidad directa, ya que ésta se fundamenta en la condición de que una norma entre en vigor directamente sin necesidad de un acto de transposición en el derecho interno, lo cual no se puede sostener respecto de las Directivas, en la medida en que siempre necesitan de esos actos. Ahora bien, sí que considero que es posible afirmar de ellas el <efecto directo> puesto que de otra manera los particulares se encontrarían en una clara indefensión ante el Estado, el cual si no ha traspuesto la Directiva ha sido porque no ha querido y, en tal caso, los particulares no pueden resultar perjudicados por una no-actuación de los organismos públicos.

No obstante, hay que señalar que sólo tienen reconocido las Directivas el efecto directo <vertical> (se aplica a las relaciones entre los particulares y las autoridades nacionales)⁴⁷⁶, pero no así el <horizontal> (relaciones de particulares entre sí), ya que las Directivas sólo imponen obligaciones a los países

⁴⁷⁶ Estas han sido precisadas en la STSJ de 12 de julio de 1990 (Asunto C-188/89. A. Foster y otras contra British Gas plc. Rec. 1989, págs. 3313 a 3350) como: a) todos los órganos públicos que desempeñen una función o servicio público; b) toda la actividad empresarial privada del Estado, se articule o no mediante empresa pública; y c) todas las empresas controladas, tanto en la gestión como en la financiación o en su régimen económico, por el Estado.

comunitarios⁴⁷⁷.

A mi modo de ver, de esta Directiva no puede predicarse ese efecto directo vertical, ya que su dicción no es todo lo clara que fuera deseable.

Para paliar los posibles inconvenientes de este diferente tratamiento, GONZÁLEZ ORTEGA ha señalado el posible <efecto indirecto> de las Directivas, que supone "la necesidad de interpretar las normas internas en vigor, en cuanto no sustituidas por la incorporación de las Directivas, de conformidad con lo establecido en estas últimas"⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ Este no reconocimiento del efecto directo horizontal ha sido criticado por MILLÁN MORRO en la medida en que produce discriminaciones "entre los particulares pues a situaciones idénticas con el único factor de diferenciación de que la relación del particular sea con un empresario privado o con el Estado actuando <iure gestionis>", se les dispone consecuencias diferentes. En "La eficacia directa de las Directivas...op. cit. Pág. 854.

⁴⁷⁸ En "La aplicación en España de las Directivas..." op. cit. Pág. 14; Un análisis amplio de este efecto se encuentra en MIAJA DE LA MUELA, A.: "La primacía sobre los ordenamientos jurídicos internos del Derecho internacional y del Derecho comunitario europeo". RIE, 1974, n° 1. Volumen 3. Págs. 987 a 1029. No obstante, esta solución plantea inconvenientes de seguridad jurídica y además se pierde en gran medida el monopolio que mantenía el Tribunal comunitario en la determinación de las disposiciones de Derecho comunitario que podían producir efecto directo. En MILLÁN MORRO, L.: "La eficacia directa de las Directivas..." op. cit. Pág. 867.

2.2. Presupuesto normativo.

La Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero dedica un total de quince artículos a regular la materia relativa a la transmisión de empresas. Entre ellos, es el artículo 1.1º el que se fija, de forma breve y escueta, el ámbito material de la Directiva, es decir, a qué tipo de sucesiones se aplicará, que son, en suma, a "los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad a otro empresario, como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión".

Esta delimitación tan sucinta ha supuesto que la jurisprudencia comunitaria haya tenido que ir interpretando y fijando los límites de este precepto, con el fin de precisar el ámbito de aplicación de la Directiva. El supuesto de hecho comunitario requiere, al igual que el español como se verá más adelante, la presencia de dos elementos, uno subjetivo y otro objetivo, que por sus particularidades se analizarán separadamente.

2.2.1. El elemento subjetivo.

El primer presupuesto que se ha de apreciar para que entre en juego la Directiva 77/187/CEE es que se produzca una transmisión o cambio de titularidad. En cuanto a la causa originaria de ésta, en un principio, se puede llegar a la conclusión de que sólo se aplica a las transmisiones

que tengan su origen en una causa contractual o convencional, ya que el artículo 1.1 *in fine* señala la necesidad de "cesión contractual o fusión".

Así lo considera parte de la doctrina⁴⁷⁹ que apunta como elemento esencial a la hora de determinar el ámbito de la Directiva la presencia en la transmisión de la autonomía de la voluntad, es decir, de un elemento volitivo, no incluyéndose, por tanto, ni las operadas <mortis causa> ni las que se producen como consecuencia de ventas judiciales.

No obstante, otro sector de la doctrina⁴⁸⁰, en base a una interpretación finalista del precepto, considera que no sólo se regulan en la Directiva las transmisiones voluntarias sino todos los supuestos de cambio de titularidad con independencia de la causa. Esta es, a mi juicio, la posición más adecuada, pues hay que tener en

⁴⁷⁹ Vid SALA FRANCO, T.: "La política comunitaria de armonización de la normativa en materia laboral". RT, 1992, n° 8. Pág. 13; COLINA ROBLEDO, M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. Y SALA FRANCO, T.: *Derecho social... op. cit.* Pág. 386.

⁴⁸⁰ GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad... op. cit.* Págs. 54 a 57; RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "Transmisión de empresas y empresas de trabajo temporal en el Derecho Europeo". CDJ, 1994, n° XXII. Págs. 172 y ss; MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.Mª. y SEMPERE NAVARRO, A. V. : *Derecho social comunitario*. Madrid, 1994. Tecnos. Pág. 7; MONEREO PÉREZ, J.L.: "El concepto comunitario de <empresa> a efectos de la Directiva Social sobre transmisión de empresas". TrS, 1997, n° 80-81. Pág. 10.

cuenta que el objetivo principal de la Directiva es, tal como se ha dicho anteriormente, la protección o mantenimiento de los derechos de los trabajadores. Si se restringe el precepto legal a la transmisión voluntaria, mal se va a poder plasmar esa protección.

Esta última es la opción por la que se ha decantado también el Tribunal europeo al haber aplicado la Directiva, por ejemplo, a numerosas suspensiones de pagos (SSTJCE de 16 de agosto de 1983⁴⁸¹, 7 de febrero de 1985⁴⁸², 7 de febrero de 1985⁴⁸³ y 25 de julio de 1991⁴⁸⁴), a restituciones a su propietario de la explotación de un establecimiento por decisión judicial (STJCE de 5 de mayo

⁴⁸¹ Asunto 179/83. Industriebond FNV et Federatie Nederlandse Vakbeweging (FNV) contra État néerlandais (Rec. 1983, págs. 511 a 517).

⁴⁸² *Vid supra* nota 457.

⁴⁸³ Asunto 186/83. Arie Botzen et autres contre Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV. (Rec. 1985, págs. 519 a 529).

⁴⁸⁴ Asunto C-362/89. Giuseppe d'Urso, Adriana Ventadori y otros contra Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA y otra (Rec. 1991, págs. 4105 a 4149). *Vid* un comentario de esta sentencia de RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: "La delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva 77/187/CEE por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: un reciente pronunciamiento de gran interés". NCEE, 1992, n° 89. Págs. 73 a 79.

de 1988⁴⁸⁵), a transmisiones en dos fases (SSTJCE de 17 de diciembre de 1987⁴⁸⁶, 10 de febrero de 1988⁴⁸⁷), y a la situación que se produce como consecuencia de la decisión de una autoridad pública de revocar la concesión de unas subvenciones, transfiriéndolas a otra persona jurídica que persigue el mismo fin (STJCE de 19 de mayo de 1992⁴⁸⁸), señalando en este sentido que hay que dar al término cesión contractual una interpretación suficientemente flexible debido a las "diferencias entre las versiones lingüísticas de la Directiva y de las legislaciones nacionales"⁴⁸⁹.

Por contra, no se ha entendido aplicable la Directiva a la quiebra en la medida en que con ésta no se procura el mantenimiento de la empresa sino su liquidación, con lo

⁴⁸⁵ Asuntos acumulados 144 y 145/87. Harry Berg y Johannes Theodorus Maria Busschers contra Ivo Martin Besselsen (Rec. 1988, págs. 2559 a 2584), en cuanto a la explotación de una discoteca.

⁴⁸⁶ Asunto 287/86. Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark contra Ny Molle Kro. (Rec. 1987, págs. 5465 a 5487), respecto de un contrato de arrendamiento de un hostel.

⁴⁸⁷ Cit supra nota 465.

⁴⁸⁸ Asunto C-29/91. Dr. Sophie Redmond Stichting contra Hendrikus Bartol y otros (Rec. 1992, págs. 3189 a 3123).

⁴⁸⁹ Así lo ha apuntado recientemente el TJCE en la sentencia de 7 de marzo de 1996 (Asuntos acumulados C-171/94 y

que pretender la conservación de los derechos de los trabajadores respecto de una empresa que va a desaparecer es absurdo⁴⁹⁰.

2.2.2. El elemento objetivo.

El segundo presupuesto necesario para que se aplique la Directiva, es un elemento objetivo, por cuanto que la transmisión ha de implicar el cambio de titularidad de un objeto: la empresa, un centro de actividad o una parte de centro de actividad, con independencia de su tamaño. Así lo ha declarado el Tribunal de Justicia de la CEE ya que lo relevante es que la entidad económica en cuestión <conservase su identidad>, lo cual ha sido interpretado tradicionalmente en el sentido que la nueva empresa continúe las mismas actividades o análogas del anterior empresario, habiéndose admitido que se traspase la actividad que venía desarrollando de manera principal el cedente o una actividad accesoria que no guarde relación con su objeto social (SSTJCE de 18 de marzo de 1986⁴⁹¹, 12

C-172/94. Albert Mercks y Patrick Neuhuys contra Ford Motors Companu Belgium, S.A. (Rec. 1996, págs. 1253 y ss)).

⁴⁹⁰ Vid, entre otros, la STJCE de 7 de febrero de 1985 (cit supra nota 457).

⁴⁹¹ Asunto 24/85. Josef Maria Antonius Spijkers contra Gebroeders Benedik Abattoir CV y Alfred Benedik en Zonen BV. (Rec. 1986, págs. 1119 a 1130). El supuesto de hecho versa sobre la explotación de un matadero, en el que la nueva

de noviembre de 1992⁴⁹² y 14 de abril de 1994⁴⁹³).

Una serie de índices que han permitido saber si se prolonga la misma actividad son todas las circunstancias de hecho que caracterizan a la operación de que se trata, entre las cuales están, sobre todo, el tipo de empresa o centro de actividad cedido, el hecho de que haya habido o no una transmisión de los elementos materiales, como los edificios y bienes muebles, que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, etc. Todos estos son presupuestos a tener en cuenta pero que, en todo caso, son aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden apreciarse de forma aislada

adquirente se hace cargo de todos los trabajadores menos del demandante que era el director adjunto de dicha explotación con la anterior empresa. Considera el Tribunal que la actividad que lleva la empresa adquirente es análoga a la que se ejercía anteriormente.

⁴⁹² *Vid supra* nota 466. En este supuesto se traspasa una de las cantinas de la empresa Philips.

⁴⁹³ Asunto C-392/92. Christel Schmidt contra Spar-und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm Kiel und Cronshagen (Rec. 1994, págs. 1311 a 1328). La cuestión se plantea respecto de una actividad de limpieza que era desempeñada por una trabajadora y que pasa a ser realizada por una empresa que, si bien quiere contratar a la trabajadora, es bajo la condición de que limpie más superficies por la misma retribución. Se trata claramente de una actividad de limpieza accesoria a la que desempeña la empresa principal que es una Caja de Ahorros.

(SSTJCE de 19 de mayo de 1992⁴⁹⁴ y 7 de marzo de 1996⁴⁹⁵).

Partiendo de esta concepción tradicional, MONEREO PÉREZ ha señalado que en el ámbito objetivo de la Directiva se ha producido una "despatrimonialización del objeto"⁴⁹⁶ puesto que atendiendo a la mayoría de los pronunciamientos del TJCE no es tan importante lo que se traspaasa sino que el servicio o la actividad que se desempeñaba con anterioridad se siga prestando.

Pero dicha noción a partir de unos pronunciamientos que se han dictado entre 1995 y 1997 ha de abandonarse, ya que empieza a erigirse como criterio determinante el traspaso de la infraestructura material o inmaterial. En la medida en que los supuestos de hecho de esas sentencias se centran normalmente en contratas de obras o servicios, me limito a señalar aquí ese cambio de interpretación, de manera que el estudio concreto se realizará en el punto siguiente.

⁴⁹⁴ Cit supra nota 488. Se consideró que hubo transmisión pese a que no se traspasaron los elementos mobiliarios.

⁴⁹⁵ Cit supra nota 489. Al igual que en el caso anterior se estima que hay transmisión pese a que no se transmitió los elementos materiales o inmateriales de la empresa ni mantenimiento, siquiera parcial, de la estructura y de la organización de la empresa.

⁴⁹⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: "El concepto comunitario de <empresa>..." op. cit. Pág. 14.

Un último aspecto que quiero señalar es que si bien normalmente para que exista una transmisión el nuevo empresario adquiere una empresa que está en funcionamiento, el TJCE ha admitido la posibilidad de que se considere como transmisión la adquisición de una empresa cerrada fundamentalmente en dos supuestos: cuando el cierre fuera de carácter temporal como consecuencia del desempeño de actividades de carácter estacional por la cedente y la transmisión se haya producido en el momento de interrupción de la actividad (STJCE de 17 de diciembre de 1987⁴⁹⁷) o cuando la empresa estuviera cerrada como resultado de la finalización de un contrato de arrendamiento y la asunción por el propietario de la empresa con el objetivo de darla a un tercero, es decir, se trate de una transmisión que se opera en dos fases

⁴⁹⁷ Cit supra nota 486. El supuesto de hecho versa respecto de un arrendamiento de un hostel que pasa a ser explotado por la dueña tras estar cerrado por vacaciones. Una empleada de la arrendataria solicita el pago de atrasos que se le dejaron a deber. El Tribunal consideró que debía pagarle pues había producido una transmisión, pese a que en el momento de ésta estuviera cerrada, ya que éste fue temporal. En este sentido vid los comentarios a esta sentencia de RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "La Directiva 77/187/CEE y la extinción del arrendamiento de empresa". RL, 1988, n° 6. Págs. 1 a 6; Id. autor "La subsistencia de la empresa y los contratos laborales y la Directiva 77/1987". RL, 1988, n° 7. Págs. 1 a 8; OLIET PALA, B.: "Consecuencias laborales de la transmisión de empresas en el Derecho Comunitario europeo. Comentario a la Sentencia de 17 de diciembre de 1987". NCEE, 1989, n° 48. Págs. 123 a 126.

(STJCE de 15 de junio de 1988⁴⁹⁸).

En resumen: para que se aplique la Directiva 77/187/CEE es necesario que se produzca un cambio de titularidad, con independencia de la causa que lo fundamente, de una empresa o centro de actividad, siendo lo determinante para apreciarlo que se siga desempeñando la misma o análoga actividad anterior, acompañada tal situación de una serie de indicios que, en algunos supuestos que se analizarán posteriormente, resultan determinantes.

⁴⁹⁸ Asunto 101/87. P. Bork International A/S, en suspensión de pagos, y otros contra Foreningen af Arbejdsledere i Danmark, en calidad de mandatario de Birger E. Petersen, y Junckers Industrier A/S. (Rec. 1988, págs. 3057 a 3079). Trata el conflicto de la revocación de un arrendamiento de empresa de placados de hayas que luego es vendida a otra empresa. El Tribunal consideró que se había producido una transmisión pese a que la empresa había permanecido inactiva desde la terminación del arrendamiento hasta que fue puesta de nuevo en funcionamiento por el nuevo propietario, quien tomó a su servicio a más de la mitad del personal anteriormente empleado, pero no contrató personal nuevo. Tuvo que asumir las obligaciones en materia de salarios y vacaciones retribuidas que no pretendía pagar.

2.3. La aplicación de la Directiva 77/187/CEE a los cambios de contratista.

La cuestión sobre la inclusión en el ámbito objetivo de la normativa comunitaria de los cambios de contratista o concesionario hace que se presente actualmente menos problemática que en tiempos todavía recientes, hasta el punto de que parece definitivamente zanjada tras la promulgación de una serie de sentencias cuya doctrina es categórica y determinante.

Pero en la medida en que el asunto ha sido objeto de atención por parte de la doctrina con anterioridad a dichas sentencias, considero adecuado realizar un breve análisis de cómo se fue desarrollando su planteamiento, así como la solución que se propuso, es decir, si se estimó aplicable o no la Directiva 77/187 a los cambios de contratista.

Recapitulando brevemente algunos aspectos anteriores, se ha señalado que la transmisión regulada en el art. 1.1 de la Directiva 77/187/CEE, de 14 de Febrero no se limita a las transmisiones voluntarias, sino que se incluyen aquéllas cuya finalización se ha producido por una decisión judicial o un incumplimiento contractual, así como en las que se interpone un tercero. Es, por ejemplo, la situación que se dio en la STJCE de 15 de junio de

1988⁴⁹⁹, en la que tras la denuncia de un contrato de arrendamiento y la recuperación de la empresa por el arrendador, éste la vuelve a ceder, en virtud de un contrato de compraventa, a un tercero, el cual ha de hacerse cargo del personal que trabajaba con anterioridad; en la STJCE de 10 de febrero de 1988⁵⁰⁰ que también trata de una transmisión en dos fases o, por último, en la STJCE de 17 de diciembre de 1987⁵⁰¹, que versa sobre la recuperación por el arrendador de una arrendamiento de industria. En esos pronunciamientos los nuevos adquirentes serán considerados empresarios respecto de los trabajadores anteriores ya que el objeto transmitido sigue conservando su identidad, es decir, que se continua la actividad que se desempeñaba con anterioridad o existe posibilidad en continuarla, además de que se trata de transmisiones que van acompañadas de la entrega de la estructura inmobiliaria necesaria para desempeñarla.

Planteada la cuestión sobre las contratas o concesiones, que no constituyen supuestos de arrendamiento de industria o empresa, algunos autores se han pronunciado por la inclusión de las contratas dentro de la regulación

⁴⁹⁹ Cit supra nota 498.

⁵⁰⁰ Cit supra nota 465.

⁵⁰¹ Cit supra nota 486.

de la Directiva, basándose fundamentalmente en los dos siguientes pronunciamientos⁵⁰²:

1º) El primero se encuentra en la STJCE de 19 de mayo de 1992⁵⁰³ en la que una fundación que se dedicaba a la asistencia a toxicómanos recibía para poder desempeñar dicha labor una subvención la cual le fue retirada y asignada a otra fundación. En este caso la jurisprudencia comunitaria entendió que sí se había dado el supuesto de hecho del art. 1.1 de la Directiva en base a que se seguía desempeñando la misma o análoga función, con lo que la entidad conservaba su actividad, "debiéndose precisar que las actividades de naturaleza particular que constituyan misiones independientes pueden, en su caso, asimilarse a centros de actividad o partes de centro de actividad con arreglo a la Directiva".

Se trata de una resolución que fue criticada por GONZÁLEZ BIEDMA en la medida en que realiza una interpretación extensiva del ámbito objetivo de la Directiva que, en todo caso, no creía que llegara a aplicar en general, pues se tenía muy en cuenta el

⁵⁰² Vid, en este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos...* op. cit. Págs. 173 a 175; y RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "Encadenamiento de contratos y transmisión de empresa". RL, 1996, n° 15. Pág. 8.

⁵⁰³ Cit supra nota 488.

supuesto concreto⁵⁰⁴.

2º) El segundo pronunciamiento, por orden cronológico, sobre el que se ha argumentado la doctrina para estimar que las contrataciones sí que constituyen una transmisión de las reguladas en la Directiva es la STJCE de 14 de abril de 1994⁵⁰⁵, cuyo supuesto de hecho se centra en que atribuidos los trabajos de limpieza a una trabajadora, con el tiempo la empresa titular quiere que la labor sea desempeñada por una empresa. El Tribunal sentenció que tal trabajadora debía seguir desempeñando dicha actividad con la nueva empresa en la medida en que ésta no había variado y, por lo tanto, se mantenía la identidad de la entidad económica.

Por tanto, primaba el criterio tradicional de la expresión <mantenimiento de la entidad económica> que se fundamentaba en que se producía la transmisión si entre el anterior empresario y el nuevo había una continuación de la misma actividad, siendo un aspecto accesorio y secundario el traspaso de la infraestructura material entre ellos.

⁵⁰⁴ Así lo critica en "Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios". RL, 1993, nº 18. Págs. 29 y 30.

⁵⁰⁵ Cit supra nota 493.

Sin embargo, con posterioridad a estos pronunciamientos, se han dictado otros que claramente muestran un cambio en la interpretación de la cuestión, erigiéndose como elemento determinante la transmisión de los elementos patrimoniales, con lo que parece que la concepción anterior debe abandonarse.

Esto es lo que se observa en la STJCE de 19 de septiembre de 1995⁵⁰⁶, cuyo planteamiento se centra en el cambio de contratista en el desempeño de una contrata de obra. El Tribunal se pronunció en el sentido de considerar que en estos casos sólo se puede aplicar la Directiva si la transmisión se acompaña "de un conjunto organizado de elementos que permitan la continuidad de las actividades o de algunas actividades de la empresa cedente de forma estable", presupuesto que no ocurre en la situación que se relata ya que los materiales para el desempeño de la obra han sido puestos a disposición por el empresario principal. Por tanto, en los casos de contratistas el hecho de proseguir la misma actividad que se desempeñó con anterioridad no será un criterio suficiente para aplicar la Directiva, siendo un aspecto relevante que se produzca un traspaso de los elementos organizativos necesarios para

⁵⁰⁶ Asunto C-48/94. Ledernes Hovedorganisation, mandataria de Ole Rygaard contra Dansk Arbejdsgiverforening, mandataria de Stroe Moelle Akustik A/S.

desempeñar dicha actividad.

La segunda sentencia que sigue con la tendencia de dar importancia a la cuestión de traspasar una infraestructura material o inmaterial se promulgó el 15 de octubre de 1996⁵⁰⁷, y su supuesto de hecho versaba sobre el traspaso de unas competencias administrativas que antes desempeñaba un municipio a una agrupación de municipios. El Tribunal señaló que el traspaso de esas funciones no era suficientemente relevante como para estimar que se había producido un cambio de titularidad, puesto que aunque era la misma que se venía desempeñando con anterioridad, este no era un criterio determinante. Esto supone que es necesario que se transmita la infraestructura que se ha venido citando anteriormente.

El último e importantísimo pronunciamiento que se ha manifestado sobre la cuestión es la STJCE de 11 de marzo de 1997⁵⁰⁸, cuyo supuesto de hecho se centra en el cambio de un contratista en el desempeño de una actividad de limpieza. Rotundamente ha declarado el Tribunal que si bien en algunos supuestos la no transmisión de los elementos materiales puede dar lugar a que se aplique la

⁵⁰⁷ Asunto C-298/1994. Annette Henke contra Gemeinde Schierke y Verwaltungsgemeinschaft <Brocken>.

⁵⁰⁸ Asunto C-13/95. Ayşe Süzen contre Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice.

Directiva, en el caso de los contratistas este elemento se erige como necesario e imprescindible, señalando también que el traspaso de una <entidad económica> no se puede reducir al hecho de que se haya producido simplemente un cambio en el desempeño de una actividad.

En resumen: a los cambios de contratista o concesionario no les es aplicable la normativa comunitaria a no ser que dicho cambio vaya acompañado de la cesión de los elementos del activo, materiales o inmateriales, cuyo carácter sea significativo o de la asunción por parte del nuevo empresario de una parte esencial de los efectivos necesarios para el desempeño de la actividad.

No quiero terminar de analizar la cuestión sin citar un pronunciamiento producido en el período de tiempo en el que se ha cristalizado el cambio de interpretación, la STJCE de 7 de marzo de 1996⁵⁰⁹, cuyo supuesto de hecho versa sobre el cambio de titular en una concesión que no lleva aparejado la entrega de materiales.

El Tribunal consideró aplicable la Directiva a este supuesto en base principalmente a que se continuaba desempeñando ininterrumpidamente la misma actividad que se realizaba con anterioridad, en condiciones análogas y en

⁵⁰⁹ Asuntos acumulados C-171/94 y C-172/94. Albert Merckx y Patrick Neuhuys contra Ford Motors Company Belgium SA.

el mismo sector, siendo indiferente que no se transmitieran ni elementos materiales ni inmateriales. Pero lo que sí se tuvo en cuenta es que la nueva empresa se hiciera cargo de parte de la clientela y que se beneficiara de la promoción comercial desarrollada, destinada a garantizar la continuidad en la explotación de la concesión de venta o que la primera concesionaria haya cesado su actividad en el momento de la cesión puesto que de valorarse ese aspecto se podría enervar fácilmente el mecanismo de la transmisión. Si al momento otra empresa prosigue la actividad, el Tribunal europeo presume que es la misma que la anterior.

A mi juicio esta sentencia no debe ser valorada como un cambio de criterio ya que tiene carácter aislado respecto de la nueva línea general que se está imponiendo.

2.4. La Propuesta de reforma de la Directiva y su valoración.

Tras casi veinte años de vigencia de esta normativa, la Comisión ha propuesto con fecha de 8 de septiembre de 1994⁵¹⁰ una reforma de la Directiva en vista "del impacto del mercado interior, las tendencias de los Estados Miembros en lo referente al rescate de empresas con

⁵¹⁰ DOCE N° C 274, 1 de octubre de 1994.

dificultades económicas, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo (...) y las normas legislativas ya en vigor en la mayoría de los Estados Miembros".

Centrando la cuestión en el aspecto que se ha tratado en este estudio, es decir, el concepto y ámbito de la transmisión de empresas, la reforma propone lo siguiente:

1º) Delimitar ante qué operaciones se produce un traspaso, incluyendo en él todos los que acaezcan con independencia de que se lleven a cabo mediante contrato, disposición u operación legal, decisión judicial o medida administrativa, comprendiendo expresamente las fusiones y escisiones, siempre que se transfiera una entidad económica que mantenga su identidad, y excluyendo, por el contrario, los supuestos en los que se traspase una función de la empresa (art. 1.1). Con esto, sería la propia normativa comunitaria la que recogería la posibilidad de que se aplicara a todas las transmisiones convencionales o no.

2º) Definir el concepto de transmisión como "el de una actividad que se vea acompañada del traspaso de una entidad económica que mantenga su identidad. El traspaso de una única función de la empresa, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, ejercida o no directamente, no constituirá en sí un traspaso de empresa tal como se define en la presente Directiva" (art.

1.2). Por tanto, se pretende acoger de forma definitiva la interpretación de la STJCE de 11 de marzo de 1997⁵¹¹ de no considerar el cambio de contratista como transmisión de empresa.

3º) Se prevé que la nueva Directiva se aplique a empresas públicas y privadas de todos los sectores de actividad económica, tengan o no ánimo de lucro.

4º) Se mantendrán los derechos de los trabajadores cuando la empresa, el centro de actividad o la parte del centro de actividad se traspasen en el contexto de un procedimiento de quiebra o análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes de una persona física o jurídica y bajo la supervisión de una autoridad competente (art. 1.4). Esto supone que se incluye la quiebra como método de transmisión de empresas pero considero que habría de especificarse que se mantendrán los derechos de los trabajadores en aquellas quiebras cuya liquidación dé lugar a la adquisición de la empresa total o parcialmente por otra persona que pretenda continuarla y no en aquellas en las que se vendan los componentes de la empresa de forma separada y que, por tanto, la supervivencia de la empresa no se plantee.

⁵¹¹ Cit supra nota 508.

5°) Se dispone de forma obligatoria la responsabilidad conjunta de cedente y cesionario, abriendo la posibilidad a los Estados Miembros de limitar la responsabilidad del cedente a las obligaciones cuyo hecho operante sea anterior a la fecha del traspaso y cuyos efectos se realicen en el primer año posterior a dicha fecha (art. 3.1). Siguiendo la línea general de los Estados miembros, se incluye a nivel comunitario la responsabilidad conjunta, lo cual es positivo para evitar posibles fraudes.

6°) Se establece la posibilidad de no aplicación de algunas de las previsiones de la Directiva en caso de insolvencia del cedente, como por ejemplo, que sus obligaciones pendientes con los trabajadores anteriores a la fecha de la transmisión no se traspasen al cesionario. Con ello lo que se pretende es facilitar que se adquirieran empresas en crisis con el objeto de mantenerlas el mayor tiempo posible en el mercado.

Esta propuesta ha sido valorada por el Comité Económico y Social en su Dictamen⁵¹², habiendo calificado algunos de sus aspectos de ambiguos⁵¹³.

⁵¹² DOCE N° C 133, 31 de mayo de 1995.

⁵¹³ Más concretamente ha señalado que la distinción entre entidad económica (traspaso de una entidad económica que

A mi juicio esa reforma es necesaria pues hay que adecuar la Directiva a la actualidad y adaptarla a las nuevas situaciones que acaecen. No obstante, conviene que a la hora de introducir las modificaciones se realice un estudio profundo de lo que se pretende reformar, en la medida en que se pueden establecer preceptos que en lugar de mejorar la situación actual la empeoren. Se ha de partir de aquellos aspectos y deficiencias de la Directiva que más problemas han planteado, dejando como están los que han sido aclarados a nivel jurisprudencial o en la propia normativa comunitaria.

Por último, es necesario que se fije correctamente y en términos claros y precisos el elemento objetivo de la transmisión así como su definición, pronunciándose expresamente por la no inclusión de los cambios de prestatarios de servicios, pues esa parece ser la intención.

mantiene su identidad) y actividad (traspaso de una única función de la empresa, de centros de actividad o de partes de centros de actividad) es de dudosa limitación ya que no se ha aclarado si la última frase va a incidir en el concepto jurisprudencial de <entidad económica que mantiene su identidad>, o bien se añade un *quid pluris* a tal concepto". Del mismo modo considera que la diferenciación entre <entidad económica> y mera <función> no parece que sea de fácil interpretación, lo que llevará a que el Tribunal de Justicia los tenga que definir.

3. Normativa española: el art. 44 del ET.

Tal como se señaló brevemente en la introducción, la normativa relativa al cambio de titularidad empresarial viene regulada en la legislación nacional en el art. 44 del ET, en cuyo primer párrafo señala que "el cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior (...)".

Es un precepto de *ius cogens*, es decir, su aplicación es indisponible por las partes, evitándose así posibles abusos o fraudes por parte del empresario, ya que "la finalidad esencial del precepto no es otra que la salvaguardia a toda costa de los derechos prioritarios de los trabajadores"⁵¹⁴, erigiéndose, por tanto, como norma de orden público, cuyo pacto en contrario será declarado nulo.

No obstante, queda siempre a salvo el derecho de los

⁵¹⁴ STS de 15 de marzo de 1983 (Ar. 1155). Ponente: Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo. En este sentido RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "El carácter indisponible..." op. cit. Pág. 6; Id. autor, en "Transmisión de empresa por resolución judicial, cambio de empresario y voluntad contraria del trabajador". RL, 1988, n° 20. Pág. 7.

trabajadores a no someterse a la subrogación y, por tanto, de rescindir su contrato.

Se trata de un precepto con una importancia considerable y que se ha caracterizado por contener dos aspectos a destacar⁵¹⁵:

1º) Por un lado, un mecanismo específico de responsabilidad que viene recogido en el párrafo primero *in fine* del art. 44 del ET, que señala la responsabilidad solidaria de ambos empresarios "durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas"⁵¹⁶. Por tanto, es una responsabilidad *ex lege* y cuyo funcionamiento es automático "tan pronto se constata la realidad de la transmisión"⁵¹⁷.

⁵¹⁵ Así se pronuncia la STS de 15 de junio de 1992 (Ar. 4584). Ponente: Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, que versa sobre el reconocimiento de la antigüedad de origen a los empleados que pasaron del <Banco Hispano Industrial> al <Banco Hispano Norteamericano>.

⁵¹⁶ Tal mecanismo de responsabilidad no autoriza a atribuir al empresario saliente la responsabilidad directa y al entrante la subsidiaria, ya que carece de amparo legal (STS de 2 de febrero de 1988 (Ar. 560). Ponente: Sr. D. Juan García-Murga Vázquez).

⁵¹⁷ STS de 7 de marzo de 1988 (Ar. 1871). Ponente: Sr. D. Arturo Fernández López, que imputa esa responsabilidad solidaria respecto del impago de las cuotas a la Seguridad Social, que afectó tanto a períodos comprendidos dentro de los

Se complementa esa responsabilidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 44 que dispone que "el cedente y el cesionario responderán también solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando fuese declarada delito"⁵¹⁸.

2º) Y, por otro, dos garantías, como son la exclusión de la extinción de los contratos de trabajo y la conservación del régimen contractual anterior. Debido a la trascendencia que éstas suponen, considero que se deben realizar una serie de precisiones respecto de ellas.

tres años anteriores a la transmisión como a posteriores a dicho momento.

⁵¹⁸ Esa declaración procederá cuando concurra el tipo penal que fija el art. 311 del CP: "Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses: 2º. Los que en el supuesto de transmisión de empresas, con conocimiento de los procedimientos descritos en el apartado anterior, mantengan las referidas condiciones impuestas por otro". El párrafo 1º señala que "los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual". Estas conductas, en virtud del párrafo 3º del mismo artículo, si se realizan con violencia o intimidación, se impondrán penas superiores en grado. La redacción de este artículo ha sido criticada por SALA FRANCO ya que ha olvidado "los fraudes más graves relativos a la utilización de la transmisión de empresa para deshacerse de trabajadores molestos". Ponencia presentada en el Curso sobre

En relación con la primera, esa imposibilidad de la extinción de los contratos es, a mi juicio, la otra cara del principio de estabilidad en el empleo⁵¹⁹, y no en el puesto de trabajo⁵²⁰, ya que el nuevo titular sigue teniendo la posibilidad de cambiarlo, siempre que tenga razones justificadas para ello y se rija por lo regulado en los arts. 39 y 40 del ET.

No obstante, este principio se halla enunciado respecto a la causa de la extinción, es decir, que los contratos de trabajo no se podrán resolver fundamentados

el nuevo Código Penal, celebrado en Valencia (1995), (ejemplar multicopiado). Pág. 6.

⁵¹⁹ De este modo lo ha señalado la doctrina citando, a modo de ejemplo, a PÉREZ AMORÓS, F.: "El principio de estabilidad en el empleo en los supuestos de sucesión de empresas concesionarias de servicios públicos". RT, 1985, n° 77. Pág. 83; SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J.M.: "La sucesión de empresa en la Administración Pública". PJ, 1987, n° 8. Pág. 178; o GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad...op. cit.* Pág. 41.

También se ha pronunciado en este sentido la STS de 9 de marzo de 1987 (Ar. 1355). Ponente: Sr. D. Juan Muñoz Campos, que se refiere al concierto por parte de un Ayuntamiento del servicio de cobranza por la vía de apremio de los valores municipales, que si bien no se traspasa personal, éste es contratado por el beneficiario del concierto.

⁵²⁰ Así lo han declarado algunos pronunciamientos jurisprudenciales. Vid las SSTs de 16 de junio de 1983 (Ar. 3017). Ponente: Sr. D. Juan García-Murga Vázquez, que trata sobre la adquisición mediante concesión administrativa, de un local, de sus instalaciones y su clientela; 7 de octubre de 1986 (Ar. 5411). Ponente: Sr. D. Miguel Ángel Campos Alonso, en relación con una contrata de limpieza.

en el cambio de titular que se va a producir o que se ha producido, lo que no impide que las relaciones laborales se den por finalizadas atendiendo a otro tipo de causas, como pueden ser, las técnicas, económicas, organizativas o de producción que pueda alegar en su momento la empresa saliente o la entrante (art. 51 del ET)⁵²¹.

Respecto de la segunda garantía, esa conservación del régimen contractual anterior ha de ser matizada en el sentido de que se mantendrán las condiciones anteriores siempre que sean más favorables que las de la nueva empresa⁵²², ya que acaecido el supuesto contrario, se aplicarán las de éstas últimas⁵²³.

⁵²¹ Este es el supuesto que se contempla en la STS (UD) de 24 de julio de 1995 (Ar. 6331). Ponente: Sr. D. Arturo Fernández López, en el que con anterioridad a la venta de un colegio, se tramitó válidamente un expediente de regulación de empleo.

⁵²² Esto es el caso, entre otros, de la STS de 16 de septiembre de 1992 (Ar. 6789). Ponente: Sr. D. Miguel Ángel Campos Alonso, en el que el Banco adquirente tuvo que conceder las mejoras por enfermedad que tenían reconocidas los empleados del Banco adquirido.

⁵²³ Así ocurre en las SSTS de 22 de junio de 1993 (Ar. 4775). Ponente: Sr. D. Enrique Álvarez Cruz, en la que se produce la fusión de dos compañías de seguros, teniendo la adquirente una cláusula de revisión salarial anual que no contenía la primera; 12 de noviembre de 1993 (Ar. 8688). Ponente: Sr. D. Leonardo Bris Montes, que en relación con la fusión de dos Cajas de Ahorros, señala que si bien algunas modificaciones pueden perjudicar en unos aspectos, serán válidas si en otros les favorecen, pues aunque el complemento personal de pagas extras no se verá incrementado cuando cada

Estos son a mi juicio los principales intereses tutelados con carácter general en este artículo y pese a que GONZÁLEZ BIEDMA⁵²⁴, parece señalar, en un principio, como intereses a destacar también, el del empresario y el de la economía, estimo que su posición respecto de los anteriores es secundaria e incluso discutible, puesto que no se puede predicar de ellos ese mismo carácter ya que en el supuesto de subrogación en una contrata o subcontrata se puede llegar a pensar que se está perjudicando a un empresario en la medida en que, por ejemplo, en una licitación se le está imponiendo previamente unos trabajadores que no ha contratado, y en cuanto a la economía, cabe la posibilidad de estar perjudicando la libre competencia entre los empresarios ante la misma situación del ejemplo.

Una vez hecha esta primera valoración del art. 44 del ET, considero adecuado realizar, con carácter preliminar al estudio de su ámbito objetivo, un breve análisis de sus antecedentes, para comprender mejor cual

trabajador lucre un nuevo trienio, serán beneficiados con otras partidas salariales; 15 de septiembre de 1989 (Ar. 6444). Ponente: Sr. D. José Lorca García, en la que tras una fusión de Cajas de Ahorros, las mejoras que la nueva adquirente reconoce a sus trabajadores han de ser aplicadas también a los que han pasado a su dependencia tras la subrogación, ya que, en caso contrario, se produciría una discriminación.

⁵²⁴ En *El cambio de titularidad en la empresa...op. cit.* Págs. 38 a 40.

ha sido su evolución y los posibles cambios que hayan acaecido.

3.1. Antecedentes históricos.

La regulación actual que contiene el art. 44 del ET ha evolucionado de forma considerable respecto de sus antecedentes que se podrían considerar más remotos, a diferencia, como es lógico, de los calificados como próximos, cuyas diferencias se limitan sólo a la utilización de algunos términos.

Entre los primeros se encuentra la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931, que dedicaba a la cuestión el art. 90, que disponía la no terminación de los contratos de trabajo "por cesión, traspaso o venta de la industria, a no ser que en aquél se hubiera pactado expresamente lo contrario". A este artículo se le consideraba la normativa general sucesoria, siendo complementado por el art. 89.3 del mismo texto legal, que contenía la normativa específica, y que señalaba la continuación de los contratos de trabajo a la muerte o incapacidad del patrono, siempre que existiera un representante legal que prosiguiera la industria o el

trabajo⁵²⁵.

La posibilidad legal de pactar en el contrato en contra de los efectos de la normativa sucesoria sólo fue aceptada excepcionalmente, en la medida en que abría un camino hacia el fraude y el abuso por parte del empresario.

La redacción de esos artículos pasó al Texto Refundido de la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944, la cual si bien no sufrió variaciones en lo que se refiere a la normativa específica, pasando a ser regulada en el art. 76.4, no se puede predicar lo mismo de la que tenía el carácter de general, que se situó en el art. 79 y que mantuvo lo señalado anteriormente añadiendo el inciso "quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior", lo que supone el reconocimiento del funcionamiento de la sucesión *ope legis*.

Esta ampliación de la regulación no solventó los problemas aplicativos que se planteaban con anterioridad, siendo las posiciones entre la doctrina y la jurisprudencia totalmente discrepantes y de imposible

⁵²⁵ Esos caracteres de general y específico son atribuidos por MONEREO PÉREZ, J.L. en *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*. Madrid, 1987. MTSS. Pág. 65.

acercamiento. Fundamentalmente versaban sobre los siguientes aspectos:

1º) En la normativa se hacía referencia a la "cesión, traspaso o venta", lo cual planteó problemas en cuanto a si esa enumeración era taxativa o meramente indicativa. La jurisprudencia se manifestó de forma ambivalente en este sentido, optando en algunas ocasiones por la primera posición⁵²⁶, mientras que en otras se inclinó por la segunda⁵²⁷, mucho más mayoritaria, y que, además contó con el apoyo de prácticamente toda la doctrina laboralista⁵²⁸.

A mi juicio, esta segunda interpretación era la correcta, atendiendo a como ha evolucionado la

⁵²⁶ STS 6 de febrero de 1960 (Ar. 189). Ponente: Sr. D. Eduardo Tormo García. En el mismo sentido ha resuelto el TCT en las sentencias de 29 de enero de 1973 (Ar. 357). Ponente: Sr. D. José Manuel Fernández de Valderrama y 15 de febrero de 1974 (Ar. 780). Ponente: Sr. D. José María Serrano Bulnes.

⁵²⁷ SSTs de 12 de febrero de 1969 (Ar. 603). Ponente: Sr. D. Félix Vázquez de Sola; y 2 de febrero de 1976 (982). Ponente: Sr. D. Tomás Pereda Iturriaga.

⁵²⁸ Vid, entre otros, ALONSO GARCÍA, M.: "La fusión y disolución de sociedades y las relaciones laborales". RGLJ. 1958, n° 1. Págs. 57 y 58; DURÁN LÓPEZ, F.: "La continuidad de las relaciones de trabajo y la responsabilidad por las deudas laborales en la transmisión de empresa". RDM, 1974, n° 131. Págs. 72 y ss; ALVAREZ ALCOLEA, M.: "La segregación de industria y la aplicación del artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo". RPS, 1975, n° 106. Págs. 67 y ss.; PÉREZ AMORÓS,

legislación que, en última instancia muestra cuál es la regulación que se precisa y que se ha ido aplicando.

2º) También resultó conflictivo definir el concepto de <industria>. La doctrina laboralista se mostró dividida, habiendo estimado un sector mayoritario que dicho término era equivalente a empresa⁵²⁹, mientras que también se pronunciaron algunas opiniones en contra⁵³⁰, situación que tuvo su reflejo en la jurisprudencia⁵³¹. En mi opinión, la posición más

F.: "El principio de estabilidad en el empleo..." op. cit. Pág. 85.

⁵²⁹ Así se manifiestan, entre otros, DURÁN LÓPEZ, F.: "Transmisión parcial de empresa". RPS, 1974, n° 104. Págs. 277 y 278; Id. autor en "La continuidad de las relaciones de trabajo..." op. cit. Págs. 75 y 76; PÉREZ AMORÓS, F.: "El principio de estabilidad en el empleo..." op. cit. Pág. 85.

⁵³⁰ En este sentido ALVAREZ ALCOLEA considera que por tal término hay que entender "toda unidad de producción organizada, autónoma e independiente de otras que pertenezcan al mismo empresario". En "La segregación de industria y la aplicación del artículo 79..." op. cit. Págs. 74 y ss.; Asimismo RODRÍGUEZ PIÑERO señala que si el legislador hubiese creído conveniente utilizar el término empresa, lo habría hecho, disponiendo que "siempre que el objeto de la transmisión sea una unidad patrimonial con vida propia y en la que exista una organización laboral a través de relaciones de trabajo", subsistirán las relaciones con el adquirente. En "La situación jurídica de los trabajadores en la venta judicial de la empresa". RDM, 1960, n° 39. Pág. 38.

⁵³¹ A favor de la consideración de la industria como empresa se manifiesta la STS de 3 de octubre de 1984 (Ar. 5224). Ponente: Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo, que citando una sentencia del mismo Tribunal de 6 de mayo de 1971, se refiere al cambio de titular de la empresa, como unidad

ajustada era la segunda, ya que si se admite, como se verá en el punto siguiente, la transmisión parcial, sólo si se parte de un concepto diferenciado, se podrán transmitir unidades delimitadas de forma autónoma y objetiva de la empresa, con lo que no sólo cabe transmitir la empresa en su conjunto.

3º) Pese a que alguna resolución judicial se pronunció en el sentido de requerir para la aplicación del art. 79 de la LCT la transmisión total de la industria⁵³², tal criterio que limitaría en gran medida la aplicación de esta normativa no prevaleció por cuanto en los pronunciamientos judiciales, lo realmente importante fue la transmisión de un conjunto organizado de elementos materiales, e inmateriales, susceptibles de

socioeconómica de producción que pasa totalmente al nuevo titular. En contra la STS de 29 de noviembre de 1994 (Ar. 9245). Ponente: Sr. D. Rafael Martínez Emperador, que [respecto de la incorporación a la plantilla de <Telefónica> en 1971 de los trabajadores procedentes de otra empresa] apunta sobre la necesidad de que se transmita un "conjunto organizado, para fines productivos diferentes, de los elementos personales y materiales que configuran la identidad de una empresa".

⁵³² STS de 18 de mayo de 1964 (Ar. 3314). Ponente: Sr. D. José María Pérez Sánchez. Esta sentencia es interpretada por CAMPS RUIZ en el sentido inverso, considerando que sí que admite la cesión parcial siempre que no perjudique a los trabajadores. En *Régimen laboral de la transmisión de la empresa*. Valencia, 1993. Tirant lo Blanch. Págs. 38 y 39. Por la misma interpretación se ha inclinado DIEGUEZ CUERVO, G.: "La sucesión en la empresa", en *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las Leyes Laborales* (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.). Tomo VIII. Madrid, 1988. Edersa. Pág. 352.

explotación autónoma⁵³³, con independencia de que correspondieran o no a la totalidad de la industria.

4º) El último aspecto que planteó problemas en cuanto a su exigencia fue el relativo al del <tracto directo>. Su delimitación fue complicada, ya que en unos casos se concibió como la necesidad de que existiera en el negocio de la transmisión un contacto o acuerdo directo entre los dos empresarios, entrante y saliente, mientras que en otros supuestos se entendió como la necesidad de que la transmisión operara sin solución de continuidad, es decir, que se produzca sin interrupción. Si bien en algunos pronunciamientos había sido exigido de forma determinante⁵³⁴, otros estimaron que tal exigencia, en lo que respectaba al contacto directo, era relativa, al haber considerado aplicable el art. 79 de la LCT a supuestos de contratas en las que intervenía un tercero, pero, eso sí, siempre que se adquiriera sin solución de

⁵³³ Esta es la posición de la mayoría de la doctrina laboralista, citando a modo de ejemplo, DURÁN LÓPEZ, F.: "La continuidad de las relaciones de trabajo..." op. cit. Pág. 76; CAMPS RUIZ, L.M.: *Régimen laboral de la transmisión de la empresa*. Valencia, 1993. Tirant lo Blanch. Págs. 38 y 39.

⁵³⁴ STS de 15 de junio de 1953 (Ar. 1603). Ponente: Sr. D. Manuel Soler Dueñas, que señala que "si entre el patrono saliente y el entrante no existe relación alguna dimanada de las convenciones aludidas [cesión, traspaso o venta], falta el tracto sucesivo en cuanto a la explotación de la industria se refiere".

continuidad⁵³⁵.

Por consiguiente, debía prevalecer el significado del <tracto directo> como la continuación inmediata, o tras una breve interrupción⁵³⁶, de la empresa o parte de ella.

Hay que destacar que legalmente, y respecto de las obligaciones laborales, no se establecía ningún tipo de responsabilidad conjunta entre el empresario cedente y cesionario, con lo que sólo era responsable el empresario adquirente de los posibles créditos que hubiera dejado pendientes el anterior empresario. Lo que ocurrió es que esta situación tan desventajosa para el trabajador, por un lado, y, por otro, tan cómoda para el antiguo empresario fue corregida por los tribunales, disponiendo

⁵³⁵ Así se pronuncian las SSTCT de 26 de febrero de 1980 (Ar. 1087). Ponente: Sr. D. Domingo Nieto Manso; 2 de febrero de 1979 (Ar. 646). Ponente: Sr. D. Juan Alfonso Antón-Pacheco García y 27 de abril de 1977 (Ar. 2285). Ponente: Sr. D. Enrique de No Louis. Por esta línea también optan RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "Las relaciones laborales..." op. cit. Pág. 4 y PÉREZ AMORÓS, F.: "Las relaciones de trabajo ante el cambio..." op. cit. Págs. 66 y 67.

⁵³⁶ Ésta en muchas ocasiones es inevitable, tal como ocurre en las subrogaciones empresariales en las que interviene un tercero. Vid en este sentido la STS de 21 de diciembre de 1966 (Ar. 5488). Ponente: Sr. D. Juan Menéndez-Pidal y de Montes, que responsabiliza a una nueva arrendataria que recibe el mobiliario y enseres de la propietaria tras haber trascurrido unos días desde que se rescindió el contrato de arrendamiento con la anterior contratante.

en unos casos una responsabilidad subsidiaria⁵³⁷ o incluso solidaria de este último⁵³⁸.

El siguiente texto legal que reguló la materia objeto de estudio fue la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976, considerada como el antecedente próximo de la normativa actual, que dedicaba a la cuestión el art. 18 párrafos segundo y tercero. En él los términos utilizados se han mejorado substancialmente con relación a las anteriores regulaciones, disponiendo que "el cambio de titularidad de la empresa, o en un centro autónomo de la misma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior". De esta dicción hay que destacar dos puntos que se deducen del texto legal:

-Primero. Es indiferente el negocio jurídico que se utilice para llevar a cabo la transmisión,

⁵³⁷ Así lo señala la STS de 21 de diciembre de 1966 (Ar. 5488). Ponente: Sr. D. Juan Menéndez-Pidal y de Montes, en la que se había despedido a los obreros demandantes, situación que fue mantenida por la nueva arrendataria. En vista de que la propietaria del inmueble era empresaria en el momento del despido no puede ser exonerada de responsabilidad.

⁵³⁸ Así lo señala DIEGUEZ CUERVO apoyándose en la STCT de 21 de abril de 1964, señalando que se trata de una situación de despido como en el caso anterior en el que el tribunal decidió que "para que sean efectivos los derechos de los trabajadores afectados [hay que estimar] a los demandados responsables solidarios del despido de los actores". En "La sucesión de empresa"...op. cit. Pág. 346.

acabando con los problemas planteados anteriormente en relación con la taxatividad o no del enunciado legal, el cual en estos momentos no ofrece dudas.

-Segundo. La subrogación se producirá bien de la empresa en su totalidad bien de un centro autónomo de la misma, siendo lo relevante que se transmita un elemento que sea objetivable y cuyo funcionamiento sea independiente, ya corresponda a la totalidad de la empresa o a una sección de la misma. Por tanto, cabe la transmisión total o parcial.

Estos dos aspectos en la medida en que guardan una íntima relación con la regulación actual, serán analizados de forma más profunda cuando se estudie el ámbito objetivo del art. 44, puesto que sus similitudes son relevantes y lo que se diga en ese apartado le será aplicable.

Se establece por primera vez la obligación de comunicar la subrogación a los representantes laborales de la empresa cedida, sólo en el caso de que la transmisión sea <ínter vivos>, la cual recae primero en el cedente y luego en el cesionario. En la redacción actual del ET, se sigue en la misma línea, habiéndose producido simplemente algunos cambios en la denominación de los sujetos destinatarios en virtud del cambio de

sistema de representación⁵³⁹.

En materia de responsabilidad se produce la innovación más importante, ya que se fija legalmente una responsabilidad solidaria de ambos empresarios durante tres años respecto de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas, la cual se extenderá a las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión cuando la cesión fuese declarada delito, de acuerdo con lo dispuesto entonces en el art. 499 bis del CP.

Este aspecto se ha mantenido en general en términos equivalentes en la normativa actual y supone una mayor protección para los trabajadores, en los supuestos de fraudes y abusos en la utilización de esta figura negocial.

3.2. Presupuesto normativo.

Si bien algunos aspectos concretos del art. 44 del ET pueden plantear problemas entre la doctrina y la jurisprudencia, a los que se hará referencia en los puntos que corresponda, en general a la hora de fijar los

⁵³⁹ La materialización de este deber ha planteado muchos problemas, que por exceder el objetivo de este estudio, no será analizado aquí.

requisitos necesarios para su aplicación existe uniformidad en señalar que fundamentalmente son dos, al igual que respecto del ordenamiento comunitario, uno subjetivo y otro objetivo⁵⁴⁰.

3.2.1. El elemento subjetivo.

Este elemento implica que debe existir un cambio de titularidad, entendido en el sentido de una novación subjetiva de la parte del empresario. Se trata de una referencia muy escueta, que debe interpretarse en sus propios términos por lo que comprende cualquier tipo de transmisión, con independencia de la causa que lo produzca, *inter vivos* o *mortis causa*⁵⁴¹.

Un aspecto que plantea problemas dentro de este elemento, como ya se señaló en el estudio de los

⁵⁴⁰ Vid, entre otros, GONZÁLEZ BIEDMA, E.: "Los efectos-jurídicos laborales de la sustitución de empresas contratistas..." *op. cit.* Pág. 13. CAIROS BARRETO, D. Mª.: "La subrogación de servicios en las empresas de limpieza y seguridad". AL, 1996, n° 11. Pág. 299. Los pronunciamientos judiciales han exigido, ya sea explícita o implícitamente, esos presupuestos, tal como lo muestran la STS (UD) de 30 de diciembre de 1993 (Ar. 10078). Ponente: Sr. D. Leonardo Bris Montes, y la STS de 10 de mayo de 1991 (Ar. 3798). Ponente: Id. ant.

⁵⁴¹ Vid, más ampliamente, sobre cada uno de esos supuestos CAMPS RUIZ, L.M.: "Transmisión de empresa: efectos laborales según la jurisprudencia (I) y (II)". AL, 1991, n° 16 y 17. Págs. 204 a 228.

antecedentes históricos, es el relativo al <trato directo>. Para su esclarecimiento es conveniente distinguir en mi opinión dos planos: el de su conceptualización y el de su exigibilidad o materialización.

Respecto a su conceptualización, tradicionalmente se definía como la necesidad de que la transmisión operara directamente entre el empresario saliente y el entrante, es decir, que existiera un contacto personal e ininterrumpido entre ambos, y derivado de un vínculo negocial. Esta noción es lógica hasta cierto punto, puesto que, tal como se ha expuesto en el punto anterior, la Ley del Contrato de Trabajo disponía que la transmisión debía operar a través de "cesión, traspaso o venta", con lo que se estaba haciendo referencia a la necesidad de un contacto directo y voluntario entre los sujetos en los que iba a operar la transmisión.

El problema se ha planteado cuando una vez derogado dicho texto legal y entrado en vigor el ET, todavía se sigue haciendo referencia por la jurisprudencia a esa significación, tal como muestra la STS (UD) de 23 de enero de 1995⁵⁴² o, pronunciamientos más antiguos como

⁵⁴² Ar. 403. Ponente: Sr. D. Pablo Cachón Villar. Esta línea se encuentra también en numerosas resoluciones judiciales, como, por ejemplo, la STSJ de Canarias (Las Palmas)

las SSTs de 19 de junio de 1989⁵⁴³, 25 de febrero de 1988⁵⁴⁴, o 9 de julio de 1987⁵⁴⁵, refiriéndose todas ellas

de 31 de octubre de 1996 (Ar. 3672). Ponente: Sr. D. Alejandro Álvarez Macías, que estima que no se ha producido un cambio de titularidad entre dos empresas que han desempeñado una misma contrata porque "ni siquiera se trata de una misma relación jurídica transmitida, es decir, no opera ni tan siquiera una cesión de contrato aplicada a la relación jurídica preestablecida con el primer empresario contratista, sino la extinción de la relación jurídica con aquél y el establecimiento de otra distinta con el segundo. Con cada uno se establece por el empresario principal (...) un contrato singular"; la STSJ de Extremadura de 27 de junio de 1996 (Ar. 1741). Ponente: Sr. D. Pedro Bravo Gutiérrez, que dispone que no se ha producido una subrogación empresarial porque el nuevo empresario no se ha subrogado "como parte del contrato" en el lugar y derechos del anterior; la STSJ de la Comunidad Valencia de 31 de julio de 1995 (Ar. 3037). Ponente: Sr. D. Antonio Vicente Cots Díaz que considera el tracto directo como la "conexión entre las empresas"; la STSJ de Aragón de 9 de Febrero de 1994 (Ar. 613). Ponente: Sr. D. Manuel Serrano Bonafonte que estima que no se produjo la subrogación porque la relación jurídica quedó establecida entre el INSALUD de Barbastro por un lado, y las empresas concesionarias por otro, pero no entre estas dos últimas, totalmente desvinculadas entre sí.

⁵⁴³ Ar. 4813. Ponente: Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete. El supuesto de hecho recoge la situación de un empresario que venía explotando en régimen de concesión el servicio fotográfico del Aeropuerto Reina Sofía, al que tenía adscritos a los trabajadores demandantes. Se extinguió la concesión, y en 1985 se realizó una nueva adjudicación.

⁵⁴⁴ Ar. 948. Ponente: *id.* ant. La sentencia se pronuncia sobre el servicio de cafetería del Banco de España, que en 1983 se adjudicó a la empresa ENTARA, S.A., que fue sustituida en la concesión por SOCERSA el 1 de febrero de 1986.

⁵⁴⁵ Ar. 5123. Ponente: Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla. La empresa SICE venía desempeñando desde hacía unos veinte años, y en virtud de la oportuna concesión, el servicio de mantenimiento y conservación del alumbrado público de Bilbao, hasta que, como consecuencia del nuevo concurso

a la cuestión con la expresión "negocio jurídico directo entre el primer titular y el posterior".

El dilema se manifiesta cuando esa definición se materializa y exige en la realidad, puesto que se produce una incongruencia, ya que no se puede partir de la necesidad de ese contacto directo y permitir la intervención de un tercero, de manera que toda la jurisprudencia citada en el párrafo anterior señala junto a la definición del <trato directo>, la necesidad de contacto entre los transmitentes, que "es criterio reiterado de la Sala que la transmisión puede operar de forma directa o indirecta incluso cuando entre el inicial titular y el posterior se interpone un tercero y también si ese tercero es un órgano de la Administración que hubiera contratado con carácter administrativo en momentos sucesivos", con lo que la contradicción es patente e insostenible.⁵⁴⁶.

convocado por el Ayuntamiento de la nombrada villa, dicho servicio fue adjudicado a URMANIT, a partir del 1 de junio de 1985.

⁵⁴⁶ *Vid infra*, punto 3.3. En este sentido se pronuncian RODRÍGUEZ PIÑERO que considera que el trato directo en la concepción tradicional no puede ser exigido hoy en día. En "Las relaciones laborales y el cambio..." *op. cit.* Pág. 4; PÉREZ AMORÓS, que señala que la exigencia de tal concepto con esa significación se ha relativizado por la interposición obligada de un tercero en muchas ocasiones. En "El principio de estabilidad en el empleo..." *op. cit.* Pág. 88; y ALBIOL MONTESINOS, que señala que el trato directo no puede ser

Esta contradicción parece haber sido advertida por algunos pronunciamientos, que siguen exigiendo tal requisito pero dándole una significación distinta, que se está imponiendo mayoritariamente, conforme a la cual considera el tracto directo como equivalente a tracto sucesivo, es decir, que la transmisión se haya producido sin solución de continuidad⁵⁴⁷.

Dicha sucesión mostrará que se continua la misma actividad empresarial (SSTS (UD) 14 de diciembre de 1994⁵⁴⁸, 20 de marzo de 1993⁵⁴⁹, 26 de enero de 1987⁵⁵⁰), o que se tiene posibilidad de hacerlo⁵⁵¹, siendo unos

exigido rígidamente, siendo lo relevante que la organización empresarial pase de un sujeto a otro. En *Aspectos laborales de la transmisión de empresa*. Madrid, 1984. IELSS. Pág. 24.

⁵⁴⁷ En este sentido se pronuncian GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad en la empresa...* op. cit. Págs. 160 a 164 y CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad empresarial..." op. cit. Pág. 153.

⁵⁴⁸ Ar. 10093. Ponente: Sr. D. Antonio Martín Valverde, en relación con un servicio de vigilancia en un centro de trabajo

⁵⁴⁹ Ar. 1874. Ponente: Sr. D. Víctor Fuentes López, respecto de la constitución de una SAL que proseguía la misma actividad que desempeñaba la empresa para la que ellos trabajaban.

⁵⁵⁰ Ar. 292. Ponente: Sr. D. José Moreno Moreno, en relación con la amortización y absorción por Tabacalera de una administración subalterna, cuya actividad pasó a desempeñarla con la infraestructura de aquélla.

⁵⁵¹ De no estimarse este aspecto se abriría una puerta al fraude, "al permitir a quienes utilizan esta forma de gestión

criterios a tener en cuenta para poder apreciar esta continuidad si se ha transmitido la infraestructura empresarial, el local dónde se desempeña la actividad, si se mantiene la misma clientela, etc.⁵⁵².

En conclusión: la configuración del <trato directo> como contacto personal y directo entre el empresario cedente y el cesionario ha de ser descartada en la medida en que cabe en muchas ocasiones la intervención de un tercero. No obstante, se puede seguir exigiendo si se cambia su significación, pasando a consistir en la necesidad de que se continúe la misma actividad sin solución de continuidad.

indirecta de servicios el poder desprenderse en cualquier momento de la plantilla sin costo alguno, recuperando los bienes que constituyen el substratum objetivo de la empresa" (STS de 5 de febrero de 1994 (Ar. 800). Ponente: Sr. D. Enrique Álvarez Cruz).

⁵⁵² Respecto de los pronunciamientos judiciales que siguen esta significación del concepto de <trato directo>, vid a modo de ejemplo, la STSJ de Andalucía (Málaga) de 29 de abril de 1996 (Ar. 1403). Ponente: Sr. D. Luis Jacinto Maqueda Abreu; STSJ de Galicia de 24 de abril de 1996 (Ar. 1276). Ponente: Sr. D. Luis F. de Castro Fernández; STSJ del País Vasco de 9 de marzo de 1996 (Ar. 472). Ponente: Sr. D. Jorge Blanco López; STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de febrero de 1996 (Ar. 386). Ponente: Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero; STSJ de Cataluña de 16 de marzo de 1995 (Ar. 1132). Ponente: Sr. D. Luis Ramón Martínez Garrido; STSJ de Andalucía (Málaga) de 8 de febrero de 1995 (Ar. 432). Ponente: Sr. D. Francisco Javier Vela Torres.

3.2.2. El elemento objetivo.

El segundo requisito para que se aplique el art. 44 del ET es de carácter objetivo y consiste en que ese cambio de titularidad vaya referido a un soporte o sustrato objetivo, es decir, que el antiguo empresario traspase al nuevo adquirente una infraestructura material que sea susceptible de ser explotada inmediatamente de forma autónoma.

El propio artículo 44 del ET señala qué es lo que puede ser objeto de traspaso, señalando al efecto que será la empresa, el centro de trabajo o una unidad productiva autónoma. En vista de que éstos son los posibles elementos transmisibles considero adecuado realizar una breve caracterización de los mismos, lo cual ayudará a determinar posteriormente si la contrata o subcontrata de obras y servicios es asimilable a alguno de ellos.

Respecto de la empresa, no existe una definición legal, a diferencia del concepto de empresario el cual aparece descrito en el art. 1.2 del ET como "todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas

referidas en el apartado anterior⁵⁵³, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas".

Esta indefinición de lo que es la empresa en sí, ha llevado a la doctrina a plantear posibles enunciados muy variados, cuyo común denominador es el haber adoptado una perspectiva distinta de la mercantilista, en la que la empresa tiene como objetivo preferente la obtención de beneficios⁵⁵⁴. Por tanto, la noción de empresa desde la perspectiva laboralista⁵⁵⁵ se centrará fundamentalmente

⁵⁵³ Estas son "los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario".

⁵⁵⁴ Así lo manifiestan, entre otros, MIÑAMBRES PUIG, que señala textualmente que "la empresa como unidad económica basa su esencia en la <ganancia> (...)". En *El centro de trabajo. El reflejo jurídico de las unidades de producción*. Madrid, 1985. Pág. 29; URÍA, que la considera como "el ejercicio profesional de una actividad económica planificada, con la finalidad de intermediar en el mercado de bienes o servicios". En *Derecho Mercantil*. Madrid, 1995 (22ª ed.). Marcial Pons. Págs. 35 y 36; o VICENT CHULIÀ, que la define como "el espacio socioeconómico dentro del cual se combinan -económica y socialmente- los factores de la producción y queda limitada la posibilidad de ganancia, ahorro o de pérdida", en *Introducción al Derecho Mercantil...op. cit.* Págs. 109 y 110.

⁵⁵⁵ Vid en este sentido CAMPS RUIZ, L.M.: *Régimen laboral de la transmisión...op. cit.* Págs. 23 y 24; y MONEREO PÉREZ, que si bien parte de esta definición, la escinde en dos

en el aspecto relativo a la organización autónoma de elementos materiales y personales con el fin de desempeñar una actividad.

La jurisprudencia, sin embargo, sí que ha dado algunas definiciones, en general en términos parecidos a los señalados en el párrafo anterior, haciendo referencia, en unos casos, a su elemento patrimonial, es decir, como "un conjunto orgánico de bienes y derechos"⁵⁵⁶ o como una "unidad socioeconómica de producción (...) constituida por factores técnicos, organizativos y patrimoniales"⁵⁵⁷ y, en otros, sumando a ese elemento su carácter o finalidad productiva, hablando de una "organización económica de elementos productivos, encaminada a la producción de bienes o servicios"⁵⁵⁸; de "una entidad autónoma, no asimilable a otras categorías jurídicas [existiendo] cuando en torno a unas determinadas tareas productivas, se crean relaciones de trabajo entre dirigentes y ejecutantes, cualquiera que

modalidades, atendiendo bien en unos casos a la primacía de la organización, o bien en otros, a la de la actividad. En "El concepto comunitario de <empresa>..." *op. cit.* Págs. 20 y ss.

⁵⁵⁶ STS de 10 de mayo de 1991 (Ar. 3798). Ponente: Sr. D. Leonardo Bris Montes.

⁵⁵⁷ STS de 3 de marzo de 1987 (Ar. 1321). Ponente: Sr. D. José Moreno Moreno.

⁵⁵⁸ STS de 26 de enero de 1988 (Ar. 56). Ponente: *id. ant.*

sea su finalidad y régimen jurídico civil o mercantil en que quede configurada la entidad empresa"⁵⁵⁹; de una "organización de medios personales y materiales encaminada a la realización de la actividad que constituye su objeto"⁵⁶⁰; o, por último, de "organización de bienes, actividades y relaciones de muy variada condición constitutiva de un todo único susceptible de ser objeto de negocios jurídicos"⁵⁶¹,

Todas estas sentencias llevan a la conclusión, a mi juicio, de que lo relevante para que exista una empresa no son sólo los elementos materiales o infraestructura que la compone, sino también el desempeño con ellos de una actividad organizada. Esto supone que lo realmente importante en materia de sucesión de la empresa es que se transmita la unidad organizativa que posibilite la continuación de la actividad que desempeñaba la anterior empresa, es decir, que permitan la persecución del mismo fin productivo que tenía la empresa cesante.

A diferencia del concepto de empresa, el de centro

⁵⁵⁹ STS de 29 de enero de 1983 (Ar. 147). Ponente: Sr. D. Fernando Hernández Gil.

⁵⁶⁰ STS de 9 de julio de 1987 (Ar. 5123). Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla.

⁵⁶¹ STS de 26 de enero de 1987 (Ar. 292). Ponente: Sr. D. José Moreno Moreno.

de trabajo sí que está definido en la legislación laboral, tal como muestra el art. 1.5 del ET en donde es considerado como "la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral". Se trata de una definición que no está exenta de inconvenientes en la medida en que, por un lado, los términos utilizados tienen un carácter muy general y abstracto, y, por otro, el requisito del alta se caracteriza por ser meramente formal y no determinante⁵⁶².

El segundo aspecto ha sido corregido puesto que ha pasado a ser considerado simplemente un requisito formal y no sustancial para la consideración de una unidad como centro de trabajo⁵⁶³, siendo lo importante, a mi juicio, que se trate de una organización específica, con funcionamiento autónomo, y que desempeñe su actividad

⁵⁶² Así se pronuncian GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad...* op. cit. Pág. 100 y 101 y CAMPS RUIZ, L.M.: *Régimen laboral de la transmisión...* op. cit. Pág. 41.

⁵⁶³ STCT de 21 de diciembre de 1984 (Ar. 10030). Ponente: Sr. D. Linares Lorente. Si bien esto ya resultaba claro antes del RDL 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes, administrativas, fiscales y financieras (BOE de 26 de marzo), desde la entrada en vigor de esta normativa se hace aún más evidente, pues al suprimirse por su art. 6 el requisito de la previa autorización para la apertura de un centro de trabajo, ahora basta, como ese artículo señala y la OM de 6 de octubre de 1986 (BOE de 16 de mayo) previene, con la simple comunicación de apertura a la autoridad laboral competente.

normalmente en un soporte espacial diferenciado de la empresa en general.

Esta diferenciación espacial no ha sido valorada por algunas resoluciones de los tribunales como elemento esencial⁵⁶⁴, lo cual ha de recibir favorable acogida en la medida en que la casuística ha demostrado que puede existir un centro de trabajo sin existir esa diferenciación, si bien cuando sí se de ello, facilitará la determinación de que se está ante un centro de trabajo. De hecho, si se le da a este aspecto una importancia relevante, se podrá diferenciar el centro de trabajo de la unidad productiva autónoma, si es que se consideran diferentes, lo cual se analizará cuando se trate esta última.

Tal afirmación se puede confirmar atendiendo a los pronunciamientos judiciales, encontrando supuestos en los que se ha calificado que se está ante un centro de trabajo, aparte de por la organización, por tener un espacio diferente como, por ejemplo, un centro autónomo de limpieza, que en unión a seis centros más, formaban toda la empresa⁵⁶⁵, cada complejo o edificio en los que

⁵⁶⁴ *Id.* sent. ant.

⁵⁶⁵ STS de 19 de diciembre de 1980 (Ar. 4956). Ponente: Sr. D. Miguel Moreno Mocholi.

se desarrollaba la actividad de explotación turística⁵⁶⁶, mientras que, en otros, se ha estimado la existencia de un centro de trabajo desempeñándose las tareas dentro de la propia empresa, como, por ejemplo, los servicios centrales de administración de una empresa⁵⁶⁷.

Por último, en relación con la unidad productiva autónoma, se trata de un concepto cuya delimitación es más compleja que los anteriores. No existe definición legal, por lo que se trata de "una cuestión de hecho que requiere en cada caso individualizada valoración"⁵⁶⁸. En numerosas ocasiones se le ha hecho equivalente al concepto de centro de trabajo⁵⁶⁹, lo cual no está exento

⁵⁶⁶ STS de 9 de octubre de 1988 (Ar. 7553). Ponente: Sr. D. Arturo Fernández López.

⁵⁶⁷ STCT de 31 de enero de 1986 (Ar. 555). Ponente: Sr. D. Rafael Martínez Emperador.

⁵⁶⁸ STS (UD) de 20 de marzo de 1993 (Ar. 1874). Ponente: Sr. D. Víctor Fuentes López.

⁵⁶⁹ Así se manifiestan MOLINA NAVARRETE que lo identifica plenamente con el concepto de centro de trabajo, pero redefinido a la luz de las particulares condiciones normativas y sociológicas de aquél, en "El problema de la identificación del concepto de <unidad productiva autónoma> ex art. 44 del ET: la posibilidad de nuevos usos hermeneuticos". TL, 1994, n° 32. Pág. 61, o MONEREO PÉREZ, que señala que al ser el requisito del alta una cuestión meramente formal, ambos conceptos pueden identificarse, en *Las relaciones de trabajo en la transmisión...op. cit.* Pág. 289.

Entre los pronunciamientos judiciales que siguen esta línea, vid, entre otros, la STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de

de lógica ya que a la luz de los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales que se han dictado y que serán analizados a continuación, la frontera entre ambos conceptos es en ocasiones difícil de señalar, en vista de que ambos términos parten de la premisa de la necesidad de una organización autónoma.

Un criterio diferenciador sería el de atribuirle al centro de trabajo la necesidad de que esa autonomía fuera también física, pero en vista de que pueden existir centros de trabajo sin ese elemento espacial, o una unidad productiva autónoma con él, se ha de concluir con carácter general que ambos conceptos son equivalentes⁵⁷⁰.

Esta afirmación se ve corroborada por las definiciones que la jurisprudencia, en algunas ocasiones, ha intentado delimitar el concepto de unidad productiva autónoma, sin hacer referencia al soporte físico o espacial. De este modo, se pueden encontrar las que estiman que se da cuando "se traspasa de un titular a otro una unidad de

mayo de 1992 (Ar. 2538). Ponente: Sr. Rentero Jover; STCT de 1 de diciembre de 1986 (Ar. 12809. Ponente: Sr. D. Blas Oliet Gil.

⁵⁷⁰ En contra se manifiesta MIÑAMBRES PUIG señalando que la diferencia está en que el centro de trabajo se aísla de la empresa por su organización propia, mientras que la unidad organizativa autónoma resulta en cambio, por que se dedica a una actividad ad hoc. En *El centro de trabajo...op. cit.* Pág. 170.

valoración conjunta con la integridad de elementos"⁵⁷¹, que es "el centro de trabajo o unidad de explotación claramente diferenciado que constituya una unidad socioeconómica de producción"⁵⁷², la "unidad productiva diferenciada susceptible de poder disgregarse de la empresa y de actuar de modo autónomo, aunque haya de dotársele de aquellos soportes, complementarios de ese quehacer autónomo y diferenciado, susceptible de vida propia, que antes recibía de la unidad empresarial a la que estaba incorporada"⁵⁷³, o la "organización objetiva que en el contexto del art. 44 del ET se define por la idoneidad de un conjunto de elementos patrimoniales pertenecientes a un empresario para ser susceptible de una explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado"⁵⁷⁴.

Por tanto, lo esencial es que tenga una organización patrimonial autónoma, supeditada a la empresa, que tenga como objetivo realizar un producto o prestar un servicio.

⁵⁷¹ STS (UD) de 16 de noviembre de 1992 (Ar. 8810). Ponente: Sr. D. Pablo Cachón Villar.

⁵⁷² STS de 26 de enero de 1988 (Ar. 56). Ponente: Sr. D. José Moreno Moreno.

⁵⁷³ STS de 25 de abril de 1988 (Ar. 3021). Ponente: Sr. D. Juan Antonio del Riego Fernández.

Así, han sido consideradas como ejemplos de unidad productiva autónoma, la unidad operativa de <outsourcing> que crea la empresa IBM, y que luego es absorbida por IBM, ISS⁵⁷⁵; la actividad editora cedida por parte de la compañía Publicaciones de Galicia, S.A. a la entidad Grupo de Analistas de Cartera, S.A.⁵⁷⁶; la comercialización de lentes de contacto por una empresa, que antes sólo trabajaba en relación a productos farmacéuticos⁵⁷⁷; o, por último, la sección de telares de una empresa⁵⁷⁸.

⁵⁷⁴ STS de 27 de octubre de 1994 (Ar. 8531). Ponente: Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete.

⁵⁷⁵ *id.* sent. ant.

⁵⁷⁶ STS de 16 de mayo de 1990 (Ar. 4343). Ponente: Sr. D. Luis Gil Suárez.

⁵⁷⁷ STS de 25 de abril de 1988 (Ar. 3021). Ponente: Sr. D. Juan Antonio del Riego Fernández.

3.3. La posible aplicación de la normativa sucesoria a los cambios de contratista.

Una vez que se han analizado los presupuestos necesarios para la aplicación del art. 44 del ET, se puede proceder a determinar si los cumple el supuesto de un cambio de contratista o de reversión de una contrata a su titular originario o empresario principal.

En la medida en que la doctrina y la jurisprudencia que se estudiará a continuación han examinado normalmente la cuestión sin hacer distinción cuando la contrata se ejecuta para un empresario público o privado, considero que se ha de seguir la misma directriz, señalando, en su caso, las puntualizaciones oportunas en el supuesto de concesiones públicas, que, en suma, son contratas prestadas a un empresario de carácter público.

Hecha esta precisión estimo conveniente analizar la cuestión desgajando, en un principio, las opiniones doctrinales de las jurisprudenciales, debido a que éstas últimas han sido tan numerosas y contradictorias que deben ser examinadas separadamente con el fin de mostrar un estudio completo de las líneas y fundamentos dictados.

⁵⁷⁸ STS de 18 de julio de 1986 (Ar. 4238). Ponente: *id.* ant.

3.3.1. Posicionamiento de la doctrina laboralista.

La doctrina laboralista que se ha ocupado de esta cuestión es abundante, en la medida en que tal como se mostrará en el punto siguiente, se trata de una situación que se ha planteado en la realidad en numerosas ocasiones y sobre la que se ha tenido igualmente que pronunciar los tribunales.

Los posicionamientos que se han adoptado tienen cierta uniformidad ya que, con independencia de alguna opinión discordante⁵⁷⁹, han estimado que, en un principio, y con carácter general, el art. 44 del ET no se aplica a los cambios de contratista o subcontratista.

No obstante, sí se ha admitido la posibilidad de que dicho artículo se aplique si concurren una serie de circunstancias, sobre las que, en este caso, han existido diferencias entre la doctrina a la hora de fijarlas. Fundamentalmente han sido las siguientes:

1º) Un sector mayoritario ha estimado que si en el cambio de contratista o subcontratista se transmite una organización autónoma o empresarial que es la que, en

⁵⁷⁹ VINUESA ALADRO, A.: *Derecho del Trabajo...op. cit.* Pág. 134, que considera aplicable con carácter general el art. 44 del ET a los cambios de contratista, sin hacer ninguna precisión al respecto de los elementos materiales.

última instancia, va a permitir la continuación de la actividad, sí que se aplica el art. 44 del ET⁵⁸⁰. Esta es la interpretación que acogió la Dirección General de Trabajo, ante una consulta formulada⁵⁸¹, señalando que si entre los dos contratistas se siguen utilizando un conjunto de bienes e instalaciones, que constituyan una unidad económica de la empresa, el mecanismo subrogatorio entrará en funcionamiento.

Algunos autores que se han inclinado por esta conclusión han llegado incluso a considerar que con ese traspaso de infraestructuras, la contrata se convierte en una unidad productiva autónoma⁵⁸².

2º) El otro sector que considera que a las contratas se les puede aplicar el art. 44 del ET se fundamenta en que se continúe la misma actividad, no

⁵⁸⁰ En este sentido, ALBIOL MONTESINOS, I.: *Aspectos laborales... op. cit.* Pág. 24; PÉREZ AMORÓS, F.: "El principio de estabilidad en el empleo..." *op. cit.* Pág. 89; SALA FRANCO, T., MONTOYA MELGAR, A. Y DURÁN LÓPEZ, F.: *El ordenamiento laboral español...op. cit.* Pág. 201; CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad empresarial..." *op. cit.* Pág. 155; RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "Encadenamiento de contratas..." *op. cit.* Pág. 7.

⁵⁸¹ BOMT, 1982, 2-122. Respuesta de 6 de junio de 1981.

⁵⁸² Así se pronuncian GONZÁLEZ BIEDMA, E.: "Los efectos jurídico-laborales de la sustitución..." *op. cit.* Pág. 15; ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAAMONDE, Mª E.: *Derecho del Trabajo...op. cit.* Pág. 394.

siendo tan relevante el hecho de la transmisión de elementos sino que la actividad siga siendo la misma, llegando a considerar esa actividad también como unidad productiva autónoma, con independencia del traspaso o no de la infraestructura para el desempeño del servicio⁵⁸³.

En mi opinión, y respecto de la primera posición, de ninguna manera cabe la posibilidad de aplicar el art. 44 del ET a los cambios de contratista o concesionario o a la reversión de la contrata, puesto que la contrata, definida en sus propios términos, supone la ejecución de una obra o servicio, cuya organización y elementos tiene que ser aportada por el propio contratista, ya que de entrar en juego hechos como la transmisión de elementos, supondría que no se está ante una contrata sino ante un arrendamiento de empresa. Se ha de partir de la idea de una contrata típica cuya labor y materiales son aportados por quien la realiza⁵⁸⁴.

⁵⁸³ Así se manifiesta MONEREO PÉREZ, J.L.: "Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrata y en las concesiones administrativas". RL, 1986, n° 7. Págs. 14 y 15; Id. autor, en *Las relaciones de trabajo en la transmisión...* op. cit. Págs. 401 y ss; MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo...* op. cit. Pág. 428, nota 8.

⁵⁸⁴ En este sentido, CAMPS RUIZ, L.: *Régimen laboral de la transmisión de la empresa...* op. cit. Págs. 79 y 80 y id. autor y SALA FRANCO señalan que en estos casos la sucesión empresarial se reduce exclusivamente al título contractual y no

En relación con la segunda, tampoco cabe aceptarla, puesto que la simple continuación de la actividad sólo refleja que hay una sucesión en la titularidad de una contrata pero no un cambio de titularidad, y tal como se señaló cuando se estudió el supuesto de hecho, para que se aplique el art. 44 del ET es necesario que se dé un cambio de titularidad, y aquí no se produce puesto que se celebra un nuevo contrato con la nueva contratista, que nada tiene que ver con la anterior, por lo que no puede conllevar la obligación de hacerse cargo con los trabajadores de la anterior contratista.

No hay que olvidar que junto al interés del trabajador que se pretende proteger, hay que tener en cuenta que se puede estar perjudicando al empresario, ya que de aplicarle el régimen del art. 44 del ET, debería hacerse cargo de las deudas del anterior empresario, se perjudicaría su acceso libre a las licitaciones de obras públicas o privadas sabiendo que tiene que hacerse cargo de un personal, e incluso se dificultaría su posibilidad de competir con otras empresas en condiciones semejantes. Además, normalmente las empresas que se dedican a realizar labores típicas de contratas, no sólo lo hacen

implica la existencia de transmisión de un complejo organizativo. En "La subrogación contractual entre empresarios contratistas de limpieza (a propósito de la sentencia del

para una sola empresa principal sino que suelen tener varios clientes, con lo que los trabajadores que quedaran libres por el fin de la contrata podrían ser adscritos a las otras⁵⁸⁵.

Un argumento que se puede añadir es que la empresa principal también puede verse perjudicada, ya que en el caso de querer cambiar de contratista se encontraría con la situación de que siguen desempeñando la labor los mismos trabajadores, habiendo cambiado sólo el titular de la contrata.

No obstante, la negociación colectiva o los pliegos de condiciones generales han regulado dicha situación⁵⁸⁶,

Tribunal Central de Trabajo de 25 de septiembre de 1986). PJ, 1986, n° 4. Pág. 178.

⁵⁸⁵ Sobre estos inconvenientes, *vid* más ampliamente, GONZÁLEZ BIEDMA, E.: "Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas..." *op. cit.* Págs. 16 a 18.

⁵⁸⁶ Respecto de los convenios colectivos que han regulado esta cuestión *vid infra* punto 4. En cuanto a los pliegos de condiciones que han tratado la cuestión *vid*, entre otras, la STS de 7 de febrero de 1991 (Ar. 813). Ponente: Sr. D. Enrique Álvarez Cruz, que en relación con una concesión, recoge un Pliego de Condiciones cuya base 21 disponía que "el adjudicatario se hará cargo del personal que la actual empresa adjudicataria tiene adscrito a los servicios objeto de esta contratación, reconociendo sus convenios, antigüedad y categoría, así como todos los derechos <ad personam> que tenga cualquier miembro de la plantilla a subrogar"; la STSJ de Cataluña de 26 de enero de 1995 (Ar. 312). Ponente: Sr. D. José Quintana Pellicer, que respecto de la concesión del servicio de transporte urbano colectivo de viajeros señala el art. 4.3° del pliego que el adjudicatario debería asumir el personal adscrito

y han establecido las consecuencias en su caso, habiendo determinado un régimen de adscripción y de responsabilidad adecuado a los supuestos que regulan, tal como se analizará posteriormente, teniendo que aclarar que dicha regulación convencional, aunque guarde semejanza con la legal, no tiene nada que ver con ella en cuanto que su eficacia, vinculación y requisitos de aplicación son diferentes.

3.3.2. Doctrina judicial: evolución.

En vista de que los pronunciamientos de los tribunales han sido abundantes y con resoluciones muy diversas, en mi opinión es conveniente realizar un análisis separado y por períodos de la doctrina, atendiendo a la legislación existente en cada momento o a pronunciamientos cuya doctrina haya supuesto un aclaración y fijación de la interpretación de la cuestión. A mi modo de ver, se van a distinguir cuatro etapas: 1ª) desde la Ley del Contrato de Trabajo de 1944 hasta el ET de 1980; 2ª) desde el ET de 1980 hasta la STC 66/1987, de 21 de mayo; 3ª) desde la STC 66/1987, de 21 de mayo hasta la STS (UD) de 5 de abril de 1993; 4ª)

al servicio; y STSJ de Cataluña de 9 de junio de 1995 (Ar. 2383). Ponente: *id.* ant., que en cuanto a una contrata de limpieza viaria de un Ayuntamiento, señalaba el pliego de

desde la STS (UD) de 5 de abril de 1993 en adelante.

3.3.2.1. Desde la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 hasta el ET de 1980.

Esta etapa se puede caracterizar fundamentalmente porque sus pronunciamientos son totalmente dispares y opuestos, habiendo utilizado argumentos muy diversos.

Claramente existen dos posturas diferenciadas, que tienen en común que parten de la idea de que el ámbito objetivo del artículo 79 de la LCT excede de los términos literales en los que está redactado, y que son las siguientes:

1ª) Una opta por estimar que a los cambios de contratista o subcontratista se les aplica la normativa contenida en el art. 79 de la LCT, utilizando principalmente dos tipos de fundamentos:

1.1. El primero se apoya en el criterio de que como ambos contratistas prosiguen o continúan la misma o análoga actividad, se está ante un supuesto de subrogación empresarial. Este es el caso de la STS de 2

condiciones en el anexo IV la relación de trabajadores de la que debía hacerse cargo la nueva adjudicataria.

de marzo de 1965⁵⁸⁷, respecto de la concesión del servicio de taquillas de una plaza de toros, la STS de 2 de febrero de 1976⁵⁸⁸, en relación con los servicios municipales de limpieza o la STS (CA) de 9 de diciembre de 1980⁵⁸⁹, respecto de la concesión de servicios de autobuses del Ayuntamiento de Alicante.

También se encuentran en ese sentido algunos pronunciamientos judiciales como las SSTCT de 5 de julio de 1973⁵⁹⁰, respecto de una contrata para urbanización y edificación de unas viviendas, cuya contratista subcontrató diversas unidades de obra que luego revocó; 27 de abril de 1977⁵⁹¹, en cuanto a un servicio de cocina y de servir comidas; 2 de febrero de 1979⁵⁹², respecto de la concesión de la distribución de productos petrolíferos de CAMPSA; 26 de febrero de 1980⁵⁹³, en cuanto a la explotación de un servicio de comedor.

⁵⁸⁷ Ar. 2613. Ponente: Sr. D. Juan Menéndez-Pidal y de Montes.

⁵⁸⁸ Ar. 982. Ponente: Sr. D. Timás Pereda Iturriaga.

⁵⁸⁹ Ar. 4618. Ponente: Sr. D. José Pérez Fernández.

⁵⁹⁰ Ar. 3131. Ponente: Sr. D. Santos Gandarillas Calderón.

⁵⁹¹ Ar. 2285. Ponente: Sr. D. Enrique de No Louis.

⁵⁹² Ar. 646. Ponente: Sr. D. Juan Alfonso Antón-Pacheco García.

En todos ellos lo relevante es la prosecución de la misma actividad que se desempeñaba con anterioridad, no dando relevancia ni haciendo referencia a si se traspasan los elementos materiales e inmateriales necesarios para el desempeño del servicio.

1.2. El segundo fundamento, alternativo del anterior, utilizado para considerar aplicable a los cambios de contratista la normativa subrogatoria se fundamenta en el hecho de que para que ésta se aplique es necesario el traspaso de la infraestructura material o elementos esenciales para el desempeño de la actividad entre ellos. Así se manifiestan las SSTS de 12 de febrero de 1969⁵⁹⁴; 10 de abril de 1972⁵⁹⁵, en relación con la explotación de un servicio de electricidad; 3 de junio de 1974⁵⁹⁶ o las SSTCT de 3 de julio y 1 de octubre de 1976⁵⁹⁷, en relación con la limpieza de unos locales; 9 de febrero de 1977⁵⁹⁸, relacionado con la concesión de un

⁵⁹³ Ar. 1087. Ponente: Sr. D. Domingo Nieto Manso.

⁵⁹⁴ Ar. 603. Ponente: Sr. D. Félix Vázquez de Sola.

⁵⁹⁵ Ar. 2238. Ponente: Sr. D. Pedro Fernández Valladares.

⁵⁹⁶ Ar. 2723. Ponente: Sr. D. José María Serrano Bulnes.

⁵⁹⁷ Ar. 3695 y 4187. Ponentes: Sr. D. Eduardo Pardo Unanua y José María Martín Correa.

⁵⁹⁸ Ar. 699. Ponente: Sr. D. José María Martín Correa.

despacho de RENFE; 11 de mayo de 1977⁵⁹⁹, relativo a la concesión del servicio de explotación de la Terminal TIR.

2ª) La segunda línea interpretativa, de carácter minoritario respecto de la anterior, considera no aplicable a los cambios de contratista la normativa subrogatoria. Es el criterio de la STCT de 15 de octubre de 1980⁶⁰⁰, que señala que las empresas contratistas que se suceden son independientes entre sí y que, por tanto, sólo se produce una sustitución entre ellas.

En resumen: La etapa que es objeto de estudio en este apartado se caracteriza por tener un carácter totalmente dispar, habiendo optado en algunas ocasiones por estimar que sí se aplica la normativa subrogatoria siempre que se prosiga la misma actividad o se traspasen los elementos esenciales para su desempeño, mientras que en otras no se aplicará en base a que no se produce un cambio de titularidad sino una sustitución de dos empresas en el desempeño de una actividad.

⁵⁹⁹ Ar. 2648. Ponente: Sr. D. Juan Antonio del Riego Fernández.

3.3.2.2. Desde el ET de 1980 hasta la STC de 66/1987, de 21 de mayo.

La misma ambivalencia de la etapa anterior se encuentra en la que es objeto de estudio en este apartado, pero mucho más acentuada y utilizando argumentos más variados.

Analizándolos más en concreto, las sentencias que consideran que al cambio de contratista se le aplica la normativa sucesoria se basan en fundamentos muy variados, algunos de ellos ya utilizados en la etapa anterior, siendo, entre otros, que los trabajadores que desempeñaban el servicio habían adquirido la condición de fijos de centro de trabajo (STS de 27 de octubre de 1983⁶⁰¹) o que estaban adscritos al lugar donde se desempeñaba la contrata (STCT de 11 de diciembre de 1986⁶⁰²), en que la contrata es una unidad productiva autónoma y, por tanto, entra dentro del supuesto de hecho

⁶⁰⁰ Ar. 5577. Ponente: Sr. D. Julián Ángel Avilés Caballero.

⁶⁰¹ Ar. 5161. Ponente: Sr. D. José Díaz Buisen, relacionado con el servicio de comedor de una empresa que pasa a ser desempeñado por otra contratista.

⁶⁰² Ar. 13510. Ponente: Sr. D. Eduardo Pardo Unanua, en cuanto a la Cafetería-Restaurante de una Estación de Ferrocarril.

del art. 44 del ET (STCT de 18 de julio de 1986⁶⁰³), en que existe continuidad de la misma actividad desempeñada anteriormente por la antigua contratista (STCT de 11 de noviembre de 1986⁶⁰⁴), en que hay que proteger al trabajador ya que la finalidad teleológica del art. 44 es la de que el trabajador no sufra las consecuencias graves y pérdida del puesto de trabajo (STS de 7 de octubre de 1986⁶⁰⁵, STCT de 15 de junio de 1985⁶⁰⁶), o simplemente por tratarse de un cambio de titularidad al que se le aplica el art. 44 del ET (STCT de 18 de diciembre de 1982⁶⁰⁷).

Tal postura puede haberse visto influenciada, respecto de los pronunciamientos sobre las contrataciones de

⁶⁰³ Ar. 7162. Ponente: Sr. D. Arturo Fernández López, con referencia a la actividad de limpieza pública y recogida de basuras.

⁶⁰⁴ Ar. 11312. Ponente: Sr. D. Marcelino Murillo Martín de los Santos, respecto del servicio de recogida de basuras.

⁶⁰⁵ Ar. 5411. Ponente: Sr. D. Miguel Ángel Campos Alonso, respecto de un servicio de limpieza.

⁶⁰⁶ Ar. 3996. Ponente: Sr. D. Tomás Pereda Amann, respecto al cambio de un concesionario de un Aeropuerto nacional.

⁶⁰⁷ Ar. 7450. Ponente: Sr. D. Eduardo Pardo Unanua, que señala que "en el instante en que por conclusión de la concesión sin extinción del servicio [de cafetería y restaurante del INEP (dependiente del Consejo Superior de Deportes)] se produjo la subrogación empresarial prevista en el art. 44 del ET".

limpieza, por la Ordenanza de Limpieza de Edificios y Locales⁶⁰⁸ y el principio de estabilidad en el empleo que dispone en el art. 13.2.

Pero tal como se ha señalado anteriormente, también existen pronunciamientos que estiman que al cambio de contratista no se le aplica la normativa sucesoria ya que consideran, siguiendo la interpretación aislada que estableció el Tribunal Central de Trabajo en la etapa anterior, que lo que se da en tal caso es la extinción de un contrato de ejecución de obra y la celebración de otro nuevo, siendo cada una de las contratistas independientes entre sí, con personalidad jurídica propia, habiéndose producido sólo la normal sustitución entre empresas concesionarias o contratistas que nada tiene que ver con el supuesto regulado en el art. 44 del ET (STS de 30 de diciembre de 1985⁶⁰⁹, STCT de 15 de octubre de 1985⁶¹⁰, STCT de 17 de marzo de 1987⁶¹¹, STCT de 28 de abril de

⁶⁰⁸ Cit *infra* punto 4.1.

⁶⁰⁹ Ar. 6481. Ponente: Sr. D. Félix de las Cuevas González, en relación con un servicio de limpieza.

⁶¹⁰ Ar. 5576. Ponente: Sr. D. Marcial Rodríguez Estevan, respecto a un servicio de comedor.

⁶¹¹ Ar. 5948. Ponente: Sr. D. Eduardo Pardo Unanua, con referencia al servicio de limpieza del Metro de Madrid.

1987⁶¹²), rechazando cualquier tipo de vinculación del trabajador con el puesto que desempeña, ya que la "sede inmobiliaria del puesto de trabajo [no puede determinar una] relación personal de tipo alguno" (SSTCT de 27 y 29 de enero de 1987⁶¹³).

En resumen: este período de tiempo se caracteriza porque la leve discordancia de la etapa precedente se ha acentuado llegando a adoptar la jurisprudencia posiciones totalmente opuestas, siguiendo con los argumentos ya dictados anteriormente y, en otros casos, se han promulgado nuevos.

⁶¹² Ar. 8652. Ponente: Sr. D. Marcial Rodríguez Estevan, en relación con la explotación del restaurante y cafetería de la estación marítima del puerto de Santander. Añade el mismo inciso que las anteriores.

⁶¹³ Ar. 1517 y 1773. Ponentes: Sr. D. Eduardo Pardo Unanua y Sr. D. Miguel Coronado Benito, en relación la primera con el servicio de cocina de un hospital de la Seguridad Social y la segunda con el servicio de comedor de una empresa. Añaden que no se puede obligar a quien había llevado a cabo la concesión, a readmitir al demandante en un puesto de trabajo que ella no otorgó, salvo que se sostenga respecto de empresas que prestan servicios en centros de otras, que los puestos de trabajo general un vínculo laboral con la persona titular del centro, es decir, "una especie de relación laboral própter rem, lo cual ha de rechazarse por absurdo, pues no es admisible a falta de norma legal o convencional, que la sede inmobiliaria del puesto de trabajo determine relación personal de tipo alguno".

3.3.2.3. Desde la STC 66/1987, de 21 de mayo a la STS (UD) de 5 de abril de 1993.

La siguiente etapa que es objeto de análisis viene caracterizada por la presencia de una sentencia del Tribunal Constitucional que, si bien tenía por objeto apreciar la existencia o no de una vulneración del principio de igualdad en la aplicación del art. 44 del ET, dispuso unas líneas que fundamentaron y justificaron los nuevos criterios interpretativos del TCT. En vista de esto considero adecuado realizar un estudio separado de la misma para pasar posteriormente a examinar los distintos pronunciamientos judiciales incardinables en este período.

3.3.2.3.1. Apreciación del principio de igualdad por el Tribunal Constitucional.

La STC 66/1987, de 21 de mayo⁶¹⁴ es, tal como se ha dicho anteriormente, el único pronunciamiento existente de Tribunal Constitucional en esta materia y en él se solicitaba el amparo debido a la divergente doctrina, ya señalada en las etapas anteriores, del Tribunal Central de Trabajo ante supuestos de hecho semejantes.

⁶¹⁴ BJC 1987-74 (RA-613). Ponente: Sr. D. Luis López Guerra (Sala 1ª).

La demanda se asentaba contra la STCT de 15 de octubre de 1985⁶¹⁵ que resolvía que no se aplicaba a una sucesión de contratistas de un servicio de comedor el art. 44 del ET, frente a la STCT de 26 de febrero de 1980⁶¹⁶, que respecto de un mismo servicio sí que había considerado que se estaba ante una sucesión de contratistas a la que le era aplicable el art. 18.2 de la LRL (antecedente más próximo del ET y cuyo enunciado es, con excepción de pequeños matices, el mismo que el que aparece en la regulación actual).

El Tribunal Constitucional no se pronunció sobre el fondo de la cuestión, ya que se le pedía que se manifestara sobre si se había producido una vulneración del principio de igualdad en cuanto a la aplicación del art. 44 del ET, lo cual no se estimó puesto que consideró que "no puede exigirse al órgano judicial un mantenimiento indefinido de sus propios precedentes" sino que puede cambiar la interpretación de la norma aplicable, siempre que los fundamentos utilizados sean razonables y adecuados⁶¹⁷.

⁶¹⁵ Cit. *supra* nota 610.

⁶¹⁶ cit. *supra* nota 593.

⁶¹⁷ Entre ellos destaca el Tribunal Constitucional el argumento del TCT que considera que "no se trata de sucesión o cambio de titularidad de empresas, al ser cada una de las

3.3.2.3.2. Doctrina judicial posterior.

La nueva interpretación justificada del TCT de no aplicación de la normativa sucesoria a los cambios de contratista se puede considerar reflejada en general en los distintos pronunciamientos dictados posteriormente, exigiéndose, para que se aplique, la transmisión de la infraestructura o de un conjunto de elementos patrimoniales de la empresa.

Esto supuso que en general las resoluciones jurisprudenciales y judiciales permitieron la aplicación de este artículo si la infraestructura se traspasaba, cuestión de hecho que debía de ser apreciada por el juzgador.

Este es el criterio de las SSTS de 26 de enero de 1988⁶¹⁸, 7 de marzo de 1988⁶¹⁹ y 22 de enero de 1990⁶²⁰ en

codemandadas independientes entre sí, con personalidad jurídica propia, y no han sido absorbidas ni sustituidas unas por otras (...); los supuestos contemplados por el art. 44 del ET nada tienen que ver con la <normal sustitución que se produce entre las empresas concesionarias de determinados servicios en la titularidad de concesiones o arrendamientos otorgados por terceros" (F.J. 5°).

⁶¹⁸ Ar. 56. Ponente: Sr. D. José Moreno Moreno, en relación con el servicio de limpieza y mantenimiento de la red de alcantarillado del Ayuntamiento de Madrid.

⁶¹⁹ Ar. 1860. Ponente: Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla, respecto de la concesión de un kiosco.

las que no se consideró que se había producido una transmisión porque no se había traspasado el citado sustrato objetivo o el de las SSTS de 26 de mayo de 1987⁶²¹, 5 de febrero de 1991⁶²² o 21 de marzo de 1992⁶²³ que sí estima aplicable a los supuestos el art. 44 del ET porque se ha producido, junto con el cambio, el traspaso del soporte material básico necesario para el desempeño de la contrata o concesión, es decir, para continuar la actividad, siendo indiferente su interrupción o el cierre ya que en tal caso si se valorara tal situación se podría producir un fraude y así enervar la normativa subrogatoria.

No obstante, este criterio no es unánime en la jurisprudencia, ya que existen pronunciamientos que han considerado literalmente a la contrata o concesión como una <unidad productiva autónoma>, lo cual conlleva que se les aplique la normativa del art. 44 con independencia del traspaso de infraestructuras o no. Así se han

⁶²⁰ Ar. 180. Ponente: Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, en relación con una contrata de limpieza.

⁶²¹ Ar. 3886. Ponente: Sr. D. José Moreno Moreno en relación con el servicio de hostelería.

⁶²² Ar. 800. Ponente: Sr. D. Enrique Álvarez Cruz respecto del servicio de atención a la mujer de un Ayuntamiento.

⁶²³ Ar. 1860. Ponente: Sr. D. Benigno Varela Autrán, respecto de una concesión de un servicio municipal.

manifestado las SSTs de 9 de julio de 1987⁶²⁴ y 27 de diciembre de 1989⁶²⁵.

Esta ambivalencia se ha reflejado en los pronunciamientos de los TSJ, con lo que se ha producido un cierto caos, ya que situaciones que eran semejantes o iguales han recibido soluciones diferentes. Así han seguido el criterio general de no aplicación del art. 44 del ET a los cambios de contratista salvo que se traspase la infraestructura que permita continuar la actividad, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de octubre de 1991⁶²⁶, STSJ de Cataluña de 1 de junio de 1992⁶²⁷, STSJ de Madrid de 30 de octubre de 1989⁶²⁸, STSJ de Murcia de

⁶²⁴ Ar. 5123. Ponente: Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla, en relación con el servicio de conservación y mantenimiento de alumbrado de Bilbao.

⁶²⁵ Ar. 9087. Ponente: Sr. D. Juan Antonio del Riego Fernández, respecto del servicio de hostelería de la estación de Chamartín, que estima que los demandantes no pueden ser objeto de traspaso a la nueva contratista ya que "la subrogación que el art. 44.1 contempla se restringe a los contratos de trabajo afectados a la unidad productiva autónoma que el objeto de cambio de titularidad".

⁶²⁶ Ar. 5847. Ponente: Sr. D. Juan Luis de la Rúa Moreno, en relación con el servicio de restauración de la RENFE.

⁶²⁷ Ar. 3312. Ponente: Sr. D. Luis Ramón Martínez Garrido, en relación con la concesión del parking del Aeropuerto de Barcelona.

⁶²⁸ Ar. 2010. Ponente: Sr. D. Alfredo García-Tenorio Bejarano, respecto de una concesión de limpieza.

27 de noviembre de 1991⁶²⁹ o STSJ de Madrid de 8 de julio de 1992⁶³⁰.

Por contra, han considerado a la contrata como una <unidad productiva autónoma> las STSJ del País Vasco de 21 de enero de 1992⁶³¹, STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 1993⁶³², STSJ del País Vasco de 30 de julio de 1991⁶³³ o, por último, la STSJ de Cataluña de 20 de diciembre de 1991⁶³⁴.

En consecuencia, esta etapa se caracteriza porque se interpreta de forma restrictiva el art. 44 del ET, es decir, que a priori este artículo no se aplica a los cambios de contratista, valorando como criterio fundamental el hecho de no existir el elemento objetivo.

⁶²⁹ Ar. 6278. Ponente: Sr. D. Rubén Antonio Jiménez Fernández, respecto del servicio de limpieza de oficinas y dependencias de un Complejo.

⁶³⁰ Ar. 3672. Ponente: Sr. D. Tomás Pereda Amann, en relación con la adjudicación de un servicio de vigilancia.

⁶³¹ Ar. 176. Ponente: Sr. D. Matías Madrigal Martínez-Pereda en relación con un contrato de servicios de comida.

⁶³² Ar. 872. Ponente: Sr. D. Sebastián Moralo Gallego, en relación con unos servicios de limpieza industriales.

⁶³³ Ar. 4459. Ponente: Sr. D. Eduardo Víctor Bermúdez Ochoa, en relación con un servicio de limpieza.

⁶³⁴ Ar. 6789. Ponente: Sr. D. Pablo Duplá de Vicente Tutor, respecto de una concesión del servicio de recogida y eliminación de residuos sólidos urbanos y otros.

3.3.2.4. Desde la STS (UD) de 5 de abril de 1993 en adelante.

La STS de 5 de abril de 1993⁶³⁵, dictada en unificación de doctrina, supone una de las sentencias más importantes en la problemática planteada sobre la inclusión en el art. 44 del ET de los cambios de contratista o concesionarios de servicios.

El supuesto de hecho versa sobre el cambio de un concesionario en el servicio de limpieza viaria de una ciudad. A los demandantes, que han pasado a prestar servicios en la nueva concesionaria, no se les reconoce por ésta la antigüedad que tenían con la anterior empresa encargada del servicio, por lo que reclaman alegando que se ha producido la sucesión de empresas regulada en el art. 44 del ET. Ante esta situación se plantea la demanda y el TS resuelve de forma muy clara y explícita en el siguiente sentido:

1º) El art. 44.1 del ET contempla el cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, y en el supuesto que se trata aquí "lo transmitido no es, en realidad, ni una empresa, ni un centro de trabajo ni una unidad de la misma, sino una

⁶³⁵ Ar. 2906. Ponente: Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla.

<contrata> que se realiza de una empresa a otra, entendida la contrata (...) como el derecho que un empresario o empresa tiene a la prestación de un servicio a un tercero". Por tanto, no se cumple el presupuesto objetivo del art. 44.1 del ET para que se aplique su regulación. Cabe la posibilidad de que se asimile la contrata al concepto de <unidad productiva autónoma>, pero tal aspecto no puede predicarse con carácter general y mucho menos del contexto legal.

2º) Tampoco se cumple el elemento subjetivo, criterio que por fin es valorado del art. 44.1 del ET, es decir, que se produzca un <cambio de titular>, ya que lo que ocurre realmente es la terminación de una contrata y el comienzo de otra que es "formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma". Así lo ha señalado también un pronunciamiento posterior que estima que "si la adjudicación por contrata supone sucesión empresarial entre la empresa cedente y cesionaria, es de advertir que el art. 44 exige <cambio de titularidad> (...) y es claro que el propio ET en el art. 42 cuando contempla la contrata de obra o servicios no exonera de responsabilidad al que sigue llamando <empresario principal> lo que denota que no pierde la titularidad de la empresa en la que se realizan los servicios

contratados⁶³⁶.

3°) No obstante, hay que señalar que la sentencia admite que se puede aplicar el art. 44 del ET cuando la transmisión lleve aparejada la entrega de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación del servicio⁶³⁷. A mi juicio, este aspecto es criticable por dos aspectos:

3.1°) Porque no se ha producido un cambio de titularidad sino una sustitución entre empresarios que desempeñan una obra o servicio.

3.2°) Porque tal como ha señalado GONZÁLEZ BIEDMA en el caso de que se hiciera traspaso de esa infraestructura o soporte patrimonial de autonomía funcional no se está ante una auténtica contrata sino ante una "cesión de empresa" con lo que se estaría ante

⁶³⁶ STS (UD) de 30 de diciembre de 1993. Ar. 10078. Ponente: Sr. D. Leonardo Bris Montes, respecto de la adjudicación mediante contrato de servicio de limpieza, lavandería y plancha.

⁶³⁷ Así se han pronunciado también posteriormente las SSTS (UD) de 9 de febrero de 1995 (Ar. 789). Ponente: Sr. D. Juan Antonio Linares Lorente, que estima que no se ha producido transmisión de empresa porque no se han transmitido los elementos de organización empresarial que permitan la explotación del mismo y 25 de octubre de 1996 (Ar. 7793). Ponente: Sr. D. Leonardo Bris Montes, respecto de un servicio de comedor en el que sólo se ceden los elementos necesarios, es decir, se ponen a disposición para la ejecución del contrato, pero no cambian de titular, es decir, no se transmiten.

un supuesto distinto⁶³⁸, ya que en las contrataciones normalmente cada contratista aporta sus propios materiales para la ejecución de su trabajo y no se sirve de los que le traspasa el anterior contratista. Este es el caso, por ejemplo, de la STS (UD) de 23 de febrero de 1994⁶³⁹, en el que las contratistas están encargadas de los servicios de mantenimiento de la empresa ENDESA, aportando sus propios medios y organización.

4º) Por último, pese a que no cabe aplicar la normativa subrogatoria del art. 44 del ET, sí que se ha admitido que los Pliegos de Condiciones que regulan las adjudicaciones de servicios públicos o los convenios sectoriales de carácter estatal o provincial prevean un sistema mediante el cual el nuevo contratista o concesionario se haga cargo de los trabajadores de la antigua empresa que desempeñaba el servicio. Pero lo que hay que tener claro es que tal regulación no tiene nada que ver con la dispuesta en el art. 44 del ET, con lo que los requisitos a tener en cuenta serán los que establezca cada convenio y no tienen que guardar paralelismo con lo

⁶³⁸ En "Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas..." *op. cit.* Pág. 50.

⁶³⁹ Ar. 1227. Ponente: Sr. D. Antonio Martín Valverde.

que se señalan en la regulación legal⁶⁴⁰.

En resumen: Con carácter general, el art. 44 del ET no se aplica a los cambios de contratistas o concesionarios porque no se cumplen ninguno de los dos presupuestos, objetivo y subjetivo, que se requieren para que se aplique. No obstante, cabe la posibilidad, según la jurisprudencia, de que tal norma se aplique si entre los contratistas se ha producido un traspaso de elementos autónomos necesarios para el desempeño del servicio, lo cual supone una contrata substancialmente desvirtuada. En todo caso, los posibles perjuicios que pueden acaecer sobre los trabajadores se evitarán por vía de la negociación colectiva o de los pliegos de condiciones que rigen las adjudicaciones públicas, las cuales pueden disponer obligaciones subrogatorias a las siguientes contratistas respecto de ese personal.

En cuanto a los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia, la mayoría de ellos han seguido la línea dictada en unificación de doctrina (STSJ del

⁶⁴⁰ Así la STS (UD) de 23 de enero de 1995 señala que pese a que no se ha entregado al adjudicatario la infraestructura, se aplica el art. 14 del Convenio Colectivo Nacional para Empresas de Seguridad ya que este no exige esa transmisión.

País Vasco de 13 de febrero de 1996⁶⁴¹, STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de febrero de 1996⁶⁴², STSJ de Extremadura de 9 de marzo de 1996⁶⁴³, STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de noviembre de 1996⁶⁴⁴).

No obstante, todavía se sigue produciendo algún pronunciamiento aislado que considera automáticamente a la contrata como una <unidad productiva autónoma> (STSJ de Catilla-La Mancha de 22 de enero de 1996⁶⁴⁵).

3.3.2.5. Resoluciones promulgadas en base a pronunciamientos judiciales comunitarios.

Una vez analizadas la normativa comunitaria y nacional y los recientes pronunciamientos del TJCE en relación con esta materia se puede razonar que no existe una contradicción jurisprudencial en cuanto a la inclusión

⁶⁴¹ Ar. 272. Ponente: Sra. Dª María Begoña Hernani Fernández, en referencia a una contrata de limpieza.

⁶⁴² Ar. 386. Ponente: Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero, en relación con el bar-restaurante de un banco.

⁶⁴³ Ar. 443. Ponente: Sr. D. Alfredo García-Tenorio Bejarano, respecto de la conservación de parques y jardines.

⁶⁴⁴ Ar. 3834. Ponente: Sr. D. José García Fenollera, en relación con los servicios de hostelería de una universidad.

⁶⁴⁵ Ar. 183. Ponente: Sr. D. Jesús Rentero Jover, respecto del servicio de recogida domiciliaria de basuras en el casco urbano de La Roda.

o no de las contratas y subcontratas de obras y servicios en la Directiva o en el ET, ya que sólo resultarán aplicables si se traspasa la infraestructura necesaria para el desempeño de la actividad.

No obstante, esta clara y contundente conclusión no se podía disponer con anterioridad a las recientes sentencias del TJCE que se pronunciaron directamente sobre la cuestión, ya que tal como se señaló cuando se estudió la jurisprudencia comunitaria, una serie de pronunciamientos, en base a la concepción tradicional de la expresión <mantenimiento de la entidad económica> en la transmisión, identificándola con que se siguiera desempeñando la misma o análoga actividad a la que se prestaba anteriormente, aplicaban la normativa comunitaria a los cambios de contratistas, ya que el nuevo adquirente desempeñaba la misma labor que el anterior, no entrando a valorar aspectos como la transmisión de elementos patrimoniales.

Esto supuso que algunos pronunciamientos de los TSJ apreciaran y valoraran la diferente interpretación que se estaba realizando de la cuestión y optaran porque su resolución fuera acorde con las sentencias que hasta el momento estaba dictando el TJCE. Destacan fundamentalmente dos:

-Por un lado, la STSJ de Castilla-La Mancha de

26 de febrero de 1996⁶⁴⁶, que en relación con una contrata de limpieza de vías, fosos, locales y locomotoras del taller de material motor de Alcázar de San Juan que tenía RENFE con una empresa, al decidir aquélla asumir dichas labores, entendió que debía hacerse cargo de los trabajadores, aunque no se había traspasado una infraestructura material, en base a la jurisprudencia comunitaria.

-Y, por otro, el Voto Particular en la STSJ del País Vasco de 31 de enero de 1996⁶⁴⁷, por parte de D. Manuel Díaz del Rábago Villar en el que estimaba que a un cambio de contratista de limpieza se le ha de aplicar la normativa subrogatoria española, en base también a los pronunciamientos del TJCE, ya que "la actividad de limpieza subsiste", habiendo ya señalado RODRÍGUEZ PIÑERO⁶⁴⁸ la necesidad de cuestionar las resoluciones del TS.

En base a esta diferente interpretación y conclusiones a que se estaba llegando dentro de la propia doctrina judicial española a la luz de la jurisprudencia comunitaria, una sentencia del TJ de Castilla-La Mancha de

⁶⁴⁶ Ar. 349. Ponente: *id.* sent. ant.

⁶⁴⁷ Ar. 209. Ponente: Sr. D. Amador García Ross.

25 de abril de 1996⁶⁴⁹ planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal europeo en la que manifestaba el juez su duda "respecto a si el caso que debe ser ahora resuelto [cambio de adjudicatario en el servicio de ayuda a domicilio que presta el Ayuntamiento de Guadalajara] tiene que considerarse o no incluido dentro del ámbito de aplicación de la mencionada Directiva 77/187", puesto que aunque existe unificación de doctrina por parte de la jurisprudencia española, el derecho comunitario prevalece sobre el interno, debiendo de interpretarse el derecho interno que transpone la Directiva de acuerdo con la finalidad de la norma comunitaria que viene a trasponer.

Pese a que aún no se ha pronunciado el Tribunal comunitario sobre la cuestión, a la luz de los pronunciamientos que se han dictado con posterioridad, se puede predecir que la solución será la de no considerar comprendido el supuesto, ya que, en un principio, la subrogación en las contrataciones y subcontratas no entra dentro del ámbito objetivo de esas normas salvo que se traspase la infraestructura material esencial para el desempeño de la actividad.

⁶⁴⁸ En "Encadenamiento de contrataciones..." *op. cit.* Pág. 8.

⁶⁴⁹ AL, 1996, n° 27. Ref. 1094. Ponente: Sr. Jesús Rentero Jover.

Así parece haberlo apreciado también el TS en la sentencia de 6 de febrero de 1997⁶⁵⁰ que ha casado y anulado la primera de las sentencias del TSJ que se ha citado al inicio de ese apartado, fundamentándose en que la interpretación reciente que está llevando a cabo el TJCE es la de no considerar los cambios de contratista dentro del ámbito de la Directiva salvo que se traspase la infraestructura material, definición que, por tanto, coincide con la que sostiene el Tribunal Supremo.

En resumen, estimo que tras las recientes sentencias del TJCE no hay que cuestionar la jurisprudencia española, que es acorde con la comunitaria, debiendo abandonar cualquier criterio que fundamente la decisión de apreciar la subrogación de contratistas en la prosecución de la misma actividad, ya que el elemento esencial a valorar ahora es el traspaso de la infraestructura⁶⁵¹.

⁶⁵⁰ Ar. 999. Ponente: Sr. D. Víctor Fuentes López.

⁶⁵¹ En la legislación francesa la admisión del cambio de contratista como transmisión de empresa planteó también numerosos problemas. La materia está regulada en el art. L-122-12, siendo su contenido parecido al de la regulación española, ya que ambas son reflejo de la normativa comunitaria. En cuanto al tema que es objeto de tratamiento en este sentido, en un principio la jurisprudencia interpretó que para aplicar su normativa bastaba que se prosiguiera la misma actividad con lo que en base a este criterio amplio se admitía que al cambio de contratista se le aplicara la normativa subrogatoria general (vid en este sentido BLAISE, H.: "Continuité de l'entreprise:

4. Regulación de la sucesión de contratistas en la negociación colectiva.

En este apartado se va a analizar la normativa más importante existente de carácter sectorial con el fin de saber como está funcionando el mecanismo subrogatorio, respecto del que hay que recordar que pese a que pueda en algunos de sus aspectos parecerse a la normativa legal, no es una extensión de ésta, sino que funciona con carácter autónomo, con lo que no debe resultar extraño

flux et reflux de l'interprétation extensive de l'article L. 122-12 al. 2 du Code du travail". DS, 1984, n° 2. Págs. 91 a 99). Sin embargo, posteriormente se produjo un cambio de interpretación ya que lo determinante ya no era que se continuara la misma actividad sino que se traspasara una entidad económica suficiente, lo cual no incluía los cambios de contratista puesto que sólo son considerados como la pérdida de un mercado o cliente (vid sobre esta nueva y actual posición BLAISE, H.: "Les modifications dans la personne de l'employeur: l'article L.122-12 dans la tourmente". DS, 1986, n° 12. Págs. 837 a 847; DONTENWILLE, H.: "L'article L.122-12 du Code du travail: la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation". DS, 1990, n° 5. Págs. 399 a 417; LYON-CAEN, G. Y PÉLISSIER, J.: *Droit du Travail*. París, 1992 (16ª ed.). Dalloz. Págs. 94 a 97; GATUMEL, D.: *Le Droit du Travail en France*. París, 1994 (5ª ed.). Francis lefebvre. Pág. 439; y VERDIER, J-M.: *Droit du travail*. París, 1996 (10ª ed.). Dalloz. Págs. 251 a 253).

En cuanto a la normativa italiana, la materia relativa a la transmisión de empresa se encuentra regulada en el art. 2112 del Code Civile, precepto que fue reformado por la ley de 29 de diciembre de 1990. No se ha planteado la cuestión de si se aplica a los cambios de contratista puesto que sólo recoge literalmente los supuestos de transmisión de empresa, con lo que claramente no se contempla el caso en el que se produzca una subrogación entre contratistas. En este sentido vid PERA, G.: *Compendio di Diritto del Lavoro*. Milano, 1994 (3ª ed.). Giuffrè. Págs. 221 y 222.

que requisitos tan importantes como la necesidad de que se traspase la infraestructura sean irrelevantes en estos supuestos, ya que la negociación colectiva ha dispuesto su regulación y responsabilidad específica⁶⁵².

Ésta ha sido criticada por MONEREO, ya que como estima que a las contratas les es aplicable la normativa del art. 44 del ET, la regulación que contienen los convenios colectivos, en la medida en que algunos tienen el carácter de extraestatutarios, va a suponer que en supuestos materialmente idénticos se aplicarán consecuencias diferentes según les sea aplicable el convenio⁶⁵³.

Considero que ya que tales supuestos no entran dentro del ámbito del art. 44 del ET, toda regulación que tienda a proteger al trabajador, sobre todo a los de carácter temporal, ha de ser valorada positivamente.

El estudio de cada sector se va a realizar, en un principio, por separado siendo posteriormente objeto de tratamiento común aquellos aspectos que se presenten con

⁶⁵² Así lo ha precisado, por ejemplo, la STS de 3 de noviembre de 1988 (Ar. 7320). Ponente: Sr. D. Marcelino Murillo Martín de los Santos, que señala que la regulación en materia de adscripción de personal de la ordenanza no es "la normativa que recoge el mencionado art. 44".

carácter general en todos ellos con el fin de tener una visión particular y agrupada de ellos,

4.1. Sector de limpieza.

4.1.1. Limpieza de edificios y locales.

4.1.1.1. La Ordenanza de Limpieza de edificios y locales de 15 de febrero de 1975

La Reglamentación con carácter general más importante en materia de limpieza de edificios y locales ha sido hasta hace poco la Ordenanza de Limpieza de edificios y locales de 15 de febrero de 1975⁶⁵⁴. Y se dice hasta hace poco pues su vigencia se ha mantenido hasta el 31 de diciembre de 1995⁶⁵⁵. Tenía que haber sido sustituida por un convenio sectorial con el mismo alcance

⁶⁵³ En "El concepto comunitario de <empresa>..." op. cit. Pág. 25.

⁶⁵⁴ BOE de 20 de febrero de 1975.

⁶⁵⁵ Así lo establecía la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1994 (BOE de 29 de diciembre de 1994) relativa a la aplicación de lo dispuesto en la Disposición transitoria segunda del Estatuto de los Trabajadores, por la que se prorroga la vigencia de determinadas Ordenanzas Laborales y Reglamentaciones de Trabajo, cuya Disposición final primera señalaba la derogación el 31 de diciembre de 1994 de las Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas Laborales que se encontraban en vigor en su momento, a excepción de las que se dictaban en su Anexo I, que de acuerdo con lo dispuesto en su artículo único quedaban prorrogadas en su integridad hasta el 31 de diciembre de 1995.

que aquélla, el cual, actualmente aún no se ha publicado.

Debido a la importancia de esta Ordenanza y de las numerosas remisiones a ella que realizan muchos de los convenios de ámbito provincial, incorporándolas a su texto, considero adecuado realizar un breve análisis de la ordenación que en ella se contenía, con el fin de cotejarla con las nuevas regulaciones aparecidas.

Lo primero que hay que señalar es que si bien su ámbito se limitaba en un principio "al personal que presta sus servicios en las empresas dedicadas a la limpieza de edificios y locales" (art. 1º), así como a "las empresas, las titulares de las industrias" (art. 2º.1) de las tareas anteriores, su art. 13.1 contemplaba un supuesto referido a la empresa genéricamente considerada, sin especificación concreta de su actividad, siendo aplicable a patronales de sectores distintos al de limpieza, ya que "entender lo contrario equivaldría a limitar la aplicación de la norma hasta el punto de asignarle una eficacia muy reducida"⁶⁵⁶.

La Ordenanza de limpieza dedicaba el art. 13 a regular los supuestos de cambio de contratista. En él había que diferenciar los siguientes supuestos:

1º) Si la empresa en la que viniese realizándose el servicio a través de la contrata decidía desempeñar esa tarea directamente, había que distinguir dos casos:

1.1. Si el servicio lo iba a realizar con personal propio, es decir, sin contratar nuevos trabajadores, no tenía que hacerse cargo de los trabajadores de la anterior contratista⁶⁵⁷.

1.2. Sin embargo, si al hacerse cargo del servicio tenía que contratar a personal nuevo, sí que debía hacerse cargo del personal de la anterior contratista⁶⁵⁸. Era indiferente la modalidad contractual escogida para contratar a ese personal así como su

⁶⁵⁶ STSJ de Galicia de 2 de febrero de 1996 (Ar. 236). Ponente: Sr. D. Miguel Ángel Cadenas Sobreira.

⁶⁵⁷ Un ejemplo de esta situación es el que recoge la STS (UD) de 17 de junio de 1997 (Ar. 4758. Ponente: Sr. D. Luis Gil Suárez), en el que la RENFE no debe hacerse cargo de los trabajadores de la empresa contratista de limpieza porque dicha labor la asume con personal propio.

⁶⁵⁸ Este es el supuesto que se recoge en la STCT de 24 de febrero de 1987 (Ar. 3949). Ponente: Sr. D. Francisco Requejo Llanos, que considera que se ha producido un despido, puesto que la empresa principal, un Instituto, rescindió la contrata y para hacerse cargo de ella contrató los servicio de personas ajenas a ella, negándose a subrogarse en los trabajadores que desempeñaban esa labor con anterioridad.

categoría profesional⁶⁵⁹, bastando con el simple hecho de contratar a trabajadores que no habían desempeñado esas funciones anteriormente.

Pese a que la dicción legal se limitaba a lo señalado anteriormente, considero que, siguiendo una interpretación lógica con lo señalado en el párrafo segundo del art. 13, sólo tenía que hacerse cargo de los trabajadores cuya vinculación con la contratista era temporal, puesto que la Ordenanza Laboral siempre tenía presente una relación entre "la duración del contrato de trabajo y la duración de la contrata"⁶⁶⁰.

2º) En el caso de que no fuera la empresa principal la que iba a desempeñar la tarea, sino que lo que iba a ocurrir era un cambio de contratista en la realización del servicio, el nuevo contratista debía hacerse cargo de los trabajadores de la anterior "que quedasen desvinculados laboralmente de éste", con arreglo

⁶⁵⁹ STSJ de la Comunidad Valenciana de 26 de abril de 1995 (Ar. 1753). Ponente: Sr. D. José García Fenollera.

⁶⁶⁰ En este sentido CAMPS RUIZ, L.M.: *Régimen laboral de la transmisión de empresa...* op. cit. Pág. 84. En contra se ha pronunciado CAIRÓS BARRETO, D.Mª.: "La subrogación de servicios en las empresas de limpieza..." op. cit. Pág. 303, que señala que lo relevante en este caso es la vinculación exclusiva o predominante del trabajador al centro de trabajo, independientemente del carácter temporal o indefinido de la relación laboral.

a la normativa jurídica aplicable, pero sólo en el caso de que la contrata se hubiere extinguido por haber llegado su vencimiento. Esto supone que no tendría que hacerse cargo de los trabajadores que tuvieran un contrato de duración indefinida o fijos de plantilla con la anterior⁶⁶¹, sino simplemente de los trabajadores que estuvieran contratados por tiempo determinado y su relación laboral estuviera sujeta a la extinción del contrato de limpieza existente o de los que hubieran sido contratados para la limpieza de unos locales concretos, sin condicionar su cese a la extinción de la contrata de la limpieza con el titular de los locales ni estar sujeto a plazo por contrato⁶⁶².

No obstante, respecto de los trabajadores con contrato por tiempo indefinido la jurisprudencia ha considerado que si la contratista sólo tenía como lugar de trabajo aquél en el que desempeñaba su labor el trabajador, debía estimarse que el contrato "se concertó para la limpieza de dicho centro, por lo que en definitiva prima el principio de estabilidad en el puesto

⁶⁶¹ STS de 30 de diciembre de 1985 (Ar. 6481). Ponente: Sr. D. Félix de las Cuevas González; STSJ de 21 de febrero de 1995 (Ar. 632). Ponente: Sr. D. Lope del Barrio Gutiérrez; STSJ de Andalucía (Málaga) de 4 de diciembre de 1995 (Ar. 4649). Ponente: Sr. D. Antonio Navas Galisteo.

de trabajo⁶⁶³.

De la misma forma, cuando la terminación de la contrata no se debió a su vencimiento sino a una decisión unilateral de la contratista (abandono o cese voluntario), la nueva contratista no deberá hacerse cargo del personal que quede desvinculado de la anterior⁶⁶⁴.

En los dos casos en que se deban hacer cargo bien la empresa principal o la nueva contratista de los trabajadores de la anterior, sólo lo harán de aquéllos que estuvieran adscritos exclusivamente a ese servicio, es decir, que si esos trabajadores desempeñaban su labor en distintos centros de trabajo no tendrán que ser objeto de adscripción, puesto que se considera que no quedan desvinculados de la contratista al tener otros centros de trabajo y se encontraría además el trabajador bajo las órdenes de varios empresarios⁶⁶⁵. También deberán hacerse

⁶⁶² STSJ de Galicia de 15 de octubre de 1993 (Ar. 4246). Ponente: Sr. D. Antonio González Nieto.

⁶⁶³ STS de 7 de octubre de 1986 (Ar. 5411). Ponente: Sr. Campos Alonso.

⁶⁶⁴ STCT de 7 de febrero de 1989. Ponente: Sr. D. García Fenollera.

⁶⁶⁵ STS de 19 de mayo de 1987 (Ar. 3735). Ponente: Sr. Díaz Buisen.

cargo de aquéllos que tuvieran suspendido el contrato⁶⁶⁶.

Esa es la regulación que se contiene, y de ésta se puede concluir que si ocurre la situación inversa, es decir, si la actividad de limpieza era desempeñada por la empresa principal y decide que pase a ejercerla una contratista, ésta no se verá obligada a hacerse cargo del personal que realizaba esas tareas⁶⁶⁷.

4.1.1.2. Convenios colectivos de ámbito provincial.

Una vez que la prórroga de la Ordenanza Laboral para las empresas dedicadas a la limpieza de edificios y locales de 15 de febrero de 1975 ha finalizado, la atención sobre la subrogación en esta materia se ha de centrar en la negociación colectiva a todos los niveles, con el fin de conocer como se ha regulado la materia y analizar las pautas que se han seguido.

Lo primero que hay que señalar es que frente a la regulación tan escueta que se contenía en el art. 13 de la Ordenanza, que se limitaba a dos párrafos y a la utilización de expresiones indeterminadas, se ha pasado a

⁶⁶⁶ STCT de 12 de febrero de 1985. Ponente: Sr. D. García Fenollera, respecto de un trabajador que se encontraba en situación de incapacidad laboral transitoria.

⁶⁶⁷ STS de 22 de enero de 1990 (Ar. 180). Ponente: Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete.

una regulación mucho más extensa y precisa, sobre todo en el supuesto de que la contrata pase a desempeñarse por otro contratista y no por el empresario principal.

Ante la falta de un Convenio General del Sector de Limpieza de Edificios y Locales, el análisis se centrará en un estudio conjunto de los Convenios Provinciales que hasta el momento se han adoptado, cuya estructura es equivalente, variando sólo determinados aspectos según que opten por una regulación más o menos rígida.

Un aspecto importante a señalar con carácter previo a ese análisis consiste en precisar que todos los convenios que se van a citar tienen carácter, además del ya apuntado sectorial, extraestatutario, lo cual conlleva que su aplicación sólo se realice respecto de aquéllas partes, sindicatos y asociaciones empresariales, que hayan tomado parte en su adopción, limitándose así su ámbito subjetivo⁶⁶⁸.

⁶⁶⁸ Así lo han precisado las SSTs de 28 de octubre de 1996 y en UD las de 9 de febrero de 1995 (Ar. 789. Ponente: Sr. D. Juan Antonio Linares Lorente) y 14 de diciembre de 1994 (Ar. 10093. Ponente: Sr. D. Antonio Martín Valverde), disponiendo que en un "convenio colectivo en cuya elaboración no se han observado los requisitos de legitimación y procedimiento establecidos en el Título III del ET, puede ser eficaz para quienes se encuentran representados por las partes negociadoras mediante mandato o vínculo asociativo; pero no alcanza, en principio, a las empresas o a los trabajadores que no están unidas por un nexo de representación voluntaria a las organizaciones pactantes".

Según la situación de cambio que se produzca, los requisitos para que opere la subrogación son los siguientes:

1º) En general, todos los convenios disponen que si al finalizar una contrata de servicios de un centro u organismo, dicho centro opta por ejecutar directamente los servicios de limpieza, pueden presentarse dos situaciones:

1.1. Que efectúe el servicio con trabajadores que pertenecían a su plantilla con anterioridad al comienzo de la contrata que termina, es decir, sin contratar a nuevos trabajadores para que lleven a cabo esa labor. En tal caso, el centro u organismo no está obligado a asumir al personal de la empresa contratista que venía realizando el servicio de limpieza. Se trata de una consecuencia lógica en la medida en que no se puede constreñir a un empresario a que se haga cargo de una serie de trabajadores cuando tiene sus propios medios materiales y personales para desempeñar esa actividad. Hay que resaltar en este sentido que sólo unos pocos convenios colectivos exigen una determinada cualificación a esos trabajadores que van a hacerse cargo de la contrata, lo cual hubiera sido deseable en la mayoría de ellos para evitar que la empresa que asuma el servicio utilice este mecanismo para

evitar que se aplique el sistema subrogatorio⁶⁶⁹.

No obstante, para evitar fraudes en este sentido, los convenios colectivos han previsto que en el supuesto de que ese empresario principal decida volver a dar en contrata la ejecución de ese servicio, habrá de pasar un determinado tiempo, ya que, en caso contrario, deberá hacerse cargo del personal anterior la nueva contratista. Este plazo puede ser como mínimo de dos meses⁶⁷⁰, tres meses⁶⁷¹, seis meses⁶⁷², llegando a un máximo, hasta el momento, de un año⁶⁷³.

⁶⁶⁹ Así lo exige el CC de Santa Cruz de Tenerife, 30 de octubre de 1996 (BOP de 22 de noviembre. I.L. 1996/5344), art. 22 A) a) que señala que "siempre que los trabajadores que pasen a desempeñar dicho servicio pertenezcan a la empresa y que tuvieran reconocidas la categoría de limpiador/a, antes de la notificación de extinguir el vínculo arrendaticio".

⁶⁷⁰ CC de Ávila, 12 de julio de 1996 (BOP de 30 de agosto. I.L. 1996/4053), art. 19 i).

⁶⁷¹ CC de Salamanca, 18 de diciembre de 1996 (BOP de 8 de enero de 1997. I.L. 1997/32), art. 21 g).

⁶⁷² CC de Álava, 17 de noviembre de 1995 (BOTH A de 22 de diciembre. I.L. 1995/7150), art. 34.5; CC de Guadalajara, 15 de mayo de 1997 (BOP de 6 de junio. I.L. 1997/2547), art. 15.6); CC de Madrid, 5 de julio de 1996 (BOCM de 17 de agosto. I.L. 1996/3705), art. 24.5; CC de Burgos, 12 de mayo de 1997 (BOC y L de 13 de junio. I.L. 1997/2583), art. 36 b).

⁶⁷³ CC de Granada, 28 de mayo de 1996 (BOP de 26 de junio. I.L. 1996/2912), art. 31.2; CC de Baleares, 9 de septiembre de 1996 (BOCAIB de 19 de octubre. I.L. 1996/4913), art. 39.2; CC de Vizcaya, 20 de diciembre de 1995 (BOP de 23 de enero. I.L. 1996/97), art. 27.5; CC de Las Palmas, 21 de noviembre de 1996

1.2. Puede ocurrir que el centro u organismo efectúe el servicio de limpieza con trabajadores que no pertenecían a su plantilla en el momento de formalizarse la contrata que termina, o lo que es lo mismo, que al asumir el servicio contrate a nuevo personal para su desempeño. En este caso, tendrá que adjudicarse el personal de la empresa contratista anterior que venía realizando los referidos servicios de limpieza.

Tanto esta previsión como respecto de la señalada en el punto anterior han de ser valoradas de forma relativa puesto que se está ante convenios colectivos sectoriales y extraestatutarios. Por tanto, si la empresa principal no pertenece a esa asociación empresarial no le afectará lo previsto en el convenio, lo cual también ocurrirá cuando la empresa principal no pertenezca a este sector, que es lo que sucederá normalmente puesto que las empresas que suelen acudir a la contratación de este tipo de servicios no suelen ser empresas del mismo sector sino

(BOP de 23 de diciembre. I.L. 1996/5730), art. 14.6; CC de Santa Cruz de Tenerife, 30 de octubre de 1996 (BOP de 22 de noviembre. I.L. 1996/5344), art. 22 A) c); CC de Cantabria, 22 de mayo de 1997 (BOC de 20 de junio. I.L. 1997/2718), art. 10.3.

otras diferentes⁶⁷⁴.

Cabe señalar, en fin, que algunos convenios colectivos en vez de establecer una regulación específica se remiten al párrafo primero del art. 13 de la Ordenanza de Limpieza, el cual incorporan al convenio colectivo como parte de su articulado⁶⁷⁵, pero sin que esto suponga que la ordenanza sigue vigente.

2º) En el caso de que al finalizar la contrata de servicios de limpieza de un centro u organismo, se produjera un cambio en la titularidad del servicio de limpieza, se producirá la adscripción del personal que venía prestando sus servicios en el citado centro u organismo en la nueva empresa. Se trata también de una previsión recogida en la mayoría de convenios colectivos que regulan esta materia, variando sólo los requisitos que se deben reunir para que este traspaso de personal opere. Fundamentalmente se pueden dividir en dos grupos:

2.1. Por un lado, requisitos sustantivos,

⁶⁷⁴ Así lo ha señalado también CAMPS RUIZ, L.M.: *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*. Valencia, 1997. Tirant lo Blanch. Págs. 32 a 34.

⁶⁷⁵ CC de Teruel, 20 de junio de 1996 (BOP de 3 de julio. I.L. 1996/2920), art. 19; CC de Vizcaya, 20 de diciembre de 1995 (BOP de 23 de enero de 1996. I.L. 1996/97), art. 27 *in fine*; CC de Navarra, 31 de julio de 1997 (BON de 18 de agosto.

los cuales los he considerado así porque si no se cumplen no operará la subrogación. Son fundamentalmente los que deben reunir los trabajadores para que se produzca la transmisión, señalándose los siguientes:

2.1.1. El personal objeto de adscripción deberá tener, en general⁶⁷⁶, una antigüedad mínima, es decir, habrá tenido que estar prestando sus servicios durante un determinado tiempo en el centro u organismo que vaya a ser objeto de cambio de contrata. Este tiempo exigido varía siendo de dos meses⁶⁷⁷, tres meses⁶⁷⁸, cuatro meses⁶⁷⁹, seis meses⁶⁸⁰, siete meses⁶⁸¹,

I.L. 1997/3727), art. 24 *in fine*; CC de Valencia, 23 de enero de 1995 (BOP de 8 de marzo. I.L. 1995/2221), art. 31.

⁶⁷⁶ Se hace esta precisión porque el CC de Asturias, 9 de agosto de 1996 (BOPA de 22 de agosto. I.L. 1996/3740), no exige en el art. 17 ninguna antigüedad.

⁶⁷⁷ CC de Las Palmas, 21 de noviembre de 1996 (BOP de 23 de diciembre. I.L. 1996/5730), art. 14.1; CC de Orense, 26 de mayo de 1997 (BOP de 6 de junio. I.L. 1997/2561), art. 18; CC de Almería, 24 de julio de 1997 (BOP de 25 de agosto. I.L. 1997/3768), art. 18.1º a); CC de Murcia, 16 de julio de 1997 (BORM de 19 de agosto de 1997. I.L. 1997/3738), art. 37.1 a); CC de Ávila, 12 de julio de 1996 (BOP de 30 de agosto. I.L. 1996/4053), art. 19, b); CC de Badajoz, 5 de agosto de 1997 (BOP de 27 de agosto. I.L. 1997/3791), art. 6, b).

⁶⁷⁸ CC de Ciudad Real, 9 de mayo de 1997 (BOP de 19 de mayo. I.L. 1997/2074), art. 11.2 a); CC de Jaén, 16 de junio de 1997 (BOP de 7 de julio. I.L. 1997/2959), art. 25 A), 1; CC de Toledo, 29 de febrero de 1996 (BOP de 18 de marzo. I.L. 1996/1213), art. 4.2º; CC de Soria, 8 de julio de 1997 (BOP de 6 de agosto. I.L. 1997/3548), art. 6 b); CC de Málaga, 7 de agosto de 1996 (BOP de 27 de agosto. I.L. 1996/3786), art.

ocho meses⁶⁸², e incluso diez⁶⁸³ o doce meses⁶⁸⁴. Lo

11.2; CC de Vizcaya, 20 de diciembre de 1995 (BOP de 23 de enero de 1996. I.L. 1996/97), art. 27.1; CC de Burgos, 12 de mayo de 1997 (BOC y L de 13 de junio. I.L. 1997/2583), art. 36. b); CC de León, 4 de junio de 1997 (BOP de 25 de junio. I.L. 1997/2734), art. 28.1; CC de Segovia, 9 de abril de 1996 (BOP de 26 de abril. I.L. 1996/1821), art. 18.2; CC de Córdoba, 8 de julio de 1997 (BOP de 29 de julio. I.L. 1997/3519), art. 32, A), a).

⁶⁷⁹ CC de Huesca, 20 de marzo de 1997 (BOP de 11 de abril. I.L. 1997/1493), art. 20.1; CC de Cádiz, s/f (BOP de 22 de julio. I.L. 1997/3085), art. 33.1 a); CC de Baleares, 9 de septiembre de 1996 (BOCAIB de 19 de octubre. I.L. 1996/4912), art. 39.2ª); CC de Santa Cruz de Tenerife, 30 de octubre de 1996 (BOP de 22 de noviembre. I.L. 1996/8344), art. 22 A), 2; CC de Madrid, 5 de julio de 1996 (BOCM de 17 de agosto. I.L. 1996/3705), art. 24, a); CC de Alicante, 2 de julio de 1997 (BOP de 14 de julio. I.L. 1997/2990), art. 7.1º, a); CC de Guadalajara, 15 de mayo de 1997 (BOP de 6 de junio. I.L. 1997/2547), art. 15.1 a); CC de Teruel, 20 de junio de 1996 (BOP de 3 de julio. I.L. 1996/2920), art. 19.2; CC de Albacete, 7 de julio de 1996 (BOP de 17 de julio. I.L. 1996/3127), art. 16 a); CC de Tarragona, 27 de mayo de 1996 (DOGC de 10 de julio. I.L. 1996/3084), Disposición Adicional Primera; CC de Zaragoza, 23 de julio de 1997 (BOP de 27 de agosto. I.L. 1997/3797), art. 28; CC de Valencia, 23 de enero de 1995 (BOP de 8 de marzo. I.L. 1995/2221), art. 31.2º; CC de Cuenca, 29 de abril de 1997 (BOP de 7 de julio. I.L. 1997/2953), art. 12.1º a).

⁶⁸⁰ CC de Zamora, 10 de junio de 1997 (BOP de 25 de junio. I.L. 1997/2736), art. 33 a); CC de Navarra, 31 de julio de 1997 (BON de 18 de agosto. I.L. 1997/3727), art. 24.1º; CC de Pontevedra, 27 de junio de 1996 (DOG de 5 de septiembre. I.L. 1996/4090), art. 23, a); CC de La Coruña de 16 de julio de 1996 (DOG de 22 de octubre. I.L. 1996/4901), art. 36, a); CC de Palencia, s/f, (BOP de 10 de noviembre de 1995. I.L. 1995/6607), art. 12.

⁶⁸¹ CC de Granada, 28 de mayo de 1996 (BOP de 26 de junio. I.L. 1996/2912), art. 31.2º.

⁶⁸² CC de Valladolid, 2 de julio de 1997 (BOP de 14 de agosto. I.L. 1997/3706), art. 27 a).

importante es que se reúna dicha antigüedad, con independencia de la forma de contratación que les unía con la empresa saliente o la duración de la jornada.

2.1.2. Dicha antigüedad no se exigirá en el supuesto de que la duración de la contrata en el momento de la transmisión haya sido menor.

2.1.3. Los trabajadores de nuevo ingreso que se hayan incorporado al centro u organismo justo en los plazos mínimos de antigüedad por exigencias del cliente serán objeto también de traspaso, siempre que lo pruebe la empresa saliente. En este supuesto se suele exigir que esa decisión se haya tomado en un cierto período de tiempo anterior (tres meses⁶⁸⁵) con el fin de evitar posibles fraudes. Sin embargo, aquéllos

⁶⁸³ Este tiempo tan largo en comparación con el resto es más largo porque sólo está exigido para cuando el trabajador que se pretenda traspasar tenga la condición de representante legal de los trabajadores, salvo que su mandato tenga menor duración. CC de Madrid, 5 de julio de 1996 (BOCM de 17 de julio. I.L. 1996/3705), art. 24.1º a).

⁶⁸⁴ Sólo está exigido para el caso de que los trabajadores que se vayan a traspasar tengan el carácter de fijos de empresa de la contratista saliente sin asignación concreta al centro y la empresa posteriormente lo hubiera asignado al centro que es objeto de subrogación. Sólo será traspasado si lleva asignado en dicho centro como mínimo ese tiempo. En este sentido, *vid* CC de Las Palmas, 21 de noviembre de 1996 (BOP de 23 de diciembre. I.L. 1996/5730), art. 14.2.

⁶⁸⁵ CC de Las Palmas, 21 de noviembre de 1996 (BOP de 23 de diciembre. I.L. 1996/5730), art. 14.5.

trabajadores que se hayan incorporado a la antigua contratista por decisión propia y no de la empresa principal para la que presta el servicio pero sin ser de nueva incorporación al centro y a la empresa, no serán objeto de traspaso aunque tengan la antigüedad y seguirán vinculados a la anterior empresa.

2.1.4. Los trabajadores que se encuentren en alguna de las situaciones de suspensión del contrato del art. 45.1 del ET también serán objeto de adscripción en la nueva empresa, siempre que tengan la antigüedad en el centro objeto de nueva adscripción que se requiera por el convenio colectivo al efecto.

2.1.5. Respecto de los que estén en situación de interinidad también serán objeto de adscripción, pero parece ser que no se les pide la antigüedad que sí se les exige al resto de trabajadores, lo cual es lógico ya que quien la debe reunir es el que es sustituido y no el que sustituye ya que su situación en el centro de trabajo es provisional.

2.1.6. En el supuesto en que la empresa de limpieza hubiese tenido que reducir el personal en el centro por exigencias del cliente, y posteriormente le fuera rescindido el contrato, la nueva empresa adjudicataria deberá hacerse cargo de, como mínimo, los trabajadores que quedan. Y digo como mínimo

porque no hay unanimidad en cuanto a si debe hacerse cargo de los trabajadores afectados por la reducción puesto que algunos convenios han considerado que sí que hay que hacerse cargo de ellos⁶⁸⁶, mientras que otros no⁶⁸⁷.

2.1.7. La subrogación seguirá produciéndose aún en el caso de que la empresa receptora del servicio suspendiese el mismo durante un cierto período de tiempo, siempre que sea inferior, según los diferentes convenios, a dos meses⁶⁸⁸, tres meses⁶⁸⁹, seis

⁶⁸⁶ Vid, entre otros, el CC de Álava, 17 de noviembre de 1995 (BOTA de 22 de diciembre. I.L. 1995/7150), art. 34.6; CC de Vizcaya, 20 de diciembre de 1995 (BOP de 23 de enero de 1997. I.L. 1996/97), art. 27.6; CC de Navarra, 31 de julio de 1997 (BON de 18 de agosto. I.L. 1997/3727), art. 24.3°, que para que el nuevo contratista se tenga que hacer con los trabajadores que inicialmente fueron despedidos no debe haber pasado más de seis meses entre la reducción y la rescisión.

⁶⁸⁷ CC de Las Palmas, 21 de noviembre de 1996 (BOP de 23 de diciembre. I.L. 1996/5730), art. 14.7.

⁶⁸⁸ CC de Toledo, 29 de febrero de 1996 (BOP de 18 de marzo. I.L. 1996/1213), art. 4 *in fine*; CC de Soria, 6 de agosto de 1996 (BOP de 19 de agosto. I.L. 1996/3701), art. 6, f); CC de La Coruña de 16 de julio de 1996 (DOG de 22 de octubre. I.L. 1996/4901), art. 36.5; CC de Madrid de 5 de julio de 1996 (BOCM de 17 de agosto. I.L. 1996/3705), art. 24.1.5; CC de Alicante, 2 de julio de 1997 (BOP de 14 de julio. I.L. 1997/2990), art. 7.5°; CC de Albacete de 7 de julio de 1996 (BOP de 17 de julio. I.L. 1996/3127), art. 16 e); CC de Ciudad Real, 9 de mayo de 1997 (BOP de 19 de mayo. I.L. 1997/2074), art. 11.4; CC de Segovia, 9 de abril de 1996 (BOP de 26 de abril. I.L. 1996/1821), art. 18 *in fine*; CC de Ávila de 12 de julio de 1996 (BOP de 30 de agosto. I.L. 1996/4053), art. 19, i).

meses⁶⁹⁰, doce⁶⁹¹ o trece meses⁶⁹² o incluso sin la exigencia de plazo alguno con lo que estaría siempre vinculada por la normativa sucesoria⁶⁹³, puesto que en caso contrario se podría enervar fácilmente el mecanismo de la adscripción de personal suspendiendo el ejercicio de la actividad en el momento que se reciba.

2.1.8. Si la subrogación de un nuevo titular de la contrata implicase que un trabajador realizase su jornada en dos centros distintos, afectando a uno sólo de ellos el cambio de titularidad de la contrata, los titulares de las mismas gestionarían el pluriempleo legal del trabajador. En tal caso ambos

⁶⁸⁹ CC de Cádiz, s/f (BOP de 22 de julio. I.L. 1997/3085), art. 33 *in fine*; CC de León, 4 de junio de 1997 (BOP de 25 de junio. I.L. 1997/2734), art. 28.3.

⁶⁹⁰ CC de Zamora de 10 de junio de 1997 (BOP de 25 de junio. I.L. 1997/2736), art. 23 C); CC de Lugo de 2 de agosto de 1995 (DOG de 18 de octubre. I.L. 1995/6123), art. 12.4 *in fine*; CC de Palencia, s/f (BOP de 10 de noviembre de 1995. I.L. 1995/6607), art. 12; CC de Asturias, 9 de agosto de 1996 (BOPA de 22 de agosto. I.L. 1996/3742), art. 17; CC de Burgos, 12 de mayo de 1997 (BOC y L de 13 de junio. I.L. 1997/2583), art. 36 b)

⁶⁹¹ CC de Valencia, 23 de enero de 1995 (BOP de 8 de marzo. I.L. 1995/2221), art. 31.10.

⁶⁹² CC de Valladolid, 2 de julio de 1997 (BOP de 14 de agosto. I.L. 1997/3706), art. 27, que se refiere únicamente respecto de los trabajadores fijos de plantilla.

⁶⁹³ CC de Murcia, 16 de julio de 1997 (BORM de 19 de agosto. I.L. 1997/3738), art. 37.4.

empresarios se tendrán que poner de acuerdo en el disfrute conjunto del período vacacional así como en el pago proporcional de las pagas extraordinarias⁶⁹⁴. Del mismo modo, en el caso en que estos trabajadores tengan horario continuado, el tiempo en el traslado de un centro a otro habrá de compartirse por ambas empresas en proporción a la jornada que se tenga con cada una⁶⁹⁵.

2.1.9. Por último, si de la documentación que se traspasare del empresario saliente al entrante se dedujera que alguno de los contratos de los trabajadores afectados por la subrogación debió resolverse antes de la fecha en que se produjo el traspaso de la contrata, dicho trabajador permanecerá en la plantilla del concesionario saliente, ya que a él es imputable que haya seguido prestando servicios en la contrata⁶⁹⁶.

⁶⁹⁴ CC de Pontevedra, 27 de junio de 1996 (DOG de 5 de septiembre. I.L. 1996/4090), art. 23.4°; CC de La Coruña, 16 de julio de 1996 (DOG de 22 de octubre. I.L. 1996/4901), art. 36.4.

⁶⁹⁵ CC de Madrid, 5 de julio de 1996 (BOCM de 17 de agosto. I.L. 1996/3705), art. 24.8; CC de Guadalajara, 15 de mayo de 1997 (BOP de 6 de junio. I.L. 1997/2547), art. 15.8; CC de Cuenca, 29 de abril de 1997 (BOP de 7 de julio. I.L. 1997/2953), art. 12.6°.

⁶⁹⁶ CC de Tarragona, 27 de mayo de 1996 (DOGC de 10 de julio. I.L. 1996/3084), Disposición Adicional Primera, art. 10;

2.2. Y, por otro lado, están los requisitos formales. Son requisitos cuya importancia es, en la mayoría de los convenios, menor a la de los anteriores en la medida en que su incumplimiento, en principio, conlleva que la subrogación se llevará a cabo de igual manera⁶⁹⁷. Se ha hecho esa precisión en cuanto a las consecuencias de su incumplimiento porque algunos convenios colectivos respecto de la obligación de traspaso de documentación han considerado que su incumplimiento impide el juego de la subrogación. Esto ha de ser rechazado puesto que se trata de unas obligaciones que recaen sobre el empresario saliente, el entrante o ambos que, en ningún caso, ha de perjudicar al trabajador⁶⁹⁸.

CC de Baleares, 9 de septiembre de 1996 (BOCAIB de 19 de octubre. I.L. 1996/4913), art. 39, décima.

⁶⁹⁷ Así lo ha señalado la STSJ de Galicia de 6 de julio de 1992 (Ar. 3853). Ponente: Sr. D. Jesús Souto Prieto, respecto de la falta o errónea comunicación por parte de la empresa saliente.

⁶⁹⁸ Así lo señalan la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 28 de julio de 1993 (Ar. 3371). Ponente: Sr. D. José Borrajo Araujo, disponiendo que de tal incumplimiento "tan sólo se derivarán responsabilidades en relación a ambas empresas y en especial las referidas al eventual reintegro a la entrante de los salarios de tramitación", la STSJ de Galicia de 17 de junio de 1994 (Ar. 2514). Ponente: Sr. D. Miguel Ángel Fernández Otero, que señala que "la eficacia del derecho regulado en favor de los trabajadores no puede hacerse depender de la voluntad de la empresa saliente de dar o no cumplimiento a las obligaciones que el Convenio le impone en orden a la

Dentro de este apartado están incluidas substancialmente dos tipos de obligaciones:

1ª) Una primera consistente en el traspaso de documentación entre los dos sujetos que participan en la subrogación, o más bien a requerimiento de la empresa entrante, con el fin de asegurar que la situación sea conocida por todos y de asegurar el tráfico jurídico. Fundamentalmente esta obligación recae sobre la empresa saliente, cuando la entrante le haya comunicado su condición de nueva adjudicataria de la contrata, debiendo facilitarle toda una serie de documentos que acrediten todos los aspectos relativos al personal que reúna los

entrega de documentación" o la STSJ de Cantabria de 18 de enero de 1995 (Ar. 203). Ponente: Sr. D. Rubén López-Tamés Iglesias, que dispone que "el incumplimiento de requisitos instrumentales y accesorios [refiriéndose a ciertas carencias respecto de la documentación aportada y fundamentalmente la alegada falta de entrega de la liquidación de haberes] que afecta a las relaciones entre empresarios nunca puede afectar a un tercero ajeno a dicha actitud empresarial cumplidora o incumplidora".

En contra se han manifestado la STSJ de la Comunidad Valenciana de 29 de octubre de 1996 (Ar. 3006). Ponente: Sra. Dª Mª Amparo Ballester Pastor, que señala que "la falta de este requisito necesario no puede desencadenar las consecuencias de la subrogación empresarial, por cuanto ésta ha sido la voluntad de los negociadores" y la STSJ de Castilla y León-Burgos de 6 de noviembre de 1996 (Ar. 38079. Ponente: Sra. Dª María Teresa Monasterio Pérez, que respecto de una contrata de limpieza dispone que los incumplimientos de la empresa saliente "llevan consigo el que no se produzca la subrogación de la nueva adjudicataria", lo cual no perjudica al trabajador ya que seguirá vinculado con la antigua contratista puesto que el contrato entre estos sólo se extingue "en el momento en que se produzca de derecho la subrogación de la nueva adjudicataria".

requisitos substanciales analizados anteriormente: relación del personal afectado, contratos de trabajo, antigüedad, jornadas, horarios, condiciones laborales, recibos de salarios del personal, relación de vacaciones pendientes de realización y fechas programadas para dicho disfrute, fotocopia de las últimas nóminas, copia de documentos debidamente diligenciados por cada trabajador afectado en el que se haga constar que éste ha recibido de la empresa saliente su liquidación de partes proporcionales de sus haberes hasta el momento de la subrogación, no quedando pendiente cantidad alguna, documentos que acrediten que se encuentra al corriente en la Seguridad Social (Modelos TC-1 y TC-2 de cotización a la Seguridad Social), certificado de la Administración de Hacienda de haber ingresado las cantidades correspondientes de las retenciones del IRPF, etc.⁶⁹⁹.

El plazo que tiene normalmente la empresa saliente para el traspaso de dicha documentación varía, siendo en unos casos de quince días naturales antes de la fecha del

⁶⁹⁹ Vid, entre otros, el CC de Baleares, 9 de septiembre de 1996 (BOCAIB de 19 de octubre. I.L. 1996/4913), art. 39.8ª, CC de Vizcaya, 20 de diciembre de 1995 (BOP de 23 de enero. I.L. 1996/97) art. 27.6; CC de Soria, 6 de agosto de 1996 (BOP de 19 de agosto. I.L. 1996/3701), art. 6, e).

término de su contrata⁷⁰⁰, diez⁷⁰¹, siete⁷⁰², seis⁷⁰³, cinco⁷⁰⁴ o tres días hábiles⁷⁰⁵, cuarenta y ocho horas⁷⁰⁶ o con la mayor urgencia posible⁷⁰⁷ desde que la empresa entrante le comunicó ser la nueva adjudicataria o cuarenta y ocho horas antes del comienzo de la actividad

⁷⁰⁰ Siempre que tal finalización sea conocida por la empresa saliente. CC de Tarragona, 27 de mayo de 1996 (DOGC de 10 de julio. I.L. 1996/3084), anexo I.1; CC de Baleares, 9 de septiembre de 1996 (BOCAIB de 19 de octubre. I.L. 1996/4913), art. 39, octava.

⁷⁰¹ CC de Albacete, 7 de julio de 1996 (BOP de 17 de julio. I.L. 1996/3127), art. 16, e); CC de Murcia, 16 de julio de 1997 (BORM de 19 de agosto. I.L. 1997/3738), art. 37.2; CC de Valladolid, 2 de julio de 1997 (BOP de 14 de agosto. I.L. 1997/3706), art. 27, b).

⁷⁰² CC de Jaén, 16 de junio de 1997 (BOP de 7 de julio. I.L. 1997/2957), art. 25, A). 4; CC de Córdoba, 8 de julio de 1997 (BOP de 29 de julio. I.L. 1997/3519), art. 32, C).

⁷⁰³ CC de Cádiz, s/f (BOP de 22 de julio. I.L. 1997/3085), art. 33.2.

⁷⁰⁴ CC de La Coruña, 16 de julio de 1996 (DOG de 22 de octubre. I.L. 1996/4901), art. 36.2; CC de Badajoz, 5 de agosto de 1997 (BOP de 27 de agosto. I.L. 1997/3791), art. 6, c).

⁷⁰⁵ CC de Pontevedra, 27 de junio de 1996 (DOG de 5 de septiembre. I.L. 1996/4090), art. 23.2°; CC de Madrid, 5 de julio de 1996 (BOCM de 17 de agosto. I.L. 1996/3705), art. 24.2; CC de Guadalajara, 15 de mayo de 1997 (BOP de 6 de junio. I.L. 1997/2547), art. 15.2; CC de Cuenca, 29 de abril de 1997 (BOP de 7 de julio. I.L. 1997/2953), art. 12.2°

⁷⁰⁶ CC de Soria, 6 de agosto de 1996 (BOP de 19 de agosto. I.L. 1996/3701), art. 6, d) y CC de Cáceres, 23 de diciembre de 1996 (DOE de 9 de enero de 1997. I.L. 1997/85), art. 14, G).

⁷⁰⁷ CC de Toledo, 29 de febrero de 1996 (BOP de 18 de marzo. I.L. 1996/1213), art. 4.4.

por la nueva empresa.

En el caso de que la empresa saliente no traspase esa documentación se ha considerado, de forma minoritaria, que se impedirá el derecho a la subrogación, considerándose que todos esos documentos son imprescindibles para que opere la subrogación⁷⁰⁸, pero tal como se ha señalado antes, tal consecuencia ha sido enervada por los tribunales, puesto que dispone una consecuencia muy estricta que perjudica al trabajador ante una no-actuación del empresario.

2ª) La segunda obligación formal que recogen los convenios consiste en exigir toda una serie de comunicaciones y notificaciones entre los diferentes sujetos que participan en el traspaso con el fin de darle a esa situación la suficiente publicidad. Someramente se han de realizar entre los siguientes sujetos:

a) La empresa entrante debe comunicar a la saliente su condición de nueva adjudicataria de la contrata. Los medios generalmente admitidos son el telegrama, la carta notarial o documento escrito con

⁷⁰⁸ CC de Valencia, 23 de enero de 1995 (BOP de 8 de marzo. I.L. 1996/2920), art. 31, 6º; CC de Cantabria, 22 de mayo de 1997 (BOC de 20 de junio. I.L. 1997/2718), art. 10.5; CC de Teruel, 20 de junio de 1996 (BOP de 3 de julio. I.L. 1996/2920), art. 19.6; CC de Sevilla, 23 de enero de 1997 (BOP de 24 de enero. I.L. 1997/843), art. 12, f).

acuse de recibo y el plazo establecido suele ser de diez días con anterioridad al comienzo de la contrata⁷⁰⁹. Tal comunicación en ocasiones se ha de realizar también a las Asociaciones de Empresarios de Limpiezas de Edificios y Locales existentes en algunas provincias⁷¹⁰. En el caso de que la empresa entrante no comunique su nueva situación "automáticamente y sin más formalidades se subrogará en todo el personal que presta sus servicios en el centro de trabajo"⁷¹¹.

b) La empresa saliente ha de notificar, normalmente mediante telegrama o carta notarial, a la entrante su cese en el servicio en el momento en que le

⁷⁰⁹ Vid, por ejemplo, el CC de Jaén, 16 de junio de 1997 (BOP de 7 de julio. I.L. 1997/2959), art. 25 A), 4; CC de Almería, 24 de julio de 1997 (BOP de 25 de agosto. I.L. 1997/3768), art. 18. 2º; CC de Cáceres de 23 de diciembre de 1996 (DOE de 9 de enero de 1997. I.L. 1997/85), art. 14 F).

⁷¹⁰ Así lo disponen, entre otros, el CC de Albacete, 7 de agosto de 1996 (BOP de 17 de agosto. I.L. 1996/3127), art. 16 E), el CC de Madrid, 5 de julio de 1996 (BOCM de 17 de agosto. I.L. 1996/3705), art. 24.2º o el CC de Murcia, 16 de julio de 1997 (BORM de 19 de agosto. I.L. 1997/3738), art. 37.2.

⁷¹¹ CC de Pontevedra, 27 de junio de 1996 (DOG de 5 de septiembre. I.L. 1996/4090), art. 23.2º; CC de Madrid, 5 de julio de 1996 (BOCM de 17 de agosto. I.L. 1996/3705), art. 24.2; CC de Jaén, 8 de noviembre de 1995 (BOP de 21 de noviembre. I.L. 1995/6759), art. 26, C).

traspase la documentación relacionada anteriormente⁷¹². En caso de falta de comunicación, no se enervará el juego de la subrogación.

c) La empresa saliente ha de comunicar asimismo por escrito a los trabajadores afectados su cese, acreditándoles sus condiciones laborales (horario, jornada y retribución)⁷¹³.

d) Y, por último, la empresa entrante, debe comunicar a los trabajadores su adscripción al centro de trabajo, sobre todo a aquéllos que se encuentren en alguna de las situaciones del art. 45.1 del ET. La forma preferentemente habrá de ser documental⁷¹⁴.

Algunos convenios colectivos han exigido que para garantizar la máxima publicidad, uso y conocimiento de todas estas comunicaciones, sean visadas y registradas en

⁷¹² Vid CC de Toledo, 29 de febrero de 1996 (BOP de 18 de marzo. I.L. 1996/1213), art. 4.3; CC de Soria, 6 de agosto de 1996 (BOP de 19 de agosto. I.L. 1996/3701), art. 6, c).

⁷¹³ Vid el CC de Burgos de 12 de mayo de 1997 (BOC y L de 13 de junio. I.L. 1997/2583), art. 36 c); CC de Toledo, 29 de febrero de 1996 (BOP de 18 de marzo. I.L. 1996/1213), art. 4.3; CC de Soria, 6 de agosto de 1996 (BOP de 19 de agosto. I.L. 1996/3701), art. 6.c)

⁷¹⁴ Vid, entre otros, el CC de Granada, 28 de mayo de 1996 (BOP de 26 de junio. I.L. 1996/2912), art. 31, tercero; CC de Salamanca, 18 de diciembre de 1996 (BOP de 8 de enero de 1997. I.L. 1997/32) art. 21 e).

la Dirección Provincial de Trabajo, lo cual asegura su realización⁷¹⁵.

Una vez producido el cambio de contratista, los trabajadores, en general, seguirán disfrutando de las mismas condiciones laborales que tenían antes, aunque se permite que se produzcan cambios en la jornada cuando sea absolutamente necesario e inevitable y de acuerdo siempre con la legislación al efecto.

No obstante, la subrogación no operará aunque se cumplan los requisitos estudiados anteriormente, en el supuesto de que el contratista realizara la primera limpieza y no se hubiese suscrito un contrato de mantenimiento, lo cual es normal ya que al no existir una continuidad en la prestación de un servicio no se puede producir una adscripción fija de una empresa que desempeña esa labor por primera vez y que al haberla llevado a cabo de forma que no se adecue a las exigencias del cliente, ha de tener la posibilidad de rescindirla sin tener que adquirir ningún compromiso con su personal.

⁷¹⁵ CC de Granada, 28 de mayo de 1996 (BOP de 26 de junio. I.L. 1996/2912), art. 31, cuarto.

4.1.2. Limpieza pública, riegos, recogida de basuras y limpieza y conservación de alcantarillados.

Al igual que ocurría en el caso anterior, la Ordenanza Laboral que regulaba este tipo de limpieza⁷¹⁶ terminó su vigencia el 31 de Diciembre de 1995, pero lo que ocurre en este caso es que por Resolución de 12 de febrero de 1996⁷¹⁷ se ha publicado el Convenio General que la sustituye, con lo que se tiene todo un texto base objeto de estudio. No se puede cotejar la regulación que contenía la Ordenanza con el Convenio General ya que aquélla no comprendía ninguna referencia a los supuestos de cambio de contratista.

La materia relativa a la subrogación de personal viene regulada en los arts. 49 a 53, tiene carácter imperativo para las partes a que vincula (empresa o entidad pública o privada cesante, nueva adjudicataria y trabajador) y se aplicará con independencia de que a las variaciones en las contrataciones resultara de aplicación el art. 44 del ET, lo cual ocurrirá tal como ha señalado la jurisprudencia si la transmisión de la contrata va acompañada de una infraestructura material o económica,

⁷¹⁶ Orden Ministerial de 1 de diciembre de 1972 (BOE de 29 de diciembre).

⁷¹⁷ BOE de 7 de marzo.

supuesto que no es una auténtica contrata.

Las características principales son las siguientes:

1º) Lo primero que llama la atención es la definición del término <contrata>, optando por una interpretación amplia y genérica y englobando en él "cualquier modalidad de contratación, tanto pública como privada, e identifica una concreta actividad que pasa a ser desempeñada por una determinada empresa, sociedad u organismo público" (art. 49.2).

2º) La determinación de los supuestos en los que se aplicará la normativa subrogatoria se inicia con una enumeración de los mismos (finalización, pérdida, rescisión, cesión o rescate), para pasar luego a una forma genérica que, en suma, engloba a toda la serie anterior y a cualquier otro supuesto sobre el que pueda existir duda (cualquier otra figura o modalidad que suponga la sustitución entre entidades), con lo que se está reiterando en cierta manera. Por tanto, la subrogación opera por finalización de la contrata tanto convencional como forzosa o independiente de la voluntad, siendo lo importante que se produzca un cambio de sujeto que desempeña el servicio.

3º) De modo paralelo a los CC del sector de la limpieza, se establecen determinados requisitos para que

la aplicación de la normativa subrogatoria:

3.1. Respecto de los trabajadores se exige que tengan una antigüedad mínima de cuatro meses, siendo indiferente la modalidad de su contrato de trabajo. Se incluye a los trabajadores interinos, a los de nuevo ingreso en los últimos cuatro meses, a los que tengan derecho a reserva de puesto de trabajo, así como, lo que es nuevo, a aquéllos "trabajadores que sustituyan a otros que se jubilen, habiendo cumplido sesenta y cuatro años dentro de los cuatro últimos meses anteriores a la finalización efectiva de la contrata y tengan una antigüedad mínima en la misma de los cuatro meses anteriores a la jubilación, siempre que ésta esté pactada en Convenio colectivo estatutario de ámbito inferior" (art. 49 A) 5). Esto supone que el criterio determinante para que la adscripción de personal se aplique es que el trabajador esté prestando sus servicios con carácter preferente o exclusivo en la contrata, siendo irrelevante cuál sea su vinculación laboral con la anterior contratista, ya sea temporal o fija, pues al no hacer distinción el convenio, todos los que presten los servicios pasarán a estar bajo las órdenes de la nueva contratista.

3.2. Asimismo se dispone la obligación por parte de la empresa saliente de acreditar fehaciente y

documentalmente todos los supuestos anteriores, teniendo un plazo de diez días a contar desde que una de las empresas le haya comunicado a la otra el cambio de adjudicación del servicio.

4°) Otro aspecto que se precisa es el relativo al derecho a las vacaciones por parte del trabajador que aún no las haya disfrutado, correspondiendo su abono a ambos empresarios en la parte que les corresponda, cuando como consecuencia de la subrogación el trabajador esté bajo las órdenes de dos empresarios, es decir, se encuentre en situación de pluriempleo.

5°) Por último, los arts. 50 y 51 regulan los supuestos de división y agrupación de contratas, precisando que en ambos casos los trabajadores no sufrirán variación en sus puestos y condiciones de trabajo, pasando a desempeñar su labor en la nueva empresa fragmentada o unida, siempre que tengan la antigüedad de cuatro meses, no teniendo en cuenta tampoco en este caso el tipo de contrato que liga al trabajador con el anterior empresario, sino que preste sus servicios en la contrata objeto de agrupación o separación.

En materia de limpieza pública apenas se han promulgado convenios de ámbito provincial, pudiendo citar

tan sólo el de la provincia de Murcia⁷¹⁸, que regula el tema en su art. 32, dedicando al asunto sólo dos párrafos muy breves, que no exigen ningún tipo de requisito para que entre en juego la subrogación⁷¹⁹.

4.2. Sector de contratas ferroviarias.

Tal y como ocurría en el sector anterior, la Reglamentación de Empresas de contratas ferroviarias de 31 de julio de 1972⁷²⁰ concluyó su vigencia el 31 de diciembre de 1995. En todo caso sólo dedicaba dos artículos a la cuestión, que eran, por un lado, el art. 25 que disponía que en caso de sustitución de contratista, la subrogación se regiría por lo dispuesto en el art. 79 de la LCT, lo cual a la vista de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales, supone una

⁷¹⁸ Resolución de 11 de julio de 1995 (BORM de 16 de agosto. I.L. 1995/5016).

⁷¹⁹ Literalmente dispone que en el caso de nuevas contratas "la empresa adjudicataria o en su caso el Ayuntamiento, se hará cargo de todo el personal que, en su día, estuviera trabajando dentro de la contrata anterior, respetando la antigüedad, categoría y salarios, sea cual fuere la clase de contrato.

A estos efectos, las empresas se obligan a entregar a los respectivos Ayuntamientos relación que incluyan las condiciones de la plantilla laboral, salarios, antigüedad, etc. A esta relación prestarán conformidad los representantes sindicales".

⁷²⁰ BOE de 15 de agosto.

contradicción, ya que el cambio de contratista no entra dentro del ámbito objetivo de la normativa legal subrogatoria; y, por otro lado, el art. 26 que señalaba que "si al cesar el contratista continuara el trabajo por el propio personal ajeno a la entidad ferroviaria en las mismas condiciones que se venía prestando y no se adjudicara a nuevo contratista en un plazo de tres meses, el personal de la contrata pasará a depender directamente de la empresa ferroviaria contratante".

En la actualidad se ha adoptado para 1997-1998 un Convenio Colectivo Interprovincial de Contratas Ferroviarias⁷²¹, lo cual ha de ser valorado muy positivamente. Este convenio dedica a la materia de adscripción de personal el art. 6, que regula la forma y requisitos en que se ha de llevar a cabo la transmisión de personal, de una forma más completa que la de su texto precedente.

Lo primero que hay que señalar es que, a diferencia de la Ordenanza, no recoge el supuesto que la empresa principal se haga cargo del servicio de la contratista, lo cual tiene lógica puesto que el CC sólo vincula a las empresas principales de este sector y no a todas en

⁷²¹ Resolución de 31 de julio de 1995 (BOE de 29 de agosto).

general como había pretendido el sector de limpieza de edificios y locales.

Si en un principio el ámbito del convenio podría parecer muy amplio, de su examen minucioso se deriva lo contrario, pues la definición dispone que han de ser <servicios contratados propios de las actividades ferroviarias>. Lo primero que hay que criticar es la utilización del concepto <propio>, que vuelve a aparecer en la normativa relativa a contratas y subcontratas y que es un elemento con un marcado carácter indeterminado, y cuya significación ha de buscarse en la casuística de los pronunciamientos judiciales, ya que no existe definición de la misma.

Así se ha considerado que la actividad de restauración de una línea ferroviaria⁷²² y la que consiste en la expedición de billetes⁷²³ no son propia actividad ferroviaria, mientras que sí lo son la transmisión del despacho central de RENFE, que es considerado como suprimir una estación de RENFE, donde el

⁷²² STSJ de Castilla y León (Burgos) de 3 de julio de 1996 (Ar. 2555). Ponente: Sra. Dª Mª Teresa Monasterio Pérez; STSJ de la Comunidad Valenciana de 25 de abril de 1996 (Ar. 1303). Ponente: Sra. Dª Concepción Rosario Ureste García, respecto del servicio de bar en una estación.

⁷²³ STSJ de Galicia de 11 de octubre de 1994 (Ar. 3905). Ponente: Sr. D. Juan Luis Martínez López.

concesionario entregará y facturará las mercancías⁷²⁴, o el cambio de titularidad de la contrata que se encarga del avituallamiento de los trenes⁷²⁵.

Sus líneas principales son las siguientes:

1ª) Lo primero que hay que resaltar es que la redacción del artículo en su párrafo primero es confusa, lo que conlleva que su interpretación haya sido compleja. En él parece distinguirse dos situaciones:

1.1. Si la contratista que desempeña el servicio presta su labor en diversos centros de trabajo, el nuevo adjudicatario sólo deberá hacerse cargo del personal que estuviera adscrito de forma exclusiva o predominante en el lugar objeto de transmisión, lo cual es lógico.

1.2. Mientras que si la contratista que ve rescindida su contrata no desempeña su trabajo en ningún centro de trabajo más, el nuevo adjudicatario deberá hacerse cargo de todos los que estén adscritos a ella, lo

⁷²⁴ STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 29 de junio de 1993 (Ar. 2817). Ponente: Sr. D. Lope del Barrio Gutiérrez, donde si bien no se planteaba la consideración de dicha actividad como propia del servicio ferroviario, sino sobre la legitimidad de unas cláusulas de descuelgue, esto se sobreentiende al aplicarles el convenio.

cual está en mi opinión incluido en el punto anterior ya que lo único que se señala es que sólo se ha de hacer cargo de los trabajadores que presten servicios en la contrata.

2ª) En el caso de que la nueva contratista se tenga que hacer cargo de todo o parte del personal de la anterior, sólo lo hará respecto del que <perteneciese> al centro de trabajo afectado, incluyendo a aquellos trabajadores que tuvieran el contrato suspendido por causa legal, así como a los que se encuentren en situación de interinidad.

En dicho supuesto se incluirá también a aquellos trabajadores que hayan sido contratados, trasladados o desplazados al centro de trabajo afectado cuatro meses antes de la fecha prevista para la terminación de la concesión. Esto podría suponer que se exige implícitamente a los trabajadores, para que queden afectados por el traspaso, al menos, en un principio, una antigüedad mínima de cuatro meses en el centro, pero en la medida en que no se exige de forma expresa considero que no se puede reclamar.

3ª) La empresa entrante deberá comunicar

fehacientemente a la saliente su condición de nueva adjudicataria de la contrata. En el plazo de tres días a contar de esta comunicación la última deberá entregar a la primera toda una serie de documentación que, en última instancia, acreditará su situación al corriente en el pago a la Seguridad Social y la situación laboral correcta de los trabajadores que van a ser objeto de subrogación. Tal documentación habrá sido previamente puesta a disposición de los sindicatos.

4ª) Toda condición de trabajo, diferente de las dispuestas en el convenio colectivo, que haya sido reconocida por la empresa saliente, deberá ser acreditada por la Comisión Paritaria del convenio en un acta, ya que, en caso contrario, no vinculara al nuevo empresario.

5ª) Se reconoce a la representación legal de trabajadores su condición en la nueva empresa, la cual será conservada hasta que finalice su mandato o concurran algunas de las causas de su cese o revocación.

6ª) Por último, ambas empresas deberán firmar una liquidación en la que se haga constar su responsabilidad en las partidas que le correspondan y en la proporción adecuada, la cual deberá ser entregada a los sindicatos más representativos del centro afectado. Este último aspecto debería ser obligatorio en todas las transmisiones que se realizaran, puesto que se evitarían

problemas posteriores que se suelen plantear cuando los trabajadores demanda derechos pendientes y ambos empresarios no los reconocen.

Si bien, no se trata de una regulación tan completa como la del sector de limpieza, es importante ya que se ha avanzado respecto de la que existía anteriormente.

4.3. Sector de vigilancia y seguridad.

El sector de la vigilancia y seguridad se ha regulado siempre a nivel convencional, no habiendo existido una Ordenanza laboral que lo haya reglamentado durante un cierto período de tiempo. Hay que recordar que se trata de regulaciones que pueden establecer el régimen que estimen conveniente en la medida en que a estos supuestos no les es aplicable, con carácter general, el art. 44 del ET⁷²⁶.

El Convenio Colectivo para los años 1994-1996 fue

⁷²⁶ Así lo señala la STS (UD) de 22 de abril de 1997 (Ar. 3581). Ponente: Sr. D. Luis Gil Suárez. Esto supone que la resolución del TSJ de la Comunidad Valencia de 27 de septiembre de 1995 (Ar. 3439), Ponente: Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero, que estimo ilegal la exigencia de la antigüedad de siete meses por su no acomodación al art. 44 del ET, ha de ser rechazada porque parte de la premisa que el supuesto es incardinable en el art. 44 y que, por tanto, el convenio colectivo no puede exigir algo que no lo demanda la ley.

publicado por Resolución de 19 de abril de 1994⁷²⁷, y la materia relativa a la subrogación dada las circunstancias en que se desempeña esta labor ha sido en la mayoría de las ocasiones objeto de regulación. Se trata de un convenio de carácter extraestatutario ya que no cumple los presupuestos exigidos en el Título III del ET y carece, por tanto, de eficacia *erga omnes*, "con lo que su ámbito de aplicación se limita a las empresas afiliadas a la Asociación empresarial que lo aprobó"⁷²⁸ (FADES, ACAES y FES).

La jurisprudencia ha declarado expresamente que su regulación se aplica también a los cambios de contratista por la vía de la concesión administrativa⁷²⁹.

Recogida en el art. 14, sus líneas fundamentales son las siguientes:

1ª) Lo primero que hay que señalar es que la empresa saliente tiene reconocida la facultad de "quedarse con todos, o parte, de los trabajadores afectados por la subrogación" (art. 14 C) 4). Se trata de

⁷²⁷ BOE de 4 de mayo.

⁷²⁸ STS (UD) de 9 de febrero de 1995 (Ar. 789). Ponente: Juan Antonio Linares Lorente; STS (UD) de 14 de diciembre de 1994 (Ar. 10093). Ponente: Sr. D. Antonio Martín Valverde.

un reconocimiento que hasta ahora no se había encontrado, pese a que, a mi juicio, se debía haber hecho ya que, en última instancia, ellos son sus trabajadores y esta posibilidad le va a beneficiar a él y a la empresa entrante que se verá liberada de hacerse cargo de los trabajadores que decida quedarse la empresa que prestaba el servicio.

2ª) A la hora de regular la subrogación, su funcionamiento será distinto según la actividad que se desempeñe:

2.1. Si se prestan servicios de vigilancia, la nueva empresa se tendrá que hacer cargo de los trabajadores adscritos al contrato de servicios y lugar de trabajo que desempeñaba la anterior contratista, cualquiera que sea la modalidad de contrato de trabajo y la categoría, siempre que tengan una antigüedad de siete meses (incluyendo en ese período las ausencias regladas), a menos que la antigüedad de la empresa y del servicio sea menor. Con la exigencia de esta antigüedad lo que se trata es de que la vinculación con el centro objeto de transmisión sea real y exclusiva o preferente, con el fin

de evitar "adscripciones ficticias"⁷³⁰.

Lo determinante es que el arrendamiento de servicios objeto de pérdida y adjudicación para la sucesora mantenga su identidad objetiva, con lo que cuando el objeto del contrato se modifique substancialmente en sus condiciones de trabajo no se aplicará el art. 14 del convenio. El problema se ha planteado con la consideración de si el paso de ejercer funciones de vigilante jurado a guarda de seguridad, son diferentes.

Los pronunciamientos judiciales han sido contradictorios pues mientras unos consideran que tal cambio no es relevante, puesto que lo que ha de primar es la estabilidad en el empleo y no en el puesto de trabajo, añadiendo a esto que el convenio estima que la subrogación ha de operar con independencia de la categoría de los trabajadores y en este caso lo que hay es un cambio de categorías irrelevante⁷³¹, sin embargo,

⁷³⁰ Así lo señala la STSJ de 6 de febrero de 1996 (Ar. 356). Ponente: Sr. D. José Méndez Holgado, que considera que el actor no tiene esa antigüedad porque durante ese tiempo compartió la adscripción con otros centros distintos, sin que tal alternancia pueda reputarse marginal o esporádica, al afectar a 42 jornadas de un total de 93 de trabajo efectivo.

⁷³¹ Así se pronuncian la STSJ de Cantabria de 22 de mayo de 1997 (Ar. 1552). Ponente: Sra. D^a Mercedes Sancha Sáiz; la STSJ del País Vasco de 14 de marzo de 1995 (Ar. 1218). Ponente:

otros entienden que a ambas categorías corresponden funciones cuyas diferencias son trascendentes, puesto que los vigilantes jurados son agentes de la autoridad que pueden efectuar controles de identidad en el acceso o en el interior de los inmuebles contratados, poner a disposición de los miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los delincuentes en relación con el objeto de su protección así como los instrumentos y pruebas del delito, mientras que el guarda de seguridad desempeña, uniformado o no, las tareas de vigilancia en general, excepto aquellas que corresponden al vigilante de seguridad. Con lo que si el art. 14 señala explícitamente los trabajadores adscritos a <dicho contrato>, pero como el objeto de éste se ha modificado y no es identificable con el anterior, no se puede aplicar la normativa subrogatoria⁷³².

En mi opinión ha de prevalecer la primera

Sr. D. Isidoro Álvarez Sacristán y la STSJ de Navarra de 10 de noviembre de 1995 (Ar. 4084). Ponente: Sr. D. Víctor Cubero Romeo; STSJ de Asturias de 23 de noviembre de 1993 (Ar. 4713). Ponente: Sra. Dª Mª del Carmen Prieto Fernández.

⁷³² STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 28 de diciembre de 1995 (Ar. 4730). Ponente: Sr. D. José Manuel Celada Alonso; STSJ del País Vasco de 6 de octubre de 1994 (Ar. 4060). Ponente: Sr. D. Enrique de No Alonso Misol; STSJ de Asturias de 31 de marzo de 1993 (Ar. 163). Ponente: Sra. Dª Mª Eladia Felgueroso Fernández; STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de diciembre de 1993 (Ar. 5338). Ponente: Sr. D. José Méndez Holgado.

interpretación puesto que no hay una diferencia sustancial en el objeto del contrato de arrendamiento de servicios, pudiendo ser desempeñada por los mismos trabajadores tras una breve etapa de formación o incluso sin ella.

2.2. Si lo que se presta son servicios de transporte de fondos, para que opere la subrogación se ha de seguir previamente un procedimiento aritmético complejo. Aquí la subrogación la regula respecto de tripulaciones completas, no de trabajadores individuales. En un principio, la empresa cesante, de acuerdo con la representación de los trabajadores, determinará el número de servicios prestados o paradas que se hubieran realizado en los siete últimos meses, ya que de tal cifra dependerá los trabajadores que finalmente se verán afectados:

a) Si la población es de más de doscientos mil habitantes, se dividirá el número de servicios prestados entre siete, y la media resultante entre seis.

b) Si la población es de menos de doscientos mil habitantes, se dividirá el número de servicios prestados entre siete, y la media resultante entre cuatro.

La cantidad resultante en los dos supuestos anteriores, que es la jornada mensual a subrogar, se dividirá entre 164,45 horas, y el resultado de esto será el número de trabajadores a subrogar, multiplicado por la dotación del vehículo blindado. El cociente se incrementará en un entero cuando contenga decimal igual o superior a cinco décimas⁷³³.

3ª) En cuanto a los requisitos formales, la empresa cesante debe liquidar todos los conceptos pendientes con sus trabajadores, así como notificarles la resolución de su contrato y la nueva adjudicación. Asimismo, debe poner a disposición de la empresa entrante las fotocopias de los documentos que acreditan su situación al corriente en la Seguridad Social, de los contratos, títulos y licencias de armas de los trabajadores objeto de traspaso, una certificación en la que deberá constar todos los datos personales de los trabajadores afectados objeto de la transmisión, así como cualquier otro documento que requiera la adjudicataria entrante, siempre que sea necesario o preceptivo.

⁷³³ En el supuesto de que la cifra resultante fuese a inferior a 0,5% y, consiguientemente, no procediese efectuar ninguna subrogación de personal, si la nueva empresa adjudicataria obtuviese durante los doce meses siguientes, la adjudicación de servicios que tuviese la misma empresa cesante, esta cifra anterior será, en todo caso, sumada a la nueva cifra resultante a los efectos de subrogación del personal.

4ª) La empresa adjudicataria deberá respetar las condiciones de los trabajadores siempre que se hayan establecido de forma lícita. Si el servicio que adquiere lo suspende temporalmente durante un período inferior a seis meses, deberá hacerse cargo de los trabajadores, siempre que éstos o la empresa cesante probasen, dentro de los treinta días siguientes a la terminación del plazo citado, que el servicio se hubiese reiniciado por ésta o por otra empresa.

5ª) Finalmente, se reconoce a los representantes de los trabajadores la opción entre permanecer en su empresa o subrogarse en la nueva, excepto en tres supuestos:

a) Si han sido contratados para obra o servicio determinado para el centro afectado por la subrogación.

b) Que hayan sido elegidos específicamente para representar a los trabajadores del centro de trabajo objeto de subrogación, siempre que afecte a toda la plantilla del centro.

c) Que la subrogación afecte a la

totalidad del personal operativo⁷³⁴.

4.4. Sector de la organización del juego del bingo.

Este sector, al igual que el anterior, también tiene un Convenio Colectivo Estatal para los años 1995-1996 que lo regula⁷³⁵. La Ordenanza que regía la materia con anterioridad⁷³⁶ no contenía ninguna referencia respecto a la adscripción de personal.

La subrogación de servicios se encuentra recogida en el art. 20 y los supuestos de hecho que recoge se pueden resumir en tres⁷³⁷:

1. El de la empresa titular de la licencia que venía explotando directamente el servicio del bingo y que decide contratarlo a otra empresa (párrafo 6°).

2. El de la empresa de servicios que cede a

⁷³⁴ Tal grupo comprende las siguientes categorías: A) a) Vigilante Jurado-Conductor; Vigilante Jurado de Transporte; c) Vigilante Jurado de Seguridad y d) Guarda Jurado de Explosivos; B) No juramentado: a) Contador-Pagador; b) Guarda de Seguridad y c) Operador de Central Receptora de Alarmas.

⁷³⁵ Resolución de 10 de noviembre de 1995 (BOE de 20 de diciembre).

⁷³⁶ Orden de 9 de enero de 1979 (BOE de 24 de enero).

⁷³⁷ Por esta clasificación ha optado BLAT GIMENO, F.: *Análisis jurídico-laboral de la descentralización productiva...* op. cit. Pág. 268.

otra la explotación de la sala que ella ya explota (párrafo 7°).

3. Por último, el de la empresa que pierde la adjudicación de un centro de trabajo, por resolución del contrato de arrendamiento, continuándose la ejecución del servicio bien por la entidad titular de la licencia o bien por una nueva adjudicataria (párrafo 1°).

La subrogación sólo operará con los trabajadores cuyo contrato sea de duración determinada y por el resto de tiempo que dure su contrato, con lo que los fijos seguirán en todo caso unidos con la empresa que les atribuyó ese carácter con independencia de su vinculación al centro de trabajo. Estos trabajadores tendrán derecho a que se les mantengan todos los derechos laborales que disfrutaban con anterioridad, incluida la antigüedad.

En los tres supuestos la obligación de asumir el personal de la anterior empresa que ejecutaba el servicio está supeditada a que la primera no pueda asignar al personal afectado a otro puesto de la misma categoría en su plantilla. Se trata de la primera vez que se condiciona la subrogación a esta circunstancia, lo que si bien ha de ser valorado muy positivamente, no está exento de problemas en cuanto a su prueba.

El art. 18 del convenio regula la resolución de los

contratos de trabajo, señalado en su último párrafo que "en el supuesto de que los concesionarios de los permisos, autorizaciones o licencias gubernativas rescindieran los contratos suscritos con la empresa de servicios, pero siguieran desarrollando directamente la actividad del juego, el personal de la empresa de servicios cesante pasaría automáticamente a depender del titular de la licencia, con reconocimiento de todos los derechos adquiridos y en las mismas condiciones en que fueron contratados". De nuevo se encuentra una previsión que pretende obligar a una empresa principal que no pertenecerá al sector del convenio colectivo, con lo que se está extralimitando de su ámbito.

Al igual que en los sectores analizados anteriormente, se deben observar una serie de requisitos formales con el fin de darle al efecto subrogatorio la máxima transparencia posible. Las obligaciones se centran en los siguientes sujetos:

1º) La empresa cesante en el servicio debe preavisar documentalmente al personal afectado la resolución del contrato de arrendamiento.

2º) También deberá notificar la subrogación a la nueva empresa con anterioridad a hacerse cargo de la explotación de la sala, acompañando certificación, con informe de los representantes de los

trabajadores, en la que deberá constar los datos personales y profesionales de los trabajadores afectados por la subrogación.

4.5. Sector de hostelería.

Si bien existe un CC estatal para las empresas de hostelería⁷³⁸, no recoge ningún aspecto relativo al cambio de adjudicatario de estos servicios⁷³⁹.

No obstante, unos pocos convenios colectivos de ámbito interprovincial y provincial sí que regulan este tema, aunque de forma diversa entre ellos, con lo que su análisis ha de realizarse de forma individualizada.

⁷³⁸ Resolución de 24 de junio de 1996 (BOE de 2 de agosto).

⁷³⁹ Según el art. 4 del convenio comprende este sector "todas las empresas que (...) realicen en instalaciones fijas o móviles, y tanto de manera permanente como ocasional, actividades de alojamiento en hoteles, hostales, residencias, incluidas las geriátricas, apartamentos que presten algún servicio hostelero, balnearios, albergues, pensiones, moteles, alojamientos rurales, cámpings y todos aquellos establecimientos que presten servicios de hospedaje en general; asimismo, se incluyen las empresas que presten servicios de productos listos para su consumo, tales como restaurantes, establecimientos de catering, colectividades, comida rápida, pizzerías, hamburgueserías, creperías, etc. y cafés, bares, cafeterías, cervecerías, heladerías, chocolaterías, degustaciones, salones de té y similares, así como los servicios de comidas y/o bebidas en casinos, bingos, (...) billares y salones recreativos", siendo de señalar que esta lista no es exhaustiva.

El primero que debe ser objeto de estudio es el CC de ámbito interprovincial para las industrias de hostelería de Cataluña⁷⁴⁰. La regulación se encuentra en el punto 4 dentro del apartado relativo a las Colectividades y se aplica tanto en el caso de que se produzca un cambio de titular como de que se asuma el servicio por la parte titular del servicio o de la concesión.

Los trabajadores que serán objeto de la subrogación no serán todos sino sólo los que hayan cubierto de forma efectiva los puestos de trabajo durante los últimos cuatro meses, entendiéndose efectivamente cubiertos, aquellos trabajadores que hayan desempeñado su labor en esos puestos en un 85% de los días de servicio, pudiéndose haber realizado esa cobertura con interinos u otros trabajadores de la empresa cesante.

En el caso de que se haya utilizado interinos, estos serán traspasados a la nueva contrata, hasta que el trabajador al que sustituye se reincorpore, en cuyo caso el interino será dado de baja definitivamente.

Si, por contra, el puesto ha sido desempeñado por

⁷⁴⁰ Resolución de 12 de diciembre de 1995 (DOGC de 10 de enero de 1996. I.L. 1996/22). Su vigencia es hasta el 30 de abril de 1998 (art. 5).

personal de la empresa interino y entre sustituido y sustituto han cubierto al menos el porcentaje exigible, se subrogará el titular del puesto, es decir, aquel que no habiendo sido trasladado a otro puesto en forma definitiva, lo haya desempeñado durante mayor tiempo desde que la empresa saliente se hizo cargo de la concesión.

No obstante, no será subrogable el personal con parentesco de hasta segundo grado de consanguinidad y afinidad con el empresario saliente o que ostente algún cargo ejecutivo de la misma.

Las obligaciones formales que se tienen que cumplir son las siguientes:

1*) La empresa cesante deberá librar, en un plazo de siete días desde que tuviera conocimiento de la finalización de su servicio, una serie de documentación que recoja, en suma, los datos personales y profesionales de los trabajadores y sus condiciones de trabajo, así como fotocopias del libro de matrícula del centro, de las hojas de salario y los recibos de liquidación de las partes proporcionales.

2*) También deberá librar a cada uno de los trabajadores una liquidación individual por subrogación así como liquidar las vacaciones que estén pendientes.

3ª) La empresa cesante deberá pagar a los trabajadores todos los conceptos pendientes así como los descubiertos en la Seguridad Social, cuyo impago no enervará el mecanismo subrogatorio

Por último, en el caso de que el cliente decida no continuar la actividad o la contrate a un servicio de catering o comida transportada que no precisa personal en el centro, en ambos casos no tendrán que hacerse cargo del personal.

De entre los convenios provinciales merece atención la fórmula escogida por tres de ellos, los de Palencia⁷⁴¹, Valladolid⁷⁴² y Madrid⁷⁴³. Partiendo de un principio general de que se acepta la subrogación en los casos de asunción o cambio de titularidad de las concesiones o contrataciones, se disponen tres tipos de subrogaciones:

1ª) Subrogación total, compatible a mi juicio con las dos siguientes, que se producirá cuando se trate

⁷⁴¹ Resolución de 29 de noviembre de 1996 (BOP de 26 de diciembre. I.L. 1996/5728). Apartado específico relativo a las subrogaciones a continuación de las Disposiciones Finales.

⁷⁴² Resolución de 17 de noviembre de 1995 (BOP de 15 de diciembre. I.L. 1995/7041). Anexo I, 4. Acuerdo Extraestatutario.

de la única explotación que tenía el concesionario saliente.

2ª) Subrogación discrecional, que dispone la facultad de no absorber ni subrogarse en los contratos de los trabajadores de la empresa saliente cuando tuvieran una antigüedad menor de tres meses en el centro objeto de cambio de contratista o concesionario.

3ª) Subrogación obligatoria, que establece la obligación de la empresa entrante de hacerse cargo del personal cuya categoría profesional corresponda con los niveles del convenio provincial. Una interpretación sistemática con la anterior hace suponer que esta subrogación opera respecto de los trabajadores que tengan una antigüedad superior a tres meses. No obstante, también operará esta subrogación cuando pese a que los trabajadores no tengan esa antigüedad, la empresa saliente demuestre que la contrata se había iniciado en menos de seis meses de su finalización.

Se deberá cumplir en todos los supuestos las obligaciones de traspaso de documentación y comunicación que se han ido analizando hasta ahora.

⁷⁴³ Resolución de 30 de abril de 1997 (BOCM de 3 de junio. I.L. 1997/2367), apartado cuarto.

Por último, quiero señalar aunque sea brevemente que también ha habido otros modelos diferentes de regulación, como el que del CC de Salamanca⁷⁴⁴, que se aplica sólo a las contratas oficiales y cuya estructura es equivalente a la de los convenios del sector de limpieza, exigiendo una antigüedad a los trabajadores de quince días.

4.6. Sector de jardinería.

El sector de jardinería en los últimos años ha adquirido gran relevancia en lo que se refiere a la materia subrogatoria, con lo que merece atención al igual que el resto de sectores.

Aparece regulado en un convenio colectivo de ámbito estatal⁷⁴⁵ y es de aplicación "a todas las empresas que se dediquen a la realización, diseño, conservación y/o mantenimiento de jardinería en todas sus modalidades, ya sean públicas o privadas [así como a todas] las empresas que con independencia de las distintas actividades que pudieran desarrollar, realicen trabajos propios de diseño, construcción, conservación y/o mantenimiento de jardinería en todas sus modalidades".

⁷⁴⁴ Resolución de 5 de mayo de 1997 (BOP de 9 de junio. I.L. 1997/2562).

La normativa subrogatoria o, más propiamente como dispone el convenio, la cláusula de subrogación se encuentra en el art. 35 del convenio.

Previamente a la regulación del cambio de adjudicatario define el término contrata de forma muy amplia, de manera que "engloba con carácter genérico cualquier modalidad de contratación, tanto pública como privada, excepto cuando el usuario final sea un particular y destinado a su uso privativo y residencial, e identifica una concreta actividad que pasa a ser desempeñada por una determinada empresa, sociedad u organismo público".

La reglas que rigen la subrogación son las siguientes:

1ª) Si bien en un principio parece que opta por una enumeración de los supuestos a los que se aplicará (finalización, pérdida, rescisión, cesión o rescate de una contrata), tal conclusión decae ya que a continuación dispone "cualquier otra figura o modalidad que suponga la sustitución entre entidades, personas físicas o jurídicas", con lo que cualquier cambio de contratista se someterá a esta normativa, con independencia de la causa

⁷⁴⁵ Resolución de 7 de diciembre de 1995 (BOE de 21 de diciembre).

de su finalización.

2°) En cuanto a los trabajadores que se verán beneficiados por estas reglas, serán los que tengan una antigüedad mínima de los cuatro meses anteriores a la finalización de la contrata, incluyéndose a los que se encuentren con el contrato en suspenso, siempre que tengan ese período, los que estén sujetos por contratos de interinidad, así como los de nuevo ingreso que se hayan incorporado a la contrata por exigencias del cliente en los últimos cuatro meses. Es independiente la modalidad de contratación que les unía con el anterior contratista.

3°) Todos los aspectos señalados en la regla anterior deberán ser acreditados "fehaciente y documentalmente" por la empresa saliente en un plazo de diez días hábiles, contados desde el momento que una de las dos empresas le comunique a la otra el cambio de adjudicación en el servicio.

4°) La empresa saliente deberá facilitar a la entrante una serie de documentos que reflejen su situación al corriente en la Seguridad Social, así como una relación del personal afectado que incluya todos sus datos personales, contratos y condiciones de trabajo.

5°) Ambas empresas entregarán cada seis meses a

los representantes legales de los trabajadores, relación de las personas que componen los distintos servicios, zonas o departamentos de la empresa, indicando la antigüedad, tipo de contrato y su fecha de vencimiento, y la categoría correspondiente.

6*) Por último, en el caso de división o agrupación de contratas, sólo serán objeto de nueva adscripción los trabajadores que hayan prestado sus servicios en las zonas objeto de traspaso, siempre que tengan la antigüedad de cuatro meses ya citada anteriormente.

4.7. Sector de ayuda en domicilio.

El último sector que será objeto de análisis respecto de los cambios de contratistas es el relativo a la ayuda en domicilio. Su ámbito funcional consiste normalmente en la prestación de servicios a domicilio a pensionistas, jubilados, impedidos físicos o psíquicos, los cuales se desempeñan como consecuencia de conciertos y concesiones con el INSERSO, Ayuntamientos, Diputaciones o cualquier institución de carácter público.

No existe un convenio nacional del sector que regule la cuestión, con lo que la atención se centrará en los distintos convenios colectivos provinciales e interprovinciales que se han publicado, siendo sus

características principales las siguientes:

1ª. Lo primero que llama la atención al estudiar este sector es que el contratista adquirente ha de hacerse cargo de los trabajadores de la anterior con independencia de que tenga que contratar o no nuevo personal, es decir, que su condición de nuevo titular de la contrata conlleva que tenga que asumir a todo el personal de la anterior contratista, no sometiendo dicha obligación a que tenga que realizar nuevas contrataciones⁷⁴⁶.

2ª. En cuanto a los trabajadores y los requisitos que deben cumplir para que opere la subrogación se ha seguido, en algunos casos, por exigirles una antigüedad de tres⁷⁴⁷ o seis meses⁷⁴⁸, mientras que en otros se ha optado por determinar que la

⁷⁴⁶ Vid CC de Segovia, 17 de octubre de 1996 (BOP de 6 de noviembre. I.L. 1996/5015), art. 25; CC de Madrid, 26 de febrero de 1996 (BOCM de 26 de marzo. I.L. 1996/1344), art. 21.1; CC de Ciudad Real, 29 de abril de 1997 (BOP de 12 de mayo. I.L. 1997/2026), que se extiende al convenio de la provincia anterior; CCI de Aragón, 24 de febrero de 1997 (BOA de 7 de marzo. I.L. 1997/957), art. 33; CC de Vizcaya, 9 de enero de 1997 (BOP de 23 de enero. I.L. 1997/356), art. 13. Primero; CC de Burgos, 14 de noviembre de 1996 (BOP de 3 de enero. I.L. 1997/16), art. 26.

⁷⁴⁷ CC de Madrid, 26 de febrero de 1996 (BOCM de 26 de marzo. I.L. 1996/1344), art. 21.1.a).

⁷⁴⁸ CC de Vizcaya, 9 de enero de 1997 (BOP de 23 de enero. I.L. 1997/356), art. 13. a).

subrogación opera respecto de todos ellos con independencia de ella⁷⁴⁹. En ese colectivo de trabajadores se incluyen los que se encuentren en situación de incapacidad o excedencia, en servicio militar o situación análoga, interinos o de nuevo ingreso, siempre que en caso de exigirse antigüedad la reúnan.

3ª. Todos los aspectos relativos a la relación laboral del trabajador deberán ser acreditados fehacientemente por la empresa saliente en un plazo que normalmente es de tres días hábiles a contar desde que la empresa adquirente le haya comunicado su nueva condición⁷⁵⁰.

4ª. Por último, se han fijado algunas cautelas para el caso de que la empresa adjudicataria suspenda el servicio que ha asumido, siendo indiferente esa suspensión si su duración no ha sido superior a cuatro

⁷⁴⁹ Es el caso, por ejemplo, del CC de Burgos, 14 de noviembre de 1996 (BOP de 3 de enero. I.L. 1997/16), art. 26; o del CCI de Aragón, 24 de febrero de 1997 (BOA de 7 de marzo. I.L. 1997/957), art. 33, en el que se pacta que "el 100 por ciento de los trabajadores de la empresa saliente (...) serán subrogados por la empresa entrante de dicha gestión".

⁷⁵⁰ CC de Madrid, 26 de febrero de 1996 (BOCM de 26 de marzo. I.L. 1996/1344), art. 21.2; CC de Vizcaya, 9 de enero de 1997 (BOP de 23 de enero. I.L. 1997/356), art. 13. Tercero.

meses⁷⁵¹ o un año⁷⁵².

4.8. Criterios comunes.

Pese a la disparidad de la regulación existente entre los distintos sectores que se han analizado, es posible señalar al respecto una serie de criterios generales sobre los mismos, que permiten una visión de conjunto de algunos de sus aspectos más importantes.

4.8.1. Aspectos contractuales.

Dentro de este apartado considero adecuado realizar un análisis de los problemas que se han planteado en orden a poder someter la vigencia del contrato para obra o servicio determinado a la duración de la contrata, así como de aquellos aspectos que la negociación colectiva no ha tenido en cuenta a la hora de regular la subrogación empresarial.

⁷⁵¹ CC de Madrid, 26 de febrero de 1996 (BOCM de 26 de marzo. I.L. 1996/1344), art. 21.3.

⁷⁵² CC de Vizcaya, 9 de enero de 1997 (BOP de 23 de enero. I.L. 1997/356), art. 13. Cuarto.

4.8.1.1. Posibilidad de someter la vigencia del contrato de obra o servicio determinado al desempeño de la contrata.

Una cuestión que ha planteado bastante discordancia entre la doctrina judicial consiste en si el contratista puede celebrar con sus trabajadores un contrato temporal para obra o servicio determinado, subordinando su vigencia al hecho de que se prorrogue el contrato de empresa que une al contratista con el empresario principal.

Brevemente quiero señalar que este tipo de contrato viene regulado en los arts. 15 del ET⁷⁵³ y 2 del RD 2546/1994, de 29 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo anterior.

Se trata de un contrato que, tal como dispone el art. 2.1 del RDCT, "tiene por objeto la realización de una obra o un servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta", siendo, por tanto, dos los aspectos más importantes a destacar:

⁷⁵³ Reformado por el RD 8/1997, de 16 de mayo (BOE de 17 de mayo), de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida.

a) Por un lado, la obra o servicio determinado, que tendrá que reunir las notas de autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa. Se trata de que el objeto del contrato esté claramente definido y delimitado con criterios objetivos, evitando así cualquier tipo de fraude en la utilización de esta modalidad de contratación.

Como ejemplos de supuestos que la jurisprudencia ha considerado como legítimos para acudir a este tipo de contratación están los trabajos que necesitan una programación presupuestaria previa⁷⁵⁴, la prestación de servicios correspondientes al Plan de Formación e Inserción Profesional desarrollado por el INEM⁷⁵⁵, el desarrollo del programa coordinado para la erradicación de la peste porcina⁷⁵⁶ o la contratación efectuada para atender la actividad correspondiente a la campaña anual

⁷⁵⁴ STS (UD) de 25 de septiembre de 1995 (Ar. 6893). Ponente: Sr. D. Varela Autrán y STS de 10 de noviembre de 1994 (Ar. 8604). Ponente: Sr. D. Leonardo Bris Montes.

⁷⁵⁵ STS (UD) de 18 de diciembre de 1995. Ponente: Sr. D. Cachón Villar y SSTs de 3 de mayo de 1995 (Ar. 3746). Ponente: Sr. D. Somalo Giménez y 11 de octubre de 1993 (Ar. 7587). Ponente: Sr. D. Pablo Cachón Villar.

⁷⁵⁶ STS de 18 de mayo de 1995 (Ar. 3988). Ponente: Sr. D. Rafael Martínez Emperador.

de ICONA para la extinción de incendios forestales⁷⁵⁷.

b) Y, por otro, la duración limitada en el tiempo, ya que no hay que olvidar que se está ante una modalidad de contratación temporal, en la que se sabe que finalizará el contrato aunque no la fecha exacta.

Partiendo de estos dos elementos necesarios para que se pueda apreciar legalmente la existencia de un contrato de obra o servicio determinado, es conveniente reflejarlos en aquellos contratos que se celebran como consecuencia de la ejecución de una contrata o subcontrata de obra o servicios y cuya temporalidad se somete a su duración, con el fin de determinar si se ajustan a las premisas legales.

El problema de su análisis consiste en que, tal y como se apuntó al inicio de este punto, el TS no ha seguido una línea uniforme y además se han fijado criterios diferentes según el sector, fundamentalmente limpieza o seguridad: si la cuestión se ha planteado sobre una contrata del primer tipo, los pronunciamientos han ido determinando lo siguiente:

1. La STS de 26 de septiembre de 1992⁷⁵⁸ señaló

⁷⁵⁷ SSTs de 3 de noviembre de 1994 (Ar. 8590). Ponente: Sr. D. Víctor Fuentes López y 10 de junio de 1994 (Ar. 5422). Ponente: Sr. D. Leonardo Cachón Villar.

que no se podía celebrar un contrato de obra o servicio determinado para una contrata de limpieza, pero si se examina la sentencia detenidamente, esa no posibilidad se debe a que no se cumplen los requisitos de fondo y forma del contrato y no porque esté vetado ese contrato en las contratas ni el condicionamiento de su vigencia⁷⁵⁹.

2. La STS de 30 de noviembre de 1992⁷⁶⁰, en contra de lo que había determinado la anterior, estimó que no se podía celebrar este tipo de contratos puesto que el servicio tenía un "carácter permanente incuestionable" y, por tanto, la duración limitada en el tiempo no se cumplía, pues se trataba de necesidades que tendría la empresa comitente mientras existiera, con lo que la contratista no puede celebrar este tipo de contratos con sus trabajadores ya que su objeto no tiene fin.

⁷⁵⁸ Ar. 6816. Ponente: Sr. D. Pablo Cachón Villar.

⁷⁵⁹ Así lo señala CAMPS RUIZ fundamentándose en que la propia sentencia señala que "los propios términos del contrato no revelan en absoluto su temporalidad, como supuestamente concertado para obra o servicio determinados, pues no especifican con precisión y claridad el carácter de la contratación sino solamente el local o instalaciones en donde debía prestarse el servicio (...)". En *Puntos críticos del cambio de titularidad...op. cit.* Pág. 44.

⁷⁶⁰ Ar. 9292. Ponente: Sr. D. Juan Antonio del Riego Fernández.

3. Posteriormente, la importante sentencia del TS en unificación de doctrina de 4 de mayo de 1995⁷⁶¹ resolvió la cuestión en el sentido de que no se pueden celebrar este tipo de contratos sujetando su vigencia a la duración de la contrata⁷⁶². El problema se presenta en que la doctrina jurisprudencial que dicta la fundamenta en dos sentencias anteriores, 10 de mayo de 1993⁷⁶³ y 26 de septiembre de 1992, que no tienen relación con el caso puesto que la primera no recoge un caso de contrata y la segunda, tal y como se ha dicho anteriormente, recoge un supuesto en el que sí se permite este tipo de contratación.

⁷⁶¹ Ar. 3746. Ponente: Sr. D. Antonio Martín Valverde. Para un comentario de esta sentencia *vid* AGÍS DASILVA, M.: "Reflexiones al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo (UD) de 4 de mayo de 1995. El objeto del contrato para obra o servicio determinado". Comunicación presentada en las VIII Jornadas Catalanas de Dret Social. 28 y 29 de noviembre de 1996 (ejemplar multicopiado). Págs. 1 a 17.

⁷⁶² Literalmente determinó que "la realización de una obra o servicio determinado exige un deslinde nítido de una u otro respecto de otras actividades, así como un acotamiento temporal limitado aunque quizá incierto de la duración de tales servicios, [lo cual] no concurre en la delimitación de un trabajo o servicio por remisión a la duración de la contrata", añadiendo a esto que "la nota de duración limitada en el tiempo de la presencia temporal de un titular empresarial (...) no puede ser trasladada a los contratos de trabajo que un titular concierta para atribuirles una duración igual a la de la concesión, dado que ello no es viable a tenor del art. 15.1 del ET".

⁷⁶³ Ar. 4046. Ponente: Sr. D. José Antonio Somalo Giménez.

Por tanto, en materia de contrataciones de limpieza el TS ha complicado la cuestión pues no ha resuelto de forma clara sino más bien confundiendo dos planos diferentes, uno el de la legalidad de la contratación y otro el de su sometimiento a la duración de la contrata.

Planteada la misma cuestión sobre las contrataciones de vigilancia y seguridad, ésta se ha resuelto en sentido diverso, al aceptarse el sometimiento de los contratos de obra o servicio determinado a la duración de la contrata no sólo porque así lo recogía el CC que regula dicha actividad⁷⁶⁴ sino porque tal como señala la STS (UD) de 15 de enero de 1997⁷⁶⁵ la necesidad de la empresa contratista en relación con ese servicio es temporalmente limitada, cuestión que es conocida por las partes y por tanto, puede operar como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste.

⁷⁶⁴ Así lo prevé el art. 15 del CC de empresas de seguridad para 1994-1996 (Resolución de la DGT de 19 de abril de 1994. BOE de 4 de mayo), que señala que el contrato para obra o servicio determinado quedará finalizado "cuando el cliente resuelva el contrato de arrendamiento de servicios, cualquiera que sea la causa (...)".

⁷⁶⁵ Ar. 497. Ponente: Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete. Anteriormente a esta sentencia habían fijado la misma resolución también en unificación de doctrina las STS de 13 de febrero de 1995 (Ar. 1150. Ponente: Sr. D. Pablo Cachón Villar)

Este debe ser en mi opinión el criterio que ha de seguirse puesto que si bien puede tratarse de un servicio permanente para la empresa principal, dicho carácter no lo tiene respecto de la contratista, ya que la pervivencia de su contrato depende de la voluntad del empresario principal, con lo que reitero que la interpretación de la reciente sentencia del TS es la que debe primar para todos los sectores respecto de los cuales se celebre una contrata y en virtud de ella, el contratista decida recurrir temporalmente a unos trabajadores, pudiendo asimismo señalar que la previsión de los convenios colectivos de seguridad es legal, puesto que recoge un supuesto de finalización del contrato admitido por la reciente jurisprudencia, interpretación que ha de tenerse por incluida en las previsiones legales al reunir los requisitos de temporalidad que se exigen, puesto que se hace depender la temporalidad de un aspecto que escapa a la voluntad del contratista como es la duración de la contrata, la cual depende del empresario principal o incluso en ocasiones, también escapa a su libre albedrío, puesto que el seguir en el desempeño de un servicio se puede hacer derivar de que el dueño de la obra le de el dinero para continuarla o en la aprobación de una partida presupuestaria, con lo que el posible

y 18 de septiembre de 1996 (Ar: 6572. Ponente: Sr. D. Arturo Fernández López).

abuso en la limitación de la duración por una de las partes del contrato no se puede valorar⁷⁶⁶.

4.8.1.2. Irrelevancia de la forma contractual para la subrogación.

Cuando se ha estudiado la subrogación en la negociación colectiva llama la atención cómo no se ha subordinado ésta a que la relación con el antiguo contratista fuera temporal. Muy al contrario, la subrogación operará respecto de todos los trabajadores con independencia del contrato que les una a su empresario, lo cual en mi opinión debería haberse previsto puesto que si el anterior contratista ha querido vincular a algunos de sus trabajadores de forma fija o continuada, el hecho de que se produzca el fin de una contrata no ha de suponer que este tipo de trabajadores pasen a estar vinculados con la nueva contratista.

Esto conllevaría el problema de cuál debe ser el carácter del nuevo vínculo, es decir, si ha de ser obligatoriamente también indefinido. En mi opinión, si se

⁷⁶⁶ Así lo ha apuntado también CAMPS RUIZ en *La contratación laboral temporal...* op. cit. Pág. En contra VICENTE PALACIO que considera que no reúne el requisito de ser una obra o servicio determinado el hecho de celebrar una contrata. En *El contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado*. Valencia, 1996. Tirant lo Blanch. Pág. 178.

ha acordado que los trabajadores no sufran ninguna variación de su situación laboral lo lógico es que sigan teniendo una relación laboral del mismo carácter. Pero dicha situación supone que en ocasiones se tenga que dar el carácter de fijo a trabajadores que no conoce el nuevo contratista, con lo que lo adecuado habría sido que la subrogación sólo operara respecto de los trabajadores que tuvieran un contrato temporal, puesto que si el anterior contratista ha querido contratar de forma indefinida a parte de los trabajadores con él deben seguir.

Piénsese que si el contratista los ha contratado bajo esa modalidad es porque tiene la intención de que sigan trabajando bajo sus órdenes durante mucho tiempo y además, normalmente las empresas contratistas no suelen prestar servicios para una sola comitente sino para varias, pues el mercado de las contrata y subcontratas se caracteriza por ser muy movible. Por tanto, el hecho de terminar una contrata no supone algo tan grave puesto que normalmente se tienen otros clientes, y si el contratista ha celebrado un contrato de larga duración es porque pretende que la vinculación con esos trabajadores sea para todas las posibles contrata que puede celebrar en un futuro. Tan sólo el sector de seguridad ha previsto la posibilidad de que el contratista se pueda quedar con sus trabajadores, lo cual estimo que se puede extender al resto de sectores puesto que la decisión ha de quedar

siempre a manos de quién es el empresario de los trabajadores objeto de adscripción.

Además esa excesiva protección de los trabajadores tampoco ha tenido en cuenta el hecho de que estos no quieran prestar sus servicios para un nuevo empresario y pretendan seguir con el antiguo.

4.8.1.3. Irrelevancia de la categoría del personal.

La última cuestión a determinar en relación con los aspectos contractuales de los trabajadores es que cuando se ha previsto que la empresa principal no debe hacerse cargo del personal de la contratista cuando al asumir el servicio no contrata a nuevo personal sino que lo realiza con propio, no se ha fijado la cautela de que ese personal tenga la cualificación necesaria para desempeñar esa nueva labor.

Esto supone en manos de la empresa principal una vía muy amplia para no observar las reglas de los convenios colectivos en materia de subrogación de personal que debería limitarse condicionando a que los trabajadores que vayan a desempeñar la contrata tenga la aptitud necesaria.

4.8.2. Forma de terminación de la contrata.

Otro aspecto a destacar en la regulación de la subrogación convencional es que no se han fijado diferentes criterios según la forma en que haya finalizado la contrata. Se trata de una cuestión en mi opinión relevante puesto que no es lo mismo que acabe por una finalización del contrato de prestación de servicios o por no prorrogarlo, que el caso en que se rescinde porque el empresario principal no esté de acuerdo en cómo se está realizando o desempeñando la labor por esos trabajadores.

En el segundo caso se va a encontrar con la situación de que cambia el contratista pero siguen desempeñando la labor los mismos trabajadores con lo que se le está perjudicando y limitando su libertad empresarial. Por tanto, se debería haber previsto el mecanismo de la subrogación para aquellos casos en que las contrata finalizan de forma que se podría calificar normal, no aplicándose el mecanismo subrogatorio cuando se debe a rescisiones o incumplimientos de contratos.

4.8.3. Aplicación automática de la subrogación.

Ha de ser objeto de atención también que la regulación de la adscripción de personal se fija de forma automática y no se recoge, a excepción del sector de la

hostelería, el hecho de que esta juegue de forma subsidiaria, es decir, que en el caso de que el contratista no haya podido recolocar a su personal en otro servicio, se aplique la regulación de los convenios colectivos, lo cual muestra de nuevo la excesiva protección de los trabajadores que siempre está presente en la regulación convencional y que debía de haber tenido en cuenta que se está ante un mercado muy movible y respecto del cual el hecho de cambiar de empresario principal no supone que automáticamente los trabajadores se encuentren desprotegidos, puesto que normalmente se tienen otros clientes.

4.8.4. Delimitación del ámbito de aplicación de los convenios colectivos.

Por último, reviste gran importancia la cuestión relativa al ámbito de los convenios colectivos que se han analizado con anterioridad puesto que algunas de sus previsiones no serán objeto de aplicación.

Así, en cuanto al carácter de estos convenios la mayoría de ellos son, como se ha señalado anteriormente, extraestatutarios lo que conlleva que su ámbito se limite a las partes que lo firmaron. Esto supone que habrá empresas que pese a que pertenezcan al sector no se verán vinculadas por lo dispuesto en ellos.

Del mismo modo, ese carácter sectorial lleva a que muchas de las previsiones que pretenden vincular a las empresas principales no les afecten puesto que no pertenecerán a ese sector. Es, por ejemplo, el caso de un banco que celebra una contrata de limpieza, que pese a que el convenio colectivo ha regulado una serie de aspectos para el caso de que decida rescindirla, estos no le van a afectar puesto que no pertenece a ese sector. En estos supuestos se puede apreciar que los convenios colectivos se han extralimitado en fijar consecuencias respecto de sujetos que, en ningún caso, pueden resultar obligados.

La última cuestión que se puede presentar en relación con el ámbito del convenio colectivo es que una misma empresa se pueda ver obligada por un convenio colectivo que haya firmado ella y por el del sector. En tal caso la STSJ del País Vasco de 1 de diciembre de 1995⁷⁶⁷ ha dispuesto que la nueva empresa adjudicataria no se someterá al convenio del sector puesto que posee su propio convenio.

⁷⁶⁷ Ar. 3757. Ponente: Sr. D. José Manuel López García de la Serrana.

Conclusiones

De forma resumida pretendo recoger en este último apartado algunas reflexiones generales de los aspectos que estimo más importantes de todo lo que se ha analizado en la presente Tesis, resaltando los asuntos más críticos y al mismo tiempo proponiendo soluciones.

Primera. En un principio quiero valorar de forma muy positiva el hecho de que la jurisprudencia haya realizado un examen concienzudo en orden a la aplicación de la normativa sobre contratas y subcontratas a negocios jurídicos que presentan las mismas connotaciones pero que, sin embargo, exteriormente se formalizan bajo modalidades contractuales que se alejan de las que típicamente han sostenido una contrata de obras o servicios. Se trata de una clara adaptación a los modernos contratos que se van creando por la aparición de nuevos servicios, lo cual muestra que esta institución evoluciona en el mismo sentido y al mismo tiempo que las necesidades de la sociedad.

Segunda. Pese a los reiterados esfuerzos de la jurisprudencia en orden a la aclaración de la expresión <propia actividad> estimo que actualmente se sigue con la misma inseguridad en cuando a su delimitación e interpretación. Fundamentalmente se apoya en dos

criterios a mi modo de ver acumulativos: por un lado, que la actividad de la contratista forme parte del ciclo productivo de la empresa principal o que sea absolutamente esencial a éste, y, por otro, que sea indispensable para conseguir el fin productivo de la empresa. La utilización de las palabras <absolutamente esencial> o <indispensable> muestran por sí mismas su difícil acotamiento, estando éste sujeto a la resolución del juzgador y no a unos cánones preestablecidos. Ante esta situación propongo la eliminación de esa doble tipificación de la responsabilidad, según que presenten o no estas premisas, y, por tanto, un régimen jurídico unitario y uniforme de las contratas o subcontratas de obras o servicios sin hacer ninguna distinción, la cual carece de fundamento, puesto que toda actividad que se contrate puede revestir esos dos condicionamientos, con lo que en el aspecto de la responsabilidad, ésta debería ser con carácter general de carácter solidario.

Tercera. En cuanto al controvertido deber de comprobación empresarial y la exoneración de responsabilidad en materia de seguridad social que de él se deduce, mantengo la tesis de que para que tenga esos efectos liberatorios ha de ser una labor que realice de forma periódica y no aislada, puesto que se ha de tener presente que en la interpretación del aspecto relativo a la responsabilidad empresarial y su exención se ha de

tener siempre en cuenta dos cosas: a los sujetos que se pretende proteger -en este caso a los trabajadores de la contratista- y qué es lo que se persigue con esa exoneración -depuración del mercado laboral de empresas carentes de solvencia-. Ante estas dos perspectivas considero que la limitación de la solicitud a un acto único supone una interpretación alejada de la realidad, puesto que si es inicial evidenciará una situación actual del contratista pero no la correspondiente a la duración de la contrata que es la que interesa, con lo que ambas premisas no se habrán observado. Si, por contra, es final, la situación que refleje ya no se podrá evitar al haberse finalizado la contrata, con lo que ocurrirá lo mismo que en el caso anterior.

Por tanto, esa realización continuada mostrará efectivamente la situación al corriente del contratista durante el período de tiempo que interesa -la duración de la contrata-, lo cual le obligará a seguir al corriente ante una posible rescisión del contrato y, al mismo tiempo, se estará protegiendo a los trabajadores de la contratista.

Cuarta. En cuanto a la seguridad y salud en el trabajo se ha valorado con la misma intensidad las obligaciones que tienen el empresario principal y el contratista en la medida en que el acaecimiento de un

accidente supondrá una coparticipación en su comisión puesto que si bien el contratista tiene una obligación genérica de seguridad, y el empresario principal una serie de obligaciones concretas, ambas son obligaciones de hacer, que les coloca en un mismo plano y, por tanto, la responsabilidad ha de seguir con el mismo carácter de compartida.

En cuanto a la delimitación de la responsabilidad en las contratas y subcontratas correspondientes a la propia actividad de la de la empresa principal propongo también su supresión al crear diferentes sistemas de protección carentes de justificación.

Quinta. Por último, estimo que toda la problemática que ha rodeado al hecho de que si a las contratas y subcontratas les es aplicable el régimen jurídico de la transmisión de empresa se podía haber evitado puesto que claramente no son un cambio de titularidad, sino un fin de un servicio y un comienzo de otro, ni tampoco se da un objeto sobre el que producir ese cambio. De hecho critico también la excesiva tendencia, ante la no inclusión en el presupuesto normativo, a regular ese cambio de contratista por parte de los convenios colectivos, puesto que no creo que el fin del desempeño de una contrata sea una situación tan negativa para los trabajadores ya que se ha olvidado el hecho de que el mercado de los

contratistas no está sujeto normalmente por un único cliente sino por varios y además es un continuo cambio de empresario principal puesto que para eso se ha constituido un empresario como contratista, es decir, para desempeñar su trabajo de forma temporal a diferentes empresarios, habiendo ya previsto los trabajadores que le son necesarios.

BIBLIOGRAFIA CITADA

-AA.VV. (Coord. QUESADA SEGURA, R.): *Temas de Derecho del Trabajo*. Madrid, 1994. Centro de Estudios Ramón Areces.

-AA.VV. (Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia): "La <ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación>: Contenido, significación y trascendencia". RT, 1990, n° 100 (monográfico). Págs. 673 a 696.

-AA.VV (Dir. SALA FRANCO, T.): *Derecho del Trabajo*. Valencia, 1997 (11ª ed.). Tirant lo Blanch.

-AA.VV (Dir. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.): *Debate parlamentario sobre El Estatuto de los Trabajadores (La relación individual de trabajo)*. Tomo II. Zaragoza, 1981. IES.

-AA.VV. (Dir. MAZZOTTA, O.): *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese. Profili giuslavoristici degli appalti di opere e servizi informatici*. Milán, 1990. Giuffrè.

-AA.VV. (Dir. GARCÍA NINET, J.I.): *Lecciones sobre la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Castellón, 1997. Universitat Jaume I.

-AGÍS DASILVA, M.: "El deber de comprobación empresarial en contratas y subcontratas del artículo 42 ET". TrS, 1995, n° 42. Págs. 40 a 48.

- "Reflexiones al hilo de la sentencia del TS (UD) de 4 de mayo de 1995. El objeto del contrato para obra o servicio determinado". Comunicación presentada en las VIII Jornadas Catalanas de Derecho Social. Gerona, 28 y 29 de noviembre de 1996 (ejemplar multicopiado). Págs. 1 a 17.

-ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "Derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación (Ley 2/1991, de 7 de enero)". RT, 1990, n° 100 (monográfico). Págs. 71 a 90.

-ALBIOL MONTESINOS, I.: *El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales*. Bilbao, 1992. Deusto.

-*Aspectos laborales de la transmisión de empresa*. Madrid, 1984. IELSS.

-ALEMANY ZARAGOZA, E.: "La nueva Ley de Prevención del Riesgo Laboral". AS, 1995, III. Págs. 2293 a 2307.

-ALFONSO MELLADO, C.L.: *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*. Valencia, 1994. Tirant lo Blanch.

-ALFONSO MELLADO, C.L. Y PEÑA OBIOL, S.: "Algunas cuestiones en torno a la responsabilidad penal por incumplimiento de normas sobre prevención de riesgos laborales". Comunicación presentada en el VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (ejemplar multicopiado). Valladolid, 1996. Págs. 1 a 20.

-ALONSO GARCÍA, M.: "Contrato de trabajo, subcontrata y cesión de mano de obra". RPS, 1960, n° 45. Págs. 7 a 56.

-"La fusión y disolución de sociedades y las relaciones laborales". RGLJ, 1958, n° 1. Págs.

-ALONSO OLEA, M. Y BARREIRO GONZÁLEZ G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*. Madrid, 1995 (4ª ed.). Civitas.

-ALONSO OLEA, M. Y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*. Madrid, 1995 (14ª ed.). Civitas.

-ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAAMONDE, Mª. E.: *Derecho del Trabajo*. Madrid, 1995 (14ª ed.) Centro de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid.

-ALVAREZ ALCOLEA, M.: "La segregación de industria y la aplicación del artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo". RPS, 1975, n° 106. Págs. 59 a 108.

-AMORÓS JORDÁ, R.: "De los principios rectores de la política social y económica". En *Comentarios a las Leyes Políticas* (Dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.). Revista de Derecho Político (Tomo IV). Madrid, 1984. Edersa. Págs. 3 a 16.

-APARICIO TOVAR, J.: "Sobre la responsabilidad civil del empresario por infracción de las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo". RL, 1994, n° 14. Págs. 8 a 26.

-ARADILLA MARQUÉS, M.J.: *Previsión Social Complementaria*. Tesis doctoral inédita. Valencia, 1997.

-ARIÑO ORTIZ, G.: *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo público*. Madrid, 1995. Marcial Pons.

-BARATTA, R.: "Norme contenute in Direttive comunitarie inattuete e loro opponibilità ai singoli". RDI, 1989, vol. LXXIII. Págs. 253 a 281.

-BARBANCHO TOVILLAS, F. Y GARCIA VIÑA, J.: "Últimos criterios jurisprudenciales sobre el recargo de las prestaciones por accidente de trabajo". TrS, 1995, n° 60. Págs. 41 a 53.

-BARREIRO GONZÁLEZ, G. Y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: "Contratación", en AA.VV. (Dir. VALDÉS DAL-RÉ, F.), *Comentarios al Convenio General de la Construcción*. Madrid, 1993. Fundación Anastasio de Gracia.

-BAYLOS GRAU, A.: "La información trimestral sobre previsiones de contratación y supuestos de subcontratación. Algunas reflexiones". RT, 1990, n° 100 (monográfico). Págs. 355 a 363.

-BAYLOS GRAU, A. Y COLLADO, L.: *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*. Madrid, 1994. Trotta.

-BAYLOS GRAU, A. Y TERRADILLOS BASOCO, J.: "Significado y función del Derecho Penal del Trabajo". RL, 1990, n° 17. Págs. 7 a 23.

-BELLEVILLE, P.: *Una nueva clase obrera*. Madrid, 1967. Tecnos.

-BLAISE, H.: "Continuité de l'entreprise: flux et reflux de l'interprétation extensive de l'article L. 122-12 al. 2 du Code du travail". DS, 1984, n° 2. Págs. 91 a 99.

-"Les modifications dans la personne de l'employeur: l'article L. 122-12 dans la tourmente". DS, 1986, n° 12. Págs. 837 a 847.

-"A la frontière du licite et de l'illicite: la fourniture de main d'oeuvre". DrS, 1990, n° 5. Págs. 418 a 425.

-"L'article L. 122-12 après la tourmente: vers la stabilisation de la jurisprudence?". DS, 1991, n° 3. Págs. 246 a 257.

-BLANCO MARTÍN, J.M.: "La responsabilidad civil y penal del empresario derivada de accidente de trabajo: a propósito de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales". IL, 1996, n° 22. Págs. 5 a 17.

-BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. Y MOMPALER CARRASCO, Mª A.: *Curso de Seguridad Social*. Valencia, 1995 (2ª ed.). Tirant lo Blanch.

-BLASCO PELLICER A. Y MORRO LÓPEZ, J.J.: "Algunos puntos críticos en torno al recargo en las prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo". TrS, 1995, n° 60. Págs. 34 a 40.

-BLAT GIMENO, F.: *Análisis jurídico-laboral de la descentralización productiva*. Tesis doctoral inédita. Valencia, 1989.

-BORNAECHEA, I.: "La responsabilidad solidaria de la empresa principal y de las contratistas y subcontratista en materia de seguridad e higiene". RL, 1986, n° 8. Págs. 114 a 124.

-BOZA PRO, G.: *El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores*. Valencia, 1997. Tirant lo Blanch.

-BRANCA, G.: "Osservazioni sulla solidarietà del committente per le obbligazioni di cui all'art. 3 della legge 23 Ottobre 1960, n. 1369". BSPDLOA. Aprile, 1964. Págs. 12 a 15.

-BROLLO, M.: "Il <lavoro decentrato> nella dottrina e nella giurisprudenza". QDLRI, 1991, n° 8. Págs. 149 a 159.

-BURGOS GINER, M^a. A. Y SAMPEDRO GUILLAMÓN, V.: "Sobre el control sindical de los contratos". RTr, 1990, n° 15. Págs. 29 a 46.

-CAIROS BARRETO, D.M.: "La subrogación de servicios en las empresas de limpieza y seguridad". AL, 1996, n° 11. Págs. 297 a 311.

-CAMPS RUIZ, L.M.: "La sucesión de empresa". RT, 1986, n° 81. Págs. 47 a 99.

-"Transmisión de empresa: efectos laborales según la jurisprudencia (I) y (II)". AL, 1991, n° 16 y 17. Págs. 203 a 213 y 214 a 229.

-*Régimen laboral de la transmisión de la empresa*. Valencia, 1993. Tirant lo Blanch.

-*La contratación laboral temporal*. Valencia, 1995. Tirant lo Blanch.

-"El arrendamiento de empresa: aspectos jurídico-laborales". Ponencia presentada en el IX Seminario de Estudios Socioempresariales Europeos. Confederación Española de Organizaciones Empresariales. Jaca, 1995.

-"El nuevo Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social y el Régimen Jurídico de la contrata y subcontrata de obras y servicios". TrS, 1996, n° 71. Págs. 9 a 16.

-*Puntos críticos del cambio de titularidad empresarial*. Valencia, 1997. Tirant lo Blanch.

-CAMPS RUIZ, L.M. Y SALA FRANCO, T.: "La subrogación contractual entre empresarios contratistas de limpieza (a

propósito de la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 25 de septiembre de 1986). PJ, 1986, n° 4. Págs. 177 a 186.

-CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: "El sigilo profesional en el sistema de seguridad y salud laboral establecido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales". En AA.VV. (Coord. ESCUDERO RODRIGUEZ, R.): *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. 1997. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

-CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: "Análisis jurisprudencial del recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad". Comunicación presentada al VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (ejemplar multicopiado). Valladolid, 1996. Págs. 1 a 8.

-CASTELLÁ, J.L., GRAU, M. Y PINILLA, J.: "Repertorio de Directivas vigentes y programas sobre seguridad y salud en el trabajo estructuradas analíticamente". ST, 1993, n° 95. Págs. 24 a 32.

-CEGALES FIDALGO, J.: "La delimitación de la cesión ilegal de trabajadores en supuestos de contrataciones de obras y servicios a la luz de la jurisprudencia". REDT, 1996, n° 79. Págs. 895 a 910.

-CHACARTEGUI JÁVEA, C.: "La responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones de la Ley 31/1995 en los supuestos de concurrencia de empresarios: contrataciones y subcontratas y empresas de trabajo temporal". Comunicación presentada al VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de

la Seguridad Social (Valladolid, 24 y 25 de mayo de 1996) (ejemplar multicopiado). Págs. 1 a 21.

-CEOE-CEPYME: "La ley 2/1991, de 7 de Enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación". LL, 1991 (I). Págs. 1273 a 1281.

-CLAVERÍA GOSALVEZ, L-H.: "Responsabilidad civil contractual y extracontractual". Academia Sevillana del Notariado. Tomo IV. Madrid, 1991. Págs. 169 a 185.

-COBO DEL ROSAL, M. Y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, 1996 (4ª ed.). Tirant lo Blanch.

-COLINA ROBLEDO, M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. Y SALA FRANCO, T.: *Derecho social comunitario*. Valencia, 1995 (2ª ed.). Tirant lo Blanch.

-CORCOY BIDASOLO, M.: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. Barcelona, 1989. PFV.

-CORDERO SAAVEDRA, L.: "La responsabilidad empresarial por incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales". REDT, 1997, nº 83. Págs. 419 a 436.

-CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratadas y subcontratadas". RL, 1992, nº 2. Págs. 114 a 162.

- "Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales". RTSS, 1994, n° 13. Págs. 7 a 33.

-DE LAS CUEVAS GONZÁLEZ: "Apuntes referentes al Decreto 3677/70, de 17 de Diciembre. Contratas, subcontratas y cesión de trabajadores". En AA.VV.: *Cuestiones de enjuiciamiento del Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. IV Jornadas de Magistrados de Trabajo en Madrid el 17 y 18 de Noviembre de 1972. Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social.

-DE LAS HERAS BORRERO, F.M. Y LLADÓ ARBURUA, M.: "Mantenimiento de los derechos adquiridos de los trabajadores en caso de cesión de empresa conforme a la Directiva 77/187/CEE: noción, jurisprudencia y propuesta de reforma". REDT, 1997, n° 83. Págs. 393 a 417.

-DE LUCA TAMAJO, R.: "Riflessioni intorno alle prospettive di legalizzazione del lavoro interinale". RIDL, 1995, n° 4. Págs. 417 a 437.

-DE SIMONE, G.: *Imprese di gruppo e rapporti di lavoro*. Ed. provis. s/f. Franco Angeli Editore.

-DE VAL TENA, A.L. Y ROMÁN CASTILLO, J.J.: "La responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo en orden a las prestaciones de seguridad social: criterios jurisprudenciales". AS, 1996, n° 4. Págs. 23 a 56.

-DEL GIUDICE, F., MARIANI, F., IZZO, F., ANTICO, U.: *Diritto del Lavoro*. Napoli, 1994 (13ª ed.). Simone.

-DEL PUNTA, R.: "Appalto di manodopera e subordinazione". GDLRI, 1995, nº 68. Págs. 625 a 655.

-DÍAZ Y GARCÍA CONCELLO, M: *La autoría en el Derecho Penal*. Barcelona, 1991. PFV.

-DIEGUEZ CUERVO, G.: "La sucesión en la empresa", en *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las Leyes Laborales* (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.). Tomo VIII. Madrid, 1988. Edersa. Págs. 315 a 358.

-DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA, L: "Responsabilidad de la empresa principal en el caso de contratación o subcontratación de obras o servicios en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Consideraciones sobre el proyecto de ley de prevención de riesgos laborales". AL, 1995, nº 30. Págs. 517 a 534.

-DÍEZ PICAZO, L. Y GULLÓN A.: *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II. Madrid, 1995 (7ª ed.). Tecnos.

-DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA ECONÓMICA: *La negociación colectiva en las grandes empresas en 1992. Principales características económicas*. Madrid, 1993. Ministerio de Economía y Hacienda.

-*La negociación colectiva en las grandes empresas en 1993. Principales características económicas.* Madrid, 1994. Ministerio de Economía y Hacienda.

-*La negociación colectiva en las grandes empresas en 1994. Principales características económicas.* Madrid, 1995. Ministerio de Economía y Hacienda.

-DONTENWILLE, H.: "L'article L. 122-12 du code du Travail: la nouvelle jurisprudence de la Cour de Cassation". DS, 1990, n° 5. Págs. 399 a 417.

-DURÁN LÓPEZ, F.: "Transmisión parcial de empresa". RPS, 1974, n° 104. Págs. 275 a 280.

-*"La continuidad de las relaciones de trabajo y la responsabilidad por las deudas laborales en la transmisión de empresa"*. RDM, 1974, n° 131. Págs. 67 a 126.

-*"La responsabilidad de las partes en la cesión fraudulenta de la empresa y las relaciones entre jurisdicción penal y laboral"*. REDT, 1980, n° 2. Págs. 243 a 248.

-*"La armonización de los ordenamientos laborales de los Estados miembros de la CEE. Problemas, alternativas y soluciones"*. RIE, 1990, n° 1. Págs. 71 a 102.

-DURÁN LÓPEZ, F., MONTOYA MELGAR, A. Y SALA FRANCO, T.: *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario.* Madrid, 1987. MTSS.

-ECHEVARRIA MAYO, B.: "Subcontratas de obras y servicios: incidencia de la certificación negativa por descubiertos en la responsabilidad empresarial". AL, 1995, n° 39. Págs. 3047 a 3050.

-"Los principios rectores de política social y económica". En *Comentarios a las Leyes Políticas* (Dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.). Revista de Derecho Político (tomo IV). Madrid, 1984. Edersa.

-ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "El nuevo marco legal de la potestad sancionadora de la Administración en el orden social". RL, 1988, n° 11. Págs. 29 a 65.

-"La Ley de derechos de información: una Ley a medio camino". RL, 1991, n° 7. Págs. 64 a 87.

-FAVARA, E.: "Divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro e appalti di lavoro". DLa, 1961, vol. XXV. Págs. 112 a 121.

-FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F.: "El deber de sigilo de los representantes del personal". AL, 1992, n° 9. Págs. 125 a 143.

-FERNÁNDEZ MARCOS, L.: "Responsabilidad del empresario principal respecto de contratas y subcontratas en materia de seguridad e higiene en el trabajo". AL, 1992, n° 1. Págs. 1 a 10.

-"Reflexiones sobre la anunciada Ley de seguridad e higiene desde las normas de la OIT y CEE". AL, 1991, n° 1. Págs. 9 a 20.

-FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: "El empresario como sujeto responsable en el recargo de prestaciones: una perspectiva jurisprudencial". TL, 1995, n° 34. Págs. 87 a 103.

-FERNÁNDEZ RUIZ, J. L.: *Ley de Relaciones laborales*. Bilbao, 1976. Deusto.

-FERRANDO PIÑOL, A.: *Los Planes y Fondos de Pensiones. Comentarios al Reglamento*. Madrid, 1988. Ciencias de la Dirección.

-FITA ORTEGA, F.: "El derecho de información de los representantes de los trabajadores". RTr, 1991, n° 17. Págs. 49 a 56.

-FOGLIA, R.: "L'appalto di opere e servizi e l'articolo 3 della legge 23 ottobre 1960, n. 1369". DLa, 1965, vol, XXXIX. Págs. 194 a 200.

-"Trasferimento di imprese, tutela dei lavoratori ed obblighi comunitari". DLa, 1986, vol. LX. Págs. 426 a 435.

-FOLGUERA CRESPO, J.: "Despido disciplinario y reforma laboral: aspectos procesales". AL, 1995, n° 1. Págs. 1 a 29.

-GALA DURÁN, C.: "Sucesión de empresa. Mantenimiento de condiciones y convenio colectivo aplicable: apuntes jurisprudenciales". AL, 1997, n° 24. Págs. 561 a 583.

-GALÁN PÉREZ, J.: "Decreto 3677/70 de 17 de Diciembre". RPS, 1973, n° 97. Págs. 249 a 259.

-GALIANA MORENO, J. Mª. Y SEMPERE NAVARRO, A. V.: "La limitación legal de las mejoras voluntarias establecidas por convenio colectivo a cargo de una empresa pública". AL, 1987, n° 8. Págs. 394 a 405.

-"Los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores y el control sindical de los contratos en la Ley 2/91". RT, 1990, n° 100. Págs. 461 a 497.

-*El control sindical de los contratos*. Murcia, 1991. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia.

-GALLARDO MOYA, R.: "Las mejoras complementarias del sistema de la Seguridad Social en la negociación colectiva". RL, 1991, n° 23. Págs. 8 a 23.

-GÁRATE CASTRO, J.: *Los salarios de tramitación*. Madrid, 1994. ACARL.

-GARCÍA BECEDAS, G.: "Dos casos sobre interposición en el contrato de trabajo". RT, 1986, n° 74. Págs. 81 a 109.

-GARCÍA BLASCO, J.: *Infracciones y sanciones en materia laboral. Comentario a la Ley 8/88 de 7 de Abril*. Madrid, 1989. Civitas.

Bibliografía

-GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: "Los derechos de información de los representantes legales de los trabajadores en materia de contratación". RT, 1990, n° 100 (monográfico). Págs. 245 a 257.

-GARCÍA GIL, F.J.: *El contrato de ejecución de obra y su jurisprudencia*. Madrid, 1995. Dykinson.

-GARCÍA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores". RPS, 1981, n° 130. Págs. 7 a 88.

-"Régimen de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo". En AA.VV. (Coord: CASA BAAMONDE, M.E., PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. Y VALDÉS DAL-RÉ, F.): *Seguridad y salud en el trabajo*. Madrid, 1997. La Ley-Actualidad. Págs. 183 a 239.

-GARCÍA NINET, J.I.: "La responsabilidad de principales y contratistas en materia de Seguridad Social (En torno a la STS (Sala IV) de 23 de Noviembre de 1977)". RSS, 1979, n° 2. Págs. 131 a 164.

-"Responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios. Comentario". En AA.VV., *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980 de 10 de Marzo*. Valencia, 1981. Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia.

-*El contrato para la realización de obra o servicio determinado*. Valencia, 1995. Tirant lo Blanch.

-GARCÍA ORTUÑO, F.: "La responsabilidad en el pago de las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social". RPS, 1977, n° 113. Págs. 93 a 122.

-GARCÍA PAREDES, M^a. L.: "Posición del trabajador en la subcontrata de obras y servicios". AL, 1994, n° 40. Págs. 615 a 637.

-GARCÍA PIQUERAS, M.: "Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación". AL, 1993, n° 16. Págs. 307 a 323.

-"El contrato para la prestación de servicios a los entes públicos en régimen de Derecho Administrativo". RL, 1996, n° 11. Págs. 8 a 26.

-GARZÓN CLARIANA, G.: "El nuevo Derecho Social de la Comunidad Europea: objetivos y medios". RIE, 1991, n° 1. Págs. 39 a 67.

-GATUMEL, D.: *Le droit du travail en France*. Paris, 1994 (5^a ed.). Francis Lefebvre.

-GHEZZI, G. Y ROMAGNOLI, U.: *Il rapporto di lavoro*. Bologna, 1995 (3^a ed.). Zanichelli.

-GOERLICH PESET, J.M.: "Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales". AL, 1997, n° 8. Págs. 125 a 155.

-GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad en la empresa de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*. Madrid, 1989. MTSS.

-"Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios". RL, 1993, n° 18. Págs. 9 a 51.

-GONZÁLEZ DE LENA ALVAREZ, F.: "La materia laboral de seguridad e higiene en las Directivas Comunitarias". LL, 1989 (I). Págs. 1296 a 1306.

-GONZÁLEZ LABRADA, M.: "La Ley de Prevención de Riesgos laborales y la obligación contractual de seguridad e higiene: significado y contenido". AL, 1996, n° 7. Págs. 173 a 198.

-GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La aplicación en España de las Directivas comunitarias en materia de salud laboral". TL, 1993, n° 27. Págs. 3 a 19.

-GONZÁLEZ ORTEGA, S. Y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*. Madrid, 1996. Trotta.

-GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: "El significado de la normativa comunitaria en naturaleza de seguridad, higiene y salud en el trabajo. La Directiva 89/391/CEE". AL, 1991, n° 32. Págs. 393 a 398.

-GUARNIERI, A.: "L'interposizione ingiustificata nei rapporti di lavoro: la problematica civilistica". RIDL, 1987, n° 6. Págs. 432 a 455.

-"La posizione dell'interposto nell'appalto di manodopera". RIDL, 1988, n° 1. Págs. 77 a 125.

-HERNÁNDEZ MANRIQUE, F.J.: "Cuadro general sobre salarios y jornada en la Ley 11/94 de reforma del Estatuto de los Trabajadores". AL, 1994, n° 35. Págs. 551 a 559.

-HERNÁNDEZ PÉREZ, M.J.: *La responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de Seguridad Social*. Murcia, 1994. Universidad de Murcia.

-HERVÁS, J.: "Doctrina jurisprudencial sobre el concepto y la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación". AL, 1992, n° 10. Págs. 145 a 162.

-LANDA ZAPIRAIN, J.P.: "La ejecución del nuevo programa de acción social de la CEE". RIE, 1991, n° 3. Págs. 917 a 943.

-LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*. Madrid, 1994. Civitas.

-LLUIS Y NAVAS, J.: *Derecho de la Seguridad e Higiene en el trabajo*. Barcelona, 1996. CEDESC.

-LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F. Y VIQUIERA PÉREZ, C.: "Los derechos de información en la Ley 2/1991. Sujetos y ámbitos de aplicación". RT, 1990, n° 100 (monográfico). Págs. 55 a 64.

-LÓPEZ TERRADA, E.: "La sentencia del Tribunal de Justicia Comunitario de 8 de junio de 1994, sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas". PJ, 1995, n° 38. Págs. 309 a 324.

-LORIGA, E.: *La disciplina giurídica del lavoro in appalto*. Milán, 1965. Giuffrè.

-LUJÁN ALCÁREZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo. Contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo*. Madrid, 1994. MTSS.

-LYON-CAEN, G.: *Le droit du travail non salarié*. París, 1990. Sirey.

-LYON-CAEN, G. Y PÉLISSIER, J.: *Droit du Travail*. París, 1992 (16ª ed.). Dalloz.

-MARAVALL, H.: "La cesión de mano de obra, el trabajo temporal y el empleo". RT, 1974, n° 47.

-MARÍN CORREA, J. Mª.: "Nota a la sentencia del TCT de 8 de Noviembre de 1988 (Abandono de contrata y contratos de trabajo)". AL, 1989, n° 5. Págs. 197 y 198.

- "Responsabilidad solidaria del contratista principal". Nota a la STSJ de Murcia de 10 de Abril de 1991". AL, 1991, n° 34. Pág. 1761.

- "Contrata pública y contratos temporales. No sucesión en la titularidad de la empresa". AL, 1992, n° 11. Págs. 715 a 717.

- "Las contrata de servicios públicos y el contrato de trabajo". AL, 1994, n° 33. Pág. 2143.

- MARTÍN ARTILES, A.: *Flexibilidad y relaciones laborales. Estrategias empresariales y acción sindical*. Madrid, 1995. Consejo Económico y Social.

- MARTÍN FLÓREZ, L.: "<Outsourcing> y teletrabajo: consideraciones jurídico-laborales sobre nuevos sistemas de organización del trabajo". REDT, 1995, n° 71. Págs. 401 a 425.

- MARTÍN VALVERDE, A.: *Las Mejoras Voluntarias de la Seguridad Social*. Sevilla, 1970. Instituto García Oviedo.

- "Interposición y mediación en el contrato de trabajo (Análisis del Decreto 3677/70 de 17 de Diciembre)". RPS, 1972, n° 91. Págs. 17 a 76.

- "Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obra y servicios", en AA.VV. (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.) *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las leyes laborales*. Tomo VIII. Madrid, 1982. Edersa.

- "La información al personal sobre subcontratación y sobre previsiones de empleo". RT, 1990, n° 100 (monográfico). Págs. 633 a 644.

- MARTÍN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. Y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*. Madrid, 1995. Tecnos.

- MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: "La titularidad de la empresa y cambio de la misma", en AA.VV., *El Estatuto de los trabajadores*. Jornadas de estudio de los Magistrados de Trabajo. IES. Madrid, 1980. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo. Págs. 111 a 175.

- MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios*. IES. Madrid, s/f. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo.

- "Subcontrata de obras y servicios: Análisis exegético del art. 42 ET", en CEOE, *La Empresa de Trabajo Temporal, subcontrata de obras y servicios y cesión de trabajadores*. Madrid, 1985.

- "Responsabilidad empresarial en caso de contratas y subcontratas en España: criterios jurisprudenciales", en AA.VV. (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.), *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid, 1993. Actualidad Editorial.

-MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: *Responsabilidad en orden a las prestaciones de la Seguridad Social*. Madrid, 1995. La Ley-Actualidad.

-MARTÍNEZ MENDOZA, J.M.: "Planes y Fondos de Pensiones: régimen jurídico social (I)". AL, 1988, n° 40. Págs. 2333 a 2339.

-MARTÍNEZ MURILLO, J.J.: "La subcontratación en la Comunidad". GJCEE, 1991, B-61. Págs. 13 a 18.

-MATEU ROS CERREZO, R.: "El nuevo proceso de armonización de la seguridad e higiene en el trabajo en los Tratados de la CEE". RL, 1996, n° 14. Págs. 92 a 117.

-MAZZOTA, O.: "I decentramenti produttivi fra legge e contrattazione collettiva. Apunti preliminari". RGL, 1977 (I). Págs. 607 a 638.

-MIAJA DE LA MUELA, A.: "La primacía sobre los ordenamientos jurídicos internos del Derecho internacional y del Derecho comunitario europeo". RIE, 1974, n° 1, vol. 3. Págs. 987 a 1029.

-MILLÁN MORRO, L.: "<Aplicabilidad directa> y <efecto directo> en Derecho comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia". RIE, 1984, n° 1, vol. 11. Págs. 445 a 474.

- "La eficacia directa de las Directivas: evolución reciente". RIE, 1991, n° 3. Págs. 845 a 877.

-MIÑAMBRES PUIG, C.: *El centro de trabajo. El reflejo jurídico de las unidades de producción*. Madrid, 1985. MTSS.

Bibliografía

-MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.: "La responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias". CCDJ, 1993, n° XIX. Págs. 61 a 78.

-MOLINA NAVARRETE, C.: "El problema de la identificación del concepto de <unidad productiva autónoma> ex art. 44 del ET: la posibilidad de nuevos usos hermeneuticos". TL, 1994, n° 32. Págs. 45 a 67.

-"Otra vez a vueltas con el problema de la configuración jurídica del recargo de prestaciones por omisión de las medidas sobre prevención de riesgos: la nueva <modernidad> de una institución jurídica clásica". REDT, 1996, n° 79. Págs. 787 a 827.

-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, 1996, n° 19. Págs. 393 a 412.

-MONEREO PÉREZ, J. L.: "Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y en las concesiones administrativas". RL, 1986, n° 7. Págs. 9 a 43.

-"El arrendamiento de empresa en el Derecho del Trabajo" (I) y (II). AL, 1986, n° 29 y 30. Págs. 1465 a 1473 y 1513 a 1525.

-*Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*. Madrid, 1987. MTSS.

- "Instrumentación jurídica e institucional de los Planes y Fondos de Pensiones (I y II)". REDT, 1990, n° 40 (págs. 587 a 652) y 41 (págs. 53 a 106).

- "El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contratas (obligaciones referidas a la Seguridad Social)". LL, 1992 (II). Págs. 265 a 309.

- *El recargo de prestaciones económicas por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo.* Madrid, 1992. Civitas.

- *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores.* Madrid, 1992. Civitas.

- *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos.* Madrid, 1994. Ibídem.

- "Grupos de empresas y subcontratación". En BAYLOS GRAU, A. Y COLLADO, L.: *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo.* Madrid, 1994. Trotta.

- "El concepto comunitario de "empresa" a efectos de la Directiva Social sobre transmisión de empresas". TrS, 1997, n° 80-81. Págs. 7 a 27.

- **MONTROYA MELGAR, A.:** *Derecho del Trabajo.* Madrid, 1996 (16ª ed.). Tecnos.

- **MONTROYA MELGAR, A. Y PIZÁ GRANADOS, J.:** *Curso de Seguridad y Salud en el trabajo.* Madrid, 1996. McGraw Hill.

Bibliografía

-MONTROYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M. Y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Derecho social comunitario*. Madrid, 1994. Tecnos.

-MORENO REYES, F., SANTIDRIAN ALEGRE, J. Y FERRANDO PIÑOL, A.: *Los Planes y Fondos de Pensiones. Comentarios al Reglamento*. Madrid, 1988. Ciencias de la Dirección.

-NIETO GARCÍA, A.: *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid, 1994 (2ª ed.). Tecnos.

-O.C.D.E.: "La flexibilidad del mercado de trabajo. Nuevas tendencias en la empresa", en *Políticas de mercado en los noventa*. Madrid, 1991. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

-OLIET GIL, B.: "Contratas simuladas de obras y servicios y cesión de trabajadores". AL, 1991, nº 23. Págs. 1133 y 1134.

-OLIET PALA, B.: "Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social (Comentario a la Ley 8/88, de 7 de Abril)". AL, 1989, nº 3. Págs. 19 a 34.

-"Consecuencias laborales de la transmisión de empresas en el Derecho Comunitario europeo. Comentario a la Sentencia de 17 de diciembre de 1987". NCEE, 1989, nº 48. Págs. 123 a 126.

-PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho sindical español*. Madrid, 1994 (5ª ed.). Tecnos.

- "El nuevo marco jurídico de la Prevención de Riesgos Laborales: la Ley 31/1995, de 8 de noviembre". AL, 1996, n° 8. Págs. 199 a 211.

- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. Y ALVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*. Madrid, 1995 (3ª ed.). Ramón Areces.

- PÁRAMO MONTERO, P.: "Estudio sobre la responsabilidad empresarial en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales". RL, 1996, n° 16-17. Págs. 9 a 28.

- "En torno al artículo 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: la problemática de la responsabilidad solidaria. Especial referencia a las obras de construcción". RL, 1997, n° 20. Págs. 140 a 158.

- PERA, G.: *Compendio di Diritto del Lavoro*. Milano, 1994 (3ª ed.). Giuffrè.

- PÉREZ AMORÓS, F.: "El principio de estabilidad en el empleo en los supuestos de sucesión de empresas concesionarias de servicios públicos". RT, 1985, n° 77. Págs. 83 a 90.

- *Derechos de información sobre empleo y contratación*. Barcelona 1993. Bosch.

- PÉREZ CAPITÁN, L.: "El derecho a la información de los representantes de los trabajadores sobre la gestión económica y financiera de la empresa. Estudio jurisprudencial del art. 64.1,

apartados 1º. y 3º. del Estatuto de los Trabajadores". AS, 1995, III. Págs. 2263 a 2290.

-PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del ordenamiento (I)". RL, 1991, n° 8. Págs. 46 a 65.

-"El empresario como deudor de seguridad en la Directiva 89/391 y en el anteproyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales". TrS, 1992, n° 22. Págs. 34 a 37.

-*El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*. Madrid, 1994. Civitas.

-PINILLA GARCÍA, J.: "El próximo marco normativo y organizativo de la prevención en España". ST, 1992, n° 92. Págs. 35 a 38.

-PURCALLA BONILLA, R.: "Notas sobre la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo". RTSS, 1995. n° 18. Págs. 60 a 90.

-RAYÓN SUÁREZ, E.: "La repercusión en la Seguridad Social del Estatuto de los Trabajadores: la cotización". RSS, 1980, n° 7. Págs. 39 a 59.

-RIVERO LAMAS, J.: "Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa". RPS, 1962, n° 55. Págs. 29 a 73.

- "La cesión de trabajadores en el derecho español del trabajo", en AA.VV. (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.): *La reforma del mercado de trabajo*. Madrid, 1993. Actualidad Editorial.

- "Responsabilidades penales de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales". AL, 1996, n° 36. Págs. 687 a 715.

-RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "La situación jurídica de los trabajadores en la venta judicial de la empresa". RDM, 1960, n° 39.

- "La regulación protectora del trabajo en contratas". RPS. 1972, n° 93. Págs. 5 a 66.

- "Cesión de trabajadores (interposición) y subcontrata de obras y servicios". RPS, 1972, n° 96 . Págs. 304 a 310.

- "Interposición y trabajo en contratas a través de la jurisprudencia", en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del prof. Gaspar Bayón Chacón*. Madrid, 1980. Tecnos.

- "Cesión de trabajadores y contrata de mano de obra". RL, 1986, n° 5. Págs. 30 a 40.

- "La Directiva 77/187/CEE y la extinción del arrendamiento de empresa". RL, 1988, n° 6. Págs. 1 a 6.

- "La subsistencia de la empresa y los contratos laborales y la Directiva 77/187". RL, 1988, n° 7. Págs. 1 a 8.

Bibliografía

- "Las relaciones laborales y el cambio de arrendatario de empresa". RL, 1988, n° 10. Págs. 1 a 7.

- "El carácter indisponible del art. 44 ET". RL, 1988, n° 11. Págs. 1 a 8.

- "Transmisión de empresa por resolución judicial, cambio de empresario y voluntad contraria del trabajador". RL, 1988, n° 20. Págs. 1 a 8.

- "Transmisión de empresas y empresas de trabajo temporal en el Derecho Europeo". CDJ, 1994, n° XXII. Págs. 160 a 190.

- "El lugar de ejecución de la contrata y el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores". RL, 1996, n° 5. Págs. 1 a 8.

- "Propia actividad y contrata". RL, 1996, n° 6. Págs. 1 a 8.

- "Cadena de contratas y responsabilidad del empresario principal". RL, 1996, n° 7. Págs. 1 a 8.

- "Encadenamiento de contratas y transmisión de empresa". RL, 1996, n° 15. Págs. 1 a 8.

- RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO, M.: *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*. Madrid, 1992. MTSS.

- "La delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva 77/187/CEE por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: un reciente pronunciamiento de gran interés". NCEE, 1992, n° 89. Págs. 73 a 79.

-RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*. Madrid, 1995. Tecnos.

-RODRÍGUEZ SANTOS, B.: *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social (Volumen II)*. Valladolid, 1983 (3ª ed.). Lex Nova.

-*Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Valladolid, 1992 (4ª ed.). Lex Nova.

-SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. Y GIL Y GIL, J. L.: "Derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación". RT, 1990, nº 100 (monográfico). Págs. 21 a 52.

-SALA FRANCO, T.: "Efectos laborales de la transmisión de empresas: normas comunitarias y derecho español". AL, 1987, nº 32. Págs. 1753 a 1765.

-"Las exigencias legales para una lícita sucesión de empresa (a propósito de la STCT de 30 de noviembre de 1988)". PJ, 1989, nº 14. Págs. 233 a 241.

-"La política comunitaria de armonización de la normativa en materia laboral". RT, 1992, nº 8. Págs. 9 a 25.

-SALA FRANCO, T. Y ALBIOL MONTESINOS, I.: *Derecho Sindical*. Valencia, 1996 (4ª ed.). Tirant lo Blanch.

-SALA FRANCO, T. Y ARNAU NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Valencia, 1996. Tirant lo Blanch.

-SALA FRANCO, T. Y GOERLICH PESET, J. M^a.: "La sucesión de empresa en la Administración Pública". PJ, 1987, n° 8. Págs. 175 a 179.

-SAMPEDE GUILLAMÓN, V.: "Los fraudes en la contratación y el Decreto 3677/70 de 17 de Diciembre". CCDT, 1971, n° 1. Págs. 71 a 75.

-SÁNCHEZ CUBEL, D.: *Todo sobre la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Barcelona, 1996. Praxis.

-SANZ HOYOS, T.: "Continuidad del contrato de trabajo. Cesión de trabajadores", en AA.VV.: *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*. Madrid, 1977. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Madrid.

-SAVATIER, J.: "Cession d'entreprises et statuf collectif des salariés". DS, 1993, n° 2. Págs. 156 a 161.

-SEMPERE NAVARRO, A.V. et altri: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*. Madrid, 1997. Civitas.

-SERRANO, J.L.: "Algunas hipótesis sobre los principios rectores de política social y económica". REP, 1987, n° 56. Págs. 95 a 120.

-SOSA WAGNER, F.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Barcelona, 1995. CEDECS.

-TOLOSA TRIBIÑO, R.: "La responsabilidad empresarial en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales". AL, 1996, n° 17. Págs. 365 a 379.

-TUDELA CAMBRONERO, G. Y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: "Novedades en la regulación del deber de sigilo en el Proyecto de ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación". RT, 1990, n° 100 (monográfico). Págs. 139 a 171.

-URÍA, R.: *Derecho Mercantil*. Madrid, 1995 (22ª ed.). Marcial Pons.

-VALERA DE LA ESCALERA, S.: "Las mejoras voluntarias en el sistema de la Seguridad Social". DL, 1987, n° 23 (monográfico). Págs. 359 a 374.

-VALVERDE ASENCIO, A.J.: *La responsabilidad administrativa laboral en los supuestos de pluralidad de empresarios*. Valencia, 1997. Tirant lo Blanch.

-VERDIER, J-M.: *Droit du travail*. París, 1996 (10ª ed.). Dalloz.

-VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*. Valencia, 1995 (8ª ed.). Tirant lo Blanch.

-VICENTE LÓPEZ, C.: *La contratación administrativa. Condiciones generales y eficacia*. Granada, 1996. Comares.

-VICENTE PALACIO, M.A.: "El objeto del contrato para obra o servicio determinado en el sector de la vigilancia y seguridad: contratos mercantiles y concesiones administrativas". DL, 1995, n° 47. Págs. 117 a 136.

-El contrato de trabajo para obra o servicio determinado. Valencia, 1996. Tirant lo Blanch.

-VILLALBA SALVADOR, B. Y DÍEZ MÉNDEZ, C.: "Novedades en la regulación del deber de sigilo en el Proyecto de ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación". RT, 1990, n° 100 (monográfico). Págs. 375 a 378.

-VINUESA ALADRO, A.: *Derecho del Trabajo para empresarios*. Madrid, 1995. Carperi.

Conclusiones

De forma resumida pretendo recoger en este último apartado algunas reflexiones generales de los aspectos que estimo más importantes de todo lo que se ha analizado en la presente Tesis, resaltando los asuntos más críticos y al mismo tiempo proponiendo soluciones.

Primera. En un principio quiero valorar de forma muy positiva el hecho de que la jurisprudencia haya realizado un examen concienzudo en orden a la aplicación de la normativa sobre contratas y subcontratas a negocios jurídicos que presentan las mismas connotaciones pero que, sin embargo, exteriormente se formalizan bajo modalidades contractuales que se alejan de las que típicamente han sostenido una contrata de obras o servicios. Se trata de una clara adaptación a los modernos contratos que se van creando por la aparición de nuevos servicios, lo cual muestra que esta institución evoluciona en el mismo sentido y al mismo tiempo que las necesidades de la sociedad.

Segunda. Pese a los reiterados esfuerzos de la jurisprudencia en orden a la aclaración de la expresión <propia actividad> estimo que actualmente se sigue con la misma inseguridad en cuando a su delimitación e interpretación. Fundamentalmente se apoya en dos