

AGRADECIMIENTOS

Mi especial agradecimiento al Profesor Tomás Sala Franco y a la Profesora Eva López Terrada por toda la ayuda que me han brindado para poder llevar a cabo esta investigación.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	20
-------------------	----

INTRODUCCIÓN

1. Relevancia del tema estudiado.....	23
2. Metodología utilizada.....	25
3. Estructura del trabajo.....	26

CAPÍTULO I

LA INCIDENCIA DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN LAS RELACIONES LABORALES

1. La descentralización productiva como forma de organización empresarial.....	31
1. Razones de la descentralización productiva.....	31
2. La externalización como modelo descentralizador.....	34
3. La estrategia empresarial en red.....	35
4. La descentralización empresarial como fenómeno poliédrico..	36
5. Los efectos de la descentralización sobre el Derecho del Trabajo.....	37
2. Concepto de descentralización productiva y terminología utilizada.....	38
6. La variedad terminológica acerca de la descentralización.....	38
7. El término descentralización productiva.....	39
8. El término “tercerización”.....	39
9. Los términos “externalización” y “exteriorización” de actividades.....	40
10. El término “deslocalización productiva”.....	41
11. El término “subcontratación”.....	41
12. El término “outsourcing”.....	43
13. Preferencia por el término “descentralización productiva”.....	44
14. Los rasgos fisiológicos de la descentralización productiva.	47
3. La finalidad de la descentralización productiva.....	51
15. Una mejor adaptación a las exigencias del mercado y disminución de costes.....	51

16. La gestión estratégica del recurso tecnológico.	54
4. Causas que promueven la descentralización productiva.....	55
17. Variedad de causas.	55
18. Las causas económicas.	55
19. Las causas organizativas.	56
20. Las causas ideológicas.	58
5. El fundamento jurídico y los límites de la descentralización productiva.	60
21. La libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución.	60
22. Los límites a la descentralización productiva.	62
6. El marco jurídico de la descentralización productiva.....	67
23. Inexistencia de una regulación adecuada.	67
7. Mecanismos mediante los cuales se articula la descentralización productiva.	70
24. Los principales mecanismos utilizados para la descentralización productiva.	70
7.1. Contratas y subcontratas.	70
25. Significado y alcance del art. 42 del E.T.	70
7.2. Los grupos de empresas.	73
26. Significado y alcance. La ausencia de un tratamiento legal específico.	73
7.3. La transmisión de empresas.	77
27. La regulación de la transmisión de empresas y sus consecuencias jurídicas.	77
28. Los efectos sobre las relaciones laborales.	79
7.4. Las empresas de trabajo temporal.	80
29. Significado y alcance. La ley 14/1994.	80
7.5. Las empresas de gestión integral o multiservicios.	82
30. La suplantación de las ETT.	84
7.6. El trabajo autónomo.	86
31. Significado y alcance.	86
32. El trabajo autónomo económicamente dependiente.	89
8. Ventajas e inconvenientes de la descentralización productiva.	90
33. Variedad de efectos de la descentralización sobre las relaciones laborales.	90
8.1. Para la empresa principal o usuaria.	91
34. Ventajas de gestión y económicas.	91
35. Inconvenientes de gestión y económicos.	92
8.2. Para la empresa auxiliar o contratista.	93

36. Ventajas.....	93
37. Inconvenientes.....	94
8.3. Para los trabajadores.....	95
38. Aspectos positivos.....	95
39. Aspectos negativos.....	96
8.4. Para las organizaciones sindicales.....	100
40. Debilitamiento sindical y pérdida de poder de negociación..	100
9. El impacto de la descentralización en el derecho del trabajo.....	105
41. Un doble impacto.....	105
42. La afectación de las bases dogmáticas del derecho del trabajo.....	105
43. La reducción del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo.....	108

CAPÍTULO II

LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL EN EL ART. 42 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

1. El artículo 42 del E.T.: El supuesto normativo.....	113
44. Aspectos generales a considerar.....	113
2. La figura de la contrata.....	113
45. Imprecisión de la terminología empleada.....	113
2.1. Concepto de contrata.....	115
46. Ausencia de una definición legal de la contrata.....	115
2.2. Concepto de subcontrata.....	119
47. La subcontrata como contrata de segundo grado. Ausencia de regulación legal.....	119
3. Los sujetos involucrados en la subcontratación.....	122
48. La subcontratación como relación triangular.....	122
3.1. El empresario principal.....	122
49. El empresario principal, comitente de la obra o servicio contratado.....	122
50. El empresario principal como empleador laboral.....	123
51. La Administración Pública como empresario principal.....	124
3.2. El empresario contratista o subcontratista.....	127
52. Los empresarios contratista y subcontratista como ejecutores de la obra o servicio contratado.....	127

53. Los empresarios contratista y subcontratista como empleadores laborales.	127
3.3. Los trabajadores de la contrata.	130
54. Los trabajadores de la contrata como ejecutores del objeto de la misma.	130
55. La dificultad de certificación de los trabajadores que ejecutan la contrata.	131
4. El objeto de la contrata de obras y servicios.	134
4.1. Delimitación del objeto de la contrata.	134
56. Las obras y los servicios.	134
4.2. El criterio del <i>facere específico</i>.	137
57. La actividad y los resultados.	137
5. La “propia actividad” como elemento delimitador de la protección legal para el trabajo en régimen de subcontratación laboral.	140
58. La ambigüedad de los términos legales utilizados.	140
5.1. La tesis restrictiva.	141
59. La “propia actividad” como “misma actividad”.	141
5.2. La tesis amplia.	143
60. La “sustitibilidad” y la “indispensabilidad” de las actividades.	143
5.3. La tesis ecléctica.	148
61. El criterio de la “esencialidad” de la actividad principal de la empresa.	148

CAPÍTULO III

ALCANCE DE LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL

1. La subcontratación laboral en la gestión administrativa.....	155
1.1. Subcontratación en las administraciones públicas.	155
62. La extensión en las Administraciones Públicas: La subcontratación de obras y servicios públicos.	155
1.2. La cualidad de empresario en la entidad pública.	157
63. La jurisprudencia inicialmente contraria a la aplicación del art. 42 del E.T.	157
64. La interpretación teleológica del Tribunal Supremo.	159
1.3. La adaptación del concepto de la propia actividad a la gestión pública.	161
65. La ausencia de ciclo productivo en la gestión pública y el criterio jurisprudencial.	161

66. La jurisprudencia y la doctrina judicial sobre el tema.	162
1.4. Las distintas formas de contratación administrativa.	164
67. La variedad de fórmulas contractuales.	164
68. Los contratos administrativos reconducibles a las contrata. ..	165
2. La subcontratación en el sector de la construcción.	167
69. La importancia de la subcontratación en el sector de la construcción.	167
70. Los efectos de la subcontratación en la siniestralidad laboral.	167
2.1. El objeto y finalidad de la LSSC.	169
71. La función esencialmente preventiva de la Ley.	169
2.2. El ámbito aplicativo de la LSSC.	172
72. La delimitación del ámbito de aplicación de la ley. Los requisitos legales.	171
73. La existencia de una contrata o subcontrata.	172
74. La realización de alguno de los trabajos definidos en el art. 2 de la Ley.	173
75. La realización de los trabajos en una obra de construcción. ..	177
2.3. El requisito de la propia actividad.	178
76. Las distintas posiciones interpretativas.	178
2.4. Los sujetos intervinientes en la subcontratación del sector de la construcción.	181
77. Los distintos sujetos intervinientes.	181
2.4.1. El promotor.	181
78. Las distintas posiciones del promotor.	181
2.4.2. El coordinador en materia de seguridad y salud.	183
79. La definición legal.	183
2.4.3. El contratista.	186
80. La definición legal.	186
2.4.4. El subcontratista.	187
81. La definición legal.	187
2.4.5. El trabajador autónomo.	188
82. Las distintas posiciones del trabajador autónomo.	188
2.5. Requisitos exigidos a las empresas contratistas y subcontratistas.	190
83. Los tipos de requisitos exigidos por el art. 2 de la Ley.	190
2.5.1. Requisitos materiales.	191
84. Los requisitos de carácter general.	191
85. La exigencia de una organización propia.	191
86. La asunción de los riesgos de empresa.	192

87. El ejercicio directo del poder de organización y dirección del trabajo.....	192
88. La correspondencia de estos requisitos con la regulación de la cesión de trabajadores del art. 43 del E.T.....	193
89. La acreditación de personal directivo y productivo en formación preventiva y organización preventiva adecuada... ..	194
2.5.2. Requisitos formales.....	198
90. Dos requisitos formales exigidos a los contratistas y subcontratistas.....	198
91. El registro de acreditación.....	199
92. El libro de subcontratación.....	200
2.6 Límites a la subcontratación en el sector de la construcción. ...	200
93. Los tres límites legamente previstos en el art. 5 de la Ley. ...	200
2.6.1. Prohibición para subcontratar más allá del tercer subcontratista.....	202
94. Los límites a la subcontratación en cadena.....	202
2.6.2. Prohibición para que el trabajador autónomo pueda subcontratar.....	203
95. La prohibición de subcontratar autónomos.....	203
2.6.3. Prohibición para que el subcontratista pueda subcontratar cuando lo que aporta es fundamentalmente mano de obra.....	203
96. La prohibición de subcontratar con subcontratista que solo aporten mano de obra.....	203
2.6.4. El régimen de Responsabilidades administrativas.....	204
97. La responsabilidad individual del promotor, contratista y subcontratista.....	204
98. La responsabilidad del promotor.....	205
99. La responsabilidad del contratista.....	205
100. La responsabilidad del subcontratista.....	206
3. La subcontratación vinculada a otros mecanismos de descentralización productiva.....	207
101. La subcontratación, la transmisión de empresa y los grupos de empresa.....	207
3.1. Subcontratación y transmisión de empresas.....	208
102. La intersección entre la subcontratación y la transmisión de empresa.....	208
3.2. La subrogación de origen legal.....	210
103. La subrogación prevista en el art. 44 E.T.: Requisitos.....	210

104.	La tesis interpretativa de la doctrina científica.....	210
105.	La posición tradicional del Tribunal Supremo.....	212
106.	La tesis de la “sucesión en la plantilla” del TJUE.....	213
107.	La incorporación de la tesis del TJUE a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	215
3.3.	<i>La subrogación de origen convencional.....</i>	219
108.	La posible subrogación prevista en los Convenios Colectivos.....	219
109.	Los límites.....	221
3.4.	<i>La subrogación de origen contractual.....</i>	223
110.	Las denominadas “cláusulas subrogatorias contractuales”..	223
111.	Sus límites.....	223
112.	La utilización en los pliegos de condiciones de las adjudicaciones administrativas.....	224
3.5.	<i>Los efectos generales de la subrogación en caso de sucesión de contratatas.....</i>	225
113.	La continuidad de los contratos de los trabajadores adscritos a la contrata.....	225
3.6.	<i>Efectos y el alcance de la subrogación de origen legal.....</i>	225
114.	La subrogación contractual y la responsabilidad solidaria...	225
3.6.1.	<i>Alcance subjetivo.....</i>	226
115.	Los distintos supuestos posibles.....	226
116.	El trabajo simultáneo en varias contratatas de la empresa contratista.....	226
117.	Los trabajadores temporales.....	227
118.	Los trabajadores ausentes con derecho a reinstalación.....	227
119.	La reducción del objeto de la nueva contrata.....	227
3.6.2.	<i>Alcance objetivo.....</i>	228
120.	La subrogación en los derechos y obligaciones laborales, individuales y colectivas, y de la Seguridad Social del contratista saliente.....	228
3.7.	<i>La responsabilidad solidaria.....</i>	229
121.	El alcance de la responsabilidad solidaria.....	229
3.8.	<i>Los efectos y el alcance de la subrogación de origen convencional.....</i>	231
122.	Sujeción a las previsiones establecidas en el convenio colectivo: Tipología.....	231
123.	Naturaleza de las normas convencionales.....	233

3.9. Los efectos y el alcance de la subrogación	
de origen contractual.	234
124. Sujeción a las previsiones contractuales.	234
3. 10. El carácter obligatorio y vinculante	
de la subrogación empresarial.	235
125. La obligatoriedad de la subrogación empresarial	
como cláusula contractual.	235
126. En el caso de una subrogación legal.	235
127. En el caso de una subrogación convencional.	236
128. En el caso de una subrogación contractual.	236
3.11. Las particularidades que presenta la subrogación en supuestos	
de contrata celebradas por las administraciones públicas.	237
129. La colisión entre los efectos de la subrogación	
y requerimientos legales para acceder al empleo público. ...	240
130. Las posibles soluciones para conciliar la colisión entre	
los efectos de la subrogación y los principios que rigen	
el acceso al empleo público.	241
131. La aplicación automática de la Directiva comunitaria.	241
132. La utilización de la figura del “trabajador indefinido	
no fijo de plantilla”.	242
133. La utilización de la figura del trabajador interino.	245
134. La utilización del despido colectivo.	245
135. La necesaria intervención legislativa.	246
4. La subcontratación y los grupos de empresas.	246
136. La subcontratación en el seno de los grupos de empresas:	
Su licitud.	246
137. Supuesto de subcontratación externa al grupo.	248
138. Supuesto de subcontratación interna al grupo.	248
5. La subcontratación y las empresas multiservicios.	251
139. Su escaso soporte material.	251
5.1. Las empresas multiservicios y la difusa frontera	
entre la contrata y la cesión ilegal.	253
140. La relativización del aspecto organizativo.	254
5.2. La huida del ámbito protector del art. 42 del E.T.	256
5. 3. El uso del contrato de obra o servicio determinado	
vinculado a la contrata.	257
141. Las consecuencias de la vinculación.	259
5. 4. Los problemas para la determinación del convenio	
colectivo aplicable a la empresa multiservicios.	261

142. La solución definitiva.....	267
6. El uso antijurídico de la subcontratación.....	267
143. Supuestos de uso antijurídico de la subcontratación.....	267
6.1. Contrata y subcontrata de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores.	268
144. La doctrina del empresario efectivo.....	268
6.2. El contratista ha de ser un auténtico empresario.....	270
145. La existencia de una estructura productiva propia.....	270
6.3. El contratista debe ejercer los poderes propios del empleador laboral.	273
146. Ejercicio de los poderes de dirección empresarial por el contratista.....	273
6.4. El contratista debe asumir los riesgos inherentes a la gestión empresarial.	278
147. La asunción de los riesgos empresariales por el contratista.....	278
148. Necesidad del análisis casuístico.....	280
7. La utilización ilícita de la subcontratación en supuestos de huelga.	281
149. La subcontratación y el derecho de huelga.....	281
150. El esquirolaje externo.....	282
151. Otros tipos de esquirolaje: el esquirolaje indirecto.....	284

CAPÍTULO IV.

EL RÉGIMEN DE LAS RESPONSABILIDADES APLICABLE A LA SUBCONTRATACIÓN

1. Aspectos generales.....	293
152. El artículo 42 del ET.....	293
153. Los arts 168.1 de la LGSS y 24.3 de la LPRL.....	293
154. La sistemática de exposición del régimen de las responsabilidades aplicables a la subcontratación.....	294
2. La responsabilidad por las obligaciones salariales.....	295
155. El art. 42 del E.T.: Su aplicación limitada a las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal.....	295
2.1. Alcance subjetivo de la responsabilidad.	297
156. Dos sujetos de análisis.....	297
157. Perspectiva desde los sujetos obligados.....	297

158. Perspectiva desde el trabajador beneficiario.	299
2.2. Alcance material de la responsabilidad.	300
159. El concepto legal de salario del art. 26 del E.T.	300
160. Las interpretaciones amplias y restrictivas de la doctrina y la jurisprudencia.	301
161. La exclusión de los beneficios extrasalariales.	303
162. Los salarios de tramitación.	304
163. El interés por mora en el pago del salario.	306
2.3. El alcance temporal de la responsabilidad.	307
164. El tiempo de duración de la contrata.	307
165. El plazo de un año siguiente a la terminación de la contrata. .	309
3. La responsabilidad por obligaciones referidas	
a la seguridad social.	310
166. Dos regímenes de responsabilidades.	310
3.1. Responsabilidad solidaria por obligaciones referidas	
a la seguridad social en contratas y subcontratas correspondientes	
a la propia actividad de la empresa principal.	310
167. La responsabilidad solidaria del art. 42 del E.T.	310
3.2. Finalidad de la responsabilidad.	311
168. Los intereses recaudatorios del Sistema de Seguridad Social.	311
169. La depuración del mercado de las contratas.	312
3.3. Alcance material de la responsabilidad.	312
170. Dos tesis interpretativas de la ambigüedad legal.	312
171. Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social.	314
3.4. Deber de comprobación de pago y su incidencia	
en la responsabilidad.	317
172. El deber de comprobación de que el contratista está al corriente de la Seguridad Social.	317
173. Los supuestos que dan lugar a la exoneración de responsabilidad del empresario.	321
3.5. Responsabilidad subsidiaria por obligaciones referidas	
a la seguridad social en contratas y subcontratas.	323
174. La responsabilidad subsidiaria del artículo 168 de la LGSS.	323
3.5.1. Alcance subjetivo de la responsabilidad subsidiaria.	325
175. El propietario de la obra o industrial como responsable subsidiario.	325
176. La relación de los subcontratistas dentro del ámbito de cobertura.	326

3.5.2. Alcance material de la responsabilidad subsidiaria.	327
177. Las obligaciones propias de la Seguridad Social.....	327
178. Exclusiones de responsabilidad.....	328
179. La exigencia previa de la declaración de insolvencia del contratista.	328
3.5.3. Alcance temporal de la responsabilidad subsidiaria.	329
180. El periodo de vigencia de la contrata.	329
181. Los plazos de prescripción para la exigencia de la responsabilidad.	330
3.5.4. Los supuestos de aplicación de la responsabilidad subsidiaria.	330
182. Contratas y subcontratas ajenas a la propia actividad, contratas y subcontratas correspondientes a la propia actividad.	330
3.5.5. Exoneración de la responsabilidad subsidiaria.	332
183. Las obras de reparación que contrate un amo de casa para la reparación de su vivienda.	332
4. La responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales.	333
184. El marco normativo.....	333
4.1. El tipo de subcontratación previsto en el artículo 24 de la LPRL.....	334
185. Un régimen previsto para cada tipo de contrata.	334
4.2. El lugar de ejecución de las contratas.	335
186. El centro de trabajo del empresario contratante.	335
187. El centro de trabajo y el lugar de trabajo.	336
4.3. Las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales en los supuestos de subcontratación.	337
188. Las obligaciones preventivas. Su enumeración.....	337
4.4. Obligaciones de cooperación entre empresas que concurran en un mismo centro de trabajo.....	338
189. La obligación de cooperación y sus concreciones.	338
190. El establecimiento de medidas de coordinación.	338
191. El deber de información sobre los riesgos.	339
4.5. Las obligaciones de información en caso de concurrencia de varias empresas en un mismo centro de trabajo del que un empresario es titular.	341
192. La obligación particular de información e instrucciones preventivas.....	341

4.6. Las obligaciones de vigilancia en caso de concurrencia de empresas en un centro de trabajo cuando se contraten o subcontraten obras o servicios correspondientes a la propia actividad.	343
193. La obligación de vigilancia del subcontratista de sus obligaciones preventivas.	343
4.7. Las obligaciones en caso de contrata o subcontratas desarrolladas fuera del centro de trabajo.	347
194. La obligación de información sobre maquinaria, útiles de trabajo, materias primas y productos o sustancias proporcionados por el empresario principal.....	347
195. Supuesto de encadenamiento de contrata y subcontratas. ..	349
4.8. Las responsabilidades por incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales.	350
196. El marco mínimo de las distintas responsabilidades.	350
4.8.1. La responsabilidad por incumplimiento de la obligación de cooperación.	351
197. Las responsabilidades exigibles.	351
198. Las responsabilidades administrativas: Su carácter objetivo.	351
199. La responsabilidad civil: Su carácter solidario.	354
4.8.2. Responsabilidad por incumplimiento de la obligación de información del empresario titular del centro de trabajo.	357
200. La responsabilidad administrativa: Su carácter objetivo.....	357
201. La responsabilidad civil. Su carácter solidario.....	358
4.8.3. Responsabilidad por incumplimiento de la obligación de vigilancia de empresario principal.	359
202. La responsabilidad administrativa: Sus características.	359
203. La responsabilidad civil: Sus características.	361
4.8.4. Responsabilidad por incumplimiento de la obligación de información en caso de contrata o subcontratas desarrolladas fuera del centro de trabajo.	363
204. La responsabilidad administrativa: Sus características.	363
205. La responsabilidad civil. Sus características.	364
5. El régimen de responsabilidad previsto en la LSSC.....	365
206. Las diferencias con la responsabilidad prevista en el artículo 42 del E.T.	365
6. Las particularidades de la responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T.....	369
6.1. La solidaridad como garantía.	369

6.2. La finalidad de la responsabilidad solidaria.....	370
207. Los fines múltiples.....	370
6.3. El fundamento de la solidaridad.....	370
208. El beneficio del trabajo como fundamento.....	371
209. La estructura triangular que justifica la responsabilidad empresarial.....	371
6.4. Naturaleza jurídica de la responsabilidad solidaria.....	372
210. Solidaridad de origen legal.....	372
211. Notas particulares de la solidaridad prevista en el artículo 42 del E.T.....	373
212. Responsabilidad por hecho ajeno.....	374
213. Fianza solidaria.....	374
214. Fianza su generis.....	375

CONCLUSIONES

PRIMERA PARTE:

LAS DEFICIENCIAS DEL ARTÍCULO 42 DEL E.T.....	381
1. El desfase normativo del artículo 42 del E.T.....	381
215. El anacronismo de la norma.....	381
216. La urgente reforma del artículo 42 del E.T.....	382
2. El concepto “propia actividad”: la distorsión insuperable.....	383
217. La ambigüedad del término.....	385
218. La necesidad de superar el concepto legal de “propia actividad”.....	387
219. La falta de sentido práctico del término.....	387
2.1. Las propuestas alternativas dadas por la doctrina.....	388
220. La redefinición del concepto “propia actividad”.....	388
2.1.1. La delimitación legal contenido del término.....	388
221. La delimitación legal del término mediante listas ejemplificativas.....	388
222. Los inconvenientes de la propuesta.....	390
2.1.2. La delimitación legal del término mediante la recepción de los criterios jurisprudenciales.....	391
223. Una definición de carácter restrictivo.....	392
224. Las inconsistencias de la propuesta.....	393
2.1.3. La sustitución del término.....	394
225. La subordinación económica entre empresas.....	395

226.	La subordinación económica como criterio para la reconstrucción del negocio jurídico base de la contrata.....	397
227.	Las pautas a seguir para definir el criterio.....	398
228.	Los pros y los contras del criterio sugerido.....	398
229.	Las dudas sobre la funcionalidad práctica del criterio.	401
	2.1.4. La eliminación del término.	402
230.	La inoperatividad práctica del término.....	402
3.	Los restringidos alcances de la responsabilidad solidaria del art. 42 E.T.....	403
	3.1. Las responsabilidad limitada a obligaciones de naturaleza salarial y de la seguridad social.	403
231.	Una limitación injustificada.	404
232.	El incentivo a la subcontratación basada en la reducción de costes laborales.	405
	3.2. La existencia de un doble régimen de tutela.....	406
	3.3. La inconsistencia del sistema.	407
4.	Los efectos eximentes de responsabilidad derivados del deber de comprobación de solvencia previsto en el art. 42.1 E.T.....	408
233.	Las responsabilidades eximidas.	409
234.	Un beneficio injustificado.....	411
5.	El encadenamiento de contratas:	
	la extensión de la inseguridad.....	412
	5.1. El alcance de la responsabilidad solidaria en la cadena.....	412
235.	La omisión de la norma.	412
236.	La solución dominante.	413
	5.1.1 La inexistencia de límites en el encadenamiento.	414
237.	Libertad de contratación vs la tutela de los trabajadores.....	414
	5.2. Los inconvenientes del encadenamiento de contratas.	414
238.	Las empresas de reducidas dimensiones.	414
239.	Los riesgos para la salud y la seguridad de los trabajadores...	415
6.	A modo de corolario.	415

SEGUNDA PARTE:

PROPUESTAS DE LEGE FERENDA UNA REFORMA DEL ARTÍCULO 42 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES..... 417

PRIMERA:

La extensión del ámbito aplicativo del artículo 42 del E.T. 419

SEGUNDA:

La ampliación del ámbito material de la responsabilidad. 422

TERCERA:	
La modificación del deber de comprobar la solvencia de la empresa contratista.	424
CUARTA:	
La imposición de límites cuantitativos a la subcontratación en cadena.	425
QUINTA:	
La responsabilidad subsidiaria como mecanismo de garantía.	427
SEXTA:	
El texto sustitutivo del art. 42 del E.T.:	
La propuesta de <i>Lege ferenda</i>.	437
BIBLIOGRAFÍA CITADA	441

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores Varios
A.P.	Administración Pública
Art.	Artículo
Ar.	Referencia jurisprudencial de Aranzadi Social
BOP	Boletín Oficial de Provincia
Coord.	Coordinador
CC	Código Civil
CCGSS	Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
C.Co	Código Comercio
Crf	Confróntese
EM	Empresas Multiservicios
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
ETA	Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo
ETT	Empresa de Trabajo Temporal
Dir.	Director
FLC	Fundación Laboral de la Construcción
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial
INEM	Instituto Nacional de Empleo
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
LCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal

Lcon	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de Competencia
LETT	Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal
LSSC	Ley 32/2006 de 18 de octubre, denominada Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LOE	Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
LRJAP	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común.
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social
LRL	Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales
MTSS	Ministerio de Trabajo y Seguridad Social
OIT	Organización Internacional de Trabajo
Pág.	Página
Págs.	Páginas
RDL	Real Decreto- Ley
RDLG	Real Decreto Legislativo
RD	Real Decreto
RDET	Revista Española de Derecho del Trabajo
RGR	Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

RDLRT	Real Decreto Ley 17/ 1977 de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo
RL	Revista Relaciones Laborales
SAN	Sentencia Audiencia Nacional
STS	Sentencia Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STCT	Sentencia Tribunal Central de Trabajo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TRLISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
TRADE	Trabajador autónomo económicamente dependiente
TJCE	Tribunal de Justicia Comunitario Europeo
TJCUT	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
UD	Unificación de doctrina
UE	Unión Europea
Vol.	Volumen
Vid.	Véase

INTRODUCCIÓN

1. Relevancia del tema estudiado

La subcontratación de obras y servicios constituye hoy en día el principal instrumento utilizado por las empresas para acometer la externalización de actividades productivas. La expansión de los procesos de descentralización productiva en los que se enmarca la figura de las contratadas y subcontratadas, como se denomina a la subcontratación en España, ha hecho de este instrumento de gestión empresarial uno de los aspectos de mayor relevancia en el estudio del Derecho del Trabajo.

La importancia que tiene la subcontratación como objeto de estudio para la disciplina del Derecho del Trabajo obedece a la intensa repercusión que esta modalidad de gestión empresarial tiene en el ámbito de las relaciones laborales, especialmente en lo que respecta a las condiciones de empleo y de trabajo que tienen los trabajadores involucrados en los esquemas de subcontratación.

Al margen de las valoraciones de orden ideológico que puedan hacerse sobre las causas y finalidades que explican y justifican el fenómeno de la descentralización productiva, lo cierto es que la subcontratación de obras y servicios se presenta como una manifestación propia del modelo de empresa descentralizada que caracteriza a las economías modernas.

La subcontratación de obras y servicios vista como una manifestación inherente a la nueva estructura del sistema productivo y como rasgo fisiológico del nuevo modelo de empresa que se ha consolidado en el mundo de las economías globalizadas, ha hecho necesario el replanteamiento de la lectura clásica que desde la disciplina del Derecho del Trabajo se venía haciendo de la figura de las contratadas y subcontratadas y del fenómeno mismo de la descentralización productiva. En efecto, la visión patológica que originalmente se tenía de este fenómeno, ante el cual se reaccionaba desde una posición de-

fensiva y proponiendo siempre fórmulas de intervención normativa pensadas para evitar el uso fraudulento de las distintas técnicas utilizadas para llevar a cabo la descentralización productiva, ha sido superada por una lectura que entiende la necesidad de abordar el tratamiento jurídico laboral del fenómeno desde una perspectiva diferente.

Tal lectura comprende y asume como válidas las necesidades de orden productivo y económico que justifican el uso de técnicas de gestión empresarial descentralizada, a la vez que enfoca su atención en atender los problemas consustanciales del fenómeno que alteran diversos aspectos del mundo del trabajo, especialmente relacionados con el sistema de relaciones laborales.

Por lo demás, la mencionada comprensión fisiológica de la descentralización productiva, y en particular de la subcontratación de obras y servicios, exige siempre la ponderación de todos los intereses que entran en juego, de modo que cualquier abordaje que se haga para su tratamiento jurídico debe necesariamente atender el obligado equilibrio de estos intereses, que en esencia se resume en la armonización del derecho de libre empresa con la tutela efectiva de los derechos laborales de los trabajadores.

Tratándose de la subcontratación de obras y servicios, las reglas dadas por el ordenamiento jurídico español para su regulación se encuentran plasmadas en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, que constituye la norma base sobre la cual se asienta toda la construcción del sistema normativo que regula la materia de contrata y subcontratas. Sin embargo, la norma adolece de serias deficiencias que distorsionan el equilibrio de intereses de las partes involucradas en los esquemas de subcontratación, en tanto su contenido si bien garantiza el derecho de los empresarios a gestionar su actividad productiva mediante la contratación y subcontratación obras y servicios, no resguarda en debida forma la tutela necesaria a favor de los trabajadores.

El presente trabajo tiene como objeto estudiar el contenido del citado artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. El estudio se centra en el análisis del régimen de responsabilidad empresarial previsto en la norma para el

trabajo realizado mediante contratas y subcontratas. El propósito es conocer los alcances y limitaciones que tiene este régimen de responsabilidad, para evaluar si el mismo cumple o no el sentido teleológico que persigue la norma, que no es otro que el de ofrecer garantías para la tutela de los intereses de los trabajadores y del sistema de Seguridad Social.

La hipótesis de la que se parte es que el contenido del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores no se corresponde con la realidad del sistema productivo vigente, lo que repercute en una disfuncionalidad del régimen de responsabilidad empresarial previsto en la norma. Esta circunstancia exige revisar varios de los aspectos que integran el contenido normativo del artículo, así como considerar la conveniencia de mantener el régimen de responsabilidad empresarial hasta ahora vigente o, en su lugar, establecer uno nuevo que responda de mejor forma a los requerimientos actuales que plantea la subcontratación de obras y servicios como técnica de descentralización productiva. Desde esta perspectiva se abordará el estudio objeto de la presente investigación.

2. Metodología utilizada

En cuanto a la metodología de investigación utilizada, se ha adoptado como punto de partida los textos legislativos relacionados con la materia objeto de estudio. El análisis de tales textos legales se ha efectuado a la luz de la doctrina científica más autorizada así como de la jurisprudencia más importante sobre el tema.

De igual forma, se ha hecho una recopilación, revisión y análisis de la jurisprudencia más relevante que hasta ahora se tiene sobre la materia estudiada. En este caso, se han estudiado infinidad de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, así como de los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas Comunidades Autónomas. Se ha incluido, cuando así lo exigía el tema, el estudio de sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. El análisis de la jurisprudencia estudiada se ha hecho

confrontando sus razonamientos y fundamentos jurídicos con los criterios de la doctrina científica, con el fin de extraer de todo ello las conclusiones más acertadas.

También se ha acudido al Derecho comparado para conocer cómo se regula en otros ordenamientos jurídicos la materia objeto de estudio, y con ello hacer un análisis comparativo que permita entender de mejor forma el alcance y las limitaciones que tiene la normativa española que regula la subcontratación laboral.

3. Estructura del trabajo

El presente estudio se estructura en cinco capítulos que se exponen en un orden que parte de los aspectos de carácter general hacia los de carácter más específico. De esta manera, previo al análisis del contenido propiamente dicho del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, se realiza una exposición sobre la descentralización productiva, como escenario que contextualiza el desarrollo de la subcontratación laboral. A esta labor está dedicado el capítulo primero, en el que se da cuenta de los antecedentes que explican el fenómeno de la descentralización productiva, su definición, la terminología utilizada para designar sus diversas manifestaciones, sus rasgos fisiológicos y sus finalidades, el marco normativo que la regula y su fundamento jurídico, las causas que la promueven y los distintos mecanismos utilizados para su implementación, así como el impacto que tiene sobre la disciplina del Derecho del Trabajo teniendo en cuenta las ventajas y desventajas que ella plantea para los distintos sujetos que intervienen en el sistema de relaciones laborales.

Explicados los antecedentes y alcance que tiene la descentralización productiva como contexto socioeconómico en el que se desarrolla la subcontratación laboral, en el segundo capítulo se pasa al estudio de los principales elementos que integran el contenido del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Aquí se analiza el concepto de contrata y subcontrata y los problemas que derivan de la imprecisión terminológica que acompaña a ambas

figuras. Se analiza los rasgos de los sujetos que intervienen en el negocio de la contrata y subcontrata y la peculiar relación que se da entre ellos. También se hace una explicación sobre el objeto de la contrata y su delimitación para, finalmente, analizar la noción “propia actividad”, para lo cual se expondrán las distintas tesis interpretativas que doctrina y jurisprudencia han desarrollado para definir el contenido material y el alcance de este elemento delimitador del ámbito de aplicación que tiene el citado artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

En el capítulo tercero se tratará el alcance que tiene la subcontratación de obras y servicios en determinados sectores de la economía, en los que se presentan circunstancias particulares que exigen un análisis por separado sobre la aplicación que en ellos se hace de las contrata y subcontratas. Tal es el caso de la subcontratación que tiene lugar en el ámbito de las Administraciones Públicas sujetas a la regulación del derecho administrativo, o la subcontratación en el sector de la construcción que se encuentra regulada por ley especial. En este mismo capítulo se aborda el estudio de la subcontratación vinculada a otros mecanismos propios de la descentralización productiva, como lo son la transmisión de empresas y los grupos de empresas, en cuyos casos se superponen distintas regulaciones cuya aplicación no siempre resulta fácil de armonizar. Se exponen también los problemas e inconvenientes que surgen de la subcontratación que ocurre en el sector servicios llevada a cabo por las denominadas empresas multiservicios, cuyo funcionamiento plantea importantes desafíos de regulación normativa. De igual forma, se analizan los problemas que derivan del uso antijurídico de la subcontratación, particularmente en los supuestos en los que la contrata se utiliza con fines fraudulentos para realizar cesión de trabajadores y cuando se utiliza para entorpecer el ejercicio del derecho de huelga.

A continuación, se analiza el régimen de responsabilidades que aplica para la subcontratación de obras y servicios. Este tema se trata en el Capítulo cuarto que se desarrolla en tres apartados distintos según sea el contenido material de las distintas responsabilidades. Se expone por separado el análisis

de la responsabilidad por obligaciones de naturaleza salarial, sobre el que se examina la naturaleza solidaria de la responsabilidad, su alcance subjetivo, material y temporal. Aparte se hace un análisis sobre la responsabilidad por las obligaciones referidas a la Seguridad Social, distinguiendo entre la responsabilidad de carácter solidario que aplica para las contratadas y subcontratadas correspondientes a la propia actividad reguladas en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, y la responsabilidad de naturaleza subsidiaria que cubre a todo tipo de contratadas y subcontratadas, según la regulación contenida en la Ley General de Seguridad Social. Se analiza también la responsabilidad empresarial en materia de prevención de riesgos. En este caso, se expone en primer término el alcance de las distintas obligaciones que en esta materia asumen los empresarios, para luego analizar las responsabilidades correspondientes a cada una de ellas, haciendo mención aparte de las obligaciones y responsabilidades que aplican para las contratadas y subcontratadas que se ejecutan fuera del centro de trabajo del empresario principal.

Para finalizar, en las conclusiones se expone una lectura crítica sobre las deficiencias que tiene el contenido del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, especialmente en lo que refiere al uso de la noción “propia actividad” y sus consecuencias, como también al limitado alcance que tiene la responsabilidad de naturaleza solidaria que prevé la norma, y se plantearán una serie de propuestas tendentes a modificar el régimen de responsabilidad solidaria previsto en el artículo estatutario.

CAPÍTULO I

LA INCIDENCIA DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN LAS RELACIONES LABORALES

1. La descentralización productiva como forma de organización empresarial.

1. Razones de la descentralización productiva.

Desde inicios de los años ochenta, estudiosos de las ciencias económicas y sociales empezaron a advertir sobre un proceso de cambio en el sistema de organización productiva dominante hasta entonces. La crisis económica y la internacionalización de los mercados, entre otros factores, impulsaron en los países desarrollados el surgimiento de un nuevo modelo de crecimiento económico sustentado en un proceso de profunda reestructuración del aparato productivo¹.

Haciendo frente a los efectos prolongados de la crisis económica, los países industrializados iniciaron un proceso de reformas estructurales en sus respectivos sistemas de producción que apuntaban a la reconversión de los sectores industriales tradicionales, poniendo un marcado interés en la contención de todos los costes de producción, el aumento de la productividad, la rentabilidad y la competitividad de las empresas². En pro de tales fines, empezaron a replantearse los esquemas de organización empresarial para eliminar las rigideces de un modelo productivo que no tenía el dinamismo necesario para acoplarse a las exigencias que empezaba a imponer la apertura de las economías al mercado mundial globalizado.

1 ARTILES MARTÍN, Antonio y JÓDAR MARTÍNEZ, Pere, “Breve ensayo sobre crisis y relaciones industriales” en AA.VV. Crisis económica y relaciones industriales. Ensayos sobre el conflicto capital/ trabajo, estrategias y alternativas, Zero, Madrid, 1985, pág. 25; CASTILLO ALONSO, Juan José, “Las nuevas formas de organización del trabajo”, en, AA. VV., *Las nuevas formas de organización del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pág. 30; VALDÉS DAL- RÉ, Fernando, “La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo”, en AA.VV., [Abdón Pedrajas Moreno (Dir.)]: *La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinar*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 27; RIVERO LAMAS, Juan, “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV., [Juan Rivero Lamas (Dir.) Ángel Luis de Val Tena (coord.)]: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: El «Outsourcing»*, Thompson, Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 23.

2 BLAT GIMENO, Francisco, “Análisis jurídico-laboral de la descentralización productiva”, Tesis doctoral inédita, Valencia, 1989, págs. 2 y 3.

La apertura de la economía hacia mercados globalizados y más competitivos hace necesario dotar a la empresa de una organización más dinámica y versátil. Así, las clásicas estructuras de la empresa industrial, rígidas y estrictamente jerarquizadas, empezaron a ser sustituidas por sistemas de coordinación y control menos centralizados, en los que se implementaban técnicas de producción más flexibles³.

Este cambio en el modelo de organización empresarial, parte de la idea de que la estructura productiva de la empresa clásica fordista, basada en el sistema de producción en serie que se articula mediante un esquema de integración vertical y de control y ejecución de todas las actividades del ciclo productivo, adolece de serias limitaciones para responder con agilidad a las exigencias que impone un mercado cada vez más abierto y competitivo⁴.

A tenor de estas exigencias económicas y productivas, la empresa tradicional empieza a experimentar fuertes cambios en su estructura. Paulatinamente, la empresa va dejando atrás su diseño monolítico para optar por una estructura diversificada que le permite mayor capacidad de adaptación a las exigencias que le impone la economía de mercado.

La empresa moderna tiene una preferencia por organizarse mediante un sofisticado conglomerado de unidades de producción especializadas que intervienen de manera coordinada, pero independiente, para la misma estructura productiva que se articula bajo un esquema de corte horizontal y flexible, caracterizado por la fragmentación del proceso productivo y la externalización de actividades productivas.

A este esquema de organización empresarial se le ha denominado con el término de “descentralización productiva”, que alude a la idea central del cambio perseguido, cual es: fragmentar el proceso productivo de la empresa mediante la implementación de una estructura abierta y flexible, sustentada en un esquema de colaboración inter-empresarial que permite exteriorizar ac-

3 BLAT GIMENO, Francisco, “Análisis jurídico-laboral...”, op. cit., págs. 3 y 4.

4 GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva”, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007, pág. 19.

tividades de producción para que sean asumidas por otras empresas que las realizan desde afuera y con las cuales la empresa principal se vincula mediante diversas formas jurídicas⁵.

5 Son muchos los trabajos doctrinales dedicados al estudio de la descentralización productiva, entre ellos se pueden citar los siguientes: BLAT GIMENO, Francisco, “*Análisis jurídico-laboral...*”, op. cit.; CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas*”, Relaciones Laborales, 1992, Tomo I, págs. 114 a 162; “*Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales*” Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 13, 1994, págs. 7 a 32; DEL REY GUANTER, Salvador y LUQUE PARRA, Manuel, “*Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral*”, Relaciones Laborales, núm. 20, 1999, págs. 530 a 569; CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Outsourcing y relaciones laborales*”; AA.VV. “*Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, págs. 249 a 326; AA. VV., “*Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*”, Tirant lo blanch, Valencia, 2000; AA. VV., “*Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “*La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa*”, Relaciones Laborales, núm. 18, 2001; LÓPEZ GANDÍA, Juan, “*Descentralización productiva y cooperativas de trabajo*”, Revista de Derecho Social, núm. 20, 2002, págs. 39 a 70; AA. VV., “*La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*”, Lex Nova, Valladolid, 2002; LÓPEZ ANIORTE, María Del Carmen, “*La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*”, Murcia, 2003; RIVERO LAMAS, Juan, “*Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral*”, op. cit, págs. 23-62; MARTÍNEZ GARRIDO, Luis Ramón, “*Algunas reflexiones sobre la descentralización productiva. Presente y futuro*”, Tribuna Social, núm. 184, 2006, págs. 16 a 22; RODRÍGUEZ- PIÑERO ROYO, Miguel, “*La descentralización productiva en el estatuto de los trabajadores: regulación y desregulación*”, en AA.VV Veinticinco años de Estatuto de los Trabajadores: Balance y perspectiva para un nuevo Estatuto (coord. Miguel Rodríguez-Piñero Royo, María Luisa Pérez Guerrero), Jornadas Universitarias Andaluzas del Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, 2006, págs. 165-222; PASTOR MARTÍNEZ, Alberto, “*Descentralización productiva y extinción del contrato por causas organizativas o de producción. Comentario a la STS (UD) de 31 de mayo de 2006 (RJ 3971)*”, Iuslabor, núm. 4, 2006, págs. 1-7; SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “*Descentralización Productiva, subcontratación y calidad de empleo: ¿Términos incompatibles?*”, Revista de Derecho Social, núm. 36, 2006; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*” op., cit.; CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*La descentralización en España. Su impacto en las relaciones laborales*”, en http://www.larevistactesc.cat/documents/200710cruz_villalon.pdf; GÓMEZ GORDILLO, Rafael, “*Descentralización productiva en la negociación colectiva en Andalucía*”, Temas Laborales, Vol. III, núm.. 100, 2009, págs. 1.105 a 1.146; DESDENTADO DAROCA, Elena. “*Descentralización productiva, transmisión de empresa y grupos de sociedades en el concurso*”, Temas Laborales, núm. 108, 2011, págs. 53-58; MONEREO PÉREZ, José Luis. “*Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización*

Como modelo de organización empresarial, la descentralización productiva empezó a consolidarse en el sector de la construcción y en el de la construcción naval, donde originalmente se utilizaba por las empresas de estos sectores para aprovisionamiento de actividades en las que se requería de cierta especialidad en los trabajadores o maquinaria de utilización esporádica⁶.

No se trata por lo tanto de un fenómeno de aparición reciente, pero en los últimos tiempos la descentralización productiva ha experimentado un auge de tal dimensión que hoy en día se le tiene como modelo predominante que pauta el sistema de producción de bienes y servicios, especialmente, el modelo de organización empresarial. La descentralización productiva se ha extendido por todas partes sin importar el nivel de desarrollo de las economías locales ni la naturaleza de las actividades en las que tiene cabida. Bien puede decirse que la descentralización productiva se ha globalizado y que la empresa descentralizada ha pasado a ser la empresa modelo del actual sistema productivo⁷.

2. La externalización como modelo descentralizador.

En lo fundamental, la idea en la que se asienta la descentralización productiva tampoco es novedosa. La empresa del modelo fordista también se basa en la fragmentación del proceso productivo como técnica para lograr mayor especialización. De igual forma, la colaboración inter empresarial con fines productivos ha existido desde la aparición misma de la empresa industrial. Lo innovador del cambio que introduce la descentralización productiva radica en la forma particular como se lleva a cabo la división del proceso productivo⁸.

(I)", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2011, págs. 287-322; MARRERO RODRÍGUEZ, Josefa Rosa, "Las transformaciones más recientes en el ámbito de la organización empresarial: la descentralización productiva", *Tempora* núm. 7, diciembre 2014, págs. 107-124; FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, "Descentralización laboral: problemas e incidencias", *Revista de Derecho Social*, núm. 75, 2016, págs. 13-30.

6 MARTÍNEZ GARRIDO, Luis Ramón, "Algunas reflexiones sobre la descentralización productiva. Presente y futuro", *Tribuna Social*, núm. 184, 2006, pág. 16.

7 BLAT GIMENO, Francisco, "Análisis jurídico-laboral...", op. cit., pág. 8; VALDÉS DAL- RÉ, Fernando, "La externalización de actividades laborales...", op. cit., pág. 30.

8 CRUZ VILLALÓN, Jesús, "Descentralización productiva y sistema...", op. cit., págs.

Mientras tanto en la empresa del modelo fordista la segmentación del proceso productivo se llevaba a cabo en el interior de la misma, conforme al principio de división del trabajo “intra empresa” bajo la estructura vertical de estratificación jerárquica de los trabajadores, en la empresa descentralizada esa segmentación se hace hacia afuera, esto es, hacia agentes externos a la empresa, que intervienen en su proceso productivo ejecutando las actividades que han sido descentralizadas. Se trata por lo tanto de una división del trabajo “extra empresa”, que se lleva a cabo mediante la externalización de actividades productivas.

Por consiguiente, la segmentación del proceso productivo que tiene lugar en la empresa que se descentraliza es mucho más intensa y requiere de vínculos de cooperación y coordinación inter empresarial más fuertes y de diversa naturaleza a los vínculos meramente asistenciales que tenían lugar en la empresa del modelo fordista.

3. La estrategia empresarial en red.

El grado de fragmentación del proceso productivo y la intensidad de los vínculos inter empresariales que, en todo caso, se requieren para mantener la integridad de la actividad productiva, hacen que la empresa descentralizada se organice mediante una auténtica red de producción, integrada por varias empresas que intervienen en la gestión del mismo proceso productivo. Esta modalidad de organización ha dado lugar a la empresa de estructura en forma de red⁹, que se ha convertido en la empresa paradigma de la descentralización productiva¹⁰.

8 a 12.

9 El origen del término “empresa red” se le atribuye al sociólogo Manuel Castells, quien lo empezó a utilizar desde inicios de la década de los años 90. CASTELLS OLIVÁN, Manuel, “*La sociedad en red. Una visión global*” Alianza Editorial, Madrid, 2006.

10 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. “*Nuevas tecnologías y relación de trabajo*” Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 13; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “*La externalización de actividades laborales...*”, op. cit., pág. 29; RIVERO LAMAS, Juan, “*Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral*”, op. cit, pág. 25.

En su composición básica, la estructura en red que adopta la empresa descentralizada se integra de un núcleo compuesto por la misma empresa principal que decide descentralizar su proceso productivo, y por una periferia donde se ubican las empresas auxiliares que participan en la ejecución de las actividades externalizadas. La característica principal de la red es la desagregación vertical de las actividades productiva de manera que las actividades que antes eran realizadas en el interior de la propia empresa, pasan a ser ejecutadas desde afuera por empresas independientes.

La estructura en red se sustenta en los vínculos de coordinación de actividades productivas a partir de un proceso de división del trabajo que le permite a la empresa principal enfocarse en la ejecución de las actividades esenciales o estratégicas de su negocio, y delegar en otras empresas o agentes externos, la realización de todas las demás actividades productivas que considere de naturaleza complementaria a las primeras, o que por razones estratégicas resulte más convenientes encomendarlas a terceros.

4. La descentralización empresarial como fenómeno poliédrico.

No obstante, y aún y cuando el elemento reticular sea distintivo de la descentralización productiva, no es posible hablar de un prototipo de empresa descentralizada con rasgos únicos y bien definidos, pues la descentralización asume diversas formas y atiende al complejo tramado de realidades propias del mundo de las economías globalizadas.

Resaltando esta complejidad, a la descentralización productiva se le ve como “*un fenómeno poliédrico que se resiste a ser encorsetado en moldes o patrones uniformes, sean estos de carácter organizativo o sean de naturaleza jurídica*”¹¹. Es cierto que la consolidada expansión con que cuenta ya la descentralización como modelo productivo justificaría dejar de lado esa naturaleza “fenomenológica” para otorgarle, al menos como objeto de estudio, una condición más estable. Sin embargo, hasta el día de hoy la descentrali-

11 VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “*La externalización de actividades laborales...*”, op. cit., pág. 31.

zación productiva sigue planteando serios problemas para su comprensión y análisis.

5. Los efectos de la descentralización sobre el Derecho del Trabajo.

Desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, el estudio de la descentralización productiva implica grandes desafíos. Para empezar, resulta obvio que un cambio en la organización empresarial como el que se viene exponiendo, proyecta importantes consecuencias sobre las relaciones laborales. No debe perderse de vista que fue en el seno de la empresa tradicional de la gran industria donde el Derecho del Trabajo echó raíces.

Los preceptos básicos que construyen la dogmática jurídica del Derecho del Trabajo fueron construidos bajo la referencia del modelo organizativo de la empresa fordista. La propia construcción de la relación de trabajo como relación exclusivamente bilateral, la concepción clásica del empresario como el sujeto que guarda identidad plena con el titular de la empresa, la subordinación jurídica como elemento determinante del contrato de trabajo y todo el elenco de derechos colectivos, fueron construidos en función de ese modelo de empresa.

En consecuencia, el cambio de modelo organizacional de la empresa ha provocado una dislocación de los instrumentos que el Derecho del Trabajo ha venido desarrollando para regular las relaciones laborales en el sistema productivo. Esta situación provoca la pérdida de eficacia jurídica del ordenamiento jurídico laboral a la hora de enfrentar la compleja realidad que plantea la descentralización productiva.

Por otro lado, las nuevas formas de organización empresarial y en especial el esquema de división del trabajo que en ellas tiene cabida, ha provocado una fuerte disgregación de la mano de obra en diversas categorías de trabajadores, cuyo status laboral queda directamente condicionado a la ubicación que estos lleguen a tener dentro de la red productiva bajo la cual se organiza la empresa descentralizada. En tanto los trabajadores vinculados

a la empresa principal suelen tener trabajo estable y bien remunerado, los trabajadores de las empresas auxiliares o los que se encuentran ubicados en la periferia mantienen condiciones laborales precarias y de escasa seguridad jurídica¹².

De igual forma, la empresa descentralizada utiliza diversas técnicas de gestión de mano de obra mediante las cuales se prescinde por completo del trabajo asalariado para sustituirle por fórmulas de auto empleo o trabajo autónomo, de donde surgen importantes contingentes de trabajadores que quedan fuera del ámbito de regulación del Derecho del Trabajo.

Expuestos en amplia perspectiva, estos son los principales problemas que enfrenta el Derecho del Trabajo de cara a la descentralización productiva, y en torno a éstos se desarrolla un intenso debate que llama a la reflexión sobre la necesidad que tiene esta rama del Derecho de remozar -cuando no de rediseñar- sus preceptos y nociones fundamentales para poder así ponerse a tono con las exigencias que imponen las nuevas formas de organización empresarial¹³.

2. Concepto de descentralización productiva y terminología utilizada.

6. La variedad terminológica acerca de la descentralización.

Es común el reproche que se hace en la doctrina respecto a la falta de precisión terminológica con que se suele abordar el estudio de la descentralización productiva. Términos como descentralización empresarial, tercerización, externalización, deslocalización productiva, subcontratación y

12 DEL REY GUANTER, Salvador y LUQUE PARRA, Manuel, “*Descentralización productiva y relación laboral...*”, op. cit., pág. 460; CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Descentralización productiva y sistema...*”, op. cit., pág. 13; RIVERO LAMAS, Juan, “*Proyecciones de la descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 30; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 42.

13 LÓPEZ TERRADA, Eva, “*Las repercusiones de la globalización en el ordenamiento laboral español*” en AA.VV., [María Luisa Atienza Navarro, Raquel Evangelio Llorca, María Dolores Mas Badía y María Pilar Montes Rodríguez (coord.)]: *Pensamientos jurídicos y palabras dedicados a Rafael Ballarín*, Universidad de Valencia, 2009, pág. 545.

outsourcing, son de uso frecuente y suelen utilizarse indistintamente por los estudiosos que tratan del tema, lo que evidentemente dificulta aún más la correcta comprensión del objeto en estudio.

7. El término descentralización productiva.

El término descentralización productiva resulta comprensivo de los otros términos a los que hemos hecho referencia, lo que permite si se quiere, establecer una relación de género y especie entre aquel y estos.

Así, en relación al término “descentralización empresarial” a pesar de la similitud semántica que tiene con la alocución de nuestra preferencia, hay que advertir que el adjetivo utilizado delimita el campo de estudio al espacio de la empresa, entendida esta desde su concepción económica como organización productiva dedicada a actividades industriales o mercantiles con fines lucrativos, con lo cual se puede incurrir en exclusión de otros escenarios ajenos a la empresa donde tiene cabida la descentralización productiva como lo pueden ser las Administraciones Públicas¹⁴.

8. El término “tercerización”.

Frente al término tercerización¹⁵ que en el tratamiento que de él hace la doctrina, alude a la intervención de un tercero en la realización de tareas que forman parte de la actividad productiva de una empresa principal, se debe advertir sobre la existencia de otras modalidades de descentralización productiva en las cuales el esquema es mucho más complejo que el que ocurre con la mera intervención de un tercero en el ciclo productivo de la empresa principal, como sucede con el esquema seguido por los grupos de empresa¹⁶.

14 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*La descentralización en España. Su impacto en las relaciones laborales*”, en http://www.larevistactesc.cat/documents/200710cruz_villalon.pdf.

15 El término “tercerización” es de uso común en Latinoamérica, en especial entre los autores de los países del Cono Sur.

16 Refiriéndose a los grupos de empresa, Jesús Cruz Villalón señala: “Se trata de una forma de organización de la actividad empresarial, cuya expresión básica son las relaciones que se establecen hacia el interior del grupo entre las diversas empresas que lo integran, conformándose una red de vínculos entre dichas empresas.” Cfr. CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Los*

9. Los términos “externalización” y “exteriorización” de actividades.

Los términos de externalización o exteriorización de actividades, que en la mayoría de estudios se toman como equivalentes, pueden resultar inapropiados. Estos se identifican con mayor claridad con una de las fases de la descentralización productiva pero no con la totalidad del proceso. Por lo general, la empresa decide externalizar o exteriorizar una actividad después de acometer en una fase previa una reorganización de su ciclo productivo, mediante la cual determina qué actividades productivas externaliza o exterioriza y cuáles de ellas mantiene bajo su ejecución y control. La externalización o exteriorización entendida de esta forma, presupone la realización de una actividad productiva que la empresa ha venido realizando por sí misma y luego decide trasladar a un tercero para que sea éste quien la realice y se la suministre desde afuera.

No obstante, es común también que la empresa desde su propia génesis se organice bajo un modelo de descentralización productiva, concentrando su gestión solo en las actividades estrictamente necesarias para su cometido empresarial y contratando con terceros la realización de las otras actividades auxiliares, en cuyo caso, resultaría poco acertado hablar de externalización o exteriorización de actividades porque, en sentido estricto, la empresa no está externalizando o exteriorizando ninguna actividad de su ciclo productivo original.

Desde luego que en un sentido más amplio pueden aceptarse los términos de externalización o exteriorización para denominar toda aquella actividad que la empresa principal acopia del exterior para sumarla a su proceso productivo, con lo cual corremos el riesgo de incorporar a esta categoría actividades que no se identifican con el esquema de descentralización productiva.

cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales”, en AA. VV., [Miguel Rodríguez Piñero-Royo (Coord.)]: “El empleador en el Derecho del Trabajo XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales” Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1999, pág. 39. Como se sabe, el artículo 42 del E.T. posibilita el encadenamiento sucesivo de contrata y subcontratas sin límite subjetivo alguno, lo que permite la intervención de varios empresarios en la realización segmentada de la misma actividad productiva.

10. El término “deslocalización productiva”.

Similar situación encontramos con el término “deslocalización productiva”, pues ocurre que a la empresa en muchos casos le es posible organizarse bajo un modelo de descentralización productiva sin que ello implique una deslocalización de sus actividades. Esta posibilidad tiene lugar en casos como el del suministro de mano de obra a través de Empresas de Trabajo Temporal, contrato de uso común en los esquemas de descentralización productiva, que permite a la empresa principal exteriorizar la contratación de mano de obra para la realización de actividades de su ciclo productivo que pueden ser ejecutadas en sus propias instalaciones. También puede la empresa acudir a la contrata y subcontrata de obras y servicios para la realización de tareas en su propio centro de trabajo, con lo cual estaría implementando un modelo de descentralización productiva sin que surja una deslocalización productiva.

11. El término “subcontratación”.

Por su parte, el término “subcontratación” adolece de una alta dosis de ambigüedad. Por un lado, la ciencia económica le reconoce una doble acepción que permite tanto una designación genérica que comprende toda descentralización de actividades que integran el ciclo productivo de la empresa, como también una designación más técnica alusiva a la operación mediante la que una empresa encarga a otra la ejecución de una parte de la producción o de ciertos servicios bajo ciertas directrices previamente acordadas¹⁷.

Por otro lado, desde la doctrina jurídica, es fácil advertir el alcance limitado que tiene este término para denominar con él la compleja realidad que presenta la descentralización productiva, ya que en su correcta noción jurídica, la subcontratación supone la existencia de un contrato principal y otro derivado, que es el que se denomina propiamente como subcontrato¹⁸. En

17 BLAT GIMENO, Francisco, “*Análisis jurídico-laboral...*”, op. cit., pág. 47.

18 El mecanismo de la subcontratación deriva de la aplicación del subcontrato, entendido por tal, según lo define Ramón López Vilas, como “el contrato derivado y dependiente de

muchas de las modalidades contractuales que utilizan las empresas organizadas bajo el esquema de descentralización productiva no siempre está presente la coexistencia de los dos contratos, lo que en buena técnica imposibilita el hacer uso generalizado del término subcontratación para denominar el fenómeno descentralizador¹⁹.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el término subcontratación en su noción idiomática tiene diversos significados para los distintos idiomas, lo que imposibilita poder darle un uso de aplicación internacional. Precisamente la polisemia que ofrece el término subcontratación en los tres idiomas oficiales de la OIT, impidió en buena medida, la adopción del convenio internacional sobre el trabajo en régimen de contratación que discutió la Conferencia Internacional del Trabajo en el año 1998²⁰.

otro anterior de su misma naturaleza, que surge a la vida como consecuencia de la actitud de uno de los contratantes, el cual, en vez de ejecutar personalmente las obligaciones asumidas en el contrato originario, se decide a contratar con un tercero la realización de aquéllas, en base al contrato anterior del cual es parte”. VILAS LÓPEZ, Ramón, *“El Subcontrato”*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1973, pág. 193.

19 Sobre este punto, resulta importante recordar la amplia discusión que se ha dado en la doctrina que aborda el estudio del contenido del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, dado que la norma utiliza los términos de “subcontratación”, “contratista” y “subcontratista” bajo una redacción ambigua que propició tesis divididas en torno a los alcances de la responsabilidad solidaria. En tanto unos han sostenido que la responsabilidad se refiere solo a los “subcontratistas”, otros defienden la tesis amplia a favor de la responsabilidad tanto de contratistas como de subcontratistas. No obstante, la mayoría de los autores se inclinan por interpretar que la norma utiliza el término “subcontratista” para referirse propiamente a quien realiza el servicio, sin importar si se trata del contratista original o de uno subcontrato por este. Véase entre otros a: MARTÍN VALVERDE, Antonio, *“Responsabilidad empresarial en el caso de subcontrata de obras y servicios”*, en AA.VV., [Efraén Borrajo Dacruz (Dir.)]: *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo VIII, artículos 39 al 44, Editorial de Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, págs. 255 y ss.; GODINO REYES, Martín y SAGARDOY DE SIMÓN, Iñigo, *“Contrata y subcontrata de obras y servicios. La cesión de trabajadores a través de las Empresas de Trabajo Temporal”*, Editorial CISS S.A., Valencia, 1998, pág. 15; ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, *“Derechos Colectivos en materia de contrata y subcontratas”*, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección de trabajo en contrata. Estudios en homenaje de Francisco Blat Gimeno*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 324; SORIANO CORTÉS, Dulce, *“El derecho de información de los representantes de los trabajadores en los supuestos de contratación”*, *Temas Laborales*, núm. 56, 2000, pág. 122.

20 En relación al tema, véase, BRIONES GONZÁLEZ, Carmen, *“El trabajo en régimen de subcontratación, o el extraordinario tránsito de la locatio conductio Operis a la parasu-*

12. El término “outsourcing”.

De uso más frecuente que todos los anteriores ha sido el vocablo anglosajón *outsourcing*, si bien no por más usado ofrece menos inconvenientes. Para empezar, lo que resulta obvio, este término trae consigo el uso odioso, por innecesario, de un anglicismo que en español carece de todo significado. Su génesis se encuentra en el mundo empresarial norteamericano de los años noventa, y su desarrollo fue propiciado por el auge en la demanda por parte de las empresas de las tecnologías de punta. En sus inicios el término era utilizado para referirse a mecanismos mediante los cuales se “transfiere a empresas de informática especializadas justamente este tipo de servicios por parte de otras empresas que como tales se dedican a actividad diversa de la informática propiamente dicha, pues las mismas no se integran dentro de lo que sería el “corazón” de su negocio, pero que requieren de la correspondiente tecnología de la información como una inestimable herramienta de trabajo dentro de su proceso productivo”²¹.

Partiendo de su finalidad primigenia, el outsourcing es considerado como un contrato atípico mediante el cual se designa la contratación de los servicios informáticos a una empresa especializada en el ramo que los provee a la empresa principal desde afuera. Sin embargo, la expansión del término lo ha conducido a poder designar con él de modo genérico cualquier esquema de tercerización de servicios²².

En términos más genéricos, el outsourcing ha sido definido como “el conjunto de contratos mercantiles articuladores de relaciones de colaboración

bordinación de la mano del Proyecto de Convenio y Recomendación de la OIT”, Relaciones Laborales, Tomo I, 1998, págs. 118 y ss. En igual sentido BRONSTEIN, Arturo, “*La subcontratación laboral*” (ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre Derecho del Trabajo ante el Nuevo Milenio, República Dominicana, en abril de 1999). Organización Internacional del Trabajo, San José, Costa Rica, disponible en: www.oit.or.cr/oit/papers/subcontrat.pdf.

21 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Outsourcing y Relaciones Laborales*”, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 2000, pág. 251.

22 RIVERO LAMAS, Juan, “*Proyecciones de la descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 24.

externa empresarial idóneos para materializar la externalización de actividades y funciones de la empresa”²³.

En consonancia con esta última acepción, la doctrina reconoce dos tipos fundamentales de outsourcing: El primero de ellos, definido como el proceso mediante el cual una tarea o actividad tradicionalmente realizada dentro de la empresa es transferida para su ejecución a un proveedor externo. El segundo, consiste en un proceso por el cual cualquier actividad -independientemente de que se hubiera realizado o no dentro de la empresa- es ejecutada fuera de los límites de la organización²⁴.

De igual forma, se suele hablar de outsourcing operativo y de outsourcing estratégico dependiendo de la naturaleza de las funciones que se exteriorizan. El primero de ellos hace referencia a la externalización de actividades accesorias o de poca importancia, en tanto que el segundo afecta actividades neurálgicas del proceso productivo de la empresa, que pasan a ser exteriorizadas²⁵.

La ajenidad léxica que tiene el término outsourcing, unida a la poca precisión conceptual que ofrece, según lo que se explica líneas arriba, hace poco recomendable su uso en el tratamiento científico del tema bajo estudio.

13. Preferencia por el término “descentralización productiva”.

Por lo que se ha adelantado en este análisis, resulta clara la inclinación por el uso del término “descentralización productiva”. Preferencia que obedece, en primer lugar, a que es éste el que más aceptación ha tenido en España.

23 GARCÍA-MORENO GONZALO, José María, “*Contratos entre empresas para la instrumentalización de la externalización de actividades laborales. Tipología y régimen jurídico base*”, en AA.VV., [Pedrajas Moreno, A. (Dir.)]: *La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinar*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 56.

24 CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, Fernando, LUQUE DE LA TORRE, María de los Ángeles, RODRÍGUEZ POMEDA, Jesús y SORIA LANIBÁN, Pilar, “*La estrategia del outsourcing en el Sistema Financiero Español*”, *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, Vol. XXVII, núm. 99, enero- marzo 1999, pág. 387.

25 RIVERO LAMAS, Juan, “*Proyecciones de la descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 24; CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Outsourcing...*”, op. cit., pág. 259.

También porque permite una conceptualización más clara, al menos en lo didáctico, de la idea central que se debe partir a la hora de abordar el estudio de las nuevas formas de organización empresarial.

En efecto, la conceptualización que la doctrina ha dado al término “descentralización productiva” hace alusión tanto a la fase de exteriorización de las funciones del proceso productivo tradicionalmente desarrolladas en el interior de la empresa, como a la fase de participación en el proceso, de sujetos o entidades independientes a quienes se desplazan las actividades que han sido exteriorizadas²⁶.

Aún y cuando en la doctrina existe consenso a la hora de identificar los elementos definitorios que caracterizan la descentralización productiva como modelo de organización empresarial, no es fácil fijar con claridad y precisión su significado, ya que se trata de un fenómeno que atiende a una realidad compleja y en constante cambio.

Algunos autores, poniendo el énfasis en el elemento de transferencia o desplazamiento hacia afuera de actividades originalmente desarrolladas por la propia empresa, definen la descentralización como “una forma de organización del proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios para el mercado, en virtud del cual una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo”²⁷.

El problema de una definición como la antes vista, es que parte de la existencia de un modelo productivo centralizado que pasa a desintegrarse a

26 LÓPEZ ANIORTE, María Del Carmen, “*La descentralización productiva y su incidencia en...*”, op. cit., pág. 21.

27 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Descentralización productiva y sistema...*”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 13, 1994, pág. 8. El mismo autor, “*Outsourcing...*”, op. cit., pág. 254. En términos similares, DEL REY GUANTER, Salvador y LUQUE PARRA, Manuel, “*Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 532.

través del “desplazamiento” de actividades hacia fuera. Ya se ha dicho que en la actualidad es práctica común que una empresa se organice bajo un modelo descentralizado desde su propio nacimiento como organización productiva, acudiendo desde el inicio a la contratación externa de ciertas actividades productivas, sin que con ello se esté ejecutando ninguna transferencia o desplazamiento de actividades.

Por lo anterior, parece más correcto definir la descentralización como “una forma de organizar el proceso productivo para la obtención de bienes y servicios, basada en una técnica de gestión que consiste en contratar con proveedores externos ciertas fases o actividades no consideradas competencias básicas de ésta, con independencia de que con anterioridad las viniera o no desempeñando²⁸.

El acierto de esta última definición, reside en que en ella se hace referencia tanto a la descentralización sobrevenida en la empresa que originalmente se ha organizado bajo la lógica del modelo de producción tradicional, como a la descentralización que ocurre en la empresa que desde su constitución opta por la organización del esquema descentralizado²⁹.

La comprensión de ambos supuestos de descentralización es importante debido a las consecuencias económicas y sociales que ocurren en uno y otro caso. Este aspecto tiene especial relevancia si se considera que el impacto de la descentralización productiva en las relaciones laborales difiere en grado importante dependiendo de si la descentralización es sobrevenida en la empresa ya existente o si se trata de una descentralización que opera desde

28 RIVERO LAMAS, Juan, “*Proyecciones de la descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 9.

29 PÉREZ GUERRERO, María Luisa y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, “*Contratas y cesión de trabajadores en la reforma laboral de 2006*”, *Temas Laborales*, núm. 85, 2006, pág. 105. Estos autores cuestionan el correcto alcance del término “descentralización productiva” por considerar que ni corresponde a la terminología utilizada en el ámbito de la empresa –que habla de “externalización” o de “outsourcing”-, ni expresa tampoco la realidad del término: no estamos “descentralizando” actividades anteriormente gestionadas de forma centralizada, sino que la producción se diseña desde un primer momento como la combinación de servicios y funciones desarrolladas interna y externamente.

la génesis misma de la empresa, aspecto que será abordado con detalle más adelante.

Otras definiciones utilizadas en la doctrina, marcan en acento en el sentido finalista de la descentralización productiva. Así, se dice que la descentralización productiva “consiste en sacar fuera de la empresa principal, por razones de rentabilidad o competitividad, las funciones o actividades integrantes del ciclo productivo tradicional, para ser desplazadas a otras empresas “auxiliares” o personas individuales con quienes la “empresa principal” establece contactos de variada índole, civiles o mercantiles, obteniendo así, con el mínimo coste, un resultado productivo laboral de trabajadores respecto de los cuales carece de la consideración jurídica de empleadora”³⁰.

En consonancia con las ideas centrales de las anteriores definiciones, puede decirse que el elemento definitorio de la descentralización productiva, reside en el acto de aprovisionamiento externo de toda actividad productiva que pudiendo ser ejecutada por la empresa con sus propios medios, se confía a un tercero para que sea este quien la suministre desde afuera.

14. Los rasgos fisiológicos de la descentralización productiva.

Atendiendo al aspecto fisiológico de la descentralización productiva, muchos autores le acusan de ser un fenómeno paradójico, en tanto hace materialmente posible que la empresa de manera simultánea aumente su capacidad productiva reduciendo su propia estructura de producción. La empresa descentralizada se organiza bajo una lógica de gestión productiva ambivalente por cuanto “se pretende alcanzar cada vez mayor cuota de mercado (expansión de la dimensión empresarial) al tiempo que se trata de obtener estos resultados con cada vez menos planilla de empleados propios (adelgazamiento de estructuras)”³¹.

30 LÓPEZ ANIORTE, María Del Carmen, “*La descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 19.

31 MARTÍNEZ GARRIDO, Luis Ramón, “*Descentralización Productiva: Outsourcing*”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 34.

Existe también en la descentralización productiva una doble dimensión física que se manifiesta por un lado en la expansión de la pequeña empresa que en la generalidad de los casos desarrolla su actividad económica en exclusiva para la empresa principal³² en tanto, por otro lado, se potencia el surgimiento de empresas de grandes dimensiones organizadas bajo esquemas de grupo³³ o mediante la estructura en red.

Destacando la importancia de este último aspecto, se ha dicho que la descentralización productiva no solo produce un “efecto centrífugo” que lleva al adelgazamiento de la empresa mediante la subcontratación, sino también genera un efecto “centrípeto” que tiene como consecuencia la formación de grandes conglomerados empresariales que se articulan a partir de una sociedad matriz que se coordina con unidades productivas separadas”³⁴.

En todo caso, la descentralización productiva impacta en el dimensionamiento de la empresa, sea esta pequeña o grande³⁵, en tanto unas y otras se valen en mayor o menor grado de los mecanismos de descentralización para lograr una mayor capacidad competitiva³⁶. Las primeras manteniendo su estructura reducida al mínimo estrictamente necesario para el cumplimiento de sus fines; en tanto las segundas, modificando su organización ya sea mediante el achicamiento de sus dimensiones, ya sea a través de la adopción de esquemas complejos de cooperación y coordinación inter empresarial que les permitan una posición estratégica en el mercado.

En cualesquiera de sus dimensiones, lo cierto es que el modelo de empresa descentralizada se asienta en un esquema que apuesta a una profunda

32 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*La descentralización en España...*”, op. ci., pág. 10.

33 SALA FRANCO, Tomás, “*Descentralización Empresarial y Responsabilidad en España*”, en AA.VV., [Tomás Sala Franco, Cristina Mangarelli, Francisco J. Tapia Guerrero (Coord.)]: *La Descentralización empresarial y la responsabilidad laboral en América Latina y España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 202.

34 BLAT GIMENO, Francisco, “*Análisis jurídico-laboral...*”, op. cit., pág. 28

35 PÉREZ GUERRERO, María Luisa y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, “*Contratas y cesión de trabajadores...*”, op. cit., pág. 104.

36 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*”, La Ley- Actualidad S.A., Madrid, 1999, pág. 4.

división del trabajo, según el cual, la empresa se reserva para sí únicamente la ejecución de las actividades medulares o estratégicas de su negocio, y pone en manos de terceros la ejecución y suministro de todas aquellas otras tareas que puedan desgajarse del núcleo esencial de su proceso productivo³⁷.

En la generalidad de los casos, la división del ciclo productivo y la externalización de actividades se suceden en dos fases claramente diferenciables: en una primera fase, la empresa identifica las actividades que puede segregar del proceso productivo para sacarlas de su propia gestión (división del ciclo productivo); en una segunda fase la empresa contrata el aprovisionamiento de dichas actividades desde el exterior (externalización de actividades)³⁸

La división del trabajo entre empresas y externalización de funciones a través de una cooperación interempresarial son, a criterio de algunos autores, los componentes que caracterizan y dan identidad propia a la descentralización productiva³⁹. Según esto último, la división de trabajo y la externalización de actividades son dos caras de una misma moneda, que como el perfil del dios Jano determinan los rasgos fisiológicos de la empresa descentralizada.

En la empresa descentralizada, la división del proceso productivo adquiere una dimensión que no se conoce en el modelo fordista. En este, la empresa controlaba cuando no todas, sí la gran mayoría de las actividades del ciclo productivo, delegando en terceros sólo tareas muy puntuales, nunca relacionadas con la parte nuclear de su negocio. En tanto, en la empresa des-

37 Para BLAT GIMENO, Francisco, “la clave de la descentralización estriba en que, la cada vez mayor complejidad y articulación de los procesos productivos mueve a las empresas a reservarse exclusivamente las funciones de carácter estratégico”. Cfr. BLAT GIMENO, “*Análisis jurídico-laboral...*”, op. cit., pág. 15.

38 LÓPEZ ANIORTE, María Del Carmen, “*La descentralización productiva y su incidencia en...*”, op. cit., pág. 34.

39 PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco, “*Nuevas tecnologías y relación de trabajo*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 19. En igual sentido RIVERO LAMAS, Juan, “*Proyecciones de la descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 23; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “*La externalización de actividades laborales...*”, op. cit., pág. 31.

centralizada se puede desmontar el ciclo productivo por completo, separando todas sus fases y articulando por separado todas las actividades que lo integran, incluyendo las actividades medulares de la actividad productiva y las que conforman el objeto social de la empresa⁴⁰.

Se ha dicho antes que la diferencia entre un modelo y otro radica precisamente en el grado o nivel de fraccionamiento que cada uno de ellos permite en la gestión del proceso productivo⁴¹. En este sentido, importa hacer ver que formas de división del trabajo que en el modelo centralizado de producción se llevaban a cabo a lo interno de la empresa, en el caso de la descentralización dan lugar a una división del trabajo interempresarial en lugar de intraempresarial, vía descentralización productiva. Esto último ilustra puntualmente cómo se ha gestado el cambio en el principio de división del trabajo.

Si en la empresa clásica del modelo fordista la división del trabajo se limitaba a la diversificación de las prestaciones de trabajo y la estratificación jerárquica de los trabajadores⁴², en la empresa post- fordista la división de trabajo supone la reconstrucción de toda la estructura productiva, en donde la fragmentación del proceso productivo ha alcanzado una dimensión de tal calado que permite a la empresa organizarse en forma horizontal mediante una compleja red de pequeñas y medianas empresas entre las cuales quedan repartidas las diferentes fases y actividades que integran el proceso productivo.

40 MONTROYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 54; José María Goerlich señala como límites a la externalización de actividades la imposibilidad de encargar a otra empresa las propias funciones directivas así como las facultades de control, lo mismo que las que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos cuando se trata de descentralización productiva en la Administración Pública. Cfr. GOERLICH PESET, José María, “*Actividades laborales externalizables. Régimen jurídico*”, en AA.VV., [Abdón Pedrajas Moreno, (Dir.)]: La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinar, Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 108.

41 Cruz Villalón señala que “...la segmentación de la producción que se producía con anterioridad comportaba un encargo a terceras personas de fases iniciales o intermedias del ciclo productivo, pero muy rara vez se apreciaba una externalización de la fase inicial del mencionado ciclo”. CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Outsourcing...*”, op. cit., pág. 261.

42 VALDES DAL-RE, Fernando, “*La externalización de actividades laborales...*”, op. cit., pág. 30.

Desde el punto de vista orgánico, es en este tipo de empresa denominada “empresa red” donde encontramos los rasgos físicos más visibles de la descentralización productiva, toda vez que su modelo reticular se asienta en la división interempresarial del trabajo a través de la externalización de las actividades productivas. Se trata de un esquema de organización empresarial donde la unidad física del proceso productivo se desintegra y sus diferentes fases quedan difuminadas entre las distintas empresas que a modo de unidades productivas integran una verdadera red de empresas que se muestra como una sola estructura empresarial. “La empresa trabaja en una red, donde se distingue un centro esbelto rodeado de una nebulosa o constelación de empresarios co-asociados (proveedores, subcontratistas, trabajadores autónomos, etc.)⁴³.

3. La finalidad de la descentralización productiva.

15. Una mejor adaptación a las exigencias del mercado y disminución de costes.

Se ha mencionado antes que la descentralización productiva como técnica de organización empresarial permite a las empresas una mejor capacidad de adaptación a las exigencias del mercado. Es un hecho evidente que las condiciones económicas imperantes han transformado los mercados de bienes y servicios en espacios sumamente inestables y competitivos que obligan a las empresas a producir con mayores niveles de eficiencia.

En este escenario de mercados abiertos, fluctuantes y volátiles, la empresa contemporánea tiene como imperativo categórico el ser cada vez más competitiva y en procura de este objetivo suele utilizar estrategias de organización y reorganización empresarial que permitan una producción más flexible y también a bajo costo. Es en esto último donde radica la finalidad de la descentralización productiva⁴⁴.

43 MONEREO PÉREZ, José Luis, “*Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización. La empresa en transformación permanente*”, Relaciones Laborales., núm. 6, Tomo I, 2011, en <http://revista-relacioneslaborales.laley.es>.

44 MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “*Descentralización productiva y relaciones la-*

Atendiendo a su fines, se puede decir que la descentralización productiva responde a una doble racionalidad: por un lado, procura una racionalidad económica de reducción de costos de producción que se plasma en la búsqueda de la del máximo beneficio en términos de rentabilidad y por otro lado, atiende a una racionalidad organizativa desde donde se justifican las distintas estrategias para lograr mayor flexibilidad (flexibilidad interna y externa, funcional, salarial, numérica, cuantitativa, etc)⁴⁵.

En lo que a racionalidad económica se refiere, es fácil advertir que la descentralización productiva posibilita a la empresa reducir costes de producción mediante la sustitución de costes fijos por costes variables⁴⁶. De igual forma, logra fácilmente desplazar hacia afuera la realización de actividades que le representen un alto costo o aquellas que tengan rendimientos decrecientes, lo mismo que el riesgo derivado de los desfases que se presentan entre las diversas partes del ciclo productivo, de los vaivenes de los precios de las materias primas y de las oscilaciones entre la oferta y la demanda⁴⁷. Por esta vía, la empresa puede incluso obviar los costes de instalación y de operación de las actividades que se descentralizan.

Bajo esta lógica economicista, la descentralización productiva también permite la reducción de los costes inherentes al factor trabajo mediante la reducción de la plantilla. Con este fin, la descentralización pone a mano de la empresa múltiples mecanismos para incorporar, ya sea de forma directa o indirecta, mano de obra externa sin necesidad de formalizar relaciones jurídicas de trabajo que supongan hacer frente a las obligaciones propias del ordenamiento jurídico laboral.

En consonancia con lo anterior, debe tenerse en cuenta el reiterado señalamiento de la doctrina respecto a la diferenciación que existe entre las

borales”, Relaciones Laborales, Tomo I, 2010, <http://revista-relacioneslaborales.laley.es>.

45 MONERO PÉREZ, José Luis, “*Nuevas formas de organización de la empresa...*”, op. cit., pág. 291; LÓPEZ TERRADA, Eva, “Las repercusiones de la globalización en el ordenamiento laboral español”, op. cit., pág. 546.

46 MONTROYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 39.

47 BLAT GIMENO, Francisco, “*Análisis jurídico-laboral...*”, op. cit., pág. 8.

condiciones de trabajo de los trabajadores de las empresas auxiliares y las de los trabajadores ocupados en la empresa principal. Por regla general, según se ha indicado, los trabajadores de las empresas proveedoras de actividades externalizadas suelen mantener condiciones laborales precarias o cuando menos de inferior calidad que las que gozan aquellos de la empresa descentralizada⁴⁸.

En lo que a racionalidad organizativa se refiere, no cabe duda que la descentralización productiva apunta al objetivo de lograr mayor flexibilidad. Es cosa común en la doctrina denominar a la empresa descentralizada bajo el epíteto de “empresa flexible” destacando con ello su estructura menos rígida y más dinámica que la que tiene la empresa tradicional del modelo fordista.

En efecto, la empresa descentralizada se caracteriza por un mayor grado de flexibilidad que viene de la mano de la estructura en red que suele utilizarse en los esquemas de descentralización, de donde deriva una gestión productiva más flexible que permite una mayor capacidad de adaptación a los altibajos de la economía y mayor agilidad de respuesta a las alteraciones y exigencias del mercado⁴⁹.

Se suele decir que la fragmentación del proceso productivo a través de la estructura en red que adopta la empresa descentralizada, permite mayores dosis de flexibilidad en tanto transfiere a terceras empresas, por lo general de dimensiones reducidas, las rigideces técnico-organizativas, laborales e institucionales propias de la gestión productiva centralizada. En este sentido, se

48 Es criterio generalizado en la doctrina, el que los trabajadores de las empresas auxiliares tienen condiciones laborales de menor calidad. Entre otros se pueden citar: SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “*Descentralización Productiva, subcontratación y calidad de empleo...*”, op. cit.; CRUZ VILLALÓN Jesús “*La descentralización en España. Su impacto en las relaciones laborales*”, en http://www.larevistactesc.cat/documents/200710cruz_villalon.pdf; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 39; MOLERO MARAÑÓN, María Luisa. “*Descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 21; GOERLICH PESET, José María, “*La dimensión de la empresa: pequeñas y medianas empresas ante el Derecho del Trabajo*”, en AA.VV., [Ángel Blasco Pellicer (coord.): El empresario Laboral. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo a su jubilación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 59; SALA FRANCO, Tomás, “*Descentralización empresarial y responsabilidad...*”, op. cit., pág. 211.

49 BLAT GIMENO, Francisco, “*Análisis jurídico-laboral...*”, op. cit., pág. 14; CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Descentralización productiva y sistema de relaciones...*”, op. cit., pág. 14.

ha dicho que la idea fundamental sobre la que gira el proceso es que las empresas de menores dimensiones tienen una capacidad de gestión mucho más flexible que la de que tiene la gran empresa, lo que facilita la adaptación las fluctuaciones del mercado⁵⁰.

Como dimensión de la flexibilidad externa, la descentralización no solo permite a la empresa prescindir de los problemas propios de la gestión del personal en términos jurídicos⁵¹ sino también permite reducir sus costes laborales que son transferidos directamente hacia los proveedores externos. De esta manera se reducen los riesgos, se optimizan los costes y se gana en flexibilidad, todo lo cual, le posibilita a la empresa un gran margen de maniobra para lograr los niveles de competitividad necesarios para mantenerse dentro del mercado⁵².

16. La gestión estratégica del recurso tecnológico.

Algunos autores resaltan también como objetivo de la descentralización productiva la gestión estratégica del recurso tecnológico. En este sentido se enfatiza en la importancia que tienen las técnicas de externalización como mecanismo que le permite a las empresas el acceso a la tecnología sin tener que incurrir en grandes inversiones económicas⁵³.

Se ha dicho que la descentralización productiva puede aportar considerables ventajas económicas a las empresas al permitirles acceder a recursos tecnológicos a los que de otro modo no tendrían acceso por sus altos costos, así como al disponer de “una adecuada renovación e innovación de equipos

50 LÓPEZ ANIORTE, María del Carmen, “*La descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 31; ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, “*Efectos de la descentralización productiva en las relaciones colectivas de trabajo*”, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, pág. 21.

51 MONEREO PÉREZ, José Luis, “*Nuevas formas de organización de la empresa...*”, op. cit., pág. 244.

52 BLAT GIMENO, Franciso, “*Análisis jurídico-laboral...*”, op. cit., pág. 8.

53 MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 41. En igual sentido, se puede citar a: GARCÍA-MORENO GONZALO, José María, “*Contratos entre empresas para...*”, op. cit., pág. 60; NORES TORRES, Luis Enrique, “*El trabajo en contratas. La noción de contrata de propia actividad*”, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, pág. 21.

y de técnicos que ella no podría mantener, mientras que sí pueden hacerlo las empresas especializadas”⁵⁴.

4. Causas que promueven la descentralización productiva.

17. Variedad de causas.

Mucho de lo que se ha expuesto respecto a la finalidad de la descentralización productiva sirve de fundamento para identificar las causas que la promueven.

Aún y cuando las razones que conducen al empresario para optar por una modalidad de gestión productiva descentralizada pueden ser de muy diversa índole, la doctrina identifica como causas principales de la descentralización productiva las que tienen que ver con razones económicas, determinadas en gran parte por las condiciones de la economía globalizada y de los mercados abiertos; las causas organizativas que atienden a un nuevo paradigma de empresa caracterizado por la empresa de dimensiones pequeñas; las causas tecnológicas, en particular las que se refieren a las tecnologías de la información y por último las causas ideológicas de impronta neoliberal que propugnan por la deslaboralización de las relaciones de trabajo.

Es lógico pensar que el interés empresarial para optar por un modelo de gestión productiva descentralizada no atiende en exclusiva a una sola causa sino a la concurrencia de varias de ellas, de manera que en la mayoría de los casos la justificante de la descentralización obedece a una yuxtaposición de motivos.

18. Las causas económicas.

En todo caso, no existe duda en que las causas económicas juegan un papel protagónico para la puesta en marcha de un esquema de producción descentralizado. Ya se ha dicho que fue precisamente la crisis económica la

54 GARCÍA-MORENO GONZALO, José María, “*Contratos entre empresas para...*”, op. cit., pág. 62.

que propició la transformación del sistema productivo y cómo la empresa tradicional del modelo fordista adolece de serias limitaciones para responder con agilidad a las exigencias que impone el actual mercado de bienes y servicios.

La reducción de costes de producción -tanto los relacionados con la estructura productiva como los del factor trabajo-, los altibajos de los precios en las materias primas, la constante variación de precios de los bienes y productos finales producto de las oscilaciones entre oferta y demanda, los rendimientos decrecientes de ciertas actividades y los desfases entre diversas partes del ciclo productivo entre otros, son factores económicos que impulsan al empresario a implementar un modelo de producción descentralizada que le permita obtener, y hacer suyos, los beneficios económicos de la actividad que se descentraliza pero sin asumir directamente los riesgos que ella implica.

19. Las causas organizativas.

Casi derivado de lo anterior, aparecen factores organizativos que también incentivan el modelo descentralizado de producción. Con el objetivo de lograr mayor competitividad las empresas buscan ajustar la producción a lo estrictamente necesario y para el momento oportuno, dando lugar así a modalidades de producción como el “*just in time*”⁵⁵ inspiradas en el objetivo de maximizar la producción con la menor cantidad posible de recursos. La adopción de modelos como el llamado “toyotismo” ha introducido un replanteamiento organizativo en el sistema industrial, promoviendo la idea de “*una fábrica más afinada, sin “stocks” y construida desde afuera hacia adentro, es decir desde la demanda del cliente a la determinación de los bienes a producir*”⁵⁶.

55 Se trata de un método de gestión empresarial que consiste en comprar y producir lo estrictamente lo necesario y en el momento preciso en que se necesite para satisfacer la demanda del producto, con lo cual se logra eliminar el exceso de stock en los almacenes de la empresa o fábrica.

56 RASO DELGUE, Juan, “*La contratación atípica del Trabajo*”, Editoria Amaglio M. Fernández, Montevideo, 2000, pág. 255.

Existe todo un proceso progresivo de revalorización de la empresa de dimensiones pequeñas de corte especializado como organización productiva óptima para responder con agilidad y rapidez a los cambios del mercado y con él se potencian los esquemas de cooperación interempresarial mediante los cuales se constituyen auténticas redes de producción, que como ya se ha dicho, constituyen hoy en día el paradigma de empresa moderna.

Los cambios organizativos descritos antes se han visto potenciados por la difusión de las nuevas tecnologías lo que a su vez ha representado un incentivo a la descentralización productiva.

Si bien es cierto algunos teóricos⁵⁷ discrepan sobre el grado de valor que se le atribuye a las tecnologías en el proceso de transformación del sistema productivo, y cuestionan el denominado “tecno centrismo” por ofrecer una “visión reduccionista”⁵⁸ que “*hace depender todos los factores de cambio de la tecnología*”⁵⁹, no cabe duda de que las tecnologías han jugado un papel decisivo en el cambio de organización empresarial.

Aspecto sobresaliente del uso de las nuevas tecnologías, en particular las relacionadas a las telecomunicaciones y a la informática, es que estas han permitido a la empresa en grado nunca antes visto, fragmentar el proceso productivo y gestionar con total independencia las diversas actividades que lo integran sin riesgo de desfases.

Quizá el valor agregado más importante que aporta el factor tecnológico para la implementación de un esquema de descentralización productiva radica en la disminución de los costes de transacción porque las tecnologías informáticas permiten “un contacto más ágil y rápido entre las diferentes empresas que en conjunto elaboran las diversas fases de un mismo producto”⁶⁰.

57 Entre estos se puede citar a VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “*La externalización de actividades laborales...*”, op. cit., pág. 40; RIVERO LAMAS, Juan, “*Proyecciones de la descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 30.

58 VALDÉS DAL- RÉ, Fernando, “*La externalización de actividades laborales...*”, op. cit., pág. 40.

59 RIVERO LAMAS, Juan, “*Proyecciones de la descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 30.

60 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*La descentralización en España...*”, op. cit., pág. 18.

El desarrollo tecnológico ha propiciado la difusión de pequeñas empresas altamente tecnificadas que se insertan en el mercado ofreciendo servicios de alta especialización muy demandados en los esquemas de descentralización productiva. Gran difusión vienen teniendo, en los últimos años, las llamadas “*spin-off company*”, que son pequeñas empresas de base tecnológica que se desprenden de una empresa matriz con la finalidad primordial de proveer a esta servicios tecnológicos altamente especializados, de donde surge un típico esquema de descentralización productiva.

De igual forma, bien sabido es que el uso de las tecnologías de la información propicia la utilización de modalidades de trabajo de uso recurrido en los esquemas de descentralización productiva, como ocurre con el teletrabajo y el trabajo autónomo, lo que a su vez tiene una incidencia directa en la gestión flexible del recurso humano dentro de la empresa. Todo esto en un contexto que le permita mayor flexibilidad y adaptación a las exigencias de los nuevos esquemas de producción.

20. Las causas ideológicas.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta también lo indicado por algunos autores⁶¹ que advierten sobre la existencia de causas ideológicas como factor impelente de la descentralización productiva.

La tesis generalmente planteada en esta línea acusa la existencia de motivaciones políticas que promueven la descentralización productiva como una herramienta para contrarrestar el poder sindical propio de las grandes

61 Entre otros: MONEREO PÉREZ, José Luis, “*Nuevas formas de organización de la empresa...*”, op. cit., pág. 244; BLAT GIMENO, Francisco, “*Análisis jurídico-laboral...*”, op. cit., pág. 8; ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “*Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo*”, en AA.VV., [Ricardo Escudero Rodríguez (Coord.)]: Observatorio de la Negociación Colectiva, Madrid, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, 2002, pág. 50; SANTOS ORTEGA, Antonio y POVEDA ROSA, María, “*Trabajo, Empleo y Cambio Social*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 243; LÓPEZ ANIORTE, María del Carmen, “*La descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 26; MÉNDEZ CALVO, Remedios, “*Negociación Colectiva y Descentralización Productiva*”, CES, Madrid, 2009, pág. 36.

empresas, obstaculizar la capacidad de negociación colectiva y en general debilitar la capacidad organizativa de la clase trabajadora.

La lectura desde la óptica ideológica de la descentralización productiva pone un marcado interés en la denominada vertiente “patológica” de la descentralización, en tanto el enfoque desde las causas objetivas –económicas, organizativas y tecnológicas- rescata la dimensión “fisiológica” de la misma.

En efecto, desde la perspectiva “patológica” la descentralización productiva es vista como herramienta de elusión de derechos laborales que se logra mediante la flexibilización de la mano de obra, la reducción de costes laborales y el debilitamiento de los sindicatos. Contrario a ello, desde la perspectiva “fisiológica” la descentralización se presenta como una técnica de organización empresarial necesaria para atender las exigencias económicas y productivas que impone la lógica del mercado⁶².

Sin obviar las consecuencias negativas que tiene la descentralización productiva en el mundo del trabajo –aspecto que se abordará más adelante-, y sin dejar de lado que la expansión del fenómeno de la descentralización es contemporáneo con las corrientes de flexibilidad laboral propiciadas por la ideología neoliberal⁶³, que propugnan por un marco normativo menos protector de los derechos laborales, lo cierto es que en los últimos años la doctrina iuslaboralista viene abordando el estudio de la descentralización productiva con menos dosis de desconfianza y con mayor grado de interés en las causas objetivas que la promueven.

La decidida tendencia a favor del reconocimiento de causas objetivas que justifican la implementación de esquemas de descentralización productiva obedece, en buena medida, a la concepción imperante que ve en la des-

62 MONEREO PÉREZ, José Luis, “*Nuevas formas de organización de la empresa...*”, op. cit., pág. 245.

63 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, “*La descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*”, en AA.VV., Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, pág. 19.

centralización un recurso legítimo de organización empresarial, que permite al empresario organizar su empresa de una manera eficiente para responder a las exigencias económicas y productivas que impone la lógica del mercado.

5. El fundamento jurídico y los límites de la descentralización productiva.

21. La libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución.

Teniendo claro cuál es la finalidad que persigue la descentralización productiva y las causas que la promueven, resulta oportuno preguntarse cuál es la base o fundamento jurídico que otorga legitimidad a la empresa para optar por organizarse bajo un esquema de descentralización productiva.

La doctrina sostiene de manera unánime que la descentralización productiva como modelo de producción y en particular como modelo de organización empresarial encuentra fundamento legal en el contenido mismo del derecho a la libertad de empresa que reconoce el artículo 38 de la Constitución.

El precepto constitucional reconoce “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” y establece que “los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.” La libertad constitucionalmente protegida en el art. 38 CE es la libertad de empresa, que incluye “cualquier actividad organizada que tenga por objeto o finalidad la oferta de productos o servicios en el mercado”⁶⁴.

Para el Tribunal Constitucional el contenido del art. 38 CE y, concretamente, el derecho de libertad de empresa que en él se consagra, comprende en primer lugar la garantía constitucional de la no prohibición genérica y absoluta de la actividad económica por parte del legislador, y en segundo lugar, el derecho subjetivo de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial⁶⁵.

64 STC 711/ 2008 del 26 de febrero.

65 CIDONCHA MARTÍN, Antonio, “*La libertad de empresa*”, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 267.

En la Sentencia 225/1993, de 8 de julio, el Tribunal Constitucional hace ver que en el marco de una economía de libre mercado el derecho a la libertad de empresa comprende “*el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas, y por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado*”⁶⁶.

El art. 38 CE tutela no solo la génesis de la empresa. El contenido material del derecho abarca todas las actividades esenciales que conforman el proyecto empresarial. La doctrina ha observado a este respecto que “si la Constitución Española (art. 38) reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, es claro que esta libertad no se puede limitar sólo al momento de constitución de las empresas sino que se extiende también a decidir sobre sus objetivos y a dotarla de una estructura organizativa para defender su productividad y situarla en condiciones de competir en un mercado libre”⁶⁷.

De acuerdo con lo anterior, no cabe duda de que el empresario cuenta con plena la libertad y capacidad jurídica para decidir según mejor le convenga a sus intereses empresariales, cómo organizar su empresa, para lo cual puede libremente optar por un determinado modelo de organización productiva ya sea bajo el esquema tradicional o bajo el modelo descentralizado.

Entendida así la libertad de empresa otorga al empresario poderes de gestión que se proyectan tanto hacia fuera (ad extra) como hacia dentro (ad intra) de la empresa. Ad extra, supone el poder de actuar libremente en el mercado, contratando factores de producción y vendiendo los bienes o servicios producidos. Ad intra, supone atribuir al empresario el poder de auto organi-

66 STC 225/1993 del 8 de julio.

67 RIVERO LAMAS, Juan, “*Descentralización productiva como fenómeno económico: planteamiento, factores determinantes y consecuencias para el Derecho del Trabajo*”, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 2000, pág. 25.

zación, que implica tanto la potestad de determinar la estructura interna de la empresa como la gestión del recurso humano⁶⁸.

En cualquiera de sus dimensiones, la descentralización productiva se presenta como un recurso de gestión empresarial legítimo y así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en su ya emblemática Sentencia del 27 de octubre de 1994 (Ar. 8531)⁶⁹, señalando que “*el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva (...) lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores*”.

22. Los límites a la descentralización productiva.

Claro está, y así se colige de la misma jurisprudencia del Tribunal Superior que se cita, la licitud de la descentralización productiva no implica la posibilidad de uso irrestricto o ilimitado, por cuanto en todo caso, como manifestación derivada del derecho a la libertad de empresa, sus alcances estarán también sujetos a los límites constitucionales y legales del propio derecho, en particular de cara al respeto de los derechos de los trabajadores.

Ciertamente, no es extraño encontrar en el ordenamiento jurídico límites o restricciones al derecho de libertad de empresa, por lo general justificados por la función social que tiene la empresa como manifestación de la

68 CIDONCHA MARTÍN, Antonio, “*La libertad de empresa*”, op. cit., pág. 268.

69 En la Sentencia de 27 de octubre de 1994 (Ar. 8531) el Tribunal Supremo refiriéndose a al límite de la actividad descentralizadora, señaló que “el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el artículo 42.1 del ET (RCL 1980.607: AP-NDL 3006) cuando se refiere a la contratación o subcontratación para “la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa”, lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores”.

propiedad privada y que, por lo tanto, vienen derivadas de la misma lógica político - jurídica que le da sustento al Estado social de derecho.

En este sentido, se ha dicho que la libertad de empresa puede ser limitada tanto por límites directos como por límites indirectos. Los primeros son aquellos contenidos en el propio texto del artículo 38 CE y que se justifican en la defensa de la productividad que proclama la misma norma, de acuerdo con las exigencias de la economía general y en su caso, de la planificación. En tanto los segundos, vienen determinados por el alcance y contenido de otros derechos fundamentales también de rango constitucional⁷⁰.

El Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que “*sería inadmisibile que en los procesos de descentralización productiva los trabajadores carecieran de los instrumentos de garantía y tutela de sus derechos fundamentales con que cuentan en los supuestos de actividad no descentralizada, ante actuaciones empresariales lesivas de los mismos*”⁷¹.

Como consecuencia lógica de lo anterior se desprende que la descentralización productiva como manifestación del ejercicio de la libertad de empresa, al margen de su licitud y procedencia como técnica de organización productiva, puede ser limitada a fin de evitar la vulneración de derechos de los trabajadores, tal cual lo ha hecho ver el propio Tribunal Superior en la sentencia que hemos citado.

De entrada, el ordenamiento laboral prevé la prohibición expresa de ciertas figuras utilizadas en los esquemas de descentralización como ocurre cuando la misma se articula mediante la cesión ilegal de trabajadores, figura regulada en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores⁷². Este precepto

70 CIDONCHA MARTÍN, Antonio, “*La libertad...*”, op. cit., pág. 270; PÉREZ REY, Joaquín, “*El empresario complejo y la necesidad de un Derecho del Trabajo insolente*”, en AA.VV., [Lorenzo Gaeta y Gallardo Mora (Dir.)]: Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo, Bomarzo, Albacete, 2010, pág. 54.

71 Sentencia 75/2010 de 19 de octubre.

72 La Ley 43/2006, de 22 de marzo, para la mejora del crecimiento y el empleo, introdujo una importante modificación al artículo 43 ET, al establecer en su inciso 2, a modo de definición, que habrá cesión ilegal de trabajadores cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: “que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una

normativo limita la posibilidad de contratar trabajadores para cederlos a otra empresa sólo cuando tal cesión opere a través de una Empresa de Trabajo Temporal legalmente establecida, con lo cual proscribire cualquier otro tipo de cesión de trabajadores.

La prohibición de la cesión de trabajadores en los términos que dispone el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, representa un límite a la libertad de empresa⁷³ y constituye una herramienta útil para desarticular fórmulas de descentralización productiva fraudulentas ya sea porque se trata de la mera puesta a disposición de trabajadores entre empresa cedente y cesionaria; ya sea porque la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad o bien, porque no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario⁷⁴.

Otras normas laborales establecen limitaciones específicas o condicionamientos para el uso de ciertas figuras comúnmente utilizadas en los esquemas de descentralización productiva, como sucede claramente con la regulación sobre Empresas de Trabajo Temporal⁷⁵; la regulación prevista en la Ley Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción⁷⁶ o la normativa sobre el trabajo autónomo⁷⁷.

mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”.

73 SALA FRANCO, Tomás, “*La descentralización del trabajo*”, en AA.VV., El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y las facultades del empresario, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, pág. 176.

74 Los supuestos enunciados son los que recoge la definición de cesión ilegal de trabajadores que contempla el artículo 43 ET. Algunos autores señalan que la literalidad de tal definición genera más inseguridad jurídica de la que existía en ausencia de definición legal. En este sentido, por todos SALA FRANCO, Tomás, “*Descentralización empresarial y responsabilidad...*”, op. cit., pág. 248.

75 Ley 14/1994, de 1 de junio.

76 Ley 32/2006, de 18 de octubre.

77 Ley 20/2007, de 11 de junio.

El ordenamiento laboral también prevé normativa que establece mecanismos de garantía para los derechos de los trabajadores involucrados en esquemas de descentralización productiva. Se trata de medidas de protección de derechos laborales que en la práctica operan como auténticos condicionamientos al recurso de la descentralización.⁷⁸ En este sentido, destacan los artículos 42 y 44 del Estatuto de Trabajadores. El primero de estos artículos, establece un régimen de responsabilidad para el uso de contratas y subcontratas, técnica de uso generalizado en los esquemas de descentralización productiva. Vinculados a él existen otros preceptos que desarrollan el mismo régimen de responsabilidad previstos en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social; en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en la Ley General de Seguridad Social.

Por su parte, el numeral 44 del Estatuto de los Trabajadores referente a la figura de la transmisión de empresa que en ocasiones tiene cabida dentro de esquemas de descentralización productiva, establece reglas de garantía a la estabilidad en el empleo a favor de los trabajadores involucrados en la transmisión de la empresa, disponiendo que *“el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí misma la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior (...)”*.

En su conjunto, los anteriores supuestos legales conforman un marco normativo que impone pautas limitativas a la descentralización productiva, en el entendido que restringen la libertad con que cuenta el empresario a la hora de implementar una reorganización de la estructura productiva de la empresa con fines descentralizadores, aún y cuando tal acción esté constitucionalmente amparada en el derecho de libertad de empresa.

En paralelo a la lectura de la normativa laboral antes vista, se puede señalar también la existencia de límites funcionales que restringen los al-

78 GOERLICH PESET, José María, *“La dimensión de la empresa...”*, op. cit., pág. 111.

cances de la descentralización productiva. Algunos autores⁷⁹ apoyados en los planteamientos que sobre la materia ha desarrollado la doctrina mercantil, advierten sobre la imposibilidad de descentralizar ciertas funciones de la empresa, en particular aquellas de naturaleza directiva y de control de la gestión empresarial.

En este sentido, se destacan cuatro funciones que deben mantenerse en el ámbito interno de la empresa sin que puedan ser descentralizadas, a saber: la administración del patrimonio empresarial, porque tal función le es dada por Ley; el control de las funciones confiadas a terceros; la comunicación con el exterior que permite afirmar la “identidad de la firma”; y la autofinanciación, que contribuye de manera decisiva a la “excelencia de la firma”⁸⁰.

También se han considerado de naturaleza indelegable las funciones directivas so pena de que sin ellas desaparezca el propio sustrato en el que se asienta la noción de empresa⁸¹. Además de las funciones directivas, este autor señala como segundo grupo de límites a las posibilidades de descentralización productiva, las facultades de control sobre las propias actividades descentralizadas. Se trata de actividades de control sobre el cumplimiento de las condiciones bajo las cuales ha sido pactada la ejecución de la actividad que se descentraliza.

No son pocos los cuestionamientos que pueden hacerse respecto a los alcances efectivos de estas limitaciones de naturaleza funcional. En particular, es evidente que se trata de límites de poco alcance por cuanto quedan restringidos a tan solo las actividades directivas de la empresa, que ya por su propia naturaleza suelen ser indelegables. Por otro lado, son límites pensados para y por la empresa y en atención exclusiva de sus propios intereses, lo que implica que de ellos no puede derivarse ningún efecto a favor de terceros. En

79 GARCÍA-MORENO GONZALO, José María, “*Contratos entre empresas para...*”, op. cit., pág. 57; GOERLICH PESET, José María, “*La dimensión de la empresa...*”, op. cit., pág. 108.

80 GARCÍA-MORENO GONZALO, José María, “*Contratos entre empresas para...*”, op. cit., pág. 58.

81 GOERLICH PESET, José María, “*La dimensión de la empresa...*”, op. cit., pág. 108.

este sentido, son límites que no responden al sentido tutelar que hemos visto en las limitaciones legales que se han analizado antes que sí están pensados en pro de la protección de derechos laborales de los trabajadores.

6. El marco jurídico de la descentralización productiva.

23. Inexistencia de una regulación adecuada.

Pese a la importancia y profundidad de los cambios que han operado en el modelo de organización empresarial y el enorme impacto que estos han tenido en el mundo del trabajo, desde la perspectiva jurídica y en particular desde el terreno del Derecho del Trabajo, no ha sido posible determinar con exactitud una identidad jurídica propia de la descentralización productiva que permita el diseño de una regulación adecuada y sistemática. Esto último obedece, en parte, a la complejidad del fenómeno, que se evidencia en la amplia heterogeneidad jurídica que ofrecen las diversas modalidades mediante las cuales se instrumentaliza.

Se suma a lo anterior, la inexistencia de una regulación legal debidamente diseñada para atender el fenómeno en su conjunto⁸². Al menos en lo que toca a España, la descentralización productiva se viene poniendo en práctica mediante una amplia gama de contratos tanto típicos como atípicos del Derecho Mercantil, Civil y Laboral, que atienden a realidades de muy

82 Son muchos los autores que acusan la insuficiencia normativa del ordenamiento jurídico español para atender el fenómeno de la descentralización productiva, entre ellos se puede citar con carácter general a: CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Outsourcing...*”, op. cit., pág. 254; RIVERO LAMAS, Juan, “*Descentralización productiva como fenómeno...*”, op. cit., pág. 45; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “*La externalización de actividades laborales...*”, op. cit., pág. 36; CALVO GALLEGU, Francisco Javier, “*La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios*”, *Temas Laborales*, núm. 56, 2000, pág. 62; GARCÍA-MORENO GONZALO, José María, “*Contratos entre empresas para...*”, op. cit., pág. 64; MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “*La descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 29; MOLINER TAMBORERO, Gonzalo, “*Cesión ilegal, subcontratación, y ETT’s*”, en AA.VV., [Agustí Juliá J. (Coord.)]: *La imputación de responsabilidades laborales*, Bomarzo, Albacete, 2008, pág. 54; LÓPEZ SÁNCHEZ, María del Carmen, “*El empleador en las organizaciones laborales complejas*”, CES, Madrid, 2007, pág. 44; SALA FRANCO, Tomás, “*Descentralización empresarial y responsabilidad...*”, op. cit., pág. 204.

diversa naturaleza, pero que no conforman un auténtico sistema normativo que permita instrumentar jurídicamente una respuesta adecuada al fenómeno de la descentralización.

Así, la estrategia descentralizadora se viene instrumentalizando por una doble vía, que utiliza tanto las categorías contractuales viejas como lo son el contrato de arrendamiento de servicios, el contrato de ejecución de obra, el contrato de depósito, el contrato de transporte, el contrato de comisión, entre otros, como también hace uso de figuras contractuales nuevas tales como el contrato de franquicia, el factoring, el contrato de merchandising, el contrato de facilities management, el contrato de logística, etc⁸³.

Según lo expuesto, el abordaje que desde el Derecho del Trabajo se le viene dando a la descentralización productiva es casuístico y fragmentado. En concreto, los principales instrumentos jurídicos de que dispone el ordenamiento jurídico laboral español de cara a la descentralización productiva que cuentan con una regulación específica son: la figura de las contratatas y subcontratatas de obras y servicios⁸⁴, la cesión de mano de obra⁸⁵ y la sucesión de empresas⁸⁶. A estas habría que sumar la regulación sobre el trabajo autónomo⁸⁷ aunque advirtiendo que aún y cuando desde la perspectiva legislativa la figura ha sido construida bajo la referencia de la relación laboral, no se trata de una regulación propiamente dicha del Derecho del Trabajo⁸⁸.

83 VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “*La externalización de actividades laborales...*”, op. cit., pág. 32.

84 Que comprende tanto la regulación del artículo 42 LET como la regulación que recoge la Ley de Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción 32/2006.

85 Comprende tanto los supuestos de cesión legal mediante Empresas de Trabajo Temporal (Ley 1471994), como los supuestos de cesión ilegal regulada en el art. 43 LET y Ley 43/2006.

86 Art. 44 LET y Directiva 2001/23/ CE.

87 Ley 20/2007 del 11 de julio de 2007.

88 Por lo demás, el artículo 3 del Estatuto del Trabajo Autónomo en su inciso b), advierte que el régimen profesional del trabajador autónomo se regirá por la normativa común relativa a la contratación civil, mercantil o administrativa reguladora de la correspondiente relación jurídica del trabajador autónomo, y en su inciso c) aclara que el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente.

Se trata de mecanismos jurídicos que han sido pensados como valedores frente a prácticas fraudulentas de evasión de responsabilidades laborales. Esta regulación ha sido construida bajo un enfoque tradicional, con un marcado interés por las manifestaciones patológicas de la descentralización productiva, lo que explica el énfasis que pone en aspectos muy puntuales como lo son la búsqueda y localización de un centro de imputación de responsabilidades laborales y sus consecuencias retributivas e indemnizatorias⁸⁹.

Es indiscutible que en los esquemas de descentralización productiva se configura una relación triangular de trabajo, que en su concepción tradicional supone la existencia de un empleador bipolar como sujeto pasivo de responsabilidades laborales. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la construcción jurídica de esta relación triangular, al igual que los instrumentos jurídicos existentes, ha sido elaborada atendiendo a una concepción de prácticas de intermediación laboral fraudulentas. De aquí que, en muchos casos, la utilización de la figura triangular para atender la compleja realidad que plantea la descentralización productiva no resulte satisfactoria⁹⁰, por cuanto quedan fuera de su alcance todas aquellas formulas legítimas de descentralización que igualmente requieren de un tratamiento jurídico que brinde seguridad a todas las partes intervinientes, especialmente en lo que se refiere a la configuración de responsabilidades laborales.

Lo que se viene señalando, pone en evidencia el limitado alcance que tiene el ordenamiento jurídico para regular adecuadamente el fenómeno de la descentralización productiva, cuya realidad muestra una variada gama de fórmulas de gestión empresarial descentralizada que no siempre se identifican con prácticas de fraude laboral ni evasión de responsabilidades. Se trata de

89 DE SOTO RIOJA, Sebastián, “*El Derecho del Trabajo: entre la unidad y la fragmentación*”, *Temas Laborales*, núm. 61, 2001, pág. 48; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “*La responsabilidad en la relación laboral: entre viejas y nuevas reglas*”, en AA.VV., [Agustí Juliá, Jordi (Coord.)]: *La imputación de responsabilidad en las relaciones laborales*, Bomarzo, Albacete, 2008, pág. 55.

90 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Outsourcing...*”, op. cit., pág. 261.

esquemas de organización productiva que atienden a nuevas realidades sociales y económicas que imponen a las empresas la necesidad de organizarse mediante estructuras complejas, más aptas para adaptarse a las exigencias de un mercado de bienes y servicios cada vez más cambiante.

7. Mecanismos mediante los cuales se articula la descentralización productiva.

24. Los principales mecanismos utilizados para la descentralización productiva.

Enumerar todas las formas utilizadas por la descentralización productiva puede ser tarea difícil, amén de que sobre este punto existe enorme diversidad de criterios. Sin embargo, en lo que a España se refiere, la doctrina reconoce como principales mecanismos mediante los cuales se articula la descentralización, los siguientes: Las contratas y subcontratas; los grupos de empresa; la transmisión de empresas, las empresas de trabajo temporal, empresas de gestión integral o multiservicios y el trabajo autónomo.

A continuación se hará una breve explicación de cada una de ellos.

7.1. Contratas y subcontratas.

25. Significado y alcance del art. 42 del E.T.

Sin lugar a dudas, la contratación y subcontratación mercantil de obras y servicios, a las que se les suele denominar bajo los términos de contrata y subcontrata, son el instrumento emblemático de la descentralización productiva en España⁹¹.

La doctrina advierte que los términos contrata y subcontrata no son de fuente jurídica. Proceden del argot empresarial, en especial del sector de la

91 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La descentralización en España..”, op. cit.; MONEREO PÉREZ, José Luis y SERRANO FALCÓN, Carolina, “*La subcontratación empresarial. Hacia un nuevo modelo de regulación*”, Fundación Alternativas, 2010, pág. 44.

construcción⁹². También suele utilizarse el término genérico “subcontratación de obras y servicios” que engloba las dos modalidades contractuales⁹³.

No se trata de ninguna figura novedosa ni mucho menos, pues el ordenamiento jurídico laboral las reconoce desde la antigua Ley de Seguridad Social del año 1966 ⁹⁴ pero lo cierto es que con la expansión del fenómeno de la descentralización productiva, las contrata y subcontratas han pasado a tener un uso generalizado en todos los sectores de la producción y se han convertido en la piedra angular sobre la que se construye la empresa red, paradigma de la empresa descentralizada.

92 MARTIN VALVERDE, Antonio, “Responsabilidad empresarial en caso de contrata y subcontratas”, en AA.VV., [Efrén Borrajo Cruz (Dir.): Comentarios a las leyes laborales, El Estatuto de los Trabajadores, Tomo VIII, Madrid, 1982, pág. 236; GOERLICH PESET, José María, “Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios”, en AA.VV., Descentralización Productiva y protección del trabajo en contrata, Estudios en Homenaje a Francisco Blat Gimeno, Valencia, 2000, pág. 80; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “La tutela de los trabajadores...”, op. cit., pág. 220; LÓPEZ ANIORTE, María del Carmen, “Extensión subjetiva de la protección dispensada a los trabajadores en supuestos de reorganización empresarial mediante contrata: Deficiencias detectadas y propuesta de solución”, en AA.VV., Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas, XVI Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTSS, Madrid, 2006, pág. 530.

93 El artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores utiliza en su título la denominación “Subcontratación de obras y servicios”. En igual sentido la Ley Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción, Ley 32/2006 de 18 de octubre. Utilizan el término “subcontratación” entre otros: BRIONES GONZÁLEZ, Carmen, “El trabajo en régimen de subcontratación...”, op. cit., pág. 1120; Francisco Blat Gimeno, “El marco sociológico de la descentralización productiva”, en AA.VV., Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata, Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 47; MONEREO PÉREZ, José Luis y ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, “Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial”, Comares, Granada, 2001, pág. 3; LÓPEZ SÁNCHEZ, Caridad, “Subcontratación y cesión ilegal: delimitación y responsabilidades empresariales por la cesión ilegal de trabajadores”, en AA.VV., [Juan Rivero Lamas (Dir.), Ángel Luis de Val Tena (Coord.): Descentralización productiva y responsabilidades empresariales el “outsourcing”, Thomson- Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 277; MONTOYA MEDINA, David, “Trabajo en contrata...”, op. cit., pág. 53; MÉNDEZ CALVO, Remedios, “Negociación Colectiva...”, op. cit., pág. 9; GALA DURÁN, Carolina, “La subcontratación socialmente responsable en el ámbito privado: ¿Un nuevo reto para la legislación laboral?”, Temas Laborales, núm. 105, 2010, pág. 13.

94 Decreto 907/1966, de 21 de abril.

En términos generales, por contrata y subcontrata se entiende “la operación mediante la que una empresa confía a otra la ejecución de una parte de la producción o de ciertos servicios, de acuerdo con determinadas directrices previamente establecidas”⁹⁵.

En la estructura contractual clásica que se utiliza en la contratación y subcontratación de obras y servicios interviene la empresa principal o comitente. Esta es la que -en el esquema de la descentralización productiva- “exterioriza” y encarga a una segunda empresa, denominada contratista, la ejecución de una obra o la prestación de un servicio. La contratista puede, a su vez, encomendar parte del encargo a una tercera empresa denominada subcontratista.

El referente normativo de la contrata y la subcontrata es el artículo 42 del ET, norma que recoge los más importantes aspectos de la regulación sobre la contratación y subcontratación de obras y servicios, en especial en lo que a responsabilidades laborales se refiere. Si bien el contenido del artículo 42 ET no hace referencia a ningún tipo de negocio jurídico particular, la opinión dominante en la doctrina suele identificar a la contrata y subcontrata con el contrato de empresa, variante del contrato de arrendamiento o ejecución de obra prevista en el artículo 1544 del Código Civil⁹⁶.

Por lo demás, la misma doctrina se ha inclinado por una interpretación extensiva de los términos contrata y subcontrata, haciendo ver que los mismos no se pueden reducir a las formas clásicas del arrendamiento de obra. Por el contrario, el criterio mayoritario sostiene que el objeto de la contrata y subcontrata puede ser de muy variada naturaleza contractual. Así, la contrata y subcontrata puede comprender contratos de naturaleza civil, mercantil e

95 BLAT GIMENO, Francisco, “*El marco sociológico...*”, op. cit., pág. 51.

96 VALVERDE MARTÍN, Antonio, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 236; GOERLICH PESET, José María, “*Determinación del supuesto...*”, op. cit., pág. 85; MONEREO PÉREZ, José Luis y ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, “*Dimensión laboral de la contratación...*”, op. cit., pág. 38; RIVERO LAMAS, Juan, “*Descentralización productiva como fenómeno...*”, op. cit., pág. 44; CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*La descentralización en España...*”, op. cit., pág. 12; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 70.

incluso administrativa, así como fórmulas contractuales atípicas que sirvan al empresario para contratar la ejecución de obras y servicios relacionados con actividades del proceso productivo de la empresa que se descentraliza esto, siempre y cuando, las modalidades contractuales aplicadas al fin descentralizador “asuman una funcionalidad idéntica o similar” a la del contrato de arrendamiento de obra⁹⁷.

En la práctica empresarial, el instrumento de las contrata y subcontratas es utilizado con frecuencia para descentralizar actividades convencionales de la empresa, como lo son las labores de limpieza, los servicios de seguridad y vigilancia y el mantenimiento de instalaciones y equipos. No con menos frecuencia se utiliza la figura de la contratación y subcontratación de actividades especializadas y complejas que demanda la empresa como ocurre con la contratación de servicios informáticos, los servicios de ingeniería, los procesos de logística, el manejo de planillas, los procesos de selección de personal, entre otros.

Sin lugar a dudas, la enorme versatilidad jurídica y práctica de la cual goza la figura de las contrata y subcontratas, explica en muy buena medida el papel protagónico que actualmente desempeñan las diversas modalidades de contratación y subcontratación de obras y servicios en los procesos de reorganización empresarial propios de la descentralización productiva.

7.2 Los grupos de empresas.

26. Significado y alcance. La ausencia de un tratamiento legal específico.

El constante proceso de internacionalización de la economía y la desregulación del mercado de capitales ha propiciado en los últimos años una tendencia a la concentración de unidades productivas que se integran en lo que se ha venido a denominar “grupos de empresas”.

97 En este sentido GOERLICH PESET, José María, *Ibidem*, pág. 118; MONEREO PÉREZ, José Luis y ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, “*Dimensión laboral de la contratación...*”, op. cit., pág. 39; RIVERO LAMAS, Juan, “*Descentralización productiva como fenómeno*”, op. cit., pág. 46.

En su concepción económica tradicional, el término “grupo de empresa” hace referencia a un conjunto de empresas integradas en múltiples unidades operativas que desarrollan distintas actividades más o menos relacionadas entre sí y que cuentan con una jerarquía de dirección integrada, con capacidad de control y de asignación de recursos en el conjunto del grupo⁹⁸.

Resaltando los elementos orgánicos y finalistas de la figura, se ha definido al grupo de empresas como “la concentración de personas físicas y/o jurídicas empresarios que, no obstante gozando de personalidad jurídica y aparente autonomía, generan un vínculo económico-organizativo, normalmente fundado en criterios de dependencia y subordinación, de decisivas consecuencias y complejos problemas en orden a la aplicación de las instituciones de Derecho del Trabajo, y tendente a la obtención de un fin empresarial común, concretado en las ventajas derivadas de la agrupación, en atención a la realidad y exigencias del tráfico económico”⁹⁹.

Los grupos de empresas constituyen un fenómeno absolutamente consolidado en España y cada vez más extendido tanto en el sector privado como en el sector público¹⁰⁰. Pese a esto, el ordenamiento jurídico carece de una debida regulación de la figura. Hasta el día de hoy solo se dispone de conceptos parciales y dispersos sobre la noción de grupos de empresas referidos a supuestos específicos de imputación normativa. La referencia más clara sobre la noción jurídica del “grupo de empresas” se encuentra en el artículo 42 del

98 ARAGÓN MEDINA, Jorge, “*Los grupos de empresa como unidad económica dominante*”, en AA.VV., [Antonio Baylos y Luis Collado (editores)]: *Grupos de Empresa y Derecho del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1994, pág. 25.

99 SANTIAGO REDONDO, Koldo, “*Consideraciones en torno al grupo de empresas. En especial, las prácticas de circulación de trabajadores*”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1991, pág. 456.

100 CAMPS RUIZ, Luis Miguel, “*La problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos*”, en AA.VV., [Antonio Baylos y Luis Collado (editores)]: *Grupos de Empresa y Derecho del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1994, pág. 87; SALA FRANCO Tomás, “*Descentralización Empresarial y Responsabilidad en España*”, en AA.VV., [Tomás Sala Franco, Cristina Mangarelli, Francisco J. Tapia Guerrero (Coord.)]: *La Descentralización empresarial y la responsabilidad laboral en América Latina y España*, Tirant Lo Blach, Valencia, 2011, pág. 202; ARAGÓN MEDINA, Jorge, *Los grupos de empresa como unidad económica dominante*”, op. cit., pág. 42.

Código Comercio cuyo tenor señala que “*existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras*”¹⁰¹.

En el ámbito del Derecho Laboral, más allá de algunas normas concretas que hacen referencia a la figura del grupo de empresas¹⁰², no existe regulación normativa sobre el grupo de empresas. Ante la ausencia de un tratamiento legal específico, ha sido la jurisprudencia la que ha venido a delimitar los contornos del concepto de grupos de empresas y a desarrollar los criterios básicos y generales para resolver los problemas que estos plantean

101 El artículo 42 citado, en su párrafo segundo señala: “En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto. b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto. d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado”.

También la legislación mercantil se ocupa de los grupos de empresa en la Ley de Mercado de Valores (Ley 24/1988, de 28 de julio); en la Ley de Sociedades Anónimas (RDL 1564/1989, de 22 de noviembre) y en la ley que regula las Uniones Temporales de Empresas y Agrupaciones de Interés Económico (Ley 12/1991 de 29 de abril); en el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las Normas para formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas. En el Derecho Administrativo, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Ley 30/2007 del 30 de octubre) hace referencia al “grupo de empresas” al establecer como presupuesto de exclusión del procedimiento de adjudicación la proposición presentada por “empresas vinculadas” considerando como tales las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio. Por su parte en el Derecho Laboral si bien no existe una regulación específica de la figura, algunas normas sí hacen referencia a ella. Así el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, sobre personal de alta dirección; La Ley 8/1987, 8 de junio, de Planes y Fondos de pensiones y La Ley Reguladora de los Derechos de información y consultad de los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria (Ley 10/1997, de 24 de abril).

102 Cfr. el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, sobre personal de alta dirección; La Ley 8/1987, de 8 de junio, de Planes y Fondos de pensiones y La Ley Reguladora de los Derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria (Ley 10/1997, de 24 de abril).

para el Derecho del Trabajo, en especial los atinentes a las responsabilidades empresariales por obligaciones laborales con los trabajadores del grupo¹⁰³.

Aún y cuando en el tráfico mercantil concurren diversas variantes de grupos de empresas que se articulan también mediante diversos regímenes jurídicos¹⁰⁴, no todos ellos conducibles a fines descentralizadores, sin lugar a dudas la fórmula organizativa de grupo es frecuentemente utilizada por las empresas para implementar esquemas de descentralización productiva.

La adquisición de participación societaria y los procesos de “filialización” son las formas más comúnmente utilizadas para la creación de grupos de empresas con fines descentralizadores¹⁰⁵. En el primer caso, la empresa matriz mediante la toma de participación del capital social de otra empresa, adquiere control sobre esta y la integra al grupo. En el segundo caso, la propia empresa matriz crea empresas filiales con las cuales conforma su grupo desde adentro. En ambos supuestos, el grupo se proyecta como un conglomerado de sociedades que actúan como empresa unitaria, pero manteniendo cada una de ellas inalterada su personalidad jurídica y su propio patrimonio.

Independientemente del modelo constitutivo, la estructura organizativa del grupo permite implementar la descentralización productiva mediante la fragmentación del proceso productivo, que se divide en varias fases y/o tareas cuya ejecución queda distribuida entre las distintas empresas que integran el conglomerado. Así la actividad productiva se descentraliza de la empresa matriz hacia las demás empresas pertenecientes al grupo, las cuales

103 RIVERO LAMAS, Juan, “*La descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 58; SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y ARETA MARTÍNEZ, María, “*El derecho del trabajo y los grupos de empresa: inventario*”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 48, 2004, pág. 100; SALA FRANCO, Tomás, “*La descentralización empresarial...*”, op. cit., pág. 204.

104 La doctrina convencionalmente reconoce tres regímenes jurídicos de grupo: la empresa matriz con estructura multidivisional, los Holdings y las corporaciones industriales o financieras. En este sentido, ARAGÓN MEDINA Jorge, “*Los grupos de empresa...*”, op. cit., pág. 27.

105 MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “*La responsabilidad en la relación...*”, op. cit., pág. 56.

intervienen en el mismo proceso productivo según sean los lineamientos estratégicos previamente establecidos.

Con la constitución del grupo, las empresas logran una descentralización productiva a la medida de su propia extensión grupal. Obtienen así las ventajas organizativas que les reporta la estructura del conglomerado: logran mayor capacidad de adaptación y de flexibilidad; en especial en lo que toca al manejo del recurso humano. Además, consiguen las preeminencias que surgen de la separación existente entre su realidad económica y su formalidad jurídica. Ello les permite moldear sus actuaciones frente a las responsabilidades empresariales según sean sus propios intereses.

7.3 La transmisión de empresas.

27. La regulación de la transmisión de empresas y sus consecuencias jurídicas

El instituto de la transmisión de empresa o cesión de empresa se encuentra regulado en el art. 44 del E.T. Tiene como finalidad asegurar la continuidad de los contratos de trabajo, de manera que el cambio de empresario no perjudique a los trabajadores. Las consecuencias jurídicas más importantes que trae aparejadas la sucesión de empresa según lo dispuesto en el citado artículo son: a) El efecto subrogatorio de la transmisión, quedando así el nuevo empresario subrogado en todos los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del empresario anterior y b) la imposición de una responsabilidad solidaria entre ambos empresarios por las obligaciones laborales nacidas con anterioridad de la transmisión que no hubieran sido satisfechas al momento de realizarse esta.

El art. 44.1 del E.T. conceptúa la transmisión como el cambio de titularidad “...de una empresa, de un centro de trabajo, o de una unidad productiva autónoma”. El apartado segundo del mismo artículo, establece que “A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una unidad económica

que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una unidad económica, esencial o accesorio”.

La doctrina sostiene que la transmisión puede concebirse así, como el momento genético de una descentralización productiva, pues no solo permite la transferencia de la totalidad de la empresa, sino también posibilita la desarticulación de unidades productivas de la estructura empresarial original para independizarlas de esta, dándose así un proceso de *“desgajamiento de centros de trabajo o actividades que hasta el presente se encontraban incorporadas a la misma”*¹⁰⁶.

De los distintos supuestos en que puede darse la transmisión de la empresa, según lo previsto en el citado artículo 44 del E.T., los que mejor sirven a los fines de la descentralización productiva son los que implican la transmisión de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, ya que en en estos casos una vez hecha la transmisión mantienen la ejecución de las actividades productivas que venían realizando desde antes para suministrárselas a la empresa principal desde afuera, interviniendo en el proceso productivo de esta ya en condición de empresa auxiliar o periférica.

Este tipo de externalización de actividades, en las que la empresa cedente pierde su condición de empresario con respecto al centro de trabajo o unidad productiva autónoma que ha sido transmitida puede calificarse como sucesión de empresa, sin importar incluso si el centro de trabajo o unidad productiva autónoma que se haya sido formalmente transferido un nuevo titular, pase a formar parte junto con la empresa principal de un mismo grupo empresarial. Así, la descentralización de actividades productivas a través de la figura de transmisión de empresas, puede darse tanto en el supuesto de que la nueva entidad cedida mantenga una total independencia de la empresa cedente, como también cuando entre una y otra subsistan vínculos jurídicos funcionales.

106 CRUZ VILLALÓN, Jesús, *“Derecho del Trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva”*, XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, París 5-8 de setiembre de 2006, (Documento versión digital), pág. 13.

28. Los efectos sobre las relaciones laborales

El proceso descentralizador llevado a cabo mediante la figura de la transmisión de empresa, en cualquiera que sea su modalidad, supone una alteración de las relaciones laborales, pues aún y cuando la transmisión de empresas conlleva la aplicación de una serie de garantías legales en el ámbito de las relaciones laborales, lo cierto es la escisión de la nueva entidad empresarial trae aparejadas consecuencias desventajosas para los trabajadores afectados con la cesión. Para empezar, las empresas transmitidas suelen ser de pequeñas dimensiones y con limitada capacidad económica, lo que implica una dosis de inseguridad jurídica para los trabajadores. En este sentido, la empresa cedente ofrece mayores garantías de estabilidad en el empleo y mayores posibilidades para mantener las condiciones laborales. Así mismo, la cesión de empresa reproduce una segregación de las relaciones laborales que incide negativamente en la capacidad de organización de los trabajadores y en la negociación colectiva¹⁰⁷.

Por lo demás, hoy en día las nuevas formas de organización empresarial han hecho que las transmisiones de empresas se vuelvan un fenómeno complejo. Se puede afirmar que la utilización de esta figura como mecanismo para llevar a cabo la descentralización no deja de tener una función ambigua, en tanto se le considera un instrumento de protección de los trabajadores que les garantiza la continuidad de los contratos de trabajo y el mantenimiento de sus derechos laborales, a la vez que sirve de instrumento al servicio del mercado, por cuanto también facilita en interés del empresario, una gestión empresarial más flexible para acometer procesos de reestructuración y de externalización de actividades productivas¹⁰⁸.

107 MONEREO PÉREZ, José Luis, *“La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos”*, Madrid, Ibidem Ediciones, 1994, pág. 15

108 FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *“Descentralización productiva, contrataciones y despido por causas objetivas”*, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrataciones*. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Valencia, 2000, p. 409; RODRÍGUEZ -PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. *“Descentralización productiva y sucesión de empresas”* en AA.VV. *Empresa, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*[María Fernanda Fernández López (Coord.)], Trotta, Madrid, 2004, pág. 213..

7. 4 Las empresas de trabajo temporal.

29. Significado y alcance. La ley 14/1994

Reconocidas por el ordenamiento jurídico desde el año 1993, primero con el Real Decreto Ley 18/1993 de medidas urgentes de fomento de la ocupación, aprobado el 3 de diciembre de ese año, y luego por la Ley 14/1994, de 1 de junio¹⁰⁹, las Empresas de Trabajo Temporal –comúnmente denominadas por sus siglas “E.T.T”- constituyen una figura ya consolidada en el mercado laboral español.

La propia ley en su artículo primero define a las ETT como aquellas empresas “cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados”.

Las ETT gozan hoy en día de mayor capacidad de acción, en tanto sus servicios ya no se limitan a la mera figura de proveedor exclusivo de trabajo temporal, sino que pueden prestar otros servicios de intermediación laboral y colocación de empleo como actividades de asistencia en el manejo del recurso humano de las empresas usuarias¹¹⁰.

Las Empresas de Trabajo Temporal realizan una actividad de intermediación laboral de naturaleza compleja, que tiene por rasgo característico la

109 La citada ley es desarrollada por el Real Decreto 4/1995, de 13 de enero. Así mismo, ha sido reformada en varias ocasiones mediante las siguientes leyes: Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas; Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y más recientemente por el por Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Además de la citada Ley, las ETT encuentran regulación en el ordenamiento jurídico español mediante el Convenio 181 de la O.I.T de 1997 y por la Directiva 2008/104/CE de 19 de noviembre de 2008.

110 El Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, introdujo como cambio importante en la regulación de las Empresas de Trabajo Temporal, permitiendo a estas actuar como agencias privadas de colocación y flexibilizando su capacidad de acción. En este sentido véase, SALA FRANCO, Tomás, “*La última reforma laboral en España: comentario de urgencia al Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 11 de febrero de 2012)*”, Revista de Derecho Laboral, núm. 3, 2012, pág. 53; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, “*ETT nuevo socio estratégico para las empresas*”, en: http://www.pwc.es/es_es/es/legal-fiscal/assets/ett-socio-estrategico-empresas.pdf

configuración de una relación triangular que se articula mediante el contrato de puesta a disposición que tiene por objeto la cesión de los trabajadores de la ETT a favor de la empresa usuaria.

En el esquema triangular, la empresa usuaria es la que mediante el contrato mercantil de puesta a disposición celebrado con la ETT, utiliza a los trabajadores cedidos por esta y se beneficia directamente del trabajo que realizan, pero sin asumir la condición de empleador, ya que el vínculo jurídico laboral se da solo entre el trabajador y la ETT.

A primera vista, el funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal no se encuadra dentro de la lógica de la descentralización productiva, en tanto la puesta a disposición de trabajadores que ellas realizan a favor de la empresa principal o usuaria de sus servicios, hace suponer que esta última, en vez de exteriorizar actividades, acude a la contratación de personal externo para integrarlo a su proceso productivo con el fin de ejecutarlo en su totalidad por ella misma. Desde esta óptica, la figura de la cesión de trabajadores a través de las ETT, implicaría un movimiento que se desplaza en sentido contrario a la corriente descentralizadora.

No obstante, la mayor parte de la doctrina mira a las Empresas de Trabajo Temporal desde otra perspectiva, haciendo notar que cuando se acude a utilizar una ETT no es la producción lo que se descentraliza; antes bien, lo que se descentraliza es la propia relación laboral, la estipulación misma del contrato de trabajo¹¹¹.

En efecto, el suministro de mano de obra a través de las ETT permite a la empresa usuaria beneficiarse de manera directa de la fuerza de trabajo de un personal ajeno a su estructura productiva. El contrato de puesta a disposición celebrado entre ETT y la empresa usuaria, sirve a esta como diafragma para desvincularse en términos obligacionales del personal cedido por la ETT, al tiempo que le permite desplazar hacia afuera los efectos jurídicos del contrato de trabajo, que son asumidos por la Empresa de Trabajo Temporal en exclusiva.

111 GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 41.

De lo anterior es fácil advertir que a través de las Empresas de Trabajo Temporal la empresa usuaria logra exteriorizar parte de la fuerza de trabajo que requiere su gestión productiva, lo que a su vez le permite una gestión más flexible del recurso humano¹¹².

7.5 Las empresas de gestión integral o multiservicios

En años más recientes han aparecido la denominadas empresas de gestión integral o empresas multiservicios (E.M.) como también se les conoce. Se han expandido de forma vertiginosa a prácticamente todos los sectores productivos, al punto de llegar a ser uno de los mecanismos más utilizados por las empresas para descentralizar actividades accesorias. Su principal característica viene dada por la versatilidad de su objeto social¹¹³ y en ello reside también su éxito, pues ofrecen diversos servicios integrados en la misma actividad comercial que desempeñan.

El principal campo de acción de las E.M. está en la ejecución de tareas básicas casi siempre identificadas con las actividades auxiliares como los son los servicios de vigilancia, limpieza, mantenimiento, servicios de secretariado, tareas de recepción, asistencia técnica, comercialización, mensajería, consejería, entre otras¹¹⁴.

Su particular *modus operandi*, hace que desde la perspectiva laboral se les vea como una figura que queda ubicada a medio camino, entre las contratas y las empresas de trabajo temporal. Esto debido a que los servicios que las E.M. brindan a sus empresas clientes, casi siempre se articulan a través de tipos contractuales que quedan comprendidos dentro de la modalidad de la subcontratación de servicios, pero su organización empresarial y productiva

112 ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, “Efectos de la descentralización...”, op. cit., pág. 21.

113 ESTEVE SEGARRA, Amparo, “La selección del convenio colectivo en empresas multiservicios. A propósito de la STS de 17 de marzo de 2015, rcud. 1464/2014”, (Documento versión electrónica).

114 UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, FEDERACIÓN SERVICIO, MOVILIDAD Y CONSUMO, “Empresas multiservicios, o cómo precarizar el empleo Análisis de las empresas multiservicios 2016”, UGT, Madrid, 2016, pág. 3.

suele ser tan básica, que el principal activo con el que cuentan son sus propios trabajadores, quedando así la contrata, reducida a poco más que el suministro de mano de obra¹¹⁵.

No por otra cosa la doctrina ha empezado a llamar a la subcontratación que llevan a cabo las E.M. bajo la denominación de “contratas inmateriales” o “contratas desmaterializadas” porque en ella predomina la noción de empresa- actividad, frente a la noción clásica de empresa-organización¹¹⁶, que faculta a la E.M. concertar contratas de obras y servicios con una organización productiva elemental, integrada por escasos recursos e instrumentos productivos apenas necesarios para ejecutar la actividad contratada con su propio personal y con cierta autonomía de gestión.

Por lo anterior, aún y cuando el uso de las E.M. puede constituir una organización productiva lícita que encuentra su fundamento y razón de ser en el derecho constitucional de libre empresa al amparo del art. 38 de la C.E., la doctrina siempre las ha visto con recelo porque su irrupción en el mercado laboral ha propiciado que bajo la careta de la contrata formal se implementen prácticas fraudulentas de cesión ilícita de trabajadores¹¹⁷.

115 RIVERO LAMAS, Juan, “*Descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 44.

116 VICENTE PALACIO, Arántzazu, “*Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*”, Editorial Atelier, Barcelona, 2016, pág. 28.

117 Entre otros, RIVERO LAMAS, Juan, “*Descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 44; GOERLICH PESET, José María, “*Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores*”, Actualidad Laboral, núm. 1, 2001, pág. 43 y ss.; ESTEVE SEGARRA, Amparo, “*Las empresas multiservicios: entre las contratas de obras y servicios y la cesión ilegal*”, en AA.VV., [Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco (Coord.)]: *Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo: estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 104.; *Externalización laboral en las empresas multiservicios y redes de empresa de servicios auxiliares*”, op. cit., pág. 32 y ss; PÉREZ GUERRERO, María Luisa y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, “*Contratas y cesión de trabajadores en la reforma laboral de 2006*”, Temas Laborales, núm. 85, 2006, pág. 110; ALMEDA CASTILLO, María Teresa, “*La cesión de trabajadores a través de empresas multiservicios*”, Relaciones Laborales, Tomo II, 2005, págs. 356- 373; VICENTE PALACIO, Arántzazu, “*Empresas multiservicios...*”, op. cit., págs. 25 y ss; UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES. FEDERACIÓN SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO, “*Empresas multiservicios, o cómo precarizar el empleo Análisis de las empresas multiservicios*” 2016, UGT, Madrid, 2016, pág. 3; NIETO ROJAS, Patricia, “*Negociación colectiva y empresas multiservicios: un binomio no resuelto*”, en prensa, pág. 3.

Por lo demás, el uso de las E.M. reporta importantes incentivos a las empresas usuarias. Mediante este recurso logran mantener bajo control el tamaño de la plantilla y se les facilita flexibilizar la gestión del recurso humano. La utilización de las E.M. también permite a las empresas reducir costes salariales y otros relacionados con las obligaciones laborales y de Seguridad Social e incluso, les permite abaratar el costo que supone la contratación de trabajadores temporales a través de empresas de trabajo temporal.

30. La suplantación de las ETT

A nadie escapa el hecho de que las E.M. actúan en el mercado como competidoras e incluso sustitutas de las empresas de trabajo temporal. La razón de ser de este fenómeno de transposición de las E.M. con las E.T. se ha visto enormemente favorecido por la ausencia de regulación que controle a las primeras y por el marco normativo que regula y controla la actividad de las segundas. Al respecto la doctrina sostiene que desde el plano regulatorio las E.M. se encuentran en clara situación ventajosa respecto de las ETT, pues a estas últimas el marco normativo bajo el cual operan, les impone una serie de cargas y condiciones que aquellas no tienen, lo que facilita a las E.M. un margen de maniobra muy amplio a la vez que el abaratamiento de los costes de producción, lo que las convierte en una opción mucho más atractiva¹¹⁸.

En el mercado laboral el uso de las E.M. es visto como una alternativa del recurso de las ETT, pues a través de la subcontratación de sus servicios, se pueden conseguir resultados idénticos o similares a los obtenidos con el contrato de suministro de mano de obra, pero prescindiendo de los controles y límites legales que pesan sobre las ETT, a la vez que abaratando los costes de la contratación.

118 GOERLICH PESET, José María, “*Empresas de servicios...*”, op. cit., pág. 54; ALMEIDA CASTILLO, María Teresa, “*La cesión de trabajadores...*”, op. cit., pág. 357 y VICENTE PALACIO, Arántzazu, “*Empresas multiservicios...*”, op. cit., pág. 50; ESTEVE SEGARRA, Amparo, “*Externalización laboral en las empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*”, op. cit; pág. 66 y ss.; FERNÁNDEZ AVILÉS, José Francisco, “*Empresas “multiservicios” y “dumping” social: Estado de la cuestión*”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 405, 2016, pág. 5.

No obstante lo anterior, la competencia comercial dentro del mercado laboral que se dice existe entre las E.M. y las ETT puede ser solo aparente y muchas veces se manifiesta como un mero formalismo. Y es que, los vínculos entre unas y otras son cosa común, al punto que con frecuencia unas y otras se encuentran integradas a un mismo grupo empresarial. Tanto es así, que la doctrina ha hecho ver que algunas ETT vinculadas a grupos multinacionales han constituido sus propias empresas multiservicios para no perder la cuota de mercado, que vienen perdiendo a causa de la preferencia que tienen las E.M.¹¹⁹.

De igual forma se ha dicho que esta estructura de grupo empresarial que comparten las E.M. y las ETT propicia la conformación de una compleja configuración de la relación laboral entre empresa principal- empresa multiservicios y ETT, pues ocurre que la empresa principal acude a la contrata con la E.M. para la prestación de determinados servicio, y esta concierta a la vez con la ETT el contrato de suministro de mano de obra para el reclutamiento de los trabajadores que tendrán a cargo la ejecución de la actividad subcontratada¹²⁰.

Por otro lado, teniendo en cuenta que la prestación de servicios que brindan las E.M. recae primordialmente en la atención de actividades productivas consideradas accesorias o complementarias, la contrata en estos casos queda fuera del ámbito de cobertura del art. 42 del E.T. porque se trata de contratas ajenas a la propia actividad de la empresa comitente. De manera que los trabajadores de las E.M. quedan al descubierto de la tutela legal que el ordenamiento jurídico prevé para el trabajo en subcontratación.

119 VICENTE PALACIO, Arántzazu, “*Empresas multiservicios...*”, op. cit., pág. 51; ESTEVE SEGARRA, Amparo, “*Las empresas multiservicios...*”, op. cit., pág. 105; FERNÁNDEZ AVILÉS, José Francisco, “*Empresas «multiservicios» y «dumping» social: Estado de la cuestión*”, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos : recursos humanos, vol. 405, 2016, pág. 10.

120 GOERLICH PESET, José María, “*Empresas de servicios...*”, op. cit., pág. 43; ALMEIDA CASTILLO, María Teresa, “*La cesión de trabajadores...*”, op. cit., pág. 356, MUÑOZ RUIZ, Ana Belén, “*Estrategias de negociación y empresas multiservicios: la problemática del convenio colectivo aplicable como telón de fondo.*”, Información Laboral, vol. 7, 2014, pág. 85.

De igual forma, la diversificación productiva de los servicios que prestan las empresas multiservicios, distorsiona por completo las reglas de la negociación colectiva, y en particular uno de los aspectos clásicos del ordenamiento laboral como lo es el ámbito funcional del convenio colectivo aplicable en función de su actividad en un concreto sector, lo que es especialmente relevante a los efectos de determinar el convenio colectivo aplicable. Este resulta ser uno de los aspectos más problemáticos a los que se enfrenta el Derecho del Trabajo, a la hora de estudiar el funcionamiento de las empresas multiservicios¹²¹.

En suma, las E.M. como mecanismo de descentralización productiva, suponen un supuesto de intermediación laboral no regulada, porque intervienen en el mercado mediante la formalidad de la contrata ajena a la propia actividad y por ende exenta del régimen de responsabilidad empresarial que se establece en el art. 42 del E.T., a la vez que en la práctica operan como un equivalente desregularizado de las ETT.

7.6 El trabajo autónomo.

31. Significado y alcance.

En el modelo industrial clásico, el trabajo autónomo ha jugado un papel de segunda clase ante el protagonismo indiscutible del trabajo dependiente o subordinado. Sin embargo, en las últimas décadas, la relación de fuerzas entre ambas modalidades de trabajo ha experimentado evidentes cambios a favor de la primera.

La fuerte expansión que viene teniendo el trabajo autónomo¹²² ha sido

121 ESTEVE SEGARRA, Amparo, “*Las empresas multiservicios...*”, op. cit., pág. 148 y ss; VICENTE PALACIO, Arántzazu, “*Empresas multiservicios...*”, op. cit., pág. 58 y ss.

122 En un reciente informe elaborado por el CES, en el que se trata el tema de la evolución del trabajo autónomo, se señala que “la aparición de actividades económicas en el ámbito de los servicios, en buena parte vinculadas a la difusión de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, o las nuevas realidades organizativas empresariales, en las que juegan un papel importante los procesos de descentralización productiva, entre otras causas, han hecho surgir, junto a las formas tradicionales del trabajo autónomo, como son los titulares de establecimientos comerciales, agricultores y profesionales diversos, nuevas fórmulas más

propiciada en buena medida por la descentralización productiva en tanto esta modalidad de trabajo permite a las empresas satisfacer sus necesidades productivas y de mano de obra, no por la vía de la incorporación de trabajadores a su plantilla, sino a través de las aportaciones parciales llevadas a cabo por colaboradores externos¹²³.

Claro está que no todos esos trabajadores autónomos realizan su actividad dentro de esquemas de descentralización productiva, pero es fácil colegir que su vinculación con otras empresas obedece a fines descentralizadores, de modo que es un mecanismo muy utilizado por empresas que externalizan parte de su actividad¹²⁴.

Por lo demás, es cierto que junto a las causas económicas y productivas que impulsan a las empresas para acudir al trabajo autónomo, existen también razones subjetivas que atienden a la preferencia de los trabajadores mismos por formas de empleo diferentes de las relaciones de trabajo subordinado¹²⁵. No obstante, el interés empresarial por obtener mayor margen de flexibilidad en el manejo del recurso humano y lograr la reducción de costes laborales, son los motivos que más han propiciado el uso extensivo del trabajo autónomo como herramienta descentralizadora.

Tradicionalmente, el trabajo autónomo se encontraba circunscrito a actividades de escasa rentabilidad, de reducida dimensión y que no precisa-

diversas, incluyendo los autónomos económicamente dependientes. En el mismo informe se destaca que “ a 31 de diciembre de 2015 había 3,2 millones de afiliaciones en los regímenes por cuenta propia de la Seguridad Social, lo que supone aproximadamente un 19 por 100 del total de la afiliación. De ese total, prácticamente 2,0 millones eran autónomos.” En el mismo informe, se d Informe 03/2016 “La creación de empresas en España y su impacto en el Empleo” Consejo Económico y Social, Madrid, 2016, pag. 47 y 48.

123 VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “*La externalización de actividades laborales...*”, op. cit., pág. 44; SALA FRANCO, Tomás, “*Descentralización empresarial y responsabilidad...*”, op. cit., pág. 239; SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “*La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?*”, en: <http://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2008/09/dependencia-transformaciones-wsanguinetti.pdf>.

124 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*La descentralización en España...*”, op. cit., pág. 14.

125 DE LUCA TAMAJO, Rafael y PERULLI, Adalberto, “*Informe General de las Ponencias Presentadas en el XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social celebrado en París, Francia del 5 al 8 de setiembre de 2006*”, pag. 16.

ban de una fuerte inversión financiera, como por ejemplo, la agricultura, la artesanía o el pequeño comercio¹²⁶. En la actualidad, el uso generalizado que se hace del trabajo autónomo como mecanismo de externalización de actividades productivas y las facilidades que para su ejecución aportan los novedosos recursos tecnológicos, hacen de él una modalidad de trabajo de amplia difusión en prácticamente todos los sectores productivos, incluyendo los de mayor dinamismo y de más alto valor agregado, como lo son el financiero, el tecnológico y el industrial.

Es importante tener en cuenta que la descentralización no solo ha impactado en el uso del trabajo autónomo en términos cuantitativos, sino también lo ha hecho en el aspecto cualitativo, en tanto el tipo de trabajo autónomo que se gestiona en la empresa descentralizada, difiere por mucho de sus modalidades tradicionales.

En su versión tradicional, el trabajo autónomo lo ejerce casi en exclusiva, el profesional liberal o el técnico cualificado que presta sus servicios a favor de varios clientes con quienes se relaciona de diversas formas según sean las necesidades de cada uno de ellos, y frente a los cuales mantiene siempre plena independencia para la ejecución de los servicios contratados. En la modalidad de trabajo autónomo que promueve la descentralización productiva, “la descualificación profesional es la nota dominante”¹²⁷ y el trabajador autónomo presta sus servicios ya no en condiciones de independencia con sus clientes, sino vinculado de manera permanente o exclusiva con determinadas empresas mediante una relación más o menos estable y duradera caracterizada por una fuerte dependencia económica¹²⁸.

En el esquema de la descentralización productiva, el trabajador autónomo queda fuertemente vinculado a la empresa usuaria o comitente debido a que sus servicios casi siempre terminan incardinados al funcionamiento normal de empresa, de donde surge una relación de coordinación impuesta por

126 Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto de Trabajo Autónomo, Preámbulo II.

127 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Los cambios en la organización...*”, op. cit., pág. 53.

128 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “*La dependencia y las nuevas...*”, op. cit.

la propia dinámica de la actividad productiva de la empresa, lo que a su vez genera una relación de estrecha dependencia entre partes.

Es precisamente en el grado de intensidad del vínculo existente entre empresa usuaria y trabajador autónomo de donde surgen los principales problemas para definir con claridad la ubicación que debe dársele a este tipo de trabajador dentro del ordenamiento jurídico. En especial si se toma en cuenta que no existen criterios claramente definidos para determinar con certeza la línea divisoria entre la identidad del trabajador dependiente y por cuenta ajena y la del trabajador autónomo o por cuenta propia¹²⁹, identidades que en el escenario de la descentralización productiva tienden cada vez más a confundirse.

32. El trabajo autónomo económicamente dependiente.

Ejemplo de lo dicho antes es la aparición en escena del denominado “trabajo autónomo económicamente dependiente”¹³⁰. Se trata de una figura a medio camino entre el trabajo autónomo propiamente dicho y el trabajo subordinado, y que hace referencia a un tipo de trabajador “necesitado de mayor protección jurídica que la otorgada por las tradicionales normas civiles o mercantiles del derecho privado”¹³¹ puesto que aún y cuando realiza su actividad en condiciones muy semejantes a las del trabajador subordinado, su situación jurídica no encuentra ningún reconocimiento ni tutela en la legislación laboral.

El auge que en los últimos años ha tenido el trabajo autónomo y su cada vez más fuerte presencia en todas las actividades productivas, ha propiciado el debate respecto a la necesidad de crear normativa especial que atienda a sus requerimientos jurídicos específicos y en particular que brinde protección a los trabajadores involucrados. En esta dirección se ha movido el

129 SALA FRANCO, Tomás, “*Descentralización empresarial y responsabilidad...*”, op. cit., pág. 240.

130 También conocido en la doctrina como “trabajo parasubordinado”, término que proviene de la doctrina y legislación italiana.

131 SALA FRANCO, Tomás, “*Descentralización empresarial y responsabilidad...*”, op. cit., pág. 240.

ordenamiento jurídico español con la promulgación en el año 2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo (ETA), aprobado por Ley número 20/2007 de 11 de julio. Se trata de una normativa que apuntala un novedoso régimen jurídico¹³² cuya particularidad radica en dar un trato diferenciado pero comprensivo tanto del trabajador autónomo entendido en sentido lato como del trabajador autónomo económicamente dependiente, el denominado TRADE.

Al margen de la discusión que arrastra la doctrina respecto a la aportación que supone el Estatuto del Trabajo Autónomo¹³³, lo cierto es que su promulgación responde a una incuestionable necesidad de la sociedad actual, en la que la descentralización productiva juega un papel protagónico. Tal circunstancia ha quedado claramente destacada en el mismo preámbulo del ETA, donde se reseña que el auge que en los últimos tiempos ha tenido el autoempleo obedece -entre otros factores-, a los nuevos desarrollos organizativos implementados por las empresas, haciendo con ello una clara referencia a la descentralización productiva.

8. Ventajas e inconvenientes de la descentralización productiva.

33. Variedad de efectos de la descentralización sobre las relaciones laborales.

Es lógico pensar que un fenómeno tan complejo y de tan grande expansión como lo es el de la descentralización productiva, traiga consigo aparejadas tanto ventajas como inconvenientes para todas las partes involucradas.

Desde el campo del Derecho del Trabajo, el signo positivo o negativo de las consecuencias que viene teniendo la descentralización productiva giran alrededor de los efectos jurídicos que esta tiene sobre las relaciones laborales,

132 Tomás Sala Franco, destaca que “el ETA ha venido a ser el “pionero” en una regulación sistemática y unitaria del trabajo autónomo en la Unión Europea”. SALA FRANCO, Tomás, *“La descentralización laboral y la responsabilidad...”*, op. cit., pág. 239.

133 No son pocos los autores que formulan serios cuestionamientos a la regulación del ETA, en particular en lo que al reconocimiento de los trabajadores económicamente dependientes se refiere, sobre lo cual se argumenta que con dicha figura se ha venido a legalizar a los “falsos autónomos”.

y desde esta perspectiva cabe hacer una lectura por separado según sean los intereses de cada una de las partes intervinientes en la relación laboral.

A continuación, se exponen las principales ventajas e inconvenientes que puede tener la descentralización productiva de acuerdo a los intereses de cada una de las partes involucradas en el proceso descentralizador, conforme destaca la doctrina.

8.1 Para la empresa principal o usuaria.

34. Ventajas de gestión y económicas.

Ya se ha dicho que la finalidad de la descentralización productiva es permitirle a la empresa una gestión productiva más flexible, así como reducir los costes de producción. Evidentemente, estas son las dos principales ventajas que obtiene la empresa principal que opta por un esquema de producción descentralizado.

Según se ha visto, tanto la flexibilidad como la reducción de costes de producción tienen como fin ulterior dotar a la empresa de mayor capacidad de adaptación a los eventuales cambios derivados de las transformaciones del mercado, de modo que debe anotarse también como ventaja importante la obtención de mayores grados de competitividad, destacando que la empresa descentralizada apunta a racionalizar su estructura productiva con miras a ser más competitiva dentro del mercado de bienes y servicios.

Junto a las anteriores ventajas, algunos autores señalan que la descentralización productiva puede reportar a la empresa mayor especialización, al permitirle deshacerse de tareas accesorias para enfocarse en la esencia de su actividad principal, como también, lograr un mayor grado de eficacia y tecnificación, en tanto le permite el acceso a recursos e innovación de equipos, cuya adquisición por sí misma puede serle de muy alto costo¹³⁴.

134 GARCÍA-MORENO GONZALO, José María, “*Contratos entre empresas para...*”, op. cit., pág. 62; SALA FRANCO, Tomás, “*Descentralización empresarial y responsabilidad...*”, op. cit., pág. 227.

Teniendo en consideración todas las anteriores ventajas, debe apuntarse que la preponderancia de una u otra en la motivación que tenga una empresa para descentralizar su estructura productiva dependerá de factores particulares como lo puede ser, el tamaño de la empresa, la naturaleza de su actividad productiva o su posición en el mercado, entre otros.

35. Inconvenientes de gestión y económicos.

No obstante, en concurrencia con las ventajas señaladas también se pueden apreciar múltiples inconvenientes que pueden tener efectos verdaderamente perniciosos para la empresa descentralizada. En la doctrina se destacan al menos tres importantes inconvenientes, a saber: El primero de ellos tiene que ver con los costes imprevistos en la contratación de la actividad que se descentraliza. De acuerdo con el planteamiento de la teoría de los costes de transacción¹³⁵, la empresa que exterioriza actividades productivas debe enfrentar una serie de costes relacionados con la gestión de la información y preparación de la negociación (etapa “ex ante” a la fijación del contrato) como también costes derivados del seguimiento y verificación del cumplimiento contractual (etapa “ex post” la fijación del contrato), lo que a la postre puede terminar neutralizando los beneficios buscados por la empresa a la hora de optar por la descentralización de sus actividades¹³⁶.

Como segundo inconveniente se señala la pérdida de control sobre las operaciones descentralizadas, inconveniente que tiene dos manifestaciones negativas sobre la empresa descentralizada: por un lado la pérdida de capa-

135 Elaborada por el economista estadounidense, Oliver Eaton Williamson, la teoría de los costes de transacción, plantea que “a diferencia de un mercado sin fricciones (como el supuesto en los modelos clásicos de la economía) la transferencia de bienes y servicios tiene lugar en un contexto de intercambio, donde la información es imperfecta, donde las partes han hecho inversiones en activos específicos, o donde cada parte busca promover la consecución de su interés a costa del de los otros, empleando un comportamiento Oportunista o estratégico”. SALGADO CONSUEGRA, Elvira, “*Teoría de los costos de transacción: una breve reseña*”, Cuadernos de Administración, julio-diciembre, año/volumen.16, núm. 26, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad de Bogotá, Colombia, pág. 63.

136 ALCALÁ DIÁZ, María Ángeles, “*Técnicas Jurídico- contractuales de descentralización empresarial*”, en AA.VV., [Lorenzo Gaeta y Rosario Gallardo Moya (Dir.)]: Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo, Bomarzo, Albacete, 2010, pág. 114.

cidad de decisión y organización sobre la actividad de descentralizada, pues estos dos aspectos medulares de la actividad empresarial pasan a la esfera de acción de la empresa auxiliar, y por el otro, la pérdida en la capacidad de control de calidad sobre el resultado de las actividades productivas que ejecuta el contratista o empresario auxiliar¹³⁷.

Es cierto que en la actualidad los contratos utilizados por las empresas para instrumentalizar la descentralización de actividades, suelen contener cláusulas que suprimen o al menos disminuyen los efectos negativos que supone la pérdida de control en los términos antes vistos¹³⁸, más en tales casos persiste el riesgo de incurrir en prácticas que pueden acarrear problemas de calificación jurídica respecto a la legalidad del instrumento utilizado para la ejecución de la actividad que se descentraliza¹³⁹.

Por último, el tercer inconveniente deriva de la falta de sentido de pertenencia que suelen tener los trabajadores “tercerizados” respecto a la empresa comitente. Esto implica en la mayoría de los casos una falta de motivación del personal de la empresa auxiliar para involucrarse con la consecución de los objetivos productivos que promueve y busca la empresa principal en el propio esquema descentralizado.

8.2 Para la empresa auxiliar o contratista.

36. Ventajas.

Por consiguiente, en el contexto de la descentralización productiva las pequeñas empresas han experimentado un auge y una expansión en todos los

137 ALCALÁ DIÁZ, María Ángeles, *Técnicas jurídico-contractuales...*, op. cit., pág. 115. En igual sentido, GARCÍA-MORENO GONZALO, José María, “*Contratos entre empresas para...*”, op. cit., pág. 62.

138 ALCALÁ DIÁZ, María Ángeles, *Técnicas jurídico-contractuales...*, op. cit., pág. 116.

139 Al respecto, Tomás Sala Franco hace ver que el deseo de la empresa principal a no abdicar de su control sobre el trabajo realizado por los trabajadores de la empresa contratista o por los trabajadores autónomos contratados, acarrea en la práctica la tendencia a “no triangular” convenientemente, lo que conlleva a que los directores medios de la empresa principal suelen incurrir en el error de dar órdenes directas a los trabajadores de la empresa contratista, con lo cual preconstituyen prueba de que se trata de una cesión ilegal de trabajadores y no de una verdadera y propia contrata de obras y servicios. Cfr. SALA FRANCO, Tomás, “*Descentralización laboral y responsabilidad...*”, op. cit., pág. 212.

sectores de la economía. Impulsadas por un mercado de creciente demanda de obras y servicios y por la utilización de las nuevas tecnologías¹⁴⁰, las empresas contratistas o auxiliares pueden ampliar sus espacios de acción asumiendo actividades que otrora eran ejecutadas directamente y de manera exclusiva por la empresa principal. En este sentido, la descentralización puede ser vista como un instrumento de distribución productiva que abre espacios a la cooperación y colaboración inter empresarial en beneficio de las unidades productivas de menores recursos, contribuyendo con ello a una democratización de la economía y del mercado de bienes y servicios.

37. Inconvenientes.

No obstante lo anterior, la realidad demuestra que la dinámica de la descentralización productiva en muchos casos empuja a la empresa auxiliar a una condición de subordinación y condicionamiento a los intereses de la empresa principal, con lo que ve seriamente comprometida su autonomía organizacional y su estabilidad financiera¹⁴¹.

Es cierto que en la diversidad que presenta la descentralización productiva, no todas las relaciones interempresariales entre la gran empresa y la empresa de pequeñas dimensiones, se sustentan en vínculos de subordinación o dependencia, pues en muchos casos las empresas pequeñas cuentan con recursos suficientes para desarrollar su actividad productiva con solvencia¹⁴² y bajo esquemas de auténtica coordinación estratégica con la gran empresa. Sin embargo, es un hecho innegable que la posición de dominio en el mercado que suele ocupar la gran empresa conduce con harta frecuencia a las relaciones de poder entre unas y otras empresas, donde la pequeña empresa queda bajo condición de dependencia.

140 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Los cambios en la organización...*”, op. cit., pág. 45.

141 HERRAÍZ MARTÍN, María del Sol, “*Nuevas formas de organización productiva: la denominada descentralización y sus manifestaciones*”, Tribuna Social, núm. 167, noviembre 2004, pág. 17.

142 RIVERO LAMAS, Juan, “*La descentralización...*”, op. cit., pág. 28; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 8.

Esta relación de dependencia supone un claro esquema de desigualdad en el cual la empresa principal impone las condiciones en el desarrollo de los aspectos empresariales de las empresas auxiliares¹⁴³. La fuerte dependencia que en algunos casos llega a desarrollar el vínculo empresarial entre empresa auxiliar y empresa principal conduce a lo que se ha llamado situaciones de “ajenidad en el mercado”, refiriéndose con ello no a la ajenidad el trabajador subordinado, sino a la de la propia empresa auxiliar que queda sometida a otras empresas a través de fuertes vínculos de producción¹⁴⁴.

8.3 Para los trabajadores.

38. Aspectos positivos.

Aún y cuando la lectura que se hace de la descentralización productiva desde la óptica de los intereses de los trabajadores es algo más que negativa, algunos autores hacen rescate de lo que consideran pueden ser aspectos positivos.

En particular, suele señalarse que los esquemas de descentralización productiva facilitan el acceso al mercado laboral para ciertos contingentes de personas que enfrenta limitaciones para encontrar empleo. Se dice que la intervención de una Empresa de Trabajo Temporal, el trabajo autónomo o la contratación en régimen de contratas y subcontratas, pueden ser la única oportunidad de trabajo remunerado para estudiantes o jóvenes con poca experiencia laboral, para trabajadores migrantes, para mujeres en condiciones especiales, para trabajadores con poca cualificación profesional o para personas en paro prolongado.

De igual forma, se dice que para los trabajadores dedicados a lo que suele llamarse el “*core business*”¹⁴⁵ o “núcleo duro” de la actividad de la empresa principal, la concurrencia de trabajadores externos en la ejecución de

143 ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, “*Técnicas jurídico-contractuales...*”, op. cit., pág. 107.

144 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Los cambios en la organización...*”, op. cit., pág. 28.

145 David Montoya advierte que es un término utilizado con harta frecuencia, incluso por la doctrina laborista. Cfr. MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 36.

actividades descentralizadas contribuye a aumentar la estabilidad interna, en el tanto los vaivenes de la producción son absorbidos por el personal externo. Así, los trabajadores de las empresas auxiliares funcionan como una fuerza laboral “parachoques” de la que puede prescindirse fácilmente cuando disminuye la demanda del tipo de trabajo que se trata sin que se vea afectado el personal de planta.

39. Aspectos negativos.

No obstante, las anteriores ventajas son más que neutralizadas por los muchos inconvenientes que la doctrina mayoritaria suele achacar a la descentralización productiva de cara a los intereses de los trabajadores. En términos generales, la mayor parte de los autores que tratan el tema, ven en la descentralización productiva un leviatán que degrada derechos laborales y ocasiona desorganización del Derecho del trabajo¹⁴⁶.

Desde el ámbito subjetivo del trabajador, los efectos más perniciosos que se le atribuyen a la descentralización productiva son el aumento en la inestabilidad laboral y la precarización de las condiciones de trabajo. Ambos inconvenientes son el efecto reflejo de la fuerte segmentación que ha experimentado el mercado de trabajo como consecuencia directa de la expansión de las formas de organización empresarial propias del modelo de descentralización productiva.

Las fórmulas de descentralización han conducido a la “*disgregación de la mano de obra asalariada en dos grandes categorías o colectivos de grupos*”¹⁴⁷ de trabajadores que gozan de condiciones laborales diversas, y que son, ya no solo diferentes entre sí, sino en algunos casos incluso antagónicas¹⁴⁸, lo que a su vez genera una constante presión a la baja en las condiciones laborales de los dos segmentos.

146 VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “*La externalización de actividades laborales...*”, op. cit., pág. 34.

147 MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 42.

148 Bien puede apuntarse el claro antagonismo que existe entre la posición estable que tiene el trabajador de la empresa principal y la situación de inestabilidad que suele enfrentar el trabajador externo.

Los efectos desventajosos que acarrea la segmentación mencionada se vuelven más que evidentes en tanto la dinámica descentralizadora hace posible la coexistencia de ambos grupos de trabajadores en una misma empresa. De aquí que algunos autores se refieren a la existencia de una “dualidad de plantilla” que implica dos niveles diferentes de condiciones de trabajo¹⁴⁹.

Ciertamente la empresa descentralizada se sirve de un núcleo de trabajadores contratados por ella misma para la ejecución de las actividades estratégicas desarrolladas “ad intra”, a la vez que se beneficia de manera directa de la concurrencia de personal externo que participa en la gestión del proceso productivo “desde afuera”, ya se trate de trabajadores suministrados por una empresa de trabajo temporal, ya sean trabajadores de la empresa contratista o personal que labora en régimen de trabajo autónomo. En cualquier de los anteriores supuestos, es común encontrar una clara diferencia en el estatuto jurídico de ambos grupos de trabajadores. En tanto los primeros gozan de estabilidad en el empleo, de salarios competitivos, de posibilidades de promoción y procedimientos normalizados para la administración de las normas laborales, los segundos pueden verse sometidos a una situación de inestabilidad en el empleo, baja remuneración y condiciones precarias de trabajo determinadas por una disciplina laboral “dura y caprichosa”¹⁵⁰.

A este segmento de trabajadores externos la doctrina le suele denominar “mano de obra periférica”¹⁵¹ que cumple una función instrumental por cuanto su estatus laboral queda fuertemente vinculado a la satisfacción de los intereses de la empresa comitente a la vez que condicionado a los términos acordados por ambas empresas para la ejecución de las actividades contratadas.

Desde la anterior perspectiva, el problema de la inestabilidad y precariedad en el empleo, viene condicionada por la estructura organizacional

149 MONEREO PÉREZ, José Luis, citado por GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 67.

150 BLAT GIMENO, Francisco, “*El marco sociológico...*”, op. cit., pág. 24.

151 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 15; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 42.

de la que se sirve la descentralización productiva y por los fines mismos que ella persigue. Respecto a lo primero, es sabido que los trabajadores de las empresas de dimensiones pequeñas hacia las cuales suele darse la transferencia de actividades descentralizadas, gozan de condiciones laborales de menor calidad que las que tienen los trabajadores de la mediana o gran empresa que se descentraliza¹⁵². En cuanto a lo segundo, también es cierto que son las empresas de pequeñas dimensiones las que gozan de mayores dosis de flexibilidad, a la vez que operan con menores costes laborales. Por ende, son los trabajadores de estas últimas los que se ven sometidos a una posición jurídica y económica más endeble¹⁵³.

Aunado a lo anterior, se puede destacar como un inconveniente de la descentralización, el uso extensivo de la contratación temporal por parte de las empresas auxiliares, lo que tiene un impacto directo en la estabilidad laboral de los trabajadores. La empresa auxiliar condiciona la duración del contrato de trabajo a la duración del contrato civil o mercantil que la vincula a la empresa usuaria. Esta práctica goza de la venia de la jurisprudencia unificadora¹⁵⁴, así como de cierto sector de la doctrina¹⁵⁵.

La inestabilidad también alcanza a los trabajadores de la propia empresa principal que decide descentralizarse, especialmente cuando la descentralización implica una reducción del tamaño de la empresa. En este caso, la

152 Sobre este punto, José María Goerlich apunta que “las empresas de menor dimensión presentan problemas específicos desde la perspectiva laboral. Se detectan con facilidad a poco que se repasen las estadísticas en las que los datos se encuentran diferenciados atendiendo a esta variable. Cfr. GOERLICH PESET, José María, “*La dimensión de la empresa...*”, op. cit., pág. 59.

153 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 13, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “*Descentralización Productiva...*”, op. cit., pág. 8.

154 Entre otras se pueden citar a modo de ejemplo, TS 25 de junio de 1997 (art. 6133) y sentencia 26 de junio de 2001 (art. 6839).

155 En este sentido, Luis Miguel Camps Ruiz, considera que la contratación temporal para obra o servicio determinado por parte de contratistas o concesionarios de obra o servicio, evidentemente justifica la modalidad de contratación temporal. Cfr. CAMPS RUIZ, Luis Miguel, “*La contratación laboral temporal*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 30. En sentido similar, MERCADER UGUINA, Jesús, “*La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Superior*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 31; CALVO GALLEGÓ, Francisco, “*La regulación laboral...*”, op. cit., pág. 89.

empresa se enfrenta a un problema de plantilla excedentaria cuya solución las más de las veces es encausada por la vía del despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que prevé el ordenamiento jurídico¹⁵⁶, o bien por los mecanismos de jubilaciones anticipadas y bajas voluntarias incentivadas¹⁵⁷.

De igual forma, la inestabilidad laboral y en particular el problema relacionado con la contratación temporal repercute en espacios que van más allá de la propia relación de trabajo, como ocurre en el campo de la seguridad en el trabajo. En este caso, los estudios ponen en evidencia el nexo causal entre temporalidad y siniestralidad, apuntando que los trabajadores que prestan sus servicios en empresas de trabajo temporal, empresas contratistas y subcontratistas, o los que laboran en régimen de trabajo autónomo, tienen más posibilidades de ser víctima de un accidente laboral que los trabajadores que laboran directamente para la empresa principal¹⁵⁸.

Otro aspecto de la descentralización que presenta una serie de inconvenientes, es el relacionado al trabajo autónomo. Los problemas más acucian-

156 El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se encuentra expresamente regulado en los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “*Descentralización productiva, contrata y despido por causa organizativa*”, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata*. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Valencia, 2000, pág. 407 y ss.; LÓPEZ ANIORTE, Carmen María, “*La descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 84 y ss.; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 83 y ss.

157 LÓPEZ ANIORTE, María del Carmen, “*Extensión subjetiva de la protección...*”, op. cit., pág. 532.

158 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Outsourcing...*”, op. cit., pág. 267; MIÑARRO YANINI, Margarita, “*La prevención de riesgos laborales en la contratación temporal, empresas de trabajo temporal y contrata y subcontrata*”, Madrid, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, 2002, pág. 511; GARCÍA NINET, José Ignacio, “*Obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad y salud en los supuestos de contratos y subcontratas. Consideraciones en torno al art. 24 (coordinación de actividades empresariales) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*”, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata*. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 296; HORTAL IBARRA, Juan Carlos, “*Subcontratación, cesión ilegal de trabajadores y responsabilidad penal en materia de prevención de riesgos laborales*”, *Tribuna Social*, núm. 75, 2005, pág. 23.

tes que se dan con este segmento laboral tienen que ver desde luego con la inestabilidad laboral y también con la baja remuneración.

Más complejo es el problema cuando se trata de los trabajadores económicamente dependientes. En este caso, si bien es cierto el Estatuto de Trabajo Autónomo comprende un elenco de derechos y garantías no previstos para el trabajador autónomo convencional¹⁵⁹, no menos cierto es que bajo esta modalidad de trabajo los trabajadores quedan sometidos a una fuerte dependencia económica del empresario que en ocasiones propicia situaciones de fraude laboral con fines eminentemente elusivos de las responsabilidades laborales. En este sentido, se ha dicho que a través de la figura del trabajador autónomo se están legalizando los “falsos autónomos” lo que conduce a un desplazamiento de la tutela que el Derecho del Trabajo ofrece a los trabajadores dependientes, hacia la regulación que el ETA ofrece a los TRADE’s¹⁶⁰.

8.4 Para las organizaciones sindicales.

40. Debilitamiento sindical y pérdida de poder de negociación.

La descentralización no ha traído más que efectos devastadores para los sindicatos. Si bien no todos los problemas que las organizaciones sindicales enfrentan en la actualidad derivan de los procesos de descentralización productiva, sin duda alguna las formas de reorganización empresarial que esta promueve y los cambios que ello ha suscitado en el sistema de relaciones laborales, han implicado un evidente debilitamiento de la estructura sindical y una pérdida real de su poder de negociación.

No es difícil entender cómo el redimensionamiento de la gran empresa, la transferencia de actividades a empresas de menor tamaño y el fraccionamiento del mercado laboral han puesto en endeble posición a los sindicatos.

159 El Estatuto de Trabajo Autónomo, en su artículo 14 reconoce al TRADE derechos tales 18 días de descanso anual, derecho a descanso semanal, disfrute de días festivos, jornada máxima, horario de trabajo compatible con la vida familiar y profesional, entre otros.

160 SALA FRANCO, Tomás, “*La descentralización laboral y responsabilidad...*”, op. cit., pág. 247.

Para empezar, debe recordarse, que fue en la fábrica fordista donde se implantaron las raíces más fuertes del sindicalismo, pues su modelo de gestión concentrada, permitía las condiciones óptimas para la acción sindical.

La transformación de la gran empresa fordista, y el cambio de paradigma organizacional hacia el de la empresa en red, con todo lo que ello implica en términos de redimensionamiento en el tamaño de las unidades de producción, división del trabajo y segmentación del personal, ha implicado un socavamiento de las bases mismas de la unidad de la acción sindical, que se ve reflejado en bajas tasas de afiliación, desmovilización de la clase trabajadora, dificultad para la renovación de las propuestas sindicales y negociación¹⁶¹.

Un señalamiento hartamente recurrente en la doctrina es el que apunta al poco poder de penetración que tienen los sindicatos en las pequeñas y medianas empresas, lo que desde luego dificulta la organización colectiva y los mismos sistemas de representación de los trabajadores¹⁶².

Todo lo anterior conduce también a problemas en el ejercicio de la negociación colectiva. Los problemas relativos a la negociación colectiva frente a la descentralización, no se limitan a la marginalidad que tiene en las pequeñas empresas ni a la poca sustantividad de su contenido. Existen serios inconvenientes para poder articular la negociación en estructuras empresariales complejas, como suele ocurrir con la negociación colectiva en los grupos

161 Al respecto, Antonio Santos y María Poveda, hacen ver que el “el trabajo duro, las ideas de solidaridad y cooperación defendidas por los sindicatos han pasado a ser valores caducos y obsoletos en el mundo vertiginoso de la tecnología, los conocimientos y la información, cuyas claves la posee la “modernidad gerencial” y no la “burocracia sindical”. SANTOS ORTEGA, Antonio y POVEDA ROSA, María, “*Trabajo, Empleo...*”, op. cit., pág. 240.

162 Cruz Villalón, refiriéndose al debilitamiento del control sindical producto de las fórmulas de externalización, destaca la dificultad en la aplicación de los sistemas de representación de los trabajadores “particularmente, la institución de la representación unitaria –comités de empresa y delegados de personal- que se basa como regla general en un número significativo de trabajadores para poder constituir la correspondiente unidad electoral”. Cfr. CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Outsourcing...*”, op. cit., pág. 294. En similar sentido, GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 68; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 45.

de empresa. En este caso además de existir una resistencia a negociar a nivel de grupo¹⁶³, el ordenamiento jurídico no prevé reglas claras para determinar la legitimación empresarial del grupo para poder negociar¹⁶⁴, de donde surgen serios problemas para definir la capacidad negociadora de las partes y el alcance mismo del convenio¹⁶⁵.

Similares problemas se suscitan con las ya mencionadas “empresas de servicios” que gestionan la contratación de actividades descentralizadas de muy distinta naturaleza. En estos casos, la diversidad de actividades y el grado de especialización que desarrollan este tipo de empresas, conlleva a una alteración de las reglas que determinan el ámbito funcional y territorial de la negociación colectiva¹⁶⁶.

En general, existen grandes obstáculos para articular procesos de negociación colectiva en las redes de empresa, aún en los casos en que estas redes estén fundadas en vínculos de colaboración fuertes y estables, y que el contenido de la negociación aspire a tan solo establecer reglas generales para organizar las condiciones de trabajo en el marco inter empresarial de la red.

163 MONEREO PÉREZ, José Luis, “*Grupos de empresas y subcontratación*”, en AA.VV., [Luis Collado García, Antonio Pedro Baylos Grau (Coord.)]: *Grupos de empresa y Derecho del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1994, pág. 257 y ss. Sobre el tema Cruz Villalón, explica que la marginalidad que sufre la negociación colectiva en los grupos de empresa obedece, entre otras cosas, al hecho de que la propia naturaleza y configuración del fenómeno de los grupos puede resultar refractaria a la institucionalización de un nivel de negociación colectiva coincidente con el ámbito de grupo. Cfr. CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*La negociación colectiva en los grupos de empresa*”, en AA.VV., [Antonio Baylos y Luis Collado (editores)]: *Grupos de Empresa y Derecho del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1994, pág. 278.

164 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*La negociación colectiva en los grupos...*”, op. cit., págs. 288 y ss.

165 Tomás Sala Franco, refiriéndose a los problemas que plantean los grupos de empresas en el ámbito de las relaciones colectivas, destaca el inconveniente que se presenta para determinar la representación unitaria y sindical de los trabajadores, en cuyo caso, según señala “a la parte empresarial le interesa la consideración independiente de cada una de las empresas del grupo”. Sin embargo, respecto a la legitimación para negociar convenios colectivos, considera que “la consideración independiente o no de las empresas del grupo resulta indiferente a la parte empresarial, tratándose en este sentido de una cuestión en principio neutra para ella”. Cfr. SALA FRANCO, Tomás, “*Descentralización Laboral y responsabilidad...*”, op. cit., pág. 204.

166 SORIANO CORTÉS, Dulce, “*Las contrataciones en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2007, pág. 304.

A todo lo anterior hay que añadir algunas consideraciones respecto al ejercicio del derecho de huelga en el marco de la descentralización productiva. Para empezar, hay que decir que la fragmentación del proceso productivo y su correlativa dispersión de actividades en distintos centros de trabajo, supone un serio obstáculo para el ejercicio del derecho de huelga, cuya titularidad colectiva requiere siempre de la unidad y de la concentración. La ausencia de un espacio de trabajo concentrado hace difícil la coordinación de los actos preparatorios y de las medidas de presión previas a la huelga.

Por lo demás, la fragmentación de la fuerza laboral en diversos colectivos de trabajadores, propicia la pérdida de la solidaridad base de la fuerza colectiva. De ahí que se diga que la opción empresarial por la subcontratación u otras formas de descentralización productiva, como es el recurso a una ETT, provoca una ruptura de la homogeneidad de los colectivos de trabajadores afectados, pese a trabajar en el mismo lugar de trabajo, lo que sin duda se presenta como un factor que desincentiva el ejercicio del derecho a la huelga¹⁶⁷.

Al lado de los aspectos antes mencionados, el ejercicio del derecho de huelga en los supuestos de relaciones triangulares plantea serios problemas jurídicos en relación con el alcance subjetivo y grado de eficacia y efectividad del derecho. Un ejemplo de esto lo constituyen los casos conocidos por el Tribunal Constitucional en las Sentencias 75/2010 y 76/2010 ambas del 19 de octubre, en las cuales se resuelve un caso de vulneración del derecho de huelga en el marco de una contrata.

Las sentencias citadas revisten la particularidad de extender al empresario principal la responsabilidad por actos que vulneraban el derecho de huelga cometidos por el empresario contratista, sentando como tesis principal la idea de que *“en el caso del derecho de huelga, cuyo ejercicio, por definición, se habrá de proyectar de manera principal sobre la actividad productiva de la empresa principal, a la que la contrata en sí misma sirve, la pretendida*

167 SORIANO CORTÉS, Dulce, *“Las contratas en el Derecho...”*, op. cit., pág. 315.

*irresponsabilidad laboral de esta empresa respecto de cualquier actuación que pueda desarrollar con la finalidad de impedir, coartar o sancionar el legítimo ejercicio del derecho de huelga, al socaire de su invocada ajenidad a la relación laboral entre las partes, supondría la práctica eliminación del derecho de huelga en el ámbito de estas relaciones*¹⁶⁸.

No obstante la trascendencia de lo resuelto por el Tribunal Constitucional, que sin duda constituye un precedente de enorme importancia, la lectura de ambas sentencias deja al descubierto las grandes limitaciones que tiene el ordenamiento jurídico para ofrecer tutela efectiva al ejercicio del derecho de huelga cuando este tiene lugar en el escenario de la descentralización productiva¹⁶⁹.

De lo anterior se desprende que la descentralización productiva ha tenido como efecto negativo la alteración del espacio natural de la acción colectiva, lo que a la postre ha derivado no solo en debilitamiento de los sindicatos, sino también en la promoción de un modelo que profundiza también la segmentación del ejercicio de los derechos colectivos.

168 Sentencia 75/2010 de 19 de octubre.

169 Debe tenerse en cuenta que ambas sentencias se emitieron tres votos particulares que recogen discrepancia de criterios sobre la procedencia de la extensión de la responsabilidad a la empresa principal de la contrata, todo lo cual pone en evidencia lo que se apunta respecto a las limitaciones del ordenamiento jurídico. Luego, debe tenerse presente que si bien el Tribunal Constitucional, reconoce la vulneración del derecho fundamental de huelga y declara la nulidad de los despidos de los trabajadores de la empresa contratista, no profundiza en las consecuencias que de todo ello puede tener más allá del caso particular y aún dentro de sus propios alcances ambas sentencias terminan siendo bastante restrictivas en cuanto a la ejecución de la nulidad declarada, al punto que no resuelve la cuestión y se limita a remitir al juez de instancia, con el fin de que sea éste el que en incidente de ejecución determine “si la efectiva readmisión del recurrente en su puesto de trabajo es posible, y, de no serlo, determinar la indemnización que procediera entonces abonar al recurrente, así como los salarios de tramitación, y la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de la lesión de derechos fundamentales ocasionada al recurrente” todo lo cual deja por el aire aspectos fundamentales para resolver casos similares. Sobre las sentencias citadas se puede ver a ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan, “*El derecho de huelga en el marco de la descentralización empresarial. Sentencias 75 y 76/2010, de 19 de octubre, y 98 a 112/2010, de 16 de noviembre de 2010 Tribunal Constitucional*”, Temas Laborales, núm. 110, 2011, págs. 195-206.

9. El impacto de la descentralización en el derecho del trabajo.

41. Un doble impacto.

De lo que se ha expuesto hasta ahora, puede colegirse la dimensión del impacto que para el ordenamiento jurídico laboral supone la descentralización productiva. No obstante, queda pendiente señalar cuáles han sido las consecuencias que todo ello ha traído al Derecho del Trabajo como disciplina jurídica responsable de regular y ordenar el complejo entramado de las relaciones laborales del sistema productivo.

El Derecho del Trabajo sufre de un doble embate desde el terreno de la descentralización productiva. Por un lado, la realidad impuesta por las formas de organización empresarial que promueve la descentralización ha ocasionado una tergiversación de las nociones básicas o fundamentales sobre las que se construye esta disciplina jurídica. Por otro lado, la expansión de los mecanismos y de las diversas modalidades contractuales de las que se sirve la descentralización ha implicado una reducción del ámbito de aplicación que tradicionalmente ha tenido el Derecho del Trabajo y con ello una disminución de su potencial tuitivo.

42. La afectación de las bases dogmáticas del derecho del trabajo.

En cuanto a la alteración de las bases dogmáticas de la disciplina, la esencia del problema apuntado está en que las nuevas formas de organización del trabajo conducen a una desorganización del Derecho del Trabajo¹⁷⁰. En la empresa paradigma de la descentralización productiva, el empleador deja de ser quien antes era, relación laboral adquiere nuevas formas, la subordinación jurídica cambia de sitio y el trabajador asume poses nunca antes vistas.

La piedra angular de este proceso desorganizador del Derecho del Trabajo está en la complejidad de la estructura organizacional que adopta la

170 SIMITIS, Spiro, citado por VALDÉS DAL-RE, Fernando, “*La externalización de actividades laborales...*”, op. cit., pág. 33.

empresa descentralizada y en la complejidad misma del tipo de relaciones laborales que ella promueve¹⁷¹.

Para empezar, ocurre que, en la estructura empresarial compleja de la que hemos venido hablando, la morfología del empleador cambia. Aquél sujeto que en la concepción clásica del Derecho del Trabajo era fácilmente identificable con el titular de la organización empresarial y contraparte única del contrato de trabajo, tiende a difuminarse dentro de la compleja red productiva. Haciendo una lectura de esa realidad, se pasa hablar de empresario plural¹⁷² reconociendo con ello que la noción tradicional de empresario unitario resulta insuficiente para articular el tipo de relaciones laborales que este cambio supone.

Por otro lado, bien se sabe que toda la dogmática del Derecho del Trabajo está construida sobre la base de la bilateralidad de la relación de trabajo, en la cual se relaciona un solo empleador con un solo trabajador. En las estructuras empresariales complejas esa bilateralidad de la relación de trabajo también se ve seriamente alterada por la aparición de un tercer sujeto ubicado en una posición cercana al empleador pero que no se identifica con este, de donde emerge el fenómeno de las relaciones triangulares de trabajo, que constituyen una figura que no termina de encajar en la lógica jurídica propia del Derecho del Trabajo.

Los problemas que enfrenta el Derecho del Trabajo para asimilar la trilateralidad de la relación de trabajo en las estructuras empresariales complejas, obedece en buena medida a la ambigüedad que se da con la posición jurídica que asume cada uno de los sujetos intervinientes. Por lo que hemos dicho, el mayor problema en este sentido recae en la figura del empresario que pierde su unicidad como sujeto contraparte de la relación de trabajo. En las relaciones triangulares, opera una disgregación de las facultades y obliga-

171 RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, *“El empleador en el Derecho del Trabajo”*, XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 11.

172 CRUZ VILLALÓN, Jesús, *“Los cambios en la organización...”*, op. cit., pág. 38; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *“La tutela de los trabajadores...”*, op. cit., pág. 59.

ciones propias del empleador que quedan repartidas entre el empresario principal y el empresario contratista, con lo que se altera el centro de imputación de las responsabilidades jurídicas de la relación de trabajo.

Esta disgregación de las facultades y obligaciones del empresario altera a su vez la configuración de la subordinación jurídica del trabajador. Es lógico entender que si las potestades empresariales quedan repartidas entre varios sujetos como ocurren en las relaciones triangulares, la subordinación jurídica en su proyección bilateral desaparece quedando el trabajador vinculado a un doble centro de dirección en el cual operan diversos grados de subordinación según sean las potestades y facultades empresariales que ejerza cada centro.

Desde la anterior perspectiva se puede decir que el prototipo de trabajador sometido a un único ámbito de dirección a través de una relación laboral directa con un solo empresario, ha sido remplazado por un trabajador que sostiene una relación de primer grado con la empresa que lo contrató y una relación laboral de segundo grado y de menor intensidad con otra empresa, por cuanto tiene atenuados los elementos que configuran la relación de trabajo y que actúa sobre la estructuración y contenido de la relación de trabajo inicial¹⁷³.

También fuera del esquema de la relación triangular, la subordinación ve atenuadas sus consecuencias jurídicas a través de fórmulas de integración del trabajo al seno de la empresa descentralizada, que vienen dotadas de ciertas dosis de autonomía, cuando menos aparente¹⁷⁴. Ejemplo emblemático de ello lo encontramos en la figura del Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente, del que hemos hecho referencia antes.

Aún y cuando sucede en muchos casos que el TRADE ejecuta su actividad de manera directa y continuada para un solo cliente, frente al cual desarrolla un vínculo de dependencia que por mucho se asemeja a los aspectos de una relación de trabajo subordinado, el ordenamiento jurídico excluye este

173 LÓPEZ SÁNCHEZ, María Caridad, “*Subcontratación y cesión...*”, op. cit., pág. 191.

174 SUPIOT, Alain, “*El Derecho del Trabajo*”, Heliasta, Buenos Aires, 2008, pág. 75.

tipo de trabajador del ámbito del Derecho del Trabajo por considerar que la dependencia que él mantiene con su cliente no es jurídica, sino económica.

43. La reducción del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo.

El Derecho del Trabajo también ha visto reducido su ámbito de aplicación. La fuerza expansiva de la descentralización tiende a acrecentar los espacios exentos de regulación laboral, y potencia el uso de figuras contractuales del derecho civil o mercantil en detrimento del contrato de trabajo. Ya a inicios de la década de los años noventa, la doctrina daba voces de alerta sobre este fenómeno cuando advertía sobre el “discreto retorno del arrendamiento de servicios”¹⁷⁵. A poco más de veinte años después de pronunciada aquella genuina advertencia, el arrendamiento de servicios junto con otras modalidades contractuales de naturaleza civil o mercantil –incluso atípicas-, se han convertido en la fuente de regulación por excelencia de los procesos de descentralización productiva.

La empresa descentralizada a través de las diversas técnicas de externalización de actividades, logra sustituir relaciones laborales por relaciones contractuales de naturaleza civil o mercantil. Esta sustitución, como ya lo hemos visto, se puede dar por dos vías: mediante el establecimiento de relaciones de colaboración con empresas contratistas o auxiliares –incluso dentro de un mismo grupo de empresas-, o bien, mediante la contratación de colaboradores externos que prestan servicios en régimen de trabajo autónomo. En cualquiera de los supuestos referidos, opera un remplazo de trabajo subordinado por otras formas de organización productiva mediante las que se evita la configuración del vínculo laboral con quienes ejecutan la actividad productiva, dándose de esa forma una traslación del régimen jurídico laboral a otro de diversa naturaleza.

175 MARTÍN VALVERDE, Antonio, “*El discreto retorno del arrendamiento de servicios en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo: Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*”, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, Colección Encuentros, núm. 10, Madrid, 1990, págs. 209 - 236.

Ciertamente las transformaciones ocurridas en los últimos años en el sistema productivo han implicado para el Derecho del Trabajo un desajuste en la calibración de sus instrumentos. También es cierto que la dimensión del cambio en el modelo de organización empresarial y la extensiva difusión de sus múltiples manifestaciones han permitido espacios para la “huida del Derecho del Trabajo”¹⁷⁶ donde se asientan cada vez en mayor número ciertas modalidades de trabajo que quedan o apenas bajo los aleros de la protección del ordenamiento jurídico laboral –no del todo exentas de la precariedad y de la inestabilidad en el empleo- o que se ubican en pleno terreno del trabajo no asalariado.

También es cierto que el Derecho del Trabajo no se ha manifestado indiferente a estos problemas. Sin embargo, tal y como lo hemos apuntado antes, hasta ahora las respuestas más concretas han sido construidas desde una perspectiva que enfatiza en atender las manifestaciones patológicas que arroja el fenómeno de la descentralización productiva, lo que en buena medida explica sobre las deficiencias que adolece el ordenamiento jurídico laboral para regular de manera adecuada la compleja realidad que tienen hoy las relaciones de trabajo.

Parte del reto que enfrenta el Derecho del Trabajo consiste en asumir el sentido irreversible del cambio para enfrentar sin prejuicios las nuevas realidades empresariales, y así incorporar a su acervo jurídico todo elemento que sea útil para responder a las exigencias que estas realidades plantean.

Son cada vez más las voces que se suman a la corriente doctrinaria que desde tiempo atrás viene advirtiendo sobre la creciente obsolescencia que degrada la eficacia jurídica de las nociones básicas del Derecho del Trabajo y que ponen en evidencia la necesidad de redefinir un nuevo paradigma de relación de trabajo que resulte más eficaz y más acorde a las nuevas formas de organización productiva¹⁷⁷.

176 Frase ya célebre acuñada por RODRÍGUEZ- PIÑERO ROYO, Miguel, “*La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo*”, en *Relaciones Laborales*, núm. 18, pág. 3 y ss.

177 Entre muchos otros, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, “*El empleador...*”, op. cit., pág. 14; CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Los cambios en la organización...*”, op. cit., pág.

Bajo esta línea de pensamiento, el principal reto que tiene el Derecho de Trabajo de cara a la descentralización productiva pasa por acometer una labor de remozamiento y actualización de sus propias bases y nociones jurídicas, que tenga como fin reconducir a su ámbito normativo las diversas formas de trabajo que tienen lugar en los nuevos esquemas de organización productiva. Solo por esta vía el Derecho del Trabajo podrá asegurar el equilibrio de fuerzas en el conflicto de intereses que subyace en las relaciones del sistema productivo.

56; LÓPEZ SÁNCHEZ, María Caridad, “*Subcontratación y cesión...*”, op. cit., pág. 183; PALOMEQUE LÓPEZ Manuel Carlos, “*La responsabilidad del empresario en organizaciones complejas de empresas*”, en AA.VV., [Ángel Blasco Pellicer (Coord.)]: *El empresario Laboral. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo a su jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 225; CASTELLO ILLIONE, Alejandro, “*Responsabilidad solidaria en el Derecho del Trabajo* (con especial referencia al Derecho Rioplantense)”, Montevideo, 2004, pág. 125.

CAPÍTULO II

LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL EN EL ART. 42 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

1. El artículo 42 del E.T.: El supuesto normativo.

44. Aspectos generales a considerar

El artículo 42 del E.T. se refiere a la “subcontratación de obras y servicios de la propia actividad del empresario principal” lo que constituye el supuesto normativo del precepto. No obstante, no define lo que ha de entenderse por subcontratación, como tampoco define el término “propia actividad”. Esta indeterminación de conceptos, plantea problemas interpretativos importantes.

Tampoco se encuentran claramente determinados los sujetos que intervienen en la subcontratación de obras y servicios, lo que también ha propiciado dudas interpretativas al respecto.

Doctrina y jurisprudencia han hecho un significativo esfuerzo para precisar el contenido y alcance de los elementos que integran el contenido normativo del artículo 42 del E.T, sin que hasta ahora se hayan obtenido resultados del todo satisfactorios.

A continuación, se abordará el análisis del desarrollo interpretativo que la doctrina científica y la jurisprudencia especializada vienen haciendo sobre todos estos elementos del precepto estatutario.

2. La figura de la contrata.

45. Imprecisión de la terminología empleada.

La doctrina española aborda el estudio de la subcontratación laboral utilizando el término binario de contratas y subcontratas, que como se explicó en el capítulo primero, proviene del lenguaje convencional y no jurídico¹⁷⁸. Precisamente por ser términos ajenos al lenguaje técnico jurídico, ambas figuras, contrata y subcontrata, carecen de una definición jurídica precisa y bien delimitada¹⁷⁹.

178 RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, “*La regulación protectora del trabajador en Contratas*”, Revista de Política Social, núm. 93, 1972, pág. 26; MARTÍN VALVERDE, Antonio, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 236.

179 En su redacción original, el artículo 42 del Estatuto de Personal -que es la norma base

No obstante lo anterior, hay que decir que la imprecisión jurídica de los vocablos “contrata” y “subcontrata”, puede reportar ventajas frente a la dinámica de constante cambio que presenta la descentralización productiva, en tanto permitiría traer al ámbito de la regulación de subcontratación de obras y servicios que dispone el artículo 42 del E.T., diversas modalidades contractuales, incluyendo algunos contratos atípicos¹⁸⁰. Ha sido precisamente por esta vía, que la jurisprudencia han logrado extender a diversos supuestos de subcontratación el régimen de responsabilidad solidaria que regula el citado artículo.

Desde luego que, el beneficio que puede obtenerse de la imprecisión jurídica que adolecen los términos de “contrata” y “subcontrata” según lo expuesto antes, no conduce a licencias interpretativas tan amplias o flexibles que permitan calificar de contrata o subcontrata cualquier modalidad contractual que tenga por objeto la descentralización de determinada actividad productiva.

Como se verá más adelante, no todo contrato celebrado entre empresarios para la ejecución de obras o servicios, aún y cuando sea concertado como mecanismo de descentralización productiva, puede ser considerado una contrata a efectos de aplicar el régimen de responsabilidad solidaria que establece el artículo 42 del E.T. Para que un negocio jurídico pueda encajar en los supuestos constitutivos de una contrata o subcontrata, tendrá que reunir determinados requisitos, que la doctrina científica ha venido considerando como elementos esenciales de esta figura, en especial los que se refieren a la delimitación del objeto del negocio jurídico¹⁸¹.

de la regulación existente sobre la subcontratación en el ordenamiento jurídico español-, utilizaba de manera expresa ambos términos, haciendo referencia en su título a la “responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”, en tanto, en el párrafo segundo recogía el término “contrata”. El texto actual del artículo, que lleva por título “Subcontratación de obras y Servicios”, emplea únicamente el término “contrata”, no así el de “subcontrata”, pero lo hace en referencia a contratistas y subcontratistas a la contratación y subcontratación de obras y servicios, de donde por extensión se extrae el término “subcontrata” alusivo al contrato ejecutado por el subcontratista.

180 Así ha sucedido por ejemplo con el contrato de “engineering”, en STS de 27 de julio de 1998, con el contrato de “outsourcing informático, en STSJ de Cataluña de 16 de setiembre de 1994 (Ar. 3501) o con el contrato de “telemarketing” STSJ de Cantabria de 15 de mayo de 2006 (Ar. 1711)

181 Así, GOERLICH PESET, José María, “*Determinación del supuesto...*”, op. cit., pág.

Por lo demás, para poder determinar qué negocio jurídico puede ser considerado como contrata o subcontrata, se requiere una concepción clara y bien delimitada de lo que ha de entenderse por estas dos figuras. De modo que, aún y cuando la doctrina laboral tenga propensión a interpretar de manera amplia el concepto de contrata y subcontrata, trayendo a su ámbito de regulación diversos negocios jurídicos, tal labor exige como punto de partida, la ineludiblemente necesidad de precisar el concepto de ambas figuras.

2.1 Concepto de contrata.

46. Ausencia de una definición legal de la contrata.

No existe en el ordenamiento jurídico español norma alguna que defina el concepto de contrata. El artículo 42 del E.T., que es la norma laboral clave que regula la subcontratación de obras y servicios, hace uso del término “contrata” pero no lo define. Tampoco hay definición del término en la Ley de Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción, en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales ni en la Ley General de Seguridad Social o en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, que en conjunto conforman el régimen de regulación laboral existente sobre la subcontratación de obras y servicios.

Ha sido la doctrina científica y la jurisprudencia las que han desarrollado el concepto de lo que debe entenderse por contrata, sin llegar, desde luego, a elaborar una definición estrictamente acabada. Así, el Tribunal Central de Trabajo ensayó una delimitación del concepto de contrata teniendo como referencia el contrato de empresa al que se le considera una subespecie del contrato de arrendamiento de obra que regula el Código Civil. En palabras del propio Tribunal, *“El término contrata designa a una de las variantes del tipo contractual que el Código Civil llama arrendamiento de obra. La característica fundamental de este último es la existencia de una obligación de resultado: la obra que una de las partes se compromete a hacer a cambio de*

92; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *“La tutela de los trabajadores...”*, op. cit., pág. 224; MONTOYA MEDINA, David, *“Trabajo en contratas...”*, op. cit., pág. 73.

un precio cierto y determinado. Tal obra o resultado puede conseguirse mediante el trabajo personal de la parte obligada a su consecución mediante la organización de medios materiales y personales a la que llamamos empresa. En terminología italiana, que está adquiriendo entre nosotros carta de naturaleza, a la primera de estas variantes de contrato de arrendamiento de obra se le suele llamar «contrato de ejecución de obra» y a la segunda «contrato de empresa». Lo que en el art.42 del E.T. se llama «contrata», no es otra cosa que el referido contrato de empresa, entrañando, por tanto, la realización de una obra o servicio determinado por parte del empresario contratista y la obligación correlativa de pago de un precio cierto por parte del empresario contratante o comitente”¹⁸².

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, un importante sector de la doctrina utiliza el contrato de empresa como paradigma de la contrata¹⁸³. En este sentido, BLAT GIMENO señala que la contrata “*es el denominado contrato de empresa, que corresponde a una de las modalidades del contrato de ejecución de obra - arrendamiento de obra y servicios, según la terminología empleada por el art. 1544 del C.C.,- por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por un precio cierto*”¹⁸⁴.

Aunque el contrato de empresa no está expresamente reconocido en el Derecho positivo español, la doctrina que se apoya en este contrato para identificar en él a la contrata, acude al Derecho comparado, en particular al artículo 1665 del Código Civil Italiano, que lo define como “*aquel contrato en el que una parte asume, con organización de los medios necesarios y ges-*

182 Sentencia TCT de 10 de abril de 1989, (Ar. 2645).

183 Entre otros, RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, “*La regulación protectora...*”, op. cit., pág. 28; MARTÍN VALVERDE Antonio, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 231; CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Descentralización productiva y responsabilidad...*”, op. cit., pág. 81; BLAT GIMENO, Francisco, “*Análisis jurídico-laboral...*”, op. cit., pág. 77; GARCÍA PIQUERAS, Manuel, “*Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contrataciones y subcontratas de obras y servicios*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 19; MONEREO PÉREZ, José Luis, “*La responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 74; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 43; GOERLICH PESET, José María, “*Determinación del supuesto...*”, op. cit., pág. 85.

184 BLAT GIMENO, Francisco, “*Análisis jurídico-laboral...*”, op. cit., pág. 77.

*ción a propio riesgo, la ejecución de una obra o de un servicio a cambio de una retribución en dinero*¹⁸⁵.

La relación entre contrata y contrato de empresa parece encontrar sustento en el propio texto del artículo 42 del E.T., que hace referencia directa a la condición de empresario que debe tener el contratista. Es precisamente en esta particular condición de “empresario” que exige el artículo 42 del E.T. donde reside la conexión entre contrato de empresa y contrata, por cuanto se entiende que empresario es aquella persona física o jurídica titular de una empresa, que realiza el encargo con su propia organización de medios productivos y a propio riesgo, elementos estos característicos del contrato de empresa.

No obstante lo anterior, hay que decir que la construcción del concepto de contrata hecha a imagen y semejanza del contrato de empresa no ha estado libre de escollos. En primer lugar porque, como ya se ha dicho, el contrato de empresa no está expresamente reconocido en el ordenamiento jurídico español, de modo que esta identificación entre contrata y contrato de empresa ha sido determinada por la propia doctrina a base de la interpretación que se infiere del contenido de los artículos 1544 y 1588 del Código Civil¹⁸⁶.

En segundo lugar, porque como se verá más adelante, la terminología que utiliza el artículo 1544 del C.C. -acusada de anacrónica por algunos autores-¹⁸⁷ ha requerido de una interpretación *in extenso* para poder encajar dentro del contrato de empresa, no solo la ejecución de una obra propiamente dicha, sino también al arrendamiento de servicios, y así poder lograr la correspondencia necesaria entre el contrato de empresa y la contrata de obras y de servicios.

185 MONTROYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 69; NORES TORRES, Luis Enrique, “*El trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 31.

186 BLAT GIMENO, Francisco, “*Análisis jurídico-laboral...*”, op.cit., pág. 77; SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, “*La responsabilidad y subrogación empresarial en las contratas y subcontratas de obras y servicios*”, Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 1997, pág. 33.

187 MARTÍN VALVERDE Antonio, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 231; MONTROYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 67.

Tomando en cuenta la diversidad de definiciones que recoge la doctrina sobre el término contrata, en términos generales, se puede decir que se trata de un negocio jurídico mediante el cual una empresa, denominada comitente o principal, encarga a otra, denominada contratista, la realización de una obra o la prestación de un servicio previamente determinado a cambio de un precio cierto. Puntualmente se le ha definido como el vínculo contractual 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 (principal o comitente) una obra o servicio por una remuneración dineraria”*¹⁸⁸.

Desde la perspectiva del negocio jurídico, la contrata es un contrato bilateral, oneroso y conmutativo¹⁸⁹, en el que la realización de la obra o la prestación del servicio constituye la obligación principal del contratista, en tanto el pago del precio pactado es la contraprestación a cargo del comitente.

Según se ha dicho, de acuerdo con el supuesto de hecho que regula el artículo 42 del E.T., la contrata supone la existencia de dos verdaderos empresarios¹⁹⁰, que establecen entre ellos un vínculo contractual cuyo objeto puede ser la ejecución de una obra o la prestación de un servicio¹⁹¹. Así, se habla de contrata de “obras” para designar aquella que supone para el contratista una actividad que consiste en la producción de un bien material o en la modificación de un bien ya existente, en tanto que la contrata de “servicios” consiste

188 RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel, *“La regulación protectora...”*, op. cit., pág. 29. Por su parte Blat Gimeno siguiendo el concepto italiano de contrato de empresa (appalto), define la contrata como “el contrato en 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 (principal o comitente) una obra o un servicio por una remuneración dineraria”. Cfr. BLAT GIMENO, Francisco, *“Análisis jurídico-laboral...”*, op. cit., pág. 77.

189 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, *“Responsabilidad empresarial...”*, op. cit., pág. 40.

190 MARTÍNEZ RAMÍREZ, Juan y SALA FRANCO Tomás, *“Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores”* en AA.VV., *Descentralización productiva y protección de trabajo en contratas*. Estudios en homenaje de Francisco Blat Gimeno, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 109.

191 En este sentido, se pueden citar entre otros a BLAT GIMENO, Francisco, *“Análisis jurídico-laboral...”*, op. cit., pág. 79 y ss.; GOERLICH PESET, José María, *“Determinación del supuesto...”*, op. cit., pág. 86.

en la producción de una actividad o en la satisfacción de un particular interés del comitente¹⁹².

Como se ha apuntado antes, el vínculo jurídico entre comitente y contratista que da vida a la contrata se puede formalizar mediante las diversas modalidades contractuales de uso común en la práctica empresarial, casi siempre reguladas por la normativa comercial o civil. No obstante, la nota característica de la contrata reside en que este vínculo estrictamente mercantil o civil, se ve infiltrado por normas del derecho laboral, que como se verá más adelante, atenúan la autonomía negocial de las partes imponiendo responsabilidades relativas a obligaciones laborales y de seguridad social¹⁹³.

2.2 Concepto de subcontrata.

47. La subcontrata como contrata de segundo grado. Ausencia de regulación legal.

La subcontrata no es otra cosa que un contrato de segundo grado que deriva de una contrata. Surge de la posibilidad que tiene el contratista de encomendar a un tercero, denominado subcontratista, la realización parcial o total de la obra o servicio que le ha sido contratado por el comitente.

Aunque tampoco cuenta con regulación expresa en el ámbito del derecho laboral, la doctrina reconoce su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), en virtud del cual el contratista cuenta con la posibilidad de realizar las obligaciones de su contrato por sí mismo o mediante terceros¹⁹⁴. El contratante está legalmente facultado para optar por una doble vía: cumplir personalmente sus obligaciones o bien, servirse de la libertad contractual, para que sea un segundo contratista – el subcontratante– quien ejecute dichas obligaciones, ya sea de manera parcial o total¹⁹⁵.

Las razones que justifican el uso de la subcontrata por parte del contratista atienden aspectos casi siempre relacionados a costes de producción,

192 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., págs. 44 y 45.

193 GARCÍA PIQUERAS, Manuel, “*Régimen jurídico...*”, op. cit., pág. 20.

194 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 58.

195 LÓPEZ VILAS, Ramón, “*El subcontrato*”, op. cit., pág. 13.

especialización funcional y capacidad productiva¹⁹⁶. En el primer supuesto, el contratista acude a la subcontrata, cuando tiene la posibilidad de realizar su encargo de manera más económica a través de otro empresario, ya sea porque el volumen de tareas no justifica la inversión requerida para la atención de las mismas, ya sea porque el subcontratista ofrece costes inferiores de producción. En el segundo supuesto, ocurre que el contratista se ve obligado a acudir al subcontrato por carecer de conocimientos muy especializados o de los medios tecnológicos necesarios para atender su encargo. Caso similar ocurre con el tercer supuesto, cuando la subcontrata obedece a razones de capacidad productiva, lo que sucede cuando el contratista se ve imposibilitado para cumplir con sus obligaciones en el plazo requerido por el comitente, porque los volúmenes de las tareas a realizar sobrepasan su capacidad de producción.

De esta alternativa de cumplimiento contractual con que cuenta el contratista, nace la subcontrata que tiene por base o fundamento el mismo negocio jurídico celebrado entre el comitente y el contratista¹⁹⁷. Dos son los presupuestos básicos que deben coexistir para la existencia de un subcontrato: la dualidad de contratos y el nexo jurídico entre ellos. Por consiguiente, contrata y subcontrata presuponen una identidad respecto al objeto del negocio jurídico que vincula al comitente con el contratista (contrato base) y a este con el subcontratista (subcontrato).

De lo anterior se desprende que la existencia de la subcontrata estará siempre condicionada al cumplimiento de los presupuestos constitutivos de la contrata, en especial el referente a la existencia de una organización productiva empresarial propia del subcontratista, de modo que este se compromete a realizar una obra o servicio a través de sus propios medios productivos. Se dice que *“la posición del subcontratista ha de ser, pues, la de un auténtico empresario, que tiene una actividad laboral propia, aunque desarrollada a través de una subcontrata”*¹⁹⁸.

196 LÓPEZ VILAS Ramón, *“El subcontrato”*, op. cit., págs. 55 y ss.

197 LÓPEZ VILAS, Ramón, *“El subcontrato”*, op. cit., pág. 299.

198 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, *“Responsabilidad empresarial...”*, op. cit., pág. 61.

Importa señalar que la celebración de la subcontrata no modifica el vínculo jurídico que une al comitente con el contratista, por lo que las obligaciones contractuales entre estos dos se mantienen inalteradas. Sin embargo, la subcontrata sí tendrá incidencia en la esfera jurídica del comitente, en tanto, como se ha dicho antes, existen normas laborales que permean todo el esquema contractual utilizado en la subcontratación de obras y servicios, de modo que el comitente puede verse afectado por los incumplimientos que el subcontratista lleve a cabo con sus trabajadores, pese a la ausencia de vínculo o relación directa entre ellos.

En este sentido, basta por ahora apuntar que el régimen de responsabilidades que establece el artículo 42 del E.T. se aplica con los mismos alcances tanto para la contrata como para la subcontrata, imponiendo al empresario principal o comitente una responsabilidad solidaria junto con el contratista y el subcontratista por los incumplimientos que éstos tuviesen de las obligaciones laborales con los trabajadores involucrados en la contrata y subcontrata, sin importar que entre estos últimos y aquél, no exista ningún vínculo directo.

De lo anterior resulta que en la regulación que contiene el ordenamiento jurídico español, ambas figuras, contrata y subcontrata, sean tratadas indistintamente, y en la doctrina es más que frecuente el uso indiferenciado de ambos términos para referirse al fenómeno de la subcontratación¹⁹⁹.

Desde la perspectiva de la descentralización productiva, los conceptos de contrata y subcontrata llevan implícita la idea de una transferencia de actividades productivas del empresario principal hacia un tercero, quedando así ambos conceptos plenamente vinculados al modelo de la descentralización productiva, de manera que, independientemente del negocio jurídico que sea utilizado para la celebración de la contrata y subcontrata, el fin perseguido siempre será la descentralización de actividades productivas que estén relacionadas con el ciclo productivo de la empresa.

199 GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 222.

3. Los sujetos involucrados en la subcontratación.

48. La subcontratación como relación triangular.

Aún y cuando la contrata de obras y servicios es un negocio jurídico bilateral celebrado entre dos empresarios, su puesta en ejecución desencadena un entramado de relaciones jurídicas más complejo, por cuanto en esa relación interempresarial necesariamente interviene un tercer sujeto, el trabajador, quien es el que materializa la ejecución las obras o servicios objeto de la contrata. De aquí que la doctrina cuando analiza la relación de trabajo en contratas no duda en calificarla como una relación de carácter triangular²⁰⁰.

El artículo 42 del E.T. hace referencia expresa al empresario principal, al contratista o subcontratista y a los trabajadores del contratista y subcontratista. Interesa, por lo tanto, conocer la identidad de cada uno de estos sujetos y su relación entre sí, para entender de mejor forma lo que se ha dado a denominar el elemento subjetivo de la contrata.

3.1 *El empresario principal.*

49. El empresario principal, comitente de la obra o servicio contratado.

El término “empresario principal” proviene del argot industrial que distingue entre la empresa que elabora los productos o presta los servicios directamente para el mercado (empresa principal) y las empresas que colaboran con esta en la realización de una actividad específica de su proceso productivo (empresas contratistas o auxiliares)²⁰¹. En el esquema de la descentralización

200 En este sentido, MARTÍN VALVERDE, Antonio, “*La responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 266; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 102; SORIANO CORTÉS, Dulce, “*Las contratas en el Derecho...*”, op. cit., pág. 85; LÓPEZ SÁNCHEZ, María Caridad, “*El empleador en las organizaciones...*”, op. cit., pág. 207; FUENTES RODRIGUEZ, Francisca y CRUZ VILLALON, Jesús, “*La permanente complejidad de las relaciones triangulares de trabajo*”, Temas Laborales núm. 56, 200, pág. 4; UAUVERGNON, Philippe, “*Una síntesis sobre las relaciones triangulares*”, Temas Laborales núm. 56, 200, pág. 12.

201 MARTÍN VALVERDE, Antonio, “*La responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 261.

productiva, la empresa principal es la que desplaza parte de sus actividades hacia fuera para contratarlas con terceros.

En referencia a la subcontratación, se entiende por empresario principal, también denominado “comitente”, quien encarga la ejecución de una obra o servicio por medio de una contrata. En el supuesto de hecho que regula el artículo 42 del E.T., el empresario principal es el sujeto a quien se le imputa la responsabilidad solidaria de la contrata.

50. El empresario principal como empleador laboral.

Considerando que el concepto de empresario no tiene un sentido jurídico único por cuanto en las diferentes disciplinas se le da un tratamiento distinto, y dado que el artículo 42 del E.T. hace uso del término “empresario principal” sin delimitar la noción del mismo, tanto la doctrina como la jurisprudencia en un origen discutieron sobre el carácter jurídico que había de dársele al concepto. La discusión versaba en torno a si debía entenderse el concepto en su dimensión mercantil, esto es, como el titular de una actividad económica organizada con fin de lucro, o si se trataba de un empresario en sentido laboral como sujeto receptor de prestaciones de trabajo de forma dependiente y por cuenta propia tal cual lo define el artículo 1.2. E.T.²⁰².

Evidentemente el punto discutido resulta de enorme importancia para determinar el ámbito de aplicación de la responsabilidad solidaria de las contratas, por cuanto es claro que la primera de las nociones resulta mucho más restrictiva que la segunda.²⁰³ No obstante, actualmente la discusión ha sido superada al existir consenso respecto a que la noción de empresario que uti-

202 Sobre la noción de empleador ver CAMPS RUIZ, Luis Miguel, “*El concepto laboral de empresario*” en AA.VV., [Efrén Borrajo Dacruz (Dir.)]: Comentarios a las Leyes laborales, el Estatuto de Los Trabajadores, Vol. VIII, Edersa, Madrid, 1990, págs. 37 y ss.; AA.VV., “*100 preguntas laborales sobre descentralización productiva*”, [Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (Dir.), Nuria P. García Piñeiro (Coord.)]: La Ley, Navarra, 2011, pág.18.

203 Con la configuración jurídica de la noción mercantil de empresario, quedarían excluidas del ámbito de aplicación del artículo 42 del E.T. aquellas organizaciones cuya actividad productiva no atienda al fin de lucro, como lo pueden ser las asociaciones, las cooperativas y las Administraciones Públicas.

liza el artículo 42 del E.T. corresponde al sentido laboral del término, teniéndolo como sinonimia de empleador.

Tal exégesis ha sido consolidada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que desde tiempo atrás determinó que la expresión “empresario” que utiliza el artículo 42 del E.T. “...*ha de entenderse como sinónimo de empleador, tal como desvela el artículo 1.2 del propio cuerpo legal, en relación con el apartado 1 del mismo artículo, en el que se define tal figura de manera traslativa o refleja...*”²⁰⁴.

51. La Administración Pública como empresario principal.

Según se verá más adelante, esta concepción de empresario dada por la jurisprudencia del Alto Tribunal, permitió incluir de lleno en el supuesto normativo del artículo 42 del E.T. a las Administraciones Públicas, y con ello se logró extender la cobertura del régimen de responsabilidad solidaria de las contratas también a los entes públicos que subcontraten obras o servicios, aún y cuando estos no desarrollan actividad empresarial propiamente dicha.

La condición de empresario que en este sentido se otorga a las Administraciones Públicas, tiene sustento en la misma noción legal de empresario –empleador- que recoge el artículo 1.2 del E.T., que deja claramente establecido que cualquier persona física o jurídica – puede ser pública o privada-, que recibe la prestación de servicios laborales será considerada como sujeto empleador²⁰⁵.

204 STS en unificación de doctrina del 15 de julio de 1996, (Ar. 5990); En igual sentido y también en unificación de doctrina, las sentencia STS del 3 de marzo de 1997, (Ar. 2194), y STS del 18 de marzo de 1997, (Ar. 2572).

205 El artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores dispone que: “A efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas”; Blat Gimeno destaca que a efectos del artículo 1.2 del E.T. “...lo relevante es la recepción de una prestación de servicios laborales y es incuestionable que cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, o incluso comunidad de bienes puede ser empleador de un contrato de trabajo”. Cfr. BLAT GIMENO, Francisco, “*Análisis jurídico-laboral...*”, op. cit., pág. 187.

Inicialmente algunas instancias judiciales se mostraron renuentes a aplicar el artículo 42 del E.T. a las Administraciones Públicas²⁰⁶. Sin embargo, la tesis a favor de la aplicabilidad del citado artículo a los entes públicos cuando estos ceden la gestión de algún servicio público a personas jurídicas privadas, ha quedado completamente asentada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁰⁷ y reconocida de manera unánime por la doctrina²⁰⁸.

La inclusión de las Administraciones Públicas en el supuesto normativo del artículo 42 del E.T. se justifica en atención a la realidad organizativa de los entes públicos, que cada vez con mayor frecuencia acuden a técnicas de descentralización productiva para la gestión de diversos servicios²⁰⁹, así como

206 Así por ejemplo, el STSJ Navarra, en la sentencia del 28 de abril de 1995, (Ar. 1355), sostuvo que: “El artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores impone la responsabilidad solidaria al empresario principal y son empresas las entidades mercantiles con ánimo de lucro. En este caso la Administración no actúa como empresario privado, y por ello no les es directamente de aplicación el citado artículo”. En sentido similar STSJ País Vasco en sentencia del 17 de octubre de 1995, (Ar. 3718); STSJ Cataluña en sentencia del 5 de marzo de 1993, (Ar. 1505).

207 Además de las sentencias antes citadas, se pueden señalar, las siguientes: STS del 27 de setiembre de 1996, (Ar. 6910); STS del 18 de noviembre de 1996, (Ar. 8628); STS del 23 de diciembre de 1996, (Ar. 9844); STS del 3 de marzo de 1997, (Ar. 2194), y STS del 18 de marzo de 1997, (Ar. 2572).

208 Entre muchos otros, RODRÍGUEZ- PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, “*La regulación protectora...*”, op. cit., pág. 35; BLAT GIMENO, Francisco, “*Análisis jurídico laboral...*”, op. cit., pág. 187.; CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Descentralización productiva y responsabilidad...*”, op. cit., pág. 122; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 36; GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y GOÑI SEIN, José Luis, “*Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contrata*”, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata*. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 149; MOLINER TAMBORERO, Gonzalo, “*Las contrata y subcontrata desde la Sala de lo Social del Tribunal Supremo*”, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata*. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Valencia, 2000, pág. 430; MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “*La descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 41; MONTOLYA MEDINA, David, “*Trabajo en contrata...*”, op. cit., pág. 113; NORES TORRES, Luis Enrique, “*El trabajo en contrata...*”, op. cit., pág. 36; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “*Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*”, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 28 y ss.; SORIANO CORTÉS, Dulce, “*Las contrata en el Derecho...*”, op. cit., pág. 90.

209 GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y GOÑI SEIN, José Luis, “*Contratación administrativas...*”, op. cit., pág. 134; MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, *Ibidem*, pág. 41; CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*La descentralización en España...*”, op. cit., pág. 19; RAMOS

también en atención al fin tutelar del precepto normativo. En este sentido el propio Tribunal Supremo, ha señalado que *“una interpretación del reiterado art. 42, conforme a su espíritu y finalidad, permite extender el concepto “contratas y subcontratas” celebradas por el empresario y terceros respecto a la realización de obras y servicios de los primeros, a la noción de “concesión administrativa” ya que, de un lado, la generalidad de los términos “contratas y subcontratas” no permiten su aplicación exclusiva a los negocios jurídicos privados, y, de otro, parece más adecuado a los fines de la Administración que la misma, a través de la figura de la concesión, pueda encomendar a un tercero la gestión directa de sus servicios propios, sin que ello afecte a las garantías solidarias entre el Ente público, dueño de la obra que se explota o del servicio cedido, y la entidad que organiza a su propia actividad y medios personales y materiales para el cumplimiento de la prestación concedida”*²¹⁰.

Por lo demás, no existe duda alguna respecto a que cuando la Administración Pública encarga a un tercero la realización de una obra o la gestión de un servicio público, mediante la figura de la concesión o cualquier otra modalidad de contratación administrativa²¹¹, el objeto del contrato celebrado entre el ente público –comitente- y el particular –contratista concesionario- conlleva la puesta en funcionamiento de la organización empresarial de este último para el cumplimiento del objeto del contrato, lo que implica destinar sus recursos materiales y humanos en provecho de la Administración.

De esto último se colige que cuando la Administración acude a la contratación de un tercero para la realizar la gestión de sus actividades, actúa

MORAGUES, Francisco, *“La Administración pública como empresario: efectos de la contratación temporal irregular”*, en AA.VV., [Ángel Blasco Pellicer (Coord.)]: El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación, Tirant Lo Blach, Valencia, 2010, pág. 179.

210 STS del 18 de marzo de 1997, (Ar. 2572).

211 Al respecto, Ignacio García Perrote y José Luis Goñi Sein, sostienen que además de la concesión, existen otros supuestos de gestión administrativa que pueden ser considerados contratas, tales como gestión interesada, concierto, consultoría y asistencia, por cuanto en ellos “cabe vislumbrar una sustancial identidad de estructura obligacional con el negocio jurídico base de la contrata”. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y GOÑI SEIN, José Luis, *“Contratación administrativa...”*, op. cit., pág. 153.

investida de su condición de empresario en el sentido que lo determina el artículo 42 del E.T., y por ello, se justifica también para estos casos, la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria que se atribuye al dueño de la obra o servicio, como garantía a favor de los trabajadores del concesionario”²¹².

3.2 *El empresario contratista o subcontratista.*

52. Los empresarios contratista y subcontratista como ejecutores de la obra o servicio contratado.

En la práctica de la subcontratación, el contratista o subcontratista es el empresario que mediante su propia organización productiva ejecuta la realización de una obra o la prestación de un servicio a favor de otro empresario a cambio de un precio. Dada la naturaleza complementaria que tiene la actividad que despliega, su posición suele ser tenida como la de un sujeto auxiliar, que brinda apoyo al empresario principal para la realización de los fines productivos de este último.

53. Los empresarios contratista y subcontratista como empleadores laborales.

A diferencia de lo que acontece con la ambigüedad del término “empresario principal” que utiliza el artículo 42 del E.T., no cabe duda que cuando el mismo artículo hace referencia al contratista o subcontratista, lo hace utilizando la noción de empresario laboral, es decir, aquel empresario que recibe la prestación de servicios de trabajadores por cuenta ajena, según la definición que de tal concepto recoge el artículo 1.2 del E.T.

El carácter de empleador que tiene el empresario contratista o subcontratista viene dado expresamente por el citado artículo, cuando en su texto, de manera reiterada hace referencia a los “trabajadores del contratista o subcontratista” dejando así claramente establecido que el contratista ha de ser

212 MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “*La descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 41. En igual sentido, GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y GOÑI SEIN, José Luis, “*Contratación administrativa...*”, op. cit., pág. 153 y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “*Subcontratación de concesiones administrativas...*”, op. cit., pág. 27.

un empresario que cuente con trabajadores, lo que implica que ha de ser un empresario en sentido laboral.

Conforme con lo anterior, bien puede decirse que la condición de empleador o el carácter laboral que debe tener el empresario contratista o subcontratista constituye, en todo caso, un elemento imprescindible para la existencia misma de la contrata o subcontrata por cuanto, de no existir trabajadores dependientes del contratista o subcontratista, no habría sujeto destinatario de la tutela legal que ofrece el ordenamiento jurídico. No hay que perder de vista que toda la regulación legal que existe sobre la subcontratación laboral atiende en exclusiva a la protección de los trabajadores del contratista o subcontratista.

Por otro lado, es importante apuntar que la condición de empleador que debe tener el contratista o subcontratista debe manifestarse en un sentido tanto formal como material. Esto es, que el contratista o subcontratista debe constituir una entidad empresarial real que asume las funciones inherentes al empleador. Tanto la jurisprudencia como la doctrina han perfilado la identidad subjetiva del contratista exigiéndole tres requisitos indispensables²¹³, a saber: la existencia de una organización productiva propia que cuente con medios materiales y personales suficientes para realizar su actividad²¹⁴, la gestión empresarial autónoma con asunción del riesgo²¹⁵ y el ejercicio real del poder de dirección respecto a sus trabajadores²¹⁶.

213 En este sentido se pueden citar entre otros: RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y subcontratas...*”, op. cit., págs. 112 y ss.; MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “*La descentralización productiva...*”, op. cit., págs. 46 y ss.; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 149 y ss.; ALEGRE NUENO, Manuel, “*Concepto y efectos de la cesión ilegal de trabajadores*”, en AA.VV., [Ángel Blasco Pellicer (Coord.)]: *El empresario laboral. Estudios en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 270 y ss.

214 La sentencia del STS del 17 de enero de 1991, (Ar. 58), señala que: “*existe contrata cuando la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por lo tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables*”. En similar sentido las sentencias STS del 17 de enero de 2000, (Ar. 3755) y STS de 3 de febrero de 2000, (Ar. 1600).

215 Así en las sentencias STS del 17 de enero de 1991, (Ar. 58) y STS del 18 de marzo de 1994, (Ar. 2548).

216 Sentencias STS de 18 de marzo de 1994, (Ar. 2548), STS del 14 de setiembre de 2001,

El sentido de esta configuración subjetiva del contratista como auténtico empresario laboral atiende al interés de evitar el uso fraudulento de la contrata, cuando esta se utiliza como mero mecanismo de interposición para la cesión de trabajadores. La exigencia de los requisitos de identidad subjetiva que debe reunir el empresario contratista según se ha visto, posibilita verificar la existencia de la auténtica contrata y diferenciarla de la denominada pseudocontrata o contrata falsa. En el primer caso, el contratista se comporta como verdadero empresario que gestiona y dirige su propia organización productiva con asunción del riesgo empresarial de la actividad objeto de la contrata. En el segundo caso, el contratista actúa como un mero intermediario que contrata a los trabajadores con el único fin de cederlos al empresario principal a cambio de un precio²¹⁷.

De acuerdo con esto último, la inexistencia de un verdadero empresario laboral como contratista, puede ser elemento suficiente para tener por acreditada la falsedad de la contrata como figura fraudulenta constitutiva de un típico supuesto de prestamismo laboral ilícito o cesión ilegal de trabajadores según lo preceptuado en el artículo 43 del E.T.²¹⁸.

(Ar. 582) y STS del 30 de mayo de 2002, (Ar. 7567). En relación a este requisito, Juan Manuel Ramírez y Tomás Sala, destacan que la jurisprudencia ha matizado la exigencia de este requisito permitiendo que exista una subordinación a las órdenes del empresario principal en el aspecto técnico, aunque los autores advierten que no está clara la frontera entre la “subordinación técnica” y la “dependencia o subordinación jurídica”. RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y subcontratas...*”, op. cit., pág. 114.

217 RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y subcontratas...*”, op. cit., pág. 109.

218 El artículo 43 del E.T. según el cual “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”, deja claramente establecido que “En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”.

Ciertamente, la exigencia para el contratista de una verdadera entidad como empresario laboral o empleador no es el único criterio utilizado para deslindar la frontera entre la auténtica contrata de la contrata falsa²¹⁹, pero indudablemente constituye un criterio delimitador de enorme valor práctico pues los rasgos caracterizadores de esa identidad subjetiva del contratista pueden ser fácilmente constatables.

3.3 Los trabajadores de la contrata.

54. Los trabajadores de la contrata como ejecutores del objeto de la misma.

No obstante constituir un negocio jurídico estrictamente bilateral, en la contrata interviene un tercer sujeto que goza de un indiscutible protagonismo. Se trata de los trabajadores del contratista que participan en la ejecución del objeto de la contrata.

La destacada posición que tienen los trabajadores afectos a la contrata está determinada por dos circunstancias. En primer lugar, son ellos los que en definitiva realizan las obras y servicios que conforman el objeto de la contrata. Esto es, son ellos los que hacen materialmente posible la ejecución de la contrata y el cumplimiento del encargo hecho por el comitente. En segundo lugar, tal y como se ha apuntado líneas arriba, son los trabajadores los destinatarios y beneficiarios directos de la protección legal que ofrece el ordenamiento jurídico para el trabajo en régimen de subcontratación.

La relación propiamente dicha que tienen los trabajadores con la contrata viene determinada por la existencia previa del vínculo jurídico laboral que los une al contratista. Entre contratista y trabajador opera un contrato de

219 Uno de los criterios más frecuentemente utilizados tanto por la jurisprudencia como por la doctrina para verificar la existencia de una verdadera contrata y diferenciarla de la cesión ilegal de trabajadores, es el objeto del negocio jurídico. Al respecto Antonio Martín Valverde ha señalado mientras la contrata tiene por objeto la realización de una determinada obra o la prestación de un determinado servicio, la cesión tiene como único objeto la mera aportación de mano de obra. Cfr. MARTÍN VALVERDE, Antonio, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 235.

trabajo que tiene como objeto la prestación de los servicios necesarios para la ejecución de la contrata. De aquí que bien puede afirmarse que los servicios prestados por los trabajadores del contratista van dirigidos a satisfacer los intereses del empresario principal o comitente, lo que implica que este último sea también beneficiario del trabajo de aquellos.

Ciertamente entre empresario principal y los trabajadores del contratista no existe ningún vínculo contractual que pueda dar pie a una relación laboral en el estricto sentido del término²²⁰. Sin embargo, no cabe duda que la ejecución de la contrata condicione una relación fáctica de trabajo entre empresario principal y los trabajadores del contratista, habida cuenta del innegable aprovechamiento que aquel obtiene del trabajo de estos.

Importa señalar que bajo ciertas circunstancias, la vinculación entre empresario principal y los trabajadores del contratista se presenta de manera más clara y evidente. Así sucede cuando la ejecución de la contrata ocurre en el centro de trabajo del empresario principal²²¹, o cuando este, debido a la naturaleza especial de las actividades objeto de la contrata, se reserva el poder de dirección en los aspectos técnicos del trabajo ejecutado por los trabajadores del contratista²²².

220 Para Antonio Martín Valverde, entre el empresario principal y los trabajadores del contratista no existe ni siquiera una relación de trabajo mediata, sino una relación indirecta de aprovechamiento del trabajo. MARTÍN VALVERDE, Antonio, *“Responsabilidad empresarial...”*, op. cit., pág. 265.

221 Para algunos autores la ejecución de la contrata en el centro de trabajo del comitente es un elemento fundamental para la configuración de esta figura. En este sentido, se ha dicho que “precisamente el que el que los trabajadores del contratista trabajaran locativamente “hombro con hombro” con los trabajadores del empresario comitente ha sido una de las razones que ha dado lugar a una disciplina del trabajo en contratas”. Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, *“La regulación protectora...”*, op. cit., pág. 38.

222 Ya se ha citado antes lo señalado por Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco, respecto a la posibilidad de que el trabajador del contratista quede subordinado al empresario principal en lo que refiere a órdenes de carácter técnico. Los autores, advierten que si bien la jurisprudencia permite la subordinación en tal sentido, no está clara la frontera entre la “subordinación técnica” y la “dependencia o subordinación jurídica”. Cfr. RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel y SALA FRANCO, Tomás, *“Contratas y subcontratas...”*, op. cit., pág. 114. Por su parte, David Montoya Medina considera que “cuando el trabajo se desarrolla en los centros de trabajo del principal no es infrecuente que sea este empresario, y no el contratista, el que dirija y organice la actividad de los trabajadores contratados por

En todo caso, es precisamente la existencia de esa relación fáctica de trabajo que se da entre el empresario principal y los trabajadores del contratista, lo que justifica la imputación a cargo del empresario principal de una serie de obligaciones y responsabilidades laborales y preventivas respecto a los trabajadores del contratista, y en definitiva la que sirve de fundamento legal para articular el régimen de responsabilidad solidaria entre ambos empresarios que prevé el ordenamiento jurídico para el trabajo en contratas.

55. La dificultad de certificación de los trabajadores que ejecutan la contrata.

Aunque el artículo 42 del E.T. no lo señala expresamente, resulta claro que la protección que supone el régimen de responsabilidad solidaria entre empresarios no alcanza a todos los trabajadores de la plantilla del contratista, sino únicamente a aquellos que este asigne directamente a la ejecución de la contrata²²³. Tal consideración se desprende del fundamento jurídico que justifica la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria, que como se ha dicho antes, atiende a la existencia de la relación fáctica de trabajo que se suscita entre los trabajadores que ejecutan la contrata y el empresario principal, quien en todo caso termina incorporando el resultado del trabajo a la gestión productiva de su empresa²²⁴.

No obstante lo anterior, en la práctica suelen presentarse algunos problemas a la hora de determinar cuáles son los trabajadores de la contrata que quedan cubiertos por el régimen de responsabilidad solidaria que deriva de esta. Así ocurre por ejemplo cuando se dan variaciones del personal del con-

este último para prestar servicios en la contrata. Con ello se trata de acomodar, en la mayor medida posible, las prestaciones de trabajo al fin productivo perseguido por el comitente, sin que por ello se haya de desdibujar la relación jurídica laboral que une al trabajador con la empresa que le ha contratado”. Cfr. MONTROYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 106.

223 En este sentido, entre otras la sentencia del TSJ de Murcia del 10 de abril de 1991, (Ar. 2832) y la sentencia del TSJ de Cataluña del 4 de Julio de 1996, (Ar. 2905).

224 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 255; SORIANO CORTÉS, Dulce, “*Las contratas en el Derecho...*”, op. cit., pág. 96.

tratista asignado a la contrata, ya sea por bajas o sustitución de trabajadores, suspensión de contratos por enfermedad u otro motivo, en cuyo caso pueden surgir inconvenientes a la hora de exigir la responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T.

Similar situación ocurre en contrata de larga duración cuando estas se ejecutan en diversas fases, de modo que los trabajadores del contratista se van incorporando a la ejecución de actividades conforme estas son requeridas. En estos casos, pueden presentarse problemas para determinar el periodo preciso por el que debe responder el empresario principal respecto a cada trabajador. En estos casos, tal y como lo señala la doctrina, *“no resulta razonable hacer responsable al empresario principal respecto a todos los trabajadores que hayan participado en los trabajos contratados, con independencia de que su participación no abarque todo el periodo de vigencia de la contrata”*²²⁵.

Considerando la existencia de supuestos como los anteriores, resulta imprescindible la implementación de sistemas efectivos de control a efectos de verificar la permanencia real y efectiva de los trabajadores durante el tiempo de ejecución de la contrata, especialmente porque de todo ello pueden surgir prácticas fraudulentas dirigidas a sacar provecho de la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria de manera ilícita.

Mucho más complejos resultan aquellos casos en los que los trabajadores del contratista se encuentren designados a la ejecución simultánea de dos o más contrata, un supuesto que dicho sea de paso, resulta cada vez más común en virtud del dinámico crecimiento que experimentan los esquemas de subcontratación. Un buen ejemplo de esta situación lo constituyen las denominadas empresas de multiservicios que operan formalmente a través de contrata, brindando múltiples servicios a diferentes empresas²²⁶. En tales casos,

225 SORIANO CORTÉS, Dulce, *“Las contrata en el Derecho...”*, op. cit., pág. 97.

226 ALMEDA CASTILLO, María Teresa, *“La cesión de trabajadores...”*, op. cit., págs. 353 y ss.

Respecto a este tipo de empresas, Rivero Lamas, hace ver que *“La irrupción de estas últimas en el mercado laboral ha sido clamorosa –por encubrir, en ocasiones como contrata formales*

la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T., puede tornarse enormemente compleja, habida cuenta de que el trabajador del contratista puede quedar vinculado a la ejecución de varias contrata a la vez. Teniendo en cuenta las dificultades en casos como estos, no han faltado en la doctrina propuestas a favor de la aplicación de la regla del “prorrateo” de responsabilidad entre todos los empresarios comitentes, determinando la cuota de responsabilidad correspondiente a cada uno de ellos en función del tiempo efectivo que el trabajador ha dedicado a una y otra contrata²²⁷.

4. El objeto de la contrata de obras y servicios.

4.1 Delimitación del objeto de la contrata.

56. Las obras y los servicios.

Aún y cuando exista acuerdo mayoritario en la doctrina a favor de tomar el contrato de empresa como la figura contractual paradigma de la contrata, tal posición no ha resuelto en definitiva la discusión en torno a la delimitación del objeto que debe reunir el negocio jurídico que sirve de base a la contrata. Un tema por demás difícil de tratar si se tiene en cuenta el proceso de innovación que suele darse en la práctica de la descentralización productiva, donde constantemente surgen nuevas modalidades contractuales que se utilizan para articular esquemas cada vez más complejos de subcontratación de obras y servicios.

La discusión clásica que ha tenido lugar en la doctrina a la hora de abordar el estudio respecto al objeto de la contrata, ha girado en torno al cuestionamiento sobre la conveniencia de reconducir la contrata al contrato de

verdaderas cesiones ilegales de trabajadores- que no es de extrañar que se identifique con ellas todo un sector (emergente) de las dedicadas al “servicio de empresas””. Cfr. RIVERO LAMAS, Juan, “*Proyecciones de la descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 44.

227 La idea ha sido expuesta por Dulce Soriano Cortés, quien a su vez cita el trabajo de Joaquín Yanni Baeza “*Las mejoras voluntarias en la Seguridad Social*”, Régimen del seguro colectivo laboral, Edersa, Madrid, 1995. SORIANO CORTÉS, Dulce, “*Las contrataciones en el Derecho...*”, op. cit., pág. 98.

empresa -ejecución de obra-. Dos son los aspectos que más controversia han suscitado al respecto. El primero de ellos, versa sobre cómo encajar dentro del contrato de empresa, la subcontratación de servicios, expresamente comprendida en el supuesto de hecho normativo del artículo 42 del E.T. Esto por cuanto el Código Civil regula el contrato de arrendamiento de obra –entiéndase, ejecución de obra- de manera separada y distinta al contrato de arrendamiento de servicios, de donde se colige que el primero de ellos no puede incluir tanto la subcontratación de obras como la subcontratación de servicios.

El segundo aspecto, estrechamente relacionado con el anterior, ha consistido en determinar si el negocio jurídico de la contrata queda constreñido a obligaciones de resultado, o si este puede englobar también obligaciones de actividad²²⁸. Este segundo aspecto parte de considerar que en el contrato de ejecución de obra, el obligado –contratista- no se libera con la mera la realización de la actividad, sino que debe garantizar un resultado concreto ²²⁹ mientras que el arrendamiento de servicios supone la mera realización de una actividad.

El sector de la doctrina que apoya la identificación entre contrata y contrato de ejecución de obra ha defendido su tesis argumentando que el objeto del contrato de ejecución de obra goza de una elasticidad tal que le permite englobar tanto las obras *strictu sensu*, es decir, la producción o creación de un nuevo bien material y la modificación de los ya existentes, como también los servicios, entendiendo dentro de estos, todo el abanico de actividades que no constituyen transformación de la materia²³⁰. También se ha dicho que el “servicio” en cuanto objeto del contrato de ejecución de obra se contempla como resultado, sin que sea válido confundirlo con el típico contrato de servicios,

228 RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, “*Interposición y trabajo en contratas a través de la jurisprudencia*”, en Estudios en homenaje a Gaspar Bayón Chacón, Madrid, 1980, pág. 72; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., págs. 44 y 45; SORIANO CORTÉS, Dulce, “*Las contratas en el Derecho...*”, op. cit., pág. 63.

229 VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, “*Código Civil Anotado*”, Dijusa, 2007, pág. 1387; MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “*La descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 54.

230 BLAT GIMENO, Francisco, “*Análisis jurídico-laboral...*”, op. cit., pág. 79.

que tiene por objeto la actividad en sí misma considerada²³¹, razón por la cual, no existe inconveniente para incluir dentro del contrato de ejecución de obra tanto la contrata de obras como la contrata de servicios.

Es fácil advertir que ninguno de los anteriores argumentos logra dar una explicación coherente al problema que representa encajar en un mismo tipo contractual, un negocio jurídico que supone una obligación de resultado junto a otro que implica una obligación de actividad.

La contrata de servicios, por su propia naturaleza, no puede ser articulada mediante un negocio jurídico que implique una obligación de resultado semejante a la que constituye el objeto del contrato de ejecución de obra. De aquí que, algunos autores han insistido en los inconvenientes que genera la identificación de la contrata de obras y servicios con el contrato de empresa - ejecución de obra-²³², apuntando además, que el artículo 42 del E.T. comprende claramente tanto la subcontratación de obras y de servicios, sin hacer referencia a un tipo contractual específico o cerrado.

En todo caso, no debe dejarse de lado que el mismo lenguaje técnico que utiliza el artículo 42 del E.T. ofrece la ventaja de poder reconducir la figura de la subcontratación de obras y servicios a diversos tipos contractuales, sin importar que el objeto de estos sea una obligación de actividad o de resultado.

Siguiendo con esta línea de pensamiento, debe destacarse que la tesis prevalente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia laboral, en vez de enfocarse en el criterio de resultado como requisito esencial del objeto de contrata, se basa en el criterio de la especificidad del encargo.

Quienes siguen este criterio parten de una idea básica: la contrata requiere de un encargo específico²³³. Se trata de un criterio que reconduce el

231 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 45.

232 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Descentralización productiva y responsabilidad...*”, op. cit., pág. 121; GARCÍA PIQUERAS, Manuel, “*Régimen jurídico...*”, op. cit., pág. 19.

233 Esta delimitación del objeto del negocio jurídico que da vida a la contrata, fue establecida por Alonso Olea y luego ha sido seguida por prácticamente todos los autores que tratan

supuesto normativo previsto el artículo 42 del E.T. únicamente a contratos que tengan como objeto una obligación bien delimitada.

4.2 El criterio del *facere* específico.

57. La actividad y los resultados.

De acuerdo con el criterio de especificidad del encargo, existe contrata tanto si el encargo encomendado al contratista es la realización de una obra –obligación de resultado– como si se trata de la contratación de un servicio –obligación de actividad–, siempre y cuando el encargo a realizar consista en una obligación de carácter específico y bien determinado²³⁴. Se trata por lo tanto, de un negocio jurídico cuyo objeto consiste en un *facere* específico²³⁵.

Así, junto al clásico contrato de ejecución de obra y otros donde puede concretarse un resultado²³⁶, la aplicación del criterio del *facere* específico como requisito de la contrata ha permitido que tanto la doctrina como la jurisprudencia avalen la inclusión de algunos contratos de mera actividad²³⁷ dentro del supuesto normativo del artículo 42 del E.T.

el tema. Véase, ALONSO OLEA, Manuel, “*Derecho del Trabajo*”, Madrid, 1981, pág. 74. En el mismo sentido, MONEREO PÉREZ, José Luis, “*La responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 75; RIVERO LAMAS, Juan, “*Descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 46.

234 En este sentido, CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Descentralización productiva y responsabilidad...*”, op. cit., pág. 121; GOERLICH PESET, José María, “*Determinación del supuesto...*”, op. cit., pág. 92; NORES TORRES, Luis Enrique, “*El trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 45; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas de trabajo temporal: Responsabilidades*”, Tiran Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 16.

235 Así entre otros: CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Descentralización productiva y responsabilidad...*”, op. cit., págs. 114 y 115; GOERLICH PESET, José María, “*Determinación del supuesto...*”, op. cit., pág. 92.

236 Entre estos el contrato de transporte, el contrato de engineering, el contrato de publicidad o el contrato de asistencia técnica. En este sentido LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 46, SORIANO CORTÉS, Dulce, “*Las contratas en el Derecho...*”, op. cit., pág. 64. Así mismo, ver sentencias TSJ de Andalucía, de 6 de junio de 1995, (Ar. 1765); STS de 27 de junio de 1988, (Ar. 5471).

237 Entre estos, el contrato de telemarketing, STSJ de Cataluña, de 20 de noviembre de 2009, (Ar. 1447) y STSJ de Madrid, de 13 de noviembre de 2009 (Ar. 840) o el contrato de servicios de seguridad, STSJ de Castilla –La Mancha de 22 de febrero de 2000 (Ar. 1140).

No obstante lo anterior, hay que advertir que la exigencia de un *facere* específico como requisito para la existencia de la contrata, también implica serias limitaciones para alcance del régimen de responsabilidad solidaria que establece el artículo 42 del E.T. Se puede afirmar, en términos generales, que bajo este criterio quedarían excluidos de la protección legal que ofrece el citado artículo 42 del E.T., todos los contratos cuyo objeto constituye una obligación de dar, como también aquellos otros donde la obligación de hacer no reúna la condición de especificidad requerida²³⁸.

La exclusión del ámbito normativo que regula las contrataciones de aquellos tipos contractuales que tienen por objeto una obligación de dar, como puede ser el contrato de compraventa, ha sido aceptada sin mayor controversia por la doctrina y la jurisprudencia, por cuanto resulta claro que la subcontratación de una obra o de un servicio supone necesariamente una obligación de hacer. No obstante, esta posición no es tan pacífica cuando se discute sobre otros contratos de prestación de dar que requieren ejecución continuada. El ejemplo clásico es el contrato de suministro que implica una obligación de dar de tracto sucesivo, y en el cual puede concurrir también prestaciones de hacer. En opinión de algunos autores, en estos casos habrá necesariamente que atender a un criterio de prevalencia, considerando que el suministro puede ser contrata o no, dependiendo de si en él predomina la prestación de hacer o de dar²³⁹. Esta tesis ha sido aplicada en algunos pronunciamientos judiciales que han declarado la existencia de una contrata cuando la prestación de dar en el contrato de suministro es accesorio a otra que implica un hacer específico²⁴⁰.

Similar situación acontece cuando se trata de aquellos tipos contractuales que conllevan una obligación de hacer, pero de carácter genérico. En

238 Así lo señalan entre otros, GOERLICH PESET, José María, “*Determinación del supuesto...*”, op. cit., pág. 92; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contrataciones y protección...*”, op. cit., pág. 73.

239 Así lo exponen BLAT GIMENO, Francisco, “*Análisis jurídico-laboral...*”, op. cit., pág. 82; GOERLICH PESET, José María, “*Determinación del supuesto...*”, op. cit., pág. 93. y NORES TORRES, Luis Enrique, “*El trabajo en contrataciones...*”, op. cit., pág. 50.

240 SSTSJ de Galicia de 10 de noviembre de 1992, (Ar. 5328) y SSTSJ de Madrid de 23 de junio de 1999, (Ar. 2016).

estos casos, la exclusión de la protección legal prevista para las contrata, podría ser injustificada y contraria al sentido teleológico que inspira el régimen tuitivo que contiene el artículo 42 del E.T. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la exigencia de un *facere* específico como requisito del objeto de la contrata, implicaría dejar por fuera de protección legal una importante variedad de contratos de cooperación inter empresarial que tienen lugar en el sector de servicios, que es precisamente el sector donde se promueve con mayor auge la descentralización productiva y los esquemas de subcontratación.

Así, conforme a la exigencia de un *facere* específico como requisito del objeto de la contrata, la tesis dominante rechaza incluir dentro del ámbito normativo del artículo 42 del E.T. tipos contractuales utilizados por las empresas para actividades de distribución mercantil²⁴¹, como lo son, el contrato de agencia²⁴², el contrato de la concesión mercantil²⁴³, el franchising²⁴⁴ entre otros.

Según lo visto, puede concluirse que, de acuerdo con la tesis de la mayoría, solo aquéllas modalidades contractuales que entrañen en su estructura negocial un *facere* específico como objeto del encargo realizado por el contratista a favor de la empresa principal, quedan sometidas al régimen normativo que prevé el ordenamiento jurídico español para la regulación de la subcontratación laboral.

Claro está que la aceptación del criterio del *facere* específico como requisito de la contrata, hace inevitable el cuestionar la eficacia práctica que puede tener el régimen de responsabilidad solidaria previsto en el artículo 42 del E.T. Esto debido a que resulta evidente que el criterio no ofrece la amplitud ni la flexibilidad necesarias para poder atender toda la tipología de figuras contractuales que utilizan las empresas para implementar los esquemas de subcontratación de obras y servicios.

241 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Descentralización productiva y responsabilidad...*”, op. cit., pág. 122; MONEREO PÉREZ, José Luis, “*La responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 76; GOERLICH PESET, José María, “*Determinación del supuesto...*”, op. cit., pág. 95.

242 En este sentido STSJ de Navarra de 29 de abril de 1992, (Ar. 3826) y STSJ de Madrid de 30 de abril de 1998, (Ar. 5194).

243 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Outsourcing...*”, op. cit., pág. 303.

244 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 47.

5. La “propia actividad” como elemento delimitador de la protección legal para el trabajo en régimen de subcontratación laboral.

58. La ambigüedad de los términos legales utilizados.

El problema en torno a la necesidad de precisar el alcance del ámbito normativo del artículo 42 del E.T. no se circunscribe a la delimitación del concepto de contrata o a la de los requisitos del negocio jurídico que le sirve de base. El supuesto de hecho contemplado por el artículo 42 del E.T., exige como requisito condicionante para su aplicación, el que las obras o servicios contratados o subcontratados correspondan a la “propia actividad” del empresario principal”. Se trata de un elemento delimitador de toda la protección legal que ofrece el artículo 42 del E.T. para el trabajo en régimen de subcontratación laboral²⁴⁵.

Los antecedentes del término “propia actividad” se encuentran en el artículo 4 del Decreto 3677/1970²⁴⁶. Actualmente, además del artículo 42 del E.T. la expresión es recogida también en el artículo 168 de la LGSS y en el artículo 24.3 de la LPRL. Desde sus orígenes el concepto de propia actividad ha generado un extenso debate en la doctrina, que siempre lo ha cuestionado por su falta de claridad y de precisión²⁴⁷. Sin duda alguna, el uso de este término constituye una de las principales deficiencias que tiene la regulación española en materia de subcontratación laboral²⁴⁸.

245 Salvador del Rey Guanter critica que en ocasiones la “propia actividad” es considerada como el requisito por excelencia, en el sentido de hacer girar sobre él la delimitación esencial a efectos de determinar de si procede o no la aplicación del régimen de responsabilidades que establece el artículo 42 del E.T. Cfr. DEL REY GUANTER, Salvador. “*A propósito de los requisitos del artículo 42.1 TRET, y en especial sobre la “propia actividad”*”. *Notas a la luz de la STS del 24 de noviembre de 1998*”, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 2000, pág. 392.

246 Decreto 3677/1970, de 17 diciembre, (BOE 4/1/1971), sobre prevención y sanción de actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores.

247 RIVERO LAMAS, Juan, “*Descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 46; GARCÍA MURCIA, Joaquín, “*Contratas y subcontratas*”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, pág. 28.

248 SALA FRANCO, Tomás, “*Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos*”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2005, pág. 1018.

Ciertamente el principal problema que tiene la expresión “propia actividad” radica en su ambigüedad, toda vez que atiende a un concepto legal indeterminado. Algunos autores han considerado que la imprecisión del concepto puede esconder el propósito deliberado del legislador de mantener una formulación lo suficientemente abstracta que permita la adaptación flexible del requisito a los constantes cambios que experimentan las estructuras productivas de las empresas, haciendo posible con ello que el juzgador interprete la norma de acuerdo con la realidad social de cada tiempo, tal cual lo preceptúa el artículo 3 del Código Civil²⁴⁹.

No obstante la ventaja que pueda reportar la falta de concreción del término, lo cierto es que lo que se gana en flexibilidad se pierde en seguridad jurídica, con el agravante de que la incertidumbre legal en este caso, repercute en detrimento de las únicas garantías de protección que ofrecen las normas reguladoras de la subcontratación laboral.

Hasta ahora no ha sido posible elaborar una delimitación precisa de lo que debe entenderse por “propia actividad”. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se han propuesto distintas tesis interpretativas para delimitar el concepto, todas ellas a base de criterios muy diversos que en lo fundamental difieren en el grado de amplitud o restricción que dan al propio concepto. En términos generales, estas tesis interpretativas pueden ser clasificadas en tres tipos, a saber: 1) La tesis de interpretación restrictiva, 2) la tesis de interpretación amplia y 3) la tesis de interpretación ecléctica.

5.1 La tesis restrictiva.

59. La “propia actividad” como “misma actividad”.

Esta tesis se sustenta en considerar que el requisito alusivo a “la propia actividad” que establece el artículo 42 del E.T., hace referencia a “la misma actividad” de la empresa principal. La doctrina que ha defendido este plantea-

249 MONTROYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 137; SORIANO CORTÉS, Dulce, “*Las contratas en el Derecho...*”, op. cit., pág. 104.

miento, utiliza el denominado criterio de la identidad²⁵⁰, conforme al cual, la correspondencia entre la actividad de la contrata y la “propia actividad” de la empresa se da únicamente en aquellos casos en que exista total coincidencia o plena igualdad entre ambas actividades²⁵¹. Dicho de otra manera, se está ante una contrata de “propia actividad” cuando la actividad subcontratada sea parte o tenga la misma naturaleza de la actividad principal propia de la empresa contratante.

Los defensores de esta interpretación, hacen hincapié en que el régimen de responsabilidad empresarial que prevé el artículo 42 del E.T. fue pensado exclusivamente como mecanismo para tutelar derechos de los trabajadores en casos de subcontratación patológica, esto es, contratas que tuviesen como fin eludir responsabilidades laborales. De modo que, la noción de propia actividad no debe ser extendida a otros supuestos, so pena de que este requisito se convierta en un obstáculo para el desarrollo de nuevos esquemas productivos²⁵².

El carácter restrictivo de esta interpretación, obedece a que el criterio de identidad supondría sustraer del ámbito de aplicación del artículo 42 del E.T. un sin número de supuestos de subcontratación. En términos generales, puede decirse que con este criterio quedarían fuera del supuesto normativo de dicho artículo, todas las contratas de actividades auxiliares o complementarias del ciclo productivo de la empresa principal, como también todas aquellas que no guarden esa condición de identidad entre la actividad de la empresa contratista y la actividad principal de la empresa comitente.

Evidentemente, este enfoque restrictivo de la “propia actividad” reduce fuertemente el alcance del régimen de responsabilidad empresarial para los supuestos de subcontratación, pues hace prácticamente inaplicable el supues-

250 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “Responsabilidad empresarial...”, op. cit., pág. 67.

251 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, “Nuevas tecnologías y relación de trabajo”, Tiran Lo Blanch, 1990, pág. 31; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “La tutela de los trabajadores...”, op. cit., pág. 234.

252 En este sentido se puede citar a PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, “Nuevas tecnologías...”, op. cit., pág. 31.

to de hecho normativo del artículo 42 del E.T., que quedaría reducido a casos de subcontratación verdaderamente excepcionales²⁵³.

Uno de los cuestionamientos más contundentes que se han expuesto contra la aplicación del criterio de identidad que sustenta esta interpretación restrictiva, señala que dicho criterio desatiende por completo la actual tendencia que tiene la descentralización productiva hacia la especialización de funciones. Teniendo en cuenta esta realidad, la coincidencia entre la actividad desplegada por el contratista y la actividad principal de la empresa comitente se haría virtualmente imposible, pues la justificante de la contrata reside precisamente en su especialización, lo que le aporta un carácter claramente diferenciado respecto de la actividad que realiza la empresa principal²⁵⁴.

Aún y cuando esta tesis restrictiva tuvo acogida en algunos pronunciamientos judiciales²⁵⁵, ciertamente no ha gozado de gran difusión ni en la doctrina ni en la jurisprudencia por considerar que conduce a una estrechez hermenéutica que de ser admitida haría prácticamente inaplicable el supuesto normativo del artículo 42 del E.T.²⁵⁶.

5.2 La tesis amplia.

60. La “sustituibilidad” y la “indispensabilidad” de las actividades.

La tesis a favor de una interpretación extensiva del concepto “propia actividad” tiene como punto de partida la verificación de un nexo, ya

253 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Descentralización productiva y responsabilidad...”, op. cit., pág. 129.

254 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Descentralización productiva y responsabilidad...*”, op. cit., pág. 129; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 67; SORIANO CORTÉS, Dulce, “*Las contratas en el Derecho...*”, op. cit., pág. 107.

255 Un ejemplo de ello es la sentencia del TSJ de Andalucía de 4 de julio de 1995 (Ar. 2757). En este caso, el Tribunal consideró 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”.

256 En este sentido la STCT de 11 de mayo de 1988, Ar. 3480. Es precisamente en esta sentencia donde se señala que el requisito de propia actividad considerada como “misma actividad” implica una “estrechez hermenéutica se opone al verdadero sentido de la norma en cuestión y no cuenta, por tanto, con soporte alguno, doctrinal y jurisprudencial, siendo notorio que, de admitirla, se haría prácticamente inaplicable el precepto estatutario de referencia”.

sea directo o indirecto²⁵⁷, entre la actividad objeto de la contrata y el ciclo productivo de la empresa comitente, entendiendo por ciclo productivo, en términos también amplios, “*el complejo de operaciones que, en circunstancias normales, son necesarias para alcanzar los objetivos de la producción o intercambio de bienes y servicios que constituye el fin de la empresa*”²⁵⁸. Quienes siguen esta tesis, han utilizado principalmente dos criterios: el criterio de “sustituibilidad” y el criterio de “indispensabilidad”.

Según el criterio de la sustituibilidad, lo determinante para hacer coincidir las actividades objeto de la contrata con la propia actividad de la empresa principal, es verificar que de no darse la subcontratación, la empresa se vería obligada a realizar esas mismas actividades a través de su propia organización productiva. De modo que, el requisito previsto en el supuesto normativo del artículo 42 del E.T. se cumple “cuando las obras o servicios objeto de la contrata, de no concretarse esta, tendrían que ser realizados por el comitente, empleando su propio personal, ya que de no tener ejecución, no resultaría adecuadamente cumplida su específica actividad empresarial”²⁵⁹.

Es precisamente el vínculo de identidad entre las actividades subcontratadas con las actividades propias del ciclo productivo de la empresa principal, lo que permite sostener que la inexistencia de la contrata obligaría a la empresa a utilizar su propia organización para realizar esas actividades que le provee la contrata, so pena de ver frustrado o cuando menos limitado su fin productivo²⁶⁰.

257 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 74.

258 RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, “*La regulación protectora...*”, op. cit., pág. 36 y ss.; MARTÍN VALVERDE, Antonio, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 242; MONEREO PÉREZ, José Luis, “*La responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 79.

259 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 72; MONEREO PÉREZ, José Luis, “*La responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 80; GARCÍA PIQUERAS Manuel, “*Régimen jurídico...*”, op. cit., pág. 32.

260 RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, “*La regulación protectora...*”, op. cit., pág. 37.

Quienes defienden este criterio señalan que para verificar la identificación entre el objeto de la contrata y la propia actividad de la empresa principal, es suficiente demostrar la posible asunción de parte de esta de la actividad objeto de la contrata y la comprobación de una íntima conexión funcional con su fin productivo²⁶¹.

Evidentemente, la aplicación del criterio de la sustituibilidad ha permitido a la doctrina proponer una aplicación amplia del artículo 42 del E.T. que alcanzaría a todas aquellas obras o servicios en los que se pueda advertir una identidad de tipo material en las actividades que conforman el proceso productivo de la empresa principal²⁶². Sólo quedarían excluidas del concepto de propia actividad, aquellas contratas cuyas obras o servicios sean totalmente ajenas al ciclo productivo de la empresa principal²⁶³.

En complemento de este criterio, la doctrina también ha desarrollado el criterio de la “indispensabilidad”, según el cual, son actividades propias de la empresa principal, ya no solo aquellas actividades consideradas como principales o integrantes del ciclo productivo, sino también todas aquellas que resultan imprescindibles para el desarrollo de la actividad productiva como tal de la empresa comitente.

De acuerdo con este criterio, la identificación de la contrata con la propia actividad de la empresa comitente, queda determinada por el carácter de indispensable que tenga la actividad subcontratada para la consecución del fin productivo de la empresa comitente²⁶⁴.

Bajo esta lógica, se entiende que quedarían comprendidas dentro de la noción de propia actividad, todas las contratas que de manera directa o indirecta ayuden a la empresa principal a lograr su finalidad productiva. Por tanto, se considera como parte de la propia actividad, no solo las actividades esen-

261 MONEREO PÉREZ, José Luis, “*La responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 80.

262 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 74.

263 GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 234.

264 MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “*La determinación del proceso...*”, op. cit., pág. 80; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 76.

ciales sino también aquellas tareas accesorias o complementarias que resulten necesarias para el cumplimiento del fin productivo de la empresa principal, tales como limpieza, mantenimiento, reparación, vigilancia, entre otras²⁶⁵.

La utilización de los criterios de “sustituibilidad” e “indispensabilidad” han sido defendidos por la doctrina con sustento en diversos argumentos. En primer lugar, se ha dicho que la interpretación que ofrecen estos criterios sobre la noción “propia actividad”, es la que más se ajusta al fin protector que prevé el artículo 42 del E.T., en tanto, ambos criterios permiten una aplicación in extenso del régimen de responsabilidad solidaria para un mayor colectivo de trabajadores que laboran en régimen de subcontratación, especialmente para aquellos trabajadores involucrados en contratos de actividades complementarias o accesorias que son los que mayor tutela requieren²⁶⁶.

En concordancia con lo anterior, también se señala que esta interpretación de “propia actividad” es coincidente con la acepción amplia que en el tráfico empresarial asume la práctica de la subcontratación y con las exigencias sociales de especial protección de aquellos trabajadores que realizan trabajos en contratos para empresarios que cuentan con un débil soporte patrimonial para hacerse cargo de sus obligaciones laborales²⁶⁷.

También se invoca como fundamento de esta interpretación amplia, la “*relación indirecta de aprovechamiento*”²⁶⁸ que se da en todo esquema de subcontratación, y en la cual el empresario principal obtiene del resultado

265 RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, “*La regulación protectora...*”, op. cit., pág. 37; MARTÍN VALVERDE, Antonio, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 237; MONERO PÉREZ, José Luis, “*La responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 87. Algunas sentencias han aplicado este criterio. Así STSJ Madrid del 2 de abril de 1991, (Ar. 2583); STSJ Navarra del 14 de abril de 1994, (Ar. 1397) y STSJ Asturias del 20 de febrero de 2004, (Ar. 96168)

266 MARTÍN VALVERDE, Antonio, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 237; MONERO PÉREZ, José Luis, “*La responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 80; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 72.

267 MONERO PÉREZ, José Luis, “*La responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 82.

268 MARTÍN VALVERDE, Antonio, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 265; MONERO PÉREZ, José Luis, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 265; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 73; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratos...*”, op. cit., pág. 122.

productivo de los trabajadores de otro empresario, de suerte que con esta interpretación se logra atender el cumplimiento de la “justicia conmutativa” que inspira el régimen de responsabilidad solidaria previsto en el artículo 42 del E.T.

Finalmente, resulta interesante destacar también la defensa que se ha hecho de la concepción amplia de “propia actividad”, basada en un análisis etimológico de la expresión. Al respecto se ha dicho que en la literalidad del texto del artículo 42 del E.T., el sentido más correcto que se le puede dar al adjetivo “propio” es el de conveniente y a propósito para un fin, de modo que el significado de “propia actividad” tiene un sentido claramente finalístico. Así, *“todas las actividades o servicios que sean instrumentales para conseguir el fin de la empresa estarían comprendidas en el fenómeno de subcontratación contemplado en el supuesto de hecho de la norma ex artículo 42 del L.E.T.”*²⁶⁹.

Dicho lo anterior, se hace necesario también apuntar algunos de los argumentos que antagonizan con esta tesis interpretativa. En este sentido, se ha cuestionado la conveniencia de la noción amplia de “propia actividad” señalando que la propia construcción normativa del artículo 42 del E.T. no puede dar cabida a una interpretación extensiva, ya que la fórmula utilizada por el legislador deja claramente condicionada la aplicación de la responsabilidad solidaria solo para cierto tipo de contrata²⁷⁰. Se argumenta que la presencia del requisito alusivo a la propia actividad, revela por sí mismo que la intención del legislador no fue extender la responsabilidad solidaria para todo tipo de contrata, pues de haber sido este el fin, hubiese bastado con obviar la referencia a la propia actividad²⁷¹.

269 MONEREO PÉREZ, José Luis, *“La responsabilidad empresarial...”*, op. cit., pág. 83.

270 MONTOYA MEDINA, David, *“Trabajo en contrata...”*, op. cit., págs. 122 y ss.

271 CRUZ VILLALÓN, Jesús, *“Descentralización productiva y responsabilidad...”*, op. cit., pág. 130; MONTOYA MEDINA, David, *“Trabajo en contrata...”*, op. cit., págs. 122 y ss.; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *“La tutela de los trabajadores...”*, op. cit., pág. 234; LÓPEZ TERRADA, Eva y NORES TORRES, Luis Enrique, *“La función delimitadora del concepto “propia actividad” en el art. 42 del ET”*, en AA.VV., [Ángel Blasco Pellicer (Coord.)]: *El empresario laboral. Estudios en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo*

También se ha dicho que con la interpretación extensiva se puede generar el efecto contrario al pretendido. Así por ejemplo, el criterio de la “sustituibilidad” conduciría a la exclusión de actividades especializadas, que aún y cuando pertenezcan al ciclo productivo de la empresa principal, esta no puede realizarlas por sus propios medios, ya sea por falta de capacidad técnica o económica, de manera que se ve obligada a contratarlas a un tercero²⁷².

5.3 La tesis ecléctica.

61. El criterio de la “esencialidad” de la actividad principal de la empresa.

Del antagonismo existente entre la tesis de interpretación restrictiva y la tesis de interpretación amplia surge una tercera interpretación que la doctrina ha denominado de postura intermedia o ecléctica²⁷³ la cual ha terminado prevaleciendo sobre las dos anteriores. Se trata de una interpretación elaborada por el Tribunal Supremo a través del criterio dado en unificación de doctrina en la STS de 18 de enero de 1995²⁷⁴ según la cual, constituyen la propia actividad, tanto las tareas que integran el ciclo productivo de la empresa principal, como las complementarias o accesorias, pero sólo cuando estas últimas sean absolutamente esenciales para el desarrollo de la actividad principal de la empresa.

La tesis, ratificada luego por el mismo Tribunal en las sentencias del 29 de octubre de 1998, (Ar. 9094) y de 24 de noviembre de 1998, (Ar. 10034) utiliza el criterio de “inherencia”, según el cual, forman parte de la propia

de su jubilación, Valencia, 2010, pág. 444.

272 LÓPEZ TERRADA, Eva y NORES TORRES, Luis Enrique, “*La función delimitadora...*”, op. cit., pág. 445; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 77.

273 MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 128; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 236; MOLERO MARRAÑÓN, María Luisa, “*La descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 54.

274 En esta sentencia se estima el recurso de casación para unificación de doctrina de las sentencias tenidas como contradictorias, TSJ de Castilla León de 13 de julio de 1993 y la del 23 de noviembre de 1993. El Tribunal Supremo casa y anula esta última al estimar que el servicio de seguridad no es propio del desempeño de la actividad principal que desarrolla la Junta de Castilla y León, ni es tampoco actividad complementaria absolutamente esencial.

actividad de la empresa, *“las operaciones o labores que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal, eso es, que son inherentes a la producción de bienes y servicios específicos que propone prestar al público o colocar en el mercado”*²⁷⁵.

De acuerdo con los razonamientos que sustentan la interpretación basada en el criterio de la inherencia, *“el fundamento de esta interpretación estriba en que las actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista, justificando así la responsabilidad patrimonial de la empresa o entidad comitente respecto de los salarios de los trabajadores empleados en la contrata”*²⁷⁶.

De lo anterior se colige que este criterio, se aparta de la tesis restrictiva por cuando admite expresamente que el concepto propia actividad lo integran tanto las actividades principales como las actividades complementarias de la empresa comitente, pero también se separa de la tesis de interpretación amplia al hacer una clara distinción entre “actividades indispensables no inherentes al ciclo productivo”, y las que sí son “inherentes” a dicho ciclo. Así, el Alto Tribunal, matiza el alcance de la tesis de interpretación amplia al reconocer que constituyen propia actividad no solo las actividades principales sino también las complementarias, pero cuando estas sean de carácter absolutamente esencial para el desarrollo de la propia de la empresa principal.

Evidentemente el criterio de “inherencia” resulta más restrictivo que el criterio de “indispensabilidad” por cuanto aquél únicamente reconoce las actividades que conforman el núcleo del ciclo productivo de la empresa y las complementarias que sean absolutamente esenciales para el desarrollo de

275 STS de 18 de enero de 1995, (Ar. 514).

276 STS del 29 de octubre de 1998, (Ar. 9094). En esta sentencia, dada también en Unificación de Doctrina, el Tribunal ratifica el criterio de la inherencia, consolidando así la posición intermedia entre las dos otras tesis interpretativas. En igual sentido, la STS de 24 de noviembre de 1998, (Ar. 10034); STS de 27 de octubre de 2000. (Ar. 9656) y STS de 20 de julio de 2005, (Ar. 5595).

dicho ciclo, quedando excluidas del concepto propia actividad, todas las otras actividades complementarias que no tengan tal carácter²⁷⁷.

Para algunos autores este criterio del Tribunal tiene el acierto de acoger la interpretación extensiva del requisito de la “propia actividad” pero evitando el riesgo de dejarlo vacío de contenido por una ampliación excesivamente amplia ya que excluye del ámbito de aplicación del artículo 42 del E.T. a aquéllas contratadas o subcontratadas que tengan por objeto obras o servicios complementarios cuando estos no sean absolutamente indispensables para el desarrollo de la actividad principal de la empresa comitente²⁷⁸. Se ha dicho, que la postura intermedia del Tribunal se adecuaba más a los nuevos modelos organizativos de producción empresarial que por su tendencia hacia la especialización funcional exigen fórmulas de subcontratación más flexibles²⁷⁹.

No obstante, para un amplio sector de la doctrina, la posición del Tribunal conduce inevitablemente a posturas más restrictivas que implican reducción del ámbito de cobertura del régimen de responsabilidad solidaria previsto en el artículo 42 del E.T., lo que va en contra del sentido garantista que debe dársele al concepto propia actividad²⁸⁰.

Por lo demás, es claro que la postura asumida por el Tribunal Supremo no aporta ningún elemento que permita superar la ambigüedad del término “propia actividad”. Tal y como se ha señalado por la doctrina “...*el Tribunal abdica de establecer una mínima construcción jurídica que pudiera, desde una perspectiva general y abstracta, orientar sobre la determinación del con-*

277 DEL REY GUANTER, Salvador, “A propósito de los requisitos...”, op. cit., pág. 343; AA.VV., “100 Preguntas laborales...”, pág. 21.

278 En este sentido, LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “Responsabilidad empresarial...”, op. cit., pág. 81; MONTOYA MEDINA, David, “Trabajo en contratadas...”, op. cit., pág. 134.

279 SORIANO CORTÉS, Dulce, “Las contratadas en el Derecho...”, op. cit., pág. 113.

280 GARCÍA PIQUERAS, Manuel, “Régimen jurídico...”, op. cit., pág. 33; MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “La descentralización productiva...”, op. cit., pág. 81; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “La tutela de los trabajadores...”, op. cit., pág. 23; LÓPEZ TERRADA, Eva y NORES TORRES, Luis Enrique, “La función delimitadora...”, op. cit., pág. 449; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “Contratadas y empresas...”, op. cit., pág. 35.

cepto; su elaboración solamente preceptúa el rechazo a la aplicación extensiva de la noción indeterminada, pero no ofrece criterios alternativos”²⁸¹.

Ante la imposibilidad de dar con una pauta o criterio que sirva para delimitar de mejor forma la la noción “propia actividad”, habrá necesariamente, tal cual lo hace ver el propio Tribunal Supremo, que atenerse al análisis casuístico proponiendo un “examen cuidadoso y específico de cada supuesto concreto”²⁸².

Todo lo anterior pone de manifiesto los serios problemas que surgen del uso de conceptos jurídicos indeterminados e imprecisos. Difícilmente en este caso, se logre por la vía de la interpretación darle a la noción “propia actividad” un contenido fiable y preciso.

281 MOLERO MARAÑÓN María Luisa, “*La descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 81. Por su parte, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, comentando la STS del 18 de enero de 1995, acota que el tribunal ni siquiera “ofrece pautas, ni criterios para la definición de la propia actividad. Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, “*Propia actividad y contrata*”, Relaciones Laborales, Tomo I, 1996, pág. 42. La misma acotación cabe hacer para las sentencias STS del 29 de octubre de 1998, (Ar. 9094) y STS de 24 de noviembre de 1998, (Ar. 10034).

282 STS de 18 de enero de 1995, (Ar. 514).

CAPÍTULO III

ALCANCE DE LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL

1. La subcontratación laboral en la gestión administrativa.

1.1 Subcontratación en las administraciones públicas.

62. La extensión en las Administraciones Públicas: La subcontratación de obras y servicios públicos.

La descentralización productiva empezó siendo una modalidad de organización empresarial propia del sector privado, pero no tardó en encontrar aplicación en el ámbito de lo público. Hoy en día, es más que común encontrar esquemas de descentralización productiva dentro de las Administraciones Públicas. Al igual que sucede con las empresas privadas, muchas pueden ser las razones por las cuales la Administración acude a esquemas de descentralización productiva, pues en todo caso, “*el imperativo empresarial de ganar en productividad no es ajeno al sector público*”²⁸³. La búsqueda de mayor eficiencia, reducción de costos, requerimientos técnicos o especializados y hasta razones ideológicas²⁸⁴ impulsan a las Administraciones a gestionar servicios públicos y determinadas actividades a través de terceros particulares.

Sin lugar a dudas, la subcontratación de obras y servicios se ha convertido en el mecanismo descentralizador más utilizado por los entes públicos. Ello explica en buena medida, el interés que la doctrina científica le ha prestado al estudio de la aplicación de esta figura en el ámbito de la contratación administrativa, que como se verá, presenta problemas propios.

De entrada, debe decirse que la atención sobre este particular se ha enfocado en la subcontratación de obras y servicios públicos, así como de

283 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*La descentralización en España...*”, op. cit., pág. 20; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “*Subcontratación de concesiones administrativas...*”, op. cit., pág. 20.

284 Ignacio García y José Luis Goñi, advierten cómo “A menudo se observa que el sistema de descentralización está siendo la vía por la que se privatizan sin control algunas actividades intrínsecas de la Administración Pública, que luego se prestan, además, con restricciones significativas, a la vez, que se multiplica la creación de empresas que, al redujo de la ola de subcontrataciones, se crean *ad hoc* sin una auténtica organización productiva previa, con el resultado que, una vez agotada la ayuda o expirado el plazo de concesión, desaparecen, haciendo ineficaces los derechos de los trabajadores”. Cfr. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y GOÑI SEIN, José Luis, “*Contratación administrativa...*”, op. cit., pág. 135. En igual sentido, MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “*La descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 63.

actividades administrativas especializadas que integran o forman parte de la actividad específica de la Administración. Menor interés se le ha prestado a la subcontratación relacionada con la actividad económica de la Administración, por cuanto se entiende que esta actividad es realizada a través de empresas públicas que se constituyen bajo la figura jurídica de sociedades mercantiles o formas análogas, cuya actividad queda regida por el Derecho Privado, y en consecuencia, cualquier esquema de subcontratación por parte de estas empresas es fácilmente reconducible a la figura de la contrata²⁸⁵.

La complejidad del tema recae en la subcontratación relacionada con la gestión pública propiamente dicha, y todo aquello que tiene que ver con la ejecución de obra o prestación de servicios públicos. En este ámbito, el punto de partida de la discusión original se centró en determinar si el régimen de responsabilidad previsto en el artículo 42 del E.T. se aplicaba o no a los entes públicos que acudieran a la subcontratación. Algunas dudas surgieron por mor de interpretaciones literales del citado artículo que exige la condición de empresario a quienes contraten y subcontraten obras y servicios.

En estricto sentido económico o mercantil, la noción de empresario no le encaja al ente público que adjudica a una empresa privada la ejecución de una obra o la prestación de un servicio público, pues en estos casos, el ente público siempre actúa sometido al Derecho Administrativo y no busca el fin de lucro. Más aún, resulta claro que “... *las Administraciones contratantes no externalizan la obra o servicio público por razón de una actividad empresarial, mención contenida en el último párrafo del art. 42 E.T.*”²⁸⁶.

No obstante lo anterior, y salvo algunas posiciones judiciales de antaño que negaron la posibilidad de aplicar el artículo 42 del E.T en casos de subcontratación donde figuraba como comitente algún ente público que había adjudicado la ejecución de obra o la prestación de un servicio público, por considerar que a la Administración no le era atribuible la condición de

285 BLAT GIMENO, Francisco, “*Análisis jurídico-laboral...*”, op. cit., pág. 193.

286 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “*Subcontratación de concesiones administrativas...*”, op. cit., pág. 26.

empresario que exige el citado artículo²⁸⁷, la doctrina científica no ha tenido dudas en reconocer el sometimiento de las Administraciones a los supuestos normativos de la contrata previstos en el artículo 42 del ET y su correlativo régimen de responsabilidad solidaria²⁸⁸.

El fundamento de esta posición mayoritaria se ha basado en la verificación de tres elementos, a saber: a) la cualidad de empresario atribuible a la entidad pública; b) la adaptación del concepto de la propia actividad a la gestión pública y c) la reconducción de las distintas formas de contratación administrativa por medio de las cuales se instrumentaliza la subcontratación, al negocio jurídico constitutivo de la contrata.

1.2 La cualidad de empresario en la entidad pública.

63. La jurisprudencia inicialmente contraria a la aplicación del art. 42 del E.T.

Como se apuntado líneas arriba, tiempo atrás algunos Tribunales Superiores sostuvieron la tesis que negaba calidad de empresario a las entida-

287 Esta postura la sostuvo el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 10 de diciembre de 1986 (Ar. 1034). En la misma línea se pronuncian entre otras, las sentencias STSJ de Navarra de 28 de abril de 1995 (Ar. 1355); STSJ del País Vasco de 17 de octubre de 1995 (Ar. 3718) y STSJ de Cataluña de 22 de enero de 1996 (Ar. 174).

288 BLAT GIMENO, Francisco, “*Análisis jurídico-laboral...*”, op. cit., pág. 193; CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*La descentralización en España...*”, op. cit., pág. 20; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 50; GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y GOÑI SEIN, José Luis, “*Contratación administrativa...*”, op. cit., pág. 135; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, “*El concepto de “propia actividad” empresarial*”, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Valencia, 2000, pág. 168; GOERLICH PESET, José María, “*Actividades laborales externalizables...*”, op. cit., pág. 120; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 132; MOLERO MARAÑÓN María Luisa, “*La descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 64; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 127; NORES TORRES, Luis Enrique, “*El trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 36; GÁRATE CASTRO, Javier, “*Algunas cuestiones laborales y de seguridad social de la descentralización productiva por medio de contratas de obras y servicios, en especial, de las que correspondan a la “propia actividad (referencias al empleo de esta fórmula de descentralización productiva por parte de las administraciones públicas)”*”, en AA.VV., [Javier Gárate Castro (Coord.)]: *Las Relaciones Laborales en las Administraciones Locales*, Barcelona, 2004, pág. 161; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “*Subcontratación de concesiones administrativas...*”, op. cit., pág. 45.

des públicas cuando estas figuraban como parte comitente en la ejecución de alguna obra o en la prestación de un servicio público, y de allí concluyeron que a estas no les era aplicable el régimen de responsabilidad previsto en el artículo 42 del E.T. Así por ejemplo, el Tribunal Superior de Navarra, en la sentencia de 22 de marzo 1994 (Art. 891) que resuelve un caso de reclamaciones por diferencias salariales planteadas por trabajadores de una empresa a la que se le había adjudicado la construcción de obra pública, negó la existencia de responsabilidad solidaria entre esta y el Gobierno de Navarra, por considerar que en estos casos la Administración no actúa como empresario privado.

En palabras textuales del fallo citado, la responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T. *“...tiene un fundamento de derecho privado, en el justo pago de los lucros producidos por una actividad laboral, y por ello no puede extenderse dicha responsabilidad a los sujetos públicos que adjudican obras o servicios públicos a empresas privadas, pues en este caso la Administración actúa sometida al derecho administrativo, en actividad de planificación o fomento, y no recibe con carácter directo lucro alguno que deba restituir. El art. 42.2 del Estatuto de los Trabajadores impone la responsabilidad solidaria al “empresario principal”, y son empresas entidades mercantiles con ánimo de lucro. En este caso la Administración no actúa como empresario privado, y por ello no le es directamente de aplicación el citado artículo, pues de lo contrario la magnitud de la responsabilidad que recaería sobre la Administración, impondría una carga demasiado pesada a la actividad pública de fomento”*.

Como se puede ver, el anterior criterio, adoptado también por otras instancias judiciales²⁸⁹ asume una noción de lo que ha de entenderse por empresa o empresario en exceso limitada, atribuyéndole tal condición exclusivamente a aquélla entidad del derecho mercantil que tuviera por finalidad el ánimo de lucro. Evidentemente, bajo tal concepción, salvo las empresas pú-

289 Entre otros, STSJ de Andalucía de 23 de diciembre de 1991 (Ar. 6927); STSJ de Islas Baleares, de 5 de febrero de 1992 (Ar. 519); STSJ de Navarra, de 28 de abril de 1995 (Ar. 1355); STSJ de País Vasco, de 17 de octubre de 1995 (Ar. 3718) y STSJ de Cataluña, de 22 de enero de 1996 (Ar. 174).

blicas constituidas bajo la figura de sociedad mercantil, ningún ente público que acuda a los esquemas de subcontratación de obras y servicios podría ser considerado empresario a efecto de imputarle la responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T.

64. La interpretación teleológica del Tribunal Supremo.

Sin embargo, como se ha dicho antes, la doctrina mayoritaria no ha encontrado inconveniente alguno para atribuirle condición de empresario a las Administraciones cuando estas acuden a la subcontratación de obras y servicios públicos. En gran medida, esta tesis doctrinal se ha construido sobre las bases establecidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que desde mucho tiempo atrás se decantó por defender la aplicabilidad del artículo 42 en el ámbito de lo público, cuando un ente de esta naturaleza, acude mediante gestión indirecta, a contratar la ejecución de obras o la prestación de servicios.

El Tribunal Supremo, acudiendo a la interpretación teleológica del citado artículo 42 del E.T., entiende el término “empresario” como sinonimia de “empleador” de acuerdo con lo preceptuado por el artículo primero del Estatuto de los Trabajadores, que en su párrafo segundo define la figura de empresario como toda persona física o jurídica que reciba la prestación de servicios de quien sea trabajador en régimen de subordinación jurídica. Bajo esta línea argumentativa, en la sentencia de 15 de julio de 1996, (Ar. 5990), el Tribunal Supremo deja establecido por primera vez que *“la expresión empresario, utilizada por dicho artículo 42, no ha de entenderse limitada, por tanto, a quien sea titular de una organización económica específica que manifieste la existencia de una empresa, en sentido económico o mercantil”*.

En la misma sentencia antes citada, en la que se discutía la condena impuesta a un Ayuntamiento como responsable solidario al pago de determinadas diferencias salariales a favor de trabajadores de la empresa adjudicada con un contrato de servicios de ayuda a domicilio, el Tribunal sostiene que *“... el área prestacional y no económica en que es encuadrable el servicio encomendado por el Ayuntamiento recurrente a quien es empleadora direc-*

ta de las demandantes, efectuado mediante contratación administrativa, no excluye, por la condición pública del titular de tal servicio, 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, con el cual se atiende a la consecución de fines enmarcados en el área de su competencia, hubiera actuado como empleador directo, siendo también tal en múltiples facetas de su actividad”.

Desde entonces el Tribunal Supremo ha sostenido la misma tesis en reiterados pronunciamientos²⁹⁰ que constituyen una orientación jurisprudencial ya consolidada por otras instancias judiciales que la han seguido²⁹¹, lo que permite tener por superada cualquier discusión respecto a la extensión del régimen de responsabilidad solidaria a las Administraciones Públicas, pues ciertamente, desde *“la noción legal que suministra el art. 1.2 E.T., resulta inquestionable que cualquier persona jurídica pública que recibe la prestación de servicios laborales se convierte en empleador”*²⁹².

Por lo demás, resulta evidente que cuando la Administración gestiona de manera indirecta la ejecución de una obra o la prestación de un servicio mediante alguna de las modalidades de contratación administrativa, y se coloca en condición de comitente, mantiene a su disposición la organización productiva de la empresa contratada. Esto implica necesariamente un aprovechamiento por parte de la Administración de la prestación de trabajo realizada por el personal de la empresa contratada, que en definitiva justifica la extensión de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 42 del ET al ente administrativo.

290 Así las SSTs dadas en unificación de doctrina de 31 de diciembre de 1996 (Ar.9867); de 3 de marzo de 1997 (Ar. 2194) y de 18 de marzo de 1997 (Ar.2572).

291 Entre muchas otras, STSJ País Vasco, de 18 de marzo de 1997, (Ar. 1300); STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 25 de julio de 2000 (Ar. 15663); STSJ Comunidad Valenciana, de 13 de setiembre de 2000, (Ar. 4049); STSJ Castilla y León, Valladolid, de 24 de febrero de 2003 (Ar.1244); STSJ Madrid, de 30 de mayo de 2005, (Ar.2457).

292 GARCIA PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y GOÑI SEIN, José Luis, *“Contratación administrativa...”*, op. cit., pág. 149.

1.3 La adaptación del concepto de la propia actividad a la gestión pública.

65. La ausencia de ciclo productivo en la gestión pública y el criterio jurisprudencial.

Las complicaciones que derivan del concepto de la propia actividad no se limitan a los esquemas de subcontratación que implementan las empresas privadas. También están presentes cuando se trata de la subcontratación en el ámbito de las Administraciones Públicas. Más aún; en estos casos, a la ambigüedad misma del término “propia actividad”, se le suma un problema adicional: la inexistencia de ciclo productivo en la gestión administrativa.

Como se ha explicado antes, la delimitación del alcance que se le da al término propia actividad, -según la tesis interpretativa predominante asumida por el Tribunal Supremo²⁹³-, tiene como referencia directa el ciclo productivo de la empresa, que sirve de elemento base para dicha delimitación. Evidentemente, tratándose de la gestión pública no puede hablarse de la existencia de un ciclo productivo como tal, que permita determinar en qué casos se estaría ante la propia actividad del ente público que subcontrata una obra o servicio. Para superar este impedimento, la referencia que suele utilizarse para identificar lo correspondiente a la propia actividad en la gestión pública, es el ámbito de competencias que legal o reglamentariamente le hayan sido atribuidas al ente en particular. Así, se utiliza el criterio competencial como elemento delimitador de la noción propia actividad, entendiendo que “...*existe propia actividad cuando la obra o servicio contratado está dirigido a la consecución de fines propios de la competencia de la Administración Pública contratante*”²⁹⁴.

Al amparo de este criterio delimitador, la doctrina parte de la conexión que se pueda dar entre la actividad objeto del contrato administrativo y las actividades que formen parte de las funciones y competencias previstas en la ley para cada entidad pública, estableciendo por esta vía, que el requisito “propia actividad” se cumple solo cuando se da esta conexión²⁹⁵.

293 Por todas STS de 18 de enero de 1995, (Ar. 514).

294 MONTROYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 132.

295 PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y GOÑI SEIN, José Luis, “*Contratación adminis-*

66. La jurisprudencia y la doctrina judicial sobre el tema.

El criterio que permite encajar la noción de propia actividad en la gestión pública, haciendo que dicha noción coincida o se corresponda con las actividades que conforman las competencias atribuidas por la ley al ente público, ha sido avalado por una fuerte corriente jurisprudencial que incluye criterios del Tribunal Supremo. En la sentencia del 15 de julio de 1996 que ya se ha citado, el Tribunal Supremo hace ver que la condición pública que tiene el Ente como titular del servicio público adjudicado a una empresa particular, no es obstáculo para aplicar el régimen de responsabilidad solidaria propio de la contrata, si con la gestión indirecta del servicio “...se atiende a la consecución de fines enmarcados en el área de su competencia”²⁹⁶.

Aplicando el mismo criterio, en otra ocasión el Tribunal Supremo negó la existencia de responsabilidad solidaria del Instituto Nacional de Empleo (INEM) por deudas salariales reclamadas por un trabajador de una empresa subcontrata para impartir cursos de formación, al considerar que la realización de los cursos de formación profesional ocupacional no formaban parte del núcleo competencial de este organismo público, por cuanto: “*Su propia actividad es el fomento de la formación ocupacional mediante la subvención de los cursos, pero no la realización de los mismos, que corre a cargo de empresas y entidades colaboradoras*”²⁹⁷.

Por su parte, los Tribunales Superiores, aplicando este mismo criterio delimitador, han considerado que concurre el requisito de propia actividad a efecto de aplicar el régimen de responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T. en supuestos de subcontratación llevada a cabo por entidades públi-

trativa...”, op. cit., pág. 155; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, “*El concepto de...*”, op. cit., pág. 168; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 132; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “*Subcontratación de concesiones administrativas...*”, op. cit., pág. 45; GÁRATE CASTRO, Javier, “*Algunas cuestiones laborales...*”, op. cit., pág. 162.

296 STS de 15 de julio de 1996, (Ar. 5990). En igual sentido las sentencias STS de 27 de setiembre de 1996, (Ar. 6910), STS de 14 de diciembre de 1996, (Ar. 9464) y STS de 3 de marzo de 1997, (Ar. 2194).

297 STS de 29 de octubre de 1998 (Ar. 9049).

cas, en casos como los siguientes: la ayuda domiciliaria encomendada por el Ayuntamiento a una empresa privada, por cuanto la actividad forma parte de uno de los servicios sociales que aquél debía dar a su comunidad²⁹⁸; la actividad de asistencia al drogodependiente que realiza una fundación de asistencia por encargo de una Consejería de Bienestar Social y Sanidad, por considerar que dicha actividad constituye uno de los servicios sociales a cargo del ente público²⁹⁹; las actividades de retirada de vehículos mal aparcados que realizaba una empresa contratada por el Ayuntamiento, en tanto se consideró que este tiene legalmente atribuido el control del tráfico de vehículos y de su estacionamiento³⁰⁰; la explotación de instalaciones deportivas propiedad del ayuntamiento³⁰¹ entre otras.

Por el contrario, se ha negado la aplicación del artículo 42 del E.T., por considerar que las actividades subcontractadas no forman parte del núcleo de competencias legales del ente, en casos como la toma de datos para la informalización del servicio:

Tal y como se puede apreciar la utilidad del criterio competencial como elemento delimitador de la noción propia actividad en la gestión pública, queda siempre sujeta a la remisión casuística. En este sentido, el principal problema radica muchas veces en la amplitud o generalidad con que las leyes suelen delimitar al ámbito de competencias asignadas al ente público³⁰², lo que obliga necesariamente a los Tribunales realizar una labor de exegesis puntual según sea el ente que se trate.

Ciertamente, la indeterminación que pueda darse en las disposiciones normativas que definen las funciones o competencias de las diferentes entidades administrativas, dificulta la tarea de trazar las fronteras de lo que ha de

298 STSJ del País Vasco, de 15 de julio de 1997, (Ar. 2147); STSJ de Castilla- La Mancha de 23 de marzo de 1998, (Ar. 1282).

299 STSJ de Andalucía, Málaga, de 26 de julio de 2002, (Ar. 3966).

300 STSJ de Castilla- La Mancha, de 27 de marzo de 2001, (Ar. 2132).

301 STSJ de Murcia, de 18 de diciembre de 2000 (Ar. 4167).

302 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, “*El concepto de...*”, op. cit., pág. 169.

tenerse por propia actividad dentro de la gestión pública, todo lo cual, acentúa la inseguridad jurídica que acompaña siempre al artículo 42 del E.T. Más en todo caso, no debe perderse de vista que no se está ante una dificultad particular de la subcontratación en el ámbito de la Administración Pública, sino ante una deficiencia propia del supuesto normativo del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

1.4 Las distintas formas de contratación administrativa.

67. La variedad de fórmulas contractuales.

Teniendo aceptada la condición de empresario principal de la Administración Pública y admitida la existencia del requisito alusivo a la propia actividad, queda pendiente conocer cuáles son las formas de contratación administrativa que pueden ser reconducidas al negocio jurídico de la contrata.

Como punto de partida ha de tenerse en cuenta que La Ley de Contratos del Sector Público (LCSP)³⁰³, otorga a las Administraciones la facultad de contratar ya sea a través de contratos de carácter administrativo o bien a través de contratos de naturaleza privada. El artículo 19 de la LCSP, denomina contratos administrativos, el contrato de obra, el contrato de concesión de obra pública, el de gestión de servicios públicos, el contrato de suministro, el contrato de servicios, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como todo aquel contrato que *“tenga naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata un finalidad pública de la específica competencia de aquella, siempre que no expresamente atribuido el carácter de contratos privados”*.

Por su parte, son de naturaleza privada, los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas, así como aquellos contratos que, aun siendo celebrados por estas, tengan por objeto actividades de creación e interpre-

303 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

tación artística y literaria, la realización de espectáculos de esparcimiento, culturales y deportivos o la prestación de servicios de seguros, bancarios y de inversión. (Art. 20 en concordancia con las categorías 6 y 26 del Anexo II, de la LCSP).

68. Los contratos administrativos reconducibles a las contrata.

Enfocando el análisis en los contratos administrativos que son los que aquí interesa estudiar, por ser a través de estos que puede llevarse a cabo la subcontratación de actividades que forman parte de la gestión pública propiamente dicha³⁰⁴, es menester conocer cuáles de ellos pueden ser incardinados en la figura de la contrata y en consecuencia sometidos al régimen de responsabilidad solidaria previsto en el artículo 42 del E.T.

Ciertamente, no todos los contratos administrativos regulados en la Ley de Contratos del Sector Público, son reconducibles a la figura de la contrata. En todo caso, se harían exigibles los criterios hasta ahora utilizados para delimitar el negocio jurídico de la contrata, que como se ha visto demandan una obligación de hacer de carácter específico, quedando así al margen de la aplicación del artículo 42 del E.T. todos los contratos que celebre la Administración cuyo objeto sea una prestación de dar, así como también todos aquellos de entrañen una obligación de hacer pero de carácter inespecífico³⁰⁵.

Para algún sector de la doctrina, contratos como el contrato de obra, el contrato de concesión de obra, el contrato de servicios, el contrato de gestión de servicio público pueden ser fácilmente incardinados en la figura de la contrata³⁰⁶. Del contrato de suministro se ha dicho que al prevalecer en su objeto

304 En concordancia con lo que se ha dicho sobre la capacidad que tiene la Administración para actuar como sujeto de derecho privado, resulta claro los contratos privados que esta celebre para subcontratar obras o servicios con terceros particulares quedarán sometidos al ámbito de aplicación del artículo 42 del E.T.

305 Por todos, GOERLICH PESET, José María, “*Actividades laborales externalizables...*”, op. cit., pág. 122.

306 BLAT GIMENO, Francisco, “*Análisis jurídico-laboral...*”, op. cit.; PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y GOÑI SEIN, José Luis, “*Contratación administrativa...*”, op. cit., pág. 153; GOERLICH PESET, José María, “*Actividades laborales externalizables...*”, op. cit., pág. 120.

la obligación de dar y no de hacer, quedaría excluido del negocio jurídico de la contrata³⁰⁷.

Según se ha visto ya, en la casuística de los fallos judiciales se encuentran pronunciamientos que incluyen dentro del ámbito de aplicación del artículo 42 del E.T. el contrato de servicios en actividades tales como: limpieza de jardines públicos pertenecientes al Ayuntamiento³⁰⁸; servicios de organización y gestión de una exposición de escultura promovida por una Consejería de Educación y Cultura³⁰⁹.

De igual forma, se ha considerado como contrata al contrato de gestión de servicio público³¹⁰ en casos correspondientes al servicio de retirada de vehículos de vías urbanas que fuera adjudicado a una empresa de auto grúas por parte del Ayuntamiento³¹¹; al servicio de ayuda a domicilio a favor de persona necesitada que el Ayuntamiento adjudicó a favor de una Asociación sin fines de lucro³¹² y al servicio de cuidado de minusválidos³¹³.

Tratándose del contrato de obra, los Tribunales han aplicado el régimen de responsabilidad solidaria del artículo 42, para casos donde el objeto del contrato ha consistido en la realización de obras de acondicionamiento y rehabilitación de parques nacionales³¹⁴ así como también el contrato para la urbanización de determinadas parcelas de un polígono industrial propiedad de un Ayuntamiento³¹⁵ y para las obras de terminación y acondicionamiento de un muelle de rivera³¹⁶.

307 GARCÍA PERROTE, Ignacio y GOÑI SEIN, José Luis, *Ibidem*, pág. 152; MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “*La descentralización productiva...*”, *op. cit.*, pág. 72.

308 STSJ de Andalucía, Málaga, de 9 de marzo de 1998 (Ar. 1805).

309 STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 22 de abril de 1997 (Ar. 1322).

310 PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y GOÑI SEIN, José Luis, “*Contratación administrativa...*”, *op. cit.*, pág. 138.

311 STSJ de Castilla- La Mancha, de 27 de marzo de 2001, (Ar. 2132).

312 STSJ de Castilla- La Mancha, de 23 de marzo de 1998, (Ar. 1282).

313 STSJ de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 12 de enero de 1998, (Ar. 1173).

314 STSJ de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 24 de abril de 2003, (Ar. 138636) y STSJ de Aragón de 12 de junio de 2013, (Ar. 2579).

315 STSJ de Andalucía, Sevilla, de 3 de noviembre de 1998, (Ar. 4461).

316 STSJ de Islas Baleares, del 30 de octubre de 2006, (Ar. 3403).

El contrato de concesión de obra también ha sido considerado como contrata. Los Tribunales han aplicado el régimen de responsabilidad solidaria al contrato que tenía por objeto la explotación y mantenimiento de una estación depuradora de aguas propiedad de una mancomunidad³¹⁷, al contrato que daba en concesión la administración de comedores escolares³¹⁸, el contrato de concesión para la explotación de las instalaciones de un polideportivo municipal³¹⁹ y el contrato de concesión para la explotación de los locales dedicados a teatros y exhibiciones cinematográficas³²⁰.

2. La subcontratación en el sector de la construcción.

69. La importancia de la subcontratación en el sector de la construcción.

La subcontratación siempre ha desempeñado un papel importante en el sector de la construcción, especialmente cuando se trata de grandes proyectos de ingeniería u obras de urbanización a gran escala, en los que el proceso de producción exige gran diversidad de actividades y técnicas constructivas especializadas. El entramado de actividades que involucra la industria de la construcción propicia sobremanera el uso de contratistas y subcontratistas. Como ocurre en otros sectores, la subcontratación aporta importantes ventajas a la industria de la construcción que van desde la reducción de costes en la producción, hasta el aprovisionamiento de técnicas especializadas de construcción, tecnología y maquinaria sofisticada y mano de obra con alta cualificación.

70. Los efectos de la subcontratación en la siniestralidad laboral.

En otro sentido, se ha señalado que el uso intensivo de la subcontratación de obras y servicios en el sector de la construcción, constituye uno de los factores desencadenantes del riesgo laboral y causa importante de la frecuencia e intensidad con que este se presenta especialmente en aquellos esquemas

317 STSJ del País Vasco, de 17 de febrero de 1998, (Ar. 759).

318 STSJ de 27 de julio de 1998, (Ar. 6216).

319 STSJ de Murcia, de 18 de diciembre de 2000, (Ar. 4167).

320 STSJ de Madrid, de 27 de enero de 1999, (Ar. 96).

que implementan la subcontratación en cadena compuesta por múltiples eslabones donde se hace más difícil la coordinación de actividades y el control de las mismas. Es además común, que en estos esquemas de subcontratación se involucren pequeñas empresas cuyos limitados recursos organizativos y materiales les dificulta el cumplimiento de la actividad preventiva, aumentando con ello el nivel de siniestralidad.

Esta realidad y la especial atención que se le ha puesto a las prácticas de subcontratación en el sector de la construcción y su particular impacto en las condiciones laborales de los trabajadores vinculados al sector, especialmente en lo que a precariedad en el empleo y nivel de siniestralidad se refiere, ha justificado la implementación de normativa sectorial que regule de manera más específica y a la vez más segura, las condiciones de trabajo propias del sector.

Es precisamente el problema de la seguridad y salud de los trabajadores del sector de la construcción y los altos niveles de siniestralidad íntimamente relacionados con las prácticas de subcontratación, lo que justificó la promulgación de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, denominada Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (LSSC)³²¹, que introdujo un nuevo marco normativo que complementa la regulación de las relaciones de trabajo en el sector de la construcción mediante normas que condicionan y limitan el uso de la subcontratación.

De acuerdo con su Exposición de Motivos, el objetivo de la ley es lograr una mejor ordenación del régimen de subcontratación en el sector de la construcción, mediante el establecimiento de una serie de garantías dirigidas a evitar que la falta de control en el uso de esta forma de organización productiva pueda ocasionar situaciones de precariedad en el empleo y riesgo para la salud y seguridad de los trabajadores, a la vez que se garantiza el uso de la

321 La Ley 32/2006 se enmarca dentro del conjunto de medidas previstas en La Declaración para el Diálogo Social «Competitividad, empleo estable y cohesión social», suscrita el 8 de julio de 2004 por el Gobierno, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores.

subcontratación para atender las exigencias de especialización y productividad que demanda el sector.

En lo esencial se trata de una normativa que complementa la legislación en materia de prevención de riesgos laborales, pero lo hace bajo un enfoque que no se limita a aspectos relativos a las condiciones propiamente dichas en que debe prestarse la actividad laboral, sino que interviene en el esquema mismo de la organización de la actividad empresarial de los contratistas y subcontratistas que se dedican a las actividades de la construcción de obras.

2.1 El objeto y finalidad de la LSSC.

71. La función esencialmente preventiva de la Ley.

Tal y como se ha adelantado, la LSSC tiene una función esencialmente preventiva. Tal finalidad se manifiesta en una doble dimensión que se enuncia desde el artículo 1.1 donde queda establecido que *“la presente Ley regula la subcontratación en el sector de la construcción y tiene por objeto mejorar las condiciones de trabajo del sector, en general, y las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores del mismo, en particular”*.

En correspondencia con esta doble finalidad -mejora de condiciones de trabajo en general y de las condiciones de seguridad y salud en lo particular-, la ley establece una serie garantías que inciden, ya no solo en las condiciones propiamente dichas en que debe prestarse la actividad de la subcontratación, sino también en aspectos inherentes a la capacidad de organización empresarial que deben tener las empresas que participan en la actividad³²².

322 CALVO GALLEGO, Francisco Javier, *“La nueva Ley de Regulación de la Subcontratación en el Sector de la Construcción”*, Temas Laborales, núm. 87, 2006, pág. 27; MERCADER UGUINA, Jesús y NIETO ROJAS, Patricia, *“Objeto, ámbito de aplicación y definiciones en la Ley de subcontratación en el sector de la Construcción”*, en AA.VV., [Jesús Mercader Uguina (Coord.)]: *La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 23; SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, *“Posibilidades descentralizadoras de promotor, contratistas y subcontratistas de la construcción tras la Ley 32/2006”*, Revista doctrinal Aranzadi Social, núm.1, 2007.

Lo anterior explica el por qué la Ley contempla diversos mecanismos a través de los cuales se implementan medidas que están pensadas para atender estos dos aspectos que conforman el contenido esencial de su objeto. En síntesis, estas medidas se enfocan en: a) La exigencia para las empresas que intervengan como contratistas y subcontratistas, de cumplir con una serie de requisitos referentes a su capacidad empresarial; b) La imposición de condicionamientos en el ejercicio de las facultades de organización y gestión de las empresas que participen en los procesos de subcontratación; c) el establecimiento de mecanismos de información y documentación para el control de cumplimiento de los requisitos exigidos y c) la imposición de límites y condiciones para la subcontratación en cadena.

Si bien, no todas estas medidas atienden a aspectos directamente relacionados con la salud y seguridad de los trabajadores, resulta incuestionable el enfoque eminentemente preventivo que ellas tienen. Incluso las normas referidas a aspectos específicos propios de la gestión y organización productiva que se encuentran en el contenido de la ley, como puede ser el deber impuesto a las empresas contratistas y subcontratistas de ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores, el deber de acreditar que disponen de recursos humanos en su nivel directivo y productivo o la obligación de mantener una plantilla mínima estable, requerimientos todos estos que se contemplan en el artículo 4 de la Ley, atienden de manera implícita a esos fines preventivos que busca la Ley, pues de una u otra forma son aspectos que inciden en los niveles de siniestralidad que presenta el sector de la construcción³²³.

Otro dato que aporta a este sentido eminentemente preventivo de la ley, reside en el alcance que tiene el deber de vigilancia y responsabilidades derivadas de su incumplimiento, que se impone a las empresas contratistas y subcontratistas que intervengan en las obras de construcción. En este sentido, según lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley, este deber de vigilancia aplica

323 CALVO GALLEGO, Francisco Javier, “*La nueva Ley de Regulación de la Subcontratación...*”, op. ci., págs. 28 y ss.

para el cumplimiento de todas las disposiciones contenidas en la ley, si bien con especial atención, al cumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro de las empresas contratistas y subcontratistas y de las limitaciones impuestas a la subcontratación en cadena. Se trata por lo tanto de un deber de vigilancia in extenso, del que derivan responsabilidades para cualquier supuesto de incumplimiento.

En este mismo sentido, también destaca el hecho mismo de que la modificación que la misma LSSC introdujo a la LISOS, recae en lo fundamental en el Capítulo II de esta última, dedicado expresamente a la prevención de riesgos laborales a cuya aplicación remite de forma expresa el artículo 11 de la LSSC.

Por lo visto, bien puede decirse que la LSSC en lo fundamental constituye normativa preventiva especializada en el sector de la construcción, que se integra al conjunto de normas que regulan la prevención de riesgos laborales, y en ello reside su objeto y finalidad³²⁴.

2.2 El ámbito aplicativo de la LSSC

72. La delimitación del ámbito de aplicación de la ley. Los requisitos legales.

Evidentemente la LSSC es una normativa sectorial aplicable exclusivamente al sector de la construcción. Sin embargo, su ámbito de aplicación no es omnicompreensivo de todas las actividades que se llevan a cabo en el sector. El artículo 2 de la Ley delimita el ámbito de aplicación en función de determinadas actividades que se llevan a cabo en obras de construcción mediante procesos de subcontratación. Textualmente, el artículo expresa lo siguiente:

“La presente Ley será de aplicación a los contratos que se celebren, en régimen de subcontratación, para la ejecución de los siguientes traba-

324 CALVO GALLEGO, Francisco Javier, “La nueva Ley de Regulación de la Subcontratación...” op, cit., págs. 28; MERCADER UGUINA, Jesús y NIETO ROJAS, Patricia, “Objeto, ámbito de aplicación y definiciones en la Ley de subcontratación en el sector de la Construcción”, op, cit., pág. 21; RAYÓN BALLESTEROS, Concepción, “La nueva regulación de la subcontratación en el sector de la construcción” Anuario jurídico y económico Escorialense, XLIII, 85-98, 2009; pág 87.

jos realizados en obra de construcción: Excavación; movimiento de tierras; construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; saneamiento”.

Según se desprende del artículo, la Ley aplica solo a los contratos de subcontratación, que tengan por objeto la realización de alguna de las actividades o trabajos especificados en la norma, cuando estos se ejecutados en una obra de construcción. La doctrina, interpreta que el citado artículo 2 exige la concurrencia de al menos tres requisitos acumulativos, a saber: a) Que exista un contrato de subcontratación; b) que el contrato tengo por objeto la realización de alguno de los trabajos definidos en el artículo 2 de la LSSC y c) que dichos trabajos se ejecuten en una obra de construcción³²⁵.

73. La existencia de una contrata o subcontrata.

Respecto al primero de los requisitos apuntados, resulta lógico que estando la LSSC enfocada en los procesos de subcontratación sea requisito esencial el que exista una contrata o subcontrata que sirva de base fáctica para la aplicación de sus normas. La misma Ley recoge su propia definición de subcontratación en el artículo 3.h) entendiendo por tal, *“cualquier práctica mercantil de organización productiva en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que a él se ha encomendado”*.

Como se puede ver, la definición de subcontratación que contiene el citado artículo 3.h) de la Ley permite incluir en ella cualquier modalidad contractual que sea utilizada por el contratista o subcontratista para encomendar

325 CALVO GALLEGO, Francisco Javier, *“La nueva Ley de Regulación...”*, op. cit., pág. 31; GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen, *“Subcontratación en la construcción y responsabilidad en cadena”* Indret, núm. 398, enero 2007, págs. 5; GARCÍA BLASCO, Juan y AGUILAR MARTÍN, María Carmen, *“La subcontratación den la construcción: a propósito del Reglamento de 24 de agosto de 2007”*, Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 17, 2008.

a otro la realización de determinada actividad o trabajo que forma parte de la actividad originalmente contratada para la realización de una obra de construcción.

La exigencia de un contrato de subcontratación – entendido en los términos antes expuestos-, excluye del ámbito aplicativo de la Ley cualquier otra modalidad de gestión empresarial que aun teniendo por objeto la realización de actividades que formen parte de una obra de construcción, no se ejecuten en régimen de subcontratación propiamente dicha³²⁶.

Este requisito explica la razón por la cual la Ley excluye, al menos en tesis de principio, al mero promotor de la obra del cumplimiento de las principales obligaciones y condiciones que impone a lo demás sujetos intervinientes en la subcontratación ya que, salvo en aquellos casos en que desarrolle de manera simultánea las dos actividades, (promoción de obra y construcción de la misma), la Ley no le considera parte interviniente en el proceso de subcontratación propiamente dicho.

74. La realización de alguno de los trabajos definidos en el art. 2 de la Ley.

En cuanto al segundo de los requisitos enunciados, que exige la realización de alguno de los trabajos definidos en el artículo 2 de la LSSC, lo primero que debe destacarse es la duda que surge en torno a si la Ley excluye de su ámbito de aplicación todas las demás actividades que se realizan en las obras de construcción que no queden comprendidas en los trabajos que se enlistan en la norma. Sobre este particular, la doctrina sostiene tesis divergentes al respecto.

Algunos autores sostienen que la relación de actividades contenida en el artículo 2 de la LSSC no tiene carácter taxativo, sino más bien ejemplificativo, y en consecuencia, el ámbito de aplicación de la Ley no queda constreñi-

326 RAYÓN BALLESTEROS, Concepción, “*La nueva regulación de la subcontratación en el sector de la construcción*” Anuario jurídico y económico Escarialaense, XLIII, 85-98, 2009, pág. 90.

do con rigor a la lista de trabajos que recoge el artículo 2 de la Ley³²⁷. Quienes defienden esta posición, sostienen que para definir con mayor precisión el ámbito material de la Ley, puede acudir al Convenio Colectivo General de la Construcción que define su ámbito de aplicación en función de una lista de actividades propias del sector de la construcción, las cuales vendrían a complementar el enunciado del artículo 2 de la LSSC delimitando de esa forma el ámbito de aplicativo de esta última.

En este caso, habrá que tener en cuenta que el V Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción vigente (CCGSC)³²⁸, si bien es cierto en su artículo 3 define su ámbito de aplicación en función de una lista de actividades específicas propias del sector de la construcción, en su apartado 2, deja claramente establecido que *“Las actividades que integran el campo de aplicación de este Convenio General se relacionan y detallan, a título enunciativo y no exhaustivo, en el Anexo I del mismo”*.

Por lo anterior, de aceptarse la aplicación complementaria del Convenio Colectivo General del Sector para delimitar el ámbito de aplicación de la LSSC, este quedará condicionado a la flexibilidad propia que tiene el ámbito funcional del convenio³²⁹.

La propuesta a favor de aplicar la lista de actividades que recoge el Anexo I del Convenio Colectivo para delimitar el ámbito de aplicación de la LSSC aún y cuando dicha lista esté dada en términos abiertos no es del

327 TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, *“Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto”*, Revista doctrinal Aranzadi Social, núm. 15, 2007, (Documento en versión electrónica); GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, *“Los requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción”*, en AA.VV., [Jesús Mercader Uguina (Coord.)]: La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 47.

328 En este caso, se trata del V Convenio Colectivo General de la Construcción, publicado en el BOE 15 marzo 2012, núm. 64, cuya vigencia se extenderá hasta el 31 de diciembre del año 2016.

329 TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, *“Reflexiones críticas...”*, op. cit.; GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, *“Los requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción”*, op. cit., pág. 47.

todo extraña. El RD 1627/ 1997, de 24 de octubre por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción³³⁰, utiliza la misma técnica para delimitar su ámbito de aplicación, al disponer en su artículo 2.1.a) que las obras de construcción e ingeniería civil que quedan sometidas a las disposiciones reglamentarias, son todas aquellas en las que se efectuó cualquier trabajo de construcción de los que se enlistan en su Anexo I, advirtiendo de manera expresa que la relación de los mismos no es exhaustiva. Sin embargo, a diferencia de lo que expresa el texto del artículo 2.1.a) del RD 1627/ 1997, el artículo 2 de la LSSC en ningún momento declara que el listado de actividades en él enunciado se meramente ejemplificativo o no exhaustivo³³¹.

Es precisamente esta falta de señalamiento expreso indicando el sentido no taxativo de la lista de trabajos del artículo 2 de la LSSC, lo que sustenta la posición de un sector mayoritario en la doctrina, que considera que el ámbito de aplicación de la LSSC se acota a la extensión de las actividades o trabajos expresamente señalados en el citado artículo 2³³². En este sentido, algunos autores señalan que si la intención legislativa hubiera sido la de establecer una relación meramente ejemplificativa, la redacción del artículo 2 necesariamente hubiese sido otra³³³.

De acuerdo con esta posición, la Ley resulta aplicable sólo a aquéllas contratas y subcontratas que tengan como objeto la realización de alguna de estas actividades, quedando excluidas de su cobertura, todas aquéllas otras tareas o actividades que aun siendo realizadas en régimen de subcontratación

330 BOE núm. 256, de 25 de octubre de 1997.

331 CALVO GALLEGO, Francisco Javier, “*La nueva Ley de Regulación...*”, op. cit., pág. 31; GARCÍA BLASCO, Juan y AGUILAR MARTÍN, María Carmen, “*La subcontratación...*”, op. cit.

332 CALVO GALLEGO, Francisco Javier, *Ibidem*, pág. 31; MERCADER UGUINA, Jesús y NIETO ROJAS, Patricia, “*Objeto, ámbito de aplicación y definiciones...*”, op. cit., pág. 29; GARCÍA BLASCO, Juan y AGUILAR MARTÍN, María Carmen, “*La subcontratación...*”, op. cit.

333 MERCADER UGUINA, Jesús y NIETO ROJAS, Patricia, “*Objeto, ámbito de aplicación y definiciones...*”, op. cit., pág. 28; PARAMIO PARAMIO, Alberto, “*Problemática de la subcontratación en la construcción. Análisis jurídico y resoluciones prácticas*”, Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 421.

y ejecutadas en obras de construcción no formen parte de la actividad constructora en los términos que lo define el citado artículo 2 de la Ley.

En todo caso es importante destacar que la Dirección General de Trabajo ha incluido en el ámbito de cobertura de la LSSC actividades tales como: el alquiler de grúas móviles autopropulsadas, cuando el alquiler del equipo incluye al operador para que realice trabajos en la obra³³⁴ ; las obras de ajardinamiento que requieren ciertas unidades de construcción como lo son colocación de bordillos ya aceras³³⁵; el montaje y desmontaje de estructuras metálicas dentro de una obra de construcción ³³⁶; montaje y mantenimiento de máquinas y equipos auxiliares tales como montacargas de obra, grúas de torre y plataformas elevadoras³³⁷; reparación o mantenimiento que se realicen en una vivienda o local ya construido³³⁸; obras de canalización³³⁹; obras de mantenimiento eléctrico³⁴⁰; suministro y bombeo de hormigón³⁴¹ entre otras.

También la Dirección General de Trabajo, haciendo una interpretación amplia del alcance del artículo 2 de la LSSC, sostiene que en los casos en que se esté ante un contrato que tenga por objeto el arrendamiento, compra o suministro bajo cualquier título, de maquinaria, equipo o materiales, para la realización de obras de construcción, tales actividades quedan fuera del ámbito de aplicación de la LSSC, siempre y cuando el empresario no se comprometa frente al contratista a suministrar e instalar los equipos en una obra, pues en estos casos estará asumiendo el compromiso de ejecutar parte de la misma, y en consecuencia le serán aplicables las disposiciones de la LSSC³⁴².

334 Consulta D.G. Trabajo 2005.05.17.

335 Consulta D.G. Trabajo 2007.07.23.

336 Consulta D.G. Trabajo 2007.11.06.

337 Consulta D.G. Trabajo 2008.01.16.

338 Consulta D.G. Trabajo 2008.03.11.

339 Consulta D.G. Trabajo 2008.03.14.

340 Consulta D.G. Trabajo 2009.03.18.

341 Consulta D.G. Trabajo 2008.04.18.

342 MONREAL DE LA IGLESIA, Víctor, *“Comentarios a la Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción”*, Revista de Dirección y Administración de Empresas, No. 15, diciembre 2008, pág. 122.

75. La realización de los trabajos en una obra de construcción.

Por último, en cuanto al tercer requisito, que implica que los trabajos específicos se ejecuten en una obra de construcción propiamente dicha, no cabe duda que la LSSC extiende su ámbito de aplicación a la subcontratación de actividades realizadas tanto obras de construcción privadas como públicas. En este sentido, el artículo 3 inciso a) establece que afectos de la Ley se entenderá por obra de construcción u obra, “*cualquier obra, pública o privada, en la que se efectúen trabajos de construcción o de ingeniería civil*”. Quedan por lo tanto, sometidos a todas las condiciones y limitaciones previstas en la LSSC los contratos de subcontratación celebrados para la ejecución de obra pública, al amparo de la Ley de Contratos del Sector Público³⁴³.

Finalmente, debe también decirse que la LSSC es de aplicación a todas las empresas contratistas y subcontratistas que realicen alguno de los trabajos enunciados en el artículo 2 de la Ley sin importar la relación permanente u ocasional que estas tengan con el sector de la construcción y con independencia del convenio colectivo que les sea aplicable. Al respecto, la doctrina ha señalado que no existe una identidad plena entre el ámbito de aplicación de la LSSC y el ámbito funcional del Convenio Colectivo General de la Construcción³⁴⁴, razón por la cual, quedarán sujetas a las disposiciones de la ley todas las empresas que realicen alguna de las actividades de construcción previstas en el artículo 2, aún y cuando por la naturaleza de las actividades que realizan se encuentren insertas en otros sectores productivos. En todo caso, lo relevante para determinar el alcance del ámbito de aplicación de la LSSC, será siempre la naturaleza de la actividad realizaba bajo esquemas

343 TOLOSA TRIBIÑO, César. “*La subcontratación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*”, en AA.VV., [Jesús Mercader Uguina (Coord.)]: La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 170 y ss; MONREAL DE LA IGLESIA, Víctor, “*Comentarios a la Ley sobre la subcontratación en el sector de la construcción*”, Revista Revista de Dirección y Administración de Empresas, núm. 15, diciembre 2008, pág. 124.

344 MERCADER UGUINA, Jesús y NIETO ROJAS, Patricia, “*Objeto, ámbito de aplicación y definiciones...*”, op. cit., pág. 30; GONZÁEZ ORTEGA, Santiago, “*Los requisitos exigibles...*”, op. cit., págs. 48 y ss.

de subcontratación en los términos previstos por el ya muchas veces citado artículo 2 de la Ley.

2.3 El requisito de la propia actividad.

76. Las distintas posiciones interpretativas.

Especial interés despierta el hecho de que la LSSC omite por completo hacer referencia al requisito de la “propia actividad”, que como se ha visto ya, juega un papel determinante en el régimen de subcontratación general que regula el artículo 42 del E.T.

En la propia definición de subcontratación que contiene la LSSC en su artículo 3.h), ya citada con anterioridad, se omite por completo cualquier alusión al requisito de la propia actividad. Tampoco existe en la Ley ninguna otra norma que aluda ni siquiera de manera indirecta al requisito de la propia actividad como elemento delimitador del régimen de responsabilidades que en ella se establecen para las empresas contratistas y subcontratistas.

Sin embargo, para algún sector de la doctrina tal omisión no debe ser vista como una acción consciente por parte del legislador para prescindir por completo del requisito de la propia actividad como elemento delimitador del régimen de responsabilidades que aplica para la subcontratación en el sector de la construcción³⁴⁵.

Lejos de tal posibilidad, se ha dicho que el requisito de la propia actividad está implícito en el propio supuesto base de la Ley, por cuanto, todas las actividades que delimitan su ámbito de aplicación son actividades propias del sector de la construcción³⁴⁶. De acuerdo con esta lectura, la Ley prescinde de establecer de manera expresa cualquier referencia a la propia actividad como elemento delimitador de su alcance y contenido, porque tal condicionamiento está dado por la naturaleza misma de las actividades que delimitan el ámbito aplicativo de sus normas. Por consiguiente, todas las contrataciones y subcontratas

345 GONZÁEZ ORTEGA, Santiago, “*Los requisitos exigibles...*”, op. cit., págs. 48 y ss.

346 GONZÁEZ ORTEGA, Santiago, “*Los requisitos exigibles...*”, op. cit., pág. 56.

celebradas en el sector de la construcción para realizar alguna de las actividades que se enlistan en el artículo 2 de la Ley quedan bajo su cobertura, porque todas estas corresponden a la propia actividad.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que el artículo 7 de la LSSC, en el que se establecen las responsabilidades derivadas del incumplimiento del deber de vigilancia que tienen las empresas contratistas y subcontratistas, impone un régimen de responsabilidad solidaria que aplica independientemente de cuál sea la actividad realizada por las empresas responsables del incumplimiento. Aquí la prescindencia del requisito de la “propia actividad” para la imposición de la responsabilidad solidaria está manifestada de manera expresa. El citado artículo 7.2 dispone claramente que *“el incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro exigidas en el artículo 4.2, o bien del régimen de subcontratación establecido en el artículo 5, determinará la responsabilidad solidaria del subcontratista que hubiera contratado incurriendo en dichos incumplimientos y del correspondiente contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato acordado que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento en e ámbito de ejecución de su contrato, cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas”*.

Es claro que la responsabilidad solidaria prevista en el citado artículo 7.2, procede sin importar del todo si la actividad realizada por contratistas y subcontratistas coincide con la propia actividad. El texto del artículo permite interpretar que la responsabilidad no está condicionada por el tipo de actividad que ejecuten las empresas, sino por el incumplimiento mismo. Puede entenderse, eso sí, que esta referencia a cualquiera que sea la actividad de las empresas, no es del toda abierta, sino que se refiere a cualquiera de las actividades que realicen contratistas y subcontratistas dentro del ámbito de aplicación de la LSSC que como se ha visto ya, está delimitado por una lista de trabajos propios del sector de la construcción.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que salvo lo que refiere al deber que tienen las empresas contratistas de llevar actualizado un libro de subcon-

trataciones en toda obra de construcción (art. 8 LSSC) y el deber que tanto contratistas como subcontratistas tienen en materia de formación de los trabajadores (art. 10 LSSC-), todo el elenco de deberes y obligaciones que la Ley impone a las empresas contratistas y subcontratistas se resume en las disposiciones que contenidas en los artículos 4.2 y 5. De aquí que pueda afirmarse que la responsabilidad solidaria prevista en el citado artículo 7 está pensada para prácticamente todos los supuestos de incumplimiento en que puedan incurrir las empresas contratistas y subcontratistas³⁴⁷.

Por lo anterior, la posición sostenida por algunos autores que niega la posibilidad de extender los alcances de esa responsabilidad a cualquier supuesto de incumplimiento de las obligaciones previstas en la Ley, por cuanto se considera que la responsabilidad prevista en el artículo 7 está pensada para un supuesto específico y referido a obligaciones muy limitadas de tipo preventivo³⁴⁸ parece no tener sustento.

En todo caso, por lo que ya se ha dicho líneas arriba, la discusión sobre la exigencia o no del requisito de “la propia actividad” para los supuestos de subcontratación en el sector de la construcción que regula la LSSC, bien puede resultar ociosa, si se asume que el régimen de responsabilidad que deriva de esta Ley -ya se trate de la responsabilidad solidaria prevista en su artículo 7, ya se trate de la responsabilidad prevista en las normas de la LISOS, a cuya aplicación remite el artículo 11 de la LSSC-, se aplicará para todas las empresas contratistas y subcontratistas que intervengan en el proceso de construcción de una obra, realizando alguna de las actividades que delimitan el ámbito aplicativo de la propia LSSC, que se encuentra definido por la lista de trabajos específicos del artículo 2 de la dicha Ley.

Cualquier actividad que realice la empresa contratista o subcontratista en una obra de construcción, que se considere ajena al ámbito de aplicación de la LSSC, quedará al margen del régimen de responsabilidad solidaria que

347 RAYÓN BALLESTEROS, Concepción, “*La nueva regulación de la subcontratación en el sector de la construcción*”, op. cit., pág.96.

348 GONZÁEZ ORTEGA, Santiago, “*Los requisitos exigibles...*”, op. cit., pág. 56.

en ella se dispone. En este supuesto, la responsabilidad que pueda tener las empresas contratistas y subcontratistas por incumplimientos a las obligaciones laborales y de Seguridad Social, habrá necesariamente que buscarla a través del artículo 42 del E.T., en cuyo caso, sí será necesario verificar la concurrencia de la “propia actividad” como requisito indispensable para determinar la aplicación de la responsabilidad solidaria prevista en el mismo artículo estatutario para contratistas y subcontratistas de la propia actividad.

2.4 Los sujetos intervinientes en la subcontratación del sector de la construcción.

77. Los distintos sujetos intervinientes

En su artículo 3 destinado al contenido de las definiciones, la LSSC hace referencia a cuatro sujetos que en definitiva son los destinatarios de las regulaciones normativas que en ella se disponen. Estos sujetos son: El promotor, el coordinador en materia de seguridad y de salud, el contratista, el subcontratista y el trabajador autónomo.

2.4.1 El promotor.

78. Las distintas posiciones del promotor.

La figura del promotor juega un papel determinante en todo proyecto de construcción, pues es quien da inicio e impulsa la realización de la obra. Con frecuencia se le identifica con el propietario del proyecto y aunque esta doble condición suele ser común, el promotor no necesariamente tiene que ser el propietario de la obra³⁴⁹.

La LSSC define al promotor de manera muy parca³⁵⁰, al identificarlo simplemente como “*cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realiza la obra*” – art. 3.b-. Por tal razón, para entender mejor su identidad,

349 SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, “*Posibilidades descentralizadoras...*”, op. cit.

350 ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio, “*Las obligaciones y responsabilidades del promotor en materia de prevención de riesgos laborales*” Revista Información Laboral, núm. 9, 2014, (versión electrónica)

suele acudir a la definición que de él hace la (Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación LOE) que en su artículo 9 lo define como “*cualquier persona física, o jurídica, pública o privada que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título*”.

En la anterior definición queda claro que el promotor puede ser propietario o no del proyecto, como también deja claro cuál que su participación en la realización de la obra se limita a actividades de promoción, programación y financiamiento. En el esquema organizativo del proyecto de construcción, el promotor se ubica en el vértice superior desde donde se echa a andar toda la cadena de contrataciones y subcontrataciones subsiguientes.³⁵¹ La LSSC entiende que desde esta posición el promotor no asume la realización o ejecución de la obra, y en consecuencia - salvo el deber de designar al coordinador de seguridad (art. 3.d LSSC), queda eximido del régimen de obligaciones y responsabilidades que la misma Ley establece para los contratistas y subcontratistas³⁵². Esta misma posición es la que le permite al promotor realizar todas las contrataciones que estime necesarias para la ejecución de la obra sin sujeción a limitaciones de ningún tipo (art. 5.2.a) LSSC)³⁵³.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que la misma Ley en su artículo 3.e) párrafo segundo, prevé la posibilidad de que el promotor

351 JIMÉNEZ MARTÍN, Rodrigo, “*Régimen de contratación y subcontratación a la luz del artículo 5 de la Ley 32/2006*”, en AA.VV., [Jesús Mercader Uguina (Coord.)]: La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 80. VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, Manuel, Contratación y subcontratación en el sector de la construcción. Comentarios a la Ley 32/2006 de 18 de octubre, en <http://www.istas.ccoo.es/descargas/Comentarios%20a%20la%20Ley%2032-2006.pdf>.

352 SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, “*Posibilidades descentralizadoras...*”, op. cit.

353 El Tribunal Supremo sostiene que el régimen de responsabilidad previsto para las contrataciones en el marco de la propia actividad proclamado por el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores exige una conexión más intensa entre las actividades del promotor y del contratista, con una cierta implicación de las organizaciones de trabajo entre promotor y contratista que, desde luego, no se produce entre las organizaciones de una promotora inmobiliaria y una empresa constructora. En este sentido STS de 20 de julio de 2005 (Ar. 5525) y de 2 de octubre de 2006 (Ar. 6728).

realice directamente con medios humanos y materiales propios la totalidad o determinadas partes de la obra. En este caso, el promotor será considerado para todos los efectos legales como un auténtico contratista y en consecuencia deberá cumplir con los requerimientos que la Ley exige a este último y asumirá también los deberes y obligaciones correspondientes³⁵⁴.

Esta previsión contemplada en el artículo 3. e) de la LSSC, debe complementarse con lo que establece el artículo 2.3 del Real Decreto 1627/1997, según el cual, cuando el promotor contrate directamente a trabajadores autónomos también será considerado contratista, y en consecuencia, asume también las obligaciones en materia preventiva que se establecen en el artículo 11 del mismo Decreto.

2.4.2 El coordinador en materia de seguridad y salud.

79. La definición legal.

Cuando en la ejecución de una obra intervenga más de una empresa, sea esta contratista o subcontratista, o trabajadores autónomos, deberá necesariamente de contarse con un Coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra. La figura del coordinador en materia de seguridad y salud se encuentra prevista tanto en la LSSC como en el RD 1627/1997. El Real Decreto, establece dos tipos de coordinador en materia de seguridad y salud. Un coordinador que interviene durante la etapa de elaboración del proyecto de la obra -art. 2. e)- y otro que interviene en la etapa de ejecución de la obra -art. 2. f). El primero tendrá a cargo la supervisión de la aplicación de los principios generales de prevención en materia de seguridad y salud previstos en el artículo 15 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, verificando que dichos principios sean tomados en consideración por el proyectista en las fases de concepción, estudio y elaboración del proyecto (art. 8 del RD 1627/1997). El segundo, será el encargado de la coordinación

354 ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio, “*Las obligaciones y responsabilidades del promotor en materia de prevención de riesgos laborales*” Revista Información Laboral, núm. 9, 2014, (versión electrónica).

de las actividades de la obra para garantizar que los contratistas y, en su caso, los subcontratistas y los trabajadores autónomos apliquen de manera coherente y responsable los principios de la acción preventiva que se recogen en el artículo 15 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales durante la ejecución de la obra y las demás funciones que se establecen en el artículo 9 del RD 1627/ 1997.

La LSSC solo estipula la intervención del Coordinador en materia de seguridad y de salud para la etapa de ejecución de la obra, por ser en esta etapa del proyecto constructivo donde tiene cabida la actividad de la subcontratación y en la cual participan las empresas contratistas y subcontratistas además de los trabajadores autónomos. El artículo 3. d) de la LSSC define la figura del Coordinador como “el técnico competente integrado en la dirección facultativa, designado por el promotor para llevar a cabo las tareas establecidas para este coordinador en la reglamentación de seguridad y salud en las obras de construcción”.

De acuerdo con lo dispone la Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE) en su disposición adicional cuarta, habrá que entender por técnico competente, aquella persona que tenga titulaciones académicas y profesionales como “*arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, de acuerdo con sus competencias y especialidades*”. Por lo demás, el citado artículo 3.d) de la LSSC deja claramente establecido que la designación del coordinador de seguridad y salud debe hacerla el promotor de la obra, sin que por ello este pueda eximirse de las obligaciones y responsabilidades que le son propias.

La función que realiza el Coordinador en materia de seguridad y salud durante la etapa de ejecución de la obra, tiene finalidad predominantemente informativa e instructora dirigida a los contratistas, subcontratistas y trabajadores autónomos para que estos apliquen de manera correcta la normativa en materia de prevención de riesgos laborales³⁵⁵.

355 SÁNCHEZ DE LA ARENA, Miguel, “*Las obligaciones de coordinación y cooperación entre empresas derivadas de la subcontratación*”, en AA.VV., [Jesús Mercader Uguina

La LSSC no contempla ninguna obligación especial para el coordinador en materia de seguridad y salud, sino que remite a la reglamentación general en esta materia. Por tal motivo, resulta de aplicación la totalidad de las obligaciones de gestión preventiva que se establecen en el RD 1627/1997, en particular las contempladas en el artículo 9 de este decreto, que su vez remite de manera expresa a las disposiciones previstas en los artículos 15 y 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Puntualmente, las obligaciones que corresponden al coordinador según lo previsto en el citado artículo 9 del RD 1627/1997 son las siguientes:

- a) Coordinar la aplicación de los principios generales de prevención y de seguridad: 1) Al tomar las decisiones técnicas y de organización con el fin de planificar los distintos trabajos o fases de trabajo que vayan a desarrollarse simultánea o sucesivamente y 2) Al estimar la duración requerida para la ejecución de estos distintos trabajos o fases de trabajo;
- b) Coordinar las actividades de la obra para garantizar que los contratistas y, en su caso, los subcontratistas y los trabajadores autónomos apliquen de manera coherente y responsable los principios de la acción preventiva que se recogen en el artículo 15 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales durante la ejecución de la obra;
- c) Aprobar el plan de seguridad y salud elaborado por el contratista y, en su caso, las modificaciones introducidas en el mismo;
- d) Organizar la coordinación de actividades empresariales prevista en el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales;
- e) Coordinar las acciones y funciones de control de la aplicación correcta de los métodos de trabajo y
- f) Adoptar las medidas necesarias para que sólo las personas autorizadas puedan acceder a la obra.

Aparte de las facultades con que cuenta el coordinador para hacer cumplir sus instrucciones e indicaciones que en todo caso resultan obligatorias para las empresas contratistas, subcontratistas y trabajadores autónomos, el RD 1627/1997 dispone que también podrá paralizar los trabajos, o en su

(Coord.): La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 149.

caso, la totalidad de las obras cuando constate que ha habido incumplimiento de las medidas de seguridad y salud laboral “*en circunstancias de riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud de los trabajadores*”.

2.4.3 El contratista.

80. La definición legal.

El artículo 3.e) de la LSSC define al contratista como “*la persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto contratado*”. Tal definición es la misma que recoge el RD 1627/1997 en el artículo 2.h). Sin embargo, a diferencia de esta última, en la redacción que contiene el citado artículo 3. e) de la LSSC se equipara de manera expresa el término “contratista” con el término “empresario principal”, sinonimia esta que tiene importantes consecuencias, por cuanto implica tener claramente establecido que el contratista asume la posición de empresario principal a efectos de determinar el juego de responsabilidades que aplica en la cadena de subcontratación.

En este sentido, resulta ilustrativa la disposición contemplada en el artículo 7.1 párrafo segundo de la LSSC, en la que en función del deber de vigilancia que tienen las empresas contratistas y subcontratistas, se dispone que estas últimas deberán comunicar o trasladar al contratista – entendiéndose, empresario principal-, ya sea de manera directa, ya sea a través de sus empresas comitentes en caso de ser distintas de aquél, toda la información o documentación que afecte el contenido del capítulo II de la Ley referido a las normas generales que regulan la subcontratación en el sector de la construcción.

No cabe duda que el contratista tal cual lo define la LSSC debe ser un auténtico empresario, titular de una organización productiva propia que opera con total autonomía. La alusión contenida en el artículo 3.e) de la LSSC en el sentido de que el contratista puede realizar el encargo contratado por el promotor para la ejecución de la obra, con medios humanos y materiales ajenos, debe entenderse como la posibilidad que tiene el contratista de sumar a su

propia organización productiva mediante diversos mecanismos, otros recursos necesarios para el cumplimiento del encargo. Es esta la única interpretación posible que puede hacerse del artículo 3.e) de cara a los requerimientos que establece la misma Ley en su artículo 4, en el que se exige al contratista entre otras cosas, el poseer una organización productiva propia y contar con los medios materiales y personales necesarios para el desarrollo de la actividad contratada.

2.4.4 El subcontratista.

81. La definición legal.

Subcontratista puede ser cualquier persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de una obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Tal es la definición que de esta figura hace el artículo 3.f) de la LSSC, que es copia literal de la definición que contempla el artículo 2.1.i) del RD 1627/1997.

Al igual que sucede con el contratista, al subcontratista se le considera empresario, y en consecuencia se le exigen los mismos requerimientos materiales y organizativos para que pueda intervenir en el proceso de subcontratación. El mismo artículo 4 de la LSSC deja establecido que el subcontratista también deberá poseer una organización productiva propia, contar los medios materiales y personales necesarios y utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada, además de asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial.

Por otra parte, de la misma definición que recoge el inciso f) del artículo 3 de la LSSC ya citado, se desprende que para que una empresa interviniente en el proceso de construcción tenga la condición de subcontratista, esta deberá ser contratada directamente por una de las empresas que figure como contratista en la ejecución de la obra, o bien, por otra que ostente igual condición de subcontratista. De llegarse a establecer una relación contractual

entre el Promotor y el subcontratista, este último será considerado como auténtico contratista para todos los efectos. Esta condición establece como regla sin excepción, que el comitente del contrato con el subcontratista, siempre será un contratista que asume el papel de empresario principal u otra empresa subcontratista de las que se ubican en el primer o segundo nivel de la cadena de subcontratación, ya que el subcontratista del tercer nivel, por regla general, tiene prohibición expresa para subcontratar a no ser que aplique alguno de los supuestos de excepción que prevé la propia Ley en su artículo 5.3.

Según lo anterior, y de acuerdo con la lectura concordada que se debe de hacer del artículo 3. f) y 5.2.c) de la LSSC, habrá distintas variantes de subcontratistas según sea la posición que estos tengan en la cadena de subcontratación, que pueden corresponder a las de subcontratista de primer nivel (cuyo comitente es el contratista); subcontratista de segundo nivel (cuyo comitente es el subcontratista de primer nivel); subcontratista de tercer nivel, (cuyo comitente es el subcontratista de segundo nivel) y en casos excepcionales habrá un subcontratista de cuarto nivel (cuyo comitente es el subcontratista de tercer nivel), que en definitiva conformará el eslabón último de la cadena de subcontratación.

2.4.5. El trabajador autónomo.

82. Las distintas posiciones del trabajador autónomo.

La LSSC en su artículo 3.g) define al trabajador autónomo en los mismos términos que lo hace el RD 1627/1997, considerándolo como *“toda persona física distinta del contratista y subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o el subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra”*. No obstante, el mismo artículo deja expresamente señalado que cuando el trabajador autónomo emplee en la obra a trabajadores por cuenta ajena, tendrá la consideración de contratista o subcontratista para todos los efectos previstos en la Ley.

Esta doble consideración que la LSSC le otorga al trabajador autónomo en función de si cuenta o no con empleados por cuenta ajena, está prevista en idénticos términos en el artículo 2 del RD 1627/ 1997 y guarda concordancia con lo que dispone el propio Estatuto de Trabajo Autónomo, que en su artículo 1.1 señala que dicho Estatuto le será de aplicación a las personas físicas que realicen por cuenta propia una actividad económica o profesional a título lucrativo den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena.

Partiendo de la distinción entre trabajador autónomo puro, entendiendo por este aquél que no cuenta con trabajadores dependientes, y trabajador autónomo empresario, la LSSC dispone un tratamiento totalmente diferenciado para uno y otro. Así, tratándose de un trabajador autónomo puro, la LSSC lo releva del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 4, relativos la capacidad empresarial, de acreditación y registro, en tanto el trabajador autónomo empresario, deberá cumplir con todos y cada uno de los requisitos previstos en el citado artículo asumiendo también las responsabilidades que derivan del deber de vigilancia establecido en el artículo 7 de la LSSC, pues en este caso, interviene en el proceso constructivo en condición de contratista o subcontratista según se trate.

La condición de contratista o subcontratista que asuma el trabajador autónomo empresario, dependerá de quién sea el sujeto que haga el encargo de los trabajos a realizar en la obra. Si el encargo proviene directamente del Promotor, el trabajador autónomo empresario interviene en condición de contratista, según lo previsto en el artículo 3. e) de la LSSC. Si quien figura como comitente fuese un contratista o un subcontratista, el trabajador autónomo empresario será reputado como subcontratista, bajo los términos previstos en el artículo 3.f) de la LSSC. En este caso, cabrá también la posibilidad de que el trabajador autónomo empresario asuma cualquiera de las variantes de subcontratista antes vista³⁵⁶.

356 JIMÉNEZ MARTÍN, Rodrigo, “*Régimen de contratación y subcontratación...*”, op. cit., pág. 82.

Conforme a lo anterior, si quien contrata al trabajador autónomo empresario es un contratista, aquél será considerado primer subcontratista; si quien contrata es un subcontratista del primer nivel, el trabajador autónomo será considerado segundo subcontratista y así sucesivamente³⁵⁷.

En todo caso, habrá que considerar que el trabajador autónomo siempre constituirá el último eslabón de la cadena de subcontratación, por cuanto el artículo 5.2.e) de la LSSC establece una prohibición expresa para que este pueda subcontratar los trabajos a él encomendados ni a otras empresas subcontratistas ni a otros trabajadores autónomos.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que por disposición expresa prevista en el artículo 2.3 del RD 1627/1997, cuando el promotor de la obra contrate directamente a trabajadores autónomos que no tengan la consideración de empresarios por no emplear a trabajadores por cuenta ajena, el promotor será considerado como contratista frente aquellos, salvo en los casos en que la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda.

Cabe entonces destacar la diferenciación que tiene para el promotor de la obra, el contratar a un trabajador autónomo puro o a un trabajador autónomo empresario, por cuanto en el primer caso el vínculo contractual establecido lo convierte en contratista obligado en el cumplimiento de todos los deberes y obligaciones que prevé la Ley asumiendo con ello el régimen de responsabilidad correspondiente. En el segundo caso, el promotor mantiene su condición de tal en virtud de que el trabajador autónomo es reputado como un auténtico contratista.

2.5 Requisitos exigidos a las empresas contratistas y subcontratistas.

83. Los tipos de requisitos exigidos por el art. 2 de la Ley.

Dos son los tipos de requisitos que la LSSC exige como condicionantes para que las empresas contratistas y subcontratistas puedan interve-

357 JIMÉNEZ MARTÍN, Rodrigo, *Ibidem*, pág. 83.

nir en el proceso constructivo de una obra. Se trata de requisitos materiales, fundamentalmente organizativos, y de requisitos formales o documentales³⁵⁸. Ambos requerimientos se encuentran recogidos en el artículo 4 de la Ley.

2.5.1 Requisitos materiales.

84. Los requisitos de carácter general.

El artículo 4 de la LSSC establece que para que una empresa pueda intervenir en el sector de la construcción como contratista o subcontratista, debe cumplir con una serie de requisitos, casi todos ellos de alcance general, esto es, de aplicación a cualquier empresa sin distinción de ningún tipo. La excepción a esta regla viene dada para las empresas contratistas o subcontratistas que se dedican habitualmente a la realización de obras, en cuyo caso, aparte de los requisitos generales, también se les impone un requisito específico, según se verá.

Los requisitos de carácter general son los siguientes: a) poseer una organización productiva propia con los medios materiales y personales necesarios y utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada; b) Asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial; c) ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores en la obra; d) disponer de recursos humanos en su nivel directivo y productivo, que cuenten con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, así como de una organización preventiva adecuada la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

85. La exigencia de una organización propia.

Respecto al primero de estos requisitos, que alude a la exigencia de una organización propia, implica desde luego no solo la titularidad de los medios productivos que pueda tener la empresa contratista o subcontratista, sino también que estas sean empresas autónomas e independientes, diferenciadas

358 GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, “*Los requisitos exigibles...*”, op. cit., pág. 57.

de cualquier otra empresa que participe en la ejecución de la obra, del propietario de la misma o del promotor³⁵⁹. Aparte de la autonomía empresarial el requisito enfatiza en que los medios productivos materiales y personales que componen la organización productiva de la empresa deben ser efectivamente utilizados en la ejecución de la obra, exigencia esta que aplica como condición general para todas las empresas contratistas y subcontratistas que quieran intervenir en la actividad de la subcontratación pero que, como se verá más adelante, puede verse atenuada en algunos supuestos calificados que prevé la misma Ley.

86. La asunción de los riesgos de empresa.

El segundo de los requisitos, no hace más que fortalecer el requerimiento de la autonomía empresarial, explicitando una consecuencia lógica de toda actividad empresarial, cual es, la asunción de los riesgos y obligaciones inherentes a la actividad que se gestiona.

87. El ejercicio directo del poder de organización y dirección del trabajo.

Por su parte, el tercer requisito que impone a las empresas el deber de ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores en la obra, conecta directamente con las facultades propias del empresario visto desde la acepción laboral, que implica ser sujeto receptor de prestaciones de trabajo dependientes y por cuenta ajena en los términos que lo define el artículo 1.2 del E.T. Por lo tanto, el contratista o subcontratista debe ser un auténtico empleador que ejerce de manera directa las potestades de organización y dirección sobre el trabajo que realizan sus trabajadores y responde por las obligaciones laborales frente a estos.

En definitiva, para el cumplimiento de estos requerimientos previstos en el artículo 4 de la LSSC no bastará con que la empresa acredite el simple

359 SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, “Limitaciones a la subcontratación en obras de construcción” op. cit., págs. 64 y 65; TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, “Reflexiones críticas...”, op. cit.

dato formal de estar válidamente constituida ni tampoco la mera titularidad de bienes productivos³⁶⁰. Deberá en todo caso demostrar el funcionamiento real de su organización empresarial a través de la utilización de sus recursos materiales y personales y mediante la gestión directa de la actividad empresarial que demuestre el uso efectivo de las facultades y potestades propias de todo empresario. Evidentemente, todos estos requisitos apuntan a exigir a las empresas que intervienen en el proceso constructivo la capacidad organizativa que acredite la existencia de un auténtico empresario tanto en su sentido mercantil como en su sentido laboral, de modo que contratistas y subcontratistas puedan garantizar la solvencia económica necesaria para que en su condición de empleador respondan por el cumplimiento de las obligaciones laborales con sus trabajadores.

88. La correspondencia de estos requisitos con la regulación de la cesión de trabajadores del art. 43 del E.T.

También resulta claro que este tipo de exigencias previstas en el artículo 4 de la LSSC tienen plena concordancia con la regulación que recoge el artículo 43 E.T. sobre la cesión de los trabajadores. En este sentido, la relación existente entre los requerimientos previstos en el artículo 4 de la LSSC con los supuestos de cesión ilegal de trabajadores que se establecen en el artículo 43.2 salta a la vista. Basta con recordar que el artículo estatutario entiende que existe cesión ilegal cuando *“el objeto del contrato de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”*.

Según se ha visto, la exigencia que impone el artículo 4 LSSC para que las empresas contratistas y subcontratistas no solamente acrediten la titularidad de una organización empresarial propia, sino también, la exigencia

360 TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, *“Reflexiones críticas...”*, op. cit.

expresa de que los medios productivos materiales y personales que la integran, sean efectivamente utilizados en el desarrollo de la actividad que les es contratada, debe ser vista también como un impedimento o cuando menos un obstáculo para la cesión ilegal de trabajadores, puesto que la previsión contenida en la norma, no solo inhabilita a las empresas ficticias a participar en la subcontratación de actividades para la construcción de obras, sino también sanciona aquéllas empresas reales que acreditadas como contratistas o subcontratistas en el proceso constructivo, no hagan uso real y efectivo sus medios de producción para la ejecución de la actividad contratada, pues en este caso, su participación quedaría limitada a la mera puesta a disposición de sus trabajadores a favor de la empresa con la que contratan, configurándose así un típico supuesto de cesión ilegal de trabajadores.

De igual forma, los requisitos materiales que recoge el artículo 4 de la LSSC requiriendo la acreditación por parte de las empresas contratistas y subcontratistas de contar con una organización empresarial autónoma y medios productivos propios, debe complementarse con otras disposiciones similares que recoge la LSSC en otras normas. En particular, la disposición contenida en el artículo 5. f) de la misma Ley, que prohíbe a los subcontratistas subcontratar los trabajos que contraten, si su organización productiva se basa fundamentalmente en la aportación de mano de obra. Según el texto de este artículo, tal cosa ocurre en aquéllos casos en los que la empresa subcontratista para la realización de la actividad contratada no utiliza más equipos de trabajo propios que las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles, aún y cuando cuenten con el apoyo de otros equipos de trabajo propiedad de otras empresas que participan en la misma obra.

89. La acreditación de personal directivo y productivo en formación preventiva y organización preventiva adecuada.

Aparte de los anteriores requisitos de orden material, el artículo 4 de la LSSC en su apartado 2.a) también impone a las empresas contratistas y subcontratistas el deber de acreditar que disponen de recursos humanos en

su nivel directivo y productivo, que cuenten con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, así como de una organización preventiva adecuada la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL). Se trata de una doble imposición de tipo preventivo que concuerda con la obligación prevista en el artículo 10 de la misma LSSC que también impone a las empresas contratistas y subcontratista el deber de velar porque todos los trabajadores que presten servicios en las obras tengan formación necesaria y adecuada a su puesto de trabajo o función en materia de prevención de riesgos laborales de forma que conozcan los riesgos y las medidas para prevenirlos. En una y otra norma la obligación se recoge en términos muy generales que en todo caso es necesario especificar³⁶¹.

En relación a la formación en materia preventiva que debe tener el personal de la empresa contratista o subcontratista, habrá que atenerse a lo que establece la LPRL en su artículo 19, cuyo tenor dispone que el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia de preventiva, tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo. El mismo artículo, prevé que la formación deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o en función del trabajador y adaptarse a la evolución de los riesgos.

En todo caso, no puede dejarse de lado que en el ámbito de la construcción, por disposición expresa de la propia LSSC la implementación de programas específicos en materia de formación preventiva para el personal de las empresas contratistas y subcontratistas puede ser confiada a la negociación colectiva, pues el artículo 10 de la LSSC, establece tal posibilidad al disponer en su apartado segundo que *“Sin perjuicio de la obligación legal del empresario de garantizar la formación a que se refiere el apartado anterior, en la negociación colectiva estatal del sector se podrán establecer programas*

361 GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, *“Los requisitos exigibles...”*, op. cit., pág. 61.

formativos y contenidos específicos de carácter sectorial y para los trabajos de cada especialidad". En consonancia con esto, el Colectivo General del Sector de la Construcción vigente, en su Anexo III "sobre seguridad y salud de trabajo" recoge una regulación especial dedicada al desarrollo de los planes y acciones necesarios para la prevención de riesgos laborales en el sector, confiando las actividades formativas a la Fundación Laboral de la Construcción (FLC) que se crea en el propio Convenio – artículo 112 CCGSC-. Así en el apartado 1.1.c). 6 de dicho Anexo, se establece "*con carácter meramente enunciativo, pero no limitativo*" un listado de cursos sobre prevención de riesgos de trabajo "*que siendo voluntarios para las empresas, se impartirán por la FLC. Tales cursos, dice el mismo artículo citado en su párrafo final, deberán en todo caso impartidos por Profesores/Monitores expertos "para que la enseñanza sea realmente válida y útil"*".

El segundo requisito que se establece en el artículo 4.2.a) imponiendo a las empresas el deber de contar con una organización preventiva adecuada a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) tiene que ver más con los recursos materiales necesarios para la prevención. Tal requerimiento tiene correspondencia directa con las disposiciones que recoge la LPRL en sus artículos 16 y 17 relacionadas con la implantación e implementación del plan de prevención que en todo caso deberá comprender la estructura organizativa necesaria para realizar la acción de prevención, con los equipos de trabajo y con los medios de protección. También guarda relación con las disposiciones contenidas en los artículos 30, 31, 32 y 32 bis de la LPRL referidas a los servicios prevención que deben implementar las empresas y que implican destinar recursos humanos para las actividades de protección y prevención de riesgos profesionales.

Finalmente, debe hacerse mención al requerimiento especial que el artículo 4.4 de la LSSC impone a las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de obras en el sector de la construcción. El artículo establece que en estos casos las empresas deberán contar, en los términos que se determine reglamentariamente, con

un número de trabajadores contratados con carácter indefinido, hoy en día fijado en no menos del 30 por ciento del total de la plantilla³⁶².

De acuerdo con lo que dispone el RD 1109/2007³⁶³ en su artículo 11 la condición de “habitualidad” que exige la norma legal se cumple cuando las empresas se dediquen a actividades en el Sector de la Construcción o bien, cuando durante los doce meses anteriores hayan ejecutado uno o más contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006, cuya duración acumulada no sea inferior a los seis meses. Se trata de dos supuestos no acumulativos que aunque poco claros terminan siendo lo suficientemente amplios para poder tener por acreditada la condición habitualidad sin mayores dificultades en un sin fin de casos³⁶⁴. Bajo estos términos, en el primer supuesto la habitualidad no puede entenderse como dedicación exclusiva a la actividad de la construcción, pero sí la ejecución de la misma con preponderancia sobre cualquier otra actividad que realice la empresa, preponderancia que puede ser determinada por el grado de intensidad con que se ejecuta la actividad, o por indicadores económicos que determinen el impacto económico que para la empresa tiene la realización de la actividad constructiva. En el segundo de los supuestos, de determinación más sencilla en términos prácticos, atiende al factor temporal, quedando la habitualidad acreditada con el simple cómputo de los tiempos que consuma la realización de la actividad dentro del término temporal que se establece en la norma.

El mismo artículo 11 del RD 1109/2007 en su apartado tercero, establece el procedimiento de cálculo para determinar el número de trabajadores indefinidos que deben integrar la plantilla de la empresa contratista o subcontratista. La norma reglamentaria dispone un mecanismo de tres pasos que

362 DEL REY GUANTER, Salvador, “*Reflexiones iniciales sobre la nueva Ley de subcontratación en la construcción*”, Iuslabor, núm. 4, 2006, en www.upf.edu/iuslabor/042006/DesdeDireccionSalvador.pdf.

363 Este Real Decreto desarrolla la Ley 32/2006 de 18 de octubre.

364 CALVO GALLEGO, Francisco Javier, “*El desarrollo Reglamentario y convencional de la Ley de la Subcontratación en el Sector de la Construcción*”, Temas Laborales, núm. 93, 2008, pág. 114.

tiene como base de cálculo un año completo de trescientos sesenta y cinco días. El primer paso es obtener el total de la plantilla de la empresa mediante la división por trescientos sesenta y cinco de la suma de todos los días trabajados por cualquier empleado por cuenta ajena durante los últimos doce meses naturales anteriores al momento del cómputo. Una vez calculado este total, como segundo paso se calcula sobre el mismo el porcentaje del treinta por ciento que debe ser cubierto con trabajadores indefinidos. El tercer y último paso será, comparar este dato con el resultado de dividir nuevamente entre trescientos sesenta y cinco días la totalidad de días trabajados por empleados con contratos indefinidos.

La exigencia de un número mínimo de trabajadores con contrato definido, conforme a las reglas antes vistas, tiene como finalidad combatir uno de los factores de mayor incidencia en el nivel de siniestralidad que tiene el sector de la construcción, como lo es la temporalidad del empleo³⁶⁵. De modo que este requisito, que implica una limitación para las empresas contratistas y subcontratistas en el uso de contratos temporales de cualquier entidad y duración, guarda plena identidad ontológica con otras medidas restrictivas previstas en la LSSC, como lo son la prohibición a contratar con empresas cuya organización productiva consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, y la limitación de la subcontratación en cadena, sobre las que ya se ha hecho referencia.

2.5.2 Requisitos formales.

90. Dos requisitos formales exigidos a los contratistas y subcontratistas.

Dos son los requisitos de orden formal que la LSSC impone a las empresas, contratistas y subcontratistas, para que puedan intervenir en la ejecución de obras de construcción. El primero de ellos, de observancia obligatoria para contratistas y subcontratistas, consiste en la inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas (art. 4.2.b) de la LSSC. El segundo, de aplicación exclusivamente para las empresas contratistas, es el referente al

365 GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, “*Los requisitos exigibles...*”, op. cit., pág. 70.

libro de subcontratación que debe tenerse en toda obra constructiva (art. 8 de la LSSC)³⁶⁶.

91. El registro de acreditación.

En cuanto al registro de acreditación, el artículo 6 de la LSSC define que se trata de un registro que tendrá validez en todo el territorio nacional y de acceso público, cuyo contenido será regulado por reglamento. Evidentemente, se trata de un registro sectorial, de naturaleza administrativa de carácter público y de acreditación obligatoria³⁶⁷ cuya finalidad no es otra que garantizar el acceso a los datos identificativos de cada empresa registrada.

La regulación reglamentaria contenida en el RD 1109/2007 establece que el Registro dependerá de la autoridad laboral competente, entendiendo por tal la correspondiente al territorio de la Comunidad Autónoma donde radique el domicilio de la empresa contratista o subcontratista (art. 9.1). Las funciones asignadas al Registro comprenden la tramitación de los procedimientos relativos a las solicitudes de inscripción y renovación, modificación de datos y cancelación de solicitudes; la custodia de toda la documentación aportada por las empresas; la expedición de certificaciones sobre inscripciones registrales relativas a las empresas registradas, así como cualquier otra que le sea atribuida (art. 10 del RD 1109/2007).

La solicitud de inscripción en el registro por parte de las empresas contratistas y subcontratistas debe tramitarse con carácter previo al inicio de su intervención en el proceso de subcontratación (art. 3.1 del RD 1109/2007) mediante el procedimiento establecido al efecto en el artículo 5 del mismo reglamento. La inscripción una vez hecha surtirá los efectos de publicidad y de autorización, que implica la habilitación para poder intervenir en el proceso de subcontratación. Esta autorización tendrá una validez de tres años renovables por periodos iguales. Sin embargo, el art. 6.2 del RD 1109/2007 deja claramente establecido que la inscripción no exime a la empresa inscrita

366 TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, “*Reflexiones críticas...*”, op. cit.

367 CALVO GALLEGOS, Francisco Javier, “*El desarrollo Reglamentario...*”, op. cit., pág. 118.

de la obligación de justificar en cualquier momento, cuando así sea requerida por la autoridad laboral, el mantenimiento de los requisitos previstos en los apartados 1 y 2 a) del artículo 4 de la LSSC.

92. El libro de subcontratación

Respecto al libro de subcontratación que ordena el artículo 8 de la LSSC, lo primero que debe destacarse es que se trata de una obligación exclusivamente a cargo de las empresas contratistas. El libro constituye un registro de uso permanente y particular para cada obra, en el que se debe dejar constancia en orden cronológico todas y cada una de las subcontrataciones realizadas en la obra con empresas subcontratistas y trabajadores autónomos, detallando en él, su nivel de subcontratación y empresa comitente, el objeto del contrato, la identificación de la persona que ejerce las facultades de organización y dirección de cada contratista y en su caso del representante de los trabajadores de la misma. También deberá consignarse las respectivas fechas de entrega del plan de seguridad y salud que afecte a cada empresa subcontratista y trabajador autónomo, así como las instrucciones elaboradas por el coordinador de seguridad y salud para marcar la dinámica y desarrollo del procedimiento de coordinación establecido, y las anotaciones efectuadas por la dirección facultativa sobre la aprobación de cada subcontratación excepcional de las que prevé la misma LSSC en su artículo 5. 3.

El libro de subcontratación debe ser habilitado por la autoridad laboral correspondiente al territorio en se ejecute la obra, que emitirá la habilitación una vez verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos en el RD 1109/2007 según lo establecido en el Anexo III del mismo decreto³⁶⁸.

2.6 Límites a la subcontratación en el sector de la construcción.

93. Los tres límites legamente previstos en el art. 5 de la Ley.

Sin lugar a dudas, la medida más drástica que contempla la LSSC en aras de cumplir con su finalidad preventiva, consiste en la implementación

368 TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, “*Reflexiones críticas...*”, op. cit.

de límites a la subcontratación como medida que busca reducir los factores que mayor incidencia tienen en el nivel de siniestralidad en el sector de la construcción, como lo son, la subcontratación en cadena, y la subcontratación de empresas informales o carentes de una organización productiva propia. Tres son los límites que impone la Ley en este sentido, todos ellos expresados a modo de prohibición para subcontratar bajo ciertos supuestos³⁶⁹: el primero de estos límites prohíbe la subcontratación en cadena a partir del tercer subcontratista; el segundo límite recae en el trabajador autónomo a quien también se le prohíbe subcontratar los trabajos a él encomendados; y el tercer límite consiste en prohibir la subcontratación cuando la organización productiva con que cuenta el subcontratista consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra.

Este régimen de limitaciones a la subcontratación se encuentra establecido en el artículo 5 de la LSSC, que de entrada enuncia el principio de libertad para contratar, advirtiendo que la subcontratación como forma de organización productiva, no podrá ser limitada, salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en la misma Ley. Tales condiciones y supuestos se encuentran recogidos en el propio artículo 5 en el que, en primer orden, se excluye de toda limitación para la contratación al Promotor de la obra, quien queda autorizado para contratar directamente con cuantos contratistas estime oportuno ya sean personas físicas o jurídicas (art. 5.2.a). También podrá el contratista contratar con otras empresas contratistas, subcontratistas o con trabajadores autónomos la ejecución de los trabajos que hubiera contratado con el promotor (5.2. b.) y de igual forma, podrán los subcontratistas primero y segundo subcontratar la ejecución de los trabajos que respectivamente tengan subcontratados (5.2.c.). Por consiguiente, tal y como se ha dicho ya, la limitación se da a partir del tercer subcontratista que es el supuesto contemplado en el artículo 5.2.c) de la LSSC. En los apartados 2. e) y 2.f) del mismo artículo,

369 DEL REY GUATER, Salvador, “*Reflexiones iniciales sobre la nueva Ley de Subcontratación en la construcción*”, Iuslabor, núm. 4, 2006, en www.upf.iuslabor/04206/desdedireccionSalvador.pdf; GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen, “*Subcontratación en la construcción y responsabilidad en cadena*” Indret, núm. 398, enero 2007, pág. 11.

se establecen los otros dos límites, referidos al trabajador autónomo y a los subcontratistas cuya organización productiva consista fundamentalmente en mano de obra.

2.6.1. Prohibición para subcontratar más allá del tercer subcontratista.

94. Los límites a la subcontratación en cadena.

Se trata de un límite de alcance general y objetivo que aplica a cualquier actividad que se pretenda subcontratar más allá de este nivel, sin importar de qué tipo de actividad se trate. La limitación tiene entonces como parámetro un dato cuantitativo en orden vertical descendente, que impide a contratistas y subcontratistas prolongar la cadena de subcontratación por debajo del tercer nivel o eslabón del encadenamiento³⁷⁰.

Algunos autores cuestionan el sentido práctico que pueda tener una limitación como esta, pues en todo caso, la Ley deja abierta la posibilidad de que tanto el promotor como los contratistas y subcontratistas de primer y segundo nivel, puedan contratar y subcontratar sin límite en los niveles permitidos, lo que en la práctica se traduce en un esquema de subcontratación de tipo horizontal que no tiene tope alguno³⁷¹.

Por lo demás, el artículo 5.3 de la LSSC prevé la posibilidad de excepcionar la aplicación de este límite, cuando en casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por la que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra, fuera necesario, a juicio de la dirección facultativa, la contratación de alguna parte de la obra con terceros, en cuyo caso, la cadena de subcontratación se podrá extender a un nivel adicional, quedando así el límite ampliado hasta el cuarto subcontratista. Quedan por regla general al margen de esta excepción, los trabajadores autónomos y

370 DÍAZ ALCARAZ, Ramón, “*Coordinación de actividades en el sector de la construcción*”, ALCOR de MGO, núm. 3, 2005, Madrid, pág.125.

371 JIMÉNEZ MARTÍN, Rodrigo, “*Régimen de contratación y subcontratación...*”, op. cit., pág. 84.

los subcontratistas cuya organización productiva consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, pero aún ellos podrán acudir a la subcontratación cuando la circunstancia motivadora sea la de fuerza mayor (art. 5.3 párrafo segundo LSSC).

Como se puede apreciar, se trata de una excepción muy amplia, justificada en una serie de supuestos que son precisamente los que por regla justifican los esquemas de subcontratación.

2.6.2 Prohibición para que el trabajador autónomo pueda subcontratar.

95. La prohibición de subcontratar autónomos.

Este límite aplica para el trabajador autónomo que realiza de manera personal y directa la actividad profesional contrata o subcontratada, por cuanto en estos casos no existe ninguna una infraestructura material y organizativa que justifique la subcontratación. De igual forma aplicará la limitación aún para aquellos trabajadores autónomos que empleen en la obra a trabajadores por cuenta ajena, sin importar que bajo este supuesto, la LSSC le otorga al trabajador autónomo condición de contratista o subcontratista (art. 3.g.), si su organización productiva puesta en uso de la obra consiste fundamentalmente en la aportación de mano de obra, según lo preceptuado en el apartado 2.f) del artículo 5 de la LSSC.

2.6.3 Prohibición para que el subcontratista pueda subcontratar cuando lo que aporta es fundamentalmente mano de obra.

96. La prohibición de subcontratar con subcontratista que solo aporten mano de obra.

Esta limitación a la subcontratación conecta directamente con los requerimientos que la LSSC exige a contratistas y subcontratistas para poder participar en los esquemas de subcontratación en el sector. Tal y como se ha explicado ya, el 4. a) de la LSSC, exige a todo contratista y subcontratista, el poseer una organización productiva propia, contar con los medios materiales y personales necesarios, y utilizarlos para el desarrollo de la actividad contra-

tada. De aquí que, el artículo 5.2.f) prohíba expresamente la subcontratación en manos de subcontratistas, cuya organización productiva puesta en uso de la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra. El mismo artículo, aclara que se estará bajo este supuesto prohibitivo, cuando la empresa subcontratista para la realización de la actividad contratada o utiliza más equipos de trabajo propios que las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles, aún y cuando dichas empresas puedan contar con el apoyo de otros equipos de trabajo distintos si estos pertenecen a otras empresas, contratistas o subcontratistas participantes de la obra.

En este aspecto, la LSSC acierta en dar parámetros bastante claros de lo que se ha de entenderse por una organización productiva insuficiente a fin de establecer un límite a la subcontratación en manos de empresas subcontratistas, que aun contando con una organización productiva propia, esta sea insuficiente para garantizar la asunción de los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad contratada.

Evidentemente, la finalidad de la Ley en este caso es asegurar que todo subcontratista cumpla efectivamente con los requisitos exigidos en el artículo 4 antes citado, y con ello evitar que en las actividades de la construcción participen empresas que no cuentan con la solvencia económica necesaria para hacer frente a las responsabilidades laborales derivadas de la actividad que realizan, como también el evitar cualquier esquema de cesión ilegal de trabajadores por esta vía.

2.6.4. El régimen de Responsabilidades administrativas.

97. La responsabilidad individual del promotor, contratista y subcontratista.

En materia de responsabilidades administrativas por incumplimiento de las obligaciones legales en que puedan incurrir tanto el promotor de la obra, como los contratistas y subcontratistas, lo más notable que debe destacarse es que la LSSC a través de la modificación que introdujo a la LISOS -a cuya aplicación directa remite el artículo 11 en el que se establece que las in-

fracciones a lo dispuesto en la Ley se sancionará con arreglo a lo dispuesto en la LISOS-, creó un sistema de imputación individual, evitando así la fórmula de responsabilidad solidaria prevista para otros supuestos sancionatorios contenidos en la LISOS, lo que sin lugar a dudas implica una mejor técnica legislativa, porque con ello se evitan los inconvenientes que derivan del régimen de responsabilidad solidaria en esta materia.

De conformidad con lo que dispone la LISOS en su texto modificado, promotor, contratistas y subcontratistas son responsables de manera individual por infracciones leves, graves y muy graves en función de que se trata o no de la contratación de trabajos considerados peligrosos.

98. La responsabilidad del promotor.

Así, la LISOS imputa al promotor, responsabilidad por infracciones graves y muy graves. El primer tipo de infracción se da cuando a través de la Dirección Facultativa por él designada, permita la ampliación excepcional de la subcontratación cuando no concurren las causas motivadoras de la misma previstas en la LSSC (art. 12. 29 de la LISOS). La responsabilidad por infracciones muy graves, ocurre cuando la anterior infracción se de en caso de trabajos con riesgos especiales (Art. 13 apartado 17).

99. La responsabilidad del contratista.

Por su parte, el contratista se hace responsable por el incumplimiento de las exigencias legales que impone la LSSC sobre la proporción mínima de trabajadores contratados con carácter indefinido, lo que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8. 16 de la LISOS, constituye infracción muy grave. Incurrirá en infracción grave cuando: a) no lleve en orden y al día el libro de subcontratación; b) cuando permita que en el ámbito de ejecución de su contrato, intervengan subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación legalmente permitidos sin autorización para ello y c) cuando incurra en incumplimiento del deber de acreditar, en la forma establecida legal o reglamentariamente, que dispone de recursos humanos,

tanto en su nivel directivo como productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, y que dispone de una organización preventiva adecuada, y la inscripción en el registro correspondiente, o del deber de verificar dicha acreditación y registro por los subcontratistas con los que contrate y d) cuando vulnere los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre las contrataciones y subcontrataciones que se realicen en la obra, y de acceso al Libro de Subcontratación (Artículo 12.28 de la LISOS).

Serán infracciones leves del contratista, el no disponer del libro de subcontratación como el no disponer del título o documentación que acredite la posesión de la maquinaria que utilice en la ejecución de la obra así como la demás documentación legalmente exigida (Art. 11 apartados 6 y 7 de la LISOS).

100. La responsabilidad del subcontratista.

En cuanto al subcontratista, aparte de incurrir en infracción muy grave cuando incumpla las exigencias legales sobre el número de trabajadores indefinidos a disponer (Art. 8.16 de la LISOS), también incurre en infracción grave, cuando: a) incumpla el deber de acreditar, en la forma establecida legal o reglamentariamente, que dispone de recursos humanos, tanto en su nivel directivo como productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, y que dispone de una organización preventiva adecuada, y la inscripción en el registro correspondiente, o del deber de verificar dicha acreditación y registro por los subcontratistas con los que contrate, salvo que proceda su calificación como infracción muy grave, de acuerdo con el artículo siguiente; b) no comunique los datos que permitan al contratista llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación; c) proceda a subcontratar con otro u otros subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación permitidos legalmente, sin disponer de la expresa aprobación de la dirección facultativa, o permitir que en el ámbito de ejecución de su subcontrato otros subcontratistas o trabajadores autónomos lo hagan (Art. 12.27 de la LISOS).

Habrá responsabilidad por infracciones leves del subcontratista, el no disponer del título o documentación que acredite la posesión de la maquinaria que utilice en la ejecución de la obra así como la demás documentación legalmente exigida (Art. 11.7 de la LISOS).

3. La subcontratación vinculada a otros mecanismos de descentralización productiva.

101. La subcontratación, la transmisión de empresa y los grupos de empresa.

El dinamismo del que goza el fenómeno de la descentralización productiva, suele propiciar la conjunción de diversos mecanismos descentralizadores en una misma organización empresarial. Es común encontrar empresas que utilizan varias técnicas de descentralización productiva a la vez, sin que ello implique irregularidad alguna. Tal posibilidad queda en todo caso y por regla general, comprendida dentro de las posibilidades lícitas de organización productiva, amparadas en el derecho a la libertad de empresa que garantiza el artículo 38 de la Constitución Española.

En particular, la subcontratación suele encontrar conexión directa con otros dos mecanismos de descentralización productiva muy utilizados en el mundo empresarial, como lo son la figura del grupo económico y el mecanismo de transmisión de empresas. En cualquiera de los supuestos en que ocurra, la intersección de la contrata con alguno de estos otros mecanismos descentralizadores, desencadena una serie de particulares efectos que merecen especial atención.

La doctrina especializada se ha interesado en el estudio del fenómeno de la concurrencia entre estos mecanismos de descentralización productiva, no solo en atención a la regularidad con que esta ocurre, sino también debido a la complejidad que acompaña al fenómeno cuyos efectos desencadenantes plantean un sin de dificultades prácticas.

De seguido, se analizarán los aspectos más relevantes que suelen identificarse cuando una contrata coincide con un supuesto de transmisión de

empresa, así como también cuando la contrata se ejecuta dentro de la estructura de un grupo de empresas.

3.1 Subcontratación y transmisión de empresas.

102. La intersección entre la subcontratación y la transmisión de empresa.

Se ha visto ya en apartados anteriores, cómo la transmisión de empresas constituye un mecanismo útil para articular procesos de descentralización productiva, como el que opera el cambio de la titularidad de la empresa y los efectos que de ella derivan.

Importa ahora detenerse en el análisis del particular fenómeno que se presenta cuando la transmisión de empresa involucra una contrata. Es lo que algún autor denominado como la intersección entre la contrata y la transmisión empresarial³⁷².

La doctrina recoge una discusión de larga data, en torno a si la sucesión de contratistas en la ejecución de una obra o prestación de un servicio que se lleva a cabo mediante la figura de la contrata, encaja o no en los supuestos de transmisión empresarial, de modo que el contratista entrante deba o no subrogarse en la posición del contratista saliente respecto de los trabajadores adscritos a la contrata³⁷³.

372 NORES TORRES, Luis Enrique, *“La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratas”*, Tirat Lo Blach, Valencia, 2012, pág. 29.

373 CAMPS RUIZ, Luis Miguel, *“Régimen Laboral de la transmisión de la empresa”*, Tirant Lo Blach, Valencia, 1993, págs. 79 y ss.; MONEREO PÉREZ, José Luis, *“La responsabilidad empresarial...”*, op. cit., págs. 165 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, *“Encadenamiento de contratas y transmisión de empresa” Relaciones Laborales*, Tomo II, 1996, págs. 21 - 28; SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, *“La responsabilidad y subrogación...”*, op. cit., págs. 446 y ss.; MONEREO PÉREZ, José Luis, *“El concepto comunitario de “empresa” a efectos de la directiva social sobre transmisión de empresas”*, Tribuna Social, núm. 80-81, 1997, págs. 7-27; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, *“Responsabilidad empresarial...”*, op. cit., págs. 148 y ss.; GARCÍA ORTEGA, Jesús, *“La sucesión de contratistas”*, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección de trabajo en contratas*, Estudios en homenaje de Francisco Blat Gimeno, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 342 y ss.; OLMO GASCÓN, Ana Marta, *“Los derechos laborales del trabajo en contratas”*, Comares, Granada, 2002, págs. 221 y ss.; SALA FRANCO, Tomás, *“La sucesión de Contratas”*, en AA.VV., [Abdón Pedrajas Moreno, (Dir.)]: *“La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinar”*, Lex Nova, Valladolid, 2002, págs. 266

Hasta el día de hoy la discusión prevalece. No existe por lo tanto una posición unánime al respecto, aún y cuando, en tiempos recientes y gracias a la influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Comunitario Europeo (TJUE), predomina la posición a favor de considerar la sucesión de contratas como un supuesto de transmisión empresarial.

En todo caso, como se verá de seguido, el tratamiento que se le viene dando a este particular asunto, depende en buena medida de cual sea la fuente constitutiva del deber de subrogación. Se plantea un tratamiento diferenciado al problema según se trate de una subrogación de fuente legal – ex art. 44 del E.T.-, convencional o contractual. Hasta ahora el tema que mayor discusión genera se relaciona con los supuestos de sucesión de contratas relacionados con la subrogación de tipo legal. En lo que a la subrogación de origen convencional y contractual refiere, la posición que defiende un sector mayoritario en la doctrina es a favor de aceptar la validez de cláusulas subrogatorias establecidas por estas vías³⁷⁴.

y ss.; GÓMEZ ÁLVAREZ, Tomás, *“El difícil equilibrio entre el rescate de las contratas y los principios de mérito y capacidad en el acceso de personal laboral en la función pública”*, en AA.VV., [Juan Rivero Lamas (Dir.), Ángel Luis de Val Tena (Coord.)]: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: El «Outsourcing»*, Thompson, Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 531 y ss.; SALA FRANCO Tomás y PEDRAJAS MORENO, Abdón, *“Supuestos en que una sucesión de contratas debe considerarse como una transmisión de empresa. A propósito de la STS de 27 de octubre de 2004”*, Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, núm. 14, 2005, págs. 185- 197; SALA FRANCO, Tomás y PEDRAJAS MORENO, Abdón, *“Los problemas laborales de la sucesión de contratas”*, en AA.VV., [Ángel Blasco Pellicer (Coord.)]: *El empresario laboral. Estudios en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, op. cit., pág. 386; SERRANO OLIVARES, Raquel, DEL REY GUANTER, Salvador y MARTÍNEZ FONS, Daniel, *“El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 58, 2005, págs. 221-286; DESDENTADO BONETE, Aurelio, *“La sucesión de empresa. Una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 38, 2002, págs. 241-266; NORES TORRES, Luis Enrique, *“La aplicación de las previsiones...”*, op. cit., págs. 30 y ss.

374 Por todos, PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, *“Los problemas laborales de...”*, op. cit., págs. 398 y ss.; NORES TORRES, Luis Enrique, *“La aplicación de las previsiones...”*, op. cit., págs. 50 y ss.

3.2 La subrogación de origen legal.

103. La subrogación prevista en el art. 44 E.T.: Requisitos.

Conforme a la letra del 44 del E.T. habrá sucesión de empresa cuando opere un cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, siempre y cuando la entidad económica transferida mantenga su identidad propia, entendida esta “*como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria*”.

El texto del actual artículo 44 del E.T. se vio modificado sustancialmente con la reforma aprobada por la Ley 12/2001 de 9 de julio, que entre otras cosas, le adicionó al precepto el apartado segundo en el cual se contempla la definición de sucesión de empresa que recoge la Directiva Comunitaria 2001/ 23/ CE de 12 de marzo de 2001, “sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad”.

104. La tesis interpretativa de la doctrina científica.

La doctrina, interpretando los alcances de este precepto legal, sostiene en consenso, que para que haya transmisión de empresas se requiere de dos requisitos muy puntuales: Uno de tipo subjetivo, que implica el efectivo cambio de la titularidad de la entidad económica, -sea esta empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma- y otro de tipo objetivo, que exige que el objeto de la transmisión sea “*un conjunto de medios organizados*” *aptos para poder “llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria”*³⁷⁵.

Para un sector mayoritario de la doctrina, la sucesión de contratas no configura un supuesto de transmisión empresarial, toda vez que, por regla

375 Por todos RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, “*Encadenamiento de contratas...*”, op. cit., págs. 21- 28; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Los problemas laborales...*”, op. cit., pág. 386; NORES TORRES, Luis Enrique, “*La aplicación de las previsiones...*”, op. cit., págs. 30 y ss.

general, el cambio de contratista no implica la transmisión de un conjunto de medios organizados aptos para llevar a cabo la actividad económica. Quienes defienden esta tesis, argumentan que en la mayoría de casos – especialmente en las contrataciones de servicios- cuando opera la sucesión de la contrata tan solo se transmite una actividad productiva desprovista de medios patrimoniales. Por consiguiente, sólo podrían configurarse como supuestos de transmisión empresarial aquellos casos en los cuales la sucesión de la contrata vaya acompañada de la transmisión de elementos patrimoniales organizados y aptos para continuar realizando la actividad objeto de la contrata, pues solo en estos casos se cumpliría a cabalidad con los requisitos previstos en el supuesto de hecho del artículo 44 del E.T.³⁷⁶.

Contrariando esta tesis de mayoría, algunos autores se inclinan por defender la aplicación del artículo 44 del E.T. y sus efectos subrogatorios a los supuestos de sucesión de contrataciones, por considerar que la cesión de la mera actividad objeto de contrata sí constituye un caso de transmisión empresarial³⁷⁷. Esta postura parte de una noción de empresa que atiende más a un sentido funcional de la misma que a la predominancia de su estructura material³⁷⁸ en virtud de que en muchos de los sectores productivos donde predomina la subcontratación, las empresas no requieren de mayor soporte patrimonial para su funcionamiento.

Adicionalmente, se ha dicho que esta postura sustentada en la noción de empresa- actividad, se defiende también desde una interpretación teleoló-

376 Defienden esta tesis, entre otros, CAMPS RUIZ, Luis Miguel, “*Régimen Laboral...*”, op. cit., pág. 80; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, “*Encadenamiento de contrataciones...*”, op. cit., pág. 27; SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, “*La responsabilidad y subrogación...*”, op. cit., pág. 447; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 154; SERRANO OLIVARES, Raquel, DEL REY GUANTER, Salvador y MARTÍNEZ FONS, Daniel, “*El régimen jurídico...*”, op. cit., pág. 227.

377 Defiende esta tesis de manera decidida MONEREO PÉREZ, José Luis, “*La responsabilidad empresarial...*”, op. cit., págs. 165 y ss. Coinciden con esta posición, GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 223; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Los problemas laborales...*”, op. cit., pág. 395; NORES TORRES, Luis Enrique, “*La aplicación de las previsiones...*”, op. cit., págs. 34 y ss.

378 MONEREO PÉREZ, José Luis, “*El concepto comunitario...*”, op. cit., pág. 8; NORES TORRES, Luis Enrique, “*La aplicación de las previsiones...*”, op. cit., pág. 32.

gica del artículo 44 del E.T. por ser esta la que conecta con la finalidad de este precepto que no es otra que la de proteger a los trabajadores afectados por los procesos de descentralización productiva³⁷⁹.

Quizá, el argumento de mayor peso a favor de esta posición de minoría, es el que apunta a señalar la necesidad de coherencia en el ordenamiento jurídico: *“si se ha admitido previamente la legalidad de una determinada contrata de servicios por entender que la empresa contratista era una verdadera empresa, esto es, por entender que la empresa contratista aportaba algo más, por poco que sea, que los trabajadores a la empresa principal, habrá que admitir también que la sucesión de ese contratista por otro transmitiendo a ésta lo mismo que él aportó en el momento de contratar es efectivamente una transmisión de empresa”*³⁸⁰.

Con todo, por extensa que sea la discusión que sostienen las dos posiciones doctrinales antes mencionadas, la cuestión esencial se centra en determinar si la transmisión de la actividad en un supuesto de contrata, constituye o no una transmisión de empresa desencadenante de los efectos subrogatorios que le son propios.

105. La posición tradicional del Tribunal Supremo.

Planteado así el tema medular, debe decirse que de acuerdo con la posición que viene manteniendo el Tribunal Supremo desde el año 2004, la respuesta a la interrogante antes planteada debe ser afirmativa, sin bien, con ciertas matizaciones.

En efecto, en su posición tradicional, asumida desde inicios de los años 90, el Tribunal Supremo sostenía la tesis según la cual, para que haya transmisión de empresa en una sucesión de contrata, resultaba imprescindible el que hubiese transmisión de elementos patrimoniales³⁸¹. Por consiguiente,

379 NORES TORRES, Luis Enrique, *“La aplicación de las previsiones...”*, op. cit., pág. 32..

380 PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, *“Los problemas laborales...”*, op. cit., pág. 397.

381 Respecto a la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre este tema,

para el alto Tribunal la mera sucesión de la actividad objeto de la contrata, aún y cuando fuese acompañada con la asunción de la mano de obra, no constituía un supuesto de transmisión de empresa³⁸².

106. La tesis de la “sucesión en la plantilla” del TJUE.

No obstante la extensa difusión de la que gozaba esta doctrina jurisprudencial, la influencia de la jurisprudencia vinculante del TJUE obligó al Tribunal Supremo a reconsiderar su posición y a partir de una serie de sentencias dictadas en el año 2004³⁸³, empezó a aplicar el criterio denominado “sucesión en la plantilla” utilizado por el TJUE en la solución de diversos casos relacionados con la sucesión de contratistas.

De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, el elemento decisivo para determinar la existencia de una transmisión de una empresa en el sentido de la Directiva Comunitaria, es el del mantenimiento de la identidad de la entidad económica³⁸⁴ y para determinar si se da o no esta condición, es preciso considerar todas las circunstancias de hecho que caracterizan a la operación de que se trata. En consecuencia habrá que tener en cuenta en cada caso, elementos tales como: el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate, si hay o no transmisión de elementos materiales, el valor de los elementos inmateriales, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y

véase: PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Los problemas laborales...*”, op. cit., págs. 390 y ss.; NORES TORRES, Luis Enrique, “*La aplicación de las previsiones...*”, op. cit., págs. 36 y ss.

382 Esta tesis fue consolidada por el Tribunal Supremo a partir de la sentencia da en unificación de doctrina de 30 de diciembre de 1993, (Ar. 10078). Luego fue confirmada por muchas otras, entre ellas en la sentencia de 9 de febrero de 1995, (Ar. 789); de 9 de febrero de 1998, (Ar. 1644).

383 Se trata de las sentencias de 20 y 21 de octubre, (Ar. 7162 y 7341), relativas a un caso de una sucesión de contratas en la actividad de servicio de handling de la compañía Iberia y sentencia del 27 de octubre.

384 Así lo señalan entre otras las sentencias de 18 de marzo de 1986, (asunto Spijkers); de 19 de mayo de 1992, (asunto Redmond Stichting) y de 14 de abril de 1992, (asunto Christel Schmitd).

después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades ³⁸⁵.

La importancia que se le atribuya a cada uno de los elementos antes mencionados a efectos de determinar si la sucesión de contratistas constituye o no una transmisión de empresa, dependerá necesariamente de cada caso en particular, en atención a la naturaleza de la actividad objeto de la contrata o incluso de los métodos de producción y explotación que utilice la empresa. De ahí que, el TJUE tenga en consideración que en determinados sectores, las empresas funcionan sin mayor organización productiva por cuanto sus actividades no requieren de elementos patrimoniales importantes, el cumplimiento de aquella condición que exige el mantenimiento de la identidad de la entidad económica, no puede depender de la transmisión de esos elementos.

En concordancia con lo anterior, en la sentencia de 11 de marzo de 1997 que resuelve el asunto Süzen, el TJUE sostiene que *“en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica. Por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea”*³⁸⁶.

De lo anterior, se desprende que para el TJUE la sucesión de la plantilla constituye un elemento de valoración útil para acreditar el traspaso de una entidad económica, y según sea el tipo de empresa o la naturaleza de la

385 Sentencias de 18 de marzo de 1986, (asunto Spijkers); de 19 de mayo de 1992, (asunto Redmond Stichting) y de 14 de abril de 1992, (asunto Christel Schmitd); de 11 de marzo de 1997, (asunto Süzen); de 10 de diciembre de 1998, (asunto Hernández Vidal).

386 Sentencia de 11 de marzo de 1997, (asunto Süzen). El mismo criterio es reiterado en las sentencias posteriores de 10 de diciembre de 1998, (asunto Hernández Vidal); de 24 de enero de 2002, (asunto Temco); de 13 de setiembre de 2007, (asunto Mahamed Jouini), mismo sentido se pronuncia el TJUE en la sentencia de 25 de enero de 2001, (asunto Oy Liikenne Ab).

actividad económica que esta realice, podrá ser tenido como mero indicio de la transmisión empresarial, o bien, como elemento determinante de la misma.

La ponderación de los criterios dados por TJUE según se viene explicando, permite entonces concluir, que para determinar si la sucesión de una contrata constituye o no transmisión de empresa, habrá necesariamente que remitirse a la valoración de las circunstancias particulares de cada caso, prestando especial atención a la naturaleza de la actividad objeto de la contrata.

Por lo demás, importa evidenciar que la alocución “parte esencial del personal” que utiliza el TJUE, viene acompañado de dos términos de referencia que delimitan su alcance y contenido. Se trata de un término cuantitativo – número de trabajadores- y de otro cualitativo- competencias asignadas los trabajadores-. Pareciera entonces que para determinar si la sucesión de la plantilla recoge o no la parte esencial del personal de la contrata, será necesario también hacer en cada caso particular, la ponderación de la importancia de cada uno de estos dos elementos.

Con todo, debe quedar claro que tratándose de una sucesión de contrata que involucran empresas cuya actividad económica se sustenta fundamentalmente en la mano de obra que aporta el personal de la empresa, la asunción por parte del nuevo empresario de una parte esencial de ese personal para darle continuidad a la actividad, constituye elemento determinante de la existencia de una transmisión de empresa. Esta consideración, propia del TJCE, es en esencia lo que conforma el denominado criterio de la sucesión de la plantilla.

107. La incorporación de la tesis del TJUE a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como se ha señalado antes, el Tribunal Supremo ha incorporado a su doctrina el criterio de la sucesión de la plantilla, aplicándolo hasta ahora a una infinidad de casos. No obstante, el Tribunal no ha tenido reservas en expresar las dudas respecto a la conveniencia de aplicar dicho criterio. Ya en la Senten-

cia de 20 de octubre de 2004 (Ar. 7162)³⁸⁷ en la que por vez primera analiza la aplicación de este criterio conforme a la doctrina establecida por el TJUE, el Supremo señala dos razonamientos para cuestionar la validez de la sucesión de la plantilla como criterio para sustentar la existencia de una transmisión empresarial en supuestos de contratas.

El primero motivo de discrepancia que expone el Tribunal Supremo apunta a señalar una confusión entre la que debe ser la causa de la transmisión de empresa y sus efectos. Se dice, que la asunción de la plantilla de la empresa cedente por la empresa cesionaria, es un efecto de la transmisión de empresa, pero no su causa. *“La incorporación «total o parcial» de la plantilla que se produce en estos casos nada tiene que ver con la transmisión de un establecimiento empresarial, sino que se trata de decisiones de la autonomía privada o de la autonomía colectiva, que se orientan bien a la nueva contratación de unos trabajadores con experiencia previa en la actividad que continúa o bien a establecer unas garantías adicionales para el personal de la empresa saliente con el fin de evitar que la terminación de la contrata suponga para ellos la entrada en el desempleo”*³⁸⁸.

Transformar la sucesión de la plantilla en causa determinante para acreditar la existencia de una transmisión de empresa, sostiene el Supremo, puede traer como consecuencia más probable “la desincentivación” de la asunción de la plantilla, pues bastará con que el empresario que asume la continuidad de la actividad productiva no contrate al personal de la empresa saliente para eximirse del régimen de responsabilidad solidaria que aplica a la transmisión empresarial.

El segundo razonamiento invoca al sentido teleológico que tiene la subrogación en los contratos, señalando que en estos casos la subrogación está vinculada a la transmisión de la empresa porque de esta forma se establece una garantía frente a la pérdida del empleo que se produciría si los

387 En esta sentencia se resuelve un caso de sucesión de contratas sobre la actividad de handling, conceionada por Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA).

388 STS de 20 de octubre de 2004 (Ar. 7162).

contratos se mantuviesen con un empresario que ya no cuenta con un establecimiento productivo. En opinión del Tribunal, esta garantía se pierde si no existe la transmisión de los elementos patrimoniales que hacen posible la actividad productiva.

En otras sentencias inmediatamente posteriores, el Tribunal reitera sus reservas respecto al criterio de sucesión de la plantilla. Así ocurre en la sentencia de 21 de octubre de 2004 (Ar. 5075) que resuelve un caso de sucesión de contrata de servicios de handling de la empresa Iberia y en la sentencia de 27 de octubre de 2004, (Ar.7202), relativa a la sucesión de una contrata de servicios de mantenimiento de una entidad productiva.

La doctrina ha puesto en duda la razón de ser de las reticencias que expone el Tribunal Supremo respecto a la doctrina dada por el TJUE sobre la aplicación del denominado criterio de sucesión de la plantilla. Se ha dicho en este sentido, que el Tribunal Supremo a la hora de expresar sus reservas sobre la aplicación del citado criterio, olvida tomar en cuenta que la doctrina del TJUE a lo que obliga es a valorar, en cada caso particular, si las circunstancias concurrentes pueden constituir un supuesto de transmisión empresarial, teniendo en cuenta que en ciertas actividades productivas, como ocurre con las contratas de servicios, los elementos organizativos empresariales descansan esencialmente en la mano de obra y en consecuencia, en estos casos, con la sucesión de la plantilla opera una transmisión del principal factor productivo de la empresa³⁸⁹.

Por otro lado, y de manera más categórica, la misma doctrina sostiene que tratándose de contratas, en la mayoría de los casos, *“la alternativa a la consideración del supuesto de transmisión de empresa con la consiguiente subrogación contractual no es otra que la extinción de los contratos con el anterior empresario por falta de actividad productiva”*³⁹⁰, en cuyo caso cier-

389 En este sentido se expresan, PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, *“Los problemas laborales...”*, op. cit., pág. 397; NORES TORRES, Luis Enrique, *“La aplicación de las previsiones...”*, op. cit., pág. 48.

390 PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, *“Los problemas laborales...”*, op. cit., pág. 398.

tamente se estaría desatendiendo por completo el sentido tuitivo propio del artículo 44 del E.T.

Con todo, y pese a las reiteradas dudas que ha expuesto el Tribunal Supremo sobre la adopción del criterio de sucesión de la plantilla, lo relevante es que lo ha adoptado como elemento delimitador para valorar la existencia o no de una transmisión empresarial en supuestos de sucesión de contratas, y su uso es ya constante en la jurisprudencia del alto Tribunal. Así en muchas sentencias se invoca la aplicación del criterio aún y cuando se desestima su aplicación por tratarse de supuestos de sucesión no pacífica de plantilla³⁹¹, o bien, porque la transmisión de la actividad objeto de la contrata además de la asunción de la plantilla ha estado acompañada con la transferencia de elementos patrimoniales³⁹².

En otras sentencias, el Tribunal Supremo ha tenido por acreditada la existencia de una transmisión empresarial por aplicación directa del criterio de asunción de la plantilla que ha sido tenido como elemento determinante de la subrogación correspondiente. Es el caso de la sucesión de una contrata de servicios de limpieza³⁹³, por cuanto el Tribunal estimó que *“la limpieza de edificios y locales es una actividad que se basa de forma esencial en el empleo de mano de obra”*³⁹⁴.

Lo mismo ocurre con una contrata de servicios auxiliares de aeropuerto (mudanzas, jardinería, control de cola de pasajeros de taxi, retirada de vehículos) en la que el contratista entrante mantuvo empleados a 36 de los 46 trabajadores del anterior contratista, aspecto que para el Tribunal revelaba que *“el conjunto de trabajadores empleados constituye una unidad econó-*

391 Es el caso de las sentencias de 20, 21 y 27 de octubre de 2004, (Ar. 7162, Ar. 5075 y Ar. 899). Debe recordarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha insistido en señalar que tratándose de subrogación contractual es requisito indispensable para la validez de la misma el que los trabajadores involucrados hayan prestado su consentimiento, ya sea expreso o tácito. En este sentido se pronuncian entre muchas otras las sentencias de 30 de abril y de 26 de junio de 2002, (Ar. 7890 y 8934) y sentencia de 8 de abril de 2003, (Ar. 4975).

392 Entre otras las sentencias de 28 de abril y 23 de octubre de 2009, (Ar. 2997 y 5734).

393 STS de 12 de julio de 2010, (Ar. 6798).

394 STS de 12 de julio de 2010, (Ar. 6798).

*mica que tiene su propia entidad porque la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra*³⁹⁵.

Idéntico es el caso de una sucesión de contrata de servicios informáticos, en la que el contratista entrante mantuvo laborando a la mayoría de trabajadores adscritos a la contrata. En esta ocasión, el Tribunal valoró que *“la mera exclusión de 4 trabajadores de un total de 26 no rompería “la identidad” económica en el proceso de transmisión, pues lo que exige la doctrina de la “sucesión de plantillas” es el paso de una “parte esencial” de la plantilla y es claro que tiene este carácter esencial en el plano cuantitativo la incorporación a la nueva empresa de más del 84% de los trabajadores de la anterior*³⁹⁶.

En la misma línea se manifiestan también las sentencias de 28 de febrero de 2013, (Ar. 2398), que trata de una sucesión de contrata de servicios de seguridad; la sentencia de 5 de marzo de 2013, (Ar. 3649), relativa a una sucesión de contrata de servicios de vigilancia e información; la sentencia de 9 de diciembre de 2014 (Ar. 1769), que tenía como objeto la prestación de servicios auxiliares en un Centro Comercial.

3.3 La subrogación de origen convencional.

108. La posible subrogación prevista en los Convenios Colectivos.

La posibilidad de establecer la continuidad de los contratos de trabajo en supuestos de sucesión de contratas mediante disposiciones pactadas en convenios colectivos, previendo en ellas que el contratista entrante quede subrogado en los derechos y obligaciones del anterior, es una opción que actualmente se encuentra admitida en el artículo 15.5 del E.T. que a partir de la reforma legal dada por el Real Decreto Ley 35/2010, de 17 de setiembre hace referencia expresa a la sucesión o subrogación empresarial ya sea de base legal o convencional³⁹⁷.

395 STS de 7 de diciembre de 2011, (Ar. 106).

396 STS de 27 de febrero de 2012, (Ar. 4023).

397 Es importante tener en cuenta que la posibilidad de aplicar las reglas de concatenación

La subrogación convencional resulta de uso frecuente en el sector servicios donde predominan las contrataciones de actividades como limpieza de edificios y locales, vigilancia y seguridad, limpieza pública, hostelería, etc.³⁹⁸, aunque nada obsta para que sea aplicada a cualquier otro sector productivo.

Tratándose de este tipo de actividades cuya gestión, se ha dicho ya, descansa fundamentalmente en la mano de obra porque no requieren de mayor soporte patrimonial, las cláusulas convencionales subrogatorias tienen como finalidad primordial tutelar la estabilidad en el empleo de los trabajadores involucrados en la contrata, a quienes por esta vía se les garantiza, bajo reglas especiales, la continuidad en sus puestos de trabajo. Por lo general, estas reglas especiales se plasman en determinadas condiciones, que por un lado atienden a un deber de información que recae sobre el contratista saliente, y por otro, al cumplimiento de determinados requisitos por parte de los trabajadores adscritos a la contrata.

En cuanto a lo primero, es común que en las cláusulas subrogatorias se establezca la obligación al contratista saliente de aportar documentos relativos a la Seguridad Social que acrediten estar al corriente de pago de las cuotas, copias de los contratos de trabajo, datos personales de los trabajadores y de las condiciones laborales, fotocopias de los recibos de salarios, así como documentos o declaraciones escritas de los trabajadores que dejen constancia de estar al corriente en el cobro de todas las percepciones retributivas³⁹⁹, entre otras.

En lo que respecta a los requisitos que deben tener los trabajadores adscritos a la contrata, la exigencia que más suele establecerse en las cláusulas subrogatorias tiene que ver con la antigüedad laboral, casi siempre exigiendo un periodo mínimo de vinculación con el contratista saliente previo a la sucesión de la contrata, para evitar así el uso fraudulento de la subrogación.

de contratos temporales en los supuestos de sucesión o subrogación empresarial, ya sea de origen legal o convencional, que prevé el actual texto del artículo 15.5 del E.T. fue introducida por la reformada dada por el Real Decreto Ley 35/2010 de 17 de setiembre.

398 GARCÍA ORTEGA, Jesús, “*La sucesión de contratistas*”, op. cit., pág. 363.

399 GARCÍA ORTEGA, Jesús, “*La sucesión de contratistas*”, op. cit., pág. 368; NORES TORRES, Luis Enrique, “*La aplicación de las previsiones...*”, op. cit., pág. 70.

De igual forma se establecen condicionamientos que exigen que el trabajador este ligado a la empresa por un determinado tipo contractual o que no tenga vínculos familiares con el empresario saliente⁴⁰⁰.

Pueden establecerse también reglas especiales para atender casos de desempeño simultáneo de puestos en varias contratas del contratista saliente⁴⁰¹. En fin, la singularidad que pueda tener el contenido de este tipo de cláusulas subrogatorias queda sujeto a la diversidad misma de los convenios colectivos.

109. Los límites.

La doctrina mayoritaria, desde tiempo atrás ha venido reconociendo sin mayores inconvenientes la validez de las cláusulas convencionales en las que se establezca la obligación de subrogación en caso de sucesión de contratistas⁴⁰². En este sentido se ha dicho que el contenido de estas cláusulas resulta perfectamente válido siempre y cuando en él no se contemplen condicionantes de la subrogación que limiten o restrinjan el régimen jurídico previsto en el artículo 44 del E.T⁴⁰³.

Pero aparte del límite legal que deben observar las cláusulas subrogatorias frente a los mínimos del contenido imperativo del artículo 44 del E.T., su eficacia jurídica también puede quedar condicionada a otras circunstancias que derivan de la naturaleza misma del convenio. Al respecto, debe tenerse en cuenta que las cláusulas convencionales subrogatorias, sólo pueden obligar a los sujetos incluidos en el ámbito del convenio respectivo⁴⁰⁴. Tal consecuen-

400 NORES TORRES, Luis Enrique, “*La aplicación de las previsiones...*”, op. cit., pág. 73.

401 PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Los problemas laborales...*”, op. cit., pág. 402.

402 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 155; GARCÍA ORTEGA, Jesús, “*La sucesión de contratistas*”, op. cit., págs. 361 y ss.; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Los problemas laborales...*”, op. cit., pág. 398; NORES TORRES, Luis Enrique, “*La aplicación de las previsiones...*”, op. cit., págs. 50 y ss.

403 GARCÍA ORTEGA, Jesús, “*La sucesión de contratistas...*”, op. cit., pág. 362; NORES TORRES, Luis Enrique, “*La aplicación de las previsiones...*”, op. cit., pág. 69.

404 Entre otros, LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit.,

cia se desprende de lo preceptuado en el artículo 82.3 del E.T. donde se establece que *“los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia”*. Por su parte, el Tribunal Supremo ha señalado que *“un convenio colectivo no puede establecer válidamente normas que produzcan sus efectos fuera del ámbito propio del mismo; y que las disposiciones que impongan una aplicación que exceda o sobrepase ese ámbito carecerán de validez en lo atinente a tal exceso”*⁴⁰⁵.

Por consiguiente, el efecto subrogatorio previsto en la norma convencional sólo puede aplicarse cuando el contratista saliente y el contratista entrante queden comprendidos dentro del ámbito de aplicación del mismo convenio.

Tampoco las cláusulas subrogatorias contenidas en un convenio extraestatutario pueden surtir efecto alguno fuera del ámbito de aplicación del mismo, por lo que su alcance se limita exclusivamente a las empresas que estén afiliadas a la organización patronal suscriptora del convenio⁴⁰⁶. Al respecto, el Tribunal Supremo desde antaño ha sostenido que *“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 mediante 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”*⁴⁰⁷.

pág. 161; GARCÍA ORTEGA, Jesús, *“La sucesión de contratistas...”*, op. cit., pág. 362; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, *“Los problemas laborales...”*, op. cit., pág. 406 y NORES TORRES, Luis Enrique, *“La aplicación de las previsiones...”*, op. cit., pág. 56.

405 STS de 23 de julio de 2003, (Ar. 7166). El Tribunal Supremo ha sostenido esta tesis en sentencias muy anteriores, entre ellas en la de 28 de octubre de 1994, (Ar. 7797).

406 GARCÍA ORTEGA, Jesús, *“La sucesión de contratistas...”*, op. cit., pág. 362; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, *“Los problemas laborales...”*, op. cit., pág. 406 y NORES TORRES, Luis Enrique, *“La aplicación de las previsiones...”*, op. cit., pág. 57.

407 STS de 14 de diciembre de 1994, (Ar. 10093).

Sin importar la naturaleza del convenio, sea este estatutario o extraestatutario, sectorial o de empresa⁴⁰⁸, lo cierto es que la jurisprudencia ha insistido en señalar que las cláusulas subrogatorias de origen convencional, constituyen una excepción a la regla general y como tal, deben ser interpretadas con carácter restrictivo⁴⁰⁹. No obstante, algún sector de doctrina se ha manifestado disconforme con esta postura jurisprudencial, por entender que, no hay razón que fundamente la restrictividad interpretativa, toda vez que no existe una regla general de no subcontratación ni tampoco una excepción subrogatoria. En todo caso, señalan algunos autores, este tipo de cláusulas subrogatorias, constituyen “*derecho reconocido convencionalmente al trabajador, ni más ni menos excepcional que cualquier otro que en el convenio se reconozca*”⁴¹⁰.

3.4 La subrogación de origen contractual.

110. Las denominadas “cláusulas subrogatorias contractuales”.

Otro mecanismo válido para establecer la subrogación empresarial en supuestos de sucesión de contratos es el contrato mismo pactado entre partes. Suele así hablarse de las denominadas “cláusulas subrogatorias contractuales” que forman parte del elenco de obligaciones estipuladas en el contrato constitutivo de la contrata.

111. Sus límites.

Al igual que sucede con la subrogación de origen convencional, las cláusulas subrogatorias contractuales, gozarán de validez siempre y cuando

408 Respecto a la diversa casuística que puede presentarse con la aplicación de cláusulas subrogatorias convencionales según sea la naturaleza del convenio colectivo, véase NORES TORRES, Luis Enrique, “*La aplicación de las previsiones...*”, op. cit., págs. 58 y ss.

409 Así lo señalan entre otras las sentencias SSTS de 12 de marzo de 1997, (Ar. 2318); de 8 de junio de 1998, (Ar. 6693) y de 10 de diciembre de 2008, (Ar. 254). También sostienen este criterio, LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 155; GARCÍA ORTEGA, Jesús, “*La sucesión de contratistas*”, op. cit., pág. 361; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Los problemas laborales...*”, op. cit., pág. 399.

410 PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás. “*Los problemas laborales...*”, op. cit., pág. 399. pág. 399.

en ellas no se establezcan disposiciones que limiten o restrinjan el contenido preceptivo del artículo 44 del E.T. Complementariamente, es importante destacar, que para que opere la subrogación de tipo contractual se requiere siempre el consentimiento expreso del trabajador cedido. Al respecto, tanto la jurisprudencia como la doctrina son concuerdan en señalar que el pacto subrogatorio suscrito entre el contratista saliente y el contratista entrante no implica de manera automática una novación subjetiva del contrato de trabajo, razón por la cual, para que se den los efectos de la subrogación se requerirá en todos los casos del consentimiento del trabajador⁴¹¹, aspecto este que se tratará más adelante.

112. La utilización en los pliegos de condiciones de las adjudicaciones administrativas.

La subrogación de tipo contractual suele tener un amplio campo de aplicación en los esquemas de subcontratación utilizados por las Administraciones Públicas. En estos casos, la subrogación no se impone ex artículo 44 del E.T. sino contractualmente mediante el contrato administrativo que se trate. Las reglas de la subcontratación quedan previstas en el pliego de condiciones de la adjudicación administrativa que define el objeto del contrato.

Por lo general, en los pliegos de condiciones se especifica que el adjudicatario se subrogará en todas las condiciones legalmente establecidas en el contrato, y en la documentación complementaria se detallan los datos referentes a los trabajadores afectados por la subrogación, como pueden ser el nombre, categoría profesional, tipo de contrato, duración de la relación, etc.

La posibilidad de establecer la subrogación en el contrato Administrativo mediante el cual se adjudica la realización de una obra o gestión de un servicio público, se infiere de la propia Ley de Contratos del Sector Público,

411 Recogen este criterio entre muchas otras, SSTS de 11 de abril de 2000, (Ar. 3946); de 4 de noviembre de 2002, (Ar. 1624); de 3 de junio de 2005, (Ar. 5981) y de 8 de noviembre de 2005, (Ar. 10203).

En doctrina, por todos PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Los problemas laborales...*”, op. cit., pág. 407.

que en su artículo 120 establece las reglas sobre la información que debe requerir el órgano de contratación al adjudicatario cuando el contrato imponga a este la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales. De acuerdo con el citado artículo, la Administración deberá facilitar a los licitadores, ya sea en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicaría tal medida. Será obligación de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar, el proporcionar dicha información.

3.5 Los efectos generales de la subrogación en caso de sucesión de contratistas.

113. La continuidad de los contratos de los trabajadores adscritos a la contrata.

Sea cual sea el origen que tenga la subrogación, el principal efecto que de ella deriva es la continuidad de los contratos de aquellos trabajadores que estuviesen adscritos a la contrata en el momento de producirse la transmisión empresarial. No obstante, hay que advertir que el origen que tenga la subrogación condicionará el alcance subjetivo y objetivo de sus efectos.

3.6 Efectos y el alcance de la subrogación de origen legal.

114. La subrogación contractual y la responsabilidad solidaria

La subrogación de origen legal tendrá los efectos y alcances previstos en el artículo 44 del E.T., lo que implica, por un lado, que las relaciones laborales vigentes al momento de darse la sucesión de contratistas mantendrán su continuidad, y en consecuencia el nuevo contratista queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior. Por otro lado, la subrogación legal acarrea una responsabilidad solidaria entre el empresario cedente y el cesionario por las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

3.6.1 Alcance subjetivo.

115. Los distintos supuestos posibles

Conforme lo dispuesto en el citado artículo 44 estatutario, queda claro que en estos casos los efectos de la subrogación solo cubren a los trabajadores que estuviesen trabajando para el contratista saliente en el momento mismo en que opera la transmisión. Sin embargo, en la práctica, la delimitación del alcance subjetivo de la subrogación legal puede presentar dificultades cuando se trata de supuestos complejos, como ocurre cuando la empresa contratista mantiene simultáneamente varias contrataciones en ejecución y sus trabajadores laboran sucesivamente en varias de ellas; cuando se trata de algunos supuestos de contratación temporal; cuando se trate de trabajadores ausentes de la contrata en el momento de la cesión, o bien, cuando la sucesión de la contrata coincide o trae aparejada una reducción del objeto de la misma.

116. El trabajo simultáneo en varias contrataciones de la empresa contratista.

En relación al primero de los supuestos mencionados, la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde antaño se ha inclinado por excluir del mecanismo subrogatorio a aquellos trabajadores del contratista saliente que no estuviesen laborando de forma exclusiva para la contrata objeto de transmisión empresarial, estableciendo que en estos casos, los trabajadores deben continuar con el contratista saliente⁴¹².

Por su parte, la doctrina advierte sobre la necesidad de analizar en cada caso los movimientos de trabajadores que se dan entre contrataciones con fechas cercanas a la transmisión, ya que es común que se utilice la subrogación para trasladar a la contrata objeto de transmisión, aquéllos trabajadores que puedan resultar “problemáticos”, o bien, para sobredimensionar la plantilla

412 En este sentido se pronuncian las SSTS de 27 de junio de 1983, (Ar. 3053); de 27 de diciembre 1987, (Ar. 9087) y de 17 de julio de 1998, (Ar. 6527). En igual sentido la STSJ de Islas Baleares, de 27 de octubre de 1994, (Ar.4022) y STSJ de Andalucía, Granada, de 24 de noviembre de 1992, (Ar. 1388).

de trabajadores adscritos a la contrata, todo esto con fines fraudulentos⁴¹³. De constatarse la existencia de fraude por actos como los antes descritos, los trabajadores que hayan sido movilizados con tales fines quedarían excluidos de la subrogación, por lo que deberán continuar con el contratista saliente⁴¹⁴.

117. Los trabajadores temporales.

Tratándose de trabajadores con contratos temporales, importa mencionar que por regla general estos quedan excluidos de los efectos de la subrogación, salvo que se trate de contratos interinos por sustitución de trabajadores con derecho de reserva en el puesto o de contratos de fomento a la contratación temporal⁴¹⁵.

118. Los trabajadores ausentes con derecho a reinstalación.

Quedan también incluidos dentro del alcance de la subrogación, los trabajadores que hubiesen sido despedidos con anterioridad a la transmisión de la contrata, pero tiempo después queden amparados por un fallo judicial que ordene su reinstalación en el puesto, y todos aquellos que tengan derecho a la reincorporación por haberse acogido alguna causa suspensiva del contrato de trabajo.

119. La reducción del objeto de la nueva contrata.

En relación a los problemas que se puedan presentar cuando en la sucesión de contratistas se presenta una reducción del objeto de la contrata, habrá que distinguir aquellos casos en los que la reducción del objeto de la contrata es coincidente con el acto de subrogación, de aquellos otros donde la reducción ocurre con posterioridad al mismo. Para el primer caso, la jurisprudencia sostiene que el contratista entrante queda obligado a subrogarse sólo

413 PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Los problemas laborales...*”, op. cit., pág. 401.

414 PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás “*Los problemas laborales...*”, op. cit., pág. 403.

415 PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Los problemas laborales...*”, op. cit., pág. 403; NORES TORRES, Luis Enrique, “*La aplicación de las previsiones...*”, op. cit., pág. 79.

en los trabajadores que resulten necesarios para atender los requerimientos de la nueva dimensión del objeto de la contrata⁴¹⁶. Por consiguiente, el resto del personal de la contrata podrá ser cesado, en cuyo caso la responsabilidad por la finalización de sus contratos recae en exclusiva en el contratista saliente.

Cuando la reducción del objeto de la contrata ocurra con posterioridad a la sucesión de contratistas, dado que la subrogación ya ha operado, es claro que la responsabilidad derivada de la extinción de los contratos la asume el nuevo contratista⁴¹⁷.

3.6.2 Alcance objetivo.

120. La subrogación en los derechos y obligaciones laborales, individuales y colectivas, y de la Seguridad Social del contratista saliente.

Respecto al alcance objetivo o material que tiene la subrogación de tipo legal, del mismo artículo 44.1 del E.T. deja expresamente establecido que el contratista entrante queda “subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiera adquirido el cedente”.

Del texto del citado artículo 44 se desprende que las obligaciones laborales y de Seguridad Social pueden ser de origen contractual o convencional, y que en este último caso, la exigencia de tales obligaciones quedará sujeta a la vigencia misma del convenio colectivo aplicable al contratista saliente.

Debe entenderse que el contratista entrante asume una responsabilidad por la totalidad de las obligaciones laborales derivadas de los contratos de trabajo vigentes al momento de darse la transmisión, así como también por

416 Así se pronuncia el Tribunal Supremo en SSTs de 10 de julio de 2000, (Ar. 8295) y de 27 de octubre de 2000, (Ar. 9656). Han seguido este mismo criterio, entre otras, la STSJ de Galicia, de 5 de marzo de 2012, (Ar. 112975) y STSJ de Andalucía, Sevilla, de 12 de abril de 2012, (Ar. 1543).

417 NORES TORRES, Luis Enrique, “*La aplicación de las previsiones...*”, op. cit., pág. 84.

las obligaciones que surjan con posterioridad a esta, pero que deriven de situaciones protegidas por los efectos de la subrogación, como ocurre en el caso de trabajadores que habiendo sido despedidos con anterioridad a la sucesión de la contrata, tengan que ser readmitidos por el nuevo contratista.

En el ámbito de lo colectivo, la subrogación legal también despliega efectos importantes. El artículo 44 del E.T. regula situaciones especiales en este campo. Así en el apartado cuarto del artículo, se prevé la extensión de la aplicación del convenio colectivo que estuviese vigente en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva transferida, hasta tanto este no expire, o bien, hasta que entre en vigor un nuevo convenio que resulte aplicable al contratista entrante, sin perjuicio de que, una vez consumada la sucesión, el nuevo contratista pacte con los representantes de los trabajadores cosa en contrario.

De igual forma, el apartado quinto del artículo 44 del E.T. garantiza la permanencia de los representantes legales de los trabajadores y sus funciones en los mismos términos y condiciones que regían con anterioridad a la sucesión, cuando la entidad objeto de la transmisión mantenga su autonomía. El mismo artículo en sus apartados sexto y siguientes, impone al cedente y al cesionario una serie de obligaciones de información y consulta a los representantes legales de los trabajadores relacionadas con aspectos propios del acto de transmisión así como con las medidas laborales que puedan llegar a ser implementadas.

3.7 La responsabilidad solidaria.

121. El alcance de la responsabilidad solidaria.

Los efectos y alcances de la subrogación legal antes vistos, quedan condicionados a una responsabilidad solidaria entre el contratista saliente y el contratista entrante. Esta responsabilidad solidaria, según establece el artículo 44.3 del E.T. se extenderá durante tres años, contados a partir del momento en que se formaliza el acto de transmisión.

La responsabilidad solidaria prevista en el citado artículo 44.3 del E.T. guarda concordancia con la Directiva Comunitaria 2001/23/ CE que en su artículo 3.1 deja establecido que “*los Estados miembros podrán establecer*

que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieron origen obligaciones que tuvieron su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso”.

No obstante, debe quedar claro que el alcance subjetivo de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 44.3 del E.T. supera los alcances de la norma comunitaria ya citada, por cuanto mientras esta última, limita el alcance de la responsabilidad a los derechos y obligaciones de los contratos de trabajo vigentes a la fecha de la transmisión, el artículo estatutario la extiende para todas las obligaciones laborales que el empresario cedente tuviese pendientes a la hora de realizar la transmisión, incluyendo aquellas relacionadas con trabajadores que ya no trabajan para la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma objeto del traspaso.

De lo anterior, se desprende que a diferencia de lo que sucede con la garantía de continuidad de los contratos de trabajo, que como se ha dicho, aplica únicamente para los contratos vigentes al momento de la transmisión, la responsabilidad solidaria abarca todas las deudas laborales nacidas con anterioridad a la transmisión que el empresario cedente tuviese pendientes. En este sentido, el artículo 44.3 lo que dispone es una extensión de la garantía que supone la responsabilidad solidaria, a favor de todos aquellos trabajadores que ya no pertenecen a la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma cedida en el momento de la transmisión⁴¹⁸.

El Tribunal Supremo ha dicho que la interpretación que procede hacer sobre el alcance del artículo 44 del E.T., es la de que “...*el legislador español, yendo más allá del comunitario, ha establecido que, en caso de sucesión empresarial no solo se produce la subrogación de la nueva en los derechos y obligaciones del anterior respecto de los trabajadores cedidos, sino que ha mantenido la responsabilidad solidaria de ambas empresas respecto de las deudas laborales que la empresa cedente tuviera pendientes de abonar*”⁴¹⁹.

418 DEL REY GUANTER, Salvador y MARTÍNEZ FONS, Daniel, “*El régimen jurídico...*”, op. cit., pág. 256.

419 STS de 15 de julio de 2003, (Ar. 6108).

Según lo anterior, para los efectos laborales, la subrogación legal no se limita a colocar al empresario entrante en la posición del anterior, atribuyéndole todos los derechos y obligaciones de este último, sino que mantiene al empresario saliente en condición de responsable solidario respecto de todas las obligaciones laborales que estuviesen pendientes al momento de la transmisión, aún y cuando ya no sea el titular de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma.

Debe decirse que esta responsabilidad solidaria se aplica a todos los supuestos de transmisión empresarial, por lo que es vista como mecanismo dirigido a reforzar la posición del trabajador en su condición de acreedor y a garantizar la acción de cobro en cualquier supuesto, ya se trate de una transmisión legítima o de una transmisión fraudulenta⁴²⁰.

Es importante destacar que el Tribunal Supremo, refiriéndose a los alcances de este tipo de responsabilidad solidaria, ha dicho que la misma *“no significa que el sucesor deba responder por unas deudas ajenas sin más, sino que responderá sin perjuicio de poder reclamarlas del verdadero deudor; constituyendo tal previsión de solidaridad una garantía de seguridad jurídica tanto a favor de los trabajadores frente a posibles transmisiones fraudulentas llevadas a cabo en su perjuicio y en ocasiones sin su consentimiento como a favor de los empresarios responsables si se tiene en cuenta que esta responsabilidad además de solidaria no es ilimitada en el tiempo, sino que sólo se mantiene viva durante tres años a contar de la transmisión”*⁴²¹.

3.8 Los efectos y el alcance de la subrogación de origen convencional.

122. Sujeción a las previsiones establecidas en el convenio colectivo:
Tipología.

Tratándose de la subrogación empresarial de origen convencional, sus efectos y alcances quedarán condicionados a las previsiones contenidas en el

420 GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *“La tutela de los trabajadores...”*, op. cit., pág. 200.

421 STS de 15 de julio de 2003, (Ar. 6108).

propio convenio. En la práctica, es común que los convenios colectivos establezcan una serie de condiciones mediante las cuales se limitan los efectos de la subrogación, que de hecho suelen ser más limitados que los que derivan de la subrogación legal.

Las cláusulas subrogatorias que suelen pactarse en los convenios colectivos se limitan a reconocer el derecho a la continuidad en el puesto para los trabajadores vinculados a la contrata, y a establecer determinadas obligaciones de información para el contratista saliente⁴²².

Por lo general, este tipo de cláusulas subrogatorias condicionen la garantía de continuidad a un periodo mínimo de permanencia previa de los trabajadores en la actividad objeto de la contrata, como también es común que se dispongan reglas especiales para aplicar reconocer el derecho de continuidad a aquéllos trabajadores que se desempeñan de manera simultánea en dos o más contrata⁴²³.

Rara vez las cláusulas subrogatorias convencionales incluyen disposiciones relativas a la corresponsabilidad que puedan tener el contratista saliente y el contratista entrante por deudas laborales y de Seguridad Social, lo que impide en estos casos, el poder exigir la responsabilidad solidaria tal y como acontece en los supuestos de subrogación legal⁴²⁴. En este sentido, el deber de subrogación previsto en el convenio colectivo se limita a exigir que el contratista saliente aporte determinada documentación al contratista entrante mediante la cual se acredite el cumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social, lo que en ocasiones se hace acompañar de una especie de “causa eximente” del deber de subrogación, si el contratista entrante no cumple a cabalidad dicha obligación⁴²⁵.

422 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 162.

423 PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Los problemas laborales...*”, op. cit., pág. 402.

424 NORES TORRES, Luis Enrique, “*La aplicación de las previsiones...*”, op. cit. pág. 87.

425 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 163.

123. Naturaleza de las normas convencionales.

Debe advertirse que las limitaciones a los efectos de la subrogación que se prevén en este tipo de cláusulas convencionales, no suponen ningún problema de legalidad en tanto dichas cláusulas atienden a supuestos no previstos en la normativa estatutaria, de modo que su contenido, aún y cuando quede limitado por la exigencia de condiciones y requerimientos especiales, implica siempre una extensión de la garantía que ofrece la subrogación legal prevista en el art. 44 del E.T. La doctrina sentada por el Tribunal Supremo, establece que cuando no se dan los requisitos legalmente previstos la subrogación puede producirse por mandato del convenio colectivo y para estos supuestos no se aplica el régimen previsto en la Ley, sino el previsto en el convenio con sus requisitos y consecuencias de la cláusula del convenio aplicable⁴²⁶.

Sobre este último aspecto resulta de especial relevancia lo resuelto por el Tribunal Supremo en la sentencia de fecha 7 de abril de 2016 (Ar.1702) en la que se analiza un caso de subrogación por sucesión de contratistas prevista en un convenio colectivo. Se trata de un supuesto de subrogación especial, en el que no concurren los requisitos legalmente previstos para la subrogación. El Tribunal, que parte de la doctrina antes vista, conforme a la cual en estos casos, la subrogación solo se producirá si se cumplen las exigencias previstas en el convenio y con los efectos que allí se dispongan, considera válida la cláusula convencional que dispone la subrogación aún si esta ha quedado establecida con garantías inferiores a las previstas en el art. 44 del E.T. Y es que, de acuerdo sostiene la citada sentencia la relación entre el artículo 44 del E.T. y la norma convencional *“se produce en términos de complementariedad o concurrencia no conflictiva ya que la norma convencional, regulando una realidad diferente, la mejora, aplicando uno de los efectos que la norma legal ha previsto para su propia regulación”*. Así, según el razonamiento que expone la sentencia, al tratarse de un supuesto de subrogación no contemplado en

426 STS de 10 de diciembre de 1997 (Ar. 736); STS de 29 de enero de 2002 (Ar. 4271); STS de 23 de mayo de 2005 (Ar. 9701) y STS de 24 de julio de 2013 (Ar. 6797).

el citado artículo 44 del E.T., la cláusula termina siendo más beneficiosa para los trabajadores, en tanto sin ella la subrogación no sería posible.

Evidentemente, las consecuencias que se derivan de la tesis del Alto Tribunal no repercuten en los criterios para determinar en casos hay o no subrogación en caso de sucesión de contratistas, pero sí en las consecuencias que se pueden desprender de la subrogación cuando esta viene determinada por el convenio colectivo para supuestos no previstos en la norma legal. Al parecer el Tribunal no logra deslindar claramente la diferenciación entre lo que viene a ser los requisitos y límites que pueden las partes establecer en el convenio colectivo para que opere la subrogación, con las garantías legales que ella comporta. Lo primero bien pueda quedar a voluntad de partes. Lo segundo se encuentra establecido por ley, según lo previsto en el art. 44 del E.T.

3.9 Los efectos y el alcance de la subrogación de origen contractual.

124. Sujeción a las previsiones contractuales.

Al igual que sucede con la subrogación de origen convencional, los efectos y alcances de la subrogación establecida por vía contractual suelen ser mucho más limitados que los previstos en la normativa estatutaria.

Por lo mismo, los efectos y alcances de la subrogación contractual serán los establecidos en las estipulaciones particulares pactadas en el contrato, o bien, en aquellas que se fijen en el pliego de condiciones cuando se trate de contratos realizados por las Administraciones Públicas. Por consiguiente, habrá en cada caso que atender puntualmente lo que disponga la respectiva cláusula subrogatoria.

De presentarse alguna duda respecto a los efectos y alcances que pueda tener una cláusula subrogatoria de este tipo, habrá en todo caso que aplicar las reglas de interpretación de los contratos de conformidad con lo que se establece en los artículos 1281 y ss. del Código Civil⁴²⁷.

427 PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Los problemas laborales...*”, op. cit., pág. 400; NORES TORRES, Luis Enrique, “*La aplicación de las previsiones...*”, op. cit., pág. 76.

3.10 El carácter obligatorio y vinculante de la subrogación empresarial.

125. La obligatoriedad de la subrogación empresarial como cláusula contractual.

Por regla general, la subrogación es obligatoria para el contratista entrante, cualquiera que sea el origen que ella tenga, ya sea este legal, convencional o contractual. Sin embargo, el grado de obligatoriedad puede variar según la fuente normativa de donde provenga la subrogación.

126. En el caso de una subrogación legal.

En el caso de la subrogación de origen legal, el contratista entrante queda obligado a los efectos subrogatorios previstos en el artículo 44 del E.T., lo que implica que deberá mantener la continuidad de todos los contratos de trabajo vigentes para el momento de la transmisión y asumir todas las obligaciones laborales y de Seguridad Social correspondientes. El incumplimiento por parte del contratista entrante puede ser visto como un despido improcedente y por ende, sancionable con las consecuencias legales que se establecen en el artículo 56 del E.T.

También, por regla general, tratándose de los trabajadores, la subrogación en todos los casos resulta voluntaria. Sin embargo, este carácter voluntario tiene efectos muy limitados, por cuanto implica el derecho del trabajador a decidir si continúa o no con el nuevo contratista, pero no el de exigir que se le mantenga como trabajador del contratista saliente.

En la subrogación de origen legal, si el trabajador decide no proseguir la relación con el nuevo contratista, su negativa constituye una extinción del contrato por dimisión según lo dispuesto en el artículo 49.1.d) del Estatuto de Personal, por lo que tampoco podrá demandar el pago de las indemnizaciones que puedan corresponderle. Esta regla tiene su excepción en el caso del personal de alta dirección, que bajo el mismo supuesto tendrá el derecho de extinguir el contrato de trabajo reclamando el pago de las indemnizaciones que le correspondan, por así disponerlo el Real Decreto RD 1382/1985 en su artículo 10.3.d).

127. En el caso de una subrogación convencional.

Cuando la subrogación es de origen convencional, la obligatoriedad de la misma dependerá del ámbito funcional y territorial del mismo ya que, las cláusulas subrogatorias no podrán vincular a aquéllos contratistas entrantes que se encuentren fuera del ámbito de aplicación del convenio que se trate. Por consiguiente, las cláusulas subrogatorias pactadas en el convenio colectivo del contratista saliente no podrán obligar al contratista entrante si este no se encuentra vinculado al convenio. De encontrarse ambos contratistas, saliente y entrante, vinculados al mismo convenio, la obligatoriedad de la cláusula subrogación tendrá el mismo sentido que tiene la subrogación de tipo legal, puesto que el convenio colectivo goza de eficacia normativa similar a la ley⁴²⁸.

Para los trabajadores la subrogación de origen convencional también es voluntaria, pero en este caso, la voluntariedad del trabajador tiene consecuencias distintas de las que tiene en la subrogación legal. Y es que, un sector mayoritario de la doctrina, considera que para que pueda producirse la subrogación convencional se hace necesario el consentimiento expreso del trabajador, y en caso de que este no lo diese, el contratista saliente se vería obligado a mantenerlo en su puesto de trabajo, si bien, con derecho a despedirlo por existir causa objetiva en los términos que prevé el artículo 52 c) del E.T. ⁴²⁹, en cuyo caso, el trabajador tendrá derecho al pago de las indemnizaciones correspondientes.

128. En el caso de una subrogación contractual.

Finalmente, en lo que respecta a la subrogación de origen contractual, hay que decir que también resulta obligatoria para el contratista entrante en los términos pactados en el contrato o impuestos en el pliego de condiciones, pero absolutamente voluntaria para el trabajador, ya que como se ha visto

428 NORES TORRES, Luis Enrique, *“La aplicación de las previsiones...”*, op. cit., pág. 92.

429 En este sentido se pronuncian entre otros, PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, *“Los problemas laborales...”*, op. cit., pág. 407; NORES TORRES, Luis Enrique, *“La aplicación de las previsiones...”*, op. cit., pág. 94.

antes, en estos casos el consentimiento del trabajador es condición necesaria para que puedan darse los efectos subrogatorios.

Sobre este último aspecto el Tribunal Supremo sostiene que *“la novación que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor”*). Ello quiere decir que la cesión de contratos que está en el origen de la subrogación contractual, y la propia subrogación empresarial resultante, son en principio lícitas, si bien no operan automáticamente sino que requieren el consentimiento de los trabajadores afectados. (...) Así las cosas, no cabe una declaración general de ilegalidad y anulación de las subrogaciones y cesiones de contrato efectuadas. Estas son lícitas en principio; y pueden ser válidas o no, respecto de cada trabajador individual, según se haya obtenido o no el consentimiento del mismo... ”⁴³⁰.

Por lo demás, es importante destacar que la misma jurisprudencia citada, destaca que el consentimiento del trabajador en estos casos, si bien puede darse de manera tácita o expresa, lo cierto es que debe tenerse acreditado como una manifestación personal del trabajador, no pudiendo esta ser sustituida por la voluntad de los representantes de los trabajadores.

Finalmente, importa decir que la negativa por parte del trabajador de integrarse al plantilla del nuevo contratista, tendrá las mismas consecuencias antes vistas para el caso de la subrogación de origen convencional, esto es, el trabajador tendrá derecho a continuar con el contratista saliente, si bien éste podrá despedirlo por existir causa objetiva en los términos que lo prevé el artículo 52 c) del E.T. en cuyo caso, el trabajador tendrá derecho al pago de las indemnizaciones correspondientes al despido objetivo, art. 53 E.T.

3.11 Las particularidades que presenta la subrogación en supuestos de contrataciones celebradas por las administraciones públicas.

La aplicación de las anteriores consideraciones relativas a la transmisión de empresa en casos de sucesión de contrataciones, enfrenta situaciones

430 STS de 16 de noviembre de 2005, (Ar. 2634).

particulares cuando se trata de contrataciones celebradas por las Administraciones Públicas. En este sentido, el principal problema que suscita la aplicación de las reglas de transmisión de empresas a la sucesión de contrataciones celebradas por las entidades públicas se presenta en los supuestos de reversión a manos de la Administración Pública de la actividad previamente externalizada⁴³¹.

La doctrina sostiene que el carácter público del empleador no impide o limita la aplicación de las previsiones legales propias de la transmisión de empresa, de modo que en aquellos casos en los que opere una sucesión de contrataciones celebradas en el sector público por reversión de la actividad a manos de la Administración Pública, y esta reúna los requisitos constitutivos de la transmisión⁴³², también traerá aparejados los efectos legales correspondientes, esto es, mantenimiento de las relaciones laborales de los trabajadores afectados y la subrogación del nuevo titular de la explotación en la posición que ocupaba el hasta entonces contratista concesionario⁴³³.

431 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “*Subcontratación de concesiones administrativas...*”, op. cit., pág. 140 y ss; y “*Medidas de racionalización del sector público. Incidencia sobre la estabilidad del personal laboral*”, Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 37, setiembre de 2015; NORES TORRES, Luis Enrique, “*La reversión de contrataciones en el sector público y sus principales implicaciones laborales*”, Revista de Jurisprudencia El Derecho, núm. 2, marzo 2016; MONEREO PÉREZ, José Luis, “*Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos*”, Temas Laborales, núm. 135, 2016, págs. 270 y ss; SALA FRANCO, Tomás, “*Acerca de los derechos de los trabajadores en los casos de reversión de la gestión de servicios públicos por las administraciones públicas*” en prensa; FERNÁNDEZ AVILÉS, José Francisco, “*Aspectos laborales de la reversión de los servicios públicos*” Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 407, 2016; DE LA PUEBLA PINILLA, Ana., “*Problemas laborales en la remunicipalización de los servicios públicos*”, Trabajo y Derecho, núm. 17, 2016, pág. 113.

432 Tal y como ya se ha visto en los apartados anteriores, para que la transmisión de empresa pueda operar se hace necesario la concurrencia de dos requisitos. Uno de carácter subjetivo que exige el cambio real en la titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, y otro de tipo objetivo, que se cumple con la en la transmisión efectiva del conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.

433 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “*Subcontratación de concesiones administrativas...*”, op. cit., pág. 142; y “*Medidas de racionalización del sector público. Incidencia sobre la estabilidad del personal laboral*”, Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 37, setiembre de 2015, pág. 8; NORES TORRES, Luis Enrique, “*La reversión de contrataciones en el sector público y sus principales implicaciones laborales*”, Revista de Jurisprudencia El Derecho, núm. 2, marzo 2016, pág. 4. SALA FRANCO, Tomás, “*Acerca de los derechos de*

En la misma línea se ha pronunciado tanto la jurisprudencia comunitaria⁴³⁴ como la nacional⁴³⁵ que interpretan la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas y el art. 44 del E.T. en ese sentido.

En todo caso, la Directiva comunitaria en su artículo 1.1. c) establece de manera expresa que “*la presente Directiva será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro*”, por lo que no debe haber duda respecto al alcance que tiene el ámbito aplicativo de dicha normativa.

Sí ha de entenderse que la subrogación que opera en estos casos es de origen legal, pues si bien, nada impide según se ha visto, que los convenios colectivos sectoriales establezcan cláusulas subrogatorias, que pueden aplicar a las sucesión de contratas, lo cierto es que en todos los casos habrá de respetarse el ámbito de aplicación del respectivo convenio colectivo, siendo que por regla general las Administraciones Públicas quedan fuera del ámbito de aplicación de estos convenios colectivos, por lo que tampoco les serán de aplicación las cláusulas subrogatorias que en ellos se estipulan⁴³⁶.

De igual forma, es perfectamente posible que la Administración a la hora de definir las condiciones generales que aplican a la contrata, pueda establecer en el pliego de condiciones reglas de subrogación para el caso de sucesión de contratas, en cuyo caso habrá que estar a lo que en ellas quede establecido⁴³⁷. Sin embargo, debe advertirse que para el supuesto de reversión de la contrata a manos de la Administración, cualquier regla así establecida

los trabajadores en los casos de reversión de la gestión de servicios públicos por las administraciones públicas” (en prensa).

434 Entre otras STJUE de 29 de julio de 2010, de 20 de enero de 2011 o de 26 de noviembre de 2015 la STJUE de 20-1-11, asunto CLECE-Ayuntamiento de Cobisa, C-463/2009 EDJ 2011/639 , sostuvo una postura similar. En fin, recientemente, la STJUE 26-11-15, asunto ADIF/ALGEPOSA C-509/14 EDJ 2015/213106.

435 Por todas, SSTS de 4 de abril o de 17 de mayo de 2000, (Ar. 2614) (Ar. 4620) y de 30 de mayo de 2011 (Ar. 2192/10).

436 Así lo ha establecido el Tribunal Supremo en STS de 17 de junio de 2011, (Ar. 147469).

437 STS de 4 de junio de 2013, (Ar. 5357).

habrá de respetar las exigencias constitucionales y legales que aplican para el acceso al empleo público⁴³⁸.

129. La colisión entre los efectos de la subrogación y requerimientos legales para acceder al empleo público.

Ahora bien; lo relevante a destacar es que la aplicación del instituto de la transmisión de empresas en casos de reversión de la contrata a manos de la Administración Pública, en estricto apego a las disposiciones establecidas tanto en la Directiva comunitaria como en el Art. 44 del E.T. plantea un serio problema que tiene que ver con la colisión que ocurre entre los efectos de la subrogación propios de la sucesión de la contrata, y los requerimientos constitucionales y legales que deben seguirse para acceder al régimen de empleo público (principios de igualdad, capacidad y mérito).

Y es que cuando la Administración decide recuperar la ejecución de la actividad o la prestación del servicio público antes concesionado a través de una contrata, para en lo sucesivo llevar a cabo la prestación por su propia cuenta, quedará obligada a mantener la continuidad de las relaciones laborales de los trabajadores afectados, a la vez que subrogada en los derechos y obligaciones del anterior contratista concesionario, pues son estas las consecuencias jurídicas propias de la transmisión de empresa que allí opera.

Resulta claro que la garantía de continuidad de las relaciones de trabajo en estos casos conduce necesariamente a la incorporación de los trabajadores afectados por la transmisión a la plantilla de la entidad, lo que supondría una especie de “acceso directo” a un puesto de empleo público. Evidentemente, esta situación constituye una violación de los principios constitucionales y legales que regulan el acceso al empleo público y una inobservancia de la realización del procedimiento administrativo necesario para garantizar los parámetros de mérito y capacidad⁴³⁹.

438 NORES TORRES, Luis Enrique, “*La reversión de contratas en el sector público...*”, op. cit., pág. 5; DE LA PUEBLA PINILLA, Ana., “*Problemas laborales en la remunicipalización de los servicios públicos*”, op. cit., 117.

439 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “*Subcontratación de concesiones administra-*

130. Las posibles soluciones para conciliar la colisión entre los efectos de la subrogación y los principios que rigen el acceso al empleo público.

Hasta ahora, la doctrina ha planteado algunas alternativas que buscan conciliar los efectos de la reversión de la actividad o servicio público antes adjudicado a consecuencia de la sucesión de la contrata, con los requerimientos legales necesarios para acceder al empleo público. Así se han planteado al menos cuatro posibles soluciones al problema planteado.

131. La aplicación automática de la Directiva comunitaria.

Una posible solución pasa por aplicar de manera automática la Directiva comunitaria y el Art. 44 del E.T., de modo que la Administración se subroga para todos los efectos los contratos indefinidos fijos planilla que los trabajadores tenían con la empresa contratista antigua concesionaria, por lo que estos mantendrán tal condición en la planilla de la Administración. El fundamento de esta alternativa, se sustenta en el principio de preminencia aplicativa de la normativa comunitaria sobre el derecho interno⁴⁴⁰.

El problema que plantea esta posible solución es que implicaría que los trabajadores ingresen a la plantilla de la Administración por la “puerta de atrás”, de manera subrepticia, obviando el procedimiento reglamentario para el acceso a un puesto de empleo público, todo lo cual supone a la vez un trato ventajoso para ellos y desigual en perjuicio de los demás ciudadanos⁴⁴¹.

tivas...”, op. cit., pág. 146; NORES TORRES, Luis Enrique, “*La reversión de contratas en el sector público...*”, op. cit., pág. 5; SALA FRANCO, Tomás, “*Acerca de los derechos de los trabajadores en los casos de reversión de la gestión de servicios públicos por las administraciones públicas*”, op. cit.; FERNÁNDEZ AVILÉS, José Francisco, “*Aspectos laborales de la reversión de los servicios públicos*”, op. cit; pág. 7.

440 TODOLÍ SIGNES, Adrián, “*Situación laboral de los trabajadores tras una sucesión de empresas según la entidad receptora del servicio*”, en AAVV. [Adrián Todolí Signes (Dir.)], *La remunicipalización. Reversión de la gestión directa de servicios públicos, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, Aranzadi, (en prensa).

441 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “*Subcontratación de concesiones administrativas...*”, op. cit., pág. 148; SALA FRANCO, Tomás, “*Acerca de los derechos de los trabajadores en los casos de reversión de la gestión de servicios públicos por las administraciones públicas*”, op. cit.

132. La utilización de la figura del “trabajador indefinido no fijo de plantilla”.

Se ha propuesto también aplicar la figura de la contratación temporal irregular, de manera que se entiende que la Administración asume los contratos de trabajo del anterior contratista concesionario bajo la modalidad de contratos indefinidos pero ocupados de manera provisional hasta tanto el puesto desempeñado sea cubierto en forma definitiva a través del procedimiento legal correspondiente⁴⁴².

Se trata de resolver el problema, mediante la utilización de la figura denominada “trabajador indefinido no fijo de plantilla”, creada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para dar respuesta a la situación en la que quedaban los trabajadores que habían sido objeto de una contratación temporal en fraude de ley por parte de la Administración⁴⁴³. Esta doctrina desarrollada por primera vez por el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de setiembre de 1996 (Ar. 6954)⁴⁴⁴, se encuentra también prevista en en los Arts. 8.2 c) y 11.1 del Estatuto Básico de Empleo Público (EBEP)⁴⁴⁵ en los que se distingue a los denominados “trabajadores indefinidos” de los denominados “trabajadores fijos”.

De acuerdo con esta doctrina jurisprudencial, el trabajador fijo de plantilla es aquél que ha accedido a un puesto de trabajo en la Administración mediante la superación del proceso de selección correspondiente y, por

442 Se pronuncian con reservas a favor de esta posibilidad, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “*Subcontratación de concesiones administrativas...*”, op. cit., pág. 147; NORES TORRES, Enrique, “*La reversión de contrataciones en el sector público...*”, op. cit., pág. 5.

443 LLUCH CORELL, Francisco Javier, “*La situación de los trabajadores indefinidos en la Administración Pública desde la reforma laboral del año 2013*”, Revista de Jurisprudencia, núm. 1, 5 de diciembre de 2013, (Documento versión digital).

444 Reiterada en sentencias posteriores, entre las que se citan: SSTS de 29 de mayo de 2000 (Ar. 4804); de 8 de junio de 2011 (Ar. 5937); de 22 de julio de 2013 (Ar. 7657); de 23 de octubre de 2013 (Ar. 2766); de 13 de enero de 2014 (Ar. 1262). La tesis también ha sido seguida en sentencias de los Tribunales Superiores, tales como las SS.TSJ de Canarias/Las Palmas, de 16 de enero de 2009 (Ar. 855) y de Castilla-León/Valladolid, de 9 de noviembre de 2011 (Ar. 40710).

445 Ley 7/2007, de 12 de abril, BOE núm. 89 de 13 de abril de 2007.

tanto, con pleno respeto y observancia de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como de legalidad administrativa. En tanto, el trabajador indefinido no fijo es aquél que ha accedido al puesto de trabajo mediante una contratación irregular⁴⁴⁶.

Por otro lado, en cuanto a la aplicabilidad de la figura del trabajador indefinido no fijo, se ha dicho que al no existir un contrato específico que corresponda a tal denominación, bien puede articularse a través de un contrato ordinario indefinido, previendo que cuando se produzca la cobertura definitiva del puesto o su amortización, se procederá con la extinción pagando la indemnización correspondiente. Otra opción sería incluir en el clausulado una referencia a que el contrato se extinguirá cuando se lleve a cabo la cobertura definitiva del puesto o se proceda a su amortización, también en este caso abonando la indemnización que corresponda, o bien, como tercera opción se podría introducir la misma previsión como de condición resolutoria⁴⁴⁷.

En cualquiera de los casos, la consecuencia jurídica más relevante que tiene la aplicación de la figura del “trabajador indefinido no fijo” es que permite a la Administración mantener la vigencia de los contratos de trabajo de los trabajadores afectados con la transmisión hasta que el puesto se cubierto de manera definitiva por el procedimiento reglamentario correspondiente o que el mismo se amortizara. En el primer caso, si el trabajador supera las pruebas pasaría a ocupar el puesto en condición de “trabajador fijo”, de lo contrario, se extinguiría su contrato, teniendo derecho a la indemnización prevista en el Art. 49.1 c) del ET⁴⁴⁸. En el segundo caso, de darse la amortización del puesto, tendría derecho a la indemnización por despido objetivo por causa organizativa según lo previsto en los Arts. 52 y 53 del E.T.⁴⁴⁹

446 Algún sector de la doctrina entiende que existe identidad de razón entre el supuesto que pretende resolver la figura del trabajador indefinido no fijo y la planteada en caso de transmisión de empresa a favor de las Administraciones Públicas. DE LA PUEBLA PINILLA, Ana., “*Problemas laborales en la remunicipalización de los servicios públicos*”, op. cit., pág. 120.

447 Las tres opciones las plantea NORES TORRES, Enrique, “*La reversión de contratos en el sector público...*”, op. cit., pág. 6.

448 STS de 23 de octubre de 2013, (Ar. 2766).

449 STS 29 de octubre de 2014, (Ar. 5855).

El problema que suscita esta alternativa es que si bien con ella se logra dar cumplimiento al procedimiento legal para acceder a un puesto de empleo público, siempre implicaría una violación de la Directiva comunitaria, y esto por varias razones. En primer lugar, porque los trabajadores afectados con la transmisión –reversión de la contrata-, ya tenían consolidado con la empresa contratista concesionaria un “contrato indefinido fijo de plantilla”, de modo que el cambio en el tipo contractual que operaría al ingresarlos a la Administración con un contrato “contrato de trabajo indefinido no fijo de plantilla”, supone un incumplimiento de la obligación de mantener el contrato con el mismo alcance éste tuviera con anterioridad a la transmisión, según lo ordenado por la citada Directiva⁴⁵⁰. Tal situación no solo afecta a los trabajadores que antes de la reversión eran indefinidos, sino a los trabajadores que estuviesen contratados por obra o servicio determinado, pues en estos podría interpretarse que al desaparecer el contrato entre la empresa y Administración desaparece la causa de temporalidad⁴⁵¹.

En segundo lugar, por esta vía se estaría propiciando la coexistencia de dos regímenes jurídicos distintos para un mismo puesto de trabajo, esto para el caso de que los trabajadores afectados con la transmisión pasaran a ocupar puestos funcionariales o estatutarios, pues los puestos originales son de naturaleza laboral⁴⁵². En tercer lugar, porque la misma situación de incumplimiento ocurriría en caso que opera la extinción del contrato, ya sea porque el trabajador no supera el procedimiento reglamentario para obtener el nombramiento, ya sea porque opere una amortización del puesto.

450 SALA FRANCO, Tomás, “*Acerca de los derechos de los trabajadores en los casos de reversión de la gestión de servicios públicos por las administraciones públicas*”, op. cit; MONEREO PÉREZ, José Luis, “*Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos*”, op. cit; pág. 279.

451 DE LA PUEBLA PINILLA, Ana., “*Problemas laborales en la remunicipalización de los servicios públicos*”, op, cit., pág. 119; TODOLÍ SIGNES, Adrián, “*Situación laboral de los trabajadores tras una sucesión de empresas según la entidad receptora del servicio*”, op. cit.

452 SALA FRANCO, Tomás, “*Acerca de los derechos de los trabajadores en los casos de reversión de la gestión de servicios públicos por las administraciones públicas*”, op. cit.

133. La utilización de la figura del trabajador interino.

Otra alternativa que se ha planteado consiste en considerar al trabajador en situación de interinidad hasta tanto la plaza sea ocupada de forma definitiva, en cuyo caso se podría computar como mérito en el concurso de oposición llevado a cabo, todo periodo de antigüedad acumulado tanto en servicio de la anterior empresa concesionaria como de la propia Administración⁴⁵³. Se trata de una figura contractual muy similar a la del “trabajador indefinido no fijo de plantilla”, y que en la práctica tendría los mismos efectos, quedando también el nombramiento definitivo en estos casos sujeto a las mismas condicionamientos. La identidad que existe entre ambas figuras, permite también cuestionar la conveniencia de esta segunda alternativa, por las mismas razones que se han expuesto antes respecto a la doctrina del trabajador indefinido no fijo.

134. La utilización del despido colectivo.

También se ha planteado la posibilidad de que la Administración se subrogue en todos los efectos los contratos indefinidos fijos de plantilla que los trabajadores han consolidado con la empresa contratista antes concesionaria, y acto seguido proceda a realizar un despido colectivo con base en lo que dispone el art. 51 del E.T. Esto es, alegando razones organizativas por observancia de las exigencias constitucionales y legales que aplican para el acceso al empleo público, en cuyo caso deberá pagar las indemnizaciones correspondientes⁴⁵⁴.

Esta posibilidad, si bien puede encajar en la disposición que contempla la Directiva comunitaria en su Art. 4.1, que posibilita los despidos en el marco de la transmisión de empresa, cuando estos obedecen a razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del

453 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “*Subcontratación de concesiones administrativas...*”, op. cit., pág. 148.

454 SALA FRANCO, Tomás, “*Acerca de los derechos de los trabajadores en los casos de reversión de la gestión de servicios públicos por las administraciones públicas*” op. cit.

empleo, lo cierto es que también enfrenta dos graves inconvenientes. Para empezar, no queda claro que la exigencia de requerimientos de orden constitucional y legal, pueda constituir una “causa objetiva organizativa” para con ello obviar las garantías de continuidad en el empleo que ordena la Directiva Comunitaria. En segundo lugar, supone un alto costo para la Administración toda vez que tendría que abonar la indemnización legal por despido colectivo, a todos los trabajadores afectados por la transmisión⁴⁵⁵.

135. La necesaria intervención legislativa

En definitiva, el problema que se viene exponiendo no tiene una solución fácil. Al parecer la mejor vía para resolver la incompatibilidad existente entre los efectos de la subrogación que acarrea la reversión de las contrataciones a manos de las Administraciones Públicas y las exigencias de orden constitucional y legal que regulan el acceso al empleo público, es la intervención legislativa, lo que necesariamente demandaría la armonización de la normativa comunitaria con la legislación interna hasta ahora vigente. Para esto último, sería recomendable como paso previo, plantear una cuestión consultiva al TJUE a fin de que este se pronuncie sobre el tema⁴⁵⁶.

4. La subcontratación y los grupos de empresas.

136. La subcontratación en el seno de los grupos de empresas: Su licitud.

En apartados anteriores se ha hecho referencia al grupo de empresas como instrumento o mecanismo idóneo para articular procesos de descentralización productiva, así como al tratamiento jurídico que desde el ámbito del Derecho del Trabajo se le ha venido dando por parte de la doctrina y jurisprudencia.

Interesa ahora poner la atención en la íntima relación que existe entre la subcontratación laboral y la estructura del grupo empresarial.

455 SALA FRANCO, Tomás, “*Acerca de los derechos de los trabajadores en los casos de reversión de la gestión de servicios públicos por las administraciones públicas*” op. cit..

456 SALA FRANCO, Tomás, “*Acerca de los derechos de los trabajadores en los casos de reversión de la gestión de servicios públicos por las administraciones públicas*” op. cit.

Como punto de partida, debe decirse que es práctica común y de uso frecuente entre las empresas conglomeradas bajo el esquema de grupo empresarial, el acudir a la contratación de obra y servicios entre ellas mismas. El uso de la subcontratación entre empresas del mismo grupo puede atender a muchos motivos que atienden en última instancia a la optimización de los recursos y a la reducción de costes laborales.

No es del todo extraño que la idea de la subcontratación esté presente desde el momento mismo de la conformación del grupo, incluso como factor decisivo de su nacimiento, a fin de articular la descentralización del proceso productivo a través de empresas filiales que se desprenden de la principal como entidades especializadas en ciertas tareas o actividades productivas, cuya ejecución continúa totalmente coordinada mediante la técnica de la subcontratación a través de contratos de obras y servicios acordadas entre todas las empresas del grupo o entre algunas de ellas. De igual forma, en muchas ocasiones la creación del grupo de empresas es el resultado mismo de la experiencia compartida por varias empresas que de previo han establecido fuertes vínculos entre sí a través de la subcontratación de obras y servicios⁴⁵⁷.

Esta usual convergencia que se da entre la estructura del grupo de empresa y la técnica de subcontratación acordada entre empresas del mismo grupo, plantea algunas situaciones particulares que han llamado la atención de la disciplina del Derecho del Trabajo.

De entrada debe advertirse que existe consenso en la doctrina en reconocer la legalidad de la práctica de la subcontratación dentro de la estructura del grupo de empresa, siempre y cuando esta se ajuste a los requerimientos legales exigibles a las contratadas y subcontratadas, según lo establecido en el artículo 42 del E.T⁴⁵⁸.

457 ESTEVE SEGARRA, María Amparo, “*Grupo de sociedades y contrato de Trabajo*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 198; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 381.

458 En este sentido se pronuncia entre otros, CAMPS RUIZ, Luis Miguel. “*La problemática jurídico-laboral...*”, op. cit., pág. 83; MORENO GENÉ, JOSEP, “*Los grupos de empresas públicos. Identificación del empresario responsable*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002,

Ciertamente, la doctrina aborda el análisis de la subcontratación vinculada al grupo de empresas de manera diferenciada, según se trate de subcontratación externa o subcontratación interna, entendiéndose que se da la primera cuando la empresa contratista que realiza la contrata no forma parte del grupo, en tanto la segunda ocurre en todos aquellos casos en los que la empresa contratista integra la estructura empresarial que compone el grupo.

137. Supuesto de subcontratación externa al grupo.

Tratándose de la primera modalidad, la subcontratación no presenta –al menos en tesis de principio– ninguna particularidad que justifique o amerite un tratamiento jurídico distinto del que recibe la figura de la contrata bajo el régimen normativo del artículo 42 del E.T. Se entiende que en estos casos, tratándose de una contrata de la propia actividad, la responsabilidad solidaria derivada de la contrata alcanza únicamente a la empresa contratista y a la empresa del grupo que figure como comitente de la contrata.

138. Supuesto de subcontratación interna al grupo.

Situación distinta ocurre con la subcontratación interna, por cuanto al estar la empresa contratista inserta en la estructura del grupo, el vínculo que esta tenga con las demás empresas del grupo puede condicionar la autenticidad de la contrata. La estrecha relación que mantienen las empresas integrantes del grupo hace que la contrata celebrada entre ellas se desenvuelva en una zona gris donde la frontera que separa la auténtica contrata de la cesión ilícita de trabajadores o pseudocontrata, las más de las veces es apenas perceptible.

La línea divisoria entre la auténtica contrata y la cesión ilícita de trabajadores dentro de la estructura del grupo se torna mucho más delgada y por ende difícil de determinar, en los casos donde la integración del grupo no

pág. 137; HERRERA DUQUE, María Jesús, “*Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico*”, Ciss, Valencia, 2000, pág. 49; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “*La regulación jurídico-laboral de los grupos de sociedades. Problemas y soluciones*”, Comares, Granada, 2000, pág. 67 y ESTEVE SEGARRA, María Amparo, “*Grupo de sociedades...*”, op. cit., pág. 199.

viene dada por una estructura de coordinación, sino de subordinación entre las empresas que lo conforman, ya que bajo esta segunda modalidad de integración, las empresas filiales se encuentran sometidas a una situación de dependencia respecto de empresa matriz que dirige el grupo. Es claro que bajo este esquema de conformación del grupo, la autenticidad de la contrata se verá mucho más comprometida en virtud del vínculo de subordinación existente entre la empresa contratista y la empresa comitente.

Teniendo en cuenta lo anterior, la doctrina insiste en señalar que la subcontratación celebrada intragrupo, exige en todos los casos un riguroso análisis particularizado que atienda a las especiales circunstancias concurrentes en cada grupo⁴⁵⁹, a fin de poder verificar si se está ante la ejecución de una auténtica contrata o ante la existencia de un simple mecanismo de interposición de mano de obra, constitutivo de una cesión ilícita de trabajadores.

Definir dentro de la estructura del grupo, la frontera entre los supuestos de contratas lícitas y aquéllos otros que suponen una contrata simulada que pueda ser tenida como interposición ilícita de mano de obra, no es tarea fácil. Al respecto, la jurisprudencia laboral ha sido concluyente en afirmar que la mera participación de la empresa contratista en la estructura del grupo, no bastaría por sí sola para imputar a la empresa matriz o a otra tercera del grupo, las relaciones laborales de la empresa contratista⁴⁶⁰.

Pero también doctrina jurisprudencial reiterada sostiene que el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propias no impide la concurrencia de cesión ilícita de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se han puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo de tal servicio⁴⁶¹.

459 NAVARRETE MOLINA, Cristóbal, *“La regulación jurídico-laboral...”*, op. cit., pág. 67; ESTEVE SEGARRA, María Amparo, *“Grupo de sociedades...”*, op. cit., pág. 199.

460 Así se desprende de la STS de 12 de diciembre de 1997, (Ar. 9315).

461 SSTS de 19 de enero de 1994 (Ar. 352); de 17 de febrero de 2011, (Ar. 2853) y 9 de marzo de 2011, (Ar. 3117).

Teniendo en cuenta los anteriores criterios jurisprudenciales, parece ser que la constatación de autenticidad de la contrata dentro de la estructura del grupo de empresa, requiere verificar cuando menos la autonomía organizativa de la empresa contratista, exigiendo que esta cuente con infraestructura propia y con recursos de producción independientes de las demás empresas que conforman el grupo, así como que dicha organización empresarial sea efectivamente puesta en juego para el cumplimiento del objeto de la contrata.

Por lo demás, deberá tenerse en cuenta que en estos supuestos de subcontratación entre empresas del mismo grupo, no podrá exigirse una independencia absoluta por parte de la empresa contratista respecto de las otras empresas que integran el grupo, por cuanto, la misma constitución del grupo, independientemente de cual sea su modalidad de conformación, impone necesariamente una unidad de dirección entre las mismas”⁴⁶².

En todo caso, la admisibilidad de la subcontratación intragrupo asume como presupuesto básico de la legalidad de las contratas celebradas entre empresas del mismo grupo, la independencia jurídica de cada una de ellas, sin la cual sería jurídicamente imposible instrumentalizar la subcontratación a lo interno del grupo, por no concurrir la pluralidad de empresarios que conforman el elemento subjetivo que exige el artículo 42 del E.T. para la validez de la contrata.

Dado que la concepción jurídico-laboral que la doctrina jurisprudencial le ha otorgado al grupo de empresas, desconoce la subjetividad unitaria del grupo, atribuyéndole la condición de empresario únicamente a cada una de las empresas que lo integran, la configuración del elemento subjetivo de la contrata dentro de la estructura del grupo no presenta mayores dificultades⁴⁶³.

La personalidad jurídica independiente que se le reconoce a cada una de las empresas del grupo, permite con toda facilidad acreditar, al menos en el plano formal, la existencia de dos empresarios independientes, que asumen

462 MORENO GENÉ, Josep, “Aspectos jurídico-laborales de las empresas filiales. La identificación del empresario responsable”, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 302.

463 MORENO GENÉ, Josep, “Los grupos de empresas públicos. Identificación del empresario responsable”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 297.

la condición de comitente y contratista, configurándose de esa forma, y con independencia del vínculo orgánico que ambos tengan a lo interno del grupo, el elemento subjetivo propio de la contrata.

Por lo dicho, resulta claro que la admisibilidad de la subcontratación en el grupo de empresas en los términos antes expuestos, no podría tener cabida en los supuestos en los que la independencia de las empresas integrantes del grupo sea considerada artificiosa, por cuanto en estos casos, se le atribuye al grupo en su conjunto la cualidad de empresario laboral, derivando de ello la ilicitud de la contrata, que para todos los efectos legales se reputaría como un mero mecanismo de interposición de mano de obra constitutivo de cesión ilegal de trabajadores a tenor de lo dispuesto en el artículo 43 del E.T.

5. La subcontratación y las empresas multiservicios.

En la actualidad la subcontratación está siendo cubierta en gran medida por las empresas multiservicios, también denominadas empresas gestión múltiple. Son empresas definidas por la amplitud de su objeto social, que abarca desde los servicios más básicos como limpieza, vigilancia, jardinería o transporte, hasta otros más complejos como soporte técnico, mantenimiento de equipos e instalaciones, reparaciones y en general cualquier tipo de servicio que requiera la empresa cliente. En atención a esta cualidad que les caracteriza, se les puede catalogar como empresas “polivalentes” cuya gestión empresarial no se especializa en una actividad específica, sino en brindar servicios de muy variada naturaleza en función de las necesidades que demanden sus empresas clientes⁴⁶⁴.

139. Su escaso soporte material.

Como se ha hecho ver con anterioridad (Capítulo I, apartado 7.4) , casi siempre se trata de empresas de escasa estructura productiva, ya que por

464 VICENTE PALACIO, Arántzazu, “*Empresas multiservicios y precarización del empleo...*”, op. cit; pág.19; ESTEVE SEGARRA, Amparo, “*Externalización laboral en las empresas multiservicios y redes de empresa...*”, op. cit; pág. 25.

la naturaleza de su actividad comercial, enfocada a la prestación de servicios, no necesitan de una gran inversión ni de sofisticados medios de producción o instrumentos de trabajo. Las más de las veces, su principal recurso productivo recae en la mano de obra que ofrecen, lo que les permite promoverse en el mercado como una alternativa de las ETT, aunque actúan amparadas a la regulación propia de las contrataciones de obras y servicios.

Es precisamente este elemento de disociación que se da entre los medios materiales y organizativos y los recursos personales que la empresa multiservicios emplea para la ejecución de las actividades que le son contratadas, lo que genera mayor suspicacia a la hora de abordar su estudio. La doctrina, poniendo atención en este aspecto, hace referencia a la subcontratación llevada a cabo por empresas multiservicios, bajo la noción de “contratas inmateriales” o “contratas desmaterializadas” en las que prima la consideración de “empresa- actividad” frente al concepto clásico de “empresa organización”⁴⁶⁵, diferenciación que además de acarrear importantes consecuencias jurídicas en materia de garantías laborales, dificulta la delimitación entre una auténtica contrata y una contrata falsa que tiene por objeto encubrir una cesión ilegal de trabajadores.

No es por casualidad que la mayor parte de los estudios que tratan sobre la figura de las empresas multiservicios, centran el análisis en determinar la línea divisoria que separa la verdadera contrata que puede celebrarse a través de una empresa multiservicios de la cesión ilegal de trabajadores⁴⁶⁶.

465 VICENTE PALACIO, Arántzazu, “*Empresas multiservicios...*”, op. cit., pág. 27; ESTEVE SEGARRA, Amparo, “*Externalización laboral en las empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*”, op. cit., pág. 33.

466 Entre otros, RIVERO LAMAS, Juan, “*Descentralización productiva como fenómeno...*”, op. cit., pág. 44; GOERLICH PESET, José María, “*Empresas de servicios...*”, op. cit., págs. 43 y ss; ESTEVE SEGARRA, Amparo, “*Las empresas multiservicios...*”, op. cit., pág. 104; PÉREZ GUERRERO, María Luisa y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, “*Contratas y cesión de trabajadores...*”, op. cit., pág. 110; ALMEDA CASTILLO, María Teresa, “*La cesión de trabajadores...*”, op. cit., págs. 256. y ss. y VICENTE PALACIO, Arántzazu, “*Empresas multiservicios...*”, op. cit., págs. 25 y ss.

5.1 Las empresas multiservicios y la difusa frontera entre la contrata y la cesión ilegal.

Como es sabido, el ordenamiento jurídico reserva el monopolio de la cesión de trabajadores a las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas, de modo que, el reclutamiento y contratación de trabajadores con el fin de cederlos a un empresario por cualquier otro medio, deviene en un acto ilícito constitutivo de una cesión ilegal de trabajadores, sancionable en los términos previstos en el artículo 43 del E.T. y normas concordantes.

No obstante, la utilización formal del negocio lícito de la contrata como técnica empleada para ocultar una cesión ilícita de mano de obra no es práctica ni extraña ni novedosa. El fenómeno ha sido ampliamente tratado por doctrina y jurisprudencia bajo la figura de la “pseudocontrata” de la que ya se ha hecho referencia antes (ver *infra* Capítulo II, apartado 2.2), que se da cuando una empresa contratista, bajo la asunción de una obligación formal de realizar una obra o prestar un servicio para otra empresa, se limita a suministrarle a esta mano de obra⁴⁶⁷.

En principio, la distinción entre la auténtica contrata y la pseudocontrata constitutiva de una cesión ilegal parece ser cosa fácil en virtud de que el negocio jurídico de la contrata es muy distinto al objeto de la cesión lícita⁴⁶⁸ y ambas figuras cuentan con una regulación propia que las distingue. Sin embargo, lo cierto es que en la práctica tal deslinde plantea serias dificultades, pues una y otra figura también comparten puntos de encuentro que constituyen una zona gris en la que se propicia la confusión de sus elementos definitorios.

Esta dificultad para deslindar la frontera entre la auténtica contrata y la cesión ilegal se torna mucho más compleja cuando la subcontratación es llevada a cabo a través de una empresa multiservicios, habida cuenta de la “desmaterialización” que suele acompañar a este tipo de contratas y de su particular *modus operandi*. Como se ha dicho ya, son contratas ejecutadas

467 RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y subcontratas...*”, op. cit., pág. 109.

468 NORES TORRES, Luis Enrique, “*El trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 68.

con un soporte material mínimo de apenas instrumentos y herramientas de trabajo básicas en las que el principal aporte que realiza la empresa multiservicios recae en la prestación laboral de sus trabajadores.

140. La relativización del aspecto organizativo.

Por lo demás, la relativización que se le viene dando al aspecto organizativo de la empresa contratista como elemento material necesario para la configuración de la subcontratación lícita, dificulta aún más la tarea para poder determinar la línea divisoria entre en supuesto de cesión ilegal y la existencia de una auténtica contrata cuando esta es llevada a cabo por una empresa multiservicios. Y es que, como se verá más adelante, aún y cuando tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que la frontera entre la contrata y la cesión ilegal pasa por la existencia o no de un verdadero empresario contratista cuya actividad empresarial vaya más allá del mero suministro de mano de obra, debiendo para ello existir una organización productiva autónoma e independiente puesta a disposición del cumplimiento del objeto de la contrata⁴⁶⁹, también es cierto que ha operado una cierta flexibilidad sobre la exigencia de este requisito. Esto último debido a que suele tomarse en cuenta que en función de la naturaleza de ciertas actividades, la ejecución de la contrata no requiere de una infraestructura empresarial sofisticada, de modo que el requerimiento material que hace a la organización productiva, puede quedar satisfecho cuando la empresa contratista cuenta con un soporte material mínimo o básico apenas necesario para la ejecución de la actividad contratada⁴⁷⁰.

469 En este sentido, RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel y SALA FRANCO, Tomás, *“Contratas y subcontratas...”*, op. cit., pág. 110; MONTOYA MEDINA, David, *“Trabajo en contratas...”*, op. cit., pág. 149; NORES TORRES, Luis Enrique, *“El trabajo en contratas”*, op. cit., pág. 74. En jurisprudencia se pueden citar entre otras las SSTs de 17 de enero de 1991 (Ar. 58); de 17 de julio de 1993 (Ar. 6688) y de 11 de octubre de 1993 (Ar. 7586); de 21 de marzo de 1997 (Ar. 2612); de 14 de setiembre de 2001 (Ar. 582); de 17 de diciembre de 2001 (Ar. 302); de 17 de enero de 2002 (Ar. 3755); de 30 de noviembre de 2005 (Ar. 1231); de 14 de marzo de 2006 (Ar. 5230) y de 17 de abril de 2007 (Ar. 3173).

470 NORES TORRES, Luis Enrique, *“El trabajo en contratas”*, op. cit., pág. 78; RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel y SALA FRANCO, Tomás, *“Contratas y subcontratas...”*, op. cit., pág. 113.

De igual forma, la constatación de que la cesión ilegal de trabajadores se puede producir no solo entre empresas ficticias sino también entre verdaderos empresarios, cuando el contratista empresario real no pone en juego su organización productiva en la ejecución de la contrata, ha llevado a que el elemento material u organizativo como criterio determinante para lograr la distinción entre contrata y cesión ilegal, quede matizado por la necesaria concurrencia de otros elementos, como lo puede ser el ejercicio efectivo de las potestades empresariales por parte del contratista. Con ello, la inexistencia de una organización autónoma debidamente establecida o la ausencia de medios productivos propios para desempeñar la actividad subcontratada, no impide la existencia de una contrata lícita, si el empresario contratista ejerce aquéllas funciones inherentes a su condición de tal⁴⁷¹.

Evidentemente, esta relativización del elemento material de la organización empresarial, reporta una enorme ventaja a las empresas multiservicios, pudiendo con ello justificar la licitud de la contrata aún y cuando para su ejecución no requieran más que de su personal si este queda sometido a su poder de dirección.

El problema se agudiza si se toma en cuenta que en muchas ocasiones, y especialmente tratándose de las actividades propias del sector servicios, este poder de dirección propio del empresario, puede ser muy laxo. Y más aún cuando el personal del contratista realiza la prestación de sus servicios en las instalaciones de la empresa cliente, a la que incluso se le permite el ejercicio de ciertas facultades de control de calidad del servicio prestado o de supervisión técnica sobre las actividades ejecutadas⁴⁷². Todo lo cual, genera una confusión entre lo que son las potestades de dirección del contratista, in-

471 VICENTE PALACIO, Arántzazu, “*Empresas multiservicios y precarización del empleo...*”, op. cit., pág. 31.

472 En este sentido entre otras, STS de 17 de diciembre de 2001 (Ar. 3026); STSJ de Madrid de 19 de marzo de 2007 (Ar. 1907); STSJ del País Vasco de 13 de diciembre de 1996 (Ar. 4136); STSJ de Madrid de 19 de marzo de 2001 (Ar. 1907); STSJ de Cataluña de 10 de julio de 2001 (Ar. 3628); STSJ de Galicia de 14 de noviembre de 2001 (Ar. 4120); STSJ de Cataluña de 17 de marzo de 2003 (Ar. 952); STSJ de Aragón de 5 de abril de 2006 (Ar. 2825) y STSJ Castilla-La Mancha 18 de enero de 2007 (Ar. 2130).

herentes a su condición de empresario empleador, y aquéllas otras facultades de control que puede ejercer el empresario comitente para la verificación del cumplimiento del objeto de la contrata⁴⁷³.

En suma, todos estos aspectos que se mencionan, hacen verdaderamente imposible la delimitación teórica entre la contrata llevada a cabo por empresas multiservicios y la cesión ilegal, siendo en todo caso necesario atender al análisis casuístico para poder determinar si se está ante un negocio lícito de subcontratación o bien, ante un supuesto de cesión ilegal de trabajadores.

5.2 La huida del ámbito protector del art. 42 del E.T.

Por otro lado, la amplitud que caracteriza el objeto de las empresas multiservicios les permite desactivar con facilidad el dispositivo de la acción tutelar previsto en el art. 42 del E.T., debido a que cuentan con mayor flexibilidad para ejecutar la contrata sin que esta coincida con la “propia actividad” de la empresa principal.

En este sentido debe recordarse que el alcance de la noción “propia actividad” ha quedado determinado por la interpretación dominante que recoge la “tesis de la inherencia” elaborada por el Tribunal Supremo, la cual, limita el concepto “propia actividad” a las actividades inherentes al ciclo productivo de la empresa principal, incluyendo las complementarias o accesorias pero sólo cuando estas sean absolutamente esenciales para el desarrollo de la actividad principal de la empresa.

Como se ha visto ya (Capítulo II, apartado 4.3), esta interpretación supone una importante restricción a la aplicabilidad del art. 42 del E.T.⁴⁷⁴, porque por regla general, deja al margen de la regulación contenida en este

473 ESTEVE SEGARRA, Amparo, “*Externalización laboral en las empresas multiservicios y redes de empresas...*”, op. cit., pág. 89.

474 GARCÍA PIQUERAS, Manuel, “*Régimen jurídico...*”, op. cit., pág. 33; MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “*La descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 81; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 23; LÓPEZ TERRADA, Eva y NORES TORRES, Luis Enrique, “*La función delimitadora...*”, op. cit., pág. 449; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., pág. 35.

artículo a todas las contrataciones de actividades complementarias o accesorias que son las que más promueven el sector de la subcontratación.

Evidentemente, las consecuencias que derivan de la “tesis de la inherencia” favorecen enormemente la promoción de las empresas de multiservicios, que al estar dedicadas a la subcontratación de actividades complementarias o accesorias, esquivan la regulación protectora contenida en el artículo 42 del E.T. lo que reporta una enorme ventaja para las empresas clientes que quedan exentas del régimen de responsabilidad solidaria que aplica para las contrataciones correspondientes a la propia actividad⁴⁷⁵.

5.3 El uso del contrato de obra o servicio determinado vinculado a la contrata.

A todo lo anterior se une un incentivo más para la promoción de la subcontratación a través de empresas multiservicios, cual es, el permitido uso del contrato temporal de obra o servicio determinado vinculado a la existencia y duración de la contrata, posibilidad ésta que ha sido desde siempre fuertemente cuestionada por la doctrina mayoritaria⁴⁷⁶, aunque en la práctica se encuentra ya consolidada.

Como se sabe, la posibilidad de vincular el contrato de obra o servicio a las contrataciones, de modo que la duración del aquél quedase condicionada por la duración misma de la contrata, es creación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Esta doctrina jurisprudencial tiene como antecedente la STS de 15

475 RIVERO LAMAS, Juan, “Descentralización productiva...”, op. cit., pág. 44; GOERLICH PESET, José María, “Empresas de servicios...”, op. cit.; VICENTE PALACIO, Arántzazu, “Empresas multiservicios...”, op. cit., pág. 34; ESTEVE SEGARRA, Amparo, “Externalización laboral en las empresas multiservicios y redes de empresas...”, op. cit; pág. 95.

476 BALLESTER PASTOR, María Amparo, “El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural”, en AA. VV., Descentralización productiva y protección del trabajo en contrataciones, Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 390; FITA ORTEGA, Fernando, “El contrato de obra o servicio determinado vinculado a la contrata o subcontrata”, Actualidad Laboral, Tomo I, núm. 12, 2005, pag. 1352; MONTOYA MEDINA, David, “La discutida admisibilidad de la contratación para obra o servicio determinado en el marco de la contratación y subcontratación de actividades productivas”, Relaciones Laborales, Tomo I, 2006, págs. 254 y ss.; VICENTE PALACIO, Arántzazu, “Empresas multiservicios...”, op. cit., pág. 37.

de enero de 1997 dada en unificación de doctrina, en la que el Alto Tribunal consolida una serie de criterios a favor de la legalidad de los contratos temporales realizados en el marco de una contrata de obras y servicios y acepta ya plenamente que la vigencia de la contrata puede justificar la suscripción de contratos temporales para obra o servicio determinado⁴⁷⁷.

Hasta entonces, el mismo Tribunal Supremo había negado la validez del contrato temporal vinculado a la contrata por considerar que “*la realización de una obra o servicio determinados, 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 y tales circunstancias no concurren en la delimitación de un trabajo o servicio (...) por remisión a la duración de la contrata*”⁴⁷⁸.

Ciertamente, el contrato para obra o servicio determinado previsto en el art. 15.1.a) del E.T. se encuentra diseñado para la atención en la empresa de tareas productivas de naturaleza estrictamente temporal, por lo que la concertación de una contrata mercantil en la que se descentraliza actividades esencialmente permanentes no permite, en principio, la acotación del vínculo laboral con carácter temporal.

Sin embargo, con el cambio de postura que operó a partir de la citada sentencia del 15 de enero de 1997, el Tribunal avala la licitud de la vinculación temporal del empresario contratista con sus trabajadores a través de contratos temporales por obra o servicio determinado condicionados a la duración de la contrata misma. En el citado fallo, el asunto central se concretó en determinar si el servicio objeto del contrato de obra o servicio determinado previsto en el artículo 15.1, a) del E.T. es en sí mismo -es decir, por su naturaleza en relación con la actividad de la empresa- es un servicio limitado temporalmente o si por el contrario, aun siendo un servicio que en principio tiene una duración

477 DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “*Contratas y contratos de obra o servicio determinado, una relación complicada. Análisis de la cuestión a partir de la STS de 16 de julio de 2014 (R° 1777/2013)*”, Revista de Información Laboral núm. 10/2014, (versión electrónica)

478 STS dada en unificación de doctrina de 10 mayo de 1993 (Ar. 4046). En igual sentido STS de 26 septiembre de 1992 (Ar. 6816) y STS de 4 de mayo de 1995 (Ar. 3746).

permanente, puede ser objeto de un contrato de obra o servicio determinado, cuando para el empresario la realización de ese servicio queda en la práctica limitado en el tiempo, no por el carácter de aquél, sino por las condiciones en que se ha pactado su realización con un tercero y por cuenta de este

El Tribunal se decidió por la segunda opción planteada, por considerar que lo decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal del contrato trabajo no es que éste pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, sino el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en este tipo de contrato, pues en definitiva lo que interesa es *“la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo”*. Y aunque el mismo Tribunal reconoce que en tratándose de contrata, pueda cuestionarse la existencia de un contrato de obra o servicio determinado en sentido estricto, termina sosteniendo no cabe duda que en estos casos, la actividad contratada *“tiene sustantividad y autonomía propia dentro de la esfera de actuación del empresario, de forma que, aunque tal actividad no pudiera incluirse en el artículo 15.1, a) del Estatuto de los Trabajadores (...) sí tendría acogida en los apartados 2 ó 3 del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, como una condición resolutoria -si la vigencia de la contrata opera con una incertidumbre plena- o como un término atípico -si la incertidumbre afecta sólo al cuándo-, porque en cualquier caso no sería apreciable ningún abuso de derecho por parte del empresario al introducir esta cláusula”*⁴⁷⁹.

141. Las consecuencias de la vinculación.

La consecuencia práctica más notoria que se desprende de esta interpretación dada por el Alto Tribunal no es otra que la “descausalización” del contrato para obra o servicio determinado y el detrimento en la estabilidad

479 La misma tesis ha sido sostenida en otras muchas sentencias, entre las que se pueden citar las siguientes: STS de 8 de junio de 1999 (Ar. 8366); STS de 20 de junio de 2000 (Ar. 2297); STS de 26 de junio de 2001 (Ar. 285); STS de 14 de junio de 2007 (Ar. 5479); STS de 21 de febrero de 2008 (Ar. 178); STS de 10 de junio de 2008 (Ar. 1204) y STS de 16 de setiembre de 2014 (Ar. 2069).

en el empleo de los trabajadores de las empresas contratistas⁴⁸⁰. La doctrina ha denunciado la pérdida de los contornos configuradores del carácter causal del contrato de obra o servicio determinado como resultado de una parcelación artificial de aquéllas actividades productivas que, precisamente por su carácter estable y no temporal, deben dar lugar a una contratación de tiempo indefinido y no a la contratación por tiempo determinado⁴⁸¹.

Pero además, por esta vía se ha creado un mecanismo que potencia el recurso de la subcontratación a través de empresas multiservicios, pues el vínculo entre el contrato de obra o servicio determinado y la contrata tal y como lo ha configurado el Tribunal Supremo, permite a este tipo de empresas realizar una función análoga a la desarrollada por las Empresas de Trabajo Temporal, sin enfrentar la regulación propia de estas, todo lo cual, supone no solo una mayor flexibilidad en el uso de la contratación temporal sino una considerable reducción del costo del servicio que prestan. En este sentido, se ha apuntado que por esta vía se atenta contra el principio de igualdad generador de cierto “dumping social” entre las empresas de trabajo temporal y las empresas multiservicios, ya que estas últimas pueden beneficiarse de un régimen de contratación laboral mucho más favorable que el que rige para las primeras⁴⁸².

De lo expuesto se desprende que la aceptación del contrato para obra o servicio determinado coincidente con la duración de la contrata o servicio implica la práctica generalización de la contratación temporal en las empresas multiservicios, las cuales quedan “legalmente habilitadas” para llevar a cabo la subcontratación a través de la contratación temporal sin estar sujetas a

480 BALLESTER PASTOR, María Amparo, “*El contrato temporal...*”, op. cit. pág. 384; FITA ORTEGA, Fernando, “*El contrato de obra...*”, op. cit. pág. 1358; VICENTE PALACIO, Arántzazu, “*Empresas multiservicios...*”, op. cit., pág. 37;

481 MONTOYA MEDINA, David, “*La discutida admisibilidad...*”, op. cit., pág. 255.

482 BALLESTER PASTOR, María Amparo, “*El contrato temporal...*”, op. cit. pág. 398; MONTOYA MEDINA, David, “*La discutida admisibilidad...*”, op. cit., pág. 260; GOERLICH PESET, José María, “*Competencia desleal, empresas de trabajo temporal y empresas de servicios. A propósito de las SSAN 104 y 105/2014, de 30 de mayo*”, Revista de Información Laboral, núm. 6, 2014, pág. 118; FERNÁNDEZ AVILÉS, José Francisco, “*Empresas “multiservicios” y “dumping” social...*”, op. cit.

ningún tipo de control o regulación especial, contrario a lo que ocurre con las empresas de trabajo temporal.

Finalmente, importa también destacar que la flexibilidad propia del contrato de obra o servicio determinado no ha quedado limitada a su justificación causal, sino que se extiende a la finalización del contrato, por cuanto también se tiene como causa válida para la extinción automática del mismo la cancelación anticipada de la contrata. Y es que aún y cuando el Tribunal Supremo no ha admitido tal posibilidad⁴⁸³ por considerar que “*supondría dejar al arbitrio de uno solo de los contratantes (el empleador) la apreciación acerca de la validez y el cumplimiento del contrato, en contra de la prohibición expresa del art. 1256 del Código Civil*”⁴⁸⁴, lo cierto es que es frecuente encontrar en convenios colectivos, cláusulas que contemplan disposiciones facultando la operatividad automática de la resolución de la contrata, ya sea por rescisión unilateral de la empresa principal, ya sea por acuerdo entre esta y contratista, como causa válida para para la extinción del contrato de trabajo⁴⁸⁵, aspecto este que tratándose de empresas multiservicios plantea muchas dudas, habida cuenta de los problemas que surgen respecto a la determinación del convenio que les puede ser aplicable.

5.4 Los problemas para la determinación del convenio colectivo aplicable a la empresa multiservicios.

Uno de los aspectos que más dudas y controversia suscita en relación al funcionamiento de las empresas multiservicios que no cuentan con

483 En estos supuestos Cuando la extinción de la contrata se produce anticipadamente por decisión o voluntad de la empresa contratista, la extinción de los contratos de trabajo fundada en la finalización de la contrata constituye un despido improcedente. DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “*Contratas y contratos de obra o servicio determinado, una relación complicada. Análisis de la cuestión a partir de la STS de 16 de julio de 2014 (R° 1777/2013)*”, Revista de Información Laboral núm. 10/2014, (versión electrónica)

484 STS de 10 de junio de 2008 (Ar. 5149). En similar sentido se pronuncian las SSTS de 12 de junio de 2008 (Ar. 447); de 2 de julio de 2009 (Ar. 6067) y de 17 de setiembre de 2014 (Ar 5041).

485 Este tipo de cláusulas se encuentran entre otros en el Convenio Colectivo Serveis Integrals Linda Vista-SL, BOP Barcelona 7 de abril de 2014; Convenio Colectivo Serlimar Servicios Auxiliares-SL, BOP Barcelona de 11 de julio de 2014; Convenio Colectivo Adecco Outsourcing SAU, BOCA de 11 de julio de 2015 y Convenio Colectivo Alianzas y Subcontratas- SA, BOE de 6 de agosto de 2015.

convenio colectivo propio de empresa, es el relativo a la determinación del convenio que les resulta aplicable⁴⁸⁶. En esto, existen varias posiciones doctrinales y hasta ahora, la jurisprudencia ha dado distintas soluciones para resolver temas relacionados con la negociación colectiva que involucra a este tipo de empresas. Recientemente, el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de marzo de 2015 (Ar. 1318) dada en unificación de doctrina, parece decantarse por solucionar la controversia manteniendo la doctrina conforme a la cual la determinación del convenio colectivo vendrá dada por la actividad principal o preponderante dentro de las diversas actividades que realiza la empresa. Sin embargo, el problema no parece estar resuelto, pues el carácter genérico que tiene el objeto social de las empresas multiservicios, complica cuando no impide, el poder establecer con claridad cuál es la actividad principal que desarrolla, lo que evidentemente, dificulta el poder determinar cuál es el convenio colectivo aplicable.

Es claro que cuando la empresa multiservicios disponga de un convenio colectivo propio, será este el que deba aplicarse con preferencia sobre cualquier otro, lo que si bien es correcto, no ha estado exento de críticas, pues se dice que este tipo de convenios se plantean con una óptica no necesariamente protectora de los trabajadores⁴⁸⁷. Por lo demás, no escapa a la realidad que un trabajador vinculado laboralmente a una empresa multiservicios que cuente con su propio convenio colectivo puede a lo largo de su relación de trabajo desempeñar labores de lo más dispares y siempre le serán de aplicación las mismas condiciones laborales pactadas en el convenio de empresa⁴⁸⁸.

486 VICENTE PALACIO, Arántzazu, “*Empresas multiservicios...*”, op. cit., pág. 58; ESTEVE SEGARRA, Amparo, “*La selección del convenio colectivo en empresas multiservicios...*”, op. cit; pág. 18 y ss y “*Externalización laboral en las empresas multiservicios y redes de empresa de servicios auxiliares*”, op, cit., pág. 19; MUÑOZ RUIZ, Ana Belén, “*Estrategias de negociación y empresas multiservicios: la problemática del convenio colectivo aplicable como telón de fondo.*”, op. cit; pág. 83; NIETO ROJAS Patricia, “*Negociación colectiva y empresas multiservicios: un binomio no resuelto*”, op. cit; pág.12.

487 ESTEVE SEGARRA, Amparo, “*La selección del convenio...*”, op. cit., pág. 2; VICENTE PALACIO, Arántzazu, “*Empresas multiservicios...*”, op. cit., pág. 67.

488 MÉNDEZ CALVO, Remedios, “*Negociación Colectiva...*”, op. cit., pág. 269.

Ahora bien, en ausencia de convenio propio, las alternativas hasta ahora se han planteado son básicamente tres. Estas alternativas son: a) La aplicación del convenio colectivo de la empresa principal o comitente; b) La aplicación del convenio colectivo sectorial correspondiente a la actividad desarrollada por la empresa multiservicios en el marco de la contrata y c) la aplicación del convenio colectivo que corresponderse con lo que pueda identificarse como la actividad principal que desarrolla la empresa multiservicios. Como se verá, ninguna de estas posibilidades se encuentra libre de cuestionamientos e inconvenientes.

a) La aplicación del convenio colectivo de la empresa principal o comitente.

Los Tribunales que han aplicado esta solución, lo han hecho siguiendo dos valoraciones distintas. Así, se ha dicho que la aplicación del convenio colectivo de la empresa principal a favor de los trabajadores de la empresa multiservicios se sustentan en una aplicación analógica del art. 11.1 de la Ley que regula las ETT. El argumento central en el que se sustenta esta postura, establece que la igualdad de trato que el citado artículo establece entre la ETT y la empresa usuaria es perfectamente extrapolable al caso de empresas multiservicios y su contratista, lo que conduce a que el trabajador de la empresa multiservicios tenga *“derecho a percibir, como mínimo la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria”*⁴⁸⁹.

El otro argumento se basa en una presunción de fraude de de ley, considerando que la empresa multiservicios busca sustituir de hecho a las ETT con la intención de *“burlar las exigencias legales tuitivas previstas en favor de los trabajadores cuando interviene una ETT (...), lo que debe encontrar la respuesta que establece el artículo 6, 4 del Código Civil”*⁴⁹⁰. Esto es, aplicar la norma que se pretende evitar con la maniobra fraudulenta de modo que ante la inexistencia de convenio colectivo propio de la empresa

489 STSJ de Andalucía, Málaga de 25 de mayo de 2006 (Ar. 1517) y STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de febrero de 2007 (Ar. 1686).

490 STSJ de Castilla- La Mancha de 22 de marzo de 2006, (Ar. 1606).

multiservicios debe aplicarse el convenio colectivo que le sea aplicable a la empresa principal.

La dificultad que encuentra esta tesis es que en el caso de las empresas multiservicios no concurren los presupuestos fácticos necesarios para acudir a la aplicación por analogía de la regulación que prevé el art. 11.1 de la LETT, ya que la realidad que enfrentan las empresas de trabajo temporal es muy diferente a la de las empresas multiservicios. Por otro lado, la presunción de la fraude de ley, tampoco permitiría la aplicación analógica, sino la aplicación de las normas propias de la cesión ilegal de trabajadores. Por consiguiente, mientras no se compruebe la existencia de una cesión ilegal llevada a cabo por la empresa multiservicios, esas actúan como verdaderos empresarios laborales de sus trabajadores en el marco de una auténtica contrata, supuesto este que aleja la posibilidad de resolver la determinación del convenio colectivo aplicable a través del recurso de la analogía como lo hace la tesis que se analiza.

b) La aplicación del convenio colectivo sectorial correspondiente a la actividad desarrollada por la empresa multiservicios en el marco de la contrata.

Esta postura parte de la idea de que no existe obligación legal alguna que impida la existencia de más de un convenio aplicable a la empresa, de modo que bien puede darse que cada una de las actividades que desempeña la empresa multiservicios quede sujeta a su respectivo convenio colectivo, que será el convenio el convenio sectorial de esa actividad individualmente considerada⁴⁹¹.

La tesis ha sido defendida por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, que en reiteradas ocasiones ha sostenido el criterio según el cual las empresas multiservicios son empresas con diferentes actividades principales, por lo que habría que aplicar tantos convenios colectivos como actividades desarrollaran⁴⁹².

491 Acogen esta solución entre muchas otras, la STSJ de Castilla- La Mancha, de 26 de julio de 2005, (Ar. 1137); STSJ de Andalucía, Granada de 14 de marzo de 2007, (Ar. 3041); STSJ de Madrid, de 20 de octubre de 2008, (Ar. 2399); STSJ de Andalucía, Sevilla de 21 de junio de 2012, (Ar. 3025).

492 Expediente núm. 456 (Pleno de 6 de junio de 1995); expediente núm. 965 (Pleno de 29 de setiembre de 1999); expediente núm. 1674 (Pleno núm. 5 de febrero de 2003); expe-

Se ha dicho también que con esta solución se evita en la mayoría de los casos un vacío de regulación sectorial, además de que no se afecta a la competencia en el mercado de trabajo y en los mercados entre empresas, al coexistir sometidas a la misma regulación prestaciones de servicios que tienen también estructuras de costes semejantes⁴⁹³.

En sentido crítico se señala que con esta opción no se resuelven los problemas que pueden darse para identificar el convenio colectivo aplicable, e incluso no pueden descartarse problemas surgidos de la inexistencia de convenio colectivo aplicable a la propia singularidad de la actividad⁴⁹⁴, además de que conduce a una fragmentación de la negociación colectiva y quiebre de la unidad del estatuto jurídico de los trabajadores⁴⁹⁵.

c) La aplicación del convenio sectorial correspondiente a la actividad principal desarrollada por la empresa multiservicios.

Esta tesis se exige como presupuesto previo la identificación de lo que pueda tenerse como actividad principal o preponderante dentro de todas las que realiza la empresa multiservicios, y con base en ella definir el convenio aplicable para toda la empresa. Se sustenta en la aplicación del criterio de unidad de empresa, conforme al cual se establece la aplicación de un solo convenio colectivo para toda la empresa que cubra a todo los trabajadores con independencia de la actividad específica que realicen. Para algunos autores, la aplicación de esta tesis requiere un relajamiento de los criterios cuantitativos y cualitativos para poder determinar cuál es la actividad principal de la empresa multiservicios⁴⁹⁶, lo que supone una labor bastante artificiosa.

diente núm. 2004/2116 (Subcomisión de 21 de marzo de 2007) y expediente núm. 2005/102 (Subcomisión de 21 de marzo de 2007); expediente núm. 13/2007 (Pleno de 19 de abril de 2007); expediente núm. 119/2007 (Pleno de 12 de febrero de 2008); expediente núm. 78/2010 (Pleno de 16 de diciembre de 2010); expediente núm. 4/2011 (Pleno de 15 de abril de 2011); expediente núm. 30/2014 (Pleno de 12 de noviembre de 2014).

493 STSJ de Andalucía, Sevilla de 21 de junio de 2012, (Ar. 3025).

494 VICENTE PALACIO, Arántzazu, “*Empresas multiservicios...*”, op. cit., pág. 62; ESTEVE SEGARRA, Amparo, “*Externalización laboral en las empresas multiservicios y redes de empresas...*” op. cit; pág. 147.

495 MÉNDEZ CALVO, Remedios, “*Negociación Colectiva...*”, op. cit., pág. 269.

496 SALA FRANCO, Tomás, LÓPEZ TERRADA, Eva, TODOLÍ SIGNES, Adrián, “*Ju-*

Como se ha dicho antes, esta tesis ha sido aplicada por el Tribunal Supremo en un caso relacionado con una empresa multiservicios dedicada al sector de la limpieza, pero que brindaba a sus clientes otros servicios, tales como servicios de reparación y mantenimiento de equipos de edificios, mantenimiento de ascensores, mantenimiento de equipos de seguridad y servicio de conserjería. Para el caso, el Tribunal estimó que en la actividad mercantil desempeñada por la empresa figuraba como objeto social las actividades de limpieza industrial, lo que también se hacía constar en los contratos de trabajo de las trabajadoras demandantes, que las trabajadoras demandantes, de donde resultaba “*forzoso concluir, que “la actividad principal a la que se dedica la demandada es la de limpieza de edificios y locales, por lo que le será de aplicación el Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid”*”⁴⁹⁷.

El principal problema que tiene esta tesis, es que al no existir casi nunca en las empresas multiservicios una única actividad principal, el principio de unidad de empresa y el correspondiente principio de unidad de convenio no resultaría adecuado. En el caso de las empresas multiservicios no siempre se va a poder identificar una actividad preponderante que pueda ser tenida como actividad principal. Aun pudiendo identificar una actividad principal, no puede perderse de vista que las diferentes actividades prestadas para empresarios clientes no guardan una actividad homogénea suficiente. Dado que este tipo de empresas ofrecen servicios de naturaleza muy diversa, es evidente la falta de homogeneidad de su objeto social, lo que implica la dificultad de adscribir las a un único sector productivo⁴⁹⁸.

Por lo anterior, para algún sector de la doctrina, esta tesis proclama una negación del problema básico de las empresas multiservicios, pues en

risprudencia Social a Debate”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 175.

497 STS de 17 de marzo de 2015 (Ar. 1464). También han aplicado esta tesis los Tribunales Superiores de Justicia en la STSJ de Andalucía, Málaga de 30 de octubre de 2006 (Ar. 2143); STSJ de Navarra de 19 de noviembre de 2007 (Ar. 272); STSJ de Cantabria de 22 de setiembre de 2008 (Ar. 602).

498 ESTEVE SEGARRA, Amparo, “*La selección del convenio en empresas multiservicios...*”, op. cit., pág. 12.

este tipo de empresas no puede establecerse la existencia de una actividad principal que permita ordenar las restantes como actividades secundarias o complementarias, pues tal valoración implicaría desconocer el rasgo fundamental que las caracteriza⁴⁹⁹.

142. La solución definitiva.

Por lo visto, parece claro que la solución permanente al problema que se viene analizando, requeriría de una una reforma legislativa, que mediante norma expresa defina las reglas que en materia de negociación colectiva deben aplicarse a la subcontratación, tarea esta desde luego nada sencilla, debido a la compleja labor de construcción jurídica que ello supone⁵⁰⁰.

6. El uso antijurídico de la subcontratación.

143. Supuestos de uso antijurídico de la subcontratación.

La subcontratación como técnica de descentralización legalmente permitida no siempre atiende a fines lícitos. La figura de la contrata suele ser utilizada también con propósitos espurios que buscan la consecución de fines antijurídicos.

El uso o antijurídico más común que suele dársele a la subcontratación ocurre cuando la figura de la contrata se utiliza como mera mampara para encubrir prácticas de cesión de trabajadores en fraude de ley. La práctica consiste en utilizar la contrata como mecanismo de intermediación laboral, de manera tal que el contratista se limita a reclutar y contratar a trabajadores para cederlos a un empresario principal quien en definitiva es el receptor directo de

499 ALMEDA CASTILLO, María Teresa. “*La cesión de trabajadores a través de empresas multiservicios*”, Relaciones Laborales, núm. 2, 2005, p. 370; MÉNDEZ CALVO, Remedios. “*Negociación Colectiva y Descentralización Productiva...*”, op. cit., p. 261; SALA FRANCO, Tomás; LÓPEZ TERRADA, Eva y TODOLÍ SIGNES, Adrián. “*Jurisprudencia Social a debate*”, op. cit., p. 176; ESTEVE SEGARRA, Amparo. “*La selección del convenio colectivo en empresas multiservicios...*”, op. cit., p. 13.

500 Sobre las distintas posibilidades que pueden ser consideradas para una eventual reforma legislativa, véase ESTEVE SEGARRA, Amparo, “*Externalización laboral en las empresas multiservicios y redes de empresas...*” op. cit; pág. 272 y ss.

la prestación del trabajo que realizan pero sin incorporarlos a su plantilla. La doctrina denomina a este tipo de subcontratación fraudulenta “pseudocontrata” que no es otra cosa que una contrata falsa, con la que se pretende esconder una cesión ilegal de trabajadores.

Aparte de la pseudocontrata, existen otros supuestos de uso antijurídico de la subcontratación. Se dan cuando la contrata, si bien real, es utilizada con fines totalmente ajenos al esquema de descentralización productiva que no guardan ninguna relación con aspectos propios de la organización empresarial. El caso más notorio lo da el uso de la contrata para sustituir a trabajadores de la empresa que se encuentren en huelga, porque en todo caso, se estaría ante un supuesto de esquirolaje, según se verá más adelante.

6.1 Contrata y subcontrata de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores.

144. La doctrina del empresario efectivo.

La disposición que recoge el artículo 43 del E.T. prohibiendo la cesión temporal de trabajadores cuando esta no sea a través de empresas de trabajo temporal legalmente autorizadas, suele ser quebrantada mediante el uso fraudulento de la figura de la contrata o subcontrata.

La razón de ser del fraude que supone la cesión ilegal de trabajadores a través de la contrata o subcontrata, obedece en buena medida a los puntos de encuentro que se dan entre la subcontratación y el suministro de mano de obra y a la borrosa frontera que existe entre los supuestos prácticos que dan cabida a una y a otra figura⁵⁰¹. Tanto la subcontratación como el suministro de mano de obra implican la existencia de una relación triangular de trabajo donde quien figura como empleador no es en definitiva el empresario que recibe la prestación final del trabajo ejecutado⁵⁰². En muchas ocasiones, al igual que sucede con los trabajadores de la empresa de trabajo temporal que realiza el

501 RODRÍGUEZ RAMOS, María José, “*La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*”, Tecnos S.A., Madrid, 1995, pág. 116.

502 MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 145; NORES TORRES, Luis Enrique, “*El trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 70.

suministro de mano de obra, los trabajadores del contratista también quedan insertos en la organización productiva del empresario principal, moviéndose en una zona gris cuya delimitación entre una y otra figura no siempre es fácil de determinar. El problema se vuelve especialmente complejo en aquellos casos donde la actividad objeto de la contrata descansa fundamentalmente en la mano de obra, por cuanto aquí los elementos organizativos empresariales del contratista se reducen a su mínima expresión, siendo aún más difícil distinguir entre la cesión legal de trabajadores y los supuestos de cesión ilícita.

La problemática que plantea el uso antijurídico de la contrata como mecanismo para llevar a cabo cesión ilegal de trabajadores, ha obligado tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, emprender la tarea de elaboración de criterios delimitadores que sirvan de base para trazar la frontera entre ambas figuras, si bien como se verá, se trata de una labor hecha a base del estudio casuístico y de resultados hasta ahora inconclusos, pues siempre se hace necesario realizar el examen particular que imponen las condiciones y circunstancias particulares bajo las que se desarrolla la contrata en cada caso.

Hasta ahora, la línea divisoria entre los supuestos de subcontratación lícita y de pseudocontrata o cesión ilegal de trabajadores, se viene trazando con base en los criterios que recoge la denominada “doctrina del empresario efectivo”⁵⁰³. De acuerdo con dicha doctrina, *“los casos de empresas contratistas que asumen la posición de empresarios o empleadores respecto de sus trabajadores, desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición se incluyen en la subcontratación lícita, regulada por el art. 42 del ET, mientras que los casos de contratas ficticias de obras o servicios que encubren una mera provisión de mano de obra constituyen cesión ilegal de trabajadores, prohibida y regulada por el 43 del ET”*⁵⁰⁴.

La existencia o no de un ‘empresario efectivo’ a efectos de calificar la validez o no de una contrata, demanda en todo caso un análisis casuístico en

503 La mención expresa a esta doctrina se encuentra en la STS de 30 de mayo de 2002 (Ar 7567), que hace referencia entre otras a las SSTS de 11 de julio de 1986 (Ar. 4026); de 17 de julio de 1993 (Ar. 5688); de 18 de marzo de 1997 (Ar. 9325).

504 STS de 30 de mayo de 2002 (Ar. 7567).

el que se debe ponderar el desempeño de la posición empresarial que ostenta el contratista en cada caso particular. Los Tribunales vienen haciendo esta ponderación con base en los siguientes criterios:

6.2 *El contratista ha de ser un auténtico empresario.*

145. La existencia de una estructura productiva propia.

Doctrina y jurisprudencia insisten en señalar que la diferenciación entre una verdadera contrata y una contrata falsa o pseudocontrata, parte de la existencia o no de un verdadero empresario contratista⁵⁰⁵. Cuando la empresa contratista carece de organización empresarial formal, no cuenta con estructura productiva propia ni tiene instrumentos, herramientas o maquinaria, se está ante una empresa aparente que no puede ser considerada como un auténtico contratista. En estos casos, la interposición de un contratista con una mera apariencia empresarial debe calificarse necesariamente como una cesión ilegal⁵⁰⁶, ya que la contrata exige de la existencia de un empresario válidamente constituido y que cuente con una auténtica organización empresarial. En este sentido, se enfatiza en que la existencia de una contrata presupone que el contratista disponga de una empresa que gestione sus propios factores de producción.

La verificación de la identidad empresarial que debe tener el contratista, se centra entonces en la constatación de los requisitos tanto formales como materiales que lo acreditan como tal. Así se ha dicho que entre los datos formales que han de tenerse en cuenta para la corroboración de la identidad real del empresario contratista figuran la inscripción en el registro mercantil, el alta en la Seguridad Social, la licencia fiscal entre otras⁵⁰⁷.

505 RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel y SALA FRANCO Tomás, “*Contratas y subcontratas...*”, op. cit., pág. 110; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág.149; NORES TORRES, Luis Enrique, “*El trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 74. Entre otras las SSTs de 17 de enero de 1991 (Ar. 58); de 17 de julio de 1993 (Ar. 6688) y de 11 de octubre de 1993 (Ar. 7586).

506 STS de 17 de enero de 1991 (Ar. 58).

507 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 111; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 149; NORES TO-

Por lo demás, resulta claro que los aspectos meramente formales, aún y cuando puedan ser indicios útiles para acreditar la identidad empresarial del contratista, son del todo insuficientes para determinar con base en ellos la existencia de una verdadera contrata. En todo caso se requerirá del soporte material que evidencia la existencia real de la empresa. De aquí que exista mayor interés en centrar la atención en los factores productivos que integran la estructura empresarial con que cuenta el contratista para ejecutar el objeto de la contrata.

Destacando la importancia de este criterio material, la jurisprudencia ha señalado que la verdadera contrata se da “cuando la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables, pudiéndosela imputar efectivas responsabilidades contractuales”⁵⁰⁸.

Sin embargo, aún y cuando no existe duda para calificar de fraudulenta la contrata cuando el contratista sea un mero empresario aparente desprovisto de una organización empresarial propia – la llamada tesis de la apariencia-, la doctrina más calificada, lo mismo que jurisprudencia, coinciden de manera unánime en señalar que la existencia de una organización empresarial real tampoco es suficiente para calificar un supuesto como contrata legítima, entre otras razones, porque no son raros los supuestos en los que se da la cesión ilegal mediante la contrata formalizada con un verdadero empresario contratista, que no obstante contar con una organización empresarial real, no la compromete en el desarrollo de la actividad contrata, sino que limita su intervención al mero al suministro de mano de obra.

Dicho con palabras del Tribunal Supremo, “*aunque nos encontremos ante un empresario real y no ficticio, existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos*

RRES, Luis Enrique, “*El trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 76. En la STS del 11 de octubre de 1993 (Ar. 7568) se toma en cuenta como indicio de la identidad real del empresario contratista el que este cuenta con un domicilio social debidamente registrado.

508 STS de 17 de enero de 1991 (Ar. 58).

personales y materiales que conforman su estructura empresarial, puesto que el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propia no impide la concurrencia de cesión ilícita de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se ha puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo de tal servicio”⁵⁰⁹.

Según lo visto, habrá cesión ilegal cuando la contrata sea formalizada por un empresario aparente desprovisto de organización productiva propia, como cuando sea formalizada por un auténtico empresario, si este no interviene activamente en la ejecución de la misma poniendo en funcionamiento su estructura empresarial para el cumplimiento de la actividad contratada, pues en uno y otro caso, el contratista queda en condición de mero intermediario de mano de obra.

Lo relevante entonces a efectos de que la contrata no sea considerada una cesión ilegal, es que se cumpla con dos requisitos esenciales, a saber: que el contratista disponga de una organización empresarial propia y que dicha organización sea efectivamente puesta en funcionamiento para la ejecución de la contrata.

Pese a la importancia que pueda tener este criterio y la indiscutible utilidad que aporta para trazar la frontera entre la contrata y la cesión ilícita, debe tomarse en cuenta que existen circunstancias que atenúan o limitan su alcance, especialmente si se toma en cuenta que muchas de las actividades que suelen ser subcontratadas por las empresas, requieren para su ejecución de medios materiales simples o escasos, lo que en muchos casos exige a las empresas contratistas una infraestructura organizacional y productiva muy básica que apenas se reduce a ciertas herramientas o equipos de trabajo. Esto ocurre tanto en actividades tradicionales del sector de servicios, como lo son

509 STS de 19 de enero de 1994 (Ar. 352). En el mismo sentido se pronuncian las STS de 17 de diciembre de 1997 (Ar. 9317); de 14 de setiembre de 2001 (Ar. 582); de 17 de enero de 2002 (Ar. 3755) y de 20 de setiembre de 2004 (Ar. 6518) entre muchas otras.

la limpieza, seguridad y mantenimiento, como en otras pertenecientes al sector de tecnologías como la informática, cuya gestión en ocasiones no demanda más que equipos de tecnología, si bien en ocasiones sofisticados.

Por lo demás, algunos autores defienden la validez de la contrata aún en casos donde los medios materiales empleados en la ejecución de las actividades o tareas contratadas sean propiedad de la empresa principal o contratante. Se dice que el aporte de capital, maquinaria o herramientas por parte del comitente no es un dato decisivo para calificar la contrata como instrumento de interposición ilícita, pues en todo caso, lo relevante será determinar si dicho aporte resulta marginal o sustancial para la ejecución de la contrata⁵¹⁰.

En todos los casos en los que concurren supuestos como los antes vistos, queda siempre sin resolver el problema para determinar cuál debe ser la organización empresarial requerida o necesaria para considerar que el contratista cuenta con la entidad empresarial real y la forma en que esta organización es puesta en juego para la ejecución de la contrata. De aquí resulta evidente que no se puede dilucidar la existencia o no de la contrata únicamente atendiendo al elemento material antes visto, sino que se requieren de otros criterios complementarios, como los que de seguido se verán.

6.3 El contratista debe ejercer los poderes propios del empleador laboral.

146. Ejercicio de los poderes de dirección empresarial por el contratista.

Ya se ha visto que la doctrina entiende que los términos “contratista” y “subcontratista”, que utiliza el artículo 42 del E.T. Aluden a la noción de empleador, entendiendo por tal, aquel empresario que recibe la prestación de servicios de trabajadores por cuenta ajena, según la definición que de tal concepto recoge el artículo 1.2 del E.T.

En concordancia con lo anterior, el artículo 20.1 del E.T establece la obligación que tiene todo trabajador de realizar el trabajo bajo la dirección

510 RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel y SALA FRANCO, Tomás, “Contratas y subcontratas...”, op. cit., pág. 112; NORES TORRES, Luis Enrique, “El trabajo en contratas...”, op. cit., pág. 74.

del empresario o persona a quién este delegue. Esta relación de subordinación jurídica se expresa de manera inmediata en el ejercicio del poder de dirección con que cuenta el empresario empleador para dirigir, organizar y controlar la prestación de trabajo. De aquí que el elemento de la subordinación jurídica sea reconocido como elemento distintivo del contrato de trabajo⁵¹¹.

Consecuentemente, es al contratista a quien en su condición de empleador le corresponde ejercer las facultades inherentes al poder de dirección, lo que implica desde luego que sea él quien organice, controle y dirija la prestación del trabajo que realizan sus trabajadores en la ejecución de la contrata. Siendo esto así, tanto la doctrina como la jurisprudencia ven en el ejercicio del poder de dirección del empresario contratista un criterio claro y definido para determinar la autenticidad de la contrata.

En este sentido se ha dicho que si el contratista no ejerce el poder de dirección porque la prestación de servicios de los trabajadores vinculados en la contrata queda bajo el ámbito de organización y dirección del empresario principal, habrá que entender que se está ante una contrata fraudulenta que constituye un supuesto de cesión ilícita⁵¹².

La misma lógica aplicaría para aquellos casos en los cuales si bien el contratista ejerce el poder de dirección, lo ejerce bajo condiciones limitadas o evidentemente disminuidas, porque en lo sustantivo dicho poder queda en manos del empresario principal⁵¹³. Tal es el caso analizado en la STS de 4 de 17 de julio de 1993 (Ar. 5688) donde el contratista ejercía algunas facultades de dirección y gestión del negocio objeto de la contrata, pero sumamente constreñidas y sometidas al control de la empresa principal, quien definía el número mínimo de empleados que debían ser contratados, determinaba las

511 ALONSO OLEA, Manuel, *“Derecho del Trabajo”*, novena edición, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección Publicaciones, Madrid, 1985, pág. 34.

512 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, *“Responsabilidad empresarial...”*, op. cit., pág. 117; MONTROYA MEDINA, David, *“Trabajo en contratas...”*, op. cit., pág. 156; NORES TORRES, Luis Enrique, *“El trabajo en contratas...”*, op. cit., pág. 81.

513 RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel y SALA FRANCO, Tomás, *“Contratas y sub-contratas...”*, op. cit., pág. 113.

modalidades de los contratos laborales que firmara el contratista y controlaba directamente otros aspectos como el horario, la supervisión y vigilancia sobre el trabajo ejecutado.

En otros casos, la jurisprudencia ha descartado el ejercicio efectivo del poder de dirección por parte del contratista tomando en cuenta indicios como lo son el que la empresa principal sea la que da las instrucciones generales del trabajo a los trabajadores de la contrata y ejerce la supervisión sobre los mismos⁵¹⁴; la que asume la formación que necesitan los trabajadores de la contrata para la ejecución de las tareas⁵¹⁵, lo mismo que cuando un trabajador de la contrata debía coordinar tanto los permisos como las vacaciones con el personal de la Administración comitente⁵¹⁶.

No obstante lo anterior, doctrina y jurisprudencia coinciden en aceptar que el ejercicio de ciertas facultades de dirección y gestión por parte de la empresa principal o comitente sobre las actividades que realizan los trabajadores del contratista no implica *per se* la ilicitud de la contrata, pues muchas veces esta circunstancia obedece a necesidades técnicas impuestas por la propia naturaleza de las actividades contratadas⁵¹⁷ o a condiciones objetivas dadas por el *modus operandi* en que se lleva a cabo la ejecución de la contrata, particularmente cuando esta se desarrolla en los centros de trabajo del empresario principal, pues en estos casos surgen necesidades de coordinación de actividades y de verificación del cumplimiento de la contrata que requieren del ejercicio de actos de dirección y control por parte del empresario principal⁵¹⁸.

La doctrina entiende que cuando las actividades de control y supervisión del empresario principal responden a las exigencias normales que impone la necesaria coordinación de actividades o se enmarcan dentro de los requerimientos técnicos que demanda la ejecución del objeto de la contrata, no

514 STS de 18 de enero de 2011 (Ar. 2101).

515 STSJ de Madrid, de 30 de marzo de 2001 (Ar. 2103).

516 STSJ de Galicia de 31 de mayo de 2011 (Ar. 224081).

517 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “Responsabilidad empresarial...”, op. cit., pág. 120; NORES TORRES, Luis Enrique, “El trabajo en contratas...”, op. cit., pág. 82.

518 MONTOYA MEDINA, David, “Trabajo en contratas...”, op. cit., pág. 157.

existe una usurpación por parte del empresario principal de los poderes de dirección que le son propios al contratista empleador, ni una delegación de ellos por parte de este último, pues tales acciones no están dirigidas en concreto a verificar el cumplimiento propiamente dicho de la prestación laboral que realizan los trabajadores del contratista, sino a ejercer las instrucciones mínimas y necesarias para que el encargo sea ejecutado conforme los requerimientos del empresario principal así como a la verificación del buen cumplimiento del objeto de la contrata y la calidad de la obra o servicio contratado⁵¹⁹.

Este último criterio lo han seguido los tribunales en reiteradas ocasiones. Así por ejemplo, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de marzo de 1988 (Ar. 1863) en la que descartó la ilicitud de una contrata cuya actividad se desarrollaba en el centro de trabajo de la empresa principal y en la cual, empleados de esta ejercían algún tipo de control o vigilancia sobre los trabajadores del contratista. En este caso el Tribunal consideró que la localización de la actividad dentro de los establecimientos de la empresa principal venía impuesta por la propia naturaleza de la actividad contratada y que la supervisión que realizaba la empresa principal no se traducían en un ejercicio efectivo de los poderes propios de dirección de la prestación laboral, pues se limitaba a una labor de mera supervisión. En igual sentido se pronuncia la STS de 17 de diciembre de 2001 (Ar. 3026), en la que se reconoce la validez de una contrata de servicios que se llevaba a cabo en las instalaciones de la empresa comitente, que también aportaba parte del utillaje y cuyo personal giraba directrices a los mandos medios de la empresa contratista que a su vez daban órdenes a su personal operativo, pues en este caso lo relevante según lo destaca el Tribunal, es que el contratista tenía una organización empresarial propia puesta a disposición de la empresa principal.

Criterios como los anteriores también se encuentran en sentencias de otras instancias, como lo es la STSJ de Madrid de 19 de marzo de 2007 (Ar. 1907) en la que se considera que no es motivo suficiente para desacreditar la

519 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “Responsabilidad empresarial...”, op. cit., pág. 122; MONTOYA MEDINA, David, “Trabajo en contratas...”, op. cit., pág. 158.

validez de una contrata de servicios de limpieza, el hecho de que la persona encargada de la coordinación de las tareas objeto de la contrata, debiese dar cuenta de la planificación de las actividades de limpieza al coordinador de la empresa principal “...al venir ello impuesto por la necesidad de control y supervisión que en el desarrollo de toda contrata se reserva la principal, en aras de su adecuada prestación y para el mejor desarrollo del servicio”.

En la STSJ del País Vasco de 13 de diciembre de 1996 (Ar. 4136) se señala que aunque la empresa principal ejercía determinadas atribuciones de organización y dirección del trabajo que realizaban los trabajadores de la contratista, como lo era el dar instrucciones sobre la forma en que debían llevarse a cabo las tareas tales facultades no son bastantes ni suficientes para otorgarle el carácter de verdadero empleador al empresario principal, al no poseer este otros muchos poderes y capacidades propias de todo empresario, pues debe tenerse en cuenta – advierte el fallo- “... que si bien los trabajadores de la empresa contratista deben estar sujetos a las órdenes e instrucciones laborales de ésta, ello no obsta a que se produzca una subordinación a las órdenes de la empresa principal en el aspecto técnico”⁵²⁰.

De los anteriores pronunciamientos judiciales se desprende que el ejercicio compartido de facultades de dirección y control entre contratista y comitente no es una circunstancia determinante ni suficiente para desacreditar la validez de la contrata. No obstante, resulta obvio que la coexistencia de potestades de dirección y control que puede darse en la ejecución de la contrata por parte del contratista y del empresario principal representa mayor grado de dificultad para poder deslindar la frontera entre la contrata y la cesión ilegal, ya que nunca será fácil establecer con precisión el deslinde entre la subordinación jurídica de los trabajadores de la contrata y la dependencia o subordinación técnica a la que estos pueden quedar sometidos en función

520 Siguen la misma línea argumentativa entre otras, la STSJ de Madrid de 19 de marzo de 2001 (Ar. 1907); STSJ de Cataluña de 10 de julio de 2001 (Ar. 3628); STSJ de Galicia de 14 de noviembre de 2001 (Ar. 4120); STSJ de Cataluña de 17 de marzo de 2003 (Ar. 952); STSJ de Aragón de 5 de abril de 2006 (Ar. 2825) y STSJ Castilla- La Mancha 18 de enero de 2007 (Ar. 2130).

de la naturaleza misma que tengan las actividades contratadas o en función de las prerrogativas de control que tenga el empresario principal según los términos pactados en la contratación.

Dado que no resulta fácil establecer la línea divisoria que distingue entre subordinación jurídica y subordinación técnica, la doctrina hace ver que el reparto de poderes de dirección y organización entre empresario contratista y empresario principal debe ser analizado no en función de aspectos cuantitativos, sino atendiendo a los aspectos cualitativos o sustantivos que queden comprometidos con el reparto de poderes⁵²¹. De este modo la cesión ilícita se configuraría en todos aquellos casos en los que el contratista delegue en el empresario principal el ejercicio de facultades que son inherentes y exclusivas de todo empresario empleador, sin las cuales su condición de tal se hace irreconocible.

6.4 El contratista debe asumir los riesgos inherentes a la gestión empresarial.

147. La asunción de los riesgos empresariales por el contratista.

Siendo que la existencia de una organización empresarial propia por parte del contratista no es elemento suficiente para acreditar la existencia de una auténtica contrata, por cuanto en todo caso se exige que dicha organización empresarial sea puesta a disposición del empresario principal para el cumplimiento del objeto de la contrata, se hace lógico pensar que el riesgo de empresa que supone el desarrollo y ejecución de las actividades contratadas debe ser asumido por el empresario contratista.

La asunción del riesgo se tiene como condición inherente a toda actividad empresarial y rasgo definitorio de la condición de empresario. Al respecto, la STS de 17 de julio de 1993 (Ar. 3026) antes citada, destaca que *“la característica esencial de la empresa es ser organización, es decir ordenamiento de los factores reales y personales de la producción para la consecución de un fin. Y así uno de los elementos propios de este concepto es la*

521 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, *“Responsabilidad empresarial...”*, op. cit., pág. 120; NORES TORRES, Luis Enrique, *“El trabajo en contratas...”*, op. cit., pág. 104.

asunción de un riesgo por el empresario, pues ese fin, esto es, esas ganancias pueden lograrse o no, o incluso, por contra, la actividad empresarial puede generar pérdidas”.

De modo que, al margen de las potestades de dirección y control que pueda ejercer la empresa comitente para la verificación del cumplimiento de la contrata según lo antes visto, será el empresario contratista quien en todo caso debe asumir directamente el riesgo de la actividad por él realizada. En consecuencia, habrá que entender que cualquier alteración que se suscite en la conducción normal del riesgo de empresa, que implique un desplazamiento total o parcial del mismo hacia el empresario principal a la vez que una eximente o atenuación por parte del contratista, deberá tenerse como claro indicio de una contrata fraudulenta, pues tal circunstancia pone en cuestionamiento la condición de auténtico empresario que pueda tener el contratista⁵²²

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que en la estructura de la contrata no siempre resulta fácil corroborar la asunción del riesgo por parte del contratista, pues muchos de los aspectos reveladores del riesgo pueden simularse a tal punto que este quede comprendido en su totalidad dentro del ámbito patrimonial de la empresa comitente, en cuyo caso el contratista solo ostenta el aspecto formal del riesgo pero sin asumirlo realmente.

La difícil tarea que supone la identificación real del riesgo se manifiesta de manera muy ilustrativa en la casuística analizada por los Tribunales, que en todo caso acuden a la técnica de indicios para poder determinar en qué casos la contrata lleva aparejada la asunción del riesgo por parte del contratista y en cuáles se revela el desplazamiento de dicho riesgo a cargo del comitente, surgiendo de ello la duda sobre la autenticidad de la contrata. Así, se tiene como indicios para comprobar que el contratista no es quien asume el riesgo de empresa, el hecho de que este no tenga ninguna posibilidad de

522 Hacen referencia a la asunción del riesgo de empresa como indicio para deslindar la autentica contrata de la subcontrata entre otras, la STSJ de Cataluña de 29 de abril de 2002 (Ar.2002) y la STSJ de Castilla- La Mancha de 5 de mayo de 2009 (Ar. 2135).

influencia en la fijación del precio de los servicios que presta⁵²³. Que el pago que realiza el comitente por los servicios que brinda el contratista no se establece mediante un precio unitario fijado con arreglo a criterios objetivos, sino en función de aspectos propios de la ejecución del trabajo como lo son las horas efectivamente laboradas por los trabajadores adscritos a la contrata y los kilómetros recorridos por estos para la prestación del servicio⁵²⁴. Que el coste del personal de la contrata sea el elemento fundamental en la facturación de las actividades contratadas⁵²⁵. Que el pago de los salarios y cotizaciones de la Seguridad Social de los trabajadores adscritos a la contrata, sea asumido por el comitente⁵²⁶, entre otros. Finalmente, visto el alcance que tienen todos los criterios antes analizados, es fácil advertir que ninguno de ellos por sí solo permite trazar la línea divisoria para distinguir entre la auténtica contrata y la pseudocontrata. Por ello la jurisprudencia del Tribunal Supremo insiste en señalar que para poder deslindar la contrata de la cesión ilegal de trabajadores, se hace necesario siempre acudir al análisis

148. Necesidad del análisis casuístico.

Finalmente, visto el alcance que tienen todos los criterios antes analizados, es fácil advertir que ninguno de ellos por sí solo permite trazar la línea divisoria para distinguir entre la auténtica contrata y la pseudocontrata. Por ello la jurisprudencia del Tribunal Supremo insiste en señalar que para poder deslindar la contrata de la cesión ilegal de trabajadores, se hace necesario siempre acudir al análisis casuístico, de modo que se pueda considerar en cada caso, con el debido detenimiento y a la vista de los hechos acreditados en el litigio, las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre ambas empresas⁵²⁷.

523 STS de 18 de marzo de 1994 (Ar. 2548).

524 STS de 12 de diciembre de 1997 (Ar. 9315).

525 STS 3 de octubre de 2015 (Ar. 7333).

526 STS de 22 de febrero de 2011 (Ar. 2973).

527 Así lo señala expresamente la STS de 30 de abril de 2002 (Ar.7567).

7. La utilización ilícita de la subcontratación en supuestos de huelga.

149. La subcontratación y el derecho de huelga.

El uso de la subcontratación de obras y servicios plantea una serie de problemas jurídicos respecto al ejercicio del derecho de huelga. La doctrina que ha puesto atención a este particular aspecto de la subcontratación, ha analizado una serie de supuestos en los que las consecuencias jurídicas de la huelga se proyectan de diversa forma ya se trate del ejercicio de la huelga por parte de los trabajadores de la empresa principal, ya se trate del ejercicio de la huelga por parte de los trabajadores de la empresa contratista y/o subcontratista⁵²⁸.

En esta oportunidad interesa analizar el supuesto por uso abusivo de parte del empresario principal de la subcontratación en casos de huelga. El problema en concreto surge del ejercicio abusivo de las facultades de organización y dirección empresarial en que pueda incurrir la empresa comitente al utilizar el recurso de la contrata para neutralizar o aminorar los efectos de la huelga llevada a cabo por sus propios trabajadores, y con ella suplir las necesidades que surgen de la suspensión del trabajo de los huelguistas.

Como se sabe, el ejercicio de la huelga como derecho fundamental que es, supone para el empresario una importante enervación de sus poderes organización y dirección. Esto no implica desde luego una pérdida total de sus facultades empresariales, pero sí le impone a este el deber de abstenerse de realizar determinadas actuaciones que tengan por finalidad violentar el ejercicio del derecho de huelga. En consecuencia, aún y cuando durante el transcurso de la huelga el empresario conserva facultades suficientes para seguir organizando la gestión productiva de la empresa, lo que le permite incluso la utilización de mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga, lo cierto es que tales facultades deben ejercerse observando un estricto equilibrio entre las acciones legítimas de defensa y el respeto al ejercicio del derecho de huelga que ampara a los huelguistas.

528 SALA FRANCO Tomás y LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA, Iván, *“Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga”*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 85 y ss.

En parte, este equilibrio entre acciones legítimas de defensa frente a la huelga y el respeto al ejercicio de este derecho fundamental, viene dado por la propia Ley que establece prohibiciones al empresario para realizar determinadas actuaciones que atenten contra la huelga, a la vez que le autoriza el uso de ciertos mecanismos para defenderse de ella. Una de las manifestaciones más puntuales de dicho equilibrio se concreta en la figura del esquirolaje, entendido como sustitución de los trabajadores huelguistas.

150. El esquirolaje externo.

El Real Decreto Ley 17/ 1977 de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo (RDLRT), en su artículo 6.5 establece que *“En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajos que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo”*.

Del anterior artículo se desprende que la sustitución de trabajadores huelguistas, por regla general, es práctica ilícita, prohibida por el ordenamiento jurídico por cuanto la misma constituye un mecanismo que busca enervar la eficacia del ejercicio legítimo del derecho fundamental de la huelga. No obstante, según se aprecia, el mismo artículo prevé la posibilidad de excepcionar la prohibición del esquirolaje, cuando los trabajadores huelguistas incumplan las obligaciones contenidas en el apartado 7 del citado artículo 6 RDLRT, que consisten en garantizar durante la huelga la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y tareas de la empresa.

La doctrina entiende que el esquirolaje puede tener dos variantes o modalidades según se trate de sustitución de trabajadores huelguistas por trabajadores no vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la huelga, a lo que se le denomina como “esquirolaje externo”, o bien se trate de sustitu-

ción de huelguistas por trabajadores de la misma empresa que no se suman a la huelga, esto a través del ejercicio del *ius variandi*, a lo que se le denomina “esquirolaje interno”.

Para un importante sector de la doctrina, la realización por empresas contratistas del trabajo dejado por los trabajadores huelguistas de la empresa principal, sin que se esté en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 7 del RDLRT, constituye una modalidad de esquirolaje por cuanto a través de la contrata se estaría también materializando la sustitución de trabajadores huelguistas⁵²⁹. En este caso, se dice que la contrata sirve para instrumentalizar una modalidad de esquirolaje distinta a las dos modalidades antes dichas, a la que se le puede denominar “esquirolaje indirecto”⁵³⁰ en tanto se realiza a través de la intermediación de la contrata a la que acude el empresario en ejercicio de sus facultades de organización productiva.

Ciertamente la utilización de la contrata durante el desarrollo de la huelga puede propiciar la sustitución de trabajadores huelguistas, toda vez que al empresario le resultará fácil apoyarse en el personal de la contrata para sacar adelante la ejecución de las actividades productivas suspendidas por la huelga, en cuyo caso el uso de la contrata atenderá los mismos efectos lesivos que tiene el esquirolaje.

En estos casos no debe existir duda para reconducir al supuesto normativo previsto en el artículo 6.5 del RDLRT la sustitución de trabajadores huelguistas por trabajadores de la contrata, y en consecuencia proscribir el uso de la subcontratación cuando esta sea utilizada como mecanismo de esquirolaje.

529 MONTROYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 168; SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y San Martín Mazzucconi, Carolina, “*¿Puede una empresa minorar los efectos de la huelga?*”, Noticias Breves, Gómez-Acebo & Pombo, enero, 2014, pág. 2; SALA FRANCO, Tomás y LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA, Iván, “*Los mecanismos empresariales...*”, op. cit., pág. 54; TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, “*Algunas reflexiones acerca de los efectos de la huelga sobre el contrato: puntos críticos*”, Temas Laborales, núm. 127, 2014, pág. 130.

530 MONTROYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 168.

laje. Como se ha dicho ya, así lo viene entendiendo un sector mayoritario de la doctrina, aún y cuando no han faltado voces críticas que consideran que la prohibición que recoge el artículo 6.5 del RDLRT no alcanza a la sustitución de trabajadores huelguistas por medio de contratas ya que la literalidad de dicha norma únicamente alude a la sustitución de trabajadores en la modalidad de esquirolaje externo⁵³¹.

151. Otros tipos de esquirolaje: el esquirolaje indirecto.

Si bien es cierto el tenor literal del artículo 6.5 del RDLRT solo hace referencia al esquirolaje externo por cuanto lo que prohíbe expresamente es la sustitución de trabajadores huelguistas por “trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa” -de donde también se infiere que la previsión de la norma está pensada solo para la sustitución entre trabajadores dependientes y por cuenta ajena, en la que no entran contratistas⁵³², no menos cierto es que nada impide hacer una interpretación extensiva del precepto legal. La doctrina que acuerpa esta posición hace énfasis en la necesidad de acudir al sentido teleológico de la norma, a fin de que quede comprendida en la misma prohibición, cualquier otra modalidad de sustitución de trabajadores huelguistas que tenga por finalidad el atentar contra la eficacia del ejercicio del derecho de huelga, como lo puede ser la sustitución por medio de contratas.

En este sentido, se ha dicho con acierto que “...de la ausencia de previsión legal contra el esquirolaje indirecto no se ha de derivar necesariamente su licitud, sobre todo, si se tiene en cuenta que se trata de una conducta potencialmente lesiva de un derecho fundamental que además no encuentra amparo expreso en norma legal alguna”⁵³³. Ciertamente, parece poco razo-

531 MOLERO MANGLANO, Carlos, “Derecho Sindical”, Dykinson, Madrid, 1996, pág. 699; LOPEZ LLUCH, María Inmaculada, “El derecho de huelga: nueva doctrina sobre “el esquirolaje electrónico” en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 5 de setiembre de 2012”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 5, 2013, pág.11.

532 SALA FRANCO, Tomás y LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA, Iván, “Los mecanismos empresariales...”, op. cit., pág. 53.

533 MONTOYA MEDINA, David, “Trabajo en contratas...”, op. cit., pág. 168.

nable obviar la lesión al derecho fundamental de la huelga que supone la sustitución de trabajadores huelguistas por medio de la contrata por falta de norma expresa que regule el supuesto, pues en todo caso se impone la lógica seguida por la jurisprudencia y la doctrina según la cual, cuando la Ley ha querido tolerar mecanismos de defensa empresarial contra la huelga los ha establecido de manera expresa, de donde se colige que el uso de mecanismos que no estén reconocidos legalmente para dichos fines, son abusivos porque lesionan el derecho de huelga⁵³⁴.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que la interpretación extensiva del artículo 6.5 del RDLRT ha sido también utilizada para incluir dentro del alcance del artículo, otras modalidades de esquirolaje no expresamente contempladas en él, como lo es el esquirolaje interno en cuyo caso, tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinan por considerarlo incluido en la prohibición que recoge el artículo, cuando fuese realizado no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para privar de efectividad a la huelga⁵³⁵.

En este sentido resulta más que ilustrativo lo dicho por el Tribunal Constitucional en las sentencias 123/1992 de 28 de setiembre y 33/ 2011 de 28 de marzo, en las que refiriéndose precisamente al esquirolaje interno, afirmó que la preeminencia constitucional del derecho de huelga, produce, durante su ejercicio *“el efecto de reducir y en cierto modo anestésicar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores, de la cual son emanación las facultades que le permiten una movilidad del personal, ascensional e incluso peyorativa en su dimensión vertical y temporal como regla en la*

534 STS de 23 y 24 de octubre de 1989 (Ar. 7533 y 7422). SALA FRANCO, Tomás, LOPEZ TERRADA, Eva, TODOLÍ SIGNES, Adrián, *“Jurisprudencia Social a Debate”*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 107.

535 STC 123/ 1992 de 28 de setiembre.

horizontal, en caso de necesidad y como medidas de carácter excepcional casi siempre”.

Aún y cuando el análisis que recogen las sentencias supra citadas, versa sobre la prohibición del esquirolaje interno, nada obsta para aplicar sus razonamientos al denominado esquirolaje indirecto llevado a cabo mediante el uso de la contrata, ya que, tanto las potestades de dirección con que cuenta el empresario - art. 20 del E.T.-, como las facultades de organización productiva que este tiene habida cuenta del ejercicio del derecho de libertad de empresa –art. 38 CE-, deben ser ejercidas por igual en observancia del respeto al ejercicio del derecho fundamental de la huelga, de modo que, el ejercicio de unas y de otras no puede legitimar prácticas que tenga por finalidad privar de efectividad a la huelga.

Reiterados fallos judiciales han señalado que el empleador es el titular de una amplia gama de prerrogativas en materia de organización y control de la fuerza de trabajo y la producción en la empresa, de las que puede servirse para condicionar de diversas formas la libertad sindical de los trabajadores, que desde luego incluye el ejercicio del derecho de huelga. Dentro de estas prerrogativas no cuentan solamente aquéllas vinculadas con la administración del personal, sino también las que se relacionan con la gestión económico-productiva de la empresa. De modo que, *“aunque a primera vista pueda parecer que las decisiones empresariales relacionadas a la gestión económico-productiva de la empresa no se vinculan con la administración de la fuerza de trabajo, lo cierto es que, en la medida en que en muchos casos son capaces de afectar el ingreso y la posición del conjunto de los trabajadores de la empresa, son también utilizables, al lado de las motivaciones técnico-productivas aducidas, como una forma de presión o reacción antisindical”*⁵³⁶.

Ciertamente el Tribunal Supremo ha mantenido una tesis vacilante respecto a la sustitución de trabajadores huelguistas a través de una contrata.

536 STSJ de Baleares de 12 de abril de 1995 (Ar. 4062) y STSJ de Navarra de 28 de abril de 1995 (Ar. 1351).

En alguna sentencia consideró que la realización por medio de una contrata de actividades suspendidas por trabajadores huelguistas de la empresa principal no vulneraba el derecho al ejercicio de la huelga⁵³⁷. En otra ocasión, resolvió que no es lícito que la empresa en la que transcurre una huelga, contrate con otras empresas la prestación de servicios de refuerzo para cubrir aquellas actividades que no se pueden atender a consecuencia del cese de labores. En este segundo caso, que trata de una huelga llevada a cabo en una empresa de transportes de autobús, el Tribunal resolvió que la empresa de transportes que contrató refuerzos con otros transportistas violó el derecho de huelga por cuanto, *“no es lícito emplear en los servicios mínimos a los huelguistas y a otras personas en atender el resto de los servicios, ni, menos aún, contratar con otras empresas que presten servicios de refuerzo para cubrir aquellos que no se pueden atender”*⁵³⁸.

Ante la falta de una jurisprudencia unificadora del Tribunal Supremo⁵³⁹, los Tribunales Superiores de Justicia se vienen decantando por considerar la sustitución de trabajadores huelguistas por medio de la contrata como un supuesto de esquirolaje. Uno de los primeros pronunciamientos en este sentido lo da la STSJ de Baleares de 12 de abril de 1995 (Ar. 4062). En este caso, se trataba de una huelga de pilotos durante la cual, la empresa aérea subcontrató con otras empresas vuelos chárter para cubrir los servicios que le resultaba imposible atender por efecto de la huelga. El Tribunal consideró que la reposición de los vuelos programados a través de subcontratistas sí

537 STS de 29 de setiembre de 1999 (Ar. 7304).

538 STS de 25 de enero de 2010, (Ar.3125).

539 Un caso interesante es el de la STS de 16 de febrero de 2016. En esta sentencia, el Tribunal Supremo descarta la vulneración del derecho de huelga que ejercían los trabajadores de una empresa contratista dedicada al montaje y desmontaje de andamios, por el hecho de que sus clientes hayan acudido a otras contratistas para que estas realizaran los trabajos que le habían sido contratados. El Tribunal considera que en el caso particular, la empresa contratista no tenía una vinculación con sus clientes de tal grado que le permita codecidir con ellos la realización de los trabajos contratados por terceras empresas, ni estaba en condiciones de impedir que sus clientes los contratasen con terceros, ni tampoco se benefició de ello, porque no realizó ni cobró tales trabajos, de modo que, no podía imputarse una conducta que haya impedido o disminuido los efectos de la huelga.

constituía una actuación excesiva y antisindical que vaciaba de contenido el derecho de huelga.

Debe destacarse que en este caso, el Tribunal Superior advierte que a falta de regulación legal específica que comprenda el supuesto que hace la sustitución de trabajadores huelguistas mediante la subcontratación, sólo cabe acudir a las interpretaciones derivadas de la naturaleza del derecho de la huelga que goza de especial protección en la Constitución Española, para derivar de ello, que no se puede vaciar el derecho fundamental de huelga mediante el uso de los poderes de dirección empresariales, pues en todo caso “... *a la empresa le está vetado adoptar una actitud que directa o indirectamente neutralice o incluso aminore los efectos materialmente perjudiciales que la legítima paralización del trabajo repercute*”.

En la misma línea de la sentencia anterior, se pronuncia la SAN de 21 de noviembre de 2011 (Ar. 3009) que resuelve el caso de una empresa ferroviaria que contrató un servicio alternativo de autobuses durante la huelga que llevaban a cabo los trabajadores, para brindar transporte a la totalidad de los pasajeros afectados con la paralización de los trenes. En este caso la sentencia considera que existió vulneración al derecho de huelga porque los autobuses contratados realizaron el mismo recorrido de los trenes sustituidos en sus horarios programados, transportando a la totalidad de los pasajeros afectados por la interrupción del servicio de trenes, lo que a criterio del Tribunal, contribuyó a la neutralización de los efectos de la huelga válidamente convocada.

Los anteriores criterios jurisprudenciales, pueden verse complementados con la doctrina judicial que considera lícita la contratación eventual durante la huelga cuando la misma se justifique en el desenvolvimiento normal de la actividad productiva y que atienda a necesidades reales y previstas de manera ordinaria con antelación al movimiento de huelga, como lo puede ser por ejemplo el aumento cíclico de la producción, en la medida en que bajo situaciones como estas, la contratación no tiene relación o vínculo alguno

con la huelga y no persigue paliar sus efectos⁵⁴⁰. Tal postura, sostenida por la STSJ de Andalucía de 29 de febrero de 2000 (Ar.915) si bien no encaja exactamente en el supuesto de sustitución de huelguistas a través del uso de contrata, porque en ella se analiza un típico caso de esquirolaje externo por contratación directa de trabajadores no vinculados al centro de trabajo al tiempo de ejercitarse la huelga, lo cierto es que sus razonamientos bien pueden extrapolarse al caso del esquirolaje indirecto que se viene analizando, toda vez que la celebración de la contrata bajo las circunstancias apuntadas, estaría de antemano planificada como parte normal de la gestión productiva de la empresa y en consecuencia exenta de fines antijurídicos que atenten contra el derecho de huelga.

No está de más marcar la diferencia que hace una contrata celebrada con antelación al desenvolvimiento de la huelga, de aquella que se celebra durante el desarrollo de la huelga. En el primer caso, es más seguro descartar el uso antijurídico de la subcontratación con fines anti huelga, puesto que la contrata antecede el ejercicio del derecho de huelga. En estos casos, solo cabe la posibilidad de que la empresa principal utilice al personal de la contrata para atender las labores dejadas por los trabajadores huelguistas en cuyo caso, la contrata sí tendría un uso antijurídico al ser un recurso que incide para aminorar los efectos de la huelga. En el segundo caso, si la subcontratación no obedece a una situación prevista con antelación a la huelga que atienda a necesidades objetivas de producción debidamente justificadas, habrá que entender que el uso de la contrata deviene en antijurídico por buscar frustrar los efectos de la huelga.

Debe entenderse entonces que, fuera de los supuestos legales en que expresamente se autoriza la sustitución de trabajadores huelguistas, independientemente de la forma en que se dé la sustitución, -ya sea de manera directa mediante de la contratación externa o a través del ejercicio del *ius variandi*;

540 STSJ de Andalucía de 29 de febrero de 2000 (Ar. 915) citada por SALA FRANCO Tomás y LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA, Iván, “*Los mecanismos empresariales...*”, op. cit., pág. 54.

ya sea de forma indirecta a través del uso de la subcontratación si esta no atiende a causas objetivas y debidamente justificadas-, si el resultado de la actuación busca atenuar o frustrar los efectos de la huelga, habrá un uso antijurídico de los recursos utilizados para ello, porque se estará configurando una violación al ejercicio legítimo del derecho fundamental de la huelga⁵⁴¹.

541 Un caso particularmente interesante es la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 17/20017 de 2 de febrero de 2017, en la que se resuelve en recurso de amparo, sobre una supuesta violación del derecho de huelga al haber el empresario utilizado de medios tecnológicos para el mantenimiento de la actividad productiva durante el tiempo en que los trabajadores se encontraban en huelga. Se trata de lo que la doctrina científica y la jurisprudencia de los tribunales laborales han denominando el “esquirolaje tecnológico”. El Tribunal en la sentencia citada – con votos particulares disidentes- considera que “no hay duda de que la libertad del empresario, por lo que respecta a sus facultades de organización y dirección de los trabajadores, queda restringida por el ejercicio del derecho de huelga, mas no hay precepto alguno que, durante este ejercicio, prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para mantener su actividad. (...) “De otra parte exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponer al empresario una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente. La utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga y no puede extenderse, por vía analógica, a este supuesto la prohibición prevista en el art. 6.5 RDLRT, que se refiere al empleo de los recursos humanos en la empresa, pero no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos”.

CAPÍTULO IV
EL RÉGIMEN DE LAS RESPONSABILIDADES
APLICABLE A LA SUBCONTRATACIÓN

1. Aspectos generales.

152. El artículo 42 del ET.

Dado que el artículo 42 del E.T. constituye la piedra angular de la regulación en materia de contrata, siguiendo el análisis que se ha hecho sobre la figura de la “propia actividad” como elemento delimitador de protección legal que ofrece dicha norma, es fácil colegir que en el ordenamiento jurídico español el sistema de responsabilidades empresariales en materia de subcontratación laboral está enfocado primordialmente a las contrata y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal.

Como se ha visto, el supuesto de hecho del artículo 42 del E.T. está constituido por las contrata y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal, de modo que, el régimen de responsabilidad solidaria previsto en esta norma excluye de su ámbito aplicativo cualquier otra modalidad de subcontratación laboral⁵⁴².

Más aún, tratándose de obligaciones propiamente laborales, bien puede afirmarse con carácter de regla general, que cuando una empresa contrata o subcontrata obras o servicios ajenos a su propia actividad no asume ningún tipo de responsabilidad por los incumplimientos que cometa el contratista o subcontratista respecto a las obligaciones laborales con sus trabajadores ⁵⁴³.

153. Los arts. 168.1 de la LGSS y 24.3 de la LPRL.

Ciertamente, aparte del artículo 42 del E.T. existen otras disposiciones normativas a través de las cuales se amplía el régimen de responsabilidades empresariales para todo tipo de contrata y subcontratas, independientemente

542 La misma situación se da en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social en cuyos artículos 23.2 y 42.3 se establece una responsabilidad administrativa solidaria del empresario principal por incumplimiento de obligaciones relativas a las obligaciones de la Seguridad Social y de la Seguridad e Higiene respectivamente, pero en ambos casos, tal responsabilidad aplica únicamente para las contrata y subcontratas que correspondan a la propia actividad de la empresa principal.

543 LÓPEZ ANIORTE, María del Carmen, “*Extensión subjetiva de la protección...*”, op. cit., pág. 530; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., pág. 19.

de que estas correspondan o no a la propia actividad de la empresa principal. Así sucede por ejemplo, con artículo 168.1 de la Ley General de Seguridad Social en el cual se establece una responsabilidad administrativa subsidiaria para ciertas obligaciones de la Seguridad Social que abarca todo tipo de contrata, correspondan estas o no a la propia actividad de la empresa principal.

Similar situación ocurre con Ley de Prevención de Riesgos laborales, en cuyo caso, el Tribunal Supremo ha interpretado que el incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 24.3 de dicha Ley, acarrea la responsabilidad solidaria entre la empresa contratista y la empresa contratante aun tratándose de contrata y subcontratas de obras y servicios ajenos a la propia actividad de la empresa contratante⁵⁴⁴.

No obstante lo anterior, en ambos casos se trata de supuestos de limitado alcance, pensados únicamente para ciertas obligaciones en materia de seguridad social y prevención de riesgos laborales. Más allá de estos supuestos específicos, no existe ningún tipo de responsabilidad empresarial de tipo laboral dirigida a la protección de los trabajadores involucrados en contrata que sean ajenas a la propia actividad de la empresa principal.

154. La sistemática de exposición del régimen de las responsabilidades aplicables a la subcontratación.

En todo caso, al margen de la naturaleza que pueda tener la contrata o subcontrata, ya sea que se trate de obras y servicios relativos a la propia actividad de la empresa principal o ajenas a ella, el estudio sistemático de la normativa laboral que regula el régimen de responsabilidad que aplica a la materia, impone la necesidad de distinguir tres tipos de responsabilidades según sea la naturaleza de las obligaciones que se trate, a saber: 1) Responsabilidad por obligaciones de naturaleza salarial; 2) Responsabilidad por obligaciones referidas a la Seguridad Social en los distintos tipos de contrata y 3) Responsabilidad por obligaciones referidas a la prevención de riesgos laborales;

544 En este sentido se puede citar la sentencia en unificación de doctrina, STS de 18 de abril de 1992, (Art. 4849).

A continuación se pasará a analizar el contenido material que modula el alcance legal de cada una de estas responsabilidades, haciendo énfasis en los principales elementos de su regulación.

2. La responsabilidad por las obligaciones salariales.

155. El art. 42 del E.T.: Su aplicación limitada a las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal.

La responsabilidad por obligaciones salariales está prevista de manera expresa en el artículo 42 del E.T. Se trata por lo tanto de una responsabilidad exclusivamente aplicable para contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal, no resultando aplicable a las contratas y subcontratas ajenas a la propia actividad de la empresa principal. No obstante, como se verá más adelante, un sector de la doctrina defiende la posibilidad de exigir, también para este tipo de contratas, responsabilidad salarial al empresario principal mediante la acción directa prevista en el artículo 1597 del Código Civil⁵⁴⁵.

De acuerdo con el texto del artículo 42 del E.T. el empresario principal que contrate o subcontrate la realización de obras y servicios correspondientes a la propia actividad responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas o subcontratistas con sus trabajadores. Se trata, claro está, de una responsabilidad de naturaleza solidaria, que se justifica como medida de protección de los créditos salariales a favor de los trabajadores involucrados en la contrata.

Un sector de la doctrina ha señalado que la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 42 del E.T. implica una solidaridad *su generis* por cuanto no está referida a una deuda propia de la empresa principal, sino del

545 En este sentido, MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael, “*El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios*”, Instituto de Estudios Sociales, MTSS, 1980, pág. 6.

contratista. De aquí que para que el trabajador pueda dirigirse contra el empresario principal para exigir el pago de sus créditos salariales, requiere de previo que haya surgido el impago por parte del contratista o subcontratista⁵⁴⁶. Esto último no implica en ningún caso que el impago provenga de la declaratoria de insolvencia del contratista o subcontratista, en cuyo caso se estaría ante una responsabilidad de tipo subsidiaria⁵⁴⁷. El impago surge de la simple mora por parte del contratista para satisfacer el cumplimiento de los créditos salariales al trabajador.

En todo caso, al margen de las notas singulares que puedan caracterizar la responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T., lo cierto es que la garantía que supone la solidaridad entre contratante y contratista de cara a las obligaciones de naturaleza salarial resulta acorde con la doble proyección que tiene el salario; por un lado como contraprestación básica del contrato de trabajo a cargo del empresario y por otro, como derecho fundamental que goza de protección a nivel constitucional dada la importancia de la función económico social que le reconoce el artículo 35 de la CE⁵⁴⁸.

Es oportuno advertir que la responsabilidad solidaria por obligaciones de naturaleza salarial en materia de contrata y subcontratas del artículo 42 del E.T., encuentra su origen en normativa pre estatutaria. Tanto el Decreto 3677/ 1970 del 17 de diciembre como la vieja Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976, contemplaban un régimen de responsabilidad solidaria en materia de subcontratación de alcance genérico para todas las obligaciones laborales que correspondieran al contratista o subcontratista. En este sentido, la responsabilidad solidaria constreñida estrictamente a las obligaciones de naturaleza salarial tal cual lo establece el artículo 42 del E.T, supone un importante recorte del alcance protector que tenía el anterior sistema de responsabilidades en materia de contrata y subcontratas.

546 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “Responsabilidad empresarial...”, op. cit., pág. 223.; OLMO GASCÓN, Ana Marta, “Los derechos laborales...”, op. cit., pág. 84; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “Contratas y empresas...”, op. cit., pág. 43.

547 RODRÍGUEZ- PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, “La regulación protectora...”, op. cit., pág. 61.

548 SORIANO CORTÉS, Dulce, “Las contrata en el Derecho...”, op. cit., pág. 345.

Para algunos autores, la reducción del régimen de responsabilidad solidaria que introdujo el texto del actual artículo 42 del E.T. supone la superación del enfoque patológico que en su origen se le atribuía a las contratas y se ajusta más a la realidad actual que presenta la subcontratación laboral como mecanismo lícito de organización empresarial⁵⁴⁹. En todo caso, advierten otros, si el empresario principal solo actúa como garante de las obligaciones laborales que le corresponden al contratista o subcontratista, resulta lógico que su responsabilidad no se extienda a todos los deberes, cargas y responsabilidades propias del empleador⁵⁵⁰.

Por lo demás, aún y cuando el artículo 42 del E.T. condiciona y limita la responsabilidad solidaria a las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por el contratista y subcontratista durante la ejecución de la contrata y a las referidas a la Seguridad Social, como se verá de seguido, el ámbito material de dicha responsabilidad, aun tratándose de las obligaciones estrictamente salariales requiere de ciertas precisiones para delimitar su alcance y contenido.

2.1 Alcance subjetivo de la responsabilidad.

156. Dos sujetos de análisis.

El ámbito subjetivo que tiene la responsabilidad empresarial en materia de contratas y subcontratas según lo que se establece en el artículo 42 del E.T., debe analizarse desde dos dimensiones distintas: La primera de ellas se da desde la perspectiva del sujeto obligado (empresarios contratista, subcontratista y comitente); la segunda desde la perspectiva del sujeto beneficiado (trabajador).

157. Perspectiva desde los sujetos obligados.

Desde la perspectiva del sujeto obligado, no cabe duda que a la luz del texto actual del artículo 42 del E.T. la solidaridad recae por igual en el

549 MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael, “*El Estatuto de los Trabajadores...*”, op. cit., pág. 24; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 189.

550 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 231.

empresario principal, como en el contratista y en el subcontratista. Este aspecto que hoy en día no suscita ninguna controversia, en tiempos pasados fue objeto de debate, ya que la redacción original que tenía el artículo permitía interpretar que la responsabilidad solidaria quedaba únicamente circunscrita entre empresario principal y subcontratista, dejando por fuera al “contratista” de la obra o servicio⁵⁵¹.

De igual forma parece ya superada la discusión en torno al alcance que puede tener la responsabilidad solidaria entre empresario principal, contratista y subcontratistas, en los supuestos de encadenamiento de contratistas⁵⁵². En este sentido, aún y cuando el artículo 42 del E.T. es omiso al respecto, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia más consolidada defienden la tesis a favor de la extensión de la responsabilidad a lo largo de toda la cadena de subcontratación.

Así, frente a la “tesis del encadenamiento mínimo” que propugna porque cada empresario participante en la cadena de subcontratación, responda únicamente por los incumplimientos del empresario del siguiente eslabón⁵⁵³, ha imperado la “tesis del encadenamiento máximo” según la cual, todas las empresas de la cadena deben responder por los incumplimientos en que incurran aquellas ubicadas en los eslabones inferiores⁵⁵⁴.

551 Ciertamente, algunos autores destacan que la tesis a favor de la interpretación restrictiva del alcance subjetivo de la responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T. siempre contó con un apoyo extraordinariamente minoritario en la doctrina. En este sentido se puede citar a: BLAT GIMENO, Francisco, “*Análisis jurídico-laboral...*”, op. cit., pág. 66; GOERLICH PESET, José María, “*Determinación del supuesto...*”, op. cit., pág. 82; NORES TORRES, Luis Enrique, “*El trabajo en contratistas...*”, op. cit., pág. 39.

552 Algunos autores defienden la inexistencia de encadenamiento de responsabilidades en estos casos. Así lo hacen entre otros, CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 20; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 177; RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan, “*Las responsabilidades del empresario principal en las contratistas y subcontratistas*”, en AA.VV., [Abdón Pedrajas Moreno, (Dir.)]: *La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinaria*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 160.

553 Entre otras, la STS de 15 de diciembre de 1985 (Ar. 7385).

554 En este sentido, las sentencias STS de 17 de mayo de 1996 (Ar. 4472), STS de 9 de julio de 2002 (Ar. 10538) y STS de 23 de diciembre de 2004 (Ar. 1062).

Defendiendo la tesis del encadenamiento máximo, el Tribunal Supremo ha dicho que a pesar de la terminología tan imprecisa que utiliza el artículo 42.2 del E.T. a la hora de establecer la responsabilidad solidaria, lo cierto es que *“...lo que el precepto quiere evitar es que quien se halla mejor situado en esa cadena de contratación (comitente, dueño de la obra o contratista principal), que es quien controla realmente su ejecución y quien en definitiva asume en mayor medida los beneficios económicos de la actividad que realizan otros en todo o en parte, quede inmune ante las posibles deudas de estos últimos frente a sus trabajadores ante su posible situación de insolvencia...”* por lo que se debe entender que *“... el art. 42 ET constituye un reflejo, mal traducido para el caso que contempla, del principio de derecho según el cual quien está en condiciones de obtener un beneficio debe de estar también dispuesto a responder de los perjuicios que puedan derivar del mismo, y que fue ésta en definitiva la intención del legislador aunque éste, a la hora de redactar el precepto, no tuviera realmente en cuenta más que la figura del empresario principal y la de los «subcontratistas», dentro de cuya último plural es donde deben entenderse incluidos todos los situados en la cadena de contratación”*⁵⁵⁵.

De acuerdo con lo anterior, y bajo el predominio de la tesis del encadenamiento máximo, la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 42 del E.T. alcanza a todos los empresarios involucrados en la cadena de subcontratación⁵⁵⁶.

158. Perspectiva desde el trabajador beneficiario.

Por su parte, desde la perspectiva del sujeto beneficiario del régimen de responsabilidad solidaria, tampoco cabe duda de que dicho régimen sólo

555 STS de 9 de julio de 2002, (Ar.10538).

556 No obstante el predominio que hasta ahora tiene la tesis del encadenamiento máximo, algunos autores sostienen que desde la perspectiva estrictamente técnica, existe mayor sustento para defender la tesis a favor de una responsabilidad que se limite al binomio dado entre el contratista y subcontratista inmediato, pues el texto del artículo 42 del E.T. hace referencia en exclusiva a la relación dual. En este sentido se pronuncian, entre otros, LLANO SÁNCHEZ, Mónica, *“Responsabilidad empresarial...”*, op. cit., págs. 176 y ss.; CALVO GALLEGO, Javier Francisco, *“La regulación laboral...”*, op. cit., pág. 73.

cubre a los trabajadores que estén al servicio del contratista y subcontratista, siempre y cuando estén o hayan estado directamente involucrados en la realización de obras y servicios objeto de la contrata o subcontrata cuya realización ha sido contratada por el empresario principal frente al cual se pretende hacer valer la responsabilidad⁵⁵⁷.

Resultan intrascendente en este caso, aspectos tales como la duración de la contrata, la modalidad contractual con que hayan sido contratados los trabajadores afectos a la contrata, la categoría profesional que tengan, o la duración de la contrata⁵⁵⁸.

En todo caso, sí debe tenerse en cuenta que se aplicarían aquí todas las consideraciones hechas antes cuando se abordó el análisis sobre los sujetos de la subcontratación, en particular lo dicho en relación a los problemas que, bajo ciertas circunstancias, suelen presentarse a la hora de determinar cuáles trabajadores quedan cubiertos por el régimen de responsabilidad solidaria y la importancia que para el contratista tiene el conocer la identidad y número de trabajadores involucrados en la contrata, así como el tiempo efectivo de duración de los servicios prestados dentro de esta.

2.2 Alcance material de la responsabilidad.

159. El concepto legal de salario del art. 26 del E.T.

Cabe empezar diciendo que para poder determinar el alcance material de la responsabilidad solidaria en materia salarial que prevé el artículo 42 del E.T. habrá necesariamente que remitirse al texto del artículo 26 del mismo E.T., pues es esta norma la que delimita el contenido del concepto de salario. En tal sentido, en su párrafo primero, el artículo 26 del E.T. establece que “*se considerará la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios labo-*

557 GALA DURÁN, Carolina, “Aspectos problemáticos de la responsabilidad salarial de las contratas y subcontratas de obras y servicios”, Relaciones Laborales, Tomo I, 2000, pág. 134.

558 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “Responsabilidad empresarial...”, op. cit., pág. 256; CALVO GALLEGO, Javier Francisco, “La regulación laboral...”, op. cit., pág. 74; MONTOYA MEDINA, David, “Trabajo en contratas...”, op. cit., pág. 288.

rales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como el trabajo”.

La misma norma en su párrafo segundo, delimita aún más el concepto de salario, al disponer que *“no tendrán la consideración de salario 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”.*

De acuerdo con el texto del artículo 26 del E.T. antes transcrito, quedarán incluidas dentro del concepto de salario cuantías tales como salario base, complementos salariales, pagas por horas extraordinarias, salario de vacaciones, entre otras y excluidas todas aquellas otras que aun siendo retribuciones por actividad laboral tengan carácter indemnizatorio.

160. Las interpretaciones amplias y restrictivas de la doctrina y la jurisprudencia.

La doctrina ve en el artículo 26 citado, un concepto legal de salario amplio que en todo caso permite la presunción iuris tantum de que todo lo que percibe el trabajador del empresario es salario, salvo prueba en contrario⁵⁵⁹ y de igual forma, algunos autores ven en la literalidad del artículo 42 del E.T. la posibilidad de una interpretación amplia, entendiendo que cuando este habla de obligaciones de naturaleza salarial, *“podría dar pie a interpretar que no se incluyan sólo los salarios en sentido estricto, sino cuantías cuya obligatoriedad deriva del hecho del abono salarial”*⁵⁶⁰.

559 ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *“Derecho del Trabajo”*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Civitas, Madrid, 2003, pág. 323; CRESPO FOLGUERA, José, *“La responsabilidad salarial del empresario en contratos y subcontratas: su alcance objetivo”*, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratos*, Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 206; GALA DURÁN, Carolina, *“Aspectos problemáticos...”*, op. cit., pág. 141.

560 GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *“La tutela de los trabajadores...”*, op. cit., pág. 151. En similar sentido, GALA DURÁN, Carolina, *“Aspectos problemáticos...”*, op. cit., pág. 142.

No obstante lo anterior, en cuanto a la responsabilidad solidaria por obligaciones de naturaleza salarial que prevé el artículo 42 del E.T. el Tribunal Supremo se ha decantado por una interpretación restrictiva, señalando que si el citado artículo “*ciñe la responsabilidad a las obligaciones salariales, ello obligaría a resolver el supuesto dentro del ámbito de aplicación del artículo 26 del propio estatuto, con exclusión de retribuciones de otra naturaleza salarial aunque traigan su causa del contrato de trabajo*”⁵⁶¹.

La tesis mantenida por el Tribunal Supremo supone que la responsabilidad solidaria del artículo 42 por obligaciones de naturaleza salarial queda exclusiva y estrictamente limitada a las percepciones económicas que componen la estructura salarial definida en el artículo 26.1 del E.T. esto es, salario base y complementos salariales.

Así, dentro del ámbito material de la responsabilidad solidaria por obligaciones salariales, quedarían incluidos los siguientes conceptos retributivos: 1) El salario base, determinado por unidad de tiempo o de obra, según lo que se estipule en el convenio colectivo o en el contrato individual de trabajo (artículo 26.3 del E.T.); 2) Las mejoras al salario, estén estas previstas de manera expresa o tácita ya sea en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo;⁵⁶² 3) Los incrementos salariales previstos en convenio colectivo posteriores a la finalización de la contrata, pero de aplicación retroactiva al periodo de vigencia de la misma;⁵⁶³ 4) Las horas extraordinarias, pues estas constituyen un complemento salarial referido al trabajo efectivamente realizado;⁵⁶⁴ 5) Cabe también responsabilidad solidaria por la retribución de las vacaciones o la compensación por vacaciones no disfrutadas durante la vigencia del contrato⁵⁶⁵.

561 STS en unificación de doctrina del 19 de enero de 1998, (Ar. 998).

562 PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., pág. 41.

563 STSJ Castilla y León (Valladolid) de 10 de diciembre de 1996, (Ar. 4659).

564 STSJ de Castilla- León (Valladolid) de 25 de noviembre de 2012, (Ar. 4095). Sin embargo, el Tribunal Central de Trabajo, en la sentencia del 5 de abril de 1989, (Ar. 2596), llegó a negar naturaleza salarial a las horas extraordinarias, por equipararlas a las indemnizaciones por despido o dietas por desplazamientos, y por consiguientes las excluyó de la responsabilidad del art. 42 del E.T.

565 Sentencia del Tribunal Supremo en unificación de doctrina, de 9 de julio de 2002, (Ar.

161. La exclusión de los beneficios extrasalariales.

Por los mismos criterios de interpretación antes expuestos, quedan excluidas del ámbito de cobertura de la responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T., todas las demás percepciones calificadas como extrasalariales según lo preceptuado por el artículo 26.2 del mismo Estatuto de trabajo, esto sin importar que las mismas sean abonadas por el empresario en virtud de la relación de trabajo, a saber: 1) Las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnización o suplidos por gastos realizados. Acá se incluyen las dietas⁵⁶⁶, los pluses de transporte y kilometraje⁵⁶⁷, y gastos de vestuario⁵⁶⁸. 2) Las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos. Se incluyen en esta categoría, el pago indemnizatorio por despido declarado improcedente⁵⁶⁹ así como las que corresponden al fin del contrato por fallecimiento del trabajador⁵⁷⁰, o al fin de un contrato por obra o servicio determinado incluyendo la indemnización pactada en convenio colectivo por la terminación de un contrato temporal⁵⁷¹.

Del mismo modo se ha dejado por fuera de la cobertura del régimen de responsabilidad solidaria, el pago por omisión del preaviso de cese, si bien en este último caso existe disconformidad de criterios, puesto que claramente el preaviso si bien es una obligación sustitutiva del salario, no deriva del des-

6553) y de 1 de febrero de 2006, (Ar. 924). En sentido contrario, el Tribunal Superior de Castilla y León (Valladolid) en la sentencia de 10 de octubre de 1996, (Ar. 4659), sostuvo que la compensación de vacaciones no disfrutadas tiene carácter indemnizatorio por el perjuicio sufrido al no disfrutarlas oportunamente, por lo que las excluye del ámbito de aplicación del artículo 42 del E.T.

566 STCT de 20 de noviembre de 1982, (Ar. 6515); del 5 de abril de 1989, (Ar. 2596); STSJ de Murcia de 21 de abril de 1998, (Ar. 2213).

567 STSJ de Asturias de 2 de setiembre de 1994, (Ar. 3388) y STSJ de Murcia de 21 de abril de 1998, (Ar. 2213).

568 STSJ del País Vasco de 19 de octubre de 1999, (Ar. 3573).

569 Sentencia del Tribunal Supremo en unificación de doctrina de 7 de julio de 1994, (Ar. 6351) y de 10 de julio de 2000, (Ar. 7175).

570 STSJ de Castilla- León (Burgos) de 12 de julio de 1999, (Ar. 2733) y STSJ de Castilla La Mancha de 2 de mayo de 2002, (Ar. 2801).

571 Sentencia del Tribunal Supremo en unificación de doctrina de 19 de enero de 1998, (Ar. 998).

pido por lo que no tiene naturaleza indemnizatoria propiamente dicha⁵⁷². De igual forma se excluyen de la consideración de salario todas las prestaciones que recibe el trabajador como parte de la acción social de la empresa, como suelen ser las ayudas para estudios⁵⁷³, así como también las mejoras voluntarias a la Seguridad Social⁵⁷⁴.

162. Los salarios de tramitación.

También han quedado excluidos del ámbito de responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T. los salarios de tramitación⁵⁷⁵. Así, en un primer momento, el Tribunal Supremo los declaró la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación, al señalar que con ellos “...se pretende, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador uno de los perjuicios que para él se derivan del hecho del despido, cual es no percibir retribución alguna desde la fecha de tal despido y durante la substanciación del proceso correspondiente...”⁵⁷⁶. Con base en este criterio, los salarios de tramitación quedaban excluidos del alcance de la responsabilidad solidaria del artículo 42. E.T.

Posteriormente, el Tribunal Supremo varió de criterio y en sentencia del 7 de julio de 1994 (Ar. 6351) adopta una posición diametralmente opuesta a la anterior, señalando que “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

572 Así lo señala CRESPO FOLGUERA, José, “La responsabilidad salarial...”, op. cit., pág. 216.

573 STSJ de Castilla- León (Valladolid) de 10 de diciembre de 1996, (Ar. 4659).

574 Sentencia del Tribunal Supremo en unificación de doctrina, de 19 de mayo de 1998, (Ar. 3797).

575 La regulación básica de los salarios de trámite la recoge el artículo 56.1.b) del E.T. que establece que el trabajador cuyo despido sea declarado improcedente tiene derecho a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique la sentencia que declare la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo.

576 STS de 13 de mayo de 1991, (Ar. 3907).

y estos salarios deben tener el mismo tratamiento que los que le hubieran correspondido en caso de haber trabajado en la misma”.

A partir de esta segunda posición, el Tribunal sostuvo el criterio a favor de aplicar la responsabilidad solidaria para los salarios de tramitación, quedando estos incluidos en el ámbito de cobertura del artículo 42 del E.T. Sin embargo, poco tiempo después, el alto Tribunal echa marcha atrás en el camino andado y retoma nuevamente la línea interpretativa adoptada originalmente, según la cual, los salarios de tramitación quedaban excluidos del ámbito de cobertura de la responsabilidad solidaria. Esta última tesis la recoge la sentencia en unificación de doctrina, STS de 14 de julio de 1998 (Ar. 8544) en la cual el Tribunal rectifica el criterio seguido en la Sentencia del 7 de julio de 1994, y aunque reconoce que los salarios de trámite tienen vertientes salariales, como la obligación de cotizar por ellos, recalca que su finalidad es claramente indemnizatoria, de aquí que, *“...nunca podrán ser conceptuados como obligaciones de estricta naturaleza salarial, únicas de las que es responsables solidario el contratista principal”.*

Es esta última línea interpretativa que sostiene la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación la que prevalece hasta ahora, y con base a ella, los salarios de tramitación vienen siendo excluidos del campo de cobertura de la responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T.⁵⁷⁷. Se trata de una posición que de momento parece ser definitiva, aún y cuando el debate doctrinal sobre la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación mantiene plena vigencia⁵⁷⁸.

577 El criterio que excluye los salarios de trámite del ámbito de aplicación del artículo 42 del E.T. por considerarlos de naturaleza indemnizatoria y por ende de carácter extra salarial, ha sido reiterado por el Tribunal Supremo en las sentencias dadas en unificación de doctrina, STS de 28 de abril de 1999, (Ar. 4648); STS de 9 de diciembre de 1999, (Ar. 9718); STS de 10 de julio de 2000, (Ar. 7175); STS de 2 de octubre de 2000, (Ar. 7175); STS de 26 de diciembre de 2000, (Ar. 1880).

578 El estudio sobre la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación en materia de contratas y subcontratas ha sido abordado en infinidad de trabajos científicos. Entre estos se pueden citar: MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael, *“El Estatuto de los Trabajadores...”*, op. cit., págs. 44-45; BLAT GIMENO, Francisco, *“Análisis jurídico- laboral...”*, op. cit., págs. 113- 134; GÁRATE CASTRO, Javier, *“Los salarios de tramitación. Un estudio de*

163. El interés por mora en el pago del salario.

Caso interesante ocurre con el interés por mora, en el que se presenta una situación prácticamente inversa a la de los salarios de trámite. A pesar de que la doctrina mayoritaria considera que se trata de un concepto de evidente naturaleza indemnizatoria⁵⁷⁹, la jurisprudencia reiteradamente los ha incluido dentro del régimen de responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T⁵⁸⁰.

Ciertamente el reconocimiento de los intereses por mora en estos casos no procede de manera automática. La mayoría de los pronunciamientos judiciales vienen exigiendo como requisito el que no exista controversia so-

las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido”, Madrid, ACARL, 1994; MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael, “*La nueva regulación del salario*”, en AA.VV., [Efrén Borrajo Dacruz (Coord.)]: El nuevo régimen jurídico del salario. Comentarios a las Leyes Laborales, La Reforma del Estatuto de los Trabajadores, Tomo I, Vol. 1º, Edersa, Madrid, 1994, págs. 41-43; SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, “*Unificación de doctrina sobre salarios de tramitación*”, en AA.VV., [Javier Gárate Castro (Coord.)]: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario, Universidad Santiago de Compostela, 1997; SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, “*La responsabilidad y subrogación...*”, op. cit., pág. 117; MONEREO PÉREZ, José Luis, “*La responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 91; GARCÍA PIQUERAS, Manuel, “*Régimen jurídico...*”, op. cit., pág. 51; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., págs. 236- 238; GALA DURÁN, Carolina, “*Aspectos problemáticos...*”, págs. 131- 172; CALVO GALLEGÓ, Javier Francisco, “*La regulación laboral...*”, págs. 57-94; FUENTES FERNÁNDEZ, Francisca, “*Algunas consideraciones sobre la responsabilidad empresarial en la subcontratación, en relación con los salarios de tramitación por despido*”, Temas Laborales, núm. 56, 2000, págs. 107- 120; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., págs. 205-216; MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “*La descentralización productiva...*”, op. cit., págs. 147-162; CARRIL VÁZQUEZ, Xosé Manuel, “*La regulación legal de los salarios de tramitación*”, Actualidad Laboral, Tomo II, 2002, págs. 743-751 RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio, “*Los salarios de tramitación a la luz de los últimos cambios legales y de la jurisprudencia*”, Relaciones Laborales, Tomo I, 2006, págs. 1274- 1298; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., pág. 42; SORIANO CORTÉS, Dulce, “*Las contratas en el Derecho...*”, op. cit., págs. 357-362; ESTEVE SEGARRA, Amparo, “*Los salarios de tramitación*”, Aranzadi, Navarra, 2009.

579 Así lo hacen ver: BLAT GIMENO, Francisco, “*Análisis jurídico- laboral...*”, op. cit., pág. 134; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 233; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 189; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., pág. 43.

580 STCT de 28 de noviembre de 1985, (Ar. 6553); STS de 1 de abril de 1996, (Ar. 2974); STSJ de Castilla La Mancha de 8 de febrero de 2001, (Ar. 1428) y STSJ de Madrid de 10 de diciembre de 2002, (Ar. 3555).

bre la existencia y cantidad de la deuda por salarios dejados de percibir⁵⁸¹, contrario sensu, no procede el reconocimiento cuando haya discusión para determinar el monto de los salarios adeudados por el empresario. En este sentido, se ha dicho que *“tratándose la cantidad reclamada una deuda salarial vencida, líquida y determinada, que no puede entenderse problemática en cuanto a su liquidación, procede la condena al abono de los intereses al amparo del artículo 29.3 Estatuto de los Trabajadores...”*⁵⁸².

La doctrina que discrepa con esta tesis jurisprudencial, hace ver que la inclusión de los intereses por mora dentro del ámbito de responsabilidad solidaria supone la plena identidad de posiciones deudoras entre contratista o subcontratista y comitente, situación que no encaja dentro del supuesto normativo del artículo 42 del E.T. por cuanto en esta norma, la responsabilidad solidaria procede como garantía por deuda ajena y surge ante el incumplimiento del contratista o subcontratista y con posterioridad a que el trabajador haga el requerimiento de pago frente a dicho incumplimiento. Desde esta perspectiva, se ha dicho que no es admisible que el comitente, que no estaba vinculado contractualmente con el trabajador del contratista o subcontratista, ni dispone de mecanismos legales para controlar el pago adecuado y puntual por éstos de los salarios a sus trabajadores, resulte responsable del resarcimiento de los daños causados por el impago de los salarios desde el momento mismo de su devengo⁵⁸³.

2.3 El alcance temporal de la responsabilidad.

164. El tiempo de duración de la contrata.

El artículo 42 del E.T. deja establecido que el empresario principal responderá de manera solidaria y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, por las obligaciones de naturaleza salarial que hayan sido con-

581 Véase entre otras, STS de 7 de junio de 1984, (Ar. 3302), del 14 de octubre de 1985, (Ar. 4713); 28 de octubre de 1992, (Ar.7850) y de 1 de abril de 1996, (Ar. 2974).

582 STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2003, (Ar. 2557).

583 PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, *“Contratas y empresas...”*, op. cit., pág. 44.

traídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores durante el periodo de vigencia de la contrata.

Dos son entonces los límites temporales que aplican a la acción de reclamo para exigir la responsabilidad solidaria. El primero de ellos, tiene que ver con el tiempo de vigencia de la contrata, que implica claramente que empresario principal responderá únicamente por las obligaciones salariales nacidas durante el tiempo en que se ejecutó la contrata. Por lo tanto, quedan fuera del alcance de la responsabilidad compartida, aquellas obligaciones salariales que el contratista o subcontratista mantengan con sus trabajadores antes de dar inicio a la contrata, como desde luego, aquellas otras que surjan una vez finalizada la contrata.

Aún y cuando lo anterior parezca ser deducción lógica del ámbito normativo del artículo 42 del E.T., la doctrina ha apuntado que no siempre resulta sencillo determinar los contornos de este límite temporal de la responsabilidad. Así ocurre, por ejemplo, cuando no se da la coincidencia temporal plena entre el tiempo de ejecución de la contrata y el momento en que se hace exigible la obligación salarial o cuando los trabajadores del contratista o subcontratista participan simultáneamente en la ejecución de dos o más contrata.

La regla general sugerida para la solución de este tipo de problemas es aplicar el principio de proporcionalidad, de tal forma que la empresa principal responda solamente por la parte alícuota correspondiente al periodo efectivo en que estuvo vinculada al contratista o subcontratista⁵⁸⁴.

Similar situación ocurre cuando surgen dudas sobre la vigencia o no de la contrata en atención a las diversas formas en que puede darse la extinción de las mismas, pues no siempre concluyen por vencimiento normal del plazo. Así, pueden presentarse problemas cuando la contrata termina de manera anticipada por decisión unilateral del empresario principal, en cuyo

584 En este sentido BLAT GIMENO, Francisco, “*Análisis jurídico-laboral...*”, op. cit., pág. 144; CALVO GALLEGO, Javier Francisco, “*La regulación laboral...*”, op. cit., pág. 75; SO-RIANO CORTÉS, Dulce, “*Las contrataciones en el Derecho...*”, op. cit., pág. 339; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., pág. 46.

caso se discute si la responsabilidad solidaria cubre solamente las obligaciones salariales vigentes al momento de la finalización⁵⁸⁵, o si por el contrario, debe cubrir todas las obligaciones salariales que se ⁵⁸⁶hubiesen generado hasta que aconteciera la finalización normal de la contrata, en especial, cuando la resolución unilateral no esté sustentada en justa causa.

165. El plazo de un año siguiente a la terminación de la contrata.

En cuanto al plazo del año que prevé el artículo 42.2 del E.T. para la reclamación de la responsabilidad solidaria por obligaciones de naturaleza salarial, lo primero a tener en cuenta es que se trata de un plazo de prescripción y no de caducidad⁵⁸⁷.

Lo segundo a tomar en cuenta es que por tratarse de percepciones económicas, el cómputo del mismo corre a partir del día en que la acción de reclamo pudiese ejercitarse, ya que las deudas salariales constituyen percepciones económicas cuya acción de reclamo prescribe de acuerdo a la regla general que establece el artículo 59.2 del E.T., independientemente de cual sea la causa de extinción de la contrata.

Lo anterior, implica reconocer que si bien la responsabilidad por obligaciones salariales puede exigirse al empresario principal hasta un año después de haber terminado la contrata, el reclamo procede siempre y cuando la acción de cobro no esté prescrita por vencimiento del plazo estipulado en el artículo 59.2 del E.T. Esta ha sido la tesis defendida por la doctrina mayoritaria, bajo el argumento de que el plazo del año contemplado en el artículo 42.2 del E.T. no priva de eficacia a los demás plazos de prescripción previstos en

585 Esta es la tesis sostenida por el Tribunal Supremo, en STS de 22 de enero de 1998, (Ar. 37) y STS de 28 de abril de 1999, (Ar. 4648).

586 La tesis es defendida por MONTOYA MEDINA, David, "*Trabajo en contratas...*", op. cit., pág. 296.

587 BLAT GIMENO, Francisco, "*Análisis jurídico-laboral...*", op. cit., pág. 155; GARCÍA PIQUERAS, Manuel, "*Régimen jurídico...*", op. cit., pág. 51; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, "*Responsabilidad empresarial...*", op. cit., pág. 255; CALVO GALLEGO, Javier Francisco, "*La regulación laboral...*", op. cit., pág. 75; MONTOYA MEDINA, David, "*Trabajo en contratas...*", op. cit., pág. 297; CRESPO FOLGUERA, José, "*La responsabilidad salarial...*", op. cit., pág. 219.

el ordenamiento laboral⁵⁸⁸, de modo que, conforme lo dispuesto en el artículo 1148 del C.C. “*el deudor solidario podrá utilizar, contra las reclamaciones del acreedor, todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación...*”, entre las cuales se encuentra la de prescripción.

3. La responsabilidad por obligaciones referidas a la seguridad social.

166. Dos regímenes de responsabilidades.

Tratándose de responsabilidad por obligaciones referidas a la Seguridad Social en materia de subcontratación, lo primero que debe destacarse es la existencia de dos regímenes distintos. Uno de responsabilidad solidaria aplicable a las contrata y subcontratas correspondientes a la propia actividad de la empresa principal, que se encuentra regulada en el artículo 42 del E.T.: y otro de responsabilidad subsidiaria para todo tipo de contrata y subcontratas, cuya regulación viene dada por las disposiciones de los artículos 142.1 y 168.1 de la Ley General de Seguridad Social (LGSS).

Se trata de un sistema dual de responsabilidades que combina dos mecanismos de tutela de distinto grado que se complementan el uno con el otro, pues como se verá de seguido, cada uno de ellos atiende a supuestos de hecho normativos diferentes.

3.1 Responsabilidad solidaria por obligaciones referidas a la seguridad social en contrata y subcontratas correspondientes a la propia actividad de la empresa principal.

66. La responsabilidad solidaria del art. 42 del E.T.

Sin lugar a dudas, en materia de subcontratación, el régimen de responsabilidad empresarial por obligaciones atinentes a la Seguridad Social

588 BLAT GIMENO, Francisco, “*Análisis jurídico-laboral...*”, op. cit., pág. 155; GARCÍA PIQUERAS, Manuel, “*Régimen jurídico...*”, op. cit., pág. 51; LLANO SÁNCHEZ Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 255; CALVO GALLEGO, Javier Francisco, “*La regulación laboral...*”, op. cit., pág. 75; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contrata...*”, op. cit., pág. 297; CRESPO FOLGUERA, José, “*La responsabilidad salarial...*”, op. cit., pág. 219; GALA DURÁN, Carolina, “*Aspectos problemáticos...*”, op. cit., pág. 151

más importante con que cuenta el ordenamiento jurídico español es el que se establece en el artículo 42 del E.T. Se trata del mismo régimen de responsabilidad solidaria que aplica a las obligaciones de naturaleza salarial, de modo que también la responsabilidad por obligaciones referidas a la seguridad social se encuentra limitada al mismo supuesto de hecho normativo previsto en el citado artículo, es decir, a las contrata y subcontratas correspondientes a la propia actividad de la empresa principal.

Por lo tanto, cuando se trata de contrata y subcontratas correspondientes a la propia actividad, el empresario principal también responde solidariamente por las obligaciones de la Seguridad Social que haya contraído el contratista o subcontratista por los trabajadores involucrados en la contrata o subcontrata.

Dicho lo anterior, resulta importante destacar algunas de las particularidades que tiene el régimen de responsabilidad solidaria para este tipo de obligaciones.

3.2 Finalidad de la responsabilidad.

168. Los intereses recaudatorios del Sistema de Seguridad Social.

A diferencia de lo que sucede con la responsabilidad solidaria por obligaciones de naturaleza salarial, cuya finalidad atiende en exclusiva al interés directo de los trabajadores involucrados en la contrata o subcontrata, en el caso de las obligaciones referidas a la Seguridad Social la finalidad del régimen de responsabilidad solidaria que prevé el artículo 42 del E.T. no es otra que defender y dar protección a los intereses recaudatorios del sistema de Seguridad Social. Por esto se haya dicho que *“...quienes obtienen una mejor posición de ventaja económica son los fondos públicos de la Seguridad Social, quienes en vía de repetición pueden reclamar el abono tanto de los descubiertos de cotizaciones como de capitalización de las prestaciones abonadas conforme al principio de automaticidad no sólo frente al empleador del trabajador, sino también frente a la empresa principal”*⁵⁸⁹.

589 CRUZ VILLALÓN, Jesús, *“Outsourcing...”*, op. cit., pág. 319; SORIANO CORTÉS, Dulce, *“Las contrata en el Derecho...”*, op. cit., pág. 381; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *“La tutela de los trabajadores...”*, op. cit., pág. 154.

169. La depuración del mercado de las contratas.

También se le ha atribuido a este régimen de responsabilidad solidaria una finalidad profiláctica, que tiene como objetivo el depurar el mercado de las contratas, evitando que las empresas subcontraten obras o servicios con empresas que se encuentran morosas con la Seguridad Social o que del todo incumplen sus obligaciones, ya sea por prácticas fraudulentas, por insolvencia o falta de capacidad de pago⁵⁹⁰. En este sentido se destaca el deber que impone el artículo 42 del E.T. a la empresa principal para que a la hora de contratar o subcontratar la realización de obras o servicios, compruebe que el contratista o subcontratista está al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social.

3.3 Alcance material de la responsabilidad.

170. Dos tesis interpretativas de la ambigüedad legal.

Definir el alcance material de la responsabilidad solidaria por obligaciones con la Seguridad Social que prevé el artículo 42 del E.T no resulta fácil, ya que la expresión “obligaciones referidas a la Seguridad Social” que utiliza el artículo no es precisa.

En líneas generales se puede decir que en relación a este tema se han planteado dos tesis interpretativas. La primera de ellas, de corte restrictivo y de apoyo minoritario en la doctrina, considera que la responsabilidad solidaria por obligaciones referidas a la Seguridad Social comprende únicamente las deudas por cotizaciones o cuotas impagadas. Quienes defienden esta tesis se sustentan en la literalidad del texto normativo, aduciendo que el artículo 42 del E.T. no menciona las obligaciones por pago de “prestaciones” sino que se refiere únicamente al pago de las “cuotas” de la Seguridad Social⁵⁹¹.

590 RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, “*La regulación protectora...*”, op. cit., pág. 43; SORIANO CORTÉS, Dulce, “*Las contratas en el Derecho...*”, op. cit., pág. 378.

591 Suscribe esta tesis Mónica LLano, quien a su vez cita a Alonso Olea y a Tortuero Plaza como defensores de la misma tesis, señalando que estos autores, “...entienden que la responsabilidad solidaria ex art. 42.2 E.T. es frente a la Seguridad Social, no frente al trabajador, lo

La segunda tesis, defendida por la mayoría de la doctrina, apuesta por una interpretación amplia del ámbito de la responsabilidad solidaria, que dé cobertura tanto a las obligaciones relativas a descubiertos por cuotas impagadas, como a las obligaciones de pago de prestaciones de Seguridad Social⁵⁹².

Es también la tesis seguida desde mucho tiempo atrás por la jurisprudencia. Así, el Tribunal Supremo en las sentencias dictadas en unificación de doctrina de fechas de 19 de enero y 20 de mayo de 1998, determinó que las obligaciones referentes a la Seguridad Social del artículo 42 del E.T. comprenden “...los descubiertos de cuotas en que incurra el contratista con sus trabajadores afectados por la contrata, así como sobre las prestaciones sociales asignadas a éstos y de cuyo pago hubiera sido declarado responsable dicho contratista por incumplimiento de sus obligaciones en materia de afiliación, altas y baja de cotización”. Desde entonces y hasta ahora esta ha sido la línea interpretativa que ha mantenido el alto Tribunal⁵⁹³.

que parece referir a las cotizaciones...”.Cfr.LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “Responsabilidad empresarial...”, op. cit., pág. 245; Por su parte, María Luisa Molero advierte que “...a la luz de la genérica y amplia expresión utilizada por la redacción de la norma estatutaria, que tan sólo alude a las obligaciones “referidas a la Seguridad Social”, se podría defender tanto una interpretación restrictiva, que admitiera únicamente en su seno las deudas contraídas con la Seguridad Social, dejando al margen los incumplimientos empresariales que repercutieran en los trabajadores de las contratas, como una interpretación amplia de la norma, que aceptara el incumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social, tanto frente a las Entidades Gestoras como, en su caso, frente a los beneficiarios, siempre que trajeran causa de la contravención de las obligaciones que corresponden a la Seguridad Social, como sucedía con el pago de las prestaciones”. Cfr. MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “La descentralización productiva...”, op. cit., pág. 179.

592 Algunos de los autores que defienden esta tesis son: MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Responsabilidad empresarial...”, op. cit., pág. 257; BLAT GIMENO, Francisco, “Análisis jurídico – laboral...”, op. cit., pág. 137; CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Outsourcing...”, op. cit., pág. 318; MONEREO PÉREZ, José Luis y ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, “Dimensión laboral...”, op. cit., pág. 97; LOPÉZ GANDÍA, Juan y TATAY PUCHADES, Carmen, “Contratas y subcontratas y responsabilidades de Seguridad Social”, en AA.VV., Descentralización productiva y protección de trabajo en contratas. Estudios en homenaje de Francisco Blat Gimeno, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 229 y ss; MONTOYA MEDINA, David, “Trabajo en contratas...”, op. cit., págs. 223 y ss; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “La tutela de los trabajadores...”, op. cit., pág. 155; GARCÍA MURCIA, Joaquín, “Contratas y subcontratas...”, op. cit., pág. 34.

593 Entre otras sentencias se puede citar, STS de 14 de febrero de 2000.

Quedan entonces bajo el alcance de la responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T. el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social que comprenden todos los componentes de la cuota⁵⁹⁴, entre los cuales se encuentran: las contingencias comunes, los accidentes de trabajo y la enfermedad profesional, el desempleo, el FOGASA, la formación profesional, el recargo por mora en el ingreso de las cuotas adeudadas, los intereses e incluso las costas del procedimiento de apremio.

Y en lo referente a las prestaciones de Seguridad Social, también quedan incluidas dentro de la responsabilidad solidaria, el pago cuyo abono correspondan directamente al empresario contratista por incumplimiento de sus obligaciones de afiliación, alta y cotización⁵⁹⁵.

171. Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social.

Especial controversia suscitan las denominadas mejoras voluntarias de la Seguridad Social⁵⁹⁶, que pueden establecerse mediante la mejora directa de las prestaciones o por el establecimiento de tipos de cotización adicionales⁵⁹⁷, y cuya constitución suele ser establecida por decisión unilateral de la empresa, por pactos entre empresa y trabajadores o por convenio colectivo, aunque en la práctica es este último mecanismo el más utilizado para tales fines.

594 MONEREO PÉREZ, José Luis y ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, *“Dimensión laboral...”*; MONTOYA MEDINA, David. *Ibidem*, pág. 223; OLMO GASCÓN, Ana Marta, *“Los derechos laborales...”*, op. cit., pág. 100; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *“La tutela de los trabajadores...”*, op. cit., pág.156; SORIANO CORTÉS, Dulce, *“Las contrataciones en el Derecho...”*, op. cit., pág. 371; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, *“Contratas y empresas...”*, op. cit., pág. 44.

595 LOPÉZ GANDÍA, Juan y TATAY PUCHADES, Carmen, *“Contratas y subcontratas...”*, op. cit., pág. 230.

596 Las mejoras voluntarias encuentran fundamento en el artículo 41 C.E., cuyo texto reza lo siguiente: “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”.

597 Así lo dispone el artículo 191 de la LGSS.

En líneas generales, la doctrina mayoritaria se inclina a incluirlas dentro del ámbito de la responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T. Quienes defienden esta postura, además de tomar en cuenta el finalidad protectora que tiene el artículo 42 del E.T. sostienen que la dicción legal que utiliza la norma “obligaciones referidas a la Seguridad Social” es amplia y no discrimina entre prestaciones de carácter obligatorio propias del sistema público de Seguridad Social, y las de carácter voluntario de origen privado que implican una mejora o beneficio adicional para las primeras⁵⁹⁸.

Así, se establece una equiparación entre las mejoras voluntarias con las prestaciones de la Seguridad Social que permite incluir ambas dentro del ámbito de la responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T., aunque ciertamente, algunos autores advierten que esta equiparación no puede ser absoluta, entre otras razones porque existe un sin fin de modalidades de mejoras voluntarias que imposibilita el trato indiscriminado. En este sentido se ha dicho que la similitud entre ambas modalidades de prestaciones únicamente cabría tratándose de mejoras voluntarias que tengan un carácter meramente complementario de las prestaciones de la Seguridad Social, esto es, que tengan una clara conexión funcional con estas porque están dirigidas a cubrir las mismas contingencias⁵⁹⁹.

En línea con esta postura, la jurisprudencia originalmente había aceptado la inclusión de las mejoras voluntarias dentro del régimen de responsabilidad solidaria. Así por ejemplo, el Tribunal Supremo en sentencia dictada en unificación de doctrina del 11 febrero de 1986, Ar. 740 señaló que las indemnizaciones pactadas en convenio colectivo para los casos de invalidez o

598 MONTROYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 233; SORIANO CORTÉS, Dulce, “*Las contratas en el Derecho...*”, op. cit., pág. 373; LUQUE PARRA, Manuel, “*La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios*”, Relaciones Laborales, Tomo II, 2000, pág. 183; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., pág. 44.

599 Esta es la posición que sostienen BLAT GIMENO, Francisco, “*Análisis jurídico – laboral...*”, op. cit., pág. 140; MONEREO PÉREZ, José Luis y ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, “*Dimensión laboral de la contratación...*”, op. cit., pág. 103.

fallecimiento tienen naturaleza de mejoras voluntarias de la Seguridad Social y, como tales, están afectas por los principios que rigen la Seguridad Social. En similar sentido se pronuncia la STS también dictada en unificación de doctrina, del 2 febrero de 1987, Ar. 753, en la cual el Tribunal sostuvo que la expresión “obligaciones referidas a la Seguridad Social” comprende “... *no solo a la Seguridad Social como sistema obligado de aseguramiento, sino también a la Seguridad Social Voluntaria, máxime mediante pactos de mejoras en Convenios Colectivos.*”⁶⁰⁰.

Sin embargo, esta postura jurisprudencial fue dejada atrás de manera definitiva a partir de la STS del 19 de mayo de 1998, cuando el Tribunal Supremo, partiendo del principio de autonomía del derecho de la Seguridad Social frente al Derecho del Trabajo, establece una diferenciación entre el ordenamiento jurídico privado – al que pertenecen las mejoras voluntarias- y el ordenamiento jurídico público de la Seguridad Social, que le conduce a afirmar que “*no existe obligación solidaria de la Seguridad Social de responder en caso de incumplimiento por el empresario de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, ya que la responsabilidad de la empresa no se ve sustituida por el INSS, como continuador del Fondo de Garantía*”.

A partir de entonces y hasta ahora, el criterio reiterado del Tribunal Supremo ha sido excluir las mejoras voluntarias de Seguridad Social del ámbito de cobertura que tiene el régimen de responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T⁶⁰¹.

600 En igual sentido la STS en unificación de doctrina de 17 de mayo de 1996, (Ar. 4472).

601 Recogen este mismo criterio las sentencias, STS de 16 de setiembre de 1999, (Ar. 7226); STS de 14 de febrero y 22 de setiembre de 2000, (Ar. 2036) y (Ar. 1873). Esta tesis del Tribunal Supremo es compartida en posición minoritaria dentro de la doctrina, por Mónica Llano para quien “la voluntariedad que caracteriza el origen o establecimiento de la mejora, debe tenerse también en cuenta a la hora de articular la responsabilidad empresarial por tales mejoras, de tal manera que lo coherente con su propia naturaleza es considerar que el único responsable de la mejora es el empresario que la ha establecido, excluyendo cualquier imposición ex lege de responsabilidad por tales mejoras a empresarios – como el que contrata o subcontrata su propia actividad- que no ha prestado su consentimiento en la creación de las mismas ni su voluntad de acogerse a ellas, ya de manera individual – ex contrato de trabajo del que él no es parte- o colectiva – ex convenio colectivo que no le resulte aplicable.” Cfr. LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 254.

3.4 Deber de comprobación de pago y su incidencia en la responsabilidad.

172. El deber de comprobación de que el contratista está al corriente de la Seguridad Social.

El régimen de responsabilidad solidaria por obligaciones referidas a la Seguridad Social que define el artículo 42 del E.T. se encuentra condicionado al cumplimiento del deber de comprobación que el mismo artículo impone al empresario principal para que verifique que el contratista se encuentra al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. La verificación ha de hacerse mediante la solicitud de certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social. El artículo señala 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 de la Seguridad Social”*.

Según lo dispone el mismo artículo, el cumplimiento de este deber de comprobación se realiza recabando por escrito *“certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante”*.

Este deber de comprobación de pago constituye una previsión normativa de alcances tan confusos o poco claros, que ha suscitado un sin fin de problemas prácticos. Escapa del alcance del presente estudio abordar con profundidad el análisis de todos los aspectos problemáticos que plantea la aplicación de este deber de comprobación de pago, pero resulta ineludible hacer referencia a los más relevantes de ellos.

Para empezar, se han planteado dudas respecto a si el deber de comprobación de pago de las cuotas de la Seguridad Social constituye una obligación legal a cargo del empresario principal o un acto meramente facultativo

de este⁶⁰² aunque la mayor parte de la doctrina se inclina decididamente por considerar que se trata de una facultad y no de una obligación⁶⁰³.

De igual forma se han planteado dudas respecto al objeto mismo del deber de comprobación, puesto que la expresión que recoge el artículo 42 del E.T. cuando señala que los empresarios que contraten o subcontraten con otros “... *deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago...*”, permite una doble interpretación, ya sea en el sentido de considerar que el deber de comprobación se limita al momento previo de la contratación, verificando el empresario principal por una única vez, que el contratista con quien pretende celebrar la contrata se encuentra al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, o bien, que el deber de comprobación permanece a lo largo de la ejecución de la contrata, de modo que el empresario principal debe cerciorarse de que el contratista o subcontratista están cumpliendo con el pago de las cuotas de la Seguridad Social durante todo el tiempo que dure la contrata.

Sobre este punto, parece claro que la mayor parte de la doctrina se inclina por interpretar que el deber de comprobación busca verificar que el contratista está al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social respecto a periodos anteriores a la contrata y no durante todo el tiempo que dure la contrata⁶⁰⁴. Varios argumentos se esgrimen en defensa de esta posición. Destacan entre ellos los que atienden a la literalidad del artículo 42 del E.T. por cuanto ciertamente en el texto del artículo no existe elemento alguno del que pueda desprenderse que el deber de comprobación de pago deba rea-

602 Entre quienes consideran que el deber de comprobación de pago constituye una obligación legal a cargo del empresario principal se encuentra VALVERDE MARTÍN, Antonio, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., págs. 243 y 244.

603 Entre otros, BLAT GIMENO, Francisco, “*Análisis jurídico – laboral...*”, op. cit., pág. 110; CAMPS RUIZ, Luis Miguel, “*La obligación empresarial de comprobar la solvencia del contratista o subcontratista: significado y consecuencias*”, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección de trabajo en contratas*, Estudios en homenaje de Francisco Blat Gimeno, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 247; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 265; SORIANO CORTÉS, Dulce, “*Las contratas en el Derecho...*”, op. cit., págs. 379 y 380; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., pág. 48.

604 En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en STS de 28 de octubre de 1996, (Ar. 7714) y en STS del 19 de mayo de 1998, (Ar. 4730).

lizarse de manera continua o reiterada. En este sentido se ha dicho que “El artículo 42 del E.T. no contiene desde luego dato alguno del que se desprenda que el comitente esté obligado a comprobar la situación del contratista en cuanto al pago de las cuotas a la seguridad social más de una vez, de forma regular o periódica”⁶⁰⁵. También se ha sostenido que “si el legislador hubiese pretendido una comprobación efectuada con posterioridad a la contrata, el precepto se hubiese referido no a la comprobación de que los contratistas están al corriente en el pago de cuotas sino a la comprobación de que efectivamente las vienen ingresando durante la ejecución de la contrata”⁶⁰⁶.

Otro aspecto que suscita controversia y que está estrechamente relacionado con lo anterior, tiene que ver con el momento preciso en que debe plantearse la solicitud de la certificación ante la Tesorería General de la Seguridad Social. Algunos autores ha sostenido que el empresario principal debe formular la solicitud antes de la celebración de la contrata pues esta es la única manera de cumplir con el fin de la norma, cual es el sanear el mercado de las contratas y desincentivar la subcontratación con empresas que tengan deudas pendientes con la Seguridad Social⁶⁰⁷.

Otros autores, consideran que la solicitud de certificación solo es posible hacerla una vez se haya celebrado la contrata, de modo que la empresa principal pueda desistir de la misma para no asumir responsabilidades en caso de que la empresa contratista no esté al día con el pago de las cuotas⁶⁰⁸. De igual forma, se ha dicho que la solicitud bien puede hacerse al finalizar la

605 CAMPS RUIZ, Luis Miguel, “*La obligación empresarial...*”, op. cit., pág. 245.

606 CAMPS RUIZ, Luis Miguel, ibídem pág. 245; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 271.

607 Es el criterio de MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael, “*El Estatuto de los Trabajadores...*”, op. cit., pág. 19. Este autor incluso sostiene que el empresario solicitante ha de esperar a la respuesta de la Tesorería General de la Seguridad Social o al transcurso del plazo, para celebrar la contrata, pues solo de esta manera sería eficaz el deber de comprobación. También se inclina por esta posición CAMPS RUIZ, Luis Miguel, “*La obligación empresarial...*”, op. cit., pág. 252 y RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan, “*Las responsabilidades del empresario...*”, op. cit., pág. 157.

608 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Descentralización productiva y responsabilidad...*”, Relaciones Laborales, Tomo I, 1992, pág. 158.

contrata, esto “*si se concibe dicha solicitud como un instrumento de previsión contable para el empresario principal que le permite conocer de antemano el eventual montante de su responsabilidad, constituido por los descubiertos de cuotas sociales generados por el contratista durante la vigencia de la contrata, con el fin de descontarlo del precio total que reste por pagar al contratista por la ejecución del trabajo*”⁶⁰⁹.

Otros autores sostienen que la solicitud puede ser requerida antes o después de la celebración de la contrata, esto por considerar que la redacción utilizada en el artículo 42.1 del E.T. permite una interpretación flexible, ya que la norma no precisa el momento hábil para hacer dicha solicitud⁶¹⁰. Quienes se adhieren a esta posición, sí advierten que en caso de que la solicitud se haga con posterioridad a la contratación, de no obtener respuesta de la Tesorería General, la exoneración de respuesta solo aplicara a partir de esa fecha.

No ha faltado quien sostenga que la discusión en torno al momento idóneo en que deba hacerse la solicitud de certificación de pago no tiene relevancia, particularmente en aquellos casos de contrata de larga duración, en los cuales carecería de sentido que la empresa contratante se exonere *ad futurum* de su responsabilidad por haber solicitado la certificación en el momento previo o coetáneo a una relación comercial que se va a prolongar por largo tiempo⁶¹¹.

Por lo demás, resulta interesante señalar que el Decreto Ley 5/2011 de 29 de abril – derogado por el Real Decreto 8/2015, de 30 de octubre-, en su artículo 5.1 establecía un deber de comprobación de obligaciones de alta en Seguridad Social de trabajadores en los supuestos de subcontratación, disponiendo de manera expresa que la comprobación debía hacerse de manera previa al inicio de la contrata o subcontrata. El artículo citado señalaba lo

609 MONTROYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 270.

610 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 291; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., pág. 48.

611 Así lo señala LUQUE PARRA, Manuel, “*La responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 211.

siguiente: “Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos o que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo, deberán comprobar, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación y alta en la Seguridad Social de los trabajadores que estos ocupen en los Los supuestos mismos”.

173. Los supuestos que dan lugar a la exoneración de responsabilidad del empresario.

También ha habido discusión en la doctrina en torno a los supuestos que deben concurrir para que el empresario principal pueda exonerarse de la responsabilidad solidaria según lo estipula el artículo 42.1 del E.T.

El precepto normativo es claro en señalar que si la Tesorería General de la Seguridad Social no extiende la certificación dentro del plazo de los treinta días improrrogables, operará la exoneración de responsabilidad. Por lo tanto, aquí se configura un primer supuesto de exoneración de responsabilidad que hasta ahora no ha suscitado ninguna discrepancia entre los estudiosos del tema. El fundamento reiterado que se da para reconocer este supuesto de exoneración, aparte del sentido literal del precepto normativo, reside en considerar que la responsabilidad solidaria del empresario principal se establece en beneficio de la propia Tesorería, de modo que no es lógico pensar que esta pueda obtener el provecho de dicha responsabilidad de su propia inactividad⁶¹². De igual forma, parece haber consenso en la doctrina para reconocer que no habrá exoneración de responsabilidad cuando emitida en plazo la certificación, esta refleje una situación de descubierto del contratista⁶¹³.

612 MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael, “El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios” op. cit., p. 32.

613 Así se ha pronunciado por unanimidad la doctrina, entre otros: CAMPS RUIZ, Luis Miguel. “La obligación empresarial de comprobar...”, op. cit., p. 253; LLANO SÁNCHEZ, Mónica. “Responsabilidad empresarial...”, op. cit., pág. 204; RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan

Sin embargo, existe discrepancia doctrinal en torno a si la emisión de la certificación negativa por parte de la Tesorería puede tenerse o no como supuesto exoneratorio. La discusión tiene mayor sentido si se toma en cuenta que el RGR en su artículo 10.3. b) establece de manera expresa que el empresario solicitante quedará exonerado de la responsabilidad “*si se extendiere la certificación negativa o transcurriere el indicado plazo sin haberse expedido la misma.*”

En una posición de minoría, algún sector de la doctrina ha sostenido que la certificación negativa no configura como supuesto de exoneración de responsabilidad. El autor fundamenta esta interpretación atendiendo la literalidad del artículo 42.1 del E.T. por cuanto considera que el texto de la norma solo reconoce efectos exoneratorios bajo el supuesto del vencimiento del plazo legal sin que haya habido emisión de la certificación por parte de la Tesorería.⁶¹⁴

En contra de esta interpretación, un sector mayoritario de la doctrina concluye que el empresario principal también queda exonerado de responsabilidad si la certificación es negativa⁶¹⁵. En este sentido se sostiene que “*la exoneración debe funcionar como privilegio o beneficio a favor de quién dé cumplimiento al deber de comprobación que establece el precepto*”⁶¹⁶. Se

Manuel. “*Las responsabilidades del empresario principal en las contrataciones y subcontratas*”, op. cit., p. 158; MONTOYA MEDINA, David. “*Trabajo en contrataciones y protección...*”, op. cit., p. 285.

614 CAMPS RUIZ, Luis Miguel, “*La obligación empresarial de comprobar...*”, op. cit., p. 254.

615 MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael, “*El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios*” op. cit., p. 29 y sgts.; GARCÍA MURCIA, Joaquín, “*El trabajo en contrataciones...*” op. cit., p. 39; BLAT GIMENO, Francisco, “*Análisis jurídico-laboral...*”, op. cit., p. 125; CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Descentralización productiva...*”, op. cit., p. 157; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 204; MONEREO PÉREZ, José Luis y ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, “*Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial...*”, op. cit., p. 287; SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, “*La responsabilidad y subrogación empresarial en las contrataciones y subcontratas...*”, op. cit., p. 237; RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel, “*Las responsabilidades del empresario principal en las contrataciones y subcontratas*”, op. cit., p. 158; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contrataciones y protección...*”, op. cit., p. 287.

616 MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael, “*El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios*” op. cit., p. 31.

ha argumentado también a favor de esta interpretación que carece de sentido exonerar cuando no hay contestación por parte del ente gestor y negarla cuando el empresario ha recibido la contestación dándole garantía de que el contratista se encuentra al corriente con sus obligaciones en materia de Seguridad Social⁶¹⁷.

En todo caso no puede perderse de vista que el RGR en el citado art. 10.3.b) de manera expresa dispone que la certificación negativa acarreará la exoneración de responsabilidad para el empresario, y en tanto tal norma se encuentre vigente, no debe haber duda para tener el libramiento de la certificación negativa como supuesto exoneratorio de responsabilidad.

Más adelante se hará el análisis sobre los problemas que genera esta exoneración de responsabilidad y de los cuestionamientos que sobre el mismo se ha planteado la doctrina, por considerar que se trata de un mecanismo contraproducente.

3.5 Responsabilidad subsidiaria por obligaciones referidas a la seguridad social en contratas y subcontratas.

174. La responsabilidad subsidiaria del artículo 168 de la LGSS.

La responsabilidad solidaria que el artículo 42 del E.T. prevé para las contratas y subcontratas de propia actividad por obligaciones referidas a la Seguridad Social se ve complementada con la responsabilidad subsidiaria que establece la Ley General de Seguridad Social (LGSS) en su actual artículo 168.1. Este artículo de la LGSS, que tiene por título “Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones”, establece diversos regímenes de responsabilidad empresarial, según se trate de subcontratación, transmisión de empresas o cesión ilegal de trabajadores.

En lo que a subcontratación se trata, en su apartado primero el citado artículo dispone lo siguiente: “1.Sin perjuicio de lo dispuesto en el artícu-

617 RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel, “Las responsabilidades del empresario principal en las contratas y subcontratas”, op. cit., p. 158.

lo 42 del Estatuto de los Trabajadores, para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el artículo anterior, si la correspondiente obra o industria estuviere contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente. No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiere exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto a su vivienda”.

Se dice que esta responsabilidad subsidiaria complementa aquella otra de tipo solidaria prevista en el artículo 42 del E.T. porque su aplicación procede “sin perjuicio” de lo dispuesto en la norma estatutaria. Así, este régimen de responsabilidad subsidiaria constituye un mecanismo de garantía adicional al instaurado por el artículo 42. del E.T., pues busca “...reforzar la percepción por la entidad gestora de las prestaciones que haya adelantado por mor de la automaticidad y de las cuotas sociales que hayan debido ser abonadas en aquellos casos en que no alcanza la solidaridad establecida en la norma estatutaria”⁶¹⁸.

Por otro lado, resulta claro que mientras que la responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T. Se aplica exclusivamente para las contratas y subcontratas correspondientes a la propia actividad, en el caso de la responsabilidad subsidiaria del artículo 168.1 de la LGSS el ámbito de acción cubre cualquier tipo de contratas con independencia de que estas sean o no de la propia actividad⁶¹⁹.

618 MONTOTOY MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 306.

619 LOPÉZ GARCÍA, Juan y TATAY PUCHADES, Carmen, “*Contratas y subcontratas...*”, op. cit., pág. 236; CALVO GALLEGO, Javier Francisco, “*La regulación laboral...*”, op. cit., pág. 78; MONEREO PÉREZ, José Luis y ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, “*Dimensión laboral de la contratación...*”, op. cit., pág. 93; BLASCO PELLICER, Ángel, “*Contratas y subcontratas: responsabilidad subsidiaria del empresario principal en materia de Seguridad Social*”, Actualidad Laboral, núm. 7, abril 2005; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., pág. 26.

Así mismo, como se verá a continuación tanto el alcance personal como material y temporal de ambos tipos de responsabilidad son distintos pero complementarios.

3.5.1 Alcance subjetivo de la responsabilidad subsidiaria.

175. El propietario de la obra o industrial como responsable subsidiario.

El artículo 142.1 de la LGSS establece que “*el empresario es el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotización e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores, en su totalidad*” imputándose en su caso la responsabilidad por el incumplimiento de dicha obligación al “propietario de la obra o industria” del que habla el apartado primero del artículo 168 de la LGSS.

De acuerdo con las disposiciones que recogen estos dos artículos de la LGSS, resulta claro que el sujeto responsable es el “propietario” de la obra o industria contratada.

La doctrina sostiene que el término “propietario” debe interpretarse de manera amplia, de modo que, “*deben quedar comprendidos no sólo quienes ostenten titularidad dominical de la obra o industria, sino, también, aquéllos que ostente un poder de disposición sobre la misma con otro título jurídico (arrendador, usufructuario, cesionario, etc.)*”⁶²⁰.

Ahora bien, lo importante a destacar de este aspecto subjetivo del artículo 168.1 de la LGSS es que ese “propietario” de la obra o industria contratada no tiene necesariamente que ser un empresario en sentido estricto, como sí ocurre en el artículo 42 del E.T. que como ya se ha visto, exige la condición de empresario al comitente como sujeto responsable solidario de las obligaciones de naturaleza salarial y de la Seguridad Social.

La relevancia de este señalamiento radica en que es precisamente este aspecto subjetivo lo que constituye una particularidad en el alcance subjetivo

620 BLASCO PELLICER, Ángel, “*Contratas y subcontratas: responsabilidad...*”, op. cit., pág. 775.

de la responsabilidad subsidiaria, que a su vez, marca una importante diferencia frente al régimen de responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T.

Así, para algunos autores, esta condición de “propietario” sin adjetivo, hace que el alcance subjetivo de la responsabilidad subsidiaria sea mucho mayor que el que tiene la responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T., puesto que al no requerirse la condición de empresario, la responsabilidad subsidiaria le puede ser aplicable a todo aquel que contrate o subcontrate una obra o industria, independientemente de que ejerza con ella actividad empresarial, salvo, claro está, el supuesto de exoneración a favor del “amo de casa” previsto expresamente en el propio artículo 168.1 de la LGSS⁶²¹.

176. La relación de los subcontratistas dentro del ámbito de cobertura

El otro aspecto que se discute en relación al alcance subjetivo de la responsabilidad subsidiaria tiene que ver con la inclusión o no de los subcontratistas dentro de su ámbito de cobertura. La duda surge del texto mismo de la norma, puesto que el artículo 168.1 de la LGSS utiliza la expresión “obra o industria contratada” de donde parece desprenderse que dicha responsabilidad queda limitada a los contratistas. No obstante la literalidad del artículo, la doctrina defiende una interpretación amplia que permite la extensión de la responsabilidad tanto en caso de contrataciones como de subcontratas⁶²².

Ahora bien, la inclusión de los subcontratistas dentro del alcance de la responsabilidad subsidiaria acarrea un problema adicional cual es determinar

621 En este sentido MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contrataciones...*”, op. cit., pág. 308. Mónica Llanos, discrepa de esta posición. La autora señala que si bien la interpretación amplia del artículo 127 de la LGSS es posible, “no es ni mucho menos razonable, ya que las cuotas y prestaciones de Seguridad Social no deben garantizarse a través de una responsabilidad patrimonial de persona ajena a toda actividad empresarial, sino mediante los correspondientes mecanismos de control y garantía pública.” Cfr. LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 283.

622 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*” op. cit., pág. 284; LUQUE PARRA, Manuel, “*La responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 201; RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan, “*Las responsabilidades del empresario...*”, op. cit., pág. 163; MONEREO PÉREZ, José Luis y ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, “*Dimensión laboral de la contratación...*”, op. cit., pág. 64; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contrataciones...*”, op. cit., pág. 307; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., pág. 27.

el sujeto o sujetos responsables en estos casos. Sobre este punto la doctrina se encuentra dividida. Para algunos autores la responsabilidad alcanza tanto al comitente principal (propietario de la obra o industria) así como todos los empresarios que participan en la cadena⁶²³. Para otros, la responsabilidad subsidiaria sólo aplica a dúo alcanzado cada contratista principal respecto al subcontratista que le sucede en la contrata⁶²⁴.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que la línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo ha sido reconocer la naturaleza complementaria entre el régimen de responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T y el régimen de responsabilidad subsidiaria del artículo 168.1 de la LGSS, “*sin que pueda marcarse una diferencia entre uno y otro tipo de responsabilidad por la circunstancia de que la obra o servicio se refiera o no a la misma actividad propia del subcontratante*”⁶²⁵. Por otro lado, si la tesis del mismo Tribunal ha sido reconocer el encadenamiento de responsabilidad en caso de contratas y subcontratas correspondientes a la propia actividad ex artículo 42 del E.T., no existe motivo para ofrecer un trato distinto a la extensión subjetiva de la responsabilidad subsidiaria prevista en el artículo 168.1 de la LGSS, de manera que puedan responder subsidiariamente tanto el comitente primero como todos los miembros de la cadena de subcontratación posterior.

3.5.2 Alcance material de la responsabilidad subsidiaria.

177. Las obligaciones propias de la Seguridad Social.

La lectura comparada de los artículos 142.1 y 168.1 de la LGSS permite entender que la responsabilidad subsidiaria del “propietario” de la obra o industria contratada nace del incumplimiento por parte del “empresario”

623 BLASCO PELLICER, Ángel, “*Contratas y subcontratas: responsabilidad...*”, op. cit., pág. 769; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., pág. 27.

624 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, *Ibidem*, pág. 284; CALVO GALLEGU, Javier Francisco, “*La regulación laboral...*”, op. cit., pág. 78; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 308.

625 Así lo señala la STS, Sala III, en Unificación de Doctrina de 6 de julio de 2005, (Ar. 9537).

contratista de sus obligaciones frente al sistema público y básico de Seguridad Social⁶²⁶. Así, el alcance material de la responsabilidad subsidiaria queda limitado a las obligaciones de afiliación, de alta y baja y de cotización (Art. 167.2 de la LGSS) del contratista o subcontratista responsable de las mismas que haya sido declarado insolvente, alcanzando los descubiertos en las cotizaciones, el pago de los recargos y el interés de demora (Arts. 142.1 y 154.2 de la LGSS).

178. Exclusiones de responsabilidad.

Dado que la responsabilidad subsidiaria se limita a las obligaciones propias de la Seguridad Social Pública, su ámbito de cobertura no alcanza el pago de las mejoras voluntarias que, como ya se vio, nacen de acuerdos convencionales o contractuales, cuya inobservancia no supone ningún incumplimiento de obligaciones jurídicas propias del sistema público de la Seguridad Social⁶²⁷.

Tampoco quedan cubiertos por la responsabilidad subsidiaria, ni las sanciones pecuniarias ni los recargos sobre prestaciones económicas debidas a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales causados por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo salvo, respecto de estos últimos, que exista declaración de responsabilidad de la entidad gestora competente, esto por así disponerle expresamente el artículo 12.4 del RGR (RD 1415/2004 de 11 de junio).

De igual forma, el artículo 14.2 del mismo RGR también excluye de la responsabilidad subsidiaria los recargos, intereses o costas a la fecha de reclamación.

179. La exigencia previa de la declaración de insolvencia del contratista.

Por lo demás, resulta claro que para poder hacer valer la responsabi-

626 Así lo señalan las sentencias del TS de 20 de noviembre de 1986, (Ar. 6702) y de 22 de diciembre de 2000, (Ar. 1873).

627 MONEREO PÉREZ, José Luis y ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, “*Dimensión laboral de la contratación...*”, op. cit., págs. 275 y 276; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 282.

lidad subsidiaria, se requiere como requisito previo la declaratoria de insolvencia del contratista, deudor principal de las obligaciones de la Seguridad Social. En este sentido, el artículo 14.1 del RGR establece que cuando concurren hechos, negocios o actos jurídicos que determinen la responsabilidad subsidiaria respecto de deudas con la Seguridad Social líquidas, vencidas y exigibles, una vez constatada la insolvencia del deudor principal, la Tesorería General de la Seguridad Social, podrá emitir reclamación de deuda o acta de liquidación contra el responsable subsidiario.

Y en cuanto a la declaratoria de insolvencia del contratista o deudor principal, el mismo artículo deja claramente señalado que *“La constatación de la insuficiencia de bienes del deudor principal en el procedimiento recaudatorio seguido contra él, la declaración de insolvencia efectuada en otro procedimiento administrativo o judicial y la declaración de concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación serán circunstancias suficientes para la consideración del deudor principal como insolvente a efectos de exigir el pago de la deuda al responsable subsidiaria”*.

3.5.3 Alcance temporal de la responsabilidad subsidiaria.

180. El periodo de vigencia de la contrata.

Aún y cuando la ley no señala nada respecto al espacio temporal que cubre la responsabilidad subsidiaria, existe consenso en la doctrina a favor de interpretar que el propietario de la obra o industria – deudor subsidiario – debe responder respecto de las cotizaciones y prestaciones correspondientes al periodo de vigencia de la contrata o subcontrata. Esta interpretación se fundamenta principalmente en una aplicación analógica de la delimitación temporal prevista en el artículo 42 del E.T. para la responsabilidad solidaria⁶²⁸.

628 LOPÉZ GARCÍA, Juan y TATAY PUCHADES, Carmen, *“Contratas y subcontratas...”*, op. cit., pág. 235; LUQUE PARRA, Manuel, *“La responsabilidad empresarial...”*, op. cit., pág. 209; MONTOYA MEDINA, David, *“Trabajo en contrata...”*, op. cit., pág. 312; BLASCO PELLICER, Ángel, *“Contratas y subcontratas: responsabilidad...”*, op. cit., pág. 778; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, *“Contratas y empresas...”*, op. cit., pág. 30.

De igual forma el acotamiento de la responsabilidad a las prestaciones cuyo hecho causante acontezca durante la vigencia de la contrata resulta coherente la regulación que disponía el anterior RGR -RD 1637/1995-⁶²⁹ en cuyo artículo 12.1 hacía referencia expresa a la responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra o industria contratada “*por los incumplimientos de la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la contrata o subcontrata*”.

181. Los plazos de prescripción para la exigencia de la responsabilidad.

La ley tampoco hace mención al plazo de exigibilidad de la responsabilidad subsidiaria una vez concluida la contrata o subcontrata. Ante esta omisión normativa, la doctrina se inclina a favor de aplicar los plazos ordinarios de prescripción de cuatro años para el reclamo de las cotizaciones y el de cinco años para el reconocimiento de prestaciones, que se estipulan en los artículos 24 y 53.1 de la LGSS respectivamente, cuyo cómputo corre a partir del día siguiente del hecho causante.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que la acción de reclamo por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social para hacer valer la responsabilidad subsidiaria ante el propietario de la obra o industria nace una vez haya sido constatada la insolvencia del deudor principal (Art. 14.1 RD 1415/2004), circunstancia esta que, sin lugar a dudas, tiene importantes consecuencias para poder hacer valer la responsabilidad subsidiaria dentro de los plazos prescriptivos antes señalados.

3.5.4 Los supuestos de aplicación de la responsabilidad subsidiaria.

182. Contratas y subcontratas ajenas a la propia actividad, contratas y subcontratas correspondientes a la propia actividad.

Sería correcto afirmar que el valor complementario que se le atribuye a la responsabilidad subsidiaria tiene sentido en tanto se admita que el alcan-

629 Este Reglamento General de Recaudación fue derogado por el actual RD 1415/2004 de 11 de junio.

ce de este tipo de responsabilidad se extiende a aquellos espacios donde la responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T. no puede llegar en razón de sus propias limitaciones, ya sean estos materiales, cuantitativas o temporales. Pero tal afirmación conduce a la necesidad de determinar cuáles son entonces los supuestos en los cuales entra en juego esa complementariedad de la responsabilidad subsidiaria.

Habrá que decir entonces que la responsabilidad subsidiaria se aplica en dos supuestos claramente diferenciables.

- a) El primero de ellos, queda constituido por las contrata y subcontratas ajenas a la propia actividad de la empresa principal. Esto implica que la responsabilidad subsidiaria del artículo 168.1 de la LGSS se impondría en todos los casos de subcontratación que no encajen dentro del supuesto del hecho normativo del artículo 42 del E.T.⁶³⁰. y en los cuales el deudor principal de la Seguridad Social – contratista o subcontratista- haya sido declarado insolvente.
- b) El segundo supuesto de aplicación de la responsabilidad subsidiaria se da en contrata y subcontratas correspondientes a la propia actividad de la empresa principal, pero para aquellos casos en los cuales no es posible hacer efectiva la responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T, ya sea por haber operado la exoneración de responsabilidad por las causas previstas en la misma norma estatutaria, o bien, por vencimiento del plazo del año establecido para hacer valer la responsabilidad solidaria⁶³¹.

630 CALVO GALLEGO, Javier Francisco, “*La regulación laboral...*”, op. cit., pág. 78; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contrata...*”, op. cit., pág. 308; BLASCO PELLICER, Ángel, “*Contratas y subcontratas: responsabilidad...*”, op. cit., pág. 774; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., pág. 26; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 304.

631 SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, “*La responsabilidad y subrogación...*”, op. cit., pág. 149; GARCÍA PIQUERAS, Manuel, “*Régimen jurídico...*”, op. cit., pág. 53; LUQUE PARRA, Manuel, “*La responsabilidad empresarial...*”, op. cit., págs. 208 y 209. CAMPS RUIZ, Luis Miguel, “*La obligación empresarial...*”, op. cit., pág. 251; RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan, “*Las responsabilidades del empresario...*”, op. cit., pág. 156; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit. pág. 306.

3.5.5 Exoneración de la responsabilidad subsidiaria.

183. Las obras de reparación que contrate un amo de casa para la reparación de su vivienda.

Finalmente debe señalarse que el artículo 168.1 de la LGSS prevé un supuesto de exoneración de responsabilidad subsidiaria. La eximente de responsabilidad opera exclusivamente para las obras de reparación que contrate un amo de casa respecto de su vivienda.

Se trata de un supuesto similar al que recoge el artículo 42.2 del E.T. que también excluye la aplicación de la responsabilidad solidaria *“por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda”*.

Ambos supuestos de exoneración comparten idéntica justificación, por cuanto se trata de actividades ajenas al ámbito empresarial. Evidentemente, en ninguno de los dos casos el comitente actúa como empresario. Es claro que en la contratación de una obra para reparar o construir su vivienda no hay actividad empresarial ni productiva, y en consecuencia no hay motivo para imputarle al comitente ningún tipo de responsabilidad empresarial.

La única diferencia que se da entre la exoneración de responsabilidad prevista en el artículo 168.1 de la LGSS y la que contiene el artículo 42.2 del E.T. para las obras que contrate o subcontrate el “amo de casa” o “cabeza de familia”, es que mientras que la norma estatutaria exime de responsabilidad solidaria al comitente cuando la obra contrata consista en construir o reparar su vivienda, la exención de responsabilidad subsidiaria opera únicamente para la reparación de la vivienda. Esta circunstancia no ha sido pasada por alto en la doctrina donde se cuestiona la *“falta de justificación razonable para dispensar un tratamiento jurídico diferente al amo de casa que encomienda la realización de obras de reparación de su hogar respecto al que encomienda la construcción de una obra nueva para uso de vivienda”*⁶³².

632 MONTROYA MEDINA, David, *“Trabajo en contratas...”*, op. cit., pág. 314.

No obstante lo anterior, para algunos autores nada impide que a través de la interpretación teleológica del precepto legal, se pueda extender la exoneración de la responsabilidad subsidiaria para el comitente que contrata la construcción de su vivienda, dado que en este caso también se está ante una obra ajena a la actividad empresarial⁶³³.

4. La responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales.

184. El marco normativo

El ordenamiento jurídico español también prevé normas laborales referentes a la subcontratación relacionadas de manera específica con la prevención de riesgos laborales. Se trata de disposiciones normativas que establecen una serie de obligaciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo para los supuestos de contratas y subcontratas de las cuales deriva un régimen especial de responsabilidad empresarial.

El marco normativo de este régimen de responsabilidad viene dado en lo fundamental por los artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) y por el RD 171/2004 de 30 de enero que desarrolla reglamentariamente dicho precepto, así como por el artículo 42 de Ley Infracciones y Sanciones en el Orden Social de 4 de agosto de 2000 (TRLISOS).

El citado artículo 24 LRPL denominado “coordinación de actividades empresariales”, contempla una serie de obligaciones o deberes legales que deben observar los empresarios que desarrollan actividades empresariales en un mismo centro de trabajo. Este tipo de obligaciones aplica con total independencia de la relación jurídica que pueda existir entre empresas. La norma pone todo su énfasis en el aspecto preventivo de la seguridad e higiene en el trabajo, y desde esta perspectiva, las obligaciones legales se

633 PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., págs. 30 y 31.

dan por la comunicabilidad del riesgo que supone la simple concurrencia de actividades empresariales en el mismo centro de trabajo⁶³⁴.

No obstante, lo anterior, resulta evidente que el supuesto de concurrencia empresarial más importante que contempla el artículo 24 de la LPRL es el referido a la subcontratación, especialmente al tipo de contrata y subcontratas correspondientes a la propia actividad.

Como se verá a continuación, para el supuesto específico de la subcontratación, el elenco de obligaciones en materia de prevención de riesgos y su correspondiente régimen de responsabilidad se encuentra condicionado por dos elementos esenciales, a saber: 1) El tipo de subcontratación que se trate, ya sean contrata y subcontratas correspondientes a la propia actividad o ajenas a esta y 2) El lugar de ejecución de las actividades subcontratas, ya sea que las mismas se realicen en el centro de trabajo del empresario principal o fuera del mismo, pero con empleo de maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por dicho empresario.

4.1 El tipo de subcontratación previsto en el artículo 24 de la LPRL.

185. Un régimen previsto para cada tipo de contrata.

Debe tenerse en cuenta que la redacción que utiliza el artículo 24 de Ley de Prevención de Riesgos Laborales en sus dos primeros apartados permite incluir dentro de su ámbito de aplicación cualquier supuesto de coordinación de actividades empresariales cuando estas se desarrollen en un mismo centro de trabajo, lo que comprende, desde luego, cualquier tipo de contrata y subcontratas sin importar que estas correspondan o no a la propia actividad del empresario principal⁶³⁵. De aquí que pueda decirse en términos generales,

634 SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, “*La responsabilidad y subrogación...*”, op. cit., pág. 253; CALVO GALLEGO, Javier Francisco, “*La regulación laboral...*”, op. cit., pág. 79.

635 GARCÍA NINET, José Ignacio, “*Obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad social y salud en los supuestos de contrata y subcontratas. Consideraciones en torno al art. 24 (coordinación de actividades empresariales) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*”, en AA.VV., Estudios en homenaje de Francisco Blat Gimeno, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 277.

que el ámbito normativo del artículo 24 LPRL engloba todos los supuestos de subcontratación laboral.

No obstante, lo anterior, la previsión especial que recoge el mismo artículo 24 LRPL en su apartado tercero referente a las contrata y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad, permite diferenciar también en esta materia dos supuestos de subcontratación. El primero de ellos lo constituyen las contrata y subcontratas ajenas a la propia actividad. Este supuesto se encuentra previsto en las disposiciones de alcance genérico que recoge el artículo 24 de la LPRL. El segundo supuesto corresponde a las contrata y subcontratas correspondientes a la propia actividad, cuya regulación específica se encuentra en el apartado tercero del mismo artículo 24 LPRL.

Esta distinción no obedece a razones meramente expositivas, ya que el trato diferenciado que prevé el artículo 24 LPRL para ambos supuestos de subcontratación incide directamente en el régimen de responsabilidad por incumplimiento que recae sobre los empresarios vinculados al deber de coordinación de las actividades empresariales.

4.2 El lugar de ejecución de las contrata.

186. El centro de trabajo del empresario contratante.

Tal y como se ha dicho antes, en materia de prevención de riesgos laborales el lugar de ejecución de la contrata o subcontrata constituye un elemento esencial para la delimitación de las obligaciones preventivas y el correspondiente régimen de responsabilidad por incumplimiento de las mismas. Esto es así porque artículo 24 de la LPRL de manera expresa condiciona el cumplimiento de los deberes relativos a la coordinación de actividades empresariales únicamente para los casos en los cuales estas actividades se lleven a cabo en un mismo centro de trabajo.

En consecuencia, este elemento locativo es determinante para la configuración del supuesto de hecho normativo del artículo 24 LPRL, de manera que, dejando de lado la previsión excepcional que recoge el apartado cuarto

del mismo artículo 24 LPRL, por regla general, las contrata y subcontratas de obras y servicios cuya ejecución no se desarrolle dentro de las instalaciones del centro de trabajo del empresario titular, quedan fuera del alcance normativo del artículo 24 LPRL⁶³⁶.

187. El centro de trabajo y el lugar de trabajo.

El elemento espacial resulta decisivo en la configuración del supuesto de hecho del artículo 24 LPRL en virtud de la incidencia directa que tienen las condiciones físicas y ambientales del lugar de trabajo en la generación del riesgo laboral. Es precisamente esta interconexión entre las condiciones materiales propias del lugar donde se ejecutan los trabajos y las condiciones mismas de seguridad y salud de los trabajadores, lo que ha dado pie a interpretar el concepto “centro de trabajo” en un sentido más amplio que el permitido por el artículo 1.5 del E.T. que define el concepto en términos formales como “*la unidad productiva con organización específica, que sea de alta como tal, ante la autoridad laboral*”⁶³⁷.

Surge así una configuración material del concepto “centro de trabajo” como equivalente a “lugar de trabajo” que amplía el alcance del ámbito de tutela del artículo 24 LPRL⁶³⁸. Esta configuración material de dicho concepto la recoge también el RD 171/2004 de 30 de enero, que en su artículo segundo define el centro de trabajo como “*cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo*”.

636 RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, “*El lugar de ejecución de la contrata y el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores*”, Relaciones Laborales, Tomo I, 2006, pág. 34; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., pág. 20.

637 GARCIA NINET, José Ignacio, “*Obligaciones y responsabilidades...*”, op. cit., pág. 278; CALVO GALLEGO, Javier Francisco, “*La regulación laboral...*”, op. cit., pág. 80; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 248; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., pág. 20.

638 GARCIA NINET, José Ignacio, “*Obligaciones y responsabilidades...*”, op. cit., pág. 278; CALVO GALLEGO, Javier Francisco, “*La regulación laboral...*”, op. cit., pág. 80; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 248; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., pág. 21.

Otros instrumentos normativos como lo son el Convenio 155 de la OIT y la Directiva 89/391/CEE, ambos relativos a la Seguridad y Salud de los Trabajadores, también utilizan el término “lugar de trabajo” para determinar el deber de cooperación que tienen las empresas en la implementación de las disposiciones relativas a la seguridad, la higiene y la salud en supuestos de coordinación de actividades productivas. Al igual que sucede con el artículo 24 LPRL, en ambos casos se trata de un deber de colaboración que toma como supuesto de hecho la concurrencia de dos o más empresas en el mismo lugar de trabajo.

4.3 Las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales en los supuestos de subcontratación.

188. Las obligaciones preventivas. Su enumeración

Como se ha dicho antes, el artículo 24 LPRL y la reglamentación que de él hace el RD 171/2004 establecen una serie de obligaciones de prevención de riesgos laborales para todos los supuestos de concurrencia de actividades empresariales que puedan tener cabida dentro de su ámbito normativo. Se trata de obligaciones acumulativas, de modo que el cumplimiento de un tipo de obligación no excluye los otros, sino que unos y otros se superponen de manera gradual⁶³⁹.

Estas obligaciones preventivas pueden concretarse en tres tipos a saber: a) obligación de cooperación, b) obligación de información y C) obligación de vigilancia. De estas, las dos primeras obligaciones son de alcance genérico por cuanto aplican para todos los supuestos de concurrencia de actividades empresariales, incluyendo claro está, los supuestos de subcontratación. En cuanto a la obligación de vigilancia, esta aplica de manera exclusiva para el supuesto de contrata y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia la actividad de la empresa principal.

639 AA.VV., “100 preguntas laborales...”, op. cit., pág. 37.

Por otra parte, la exigencia de cada una de estas obligaciones se manifiesta en deberes específicos según sean las condiciones de concurrencia previstas en los distintos apartados del artículo 24 LPRL, tal y como se explica a continuación.

4.4 Obligaciones de cooperación entre empresas que concurran en un mismo centro de trabajo.

189. La obligación de cooperación y sus concreciones.

El artículo 24.1 LPRL, establece que “*cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, estas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales*”. El mismo artículo, concreta la obligación de cooperación en dos deberes específicos. El primero de ellos es el de establecer los medios de coordinación que sean necesarios para la protección y prevención de riesgos laborales adopción de las medidas preventivas. El segundo consiste en el deber de información sobre los riesgos que su actividad genera en el centro de trabajo⁶⁴⁰.

190. El establecimiento de medidas de coordinación.

Respecto al establecimiento de los medios de coordinación, el artículo 24.1 LPRL no precisa sobre ningún tipo específico que deba ser implementado por las empresas. Sin embargo, el RD 171/2004, en su artículo 5 señala que dichos medios deberán ser establecidos teniendo en cuenta el grado de peligrosidad de las actividades que se desarrollen en el centro de trabajo, así como el número de los trabajadores de las empresas presentes en el centro de trabajo y la duración de la concurrencia de las actividades desarrolladas.

En concordancia con lo anterior, el artículo 11 del RD 171/2004 recoge una lista no exhaustiva de medios de coordinación, tales como: el inter-

640 SALA FRANCO, Tomás, “*Derecho de la prevención de riesgos laborales*”, Tirant Lo Blanch, novena edición, Valencia, 2012, pág. 242.

cambio de información y de comunicaciones entre empresas; la celebración de reuniones periódicas; la impartición de instrucciones; el establecimiento conjunto de medidas específicas de prevención de los riesgos existentes en el centro de trabajo: la presencia de recursos preventivos en el centro de trabajo y la designación de coordinadores de actividades preventivas.

De la anterior lista, debe destacarse la figura de los coordinadores de actividades preventivas. Esto por cuanto el artículo 13.1 del RD 171/2004 establece que la asignación de coordinadores de actividades preventivas se considerará medio de coordinación preferente cuando en el centro de trabajo se presenten condiciones especiales en virtud del grado de peligrosidad de las actividades, o exista especial dificultad para realizar la coordinación de las actividades preventivas.

La importancia que tienen los coordinadores de actividades preventivas como medio de coordinación, queda evidenciada en la amplia lista de funciones y competencias que les asigna el artículo 14 RD 171/2004, entre las que destacan el acceso a cualquier tipo de documentación de carácter preventivo que sea necesario para el desempeño de sus funciones, el acceso irrestricto a cualquier zona del centro de trabajo; la facultad de impartir instrucciones a las empresas concurrentes que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones así como el poder proponer la adopción de medidas para la prevención de riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores presentes.

191. El deber de información sobre los riesgos.

En lo que al deber de información se refiere, lo primero a tomar en cuenta es que se trata de un deber recíproco que recae con la misma exigencia sobre todas y cada una de las empresas concurrentes. Las empresas deben informarse entre sí sobre los riesgos específicos de las actividades que desarrollen en el centro de trabajo y que puedan afectar a los trabajadores de las otras empresas concurrentes en el centro, en particular sobre aquellos que puedan

verse agravados o modificados por circunstancias derivadas de la concurrencia de actividades (Ar. 4.2 del RD 171/2004).

El mismo deber de información recae individualmente en cada empresario frente a sus respectivos trabajadores, a quienes también deberá informar sobre los riesgos derivados de la concurrencia de actividades en el mismo centro de trabajo (Ar. 4.5 del RD 171/2004). En este sentido cabe recordar que el artículo 18.1 de la LPRL establece que el empresario adoptará las medidas adecuadas para que los trabajadores reciban todas las informaciones necesarias en relación con los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores, las medidas y actividades de protección y prevención, así como también sobre las medidas adoptadas para situaciones de emergencia.

El intercambio de información debe hacerse antes del inicio de las actividades, pero también habrá obligación de informar sobre los riesgos cuando se produzca un cambio en las actividades que sea relevante a efectos preventivos, o bien, cuando se produzca una situación de emergencia.

En cuanto a los aspectos formales que deben observar los empresarios concurrentes a la hora de intercambiar la información, el RD 171/ 2004 sólo indica que la información se facilitará por escrito cuando alguna de las empresas genere riesgos calificados como graves o muy graves. Sin embargo, la formalización por escrito del intercambio de información termina siendo en todos los casos la forma más idónea con que cuenta los empresarios para poder demostrar el cumplimiento del deber de información.

Finalmente debe destacarse el requerimiento que recoge el RD 171/ 2004 cuando señala que la información suministrada por los empresarios “deberá ser suficiente”. Aún y cuando el RD no detalle ningún aspecto relacionado con esta exigencia, lo cierto es que es fácil colegir que este deber de información comprende también los deberes que se establecen en los artículos 18, 20 y 21 de la LPRL relativos a las medidas seguridad y la salud de los trabajadores, a las medidas de emergencia y a las medidas de protección en caso de riesgo grave e inminente.

4.5 Las obligaciones de información en caso de concurrencia de varias empresas en un mismo centro de trabajo del que un empresario es titular.

192. La obligación particular de información e instrucciones preventivas.

El artículo 24.2 impone al “empresario titular” del centro de trabajo una obligación específica de prevención que consiste en *“adoptar las medidas necesarias para que aquellos 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”*.

Por empresario titular se tiende toda aquella *“persona que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo”*. Es así como lo define el artículo 2.b) del RD 171/2004. Por consiguiente, la titularidad del centro de trabajo no debe interpretarse en un sentido estrictamente dominical ya que esta se refiere al sujeto que ejerce el control efectivo del lugar de trabajo⁶⁴¹.

El RD 171/2004 desarrolla el contenido de esta obligación específica que tiene el empresario titular del centro de trabajo y en tal sentido establece los siguientes deberes:

- Brindar información a las empresas concurrentes sobre los riesgos propios del centro de trabajo, las medidas de prevención adoptadas y las medidas de emergencia a aplicar (Art. 7.1 del RD 171/2004).
- Coordinar la información en materia preventiva recibida de las empresas concurrentes. A estos efectos, deberá dar instrucciones al resto de empresarios para la prevención de los riesgos existentes en el cen-

641 PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, *“Contratas y empresas...”*, op. cit., pág. 21.

tro de trabajo y sobre las medidas preventivas que deban aplicarse en caso de emergencia (Art. 8.1 del RD 171/2004).

- Tomar la iniciativa para el establecimiento de los medios de coordinación para la prevención de los riesgos laborales (Art. 5 y 12.1 del RD 171/2004).

De lo anterior se desprende que al empresario titular del centro de trabajo, además de observar el deber de cooperación que tiene junto a las demás empresas concurrentes respecto a la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales, le corresponde también el cumplimiento de un deber particular de información y señalamiento de instrucciones en materia de prevención de riesgos laborales al resto de los empresarios que realizan actividades en su centro de trabajo.

El cumplimiento de este deber específico a cargo del empresario titular del centro de trabajo se encuentra condicionado a su vez a la observancia de ciertas condiciones. Así, el RD 171/2004 en sus 7.2 y 8.2 deja claramente establecido que tanto la información como las instrucciones deberán ser suficientes y adecuadas a los riesgos y medidas preventivas existentes en el centro de trabajo, y que deberán proporcionarse antes del inicio de las actividades así como cuando se produzca un cambio en los riesgos existentes.

En cuanto a los requerimientos formales, a parte de la exigencia que recogen los artículos 7.3 y 8.4 del RD 171/2004 para que el empresario titular suministre la información e instrucciones por escrito cuando los riesgos propios del centro de trabajo sean calificados como graves o muy graves, no existe ningún otro requerimiento formal para el cumplimiento de este deber, lo que hace presumir que el empresario titular del centro de trabajo cuenta con total libertad de medios para hacer llegar la información e instrucciones a los otros empresarios concurrentes de la manera que considere más oportuna⁶⁴².

642 MONTROYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 366.

4.6 Las obligaciones de vigilancia en caso de concurrencia de empresas en un centro de trabajo cuando se contraten o subcontraten obras o servicios correspondientes a la propia actividad.

193. La obligación de vigilancia del subcontratista de sus obligaciones preventivas.

El apartado tercero del artículo 24 LPRL establece una obligación preventiva especial para aquellos casos de concurrencia de actividades empresariales en los que una empresa contrata o subcontrata para que se realicen en su propio centro de trabajo, obras o servicios de su propia actividad. Se trata de una obligación de vigilancia que impone al empresario principal el deber de comprobación de que los contratistas y subcontratistas estén efectivamente cumpliendo con la normativa de prevención de riesgos laborales.

A diferencia de lo que sucede con las obligaciones previstas en los dos apartados anteriores del mismo artículo 24 de la LPRL, en este caso la obligación de vigilancia viene determinada por la existencia de un vínculo jurídico entre empresas concurrentes, que sirve de base para imputar al empresario principal ese deber de comprobación de cumplimiento por parte de los contratistas y subcontratistas de todas las demás obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales.

Este deber de vigilancia impone al empresario principal el asumir un papel de garante de terceros por cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, lo que parece justificado no solo en función del poder de control que este tiene sobre toda la actividad que acontece en su centro de trabajo⁶⁴³ sino también por el hecho de ser él quien por su condición de titular del centro de trabajo propicia el riesgo y termina siendo el beneficiario de la actividad subcontratada⁶⁴⁴.

643 MONEREO PÉREZ, José Luis, “*La responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 97; SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, “*La responsabilidad y subrogación...*”, op. cit., pág. 292; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 371.

644 PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., pág. 51.

La obligación de vigilancia que prevé el artículo 24.3 de la LPRL exige como presupuestos normativos dos condiciones fundamentales: a) Que la contrata o subcontrata de obras o servicios corresponda a la propia actividad de la empresa principal y b) que la misma sea ejecutada en el centro de trabajo de la empresa principal⁶⁴⁵. Por consiguiente, esta obligación de vigilancia no aplica para los casos de concurrencia empresarial cuando se trata de contrata o subcontratas ajenas a la propia actividad o de aquéllas que aun correspondiendo a la propia actividad del empresario principal se desarrollan fuera del centro de trabajo.

Por lo general, el deber de vigilancia recae sobre el cumplimiento de las mismas obligaciones correspondientes a la empresa principal respecto de sus propios trabajadores, más no siempre existe plena coincidencia entre unas y otras, puesto que puede suceder que la empresa contratista o subcontratista tenga obligaciones preventivas exclusivas en razón del tipo de actividad que realice o del sector productivo al que pertenezca⁶⁴⁶.

En todo caso, la obligación de vigilancia a cargo del empresario principal, se manifiesta en tres deberes específicos, a saber: 1) exigir a las empresas contratistas y subcontratistas que acrediten el haber realizado la evaluación de riesgos y la planificación de su actividad preventiva (Art. 10.2 del RD 171/2004); 2) exigir a las empresas contratistas y subcontratistas concurrentes que acrediten el haber cumplido sus obligaciones en materia de información y formación respecto a los trabajadores que vayan a prestar servicios en el centro de trabajo (Art. 10.2 del RD 171/2004) y 3) el comprobar que las empresas contratistas y subcontratistas concurrentes en su centro de trabajo hayan establecido los necesarios medios de coordinación entre ellas (Art. 10.3 del RD 171/2004).

645 PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., pág. 50.

646 GARCÍA NINET, José Ignacio, “*Obligaciones y responsabilidades...*”, op. cit., pág. 294.

El mismo artículo 10.2 del RD 171/2004 deja expresamente establecido que las acreditaciones de cumplimiento de las obligaciones preventivas deben ser exigidas por el empresario principal antes de dar inicio la actividad subcontratada, y las mismas deberán ser presentadas por la empresa contratista o subcontratista por escrito.

Un aspecto que merece especial atención es el relacionado con el alcance subjetivo que tiene esta obligación de vigilancia, especialmente en los supuestos de encadenamiento de contratas. Algún sector de la doctrina interpreta que la obligación recae exclusivamente en el empresario principal respecto de los empresarios contratistas o subcontratistas, no estando estos últimos obligados con empresarios que se ubican en los siguientes eslabones de la cadena contractual. Quienes defienden esta posición sostienen que de acuerdo con la literalidad del artículo 24.3 de la LPRL y artículo 2.c) del RD 171/2004, la obligación de vigilancia pertenece exclusivamente al empresario titular del centro de trabajo además de ser este quien crea el riesgo y quien se beneficia directamente de la actividad descentralizada a través de la contrata⁶⁴⁷.

Otro sector de la doctrina ha defendido la tesis a favor de extender la obligación a todos los contratistas intermedios de la cadena⁶⁴⁸. Los argumentos a favor de esta postura se sustentan en una lectura textual del artículo 24.3 de la LPRL, entendiendo que cuando el precepto señala que *“las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios... deberán vigilar el cumplimiento de dichos contratistas y subcontratistas...”* está dejando establecida la obligación para todos los empresarios de la cadena.

647 GARCÍA NINET, José Ignacio, *“Obligaciones y responsabilidades...”*, op. cit., pág. 294; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, *“Contratas y empresas...”*, op. cit., pág. 51; SALA FRANCO, Tomás, *“Derecho de la prevención...”*, op. cit., pág. 245.

648 GOERLICH PESET, José María, *“Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”* en Actualidad Laboral, núm. 8, 1997, pág. 137; SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, *“La responsabilidad y subrogación...”*, op. cit., pág. 26; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, *“Responsabilidad empresarial...”*, op. cit., pág. 339; MONTOYA MEDINA, David, *“Trabajo en contratas...”*, op. cit., pág. 376; CALVO GALLEGO, Javier Francisco, *“La regulación laboral...”*, op. cit., pág. 80.

El propio Tribunal Supremo ha suscrito esta última tesis, argumentando que *“para la empresa intermedia, el centro de trabajo en el que se ha comprometido prestar servicios con la empresa principal para a constituirse en centro de trabajo propio en la parte en la que han de desarrollarse los servicios contratados, por lo que no puede excepcionarse de aplicación el artículo Art. 24 de la LPRL incluso cuando en dicha zona no se destinasen otros trabajadores más que los propios de la subcontrata última...”*⁶⁴⁹.

Ciertamente, la tesis a favor del deber de vigilancia a cargo de todos los empresarios que participan en la cadena contractual, permite establecer de mejor forma la necesaria concordancia entre la obligación de vigilancia como tal y el resto de obligaciones que recoge el mismo artículo 24 de la LPRL en sus distintos apartados, que como se ha dicho antes, no son obligaciones excluyentes sino acumulativas y superpuestas.

Por otro lado, al imponer la obligación a todos los empresarios participantes en la cadena de contrata y subcontratas, se logra mayor coherencia con la aplicación del régimen de responsabilidades por incumplimiento de las obligaciones preventivas ya que, tratándose de encadenamiento de contrata, la condición de “empresario principal” puede recaer en varios sujetos según la ubicación que estos tengan en la cadena. Así, en un encadenamiento básico de comitente original, contratista y subcontratista, la posición de “principal” la tiene el comitente frente al contratista, pero este a su vez ocupa la posición principal respecto al subcontratista, y así sucesivamente.

Finalmente, hay que tener en cuenta que la obligación de vigilancia es de tracto sucesivo, por lo que su cumplimiento debe durante todo el tiempo que dure la ejecución de la contrata. Esta delimitación del ámbito temporal de la obligación de vigilancia ha quedado expresamente determinada en el texto del artículo 24.3 de la LISOS, donde se establece que “la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento, durante el periodo de la contrata...”.

649 En este sentido las SSTs de 5 de mayo de 1999, (Ar. 4705) y de 9 de julio de 2002, (Ar. 10538).

4.7 Las obligaciones en caso de contrata o subcontratas desarrolladas fuera del centro de trabajo.

194. La obligación de información sobre maquinaria, útiles de trabajo, materias primas y productos o sustancias proporcionados por el empresario principal.

Por regla general, todo el elenco de obligaciones en materia preventiva que recoge el artículo 24 de la LPRL está claramente delimitado por el elemento espacial que conforma el centro de trabajo, epicentro donde acontece la concurrencia de actividades empresariales. Sin embargo, en su apartado cuarto el artículo prevé un supuesto de hecho que constituye la excepción a esta regla normativa, porque en él se prescinde por completo del elemento locativo como presupuesto necesario para la exigencia del cumplimiento de obligaciones preventivas.

El artículo 24.4 de la LPRL establece que las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios que deban desarrollarse fuera de los centros de trabajo de la empresa principal pero haciendo uso de sus máquinas, equipos, útiles de trabajo, productos, materias primas o sustancias químicas, deberán asegurarse que estos no constituyan una fuente de peligro para los trabajadores de las empresas contrata o subcontratadas.

A diferencia de lo que ocurre con el supuesto contemplado en el artículo 24.3 de la LPRL, en que la distinción entre contrata por razón de su objeto no tiene ninguna importancia, en este caso, las obligaciones consignadas son de aplicación para el empresario principal que contrate o subcontrate obras o servicios cuya ejecución deba realizarse fuera de su centro de trabajo, independientemente de que la contrata o subcontrata sea de su propia actividad o ajena a la misma.

El trato indiferenciado que el artículo 24.4 de la LPRL recoge para todas las contrata, ya sea que correspondan o no a la propia actividad del empresario principal, obedece a que en este caso el factor riesgo no lo constituye

el centro de trabajo del empresario principal, ni este puede tampoco mantener bajo su control el lugar donde efectivamente se ejecuta la contrata.

En este supuesto el factor riesgo lo constituyen la maquinaria, los útiles, equipos, materias primas, productos y sustancias que el empresario principal proporciona a las empresas contratadas para la ejecución de las obras o servicios.

Al no tratarse de un supuesto de concurrencia propiamente dicho, el artículo 24.4 de la LPRL exime al empresario principal del cumplimiento de las obligaciones de cooperación, información y vigilancia, pero estas quedan sustituidas por las que se consignan en el artículo 41 de la LPRL. Así de conformidad con lo que establece este último artículo, el empresario principal que contrate o subcontrate obras o servicios para que sean ejecutados fuera de su centro de trabajo, deberá proporcionar a los contratistas y subcontratistas la información necesaria para que sus máquinas, equipos y útiles de trabajo sean utilizados sin riesgo para la salud y seguridad de los trabajadores.

Además, en caso de que el empresario principal suministre productos o sustancias químicas que sean necesarios para la realización de las obras o servicios, deberá asegurarse que estos estén envasados y etiquetados de forma que permite su correcta y segura conservación y manipulación en condiciones de seguridad, así como que su contenido se identifique claramente.

Aparte de las anteriores obligaciones, el empresario principal también queda obligado a suministrar la información que indique la forma correcta de utilización por los trabajadores, las medidas preventivas adicionales que deban tomarse y los riesgos laborales que conlleven tanto el uso normal, como la manipulación o empleo inadecuado de las máquinas, equipos, útiles de trabajo, productos y sustancias químicas que sean por él suministradas, y recae también en él el deber de garantizar que estas informaciones sean facilitadas a los trabajadores en términos que resulten comprensibles para los mismos (Art. 41.2 LPRL).

En definitiva, el artículo 24.4 de la LPRL no hace más que colocar al empresario principal en relación al contratista o subcontratista con quien contrate o subcontrate obras o servicios para ser ejecutados fuera de su centro de trabajo, en la misma posición que tienen los fabricantes, importadores y suministradores de maquinaria, equipos, productos y sustancias químicas con sus clientes⁶⁵⁰. Desde esta posición, lo que corresponde al empresario principal es transmitir a los contratistas y subcontratistas a quienes haya proporcionado alguno de los implementos de trabajo mencionados, toda la información que él ha recibido de parte de los fabricantes, importadores o suministradores de tales implementos.

195. Supuesto de encadenamiento de contratistas y subcontratistas.

Para concluir, debe advertirse que también en este supuesto hay que tener en cuenta el problema que supone el cumplimiento de las obligaciones preventivas previstas en el artículo 41 de la LPRL en caso de encadenamiento de contratistas y subcontratistas. Está claro que la obligación de información en estos casos recae en el empresario principal que suministra la maquinaria, equipo, productos o útiles de trabajo al contratista o subcontratista.

Sin embargo, puede suceder que alguno de los empresarios intermedios en la cadena subcontrate con otro y sea él quien suministra tales implementos de trabajo. Bajo este supuesto no podría imputarse responsabilidad por incumplimiento de la obligación de información al empresario principal, puesto que no ha sido él quien ha proporcionado los implementos de trabajo.

Problemas de esta índole pueden ser resueltos entendiendo que cualquiera de los empresarios contratistas participantes en la cadena que subcontrate con otro, asume la posición de “principal” cuando sea él quien proporcione la maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo, y en consecuencia recaerá en él y no en el empresario comitente inicial, la obligación de suministrar la información sobre uso y manipulación de los equipos y materiales que suministra.

650 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “Responsabilidad empresarial...”, op. cit., pág. 350.

4.8 Las responsabilidades por incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales.

196. El marco mínimo de las distintas responsabilidades.

El incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos genera diversos tipos de responsabilidad para los empresarios concurrentes. Así, la LPRL en su artículo 42.1 establece que *“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”*.

En el ámbito administrativo, la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social – Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, -(LISOS)- establece un régimen de responsabilidad administrativa según sea el tipo de infracción cometida, que puede ser de carácter grave o muy grave (Art. 12 y 13).

El Código Penal permite sancionar con pena de prisión el incumplimiento de las obligaciones preventivas cuando a consecuencia de este ocurra la muerte del trabajador que tipifica como homicidio en caso de muerte del trabajador (Art. 138 y ss.), por delito de lesiones (Art. 147 y ss.) o por delito contra la seguridad y salud de los trabajadores (Art. 316 y 317).

En lo civil, los empresarios concurrentes, pueden enfrentar responsabilidad por daños derivados del incumplimiento de las obligaciones preventivas, responsabilidad que puede ser de tipo contractual o extracontractual según sea el vínculo existente entre el trabajador perjudicado y el empresario concurrente (Art. 1101 y 1902 C.C).

Dejando al margen lo atinente a la responsabilidad penal por ser un tema que escapa al objeto de este estudio, a continuación se analizarán los aspectos más relevantes de las responsabilidades administrativas y civiles que derivan del incumplimiento de las obligaciones preventivas previstas para cada uno de los supuestos de concurrencia que se regulan en los distintos apartados del artículo 24 de la LPRL.

4.8.1 La responsabilidad por incumplimiento de la obligación de cooperación.

197. Las responsabilidades exigibles.

El incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación de cooperación -deberes relativos al establecimiento de los medios de coordinación y de información- que establece el artículo 24.1 de la LPRL genera una responsabilidad administrativa por infracciones a la Ley de infracciones y sanciones en el orden social, así como también una responsabilidad civil por daños, cuando el incumplimiento cause lesiones a los trabajadores.

198. Las responsabilidades administrativas: Su carácter objetivo.

La responsabilidad administrativa puede surgir por infracciones administrativas graves de las que se establecen en el artículo 12.13 de la LISOS, o por infracciones muy graves, cuando el incumplimiento se de en actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o como riesgos especiales, según lo estipula el artículo 13.7 de la LISOS.

Debe tenerse en cuenta que este tipo de responsabilidad administrativa nace del mero incumplimiento de la obligación de cooperación impuesta a los empresarios concurrentes en el mismo centro de trabajo, independientemente de que del incumplimiento se produzca o no algún daño, pues lo que se sanciona es la conducta y no el resultado.

Por otro lado, debe destacarse que la doctrina de mayoría sostiene como regla general, que la responsabilidad administrativa por incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales es de carácter objetivo⁶⁵¹. Tal carácter no solamente se encuentra implícito en el texto del artículo 14 de la LPRL que impone a todo empleador el deber genérico de “protección eficaz” para prevenir los riesgos laborales, sino que

651 Entre otros, SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, “*La responsabilidad y subrogación...*”, op. cit., pág. 285; GARCÍA MURCIA, Joaquín, “*Responsabilidades y Sanciones en Materia de Seguridad Social en el Trabajo*”, Aranzadi, Segunda Edición, 2000, pág. 231; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 359.

también se verifica por la irrelevancia que tiene el elemento culpabilístico en la tipicidad de las infracciones que sanciona la LISOS. En este sentido, ciertamente la voluntariedad del empresario resulta del todo intrascendente para que exista una infracción de las que se tipifican en la LISOS, que en todo caso presumen la existencia de la culpa en el incumplimiento. Lo mismo ocurre con la conducta del trabajador que incumple sus obligaciones en materia de prevención de riesgos, en el entendido que su actuar culposo tampoco exoneraría de responsabilidad al empresario por el incumplimiento⁶⁵². En este sentido, el Tribunal Supremo (Contencioso-Administrativo) ha dicho que aun habiendo imprudencia del trabajador tal circunstancia no exime ni atenúa la responsabilidad del empresario, pues lo verdaderamente determinante es que la empresa se asegure de que los trabajadores cumplan con las medidas de seguridad, de modo tal que, con o sin imprudencia del trabajador, si ocurre el accidente habrá responsabilidad de la empresa⁶⁵³.

De acuerdo con lo anterior, habría que concluir que la responsabilidad administrativa por incumplimiento de la obligación de cooperación en materia de prevención de riesgos laborales, es de carácter objetiva, de modo que los empresarios concurrentes serán responsables por la mera constatación del incumplimiento.

Por otro lado, la doctrina ha planteado algunas dudas respecto a la manera en que debe articularse la responsabilidad administrativa entre los distintos empresarios concurrentes, ya que ni la LPRL ni la LISOS establecen si se trata de una responsabilidad individual imputable a cada uno de ellos o si se está ante una responsabilidad de tipo solidaria que alcanza a todos de manera conjunta. Algunos autores sostienen que en este caso la responsabilidad no puede ser solidaria porque la obligación de coordinación no nace de ningún vínculo contractual, sino de la misma ley que impone su cumplimiento a cada uno de los empresarios concurrentes, esto aún y cuando dicho cumplimiento dependa de la acción conjunta y coordinada de

652 SALA FRANCO, Tomás, "*Derecho de la prevención...*", op. cit., pág. 289.

653 STS (CA) de 19 de abril de 2004 (Ar. 4049).

todos ellos. Para quienes defienden esta postura, el incumplimiento de la obligación de cooperación lo que acarrea es una responsabilidad directa de las empresas concurrentes en la media que se compruebe la existencia de la falta de cooperación⁶⁵⁴.

Por su parte, los defensores de la responsabilidad solidaria argumentan que no es del todo necesario que la solidaridad esté expresamente prevista en la ley, por cuanto el artículo 24.1 de la LPRL deja claramente establecido que el cumplimiento de la obligación de coordinación corresponde a todos y cada uno de los empresarios concurrentes en un mismo centro de trabajo, situación que permite imputar el incumplimiento a todos ellos de manera conjunta. En sustento de esta tesis se invoca la aplicación del artículo 130.3 LRJAP, cuyo texto señala que *“cuando el incumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de manera solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan”*⁶⁵⁵.

Se ha argumentado también que la responsabilidad solidaria viene a ser la solución más coherente con esa naturaleza plural de la obligación y con la misma literalidad del apartado primero del artículo 24 de la LPRL. Sin embargo, quienes defienden esta postura advierten que la misma no está exenta de problemas prácticos, especialmente si se toma en cuenta que las sanciones por incumplimiento se traducen en imposición de multas pecuniarias⁶⁵⁶. Esto por cuanto la aplicación de la solidaridad conduciría a abrir un único expediente sancionador para todos los empresarios responsables, con lo cual, la Administración podrá imponer una única sanción, o lo que es lo mismo, cobrar solo una multa a todos los responsables del incumplimiento. Por consiguiente, el pago por cualquiera de los empresarios responsables liberaría

654 En este sentido, ALFONSO MELLADO, Carlos Luis, *“Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral”*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 112; SO-RIANO CORTÉS, Dulce, *“Las contratas en el Derecho...”*, op. cit., pág. 428.

655 Esta es la tesis que defienden, entre otros, GARCÍA MURCIA, Joaquín, *“Responsabilidades y Sanciones...”*, op. cit., pág. 188 y CALVO GALLEGO, Javier Francisco, *“La regulación laboral...”*, op. cit., pág. 79.

656 SALA FRANCO, Tomás, *“Derecho de la prevención...”*, op. cit., pág. 291.

de responsabilidad a todos los demás, quedando la solidaridad reducida a un aspecto más de tipo patrimonial que sancionatorio⁶⁵⁷.

199. La responsabilidad civil: Su carácter solidario.

En cuanto a la responsabilidad civil por incumplimiento de la obligación de cooperación, lo primero que debe apuntarse es que la misma tiene una finalidad indemnizatoria de los daños y perjuicios a favor del trabajador perjudicado por el incumplimiento. El artículo 42.3 de la LPRL deja claramente establecido que “las responsabilidades administrativas que se deriven del incumplimiento serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados”.

Ciertamente el artículo 42.1 de la LPRL tampoco especifica si la responsabilidad civil es de carácter solidaria por lo que surge la duda de si esta alcanza a todos los empresarios concurrentes o solo al empresario empleador directo del trabajador afectado por el incumplimiento. El problema que genera la poca claridad de la norma se agrava no solo porque existe prohibición legal para presumir la solidaridad – Art. 1137 C.C.- sino también porque el artículo 42.3 de la LISOS relativo a la responsabilidad empresarial en materia de prevención de riesgos laborales, únicamente establece responsabilidad solidaria para el supuesto de concurrencia previsto en el artículo 24.3 de la LPRL, esto es, la responsabilidad por incumplimiento de la obligación de vigilancia en casos de concurrencia en donde un empresario contrate o subcontrate con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad y que se realicen en su centro de trabajo.

Pese lo anterior, la doctrina, en posición de mayoría sostiene que se trata de una responsabilidad civil de carácter solidaria de todos los empresarios concurrentes⁶⁵⁸. La solidaridad en este caso es defendida con sustento

657 En este sentido, GOERLICH PESET, José María, “*Coordinación de actividades empresariales...*”, op. cit., pág. 138; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 314; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 354.

658 GOERLICH PESET, José María, “*Coordinación de actividades empresariales...*”, op.

en la doctrina civilista que en materia de daños promueve indivisibilidad de la acción concurrente en el resultado del daño producido por varios sujetos, siempre y cuando no puedan establecerse diferencias en el grado de participación de cada uno de los empresarios concurrentes. De aquí surge la responsabilidad solidaria como mecanismo más idóneo para proteger al perjudicado⁶⁵⁹. Esta doctrina ha sido asumida por los tribunales de lo social en algún pronunciamiento. Así por ejemplo el Tribunal de Justicia de Andalucía ha sostenido que la responsabilidad civil por daños y perjuicios ocasionados por la inobservancia de las medidas de seguridad e higiene es imputable “a todas aquellas personas que teniendo obligaciones en la materia, las incumplan o cumplan deficientemente, así como las que, sin haber asumido deberes u obligaciones específicas, causen a otro daños y perjuicios ligados a la seguridad y salud en el trabajo”, de donde deriva una responsabilidad solidaria que “... permite a la víctima «dirigirse contra cualquiera de ellos, como deudor por entero de la obligación de reparar el daño causado, de conformidad con lo establecido en el art. 1144 del Código Civil»”⁶⁶⁰.

De igual forma la doctrina laboral considera que la responsabilidad civil por daños surgidos del incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos es de carácter objetivo. Esta postura se ha basado en la teoría del riesgo de la que se ha hecho mención antes, cuya aplicación ha fomentado toda una tendencia a la objetivación de la responsabilidad civil del empresario en materia laboral, pues se considera que el riesgo de producción de accidentes de trabajo y sus consecuentes daños, son consustanciales a la titularidad de la empresa⁶⁶¹. En este sentido también se ha dicho que el ca-

cit., pág. 140; ALFONSO MELLADO, Carlos Luis, “Responsabilidad empresarial en materia de seguridad...”, op. cit., pág. 136; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “Responsabilidad empresarial...”, op. cit., pág. 322; MONTOYA MEDINA, David, “Trabajo en contratas...”, op. cit., pág. 357; LUQUE PARRA, Manuel, “La responsabilidad civil del empresario en materia de Seguridad y Salud Laboral”, CES, Madrid, 2002, pág. 166.

659 DIEZ-PICAZO, Luis. y GUILLÓN, Antonio, “Sistema de Derecho Civil”, Vol. II, Madrid, Tecnos, 2001, pág. 616.

660 STSJ de Andalucía, Málaga, de 7 de abril de 2000, (Ar. 1051).

661 ALFONSO MELLADO, Carlos Luis, “Responsabilidad empresarial en materia de seguridad...”, op. cit., pág. 125; SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, “La responsa-

rácter objetivo de la responsabilidad civil se desprende del deber genérico de protección eficaz que debe observar todo empresario en materia de seguridad e higiene según lo dispuesto en el artículo 14 de la LPRL⁶⁶².

La objetivación de la responsabilidad civil se apoya en la “teoría del riesgo” en función de la cual “quien crea las condiciones para que el riesgo se produzca deber responder por ello”⁶⁶³ En síntesis, la objetivación de la responsabilidad se basa en la idea de que toda actividad empresarial genera un riesgos inevitables o imprevisibles que deben ser asumidos por el empresario por el simple hecho de desempeñar su actividad productiva⁶⁶⁴

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que esta responsabilidad civil puede ser tanto de tipo contractual – Art. 1101 C.C.- como también extracontractual o aquiliana - Art. 1902 C.C.- El primero de estos artículos dispone que “*quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieron en dolo, negligencia o morosidad, y lo que de cualquier modo contravienen el tenor de aquellas*”. Por su lado, el artículo 1902 señala que “*el que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”.

Siguiendo la letra de ambos artículos, podría decirse que la frontera entre un tipo de responsabilidad y otra radica en que para el caso de la responsabilidad contractual se exige la existencia de una relación sustentada en un contrato, mientras que la responsabilidad extracontractual procede para todos los supuestos de daño en los que no existe el vínculo contractual. Sin embargo, tanto la doctrina civil como laboral han admitido que la responsabilidad contractual no emana solo del incumplimiento de obligaciones contractuales, sino

bilidad y subrogación...”, op. cit., pág. 302; LUQUE PARRA, Manuel, “*La responsabilidad civil del empresario...*”, op. cit., pág. 71; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 358.

662 LUQUE PARRA, Manuel, “*La responsabilidad civil del empresario...*”, op. cit., pág. 75; MONTOYA MEDINA, David, *Ibíd*em, pág. 359.

663 LUQUE PARRA, Manuel, “*La responsabilidad civil del empresario...*”, op. cit., 69.

664 SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, “*La responsabilidad y subrogación...*”, op. cit., pág. 285; PARRA LUQUE, Manuel, “*La responsabilidad civil del empresario...*”, op. cit., 69

también del incumplimiento de obligaciones de fuente legal⁶⁶⁵, lo que daría pie para sostener que el incumplimiento de las obligaciones de prevención de riesgos laborales puede ser visto como un supuesto de responsabilidad contractual.

No obstante esto último, la tesis de mayoría en la doctrina sostiene que el incumplimiento de la obligación de cooperación genera tanto responsabilidad contractual como extracontractual. Así la responsabilidad contractual puede ser exigida por el trabajador perjudicado frente a su empleador por existir entre ellos el vínculo del contrato de trabajo, mientras que la responsabilidad extracontractual puede exigirla al resto de empresarios concurrentes a quienes la obligación de coordinación les vincula por igual⁶⁶⁶.

Finalmente, debe también tenerse en cuenta que el Derecho Civil admite responsabilidad solidaria entre el causante directo del daño y los que contribuyeron al mismo por culpa *in eligendo* o *in vigilando*. El artículo 1903 del C.C., dispone que la obligación de reparar el daño derivado de conducta culposa o negligente “*es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder*”. De aquí que la responsabilidad solidaria por daños derivados del incumplimiento de la obligación de cooperación puede ser exigida no solo por conductas propias de los empresarios concurrentes, sino también por actos de sus dependientes. En este caso la responsabilidad deriva de la falta de cuidado en la selección de estos o por falta de control sobre la actividad desarrollada por ellos.

4.8.2 Responsabilidad por incumplimiento de la obligación de información del empresario titular del centro de trabajo.

200. La responsabilidad administrativa: Su carácter objetivo.

A diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad administrativa por incumplimiento de la obligación de cooperación que alcanza a todos los

665 SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, “*La responsabilidad y subrogación...*”, op. cit., pág. 302; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratos...*”, op. cit., pág. 358.

666 SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, *Ibidem*, pág. 303; GARCÍA MURCIA, Joaquín, “*Responsabilidades y Sanciones...*”, op. cit., pág. 358.

empresarios concurrentes según lo expuesto antes, la responsabilidad administrativa por incumplimiento de la obligación de información a cargo del empresario titular del centro de trabajo que prevé el artículo 24.2 de la LPRL es de carácter individual por ser este el sujeto obligado directo no solo del deber de transmitir la información, sino también de adoptar las medidas necesarias para que los otros empresarios concurrentes reciban dicha información.

La responsabilidad administrativa del empresario titular puede obedecer a una infracción administrativa grave conforme lo dispuesto en el artículo 12.14 LISOS, o bien, a una infracción muy grave cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales según lo estipula el artículo 13.8 LISOS.

También se trata de una responsabilidad de carácter objetivo, cuya imputación emana del incumplimiento mismo de la obligación sin que se requiera la demostración de la culpabilidad, según lo expuesto ya en el apartado anterior.

201. La responsabilidad civil. Su carácter solidario.

De igual forma, puede haber responsabilidad civil si a consecuencia del incumplimiento de la obligación de información, los trabajadores de las empresas concurrentes sufren algún daño. En este caso, el empresario titular del centro de trabajo tendrá una responsabilidad civil extracontractual por los daños causados a los trabajadores. La responsabilidad será exigible no solo cuando el empresario titular del centro no proporcione del todo la información sino también, en aquellos casos en los que la información suministrada es insuficiente o inexacta y que a consecuencia de ello se produzca un daño.

Así mismo, en los casos en los que se pueda constatar un incumplimiento de la obligación de información compartido por parte del empresario titular del centro de trabajo y del empresario directo del trabajador, habrá que entender que ambos empresarios son responsables solidarios de los daños ocasionados⁶⁶⁷.

667 MONTROYA MEDINA, David, *“Trabajo en contratas...”*, op. cit., pág. 368; AA.VV., *“100 preguntas laborales...”*, op. cit., pág. 43.

4.8.3 Responsabilidad por incumplimiento de la obligación de vigilancia de empresario principal.

202. La responsabilidad administrativa: Sus características.

El incumplimiento de la obligación de vigilancia instaurada en el artículo 24.3 acarrea una responsabilidad administrativa solidaria que alcanza al empresario principal y al contratista y subcontratista, cuando se verifique que estos últimos han incurrido en incumplimiento de sus obligaciones de seguridad e higiene respecto a los trabajadores que mantengan laborando en el centro de trabajo del primero. En este caso el empresario contratista o subcontratista responderá como infractor directo de las medidas preventivas, en tanto que el empresario principal responderá solidariamente por ser el obligado a vigilar el cumplimiento de las mismas.

Tal y como se ha apuntado antes, para que opere esta responsabilidad solidaria, la infracción a las normas de prevención de riesgos laborales debe acaecer en el centro de trabajo del empresario principal y el empresario infractor debe necesariamente estar vinculado a una contrata o subcontrata correspondiente a la propia actividad del principal.

A diferencia de lo que ocurre con los otros supuestos de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, en este caso la LISOS no tipifica el incumplimiento de la obligación de vigilancia del empresario principal como una infracción administrativa⁶⁶⁸. Sin embargo, la responsabilidad administrativa solidaria sí se encuentra expresamente establecida en el artículo 42.3 de la misma LISOS cuyo tenor dispone que “*La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento, durante el periodo de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de dicho empresario principal*”.

668 SALA FRANCO, Tomás, “*Derecho de la prevención...*”, op. cit., pág. 247.

La ausencia en la LISOS de una infracción administrativa específica para la obligación de vigilancia, obliga a interpretar que el incumplimiento de esta obligación puede tenerse como infracción grave, si se asume como un “*incumplimiento de la obligación de no efectuar la planificación de la actividad preventiva que derive como necesaria de la evaluación de riesgos, o no realizar el seguimiento de la misma, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales*” (Art. 12.6 LISOS) o bien como un “*incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que dicho incumplimiento cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados...*”, (Art. 12.16 LISOS).

Por otro lado, teniendo en cuenta que se trata de una responsabilidad solidaria, la misma queda sujeta al principio de culpabilidad, según lo establecido por la doctrina del Tribunal Constitucional anteriormente citada. Se trata por lo tanto de una responsabilidad subjetiva, exigible únicamente en los casos en que pueda acreditarse el incumplimiento del deber de vigilancia por parte del empresario principal⁶⁶⁹. Esto implica evidentemente que “la responsabilidad del empresario principal no puede apreciarse automáticamente siempre que exista incumplimiento de las normas de prevención por parte del contratista, sino que es necesario que aquél haya incumplido su deber de vigilancia”⁶⁷⁰.

Como consecuencia lógica de lo anterior, se puede advertir que aún en el caso de haber existido incumplimiento por parte del contratista o subcontratista, el empresario principal no será responsable solidario si logra demostrar que él ha cumplido razonablemente su obligación de vigilancia⁶⁷¹.

669 Contrario a esta tesis, José María Goerlich, sostiene que el empresario principal responderá de forma automática una vez verificado el incumplimiento del contratista o subcontratista. Cfr. GOERLICH PESET, José María, “*Coordinación de actividades empresariales...*”, op. cit., pág. 147. En igual sentido, MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 383.

670 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial en contratas...*”, op. cit., pág. 345.

671 MONEREO PÉREZ, José Luis y ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, “*Dimensión laboral de la contratación...*”, op. cit., pág. 89; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., pág. 55.

De acuerdo a esto último, habrá que sujetarse al análisis casuístico para poder constatar en cada caso, si ha existido o no de parte del empresario principal, una conducta culposa por incumplimiento de su deber de vigilancia, o en su lugar, determinar si éste ha cumplido de manera razonable con el mismo, en cuyo caso, aun habiendo incumplimiento imputable al contratista o subcontratista, el empresario principal quedará eximido de la responsabilidad solidaria.

Debe destacarse también que aún y cuando la LPRL y la LISOS limitan la responsabilidad solidaria del empresario principal a las infracciones administrativas por incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, la doctrina sentada por el Tribunal Supremo ha extendido este tipo de responsabilidad a la Seguridad Social, estableciendo que el empresario principal también responde solidariamente por el recargo de prestaciones sociales. El alto Tribunal ha señalado que en la alocución contenida en el artículo 42.2 del E.T. que habla de obligaciones “referidas a la Seguridad Social” se encuentran necesariamente incluidas las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo, aunque se trate del recargo de las mismas por falta de medidas de seguridad⁶⁷². Para el Tribunal Supremo, *“es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control”*⁶⁷³.

203. La responsabilidad civil: Sus características.

Mención aparte merece la discusión sostenida por la doctrina en torno a la responsabilidad civil que pueda haber por los daños surgidos del incumplimiento de las medidas preventivas bajo este supuesto específico de coor-

672 STS dada en unificación de doctrina, de 18 de abril de 1992 (Ar. 4849).

673 STS de 22 de noviembre de 2002 (Ar. 510).

dinación de actividades empresariales. La discusión se centra en el carácter solidario o no que pueda tener la responsabilidad civil.

Algunos autores niegan carácter solidario a la responsabilidad civil por daños surgidos del incumplimiento del deber de vigilancia porque en este caso tal supuesto de solidaridad no está previsto legalmente. Para quienes defienden esta tesis, la ausencia de una previsión legal expresa que establezca la solidaridad por daños surgidos del incumplimiento, conduce necesariamente a que la responsabilidad civil de los empresarios involucrados en el deber de vigilancia sea de carácter estrictamente personal, respondiendo cada uno de ellos por el incumplimiento de sus respectivas obligaciones preventivas⁶⁷⁴.

Contrariando la anterior posición, un sector mayoritario en la doctrina considera que al margen del alcance que pueda tener la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 42.3 de la LISOS, también es posible aplicar la solidaridad para exigir responsabilidad civil por los daños derivados del incumplimiento del deber de vigilancia⁶⁷⁵. En tal sentido se ha dicho que “...en el Derecho Civil se admite que medie la solidaridad entre los causantes directos del hecho dañoso y los que contribuyeron al mismo por culpa *in eligiendo* o *in vigilando*”⁶⁷⁶. Del mismo modo, los defensores de esta postura apuntan a la progresiva objetivación de la responsabilidad civil, para sostener que cuando el incumplimiento al deber de vigilancia cause lesiones a los trabajadores, la responsabilidad del daño ocasionado debe imputarse al empresario principal y al empresario contratista o subcontratista de manera solidaria.

674 En este sentido se pronuncian, por ejemplo, RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan, “*Las responsabilidades del empresario...*”, op. cit., pág. 167; CALVO GALLEGO, Javier Francisco, “*La regulación laboral...*”, op. cit., pág. 82; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., pág. 56.

675 SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, “*La responsabilidad y subrogación...*”, op. cit., pág. 303; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 345; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 383; AA.VV., “*100 preguntas laborales...*” op. cit., pág. 43; LUQUE PARRA, Manuel, “*La responsabilidad civil del empresario...*”, op. cit., pág. 166; GARCÍA MURCIA, Joaquín, “*Responsabilidades y sanciones...*”, op. cit., pág. 64; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 207; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “*La responsabilidad en la relación...*”, op. cit. pág. 59.

676 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 347.

4.8.4 Responsabilidad por incumplimiento de la obligación de información en caso de contrata o subcontratas desarrolladas fuera del centro de trabajo.

204. La responsabilidad administrativa: Sus características.

La LPRL no contempla ninguna norma referida a la responsabilidad administrativa específica que aplica para el incumplimiento de la obligación de información prevista en su artículo 24.4. Aún y cuando este artículo remite al 41 de la misma LPRL alusivo a la obligaciones fabricantes, importadores y suministradores de maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo, que se ve complementado con la normativa prevista en la Ley 21/1992 del 16 de julio, de Industria, de cuyos artículos 32 y 34 derivan sanciones para los fabricantes, vendedores e importadores de aparatos, equipos y productos industriales, el régimen de responsabilidades previsto en esta Ley no resulta aplicable en este caso, por cuanto en su artículo 9.4 se deja expresamente establecido que *“las actividades relacionadas con la seguridad e higiene en el trabajo se regirán por lo dispuesto en la normativa específica”*, lo que supone una remisión a la LPRL que como se ha visto no tipifica ninguna conducta infractora de esta obligación que sea sancionable.

Ante la ausencia de conductas infractoras tipificadas para el supuesto específico, algún sector de la doctrina ha entendido que no es posible exigir responsabilidad administrativa laboral por el incumplimiento de esta obligación de información, a no ser que se apliquen las sanciones de tipo genérico previstas para el incumplimiento del deber que tiene todo empresario de informar al trabajador de los riesgos en el trabajo⁶⁷⁷. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el artículo 18.1. a) de la LPRL establece como deber genérico a cargo de todo empresario, la obligación de adoptar las medidas necesarias para que los trabajadores reciban las informaciones necesarias en relación con los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo.

677 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, *“Responsabilidad empresarial...”*, op. cit. pág. 253; MONTOYA MEDINA, David, *“Trabajo en contrata...”*, op. cit., pág. 386.

El incumplimiento de este deber de información de alcance general que recoge el artículo 18.1. a) de la LPRL puede ser visto como infracción leve, siempre que el incumplimiento carezca de trascendencia grave para la integridad física o la salud de los trabajadores conforme lo dispone el artículo 11.4 de la LISOS, como infracción grave a tenor de lo señalado en el artículo 12.8 de la LISOS para los casos en que el incumplimiento pueda ser susceptible de provocar un daño para la seguridad y salud de los trabajadores o bien, como infracción muy grave cuando del incumplimiento de información derive un riesgo grave o inminente para la seguridad y salud de los trabajadores según lo establecido en el artículo 13.10 de la LISOS.

205. La responsabilidad civil. Sus características.

Aparte de la responsabilidad de tipo administrativa que pueda haber según lo antes visto, el incumplimiento de la obligación de información del artículo 24.4 de la LPRL puede también acarrear una responsabilidad civil por daños, sea de tipo contractual tratándose del empresario empleador, sea de tipo extracontractual para el empresario principal. En tesis de principio esta responsabilidad le sería imputable solo al empresario empleador cuando el principal haya cumplido con la obligación de informar, pero bien puede aquel eximirse cuando bajo ciertos supuestos de orden técnico demuestre haber estado imposibilitado de verificar la veracidad o insuficiencia de la información recibida. Si es que el empresario principal no informa la responsabilidad se dará con carácter solidaria⁶⁷⁸.

La responsabilidad solidaria en este caso surge habida cuenta de que el artículo 41.1 de la LPRL establece que los fabricantes, importadores y suministradores de maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo están obligados a proporcionar la información necesaria para la utilización y manipulación de estos, como también la obligación de los empresarios de recabar dicha

678 GOERLICH PESET, José María, “*Coordinación de actividades empresariales...*”, op. cit., pág. 155; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 353; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 388.

información para así poder cumplir con sus obligaciones de información respecto a los trabajadores.

5. El régimen de responsabilidad previsto en la LSSC.

Mención aparte requiere el régimen de responsabilidad solidaria que aplica a la subcontratación en el Sector de la Construcción de acuerdo con lo que establece la Ley 32/2006 de 18 de octubre.

La LSSC en su artículo 7.2 establece un régimen de responsabilidad solidaria que alcanza a contratistas y subcontratistas respecto a obligaciones laborales y de Seguridad Social, exigible desde luego, solo a las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación propio de la Ley. No obstante, no se trata de un sistema de responsabilidad excluyente de la aplicación de otras responsabilidades previstas en la legislación social como lo enuncia de manera expresa el mismo texto del citado artículo 7.2, de modo que la responsabilidad solidaria prevista en esta norma *“se suma a las preexistentes, completando en el ámbito sectorial de la construcción el mapa de responsabilidades propias de la descentralización productiva”*⁶⁷⁹.

206. Las diferencias con la responsabilidad prevista en el artículo 42 del E.T.

Este régimen de responsabilidad laboral propio de la LSSC contiene una serie de aspectos que lo diferencian sustantivamente del régimen de responsabilidad de alcance general que contiene el artículo 42 del E.T. en materia de subcontratación, que ameritan ser destacados.

En orden de prioridad, debe destacarse lo dicho antes cuando se ha señalado que a diferencia de lo dispuesto en el artículo 42 del E.T. la responsabilidad solidaria que se establece en el artículo 7.2 de la LSSC aplica independientemente de cuál sea la naturaleza de la actividad realizada por

679 LANTARÓN BARQUÍN, David, *“Responsabilidad, registros y libros en la nueva Ley Reguladora de la Subcontratación en la construcción: Un paradigma legal del servicio de la reforma a la sustancia de las instituciones”*, en AA.VV., [Jesús Mercader Uguina (Coord.)]: La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 105.

contratistas y subcontratistas. La “propia actividad” como elemento delimitador y condicionante de la responsabilidad en este caso resulta del todo irrelevante para la imposición de la responsabilidad. Bastará con que las empresas involucradas en la ejecución de la obra realicen alguna de las actividades que conforman el ámbito de aplicación de la Ley y que surja el incumplimiento de las obligaciones legalmente en ella establecidas, para que se configure el presupuesto normativo que hace exigible la responsabilidad solidaria.

En segundo lugar, respecto al alcance subjetivo de este régimen de responsabilidad solidaria, del texto del artículo 7.2 de la LSSC permite entender que tal responsabilidad es exigible al contratista y al subcontratista que estén directamente relacionados, lo que implica que la solidaridad queda limitada a dicho binomio. Esta interpretación se extrae de la referencia que hace el artículo al “correspondiente contratista” cuando señala que el incumplimiento de las obligaciones “...determinará la responsabilidad solidaria del subcontratista que hubiera contratado incurriendo en dichos incumplimientos, y del correspondiente contratista”. Esto ha llevado algún sector de la doctrina a afirmar que se está ante una responsabilidad de la que quedarían exonerados los restantes subcontratistas que pudieran existir en la cadena, lo que configuraría un esquema de encadenamiento mínimo que vincula únicamente a la empresa situada en el plano inmediatamente superior –contratista–, de la empresa incumplidora –subcontratista⁶⁸⁰.

De acuerdo con lo anterior, el ámbito subjetivo de aplicación del régimen de responsabilidad del artículo 7.2 de la LSSC difiere del que tiene el artículo 42 del E.T., en tanto se acepte la tesis prevalente defendida por la doctrina y la jurisprudencia, denominada “tesis del encadenamiento máximo”, según la cual, la responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T. alcanza a todos los participantes en la cadena de subcontratación⁶⁸¹.

680 LANTARÓN BARQUÍN, David, “Responsabilidad, registros...”, op. cit., pág. 107; CALVO GALLEGO, Francisco Javier, “La nueva Ley de Regulación...”, op. cit., pág. 57.

681 La tesis del encadenamiento máximo ha quedado consolidada a partir de la STS de 9 de julio de 2002 (Ar. 10538) dictada por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina. En esta sentencia, el Tribunal, haciendo una interpretación teleológica del artículo 42 del E.T. sostiene

En tercer lugar, destaca el ámbito material que tiene el régimen de responsabilidad solidaria del artículo 7.2 de la LSSC, que es de mucho mayor alcance que el del artículo 42 del E.T. por cuanto en él queda comprendido el incumplimiento de las obligaciones laborales en general, así como las relativas a la Seguridad Social. Este aspecto, la dicción utilizada en el artículo 7.2 que habla de “*obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato acordado*” es sin duda *alguna mucho más amplia que que recoge la norma estatutaria que solo hace referencia “a las obligaciones de naturaleza salarial... y de las referidas a la Seguridad Social”*⁶⁸².

En consecuencia, quedan comprendidos dentro del ámbito de cobertura de la responsabilidad solidaria que se analiza, todos aquéllas partidas que tengan naturaleza salarial así como también los de naturaleza extrasalariales, entre los que se incluyen desde luego los enunciados en lista no taxativa del artículo 26.2 del E.T., estos son: indemnizaciones y suplidos por gastos realizados a consecuencia de la actividad laboral, indemnizaciones por traslados, suspensiones o despidos⁶⁸³.

Por lo demás, la dicción del artículo 7.2 de la LSSC permite también obviar la extensa discusión que doctrina y jurisprudencia han sostenido sobre

ne que “...lo que el precepto quiere evitar es que quien se halla mejor situado en esa cadena de contratación (comitente, dueño de la obra o contratista principal), que es quien controla realmente su ejecución y quien en definitiva asume en mayor medida los beneficios económicos de la actividad que realizan otros en todo o en parte, quede inmune ante las posibles deudas de estos últimos frente a sus trabajadores ante su posible situación de insolvencia, por lo que deviene razonable que desde el legislador, que no le niega los beneficios, le exija también responder de las posibles deudas salariales o de seguridad social que puedan haber generado aquellos subcontratistas situados en el final de cadena”.

682 Es interesante hacer ver que el alcance material de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 7.2 de la LSSC, guarda similitud con la redacción que recogía el artículo 19 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976, en el que se imponía una responsabilidad genérica al empresario principal respecto a la totalidad de las obligaciones contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores durante el periodo de vigencia de la contrata.

683 Aún y cuando la doctrina judicial defiende el carácter cerrado de la lista de percepciones extrasalariales del art. 26.2 del E.T. entre otras las SSTS de 5 de noviembre de 1996 (Ar. 8423) y de 10 de febrero de 1997 (Ar. 3788); la doctrina considera que se trata de una lista no acabada o taxativa. En este último sentido véase MONTROYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 194 y ss.; LANTARÓN BARQUÍN, David, “*Responsabilidad, registros...*”, op. cit., pág. 110.

la naturaleza de algunas percepciones económicas del trabajador a efecto de determinar si quedan o no cubiertas por el régimen de responsabilidad del artículo 42 del E.T. Tal es el caso de los salarios de tramitación que independientemente de que se les asigne naturaleza salarial o carácter indemnizatorio quedarían por igual bajo la cobertura de la responsabilidad solidaria prevista en el citado artículo 7.2 de la LSSC, pues en cualquier caso se computarían como una obligación laboral⁶⁸⁴.

Un cuarto aspecto que debe ser tenido en cuenta es el relativo al alcance temporal que tiene la responsabilidad solidaria que se viene analizando. Más adelante se verá que la responsabilidad del artículo 42 del E.T. no solo se limita a las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por el contratista y/o subcontratista, durante el tiempo de vigencia de la contrata, sino también, que se trata de una responsabilidad exigible únicamente durante el año siguiente a de la contrata.

En el caso que nos ocupa, el citado artículo 7.2 de la LSSC únicamente señala que de darse el incumplimiento de las obligaciones previstas en la Ley, habrá responsabilidad respecto a las obligaciones laborales y de Seguridad Social “*derivadas de la ejecución del contrato*”, frase esta última que permite entender que la responsabilidad solidaria se extiende más allá del periodo de vigencia de la contrata, siempre y cuando se trate de obligaciones que “*deriven*” de la ejecución de la misma, lo que supone una extensión del alcance de la responsabilidad mayor a la prevista en la norma estatutaria.

Por lo demás, dado que el artículo 7.2 de la LSSC no hace referencia alguna al plazo durante el cual puede exigirse la responsabilidad solidaria en

684 Respecto a la calificación de los salarios de tramitación, el TS ha mantenido una postura vacilante. Originalmente sostuvo la tesis que les reconocía naturaleza salarial -por todas la STS ud. de 7 de julio de 1994, (Ar. 6351).- Luego, también en sentencia dada en unificación de doctrina de 14 de julio de 1998 (Ar. 8544), rectificó el anterior criterio, decantándose por rechazar el carácter salarial de los salarios de tramitación en cuya postura se mantiene hasta la fecha. No obstante, un amplio sector de la doctrina defiende la naturaleza salarial de dichos salarios, especialmente a partir de la reforma 45/2002 de 12 de diciembre, por entender que dicha reforma configura la naturaleza de los salarios de tramitación más cerca de la percepción salarial que de la indemnizatoria. En este sentido, véase PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., pág. 42.

él prevista, habrá que entender que aplica aquí el plazo genérico de prescripción del año para las obligaciones de naturaleza laboral, ex artículo 59.1 del E.T., y en su caso, el plazo de cuatro y cinco años previsto en los artículos 24 y 53.1 de la Ley General de la Seguridad Social (Ley 8/ 2015 de 30 de octubre), según se trate de la acción por parte de la Administración para exigir el pago de las cuotas adeudadas, o el derecho del trabajador a percibir las prestaciones, respectivamente.

Para finalizar debe decirse que la extensión amplificada de la que goza el régimen de responsabilidad solidaria previsto en el artículo 7.2 de la LSCC dándole cobertura a todas las obligaciones laborales sin exclusión de ningún tipo -amén de las correspondientes a la Seguridad Social-, incardina en la finalidad tuitiva que persigue la misma Ley, y conecta de mejor forma con el principio protector porque sirve de garantía de todos los derechos laborales de los trabajadores vinculados a los esquemas de subcontratación.

6. Las particularidades de la responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T.

6.1. La solidaridad como garantía.

Como se ha visto, el artículo 42 del E.T. establece un régimen de responsabilidad empresarial de carácter solidaria que alcanza al empresario principal por las obligaciones de naturaleza salarial y de Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores durante el periodo de vigencia de la contrata.

Sin lugar a dudas, constituye este un régimen de responsabilidad fuerte que tiene una finalidad garantista a favor de los intereses de los trabajadores y de la Seguridad Social. Por lo demás, se trata del mismo esquema de responsabilidad que se establecía para las contratas y subcontratas en la normativa que antecedió al artículo 42 del E.T., específicamente en los artículo 4 del Decreto de 17 de diciembre de 1970 y en el artículo 19.2 de la LRL de los que se ha hecho referencia antes, aunque con los cambios relativos a los límites materiales de los que ya se ha hablado en apartados anteriores.

6.2 La finalidad de la responsabilidad solidaria.

La doctrina sostiene que el régimen de responsabilidad contenido en el artículo 42 del E.T. constituye una garantía cuya finalidad no es otra que garantizar los derechos de los trabajadores y los intereses de la Seguridad Social. La la solidaridad reduce los posibles riesgos de incumplimiento que puedan darse tanto en aquellos supuestos de subcontratación fraudulenta como en los casos en los que ocurra insolvencia de la empresa contratista⁶⁸⁵. De igual forma, se ha hecho ver que se trata de un mecanismo que logra contribuir a la consecución de una finalidad preventiva, porque la solidaridad impuesta promueve la diligencia por parte de las empresas a la hora de contratar con auxiliares la ejecución de obras y servicios⁶⁸⁶.

207. Los fines múltiples.

Según lo anterior, la instauración de la responsabilidad solidaria como mecanismo de tutela para el trabajo en régimen de subcontratación responde a una finalidad múltiple, porque no solo busca proteger los derechos de los trabajadores dependientes de las empresas contratistas y subcontratistas, sino también tutela intereses de orden público como lo es la Seguridad Social, a la vez que intenta tanto disuadir posibles acciones de fraude como también desincentiva la contratación de empresas contratistas de dudosa solvencia⁶⁸⁷.

6.3 El fundamento de la solidaridad.

Por otro lado se ha dicho también que el fundamento jurídico de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 42 del E.T. radica en el bene-

685 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*La descentralización productiva en España...*”, op. cit., pág. 119; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 217; SORIANO CORTÉS, Dulce, “*Las contrataciones en el Derecho...*”, op. cit., pág. 325; CRESPO FOLGUERA, José, “*La responsabilidad salarial...*”, op. cit., pág. 197; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 182.

686 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 217.

687 BLAT GIMENO, Francisco, “*Análisis jurídico-laboral...*”, op. cit., pág. 112; GARCÍA MONTALBÁN, Celia, “*Ámbito material en las contrataciones...*”, op. cit., pág. 63; MONEREO PÉREZ, José Luis y ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, “*Dimensión laboral de la contratación...*”, op. cit., pág. 58; MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contrataciones...*”, op. cit., pág. 260; SORIANO CORTÉS, Dulce, “*Las contrataciones en el Derecho...*”, op. cit., pág. 378.

ficio o provecho del resultado productivo que el empresario principal obtiene de la prestación de servicios del trabajador de la empresa contratista⁶⁸⁸.

208. El beneficio del trabajo como fundamento.

Esta conexión entre la finalidad garantista que tiene el régimen de responsabilidad solidaria y el beneficio obtenido del trabajo, ha sido reconocida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando ha señalado que el fin ulterior del art. 42 del E.T es “*garantizar que los beneficiarios del trabajo por cuenta ajena respondan de todas las contraprestaciones inherentes al mismo, evitando que el lucro que de él puedan obtener vaya en perjuicio de la protección social del trabajador*”⁶⁸⁹.

Ha sido con la anterior lógica que doctrina y jurisprudencia han defendido la imputación de responsabilidad al empresario principal por obligaciones laborales que no le son propias, considerando que si es este quien en mayor medida asume los beneficios económicos de la actividad que realizan los trabajadores de otros empresarios, también debe ser él quien asuma los riesgos que tal actividad lleva implícitos. Tal consecuencia no es otra que la aplicación del principio de derecho según el cual “quien está en condiciones de obtener un beneficio debe de estar también dispuesto a responder de los perjuicios que puedan derivar del mismo”⁶⁹⁰.

209. La estructura triangular que justifica la responsabilidad empresarial.

Por otro lado, no debe perderse de vista que la contrata supone siempre una relación contractual inter empresarial de naturaleza civil o mercantil, cuyo objeto implica la puesta en funcionamiento de la organización produc-

688 GARCÍA MURCIA, Joaquín, “*EL trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 27; CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Descentralización productiva y responsabilidad...*”, op. cit., pág. 119; SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, “*La responsabilidad y subrogación...*”, op. cit., pág. 98; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 217; SORIANO CORTÉS, Dulce, “*Las contratas en el Derecho...*”, op. cit., pág. 325; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 131.

689 STS dada en unificación de doctrina de 17 de mayo de 1996 (Ar. 4472).

690 STS dada en unificación de doctrina de 9 de setiembre de 2002 (Ar.1058).

tiva del contratista a favor de la empresa principal. Se da en estos casos la existencia de una relación triangular cuyos efectos se proyectan al ordenamiento jurídico laboral. Esta circunstancia objetiva permite también justificar la imputación de responsabilidades laborales al empresario principal referidas a los trabajadores del contratista, pues tales responsabilidades nacen de la relación laboral mediata o indirecta que surge de ese vínculo empresarial preexistente⁶⁹¹.

6.4 Naturaleza jurídica de la responsabilidad solidaria.

Uno de los aspectos de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 42 del E.T. mayormente discutidos por la doctrina es el relativo a su verdadera naturaleza jurídica, pues aún y cuando no existe duda de que la misma responde a los principios básicos de las obligaciones solidarias, lo cierto es que también presenta importantes diferencias respecto a la solidaridad común⁶⁹².

210. Solidaridad de origen legal.

Lo primero que se ha hecho ver es que se trata de una solidaridad legal que no puede ser condicionada por voluntad de partes⁶⁹³. Este origen legal que tiene la responsabilidad solidaria, imposibilita a los contratantes pactar cualquier disposición que excluya o condicione la aplicación o el alcance de la misma.

Ciertamente, el origen legal no atribuye ninguna condición especial a la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 42 del E.T. pues es común que la solidaridad sea impuesta por mandato de ley en aquellos supuestos en los que el legislador considere necesario establecer una protección especial

691 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Descentralización productiva y responsabilidad...*”, op. cit. pág.119.

692 RODRÍGUEZ- PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, “*La regulación protectora...*”, op. cit., pág. 48; MARTÍN VALVERDE, Antonio, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 257.

693 MARTÍN VALVERDE, Antonio, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 258; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 218.

para los intereses de quien tenga la condición de acreedor, como sucede en este caso con los trabajadores involucrados en los esquemas de subcontratación y con los intereses de la Seguridad Social.

211. Notas particulares de la solidaridad prevista en el artículo 42 del E.T.

Lo que sí parece ser una nota que introduce particularidad a la responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T., son algunos aspectos que tienen que ver con la causa de la obligación y con la posición que frente a ella ocupan los sujetos responsables (comitente y contratista). Para explicar de mejor forma esta particularidad, se hace necesario tener en cuenta que la responsabilidad solidaria común u ordinaria, por regla general, exige para su configuración además de la pluralidad de sujetos obligados, unidad en el objeto o prestación e identidad de causa.

La responsabilidad solidaria puede ser activa, cuando hay pluralidad de acreedores, o pasiva cuando hay pluralidad de deudores. El art. 42 E.T., recoge una responsabilidad solidaria de tipo pasiva, determinada por la pluralidad de los sujetos deudores que es la condición que asume el empresario principal junto con el contratista y subcontratistas. Como ya se ha visto antes, esta solidaridad prevista en el artículo 42 del E.T. se puede extender a todos los subcontratistas intervinientes en una subcontratación en cadena, teniéndose-sele a todos ellos como responsables solidarios de la misma obligación.

En relación con los otros dos elementos configurativos de la solidaridad, se ha señalado que si bien en la responsabilidad del artículo 42 del E.T. existe unidad de objeto, toda vez que la prestación es la misma tanto para el contratista como para el empresario principal, no ocurre lo mismo con la causa, que tiene un origen distinto para uno y para otro. Mientras que para el contratista o subcontratista la responsabilidad deriva directamente de la relación laboral que los vincula con los trabajadores, para el comitente la responsabilidad le viene impuesta *ex lege* y tiene como presupuesto fáctico la celebración del negocio jurídico del que nace la contrata⁶⁹⁴.

694 RODRÍGUEZ- PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, “La regulación protectora...”,

De acuerdo con lo expuesto, en la responsabilidad del art. 42 del E.T. no existe identidad de causa de la obligación, a la vez que el fundamento de la responsabilidad para uno y otro sujeto también es diferente. De igual forma se ha hecho ver que mientras en la responsabilidad solidaria común, todos los obligados o responsables ocupan su posición como deudores principales, en el caso de las contratas o subcontratas ambos deudores se encuentran en posiciones diferentes: el sujeto directamente obligado frente al trabajador es el contratista o subcontratista, en tanto que el empresario principal o comitente se ubica en una posición secundaria o subordina del primero⁶⁹⁵.

De lo anterior se deduce que el empresario principal o comitente no es el deudor originario del trabajador, sino que responde por el incumplimiento del contratista o subcontratista, quien es el sujeto originalmente obligado, y en consecuencia, responde por una obligación que no le es propia.

212. Responsabilidad por hecho ajeno.

Este último aspecto en particular, ha dado pie para que la doctrina sostenga distintas tesis respecto a la naturaleza jurídica que tiene la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 42 del E.T. Para algunos autores se trata de una responsabilidad por hecho ajeno. Esto no significa que desde la perspectiva del empresario principal se esté ante una responsabilidad sin deuda, sino más bien ante una responsabilidad sin deuda propia, en la que por disposición legal se produce una distribución de la deuda y de la responsabilidad sobre distintos sujetos. La deuda de la que es titular el contratista, tiene también como titular –responsable- a otro sujeto, el empresario principal⁶⁹⁶.

213. Fianza solidaria.

Otros autores sostienen que la posición secundaria que asume el empresario principal como garante ante el incumplimiento del contratista, hace

op. cit., pág. 52; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 220; SORIANO CORTÉS, Dulce, “*Las contratas en el Derecho...*”, op. cit., pág. 329; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 182.

695 GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 181.

696 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 220.

que el mecanismo de responsabilidad previsto en el artículo 42 del E.T., funciona más como una fianza solidaria⁶⁹⁷ que como una responsabilidad solidaria propiamente dicha⁶⁹⁸.

En la estructura de la fianza solidaria el fiador asume la posición de garante por deuda ajena. De aquí que la fianza se configura como una obligación distinta de la principal⁶⁹⁹. En la fianza la causa es la propia garantía a favor del tercero, lo que hace que su contenido sea distinto al de la obligación principal. En todo caso, en cuanto a la exigibilidad de la deuda, el deudor y el fiador solidario se colocan en un mismo plano frente al acreedor⁷⁰⁰.

Es por esto que con la fianza solidaria, cuando el fiador atiende el cumplimiento de la deuda por falta de cumplimiento del deudor principal, está cumpliendo con su propia obligación y con la obligación del deudor original, aspecto este que encaja de mejor forma en el supuesto normativo del artículo 42 del E.T.

Por lo demás, al tratarse de una fianza solidaria el acreedor del deudor principal puede dirigirse de manera directa contra el fiador, esto es, sin necesidad de atender un orden de prelación determinado, pudiendo reclamar la satisfacción de la deuda de manera conjunta, siempre y cuando se esté ante el incumplimiento del deudor principal⁷⁰¹.

214. Fianza su generis.

Finalmente, para otros autores, si bien se inclina por calificar el supuesto de responsabilidad solidaria del artículo 42 del E.T como fianza soli-

697 La figura de la fianza solidaria está contemplada en el artículo 1822 del Cc. que prevé la posibilidad de que el deudor y el fiador se obliguen solidariamente. DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, "*Sistema de Derecho Civil*", op. cit., pág. 488.

698 GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, "*La tutela de los trabajadores...*", op. cit., pág. 183.

699 GUILARTE ZAPATERO, Vicente, "*De la fianza*", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1983, pág. 11; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, "*Solidaridad en la fianza*" Aranzadi, Pamplona, 1985, pág. 98.

700 DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, "*Sistema de Derecho Civil*", op. cit., pág. 500.

701 DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, "*Sistema de Derecho Civil*", op. cit., pág. 501.

daria, consideran que tampoco se trata de una fianza solidaria pura, sino de una de tipo de fianza *sui generis*⁷⁰².

Quienes defienden esta última tesis, sostienen que en el régimen de responsabilidad empresarial previsto en el artículo 42 del E.T. no existe una equiparación total de las situaciones pasivas en las que se encuentran los obligados, contratista y empresario principal, pues este último siempre se mantiene en una posición accesorio o secundaria. El empresario principal garantiza las deudas del contratista con los trabajadores sólo de forma accesorio, lo que implica que el trabajador acreedor, debe en primer lugar requerir el cumplimiento al contratista -obligado directo-, y sólo en el caso de que tal requerimiento resulte ineficaz, puede dirigir su pretensión contra el empresario principal.

Por ello, se dice que la solidaridad aparece en este caso matizada, por cuanto, el acreedor no puede dirigirse indistintamente a contratista o empresario principal, sino que éste sólo puede realizar un “cumplimiento sustitutivo”⁷⁰³.

No obstante lo anterior, los mismos autores aclaran que la obligación que tiene el trabajador acreedor de requerir el cumplimiento al contratista no supone la existencia de una subsidiariedad que implique declaratoria de insolvencia, pues la fianza viene acompañada de la nota de solidaridad. En este caso, se desprende del mismo texto del artículo 42 del E.T. que la norma lo que establece es que la responsabilidad del empresario principal surge del impago del contratista, no de la insolvencia del mismo. Por consiguiente, solidaridad y accesoriedad no son incompatibles.

El requerimiento de pago por parte del trabajador acreedor de la deuda hacia el contratista, obligado directo, no supone en modo alguno una quiebra de la solidaridad, dado que ésta más bien se constata en que, contratista y

702 GARCÍA MURCIA, Joaquín, “*El trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 44; MARTÍN VALVERDE, Antonio, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 258; CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 137.

703 SORIANO CORTÉS, Dulce, “*Las contratas en el Derecho...*”, op. cit., pág. 330.

comitente están obligados al todo y por lo tanto, ambos también legitimados para realizar el pago total de la deuda⁷⁰⁴.

En todo caso, resulta importante hacer ver que obligación solidaria y fianza solidaria son institutos jurídicos tan afines que es común en la doctrina civil encontrar posiciones que estiman que la solidaridad pasiva es una fianza solidaria mutua, por lo que a ambas figuras se les termina imputando los mismos efectos jurídicos⁷⁰⁵.

704 GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 187.

705 CAFARENA LAPORTA, Jorge, “*La solidaridad de deudores*”, Edersa, Madrid, 1980, pág. 17; ESCOLAR PÉREZ, Marta, “*Responsabilidad solidaria. Delimitación de su alcance a la luz de la nueva legislación procesal civil*”, Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 36.

CONCLUSIONES

LA REGULACIÓN DEFICITARIA DE LA SUBCONTRATACIÓN: PROPUESTAS PARA LA REFORMA DEL ARTÍCULO 42 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

PRIMERA PARTE:

LAS DEFICIENCIAS DEL ARTÍCULO 42 DEL E.T.

1. El desfase normativo del artículo 42 del E.T.

El estudio sistemático del marco legal que regula la subcontratación permite constatar la existencia de importantes deficiencias de la regulación normativa. Las repercusiones negativas que esto tiene se proyectan primordialmente en la esfera de los trabajadores involucrados en los esquemas de subcontratación, debido a la falta de un mejor sistema de protección que tutele de manera más segura sus intereses.

Esta falencia que se acusa al marco normativo obedece en buena medida al anacronismo que sufre el artículo 42 del E.T., norma sobre la cual se vertebra la regulación que el ordenamiento jurídico español dispone en materia de subcontratación y que data ya de casi cuatro décadas, manteniendo en esencia el mismo contenido⁷⁰⁶.

215. El anacronismo de la norma.

Ya se ha dicho que el artículo 42 del E.T. responde a una idea de la subcontratación propia de otros tiempos, en los que privaba la visión patológica del fenómeno de la descentralización productiva y en los que, la dinámi-

706 MONEREO PÉREZ, José Luis y ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, “*Dimensión laboral de la contratación...*”, op. cit., pág.19; SORIANO CORTÉS, Dulce, “*Las contrataciones en el Derecho...*”, op. cit., pág. 40; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 131; MONEREO PÉREZ, José Luis y SERRANO FALCÓN, Carolina, “*La subcontratación empresarial. Hacia un nuevo modelo de regulación*”, Fundación Alternativas, 2010, op. cit., pág. 44.

ca empleada por las empresas a la hora de acudir al recurso de la subcontratación era sustancialmente distinta a la que impera en los tiempos actuales⁷⁰⁷.

Si otrora, la subcontratación de obras y servicios constituía un instrumento mediante el cual se descentralizaban primordialmente las actividades productivas de carácter accesorio o complementario (fundamentalmente construcción, vigilancia, limpieza, seguridad, mantenimiento), hoy en día la subcontratación se ha convertido en el mecanismo descentralizador por excelencia, y su utilización ha pasado a formar parte imprescindible del nuevo esquema de organización productiva empresarial.

Por otro lado, la generalización de las técnicas de descentralización productiva ha hecho surgir infinidad de negocios jurídicos de diversa naturaleza que permiten a su vez, un uso más extendido y frecuente de la subcontratación a través de la utilización de figuras contractuales novedosas y atípicas que plantean serias dificultades para poderlas encajar dentro de los supuestos normativos del artículo 42 del E.T⁷⁰⁸.

En definitiva, la dimensión que tiene hoy en día la subcontratación de actividades productivas, ya se trate de la ejecución de obras o de la prestación de servicios, rebasa los alcances de la regulación prevista en el ordenamiento jurídico. El artículo 42 del E.T. no se corresponde con las nuevas realidades económicas y organizativas de las empresas.

216. La urgente reforma del artículo 42 del E.T.

Por lo anterior, es lugar común en la doctrina científica el señalamiento que acusa una desconexión entre la realidad que debe ser regulada por el

707 BLAT GIMENO, Francisco, “*Análisis jurídico-laboral...*”, op. cit., págs. 47 y ss.; RIVERO LAMAS, Juan. “*La descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 46; CRUZ VILLALON, Jesús, “*Outsourcing...*”, op. cit., pág. 265; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “*La externalización de actividades laborales...*”, op. cit., pág. 332; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, “*El concepto de...*”, op. cit., pág. 170; MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “*La descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 54; NORES TORRES, Luis Enrique, “*El trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 17.

708 Sobre la tipología de contratos atípicos utilizados para la subcontratación resulta ilustrativo el trabajo de GARCÍA-MORENO GONZALO, José María, “*Contratos entre empresas para...*”, op. cit.

ordenamiento y las normas con que este dispone para responder al fenómeno de la descentralización productiva. En este sentido, es especialmente notoria la insistencia con que la doctrina se pronuncia a favor de una modificación del artículo 42 del E.T. por considerar que su contenido adolece de graves deficiencias técnicas que imposibilitan poder atender de manera adecuada los problemas laborales actuales que suscita la subcontratación⁷⁰⁹.

En los apartados siguientes, se hará un análisis sobre los principales problemas o inconvenientes que hacen del artículo el artículo 42 del E.T. una norma deficitaria. A la vez se expondrán algunas propuestas con las que se aportan ideas que pueden ser útiles a la discusión que la doctrina mantiene abierta sobre la necesidad de reformar el contenido de este artículo.

Como se verá, las ideas propuestas para una eventual reforma del artículo 42 del E.T. se basan en planteamientos de *lege ferenda*, que en todo caso, requerirían de una reforma sustantiva del texto estatutario, porque están dirigidas a modificar los principales componentes de su contenido normativo.

2. El concepto “propia actividad”: la distorsión insuperable.

Mucho se ha dicho sobre la inconveniencia que implica el uso del término “propia actividad” contenido el artículo 42 del E.T. como elemento configurativo del supuesto de hecho que delimita el alcance normativo del artículo. No existe un solo estudio doctrinal que trate el tema que no acuse la ambigüedad del término y los problemas de inseguridad jurídica que este genera⁷¹⁰.

709 Entre otros muchos, se pueden citar los siguientes: RIVERO LAMAS, Juan, “*Descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 46; MONEREO PÉREZ, José Luis y ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, “*Dimensión laboral de la contratación...*”, op. cit., pág. 39; CRUZ VILLALON, Jesús, “*Outsourcing....*”, op. cit., pág. 265; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “*La externalización de actividades laborales...*”, op. cit., pág. 332; GOERLICH PESET, José María, “*Determinación del supuesto...*”, op. cit., pág. 107; MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “*La descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 76; NORES TORRES, Luis Enrique, “*El trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 90; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., pág. 35; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 233.

710 Sin pretender ser exhaustivo, en esta línea se pronuncian: ALONSO OLEA, Manuel y BARREIRO GONZALEZ, German, “*El Estatuto de los Trabajadores, texto, comentarios,*

La presencia del término “propia actividad” como elemento condicio- nante y delimitador del contenido del artículo 42 del E.T., revela la intención expresa por parte del legislador de limitar la regulación laboral en materia de contrata y subcontratas solo a ciertos tipos de subcontratación. Se ha dicho que se trata de aquél tipo de subcontratación que por su íntima relación con las actividades productivas más estratégicas o sustantivas de la empresa, pue- de propiciar situaciones fraudulentas⁷¹¹.

jurisprudencia”, cuarta edición, Civitas, Madrid, 1995, pág. 215; GARCÍA MONTALBÁN, Celia, “Ámbito material en las contrata y subcontratas”, en AA.VV., [(Rodríguez Piñero-Royo, Miguel (coord.): El empleador en el Derecho del Trabajo XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1999, pág. 59; ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, “Derecho del Trabajo”, op. cit., pág. 323; GARCÍA MURCIA, Joaquín, “El trabajo en contrata y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores”, Revista de Política Social, núm. 130, 1981, op. cit., pág. 22; BLAT GIMENO, Francisco, “Análisis jurídico-laboral...”, op. cit., pág. 87; GARCÍA PIQUERAS, Manuel. “Régimen jurídico...”, op. cit., pág. 31; MONTOYA MELGAR, Alfredo, GALIANA MERENO, Jesús María, SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”, Aranzadi, Navarra, 2000, pág. 267; CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Outsourcing...”, op. cit., pág. 304; GOERLICH PESET, José María, “Determinación del supuesto...”, op. cit., pág. 107; DEL REY GUANTER, Salvador, “A propósito de los requisitos...”, op. cit., pág. 340; MOLINER GAMBORERO, Gonzalo, “Las contrata y subcontratas...”, op. cit., pág. 430; RIVERO LAMAS, Juan, “Descentralización productiva...”, op. cit., pág. 46; MONEREO PÉREZ, José Luis y ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, “Dimensión laboral de la contratación...”, op. cit., pág. 39; MARTINEZ GARRIDO, Luis Ramón, “Descentralización productiva...”, op. cit., pág. 68; LÓPEZ ANIORTE, María del Carmen, “La descentralización productiva...”, op. cit., pág. 125; MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Responsabilidad empresarial...”, op. cit., pág. 241; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “Responsabilidad empresarial...”, op. cit., pág. 96; SORIANO CORTÉS, Dulce, “Las contrata en el Derecho...”, op. cit., pág. 103; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, “El concepto de...”, op. cit., pág. 162; MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “La descentralización productiva...”, op. cit., pág. 76; NORES TORRES, Luis Enrique, “El trabajo en contrata...”, op. cit., pág. 90; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “Contratas y empresas...”, op. cit., pág. 35; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “La tutela de los trabajadores...”, op. cit., pág. 233; SALA FRANCO, Tomás, “Descentralización empresarial y responsabilidad...”, op. cit., pág. 145; DESDENTADO DAROCA, Elena, “La responsabilidad del empresario en la descentralización productiva. Un análisis crítico del Art. 42 del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV., [Lorenzo Gaeta y Rosario Gallardo Moya (Dir.): Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo, Editorial Bomarzo, Albacete, 2010, pág. 199.

711 Sobre la visión desde esta perspectiva de la regulación de las contrata y subcontratas, véase entre otros a GARCÍA MURCIA, Joaquín, “El trabajo en contrata...”, op. cit., pág. 27; CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Descentralización productiva y sistema...”, op. cit., pág. 24; MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Responsabilidad empresarial...”, op. cit., pág. 264.

También se ha señalado que es en este tipo de contrataciones las correspondientes a la propia actividad- donde más evidente resulta el aprovechamiento indirecto que el empresario principal obtiene del trabajo ejecutado por los trabajadores del contratista o subcontratista⁷¹².

Sin embargo, la doctrina más autorizada siempre ha puesto en duda el papel delimitador que puede tener el término a consecuencia de su propia falta de sentido, ya sea porque todas las obras y servicios que contrata un empresario son expresión de su propia actividad⁷¹³ o bien porque como acertadamente se ha señalado, desde el momento mismo que la empresa decide subcontratar una actividad esta deja de formar parte de su “propia” actividad⁷¹⁴.

217. La ambigüedad del término.

Adicionalmente, resulta indiscutible que el uso del término “propia actividad” dificulta sobre manera la delimitación del ámbito de aplicación del citado artículo. Se trata de un término abstracto que requiere de interpretación para poder precisarlo. Hasta ahora, según se ha visto ya en apartados anteriores (supra Capítulo II, apartado 4), la doctrina jurisprudencial, siguiendo criterios muy disímiles, ha dado cabida a tres interpretaciones de lo que ha de entenderse por “propia actividad”, atribuyendo al concepto un contenido material de muy diferente moldura según la interpretación que se trate.

Así se ha entendido que el concepto engloba todas las actividades funcionalmente necesarias para el cumplimiento de los fines productivos que tuviese la empresa (tesis amplia), como también que solo comprende aquellas actividades subcontratadas que sean parte o tengan la misma naturaleza de la actividad principal propia de la empresa comitente (tesis restrictiva) y entre

712 GARCÍA MURCIA, Joaquín, “*El trabajo en contrataciones...*”, op. cit., pág. 27; MONEREO PÉREZ, José Luis, “*La responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 80; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 65. MONTROYA MEDINA, David, “*Trabajo en contrataciones...*”, op. cit., pág. 118.

713 ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, “*Derecho del Trabajo*”, op. cit., pág. 116; RIVERO LAMAS, Juan, “*Proyecciones de la descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 41.

714 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Outsourcing...*”, op. cit., pág. 305.

estas dos posturas, ha predominado la tesis intermedia elaborada por el Tribunal Supremo, según la cual, por propia actividad ha de entenderse aquellas actividades que realiza el contratista directamente relacionadas con el ciclo productivo de la empresa principal⁷¹⁵.

No hay que olvidar además, que el uso del término no ha quedado restringido al ámbito del artículo 42 del E.T. Como se vio en su momento (Capítulo IV, apartado 4), la noción “propia actividad” como elemento delimitador de la responsabilidad en materia de contratas y subcontratas, se utiliza también en la regulación legal de la prevención de riesgos laborales, lo que supone trasladar a esta importante normativa todos los inconvenientes de la impresión que acompañan al término⁷¹⁶.

Por lo demás, al margen de lo amplia o restrictiva que pueda ser la tesis de interpretación que llegue a utilizarse, lo cierto es que la solución dada por esta vía no resuelve los graves inconvenientes que acarrea el uso del término noción “propia actividad” como elemento condicionante de la responsabilidad del empresario principal.

Existe por lo tanto una imposibilidad real para elaborar un criterio de alcance general que precise el contenido de la noción “propia actividad”, circunstancia que hace obvia la inconveniencia del uso de este término. Sujetar la delimitación del alcance que pueda tener la noción de “propia actividad” al casuismo no garantiza la seguridad jurídica que requiere un precepto de tanta importancia como lo es el artículo 42 de E.T. en el que se recogen las reglas esenciales de todo el sistema de responsabilidades en materia de contratas y subcontratas que prevé el ordenamiento jurídico.

715 Es la denominada “tesis de la inherencia” desarrollada originalmente en la STS de 18 de enero de 1995 (Ar. 514) y ratificada posteriormente mediante STS de 29 de enero de 1998 (Ar. 9049).

716 La doctrina científica ha criticado la adopción de este criterio en la LPRL por entender que en esta materia lo relevante es la prevención misma de los riesgos, sin importar la naturaleza que tenga la actividad subcontratada. En este sentido entre otros, MONEREO PÉREZ, José Luis y ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, “*Dimensión laboral de la contratación...*”, op. cit., pág 86.

218. La necesidad de superar el concepto legal de “propia actividad”.

El anterior análisis hecho sobre la noción “propia actividad” como condicionante de la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria que establece el artículo 42 del E.T., pone de manifiesto los serios problemas que surgen del uso de conceptos jurídicos indeterminados e imprecisos.

Aún y cuando, no han faltado voces que defienden la aplicación del término “propia actividad” por considerar que la construcción jurisprudencial que del mismo han hecho hasta ahora los tribunales laborales tiene un resultado equilibrado entre las exigencias del sistema productivo y los intereses tutelados por el artículo 42 del E.T.⁷¹⁷, resulta claro que por la vía de la interpretación difícilmente se logre darle a la noción “propia actividad” un contenido fiable y preciso.

219. La falta de sentido práctico del término.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que el debate sobre este punto no debe enfocarse en el tipo de actividades objeto de la contrata que pueden quedar incluidas o no dentro del ámbito protector del artículo 42 del E.T. La doctrina sostiene que la idea misma de condicionar la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria de las contratas sólo para cierto tipo actividades productivas, según sean estas consideradas o no “propia actividad”, implica la inoperatividad aplicativa del régimen protector previsto en la norma⁷¹⁸.

717 En este sentido se expresa Pérez De los Cobos, para quien la interpretación que los Tribunales vienen haciendo del término “propia actividad” es “ponderada y cabal” y hace ver que “los tribunales laborales... huyen en la interpretación del concepto de posiciones extremas: las que tenderían a hacer superfluas por inoperativas las responsabilidades legales y las que extenderían el ámbito de aplicación aplicación del precepto hasta penalizar los procesos fisiológicos de descentralización productiva”. Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, “*El concepto de...*”, op. cit., pág. 170. Otro autor que ha defendido la permanencia del término ha sido Manuel Luque Parra. Sin embargo, el autor aboga por restringir el concepto a lo que se entienda por núcleo o corazón del negocio y en ese ámbito mantener la responsabilidad solidaria del empresario principal sin posibilidad de ningún tipo de exoneración. Cfr. LUQUE PARRA, Manuel, “*La responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 211.

718 Jesús Cruz Villalón, señala que “La idea de propia actividad puede funcionar con coherencia cuando nos movemos dentro de un modelo generalizadamente centralizado de eje-

2.1 Las propuestas alternativas dadas por la doctrina.

220. La redefinición del concepto “propia actividad”.

Los múltiples problemas que ocasiona el uso de la noción “propia actividad” ha llevado algunos autores a proponer una reconstrucción alternativa del esquema de regulación contenido en el artículo 42 del E.T. La doctrina ha desarrollado algunas propuestas concretas que apuntan en esta dirección. Entre ellas, cabe mencionar la que propone modificar el artículo 42 del E.T. incorporando al precepto elementos adicionales que permitan delimitar de manera precisa el alcance y contenido del concepto “propia actividad”. Otra propuesta pone la atención en la búsqueda de un criterio delimitador alternativo, de modo que el ámbito de aplicación del artículo 42 del E.T. y el régimen de responsabilidad solidaria en él previsto, sea definido teniendo como referencia un criterio más preciso que el de propia actividad y por último, se ha propuesto también, prescindir por completo del concepto, a fin de extender el alcance del artículo 42 del E.T. a todo tipo de contrata y subcontratas, sin importar si estas corresponden a la propia actividad o si son de actividad distinta. Los razonamientos que dan sustento a una y otra propuesta son los siguientes:

2.1.1. La delimitación legal contenido del término.

221. La delimitación legal del término mediante listas ejemplificativas.

Quienes defienden esta propuesta consideran que para evitar o al menos reducir las incertidumbres que genera la noción “propia actividad” se hace necesaria una modificación del artículo 42 del E.T. que precise el contenido legal del término. En este sentido se ha propuesto la idea de establecer en el mismo precepto, una relación o catálogo de contrata que queden expresamente incluidas o en su caso excluidas del campo de aplicación de la

cución del conjunto del ciclo productivo por parte de una misma empresa”, pero “cuando se generalizan las opciones de externalización de la producción los contornos de la “propia actividad” resultan cada vez más evanescentes, al extremo que resulta un esfuerzo pírrico cualquier labor intelectual de concretar el alcance jurídico del requisito”. Cfr. VILLALÓN CRUZ, Jesús, “*Outsourcing...*”, op. cit., pág. 305.

normativa protectora. MÓNICA LLANO proponente de esta idea, considera que lo más conveniente sería establecer una lista abierta ejemplificativa de actividades que de realizarse de acuerdo con determinadas coordenadas de tiempo y espacio, se puedan considerar incluidas o excluidas de la noción propia actividad⁷¹⁹. Así, la delimitación del término “propia actividad” quedaría determinada por la inclusión y exclusión de las actividades enlistadas en uno u otro sentido.

La autora, toma de referencia el modelo de la Ley italiana 1369/60 hoy derogada⁷²⁰, de cuyos artículos 3 y 5 se desprendía cuáles eran las actividades que quedaban incluidas y a la vez excluidas del ámbito de aplicación de la ley. Siguiendo esta línea, la misma autora ensaya una propuesta de parámetros o criterios que pueden servir para determinar la inclusión o exclusión de determinada actividad en el concepto “propia actividad” que se puede resumir en los siguientes términos: 1) tratándose de actividades complementarias, los criterios a seguir para su inclusión o exclusión dependerán de cuán imprescindibles sean estas para el funcionamiento normal de la empresa. Así quedarán incluidas en el concepto propia actividad aquellas actividades accesorias sin las cuales no puede llevarse a cabo el desarrollo de la actividad empresarial y excluidas aquellas otras que aun siendo habituales no son imprescindibles. Quedarían incluidas también aquellas actividades que siendo necesarias para la empresa no pueden ser ejecutarlas con su propio personal o cuando su ejecución con medios personales y materiales propios pueda complicar excesivamente la organización empresarial o entorpecer el proceso de producción en su conjunto. 2) Para el caso de servicios especializados, que aunque sean complementarios resulten imprescindibles para la actividad productiva, su inclusión o exclusión dependerá del nivel de exclusividad con que la empresa contratista llegue a prestar los servicios a la empresa comitente, entendiendo que quedarán incluidos dentro del concepto propia actividad, cuando los servicios sean prestados en exclusiva para la empresa comitente y 3) Para las

719 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., págs. 96 y ss.

720 Ley 1369/60 sobre la intermediación de mano de obra, derogada por el Decreto Legislativo Decreto Legislativo núm. 276, de 10 septiembre 2003.

exclusiones, habrá necesariamente que mencionar de manera expresa en el precepto legal, aquellos supuestos de contratación de obras o servicios ocasionales o excepcionales que no pueden realizarse con los medios materiales y personales ordinarios de la empresa contratante, como lo pueden ser las obras de construcción, reparación o restauración, cuando la empresa comitente sea industrial o de servicios ajena al sector de la construcción, montaje e instalación de máquinas o aparatos, trabajos y servicios específicos y concretos que no formen parte habitual de la actividad empresarial cuya realización exija mano de obra cualificada distinta a la empleada normalmente en la empresa⁷²¹.

222. Los inconvenientes de la propuesta.

Sin demeritar el esfuerzo que lleva la elaboración de esta propuesta, hay motivos suficientes para poner en duda su utilidad práctica. Para empezar, los criterios ofrecidos para definir la lista de actividades que pueden ser comprendidas o excluidas del concepto propia actividad, son también indeterminados, como lo es la constatación del carácter imprescindible o no que pueda tener determinada actividad o servicio para el proceso productivo de la empresa, requerimiento este que por sí solo dificulta la delimitación del concepto “propia actividad”.

La referencia al carácter “imprescindible” de la actividad productiva presente en esta propuesta, remite directamente al debate de larga data que ha suscitado la tesis doctrinal ya dejada atrás, que definía el concepto “propia actividad” según los criterios de “indispensabilidad” e “insustituibilidad” de las actividades de las actividades contratadas o subcontratadas, lo que permite entender que el uso de este tipo de criterios no aportaría ninguna solución para el tema debatido.

En todo caso, bien sabido es que la técnica legislativa que acude al uso de listas o enunciados ejemplificativos para delimitar el contenido del precepto legal, termina siempre siendo imprecisa e insegura, y tratándose de

721 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “Responsabilidad empresarial...”, op. cit., págs. 98- 99.

la materia de subcontratación, difícilmente esta técnica pueda brindar parámetros o coordenadas suficientes para poder atender los problemas prácticos que derivan de la realidad diversa y cambiante que caracteriza el mundo empresarial moderno. Esto generaría en todo caso problemas de exégesis del precepto normativo que requerirían siempre de la hermenéutica jurídica y del análisis casuístico para su solución.

Un ejemplo de esto último lo da la Ley Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción, Ley 32/2006. Ya se ha hecho referencia a algunos de los problemas que subsisten con dicha ley derivados de las dudas que genera su ámbito de aplicación, al estar este definido mediante un listado de actividades o tareas propias del sector de la construcción, sin que quede claro si se trata de una lista taxativa o *numerus apertus*. Si esto sucede tratándose de la subcontratación en un sector específico como lo es el de la construcción, sin duda alguna, mayores serían los problemas e inconvenientes que generaría el utilizar la técnica propuesta para definir qué actividades quedan incluidas y cuales excluidas del concepto “propia actividad” como elemento delimitador del ámbito de aplicación del artículo 42 del E.T.

2.1.2 La delimitación legal del término mediante la recepción de los criterios jurisprudenciales.

Otra idea que apunta hacia la delimitación legal del término “propia actividad” propone una reforma legislativa del artículo 42 del E.T., que incorpore al contenido de la norma los criterios interpretativos que ha desarrollado la jurisprudencia para definir el alcance del término. La propuesta concreta la ha realizado el Grupo Parlamentario Socialista mediante la “Proposición de Ley de modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad de condiciones laborales de los trabajadores subcontratados”, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales número 25-1 del 9 de setiembre de 2016⁷²².

722 Proposición de Ley de modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados (DOCG 9.9.2016).

En la exposición de motivos de la citada Proposición de Ley, se destaca de manera expresa como uno de sus objetivos la necesidad de *“dotar de seguridad jurídica a la subcontratación, definiendo el concepto de propia actividad”*, y en ella se destaca que *“Este concepto, desarrollado jurisprudencialmente, debe ser desarrollado legislativamente”*.

El texto de la propuesta, consiste en adicionar dos nuevos párrafos al apartado 1 del artículo 42 del E.T. En el primero de ellos, se establece que *“el objeto de contratación o subcontratación supone la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante cuando se corresponda con todas o alguna de las actividades principales o nucleares del mismo y suponga, por parte del contratista o subcontratista, la aportación de mano de obra que desarrolla funciones profesionales que tienen relación directa con dichas actividades principales o nucleares”*.

223. Una definición de carácter restrictivo.

Como se aprecia, la Proposición de Ley define la propia actividad siguiendo un criterio funcional. Según este criterio la contrata será considerada propia actividad cuando su objeto tenga una relación directa con las actividades principales o nucleares del empresario principal. Se trata por lo visto, de una definición del término “propia actividad” de sello restrictivo, en tanto exige una conexión directa entre la actividad contratada y aquellas actividades del comitente que sean consideradas principales o nucleares, lo que implicaría dejar fuera del del ámbito aplicativo del artículo 42 del E.T. todas las contratas en las que ese vínculo directo no se llegue a dar.

Esta concepción del término “propia actividad” parece retomar al menos en parte el criterio defendido en la tesis de interpretación restrictiva que durante algún tiempo mantuvo la jurisprudencia del antiguo Tribunal Central de Trabajo y la anterior del Tribunal Supremo. Tal tesis sostenía que para la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria previsto en el artículo 42 del E.T. se hacía necesario que existiese una coincidencia o identidad entre la

actividad principal de la empresa contratante y la actividad desarrollada por el contratista.

Probablemente, la razón de ser del alcance limitado que se le da al término “propia actividad” en esta definición, obedezca a la ampliación del ámbito material que el mismo proyecto de reforma de ley le otorga al artículo 42 del E.T. en el que se plantea que la contrata de propia actividad así entendida, impone a las empresas contratistas y subcontratistas el deber de garantizar a los trabajadores afectados por la contrata o subcontrata, *“las condiciones laborales y de empleo esenciales previstas en el convenio colectivo que fuese de aplicación en la empresa principal o, en su caso, las que tendrían si fueran trabajadores contratados directamente por dicho empresario principal”*.

Según lo anterior, esta propuesta de reforma legislativa plantea un esquema de regulación de la subcontratación sustentado en un nuevo equilibrio de intereses entre partes, en el que se acota el ámbito de aplicación del artículo 42 del E.T. a través de una definición del término propia actividad de corte restrictivo, a la vez que se fortalece el régimen de protección a favor de los trabajadores subcontratados, ampliando el elemento material de la protección.

224. Las inconsistencias de la propuesta.

Dejando por ahora de lado el análisis del contenido de la propuesta de reforma legislativa, lo cierto es que la definición del término “propia actividad” que en ella se plantea no subsana ninguno de los inconvenientes que tiene uso del término. Aún y cuando la identificación de la propia actividad con las actividades principales o nucleares de la empresa principal se puede justificar en función de que es en estos casos donde se hace más evidente el aprovechamiento directo que obtiene del empresario principal del trabajo realizado por los trabajadores subcontratados, no puede perderse de vista que la referencia a la actividad principal o nuclear de la empresa aporta muy poco para la construcción del término “propia actividad” pues también se trata de nociones genéricas y de difícil concreción.

Debe tenerse en cuenta además que el hecho mismo de que las empresas mantengan estructuras productivas flexibles reduciendo su ciclo productivo al máximo, hace poco útil cualquier criterio delimitador que exija la identificación de las actividades nucleares que integran ese ciclo productivo, que en todo caso queda siempre condicionado a las constantes alteraciones que derivan de la inestabilidad propia del sistema productivo⁷²³.

La poca utilidad práctica que tiene la referencia a las actividades principales o nucleares de la empresa para delimitar el término “propia actividad” deviene no solo de la difícil identidad de estas sino también del limitado alcance material al que quedaría reducido el ámbito aplicativo del artículo 42 del E.T. Entender por contrata de “propia actividad” solo aquellas contratas directamente vinculadas a la actividad nuclear de una empresa conduciría limitar la protección del régimen de responsabilidad a aquellos supuestos excepcionales en los que la empresa decida descentralizar también el núcleo de su ciclo productivo poniendo en manos de una tercera empresa la ejecución de las actividades más estratégicas. A la vez, quedarían fuera de la regulación del citado artículo 42 del E.T. todas las contratas de ejecución de actividades complementarias o accesorias, aún y cuando sean estas esenciales e imprescindibles para la actividad productiva de la empresa. Así la configuración legal de la noción propia actividad que recoge esta propuesta de reforma de Ley, imprimiría un carácter excepcional al régimen de responsabilidad solidaria previsto en el artículo 42 del E.T.

2.1.3 La sustitución del término.

Advirtiendo la imposibilidad que existe de solventar los problemas que surgen del uso del término “propia actividad”, habida cuenta de que ninguna de las tesis interpretativas hasta ahora ensayadas proporciona resultados satisfactorios que garanticen la seguridad jurídica necesaria para la aplicación del artículo 42 del E.T. ni la debida tutela que requieren los trabajadores

⁷²³ RIVERO LAMAS, Juan, “*La descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 51; CRUZ VILLALON, Jesús, “*Outsourcing...*”, op. cit., pág. 265; NORES TORRES, Luis Enrique, “*El trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 104.

vinculados a los esquemas de subcontratación, algunos autores proponen un cambio de criterio delimitador. Sustituir el concepto “propia actividad” por otro criterio que permita definir de mejor forma el ámbito de aplicación del artículo 42 del E.T⁷²⁴.

225. La subordinación económica entre empresas.

En esta línea de pensamiento se ha planteado la idea de utilizar como elemento delimitador del ámbito aplicativo del artículo 42 del E.T., el criterio de la subordinación económica entre empresas contratantes⁷²⁵. Dicho criterio implica la existencia de un vínculo de interdependencia económica entre la empresa contratista y la empresa comitente, donde esta asume una posición de jerarquía o de dominio frente a la contratista que queda sometida a la superioridad económica de aquella⁷²⁶.

Uno de los autores que ha planteado esta propuesta como alternativa para superar la noción “propia actividad” es NORES TORRES. El autor hace ver que los riesgos a los que se ven expuestos los trabajadores involucrados en los esquemas de subcontratación dependen en buena medida de la consistencia económica que pueda tener la empresa contratista, al punto que cuanto menor sea la consistencia económica que esta tenga mayores serán las posibilidades de que tales riesgos se materialicen⁷²⁷. De aquí que, las contrataciones que

724 Así, entre otros, SALA FRANCO, Tomás, “*Los efectos laborales de la contratación...*”, op. cit., pág. 1018; MONEREO PÉREZ, José Luis, “*Dimensión laboral de la contratación...*”, op. cit., pág. 27.

725 NORES TORRES, Luis Enrique, “*El trabajo en contrataciones...*”, op. cit., pág. 66. Este autor, destaca que la Ley italiana de 18 de junio de 1998, núm. 192 sobre la subfornitura, utiliza el criterio de abuso de dependencia económica, que guarda relación con el criterio de subordinación económica.

726 En España, quien ha defendido la aplicación de este criterio como alternativa a favor de una interpretación más amplia del supuesto normativo del artículo 42 del E.T. ha sido GOERLICH PESET, José María, “*Determinación del supuesto...*”, op. cit., pág. 101. En el mismo sentido, NORES TORRES, Luis Enrique, “*El trabajo en contrataciones...*”, op. cit., pág. 66; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contrataciones y empresas...*”, op. cit., pág. 16.

727 Jesús Cruz Villalón, hace ver que “...los supuestos hoy en día típicos de exclusión de la propia actividad, conforme a la práctica aplicativa del precepto, repercuten en grupos sociales típicos más proclives a la segregación laboral, de mayores riesgos de discriminación en

requieren especial protección se pueden identificar con aquéllas en las que la empresa contratista se encuentra en una posición de dependencia económica frente a la empresa comitente que la haga operar bajo el poder económico de esta, pues es en estos casos en los que se dan mayores posibilidades de que se materialicen aquellos riesgos⁷²⁸.

Siguiendo este criterio se puede prescindir de todo tipo de categorización de las actividades objeto de la contrata, en tanto el elemento condicionante para la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria, ya no tiene como referencia el ciclo productivo de la empresa principal. La responsabilidad solidaria entre empresarios, surge de una condición objetivamente verificable, como lo es el incumplimiento de las obligaciones laborales por parte de la empresa contratista cuando esta se encuentra en una posición de subordinación económica respecto de la comitente.

Conforme lo anterior, la aplicación del criterio de la subordinación o dependencia económica de la empresa contratista permitiría aplicar la responsabilidad solidaria cuando los trabajadores de la empresa contratista se vean expuestos a sufrir las consecuencias de una eventual situación de insolvencia de su empresa, pues, dicho en palabras del autor “en el fondo la idea subyacente es que la responsabilidad solidaria se impone en atención a la mayor debilidad que presenta la empresa contratista y en la medida en que se presente dicha debilidad”⁷²⁹.

La determinación sobre la concurrencia o no del elemento de subordinación económica entre empresas, como requisito determinante para la aplicación del artículo 42 del E.T., podría hacerse, según lo explica el mismo autor, mediante la verificación de elementos tales como la autonomía entre las empresas contratantes, su posición en el mercado y el grado de integración organizativa entre ambas⁷³⁰.

el tratamiento salarial e incluso de precarización en la estabilidad contractual”. Cfr. CRUZ VILLALON, Jesús, “*Outsourcing...*”, op. cit., pág. 310.

728 NORES TORRES, Luis Enrique, “*El trabajo en contratas....*”, op. cit., pág. 118.

729 NORES TORRES, Luis Enrique, “*El trabajo en contratas....*”, op. cit., págs. 117 - 118.

730 NORES TORRES, Luis Enrique, “*El trabajo en contratas....*”, op. cit., pág. 116

226. La subordinación económica como criterio para la reconstrucción del negocio jurídico base de la contrata.

Aunque con un enfoque distinto al que se ha explicado líneas arriba, otro autor que ha planteado la utilidad del criterio de subordinación o dependencia económica entre empresas es GOERLICH PESET. En este caso, su planteamiento no parte de la idea de sustituir la noción “propia actividad” por el criterio de la subordinación o dependencia jurídica. El autor lo que propone es utilizar este criterio como alternativa para resolver los problemas que derivan de la concepción clásica que se tiene de la contrata, construida sobre el paradigma del contrato de ejecución de obra, que como se ha visto en apartados anteriores, acarrea una importante limitación del ámbito de aplicación del artículo 42 de. E.T.

La referencia al contrato de ejecución de obra como negocio jurídico base de la contrata según lo entiende la interpretación dominante en la doctrina y en la jurisprudencia, conlleva que la obligación del contratista o subcontratista deba consistir en un *facere* específico, lo que implica excluir de la aplicación del artículo 42 del E.T. todos los contratos en cuyo objeto no esté presente este elemento de especificidad o cuya obligación no este establecida por un encargo bien determinado.

Para GOERLICH, esta interpretación clásica del concepto de contrata produce una sustancial reducción de la tutela que ofrece el artículo 42 del E.T., lo que implica una clara contradicción con los fines teleológicos que persigue la norma. Por consiguiente, propone reconstruir todo el planteamiento que hasta ahora se ha hecho respecto a los negocios jurídicos que pueden servir de base a la contrata. El criterio de subordinación económica entre empresas serviría para la reconstrucción pretendida, pues con él se hace posible una interpretación del ámbito de aplicación del artículo 42 del E.T. de efectos extensivos, mucho más razonable y acorde a sus fines, que la que tiene actualmente.

227. Las pautas a seguir para definir el criterio.

Las pautas a seguir para la aplicación de este criterio alternativo, dadas por este autor, quedan determinadas por los siguientes elementos: a) la existencia de una relación interempresarial de colaboración que posibilita que una empresa preste una obra o servicio a favor de otra; b) la existencia de interdependencia económica entre las empresas y c) la existencia de una verdadera jerarquía entre ellas, de manera tal que el empresario principal se asemejaría a un empresario en sentido laboral de los empresarios contratistas y subcontratistas⁷³¹. De este modo, se constata la existencia de un vínculo de subordinación económica entre empresas, con el que, a través de la contrata la empresa principal adquiriría un cierto poder de disposición sobre la organización de la empresa contratista o subcontratista.

De acuerdo con lo anterior, a través de la contrata la empresa principal queda ubicada en una posición de dominio sobre la contratista, lo que le permite ejercer un poder ya no solo de decisión sobre los términos de ejecución de la contrata, sino también un poder de disposición sobre la organización productiva de la empresa contratista.

El resultado lógico de esta lectura, sería la inclusión dentro del concepto de contrata de una mayor diversidad de negocios jurídicos o tipos contractuales, pues *“serían todos aquellos a través de los cuales una determinada empresa haya de realizar una obra o servicio para otra, quedando subordinada a esta”*⁷³².

228. Los pros y los contras del criterio sugerido.

El criterio de dependencia económica entre empresas tiene un importante desarrollo en la doctrina mercantilista, que ha hecho interesantes aportes para la construcción del concepto. En la doctrina mercantil se plantea que

731 GOERLICH PESET, José María, *“Determinación del supuesto...”*, op. cit., pág.101.

732 GOERLICH PESET, José María, *“Determinación del supuesto...”*, op. cit., pág. 102.

existe una situación de dependencia económica cuando la empresa cliente o proveedora de otra que ostenta una situación de poder relativo en el mercado, no pueden prescindir de las relaciones comerciales que mantiene con esta última sin que su capacidad productiva se vea afectada de manera significativa⁷³³. De aquí que la doctrina aplique la denominación de empresa fuerte a la que tiene ese poder relativo y la de contratante obligatorio a la que está frente a ella⁷³⁴.

Es en la materia de defensa de la competencia donde más se ha estudiado esta figura, que cuenta incluso con regulación legal tanto en la Ley 3/1991 de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), como en la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

La primera de estas leyes en su artículo 16.2 conceptúa como competencia desleal *“la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de una alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad”*. En términos idénticos, la LDC en el artículo 6.1. b), prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas, considerando como tal *“la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá, cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares”*.

Evidentemente, las referencias al concepto de “dependencia económica” que recogen las anteriores normas están dadas en función de la materia especial que regulan ambas leyes, pensadas para la protección de los clientes

733 RUIZ DE VELAZCO y DEL VALLE, Adolfo, *“Manual de Derecho Mercantil”*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2007, pág. 113.

734 HERRERO SUÁREZ, Carmen, *“La excepción de eficiencia económica (efficiency defense) en el control de la concentración empresarial (Análisis comparado entre el Derecho Antitrust estadounidense y el Derecho de la Competencia europeo)”*, Revista del Mercantil, núm. 242, Madrid, octubre- diciembre 2001, pág. 371.

y proveedores de una empresa principal. Pero la idea misma de concebir la situación de dependencia económica como condición objetiva para tutelar intereses de terceros, permite entender que tal valoración podría ser de utilidad en el Derecho del Trabajo para regular supuestos como el de la subcontratación.

Se trata en todo caso, de un criterio ya conocido en otras disciplinas jurídicas lo que sería de provecho para la doctrina laboral, que puede importar los criterios de elaboración y de aplicación de la figura para la solución de problemas como el que aquí se plantea⁷³⁵.

Por lo demás, el criterio responde a los riesgos que plantea la subcontratación de carácter dependiente, en el que la empresa principal mantiene una posición dominante sobre las empresas contratistas que suelen ser de pequeñas dimensiones y cuya actividad productiva está fuertemente condicionada a las necesidades y exigencias de la contratante, al punto que aquellas quedan en una posición de dependencia o subordinación económica frente a esta. Es en este tipo de subcontratación dependiente donde se presentan los mayores riesgos de vulneración de derechos laborales en perjuicio de los trabajadores involucrados en la contrata⁷³⁶. De modo que, la aplicación del criterio de dependencia o subordinación económica entre empresas, como elemento justificante de la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria, ofrece una tutela a los trabajadores más acorde a la realidad de las prácticas de subcontratación que suponen mayor riesgo de incumplimiento de derechos laborales.

735 Así lo señala Luis Enrique Nores, quien hace que la doctrina laboral puede sacar provecho de los resultados que ha conseguido la doctrina mercantil en el desarrollo de la noción de dependencia económica. Cfr. NORES TORRES, Luis Enrique, “*El trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 122.

736 Refiriéndose al modelo de subcontratación dependiente, Cruz Villalón hace ver que “la externalización de la producción se lleva a cabo a partir de la presencia de una gran empresa dominante que actúa como “epicentro”, procediéndose a desgajar parcelas muy delimitadas de la producción a pequeñas empresas auxiliares que en la generalidad de los casos desarrollan su actividad económica en exclusiva para la empresa principal por lo que no suelen tener acceso directo al mercado de consumo”. Cfr. CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*La descentralización en España...*”, op. cit., pág. 5.

229. Las dudas sobre la funcionalidad práctica del criterio.

No obstante lo anterior, algunos autores ponen en duda la funcionalidad práctica que pueda tener el uso de este criterio alternativo, al que acusan de ser tan ambiguo como el de “propia actividad”. En este sentido, se ha señalado que no existe hasta ahora ninguna definición en el ámbito de lo laboral que precise en qué consiste la subordinación o dependencia económica entre empresas. Esto hace que el criterio no permita tener claramente establecida la frontera con otro tipo de interrelaciones empresariales de manera que se pueda determinar con toda claridad en cuáles supuestos aplicaría y en cuales no la normativa propia de las contrataciones⁷³⁷.

Ciertamente, no existe en el ordenamiento jurídico laboral ninguna norma que defina el concepto de subordinación o dependencia económica y la jurisprudencia de otras disciplinas da cuenta de las dificultades prácticas que se presentan para poder determinar la concurrencia de los elementos determinantes de una situación de dependencia económica entre empresas. En este sentido, resulta ilustrativa Sentencia de la A.P de Barcelona de 14 de mayo de 2007 de 2008 (Ar. 33292) en la que se hace ver que *“para determinar la situación de dependencia económica es necesario, en primer lugar, identificar el mercado relevante en términos subjetivos, para, a continuación, analizar si en ese mercado existen o no alternativas equivalentes para la actora, y, en tercer término, enjuiciar la acción de explotación de esa situación de dependencia económica, por cuanto dicha acción (discriminatoria, abusiva o la concreta acción de explotación prevista en la letra b) del apartado 3 del precepto legal) constituirá un ilícito desleal en la medida en que carezca de justificación objetiva y ocasione un perjuicio a la posición competitiva de la actora”*⁷³⁸.

Los mismos autores proponentes de la subordinación o dependencia económica entre empresas como criterio alternativo para definir de mejor for-

737 SORIANO CORTÉS, Dulce, *“Las contrataciones en el Derecho...”*, op. cit., pág. 74.

738 En igual sentido se pronuncian la Sentencia de la A.P de Barcelona de 18 de junio de 2008 (Ar. 316986) y la Sentencia A.P de Madrid de 28 de octubre de 2011 (Ar. 2271).

mal el ámbito de aplicación del artículo 42 del E.T. advierten de algunos Inconvenientes prácticos del mismo. En este sentido han se ha resaltado el problema que supone la determinación del grado de subordinación que deba darse entre empresas para poder determinar si el negocio jurídico o contrato entre ellas celebrado califica o no como contrata⁷³⁹. De igual forma se reconoce que el criterio requeriría concretar su significado introduciendo elementos adicionales como lo podrían ser la exclusividad o la continuidad del vínculo del contratista con el comitente, pues de lo contrario se corre el riesgo de seguir enfrentando las consecuencias de las “disparidades interpretativas”⁷⁴⁰.

2.1.4 La eliminación del término.

Algunos autores han planteado que la superación definitiva de los inconvenientes que acarrea el uso del término “propia actividad” solo puede lograrse a través de una modificación del artículo 42 del E.T. que suprima de la norma este requisito como condicionante legal⁷⁴¹.

230. La inoperatividad práctica del término.

Se ha dicho que el uso cada vez más generalizado de los esquemas de descentralización productiva hace que cualquier intento por concretar el alcance jurídico de este requisito legal, termine siendo un esfuerzo pírrico, porque en tal contexto del sistema productivo, el condicionante legal que da el término “propia actividad” contiene en sí mismo el germen de su inoperatividad aplicativa⁷⁴².

Por lo demás, no se trata de dar con alguna fórmula interpretativa del término que permita delimitar de mejor forma el ámbito aplicativo del

739 GOERLICH PESET, José María, “*Determinación del supuesto...*”, op. cit., pág. 102.

740 NORES TORRES, Luis Enrique, “*El trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 122.

741 En este sentido se pronuncian de manera expresa entre otros, MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 138; NORES TORRES, Luis Enrique, “*El trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 122; LÓPEZ TERRADA, Eva y NORES TORRES, Enrique, “*La función delimitadora...*”, op. cit., pág. 456; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 245.

742 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Outsourcing...*”, op. cit., pág. 305.

artículo 42 del E.T. Lo que interesa es atender la realidad actual que impone el modelo de descentralización productiva, cuya dimensión, variables y condicionantes privan de todo sentido práctico el uso de un elemento delimitador del régimen de responsabilidad empresarial, que requiere como presupuesto previo para su operatividad, el tener que objetivar las actividades propias de la empresa en cada caso⁷⁴³.

3. Los restringidos alcances de la responsabilidad solidaria del art. 42 E.T.

3.1 Las responsabilidad limitada a obligaciones de naturaleza salarial y de la seguridad social.

El régimen de tutela que ofrece el artículo 42 del E.T. se caracteriza por su sentido restrictivo no solo por la limitación que supone el uso del término propia actividad según lo antes visto, sino también, por el alcance material que tiene el régimen de responsabilidad que se establece en el artículo. Esta condición se hace patente de manera particular en lo que a obligaciones laborales se refiere. En este aspecto, comparando la regulación contenida en el artículo 42 del E.T. con la normativa que le antecedió, resulta fácil corroborar la reducción del alcance de la responsabilidad por obligaciones laborales en materia de subcontratación que operó con la entrada en vigencia del precepto estatutario.

Basta con tener en cuenta que tanto el art. 4 del Decreto de 17 de diciembre de 1970⁷⁴⁴ como el artículo 19.2 de la Ley 6/1976, de 8 de abril, sobre Relaciones Laborales (LRL), establecían que la responsabilidad de la empresa principal alcanzaba a todas “*las obligaciones contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y con la Seguridad Social*”, entendiéndose así que la responsabilidad comprendía todas las obligaciones laborales derivadas de la relación de trabajo entre el contratista y sus trabajadores, como también las referidas a la Seguridad Social⁷⁴⁵.

743 RIVERO LAMAS, Juan, “*La descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 51.

744 Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre, por el que se establecen normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores.

745 MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael, “*El Estatuto de los Trabajadores...*”, op. cit., pág.

Por su parte, el artículo 42 del E.T. limita el ámbito de responsabilidad solo a las obligaciones salariales y de la Seguridad Social, por lo que todas las demás obligaciones laborales del contratista que no tengan naturaleza salarial quedan excluidas del ámbito de cobertura de la responsabilidad solidaria.

Por lo demás, el concepto de salario tiene por su cuenta también un carácter restrictivo a tenor de lo dispuesto en el artículo 26 del E.T., de modo que la limitación establecida en el artículo 42 del E.T. deja por fuera de la cobertura de responsabilidad todas aquellas obligaciones pecuniarias ajenas a la retribución del trabajador, como pueden ser las indemnizaciones, suplidos, recargos por mora, e.t.c.⁷⁴⁶.

231. Una limitación injustificada.

Se ha dicho que esta vidente reducción del ámbito de responsabilidad empresarial en materia de subcontratación que introdujo el artículo 42 del E.T. pudo estar justificada en la superación de la desconfianza que originalmente suscitaban los procesos de descentralización productiva, vistos con frecuencia como fenómenos patológicos con fines fraudulentos⁷⁴⁷. No obstante, esta justificación puede cuestionarse si se toma en cuenta que las decisiones empresariales que fomentan la descentralización productiva mediante el uso de la subcontratación, casi siempre responden a una lógica de reducción de costes productivos.

Las empresas generalmente acuden a la subcontratación como técnica organizativa porque les permite contratar con otras empresas cuyos costes la-

14; CRESPO FOLGUERA, José, “*La responsabilidad salarial...*”, op. cit., pág. 203.

746 GARCÍA MONTALBÁN, Celia, “Ámbito material en las contrata...”, op. cit., pág. 67; GALA DURÁN, Carolina, “*La responsabilidad en materia salarial en el ámbito de las contrata y subcontratas de obras o servicios: puntos críticos*”, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*. X Congreso Nacional de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 2000, pág. 388; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 150; DESDENTADO DAROCA, Elena, “*La responsabilidad del empresario...*”, op. cit., pág. 208.

747 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 229; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 422.

borales suelen ser más bajos que los propios. Consecuentemente, la regla de limitación material de la responsabilidad prevista en el artículo 42 del E.T. termina siendo excesiva, porque propicia a favor del empresario principal la reducción de costes productivos que de antemano vienen reducidos a consecuencia de los efectos propios (si se puede decir “naturales”), de la subcontratación.

Es cierto que a partir de la reforma operada en el artículo 42 del E.T. por la Ley 12/2001, de 9 de julio, la responsabilidad salarial se vio ampliada por haberse eliminado del texto de la norma el tope que hasta entonces aplicaba al importe que tenía que pagar el empresario principal por obligaciones salariales a los trabajadores subcontratados, limitado a lo que “*correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo*”⁷⁴⁸. Sin embargo, la doctrina ha restado importancia práctica a dicha modificación normativa, por considerarla de efectos absolutamente limitados, debido precisamente a la excepcionalidad que tienen los casos donde el nivel salarial de la empresa contratista sea superior al de la empresa principal⁷⁴⁹.

232. El incentivo a la subcontratación basada en la reducción de costes laborales.

En todo caso, resulta claro que limitar la responsabilidad laboral del empresario principal a las obligaciones estrictamente salariales supone un incentivo no justificado a la subcontratación, cuyos efectos inciden sensiblemente y de manera contrapuesta en los intereses de las partes intervinientes. Por un lado, garantiza al comitente que su responsabilidad laboral no rebasará los costes económicos propios; por otro, desmejora notablemente la tutela de los trabajadores vinculados a las contratas y subcontratas, al ver su garantía legal reducida a solo una parte de sus créditos laborales. En definitiva, se trata de un incentivo a la subcontratación basada en la reducción de costes laborales.

748 La doctrina había justificado este límite por considerar que con él se evitaban posibles prácticas fraudulentas.

749 MONEREO PÉREZ, José Luis y ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, “*Dimensión laboral de la contratación...*”, op. cit., pág. 306; MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “*La descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 146.

3.2 *La existencia de un doble régimen de tutela.*

Aparte de lo anterior, no debe perderse de vista que la tutela que ofrece el artículo 42 del E.T. queda limitada solo para los supuestos de contrata y subcontratas correspondientes a la propia actividad. De modo que la subcontratación y más precisamente el trabajo realizado mediante contrata se encuentra sometido a un doble régimen de regulación legal, en el que coexisten reglas de tutela muy diferentes⁷⁵⁰. Así, para el trabajo realizado en contrata y subcontratas correspondientes a la propia actividad, el ordenamiento jurídico laboral dispone de normas especiales en las que predomina la exigencia de una responsabilidad de carácter solidaria entre empresarios, que supone una protección de sello fuerte para la tutela los intereses de los trabajadores. En tanto, para el trabajo realizado mediante aquellas otras contrata en las que no concurre el elemento “propia actividad” el ordenamiento jurídico no prevé ningún mecanismo particular de tutela a favor de los trabajadores, ni siquiera permite a estos exigir algún tipo de responsabilidad laboral al empresario comitente.

En este último caso, los trabajadores de las contrata y subcontratas no correspondientes a la propia actividad, quedan al margen de cualquier esquema de protección laboral especial. Solo podrán ejercer la acción directa que prevé el artículo 1597 del C.C. contra el empresario principal. Sin embargo, por esta vía únicamente podrán obtener la satisfacción de las deudas contraídas por el contratista hasta la cantidad de lo que a éste adeude el empresario principal o comitente, lo que constituye una acción de alcance material muy limitado que ofrece poca protección efectiva.

Por lo demás, la doctrina mantiene discrepancias en torno a la vigencia del artículo 1597 del C.C. en el ámbito laboral. Para algunos autores, dicho precepto no aplica a las relaciones laborales y por ende, tratándose de contrata ajenas a la propia actividad no surge responsabilidad laboral alguna,

750 PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., pág. 19; NORES TORRES, Luis Enrique, “*El trabajo en contrata...*”, op. cit., pág. 87.

en tanto que el Código Civil no resulta aplicable supletoriamente, dada la plenitud normativa que constituye el artículo 42 del E.T. legislación laboral⁷⁵¹.

Por el contrario, otros autores sostienen que que dicho precepto mantiene su vigencia tanto para las contrataciones ajenas a la propia actividad, como para accionar reclamos extrasalariales en supuestos de contrataciones de la propia actividad no cubiertos por el artículo 42 del E.T.⁷⁵².

Por su parte, la jurisprudencia no ha contribuido a clarificar el tema, pues no se pronuncia ni en un sentido ni en otro. Las pocas referencias jurisprudenciales al art. 1597 C.C. se limitan a indicar que la acción prevista en esta norma se sustenta en un supuesto de responsabilidad directa cuyo fundamento radica en el justo pago de los lucros producidos por una actividad laboral⁷⁵³.

3.3 La inconsistencia del sistema.

Visto desde la perspectiva que permite la anterior lectura, el régimen de responsabilidad empresarial del artículo 42 del E.T. se muestra como una estructura fuerte pero de pequeñas dimensiones. Protege a pocos y a los pocos que protege, los protege poco.

751 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 136.

752 MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael, “*El Estatuto de los Trabajadores...*”, op. cit., pág. 6; GARCÍA MURCIA, Joaquín, “*El Trabajo en contrataciones...*”, op. cit., pág. 15; MARTÍN VALVERDE, Antonio, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 219; MONEREO PÉREZ, José Luis, “*La responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 100; GALA DURÁN, Carolina, “*La responsabilidad en materia salarial...*”, op. cit., pág. 402; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., pág. 19; NORES TORRES, Luis Enrique, “*El trabajo en contrataciones...*”, op. cit., pág. 87; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 326.

753 En este sentido se han manifestados las STSJ de Navarra de 22 de marzo de 1994 (Ar. 891); de 28 de diciembre de 1994 (Ar. 4677) y STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 14 de diciembre de 1998 (Ar. 4930) en las que se señala que la responsabilidad solidaria que el artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores impone al empresario principal de las obligaciones de naturaleza salarial respecto de trabajadores dependientes de una empresa subcontratista de obras o servicios, es un supuesto de responsabilidad directa similar al que se establece en el Código Civil para el subarriendo (artículos 1552 y 1597 del Código Civil), y tiene un fundamento de derecho privado, en el justo pago de los lucros producidos por una actividad laboral.

Lo expuesto representa una notable inconsistencia de todo el sistema de tutela que el ordenamiento jurídico laboral ofrece para la protección del trabajo en contratas. El régimen de responsabilidad empresarial previsto en el artículo 42 del E.T. no guarda la debida correspondencia con los fines tuitivos perseguidos por la norma. Tampoco se ajusta a los requerimientos que impone el actual sistema de relaciones laborales, cada vez más condicionado por los modelos de gestión empresarial propios de la descentralización productiva.

4. Los efectos eximentes de responsabilidad derivados del deber de comprobación de solvencia previsto en el art. 42.1 E.T.

Anteriormente se ha analizado el alcance que tiene la obligación prevista en el art. 42.1 del E.T., que impone al empresario principal el deber de comprobar que los contratistas o subcontratistas con los que contrate o subcontrate no estén morosos en el pago de las cuotas de la Seguridad Social (Capítulo IV, apartado 3.4). Nos interesa ahora analizar los efectos eximentes de la responsabilidad empresarial cuando operan los presupuestos legales previstos para el cumplimiento de dicho deber. Para algunos autores, este aspecto en particular, constituye la consecuencia jurídica más relevante que se desprende de aquella obligación⁷⁵⁴.

Aún y cuando en la doctrina un sector mayoritario se inclina por reconocer que el efecto eximente de responsabilidad se da cuando la Tesorería General de la Seguridad Social no extiende el certificado dentro del plazo legal previsto en el artículo 42.1 como también, cuando la certificación es extendida en términos negativos dentro del plazo previsto en la norma⁷⁵⁵, no

754 CAMPS RUIZ, Luis Miguel, “*La obligación empresarial...*”, op. cit., pág. 143; RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan, “*Las responsabilidades del empresario...*”, op. cit., pág. 158.

755 MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael, “*El Estatuto de los Trabajadores...*”, op. cit., pág. 29; GARCÍA MURCIA, Joaquín, “*El trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 39; MONTERO PÉREZ, José Luis y ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, “*Dimensión laboral de la contratación...*”, op. cit., pág. 287; CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*Descentralización productiva y responsabilidad...*”, op. cit., pág. 254; SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, “*La responsabilidad y subrogación...*”, op. cit., pág. 235; RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan, “*Las responsabilidades del empresario...*”, op. cit., pág.158; MONTOYA MEDINA, David, “*Tra-*

ocurre lo mismo respecto al alcance y tipo de responsabilidad que cubre la exoneración.

233. Las responsabilidades eximidas.

Básicamente la discusión sobre este particular se centra en analizar qué tipo de responsabilidad es la que se exonera y si tal exoneración se refiere a las cuotas sociales pendientes de pago por el contratista anteriores a la contratación, o si son las correspondientes al periodo de vigencia de la contrata. Tres son las tesis que expone la doctrina al respecto. La primera de estas, entiende que se trata de una responsabilidad administrativa. Quienes defienden esta tesis, consideran el deber de comprobación de pago que establece el artículo 42.1 del E.T. como un deber instrumental que conlleva la prohibición para el empresario principal de contratar con empresas insolventes, de modo que ante la violación de este deber, lo que cabe es una responsabilidad administrativa. Se aduce que “*exonerar a la empresa comitente de la responsabilidad solidaria del artículo 42.2 por el simple hecho de 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 para la Tesorería de la Seguridad Social*”⁷⁵⁶.

La segunda tesis se inclina por considerar que la responsabilidad exonerada es de tipo subsidiaria referida únicamente al impago de las cuotas a la Seguridad Social anteriores a la celebración de la contrata o subcontrata. Para los defensores de esta tesis, se trata de una responsabilidad específica del apartado primero del artículo 42 del E.T., cuyo texto no especifica qué tipo de responsabilidad es la que se exonera, lo que impide que pueda hablarse de una responsabilidad solidaria, toda vez que esta no puede presumirse⁷⁵⁷.

bajo en contratas...”, op. cit., pág. 286. En contra, Luis Miguel Camps, opina que no habría exoneración en tal supuesto, por ir en contra del tenor literal del artículo 42 E.T. Cfr. CAMPS RUIZ, Luis Miguel, “*La obligación empresarial...*”, op. cit., págs. 254 y 255.

⁷⁵⁶ Así lo plantea, MARTÍN VALVERDE, Antonio, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 254.

⁷⁵⁷ ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, “*Derecho del Trabajo*”, op. cit., pág. 116; OLMO GASCÓN, Ana Marta, “*Los derechos laborales...*”, op. cit., pág. 78.

La tercera tesis, que es la que cuenta con mayor apoyo en la doctrina, sostiene que la responsabilidad que se exonera es la responsabilidad solidaria, referida a las deudas que adquiera el contratista o subcontratista con la Seguridad Social durante el tiempo que dure la contrata. Quienes se adhieren a ella, aducen que es esta la interpretación que se extrae de la literalidad del artículo 42 del E.T. y es la que mejor se ajusta a la finalidad de la norma⁷⁵⁸.

En todo caso, hay que advertir, que si bien la jurisprudencia se ha decantado decididamente por la tesis que defiende la exoneración de la responsabilidad de tipo solidaria, la misma no es consistente en cuanto al alcance de dicha exoneración. En este sentido, existen sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, que sostienen que la exoneración se refiere a las responsabilidades por las cantidades que pudieran adeudarse a la Seguridad Social con anterioridad a la celebración de la contrata, por ser estas las únicas de las que se podría certificar⁷⁵⁹. En tanto otras sentencias del mismo Tribunal reconocen que la exoneración aplica para las cuotas adeudadas durante el periodo de vigencia de la contrata o subcontrata⁷⁶⁰.

Evidentemente la discrepancia de criterios que existe sobre la definición del objeto del deber de comprobación del pago de las cuotas y sobre el alcance de la exoneración de la responsabilidad nace del texto mismo del artículo 42 del E.T. cuya redacción es ciertamente ambigua.

758 MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael, “*El Estatuto de los Trabajadores...*”, op. cit., pág. 26; LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 200; CAMPS RUIZ, Luis Miguel, “*La obligación empresarial...*”, op. cit., pág. 253; RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan, “*Las responsabilidades del empresario...*”, op. cit., pág. 158; MONEREO PÉREZ, José Luis y ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, “*Dimensión laboral de la contratación...*”, op. cit., pág. 64; LUQUE PARRA, Manuel, “*La responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 216; CALVO GALLEGO, Javier Francisco, “*La regulación laboral...*”, op. cit., pág. 75; SORIANO CORTÉS, Dulce, “*Las contrataciones en el Derecho...*”, op. cit., pág. 393 y MONTOYA MEDINA, David, “*Trabajo en contrataciones...*”, op. cit., págs. 282 y 283.

759 En este sentido sentencias STS (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 28 de octubre de 1996, (Ar. 777) y STS de 19 de mayo de 1998, (Ar.3797)

760 Así lo reconoce la STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 30 de julio de 1996, (Ar. 6364). En igual sentido STS de 4 de marzo de 1997, (Ar.1862).

234. Un beneficio injustificado.

Ahora bien, en mi opinión, la deficiencia más notoria que sufre el art. 42.1 no está en los alcances que pueda tener la eximente de responsabilidad empresarial, según lo discutido en las tesis antes vistas. Esto último es un aspecto relacionado apenas con la modulación que pueda dársele al mecanismo de exoneración del que se comenta. Creo que el inconveniente de fondo tiene que ver con la posibilidad misma de que el empresario comitente se pueda eximir de la responsabilidad frente a la Seguridad Social. Considero que tal beneficio no se justifica, y resulta contrario a los intereses de la Seguridad Social, que también resulta directamente afectada por los procesos de descentralización productiva⁷⁶¹.

Cabe preguntarse además, porqué le es posible al comitente eximirse de la responsabilidad en materia de Seguridad Social, pero no sucede lo mismo en lo que a obligaciones salariales se refiere. La falta de justificación objetiva de este mecanismo de exoneración de responsabilidad queda aún más evidenciada si se toma en cuenta que en la regulación que tenía la figura de la contrata en la normativa antecesora del Estatuto de los Trabajadores, el régimen de responsabilidad solidaria aplicable al trabajo realizado en régimen de subcontratación no preveía ningún tipo de posibilidad de exoneración de la responsabilidad por obligaciones de la Seguridad Social⁷⁶².

Por lo demás, si en los supuestos de descentralización productiva, la imputación de responsabilidades laborales compartidas entre empresas se ha justificado en la utilidad patrimonial que reporta el trabajo realizado por los trabajadores a favor del empresario comitente, aún y cuando este no tiene relación laboral directa con aquéllos, y desde esta lógica, al empresario comitente se le ha imputado la responsabilidad de las obligaciones de naturaleza salarial cuando el contratista incumple de ellas, no parece haber motivo que justifique la exoneración frente a las obligaciones con la Seguridad Social, pues estas provienen de la misma causa de donde nacen aquellas.

761 LUQUE PARRA, Manuel, "*La responsabilidad empresarial...*", op. cit., pág. 313.

762

Al parecer esta descoordinación interna que padece el art. 42 del E.T., posibilitando la exoneración de responsabilidad empresarial para unas obligaciones que derivan de la relación laboral existente entre contratista y trabajadores, pero negándola para otras, obedece al mismo anacronismo del art. 42 del E.T.⁷⁶³.

5. El encadenamiento de contratos: la extensión de la inseguridad.

5.1 El alcance de la responsabilidad solidaria en la cadena.

Otro aspecto del artículo 42 del E.T. que ha generado controversia en la doctrina y que influye como condicionante de la protección que ofrece dicha norma a los trabajadores subcontratados es el relativo a la extensión que pueda tener la responsabilidad solidaria prevista en la norma en los supuestos de subcontrataciones sucesivas o en cadena.

235. La omisión de la norma.

Aún y cuando artículo 42 del E.T. en su texto actual hace referencia expresa a la subcontrata o contrata de segundo grado⁷⁶⁴, cuando señala que el empresario principal responderá solidariamente de las obligaciones contraídas por los “contratistas y subcontratistas con sus trabajadores”, el precepto normativo es completamente omiso respecto al alcance que pueda tener la responsabilidad solidaria en casos donde la ejecución de la obra o servicio contratado sea realizada con la intervención de contratistas y subcontratistas

763 GALA DURÁN, Carolina, “*La responsabilidad en materia salarial...*”, op. cit., pág. 396.

764 Antes de la reforma introducida por la Ley 12/2001, de 9 de julio, el texto del artículo 42 del E.T. recogía una redacción que no permitía entender de manera clara si la responsabilidad solidaria prevista en la norma abarcaba a contratistas y subcontratistas. Con la reforma tal duda quedó superada, en tanto el texto actual establece que el empresario principal responderá solidariamente de las obligaciones “contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores”. Aun así, la nueva redacción no solventa el problema que supone la delimitación del alcance de la responsabilidad en los supuestos de subcontrataciones sucesivas, aspecto que ha sido resuelto por la doctrina y la jurisprudencia a base de una interpretación teleológica de la norma. Subsiste por lo tanto, la necesidad de una clara delimitación legal del ámbito subjetivo de la responsabilidad solidaria.

a la vez. Se trata del supuesto denominado por la doctrina como “encadenamiento de contratas”, del cual ya se ha hecho referencia antes, cuando se analizó el alcance subjetivo de la responsabilidad solidaria.

236. La solución dominante.

Tal y como se ha expuesto anteriormente (Ver Capítulo IV, apartado 2.1), el punto central en el que se ha enfocado toda la discusión doctrinaria y jurisprudencial tiene que ver con determinar la extensión de la responsabilidad a lo largo de la cadena de contratas, y en particular en definir hasta dónde llega la responsabilidad solidaria generada por el incumplimiento de uno o varios de los subcontratistas.

Según se ha visto, la respuesta a este particular problema ha suscitado distintas posiciones en la doctrina, aunque a la fecha el asunto parece estar resuelto con el predominio de la tesis que predica la interpretación extensiva de la responsabilidad para toda la cadena de contratas, llamada por la doctrina “tesis del encadenamiento máximo” que promulga por la extensión total de la responsabilidad, lo que supone que todas las empresas responderán solidariamente respecto de las empresas auxiliares situadas en los eslabones inferiores.

La tesis del encadenamiento máximo, parece haber quedado afianzada de manera definitiva a raíz de la reforma del art. 42.2 del E.T. que operó por la Ley 12/2001 de 9 de julio, por cuanto dicha reforma aclaró la redacción del citado precepto, dejando expresamente establecido que el empresario principal responderá solidariamente de las obligaciones contraídas por los “contratistas y subcontratistas con sus trabajadores”, lo que no deja duda respecto a que la responsabilidad del comitente alcanza también a las obligaciones de los subcontratistas, sin importar la posición que estos tengan en la cadena⁷⁶⁵.

No obstante, el problema de fondo sigue sin resolverse de manera adecuada. Esto debido a que, aún y cuando la controversia respecto al alcance que debe tener la responsabilidad empresarial a lo largo de la cadena puede

765 PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “*Contratas y empresas...*”, op. cit., pág. 38.

tenerse por superada, continúa manteniendo interés actual otro aspecto propio del encadenamiento de contratas que tiene incidencia directa en el nivel de tutela de los trabajadores subcontratados. Este aspecto tiene que ver con la falta de límites en la extensión de la cadena. Dada la importancia que tiene este particular asunto merece la pena detenerse en su análisis.

5.1.1 La inexistencia de límites en el encadenamiento.

237. Libertad de contratación vs la tutela de los trabajadores.

De entrada debe reconocerse que el encadenamiento de contratas irrestricto puede ser defendido desde el ejercicio del derecho a la libertad de empresa y más precisamente desde el reconocimiento del principio general de libre contratación, que en estos casos, ampara ya no solo al empresario principal sino también a todos los contratistas y subcontratistas que participan en los esquemas de subcontratación. Sin embargo, resulta innegable que la subcontratación descendiente reporta evidentes dificultades para garantizar de manera efectiva la tutela de los derechos de los trabajadores subcontratados, y ello porque siempre se ha considerado que a mayor número de empresarios implicados en la cadena productiva, mayores son los riesgos que deben soportar los trabajadores de la contrata⁷⁶⁶. que en ella sean emplean.

5.2 Los inconvenientes del encadenamiento de contratas.

238. Las empresas de reducidas dimensiones.

Para empezar, el encadenamiento de contratas por regla general se integra de empresas de pequeñas dimensiones e incluso de estructuras extremadamente reducidas en las que las condiciones de trabajo se ven desmejoradas y cuya capacidad económica acarrea serios riesgos de insolvencia para atender sus obligaciones laborales y de la Seguridad Social⁷⁶⁶. La doctrina ha hecho ver el poco provecho que desde el punto de vista de la eficiencia pro-

766 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “*La descentralización productiva en España...*”, op. cit., pág. 23; MONEREO PÉREZ, José Luis y ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, “*Dimensión laboral de la contratación...*”, op. cit., pág. 22; MONTROYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 44.

ductiva se obtiene de los encadenamientos sucesivos de contratas, por cuanto no aseguran la obtención de mayor especialización y cualificación ni de las empresas participantes ni de sus trabajadores, sino más bien, en muchos casos terminan en menoscabo de la calidad de los servicios proporcionados⁷⁶⁷.

239. Los riesgos para la salud y la seguridad de los trabajadores.

Por lo demás, el exceso de subcontratación en cadena se traduce también en mayores riesgos para la salud y la seguridad de los trabajadores. Este dato lo resalta la Ley 32/2006 Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción, en cuya exposición de motivos se hace ver que el exceso en el encadenamiento de contratas ocasiona la participación de empresas que no cuentan con la estructura organizativa necesaria para garantizar que se hallan en condiciones de hacer frente a sus obligaciones de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, de forma que en esta modalidad de subcontratación se propicia la aparición de prácticas que impactan negativamente en los índices de siniestralidad⁷⁶⁸.

6. A modo de corolario.

La exposición que se ha hecho en los apartados que anteceden, deja al descubierto los serios problemas de carácter jurídico y de orden práctico que se encuentran presentes en el contenido del artículo 42 del E.T. Algo de lo que la doctrina ha dado cuenta ya de manera copiosa.

767 RIVERO LAMAS, Juan, “*La descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 49.

768 Así lo expone la Ley 32/2006 en su Exposición de Motivos, donde se señala que “el exceso en las cadenas de subcontratación, especialmente en este sector, además de no aportar ninguno de los elementos positivos desde el punto de vista de la eficiencia empresarial que se deriva de la mayor especialización y cualificación de los trabajadores, ocasiona, en no pocos casos, la participación de empresas sin una mínima estructura organizativa que permita garantizar que se hallan en condiciones de hacer frente a sus obligaciones de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, de tal forma que su participación en el encadenamiento sucesivo e injustificado de subcontrataciones opera en menoscabo de los márgenes empresariales y de la calidad de los servicios proporcionados de forma progresiva hasta el punto de que, en los últimos eslabones de la cadena, tales márgenes son prácticamente inexistentes, favoreciendo el trabajo sumergido, justo en el elemento final que ha de responder de las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores que realizan las obras”.

Resulta claro que el mayor inconveniente que se enfrenta a la hora de abordar el estudio y análisis del artículo 42 del E.T. para su correcta aplicación, reside en la imposibilidad material que existe para poder adecuar por la vía de la interpretación el formato que tienen sus principales elementos constitutivos a las exigencias que imponen los actuales esquemas gestión empresarial que utilizan la subcontratación de obras y servicios.

Si en el estudio y análisis del citado artículo 42 del E.T. priva el interés honesto de hacer valer a toda costa la finalidad teleológica que subyace en la regulación de su contenido, a la vez que garantizar desde el punto de vista social y económico el uso legítimo del mecanismo de la subcontratación como herramienta válida y útil para atender las necesidades del sistema productivo, la única conclusión válida a la que se puede arribar es la que apunta a la necesidad, por demás imperiosa, de acometer su total modificación, reestructurando todos y cada uno de sus elementos constitutivos.

En el siguiente apartado, con el que se finaliza el trabajo de esta investigación, me atreveré a plantear algunas propuestas con la intención de aportar ideas para una posible reforma del artículo 42 del E.T. Lo hago convencido de la necesidad de acometer dicha reforma y sin otra pretensión que no sea la de colaborar al debate que suscita tan importante materia. No pretendo desde luego dar por resueltos todos los inconvenientes y problemas que se han mencionado. Tampoco pretendo que se tengan por válidas y correctas todas mis propuestas. En todo caso no son más que meras sugerencias.

SEGUNDA PARTE:

PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA* UNA REFORMA DEL ARTÍCULO 42 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

De lo que se ha expuesto en los apartados anteriores se deduce que el principal problema que adolece el artículo 42 del E.T. reside en la disociación existente entre la garantía que supone el régimen de responsabilidad solidaria en él previsto y el limitado alcance material que esta tiene. En la concepción de este régimen de responsabilidad, contrasta la seguridad que ofrece la responsabilidad de carácter solidaria con los cortos alcances que ella tiene condicionados por el ámbito aplicativo de la norma y por las limitaciones materiales de su contenido.

Considerando lo anterior, parece razonable pensar que el artículo requiere de una modificación que logre armonizar de mejor forma el tipo de responsabilidad con su ámbito de cobertura.

Una modificación del art. 42 del E.T. en la línea antes señalada, requeriría necesariamente de una reforma *lege ferenda* en la que se establezca un sistema de tutela distinto o alternativo, capaz de brindar mejor protección a todos los trabajadores que se desempeñen bajo esquemas de subcontratación. Y creo que un sistema tuitivo que busque tal cosa, debe satisfacer al menos dos requerimientos, a saber: Lo primero: protección igual para el trabajo realizado mediante contrata y subcontratas de todo tipo, sin adjetivos que condicionen diferencias en su tratamiento jurídico. Lo segundo: Ampliación del ámbito material de la responsabilidad empresarial para que esta cubra todas las obligaciones laborales y de Seguridad Social que los contratistas y subcontratistas tengan con sus trabajadores.

Desde luego, pretender una extensión del alcance material de la responsabilidad, implicaría una desatención del equilibrio de intereses propio del esquema productivo en que se desarrolla el trabajo en contrata. Esto debido a que un redimensionamiento de la responsabilidad solidaria en estos

términos, alteraría de manera sensible la situación jurídica que asume la empresa principal o comitente, que es en todo caso la que decide dar vida a la contrata según sus propios intereses.

No debe perderse de vista que la considerable dureza del régimen de responsabilidad solidaria aplicable a la empresa principal, se ha justificado habida cuenta de la atenuación que tiene sus alcances, esto en razón de las limitaciones fijadas en el contenido mismo del artículo 42 del E.T.⁷⁶⁹. En consecuencia, parece lógico pensar que la supresión de estas limitaciones justificaría la necesidad de atenuar el grado de responsabilidad, pues solo así se puede mantener la modulación del equilibrio de intereses entre partes.

Por otro lado, no cabe duda respecto a que en el esquema de una contrata o subcontrata de propia actividad se establece un vínculo directo entre la prestación objeto de la contrata y la actividad neurálgica del ciclo productivo de la empresa principal. Se entiende que en estos casos, desde el punto de vista funcional y organizativo, existe también una relación directa entre el personal de la contratista y la actividad nuclear que lleva a cabo la empresa principal. Este vínculo hace razonable la imputación de una responsabilidad de naturaleza solidaria a cargo del empresario principal por las obligaciones salariales y de Seguridad Social que el contratista o subcontratista tenga con sus trabajadores.

Esta situación que se viene describiendo puede ser muy diferente tratándose de contratas y subcontratas cuyo objeto consista en la prestación de actividades complementarias o accesorias a la actividad principal de la empresa comitente, las cuales pueden ser incluso requeridas de manera esporádica. Evidentemente, pretender que en este tipo de subcontratación aplique también un régimen de responsabilidad solidaria, implicaría imponer a la empresa principal una consecuencia jurídica desproporcionada a los fines de la contrata.

Por consiguiente, si la idea que he planteado antes apunta a extender el ámbito de aplicación del artículo 42 del E.T. para brindarle tutela a todos

769 RIVERO LAMAS, Juan, “*La descentralización productiva...*”, op. cit., pág. 40.

los trabajadores vinculados con esquemas de trabajo en régimen de subcontratación, se hace necesario atenuar las consecuencias jurídicas de la responsabilidad que debe asumir el empresario principal cuando hace uso de las contrataciones y subcontratas.

En línea con esto último, una propuesta que puede servir para el diseño de un sistema de responsabilidad alternativo que resuelva las actuales deficiencias del art. 42 del E.T. y que atienda los requerimientos antes mencionados, sería la de establecer un régimen de responsabilidad de naturaleza subsidiaria que aplique para todo tipo de contrataciones y subcontratas y que cubra todas las obligaciones laborales y de Seguridad Social

A continuación expondré algunas de las ideas para concretar la anterior propuesta, advirtiéndole que se trata de planteamientos que como se ha señalado ya, requerirían de una reforma sustantiva del texto estatutario, porque están dirigidas a modificar los principales componentes de su contenido normativo.

PRIMERA: La extensión del ámbito aplicativo del artículo 42 del E.T.

El primer paso que debe darse en la construcción del sistema alternativo que se propone, parte de la necesaria eliminación del requisito “propia actividad” del texto del artículo 42 del E.T.

La supresión del término “propia actividad” como elemento delimitador del ámbito aplicativo del artículo 42 del E.T. y condicionante del régimen de responsabilidad solidaria en él previsto, permitiría en primer lugar superar de una vez y para siempre, los inconvenientes que derivan del uso del término y con ello dotar de mayor seguridad jurídica la aplicación del artículo 42 del E.T.

Cómo se ha hecho ver con anterioridad, los problemas aplicativos que plantea el uso del concepto propia actividad, no podrán nunca ser resueltos por la vía interpretativa, no solo por la imposibilidad que existe de vencer la abstracción propia del término, sino también por la dificultad que supone la

permanente adaptación del mismo a los constantes cambios que experimentan los procesos de la descentralización productiva.

Razones de justicia social también justifican la supresión del término “propia actividad” del artículo 42 del E.T., pues con ello se lograría darle mayor coherencia y dotar de trato equitativo a todo el sistema de tutela que protege a los trabajadores de las contratas y subcontratas. La eliminación de la propia actividad implicaría extender la protección normativa a todo tipo de contratas y llevarla a aquéllos supuestos donde los trabajadores subcontratados requieren de mayor tutela, como lo son los trabajadores vinculados a las contratas de servicios auxiliares o complementarios (limpieza, vigilancia, mantenimiento), que por regla general son ejecutadas por empresas que suelen tener poca capacidad patrimonial y por ende, mayor riesgo de insolvencia o de incumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales. En su mayoría, este tipo de contratas quedan al margen de la protección del art. 42 del E.T. precisamente por no encajar en el arquetipo de la propia actividad.

Por otro lado, si la *ratio legis* del art. 42 del E.T. atiende a un fin tuitivo que busca proteger a los trabajadores de las contratas y subcontratas de la insolvencia de los empresarios contratistas y subcontratistas, resulta evidente que tal fin se ve frustrado al limitar el ámbito protector de la norma solo a favor de aquellos trabajadores vinculados a ciertos tipos de contratas. Por lo demás, el riesgo de insolvencia lejos de ser exclusivo de las contratas de propia actividad, es aún mayor en las contratas dedicadas a actividades auxiliares y complementarias, generalmente a cargo de empresas de escasa capacidad patrimonial y que, como se ha dicho ya, casi siempre quedan excluidas de la noción “propia actividad”.

Fines de “saneamiento del mercado de las contratas” también entran en juego a favor de esta propuesta, ya que puede entenderse que la extensión de la responsabilidad empresarial del artículo 42 del E.T. a consecuencia de la eliminación de la condicionante que supone el requisito de la propia actividad, en vez de desincentivar la práctica empresarial de la subcontratación, bien puede ayudar a depurar el mercado de las contratas, pues es lógico

pensar que la extensión de la responsabilidad para todos los supuestos de subcontratación promovería que las empresas comitentes apliquen mayores controles de contratación y sean mucho más exigentes a la hora de seleccionar a las empresas contratistas para dar vida a una contrata, sin importar cuál sea la naturaleza de esta⁷⁷⁰.

De lo que se viene exponiendo se deduce claramente que la eliminación del concepto “propia actividad” como elemento delimitador del contenido del artículo 42 del E.T., modificaría por completo el supuesto de hecho base de la norma, que quedaría constituido por un único requisito, a saber: la existencia de una verdadera contrata o subcontrata.

Ciertamente, con esta reconstrucción del supuesto de hecho normativo del artículo 42 del E.T. no se solventan los problemas relacionados con la falta de precisión jurídica del término “contrata”, que como ya se ha visto, es un concepto carente de rigor técnico y que ha propiciado múltiples inconvenientes⁷⁷¹. Sin embargo, considero que los principales problemas que la doctrina señala sobre la falta de definición del término “contrata”, surgen de la particular construcción que se ha hecho del mismo, identificándolo con el contrato de ejecución de obra. (Ver *infra*, Capítulo III, apartado 3.)

Es claro que la asimilación de la contrata al contrato de ejecución de obra, reduce el ámbito de aplicación del artículo 42 del E.T. por cuanto expulsa del supuesto de hecho de la norma – o cuando menos dificulta su inclusión-, una considerable cantidad de negocios jurídicos que se expresan mediante contratos de tipología diversa que no se ajustan a los requerimientos del objeto del contrato de ejecución de obra.

No obstante lo anterior, comparto la posición doctrinal que ve en la imprecisión terminológica del concepto “contrata” una ventaja, porque esta circunstancia también permite un uso más flexible del término, que facilita incorporar al ámbito de cobertura del artículo 42 del E.T. la mayor variedad

770 MONTROYA MEDINA, David, “*Trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 138.

771 Por todos, GOERLICH PESET, José María, “*Actividades laborales externalizables...*”, op. cit., págs. 106 y ss.

posible de contratos que se utilizan hoy en día para instrumentar la subcontratación⁷⁷².

Esto último permite entender que el alcance del supuesto de hecho del artículo 42 del E.T. ampliado a todo tipo de contratos, puede siempre ser modulado mediante la configuración que se le dé al término “contrata”, ya que por esta vía se puede regular la admisión de los tipos contractuales que quedarían bajo la órbita del precepto estatutario, pudiendo así ajustarlo según sean las exigencias que vayan surgiendo de las distintas modalidades de subcontratación que el sistema productivo implemente.

Finalmente, debe decirse que por observancia del principio de congruencia entre normas, la supresión del término “propia actividad” del art. 42 del E.T. exigiría eliminarlo también del contenido del artículo 24.3 de la LPRL. Esto último, implica una reforma legislativa para adecuar el contenido de ambas normas. En consecuencia, tanto el ámbito de aplicación del artículo 42 del E.T. como el alcance material de la responsabilidad por las obligaciones propias de la materia de prevención de riesgos, quedaría determinado por el mismo supuesto de hecho, esto es, la existencia de una contrata o subcontratas de obras y servicios de cualquier tipo.

SEGUNDA: La ampliación del ámbito material de la responsabilidad.

La extensión del ámbito aplicativo del artículo 42 del E.T. requiere también de una ampliación del ámbito material de su contenido. Para ello se propone en primer término, establecer que la responsabilidad de la empresa principal cubra no solo las obligaciones de naturaleza salarial, sino todas las obligaciones laborales que tenga el contratista con sus trabajadores.

Ya se ha visto cómo las regulaciones pre estatutarias en materia de contratos -Decreto del 17 de diciembre de 1970 (art. 4) y en la Ley de Relaciones Laborales (art. 19.2)- establecían una responsabilidad empresarial

772 NORES TORRES, Luis Enrique, “*El trabajo en contratas...*”, op. cit., pág. 53; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 222.

que cubría todas las obligaciones laborales contraídas por los contratistas y subcontratistas. Tales antecedentes permiten entender que una responsabilidad extendida en estos términos no representa una disposición desmedida o desproporcionada contra los intereses empresariales. Por lo demás, resulta incuestionable que una responsabilidad empresarial comprensiva de todas las obligaciones laborales ofrece mayor protección a los trabajadores vinculados a las contrata y subcontratas lo que en definitiva se ajusta mejor a los fines teleológicos del art. 42 del E.T.

Debe además entenderse que la ampliación del ámbito material de la responsabilidad tal cual se propone, permitiría superar la distinción artificiosa que separa las obligaciones de naturaleza salarial de las demás obligaciones laborales que corresponden al contratista, cuyo único propósito es imputar al empresario principal una responsabilidad disminuida que no se justifica.

Es lógico pensar que el mismo fundamento que hasta ahora ha sustentado la imputación de la responsabilidad por las obligaciones de naturaleza salarial al empresario comitente, vale también para sustentar la imputación de una responsabilidad ampliada a todas las obligaciones laborales, pues todas ellas emanan de la misma fuente y atienden a los mismos intereses.

Vale también invocar aquí los razonamientos que se han expuesto antes para la crítica del beneficio de exclusión de la responsabilidad de las obligaciones referidas a la Seguridad Social, por cuanto como se ha hecho ver, si en los supuestos de descentralización productiva la imputación de responsabilidades laborales compartidas entre empresarios se ha justificado en la utilidad patrimonial que reporta el trabajo realizado por los trabajadores a favor del empresario que ha descentralizado su actividad productiva, no parece haber motivo que justifique la limitación de esa responsabilidad solo para cierto tipo de obligaciones, pues el beneficio obtenido del trabajo es resultado íntegro de la misma prestación de trabajo y por ende, todas las obligaciones laborales emanan de la misma relación laboral que es una una sola e inescindible.

TERCERA: La modificación del deber de comprobar la solvencia de la empresa contratista.

Los múltiples problemas interpretativos que genera el deber a cargo de la empresa principal de comprobar la solvencia de los contratistas y subcontratistas ante la Seguridad Social contenida en el artículo 42.1 del E.T., justifica la conveniencia de modificar este aspecto del precepto estatutario (ver infra Capítulo IV, apartado 3.4).

Se debe eliminar la posibilidad de exoneración de responsabilidad que permite el artículo 42.1 del E.T. Tampoco es esto una idea novedosa. La regulación pre estatutaria que recogía la LRL –art.19.2-, ya contemplaba la obligación a cargo del empresario principal de velar porque contratistas y subcontratistas estuviesen al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, sin que existiera posibilidad alguna de eximirse de la responsabilidad solidaria asociada a dicha obligación⁷⁷³.

Adicionalmente, debe redimensionarse los alcances de este deber de comprobación. La idea es que el empresario principal no solo corrobore el cumplimiento de las obligaciones de la Seguridad Social por parte de los contratistas y subcontratistas. Es preciso que también verifique que estos se encuentren al día con el cumplimiento de las obligaciones laborales. Con ello se implementaría una equiparación de los ámbitos laboral y de Seguridad Social, a fin de que el deber de comprobación funcione como un mecanismo que permita conocer la solvencia que puedan tener los contratistas y subcontratistas para atender todas sus obligaciones como empleadores, y no solo parte de ellas como acontece actualmente.

Por lo demás, es fácil entender que para que este deber de comprobación funcione adecuadamente, es necesario que sea ejercido periódicamente, de tal modo que el empresario principal realice la comprobación regularmente durante todo el tiempo que dure la contrata.

⁷⁷³ El citado artículo 19.2 de la LRL, concluía de manera categórica estableciendo que “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 periodo de vigencia de la subcontrata”.

Ahora bien, debe quedar claro que al no haber exoneración de responsabilidad por el cumplimiento del deber de comprobación, tal y como se propone, no tendría sentido mantener el deber de comprobación de la solvencia como una obligación legal impuesta expresamente en la norma, pues en todo caso, el empresario principal responderá ante el incumplimiento de los contratistas. Bajo el esquema de la propuesta, el deber de comprobación se perfila como una facultad a favor del empresario principal para poder ejercer un control sobre los contratistas y subcontratistas, a efecto de verificar que estos cumplan con sus obligaciones laborales y de Seguridad Social. Es claro que el empresario tendrá interés propio en ejercer de buena forma esta facultad, pues de ello depende la aplicación del régimen de responsabilidad previsto en el norma. Se trata por lo tanto, de una facultad que el empresario principal ejercerá con la diligencia propia de un buen contratante.

CUARTA: La imposición de límites cuantitativos a la subcontratación en cadena.

Razones de seguridad en materia de prevención de riesgos y de seguridad jurídica para la tutela de los derechos de los trabajadores, aconsejan la adopción de límites cuantitativos a la subcontratación. Tampoco es esta una idea novedosa. Ya se ha visto que la Ley 32/2006 que regula la subcontratación en el sector de la construcción, impone límites que impiden los encadenamientos extensos de contratas. El artículo 5 de dicha Ley establece una prohibición genérica para la subcontratación a partir del tercer subcontratista, de modo que no puede descenderse más allá de ese nivel, quedando así la cadena de subcontratación compuesta como máximo de tres eslabones.

Aún y cuando, para algún sector de la doctrina la imposición de este tipo de límites cuantitativos tienen poco sentido práctico por cuanto la subcontratación más allá de ciertos niveles no se utiliza⁷⁷⁴, lo cierto es que el

⁷⁷⁴ Algunos autores han señalado que aún el sector de la construcción la existencia de más de dos niveles de subcontratación resulta excepcional, de donde cabe concluir que que este límite previsto en el artículo 5 de la Ley 32/2006 carece de sentido práctico. En este sentido se

acortamiento de la cadena permite cuando menos reducir riesgos, especialmente al evitar el enganche de múltiples empresas de pequeñas dimensiones que son las que se suelen ubicar en los últimos eslabones del encadenamiento donde es más común el trabajo precario.

No parece que los motivos que han justificado la imposición por parte del legislador de este tipo de limitaciones a la subcontratación en la Ley 32/2006 sean únicos o exclusivos del sector de la construcción. Por el contrario, los riesgos e inconvenientes de la subcontratación en cadena antes vistos están presentes en cualquier otra actividad productiva, más aún cuando el fenómeno de la subcontratación se ha extendido cualitativa y cuantitativamente a prácticamente todos los sectores de la economía, y cuando en dicha actividad intervienen nuevos actores, que como las denominadas empresas multiservicios, no requieren de gran inversión en medios materiales para la prestación de los servicios que brindan a las empresas clientes.

A la luz de las anteriores consideraciones, no estaría fuera de lugar pensar en la conveniencia que pueda tener una modificación del contenido del artículo 42 del E.T. dirigida a imitar el modelo de regulación contenido en la Ley 32/2006 en lo que encadenamientos de contrata se refiere, estableciendo en el precepto normativo estatutario, ya no solo las reglas que definen claramente el alcance subjetivo de la responsabilidad para el supuesto de encadenamiento de contrata, sino también imponiendo un límite vertical descendente a la cadena que imposibilite las subcontrataciones sucesivas de larga extensión, para así dotar de mayor coherencia a todo el sistema de regulación normativa de la subcontratación y a la vez, garantizar una mejor tutela a los trabajadores subcontratados. En este sentido, lo recomendable sería traer al texto del artículo 42 del E.T. la misma regla prevista en el artículo 5 de la citada Ley 32/2006 para prohibir la subcontratación en cadena que vaya más allá del tercer nivel descendente.

pronuncia JIMÉNEZ MARTÍN, Rodrigo, “*Régimen de contratación y subcontratación...*”, op. cit., pág. 84.

La idea de importar al contenido del art. 42 del E.T. el límite previsto en la Ley 32/2006 para la subcontratación en cadena, además de lograr la coherencia entre normas y la tutela deseada para los intereses de los trabajadores, resguarda también el principio de libre contratación, en tanto no impide a la empresa principal contratar con tantos contratistas como su actividad productiva le requiera, siempre y cuando estos últimos no subcontraten con otros más allá del nivel permitido.

QUINTA: La responsabilidad subsidiaria como mecanismo de garantía.

Ya explicados los cambios que se proponen para la modificación de los aspectos que se consideran más relevantes del contenido del artículo 42 del E.T., corresponde ahora concretar cómo sería el esquema de responsabilidad subsidiaria conforme a la propuesta que se viene haciendo.

Para empezar, debe destacarse que el cambio en el sistema de responsabilidad se ha justificado en función del equilibrio de intereses en juego que debe resguardarse. Se ha dicho ya que una ampliación del ámbito de cobertura y del contenido material del artículo 42 del E.T. en los términos antes planteados, manteniendo el esquema de responsabilidad solidaria vigente, puede materializar una situación excesivamente gravosa para las empresas que requieran acudir a la subcontratación de obras y servicios, lo que a la postre generaría mayores inconvenientes que los problemas que se busca resolver.

Sin lugar a dudas, la responsabilidad solidaria que se establece en el artículo 42 del E.T. constituye un régimen de responsabilidad fuerte que tiene una finalidad garantista a favor de los intereses de los trabajadores y de la Seguridad Social⁷⁷⁵. La doctrina sostiene que este régimen de responsabilidad reduce los posibles riesgos de incumplimiento que puedan darse tanto en aquellos supuestos de subcontratación fraudulenta como en los casos en

⁷⁷⁵ Se trata del mismo esquema de responsabilidad que se establecía para las contratas y subcontratas en la normativa que antecedió al artículo 42 del E.T., específicamente en los artículo 4 del Decreto de 17 de diciembre de 1970 y en el artículo 19.2 de la LRL.

los que ocurra insolvencia de la empresa contratista⁷⁷⁶. De igual forma, se ha hecho ver que se trata de un mecanismo que logra contribuir a la consecución de una finalidad preventiva, porque la solidaridad impuesta promueve la diligencia por parte de las empresas a la hora de contratar con auxiliares la ejecución de obras y servicios⁷⁷⁷.

Siendo estas las principales razones que se señalan como ventajas de la responsabilidad solidaria, se debe advertir que las mismas resultan válidas para defender la aplicación de la responsabilidad subsidiaria, pues en lo esencial, esta cumple las mismas funciones de garantía. Y es que, la diferencia primordial que existe entre la responsabilidad solidaria y la responsabilidad subsidiaria reside en la posición que en ellas ocupan los sujetos obligados, no así en la garantía material que una y otra ofrecen.

En la responsabilidad solidaria los sujetos obligados se encuentran en un plano de igualdad frente al acreedor, lo que le posibilita a este poder exigir a cualquiera de ellos la íntegra prestación objeto de la obligación⁷⁷⁸. Tratándose de la responsabilidad subsidiaria, el obligado subsidiario siempre se ubica en un plano secundario o accesorio, lo que obliga al acreedor a respetar un orden de prelación en su acción de reclamo, de manera que sólo podrá exigir el cumplimiento de la prestación al obligado subsidiario una vez exista imposibilidad de cumplimiento por parte del obligado principal o directo⁷⁷⁹.

No obstante las diferencias antes apuntadas entre uno y otro tipo de responsabilidad, ambas comparten como elemento común el poner a disposición del sujeto acreedor un segundo patrimonio como garantía de cumpli-

776 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 217; SORIANO CORTÉS, Dulce, “*Las contratas en el Derecho...*”, op. cit., pág. 325; CRESPO FOLGUERA, José, “*La responsabilidad salarial...*”, op. cit., pág. 197; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “*La tutela de los trabajadores...*”, op. cit., pág. 182.

777 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “*Responsabilidad empresarial...*”, op. cit., pág. 217.

778 BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, “*La obligación: concepto y fuentes*” en AA.VV. Manual de Derecho Civil (obligaciones), Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano (Coord.), Bercal, Madrid, 2011, pág. 35; LETE DEL RÍO, José Manuel, “*Derecho de las obligaciones*”, op. cit., pág. 52.

779 LETE DEL RÍO, José Manuel, “*Derecho de las obligaciones (contratos en particular)*” Tecnos, Madrid, 2003, Volumen III, pág. 506.

miento de la prestación objeto de la obligación adeudada. No existe por lo tanto motivo para desconocer la función de garantía que cumple la responsabilidad subsidiaria, aún y cuando es claro que, la exigibilidad de la responsabilidad subsidiaria supone para el acreedor, mayores requerimientos que los que aplican para poder exigir la responsabilidad de tipo solidaria, habida cuenta de las distintas posiciones que asumen los sujetos obligados, según lo antes visto.

En el ámbito de la subcontratación, desde un punto de vista práctico, puede considerarse que si la exigencia de la responsabilidad subsidiaria supone mayores requerimientos para los trabajadores, tal circunstancia queda debidamente compensada por la ventaja que reporta la ampliación del ámbito de cobertura que tendría la responsabilidad empresarial y por el fortalecimiento del contenido material que esta experimentaría con el cambio. Aquí también, el equilibrio de intereses se atiende en términos de intercambio.

Estos mayores requerimientos que demanda la exigibilidad de la responsabilidad subsidiaria se manifiestan en el plano procesal. En esta materia dos son los aspectos que tienen trascendencia a la hora de diferenciar la responsabilidad solidaria de la subsidiaria. El primero de ellos, tiene que ver con la situación consorcial, pues a diferencia de la responsabilidad solidaria, la subsidiaria sí exige la constitución del litisconsorcio pasivo necesario⁷⁸⁰. El

780 No obstante lo anterior, la doctrina laboral mantiene posiciones encontradas respecto a la calificación del litisconsorcio pasivo en los supuestos de solidaridad del art. 42 del E.T. Algunos autores sostienen que no se requiere el litisconsorcio pasivo necesario por considerar que es propio de las obligaciones solidarias dejar a discrecionalidad del acreedor la decisión de reclamar contra cualquiera de sus deudores. En este sentido se pronuncian, GODINO REYES, Martín y SAGARDOY DE SIMÓN, Iñigo, “*Contrata y subcontrata de obras...*”, op. cit., pág. 48. ROQUETA BUJ, Remedios, “*Alcance temporal de las responsabilidades*”, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Tiran Lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 269; GALA DURÁN, Carolina, “*Aspectos problemáticos...*”, op. cit., pág. 158 y CORTÉS SORIANO, Dulce, “*Aspectos procesales de las Contratas*”, op. cit., pág. 120. Por el contrario, para otros autores el supuesto del artículo 42 del E.T. sí requiere de la constitución del litisconsorcio pasivo necesario porque consideran que no sería posible pedir ejecución de la sentencia sobre el patrimonio de los deudores no demandados sin una previa cognición. Se dice que el respeto del principio de contradicción resulta imprescindible por ser parte esencial del contenido del

segundo aspecto se refiere a la declaratoria de insolvencia como presupuesto procesal para poder exigir la responsabilidad subsidiaria.

En cuanto al primero de ellos, es importante hacer ver que la exigencia del litisconsorcio pasivo no implicaría una carga procesal excesiva ya que en el terreno de lo práctico, aun tratándose de la responsabilidad solidaria, lo más usual ha sido que el trabajador demande a todos los obligados solidarios – comitente, contratista y subcontratistas-, pues solo así se garantiza el poder ejecutar la sentencia contra el patrimonio que resulte más solvente⁷⁸¹. Por otro lado, no hay que olvidar tampoco que las obligaciones de información que recoge el art. 42 del E.T. facilitan a los trabajadores conocer la identidad de todos de los empresarios frente a los que se puede ejercitar la correspondiente acción de responsabilidad, lo que sin duda alguna facilitaría al trabajador la acción de demanda contra todos los empresarios que puedan resultar responsables⁷⁸².

En cuanto a la declaratoria de insolvencia para estos casos de responsabilidad subsidiaria en materia de subcontratación, se entiende que el responsable subsidiario responde por una deuda ajena cuando el patrimonio

derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 de la CE. Por consiguiente, de no constituir el Litis consorcio pasivo necesario se estaría causando indefensión de la empresa no demandada, entre otros, GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *“La tutela de los trabajadores...”*, op. cit., pág. 132 y JIMENO BULNES, Mar, *“Concurrencia de responsables y constitución de la relación jurídico procesal de los supuestos de contratación de obras y servicios: la figura del litisconsorcio”*, en AA.VV., [Pedrajas Moreno, A. (Dir.)]: *La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinar*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 302 y ss. En todo caso, el Tribunal Supremo ha sostenido la tesis a favor de la innecesaria conformación del litisconsorcio necesario en supuestos de obligaciones solidarias, por entender que en estos casos el trabajador no tiene porqué demandar a todos los empresarios concurrentes pues cabe la posibilidad de que ejerza la acción contra el empresario obligado solidario que resulte más conveniente a efectos de garantizar sus créditos. Así lo expresa entre otras las SSTs de 22 de diciembre de 1989 (Ar. 9073); 12 de febrero y 10 de marzo de 1990 (Ar. 900) (2044) respectivamente.

781 Así lo expresan entre otros, LLANO SÁNCHEZ, Mónica, *“Responsabilidad empresarial...”*, op. cit., pág. 226; CORTÉS SORIANO, Dulce, *“Aspectos procesales de las Contratas”*, op. cit. pág. 121; GODINO REYES, Martín y SAGARDOY DE SIMÓN, Iñigo, *“Contrata y subcontrata de obras...”*, pág. 49; CORTÉS SORIANO, Dulce, *“Aspectos procesales de las Contratas”*, op. cit. pág. 122.

782 MONTROYA MEDINA, David, *“Trabajo en contratas...”*, op. cit., pág. 264.

del sujeto deudor originalmente obligado sea insuficiente para responder de ella. Por consiguiente, la responsabilidad subsidiaria será exigible una vez constatada la insuficiencia patrimonial del deudor principal, lo que da pie a la declaratoria de insolvencia, presupuesto procesal a partir del cual se posibilita la exigencia de la responsabilidad⁷⁸³.

El art. 33.6 del E.T. establece que “*existe insolvencia del empresario cuando instada la ejecución en la forma establecida por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, no se consiga satisfacción de los créditos laborales*”. Según esta definición la declaratoria de insolvencia tendrá cabida en el proceso de ejecución de sentencia. Este proceso se encuentra regulado en el Libro IV de la LRJS (arts. 237-305).

De acuerdo con lo que establece el art. 276 de la LRJS el procedimiento para la declaratoria de insolvencia que en ella se establece tiene como única finalidad la intervención en el proceso del FOGASA, a fin de requerirle a dicho organismo el abono de las deudas salariales pendientes de pago que por ley le corresponden, pues este es el único supuesto de responsabilidad subsidiaria previsto. Sin embargo, considero que la regulación que recoge la LRJS sobre la figura de la insolvencia y la determinación del cauce procesal que en ella se establece para que opere la responsabilidad subsidiaria del FOGASA, bien puede servir para ofrecer un tratamiento similar a la exigibilidad de la responsabilidad subsidiaria de alcance general que se viene proponiendo, si bien, es probable que sea necesario modificar el artículo 276 de la LRJS para establecer en él de manera expresa el supuesto referido a la declaratoria de insolvencia de los contratistas y subcontratistas.

Ciertamente, la exigencia del procedimiento para llegar al auto de insolvencia en el proceso de ejecución de sentencia implica para el trabajador un trámite procesal adicional para poder hacer valer sus créditos, lo que sin duda alguna supone una carga a sus espaldas. Pero como se ha dicho ya, el

783 MESSINEO, Francesco, “*Manual de Derecho Civil y Comercial*”, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, Tomo IV, pág. 56; DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, “*Sistema de Derecho Civil*”, op. cit., pág. 493.

esfuerzo que todo esto conlleva quedaría compensado por la ventaja que significa la ampliación del ámbito de cobertura que tendría la responsabilidad empresarial y por el fortalecimiento del contenido material que esta experimentaría.

Por otro lado, debe hacerse ver que la idea de reformar el régimen de responsabilidad del artículo 42 del E.T. apartándose de la responsabilidad solidaria para en su lugar, establecer un sistema de responsabilidad subsidiaria, no es novedosa ni mucho menos. La propuesta ya ha sido planteada, o cuando menos sugerida, por algún sector de la doctrina que considera esta posibilidad como una alternativa equitativa y razonable para lograr una regulación legal más eficaz, que permita reducir los riesgos inherentes al fenómeno de la descentralización sin desincentivar su uso⁷⁸⁴.

Tampoco debe perderse de vista que el ordenamiento jurídico ya prevé la utilización del mecanismo de la responsabilidad empresarial de tipo subsidiaria para atender obligaciones laborales y de Seguridad Social en esquemas de descentralización productiva. El caso más sobresaliente se encuentra en la legislación que regula las empresas de trabajo temporal.

La LETT en su artículo 16.3 párrafo primero, establece que *“la empresa usuaria responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato”*.

Ciertamente este esquema de responsabilidad subsidiaria previsto en la LETT ha tenido poca utilidad práctica⁷⁸⁵. Pero la escasa utilización del

784 RIVERO LAMAS, Juan, *“La descentralización productiva...”*, op. cit., pág. 44; DE VAL TENA, Ángel Luis, *“La responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas: del supuesto de hecho a la diversidad de regímenes”*, en AA.VV., [Juan Rivero Lamas (Dir.), Ángel Luis de Val Tena (Coord.)]: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales el “outsourcing”*, Thomson- Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 122; SALA FRANCO, Tomás, *“La descentralización empresarial y la responsabilidad...”*, op. cit., pág. 156.

785 MONEREO PÉREZ, José Luis y MORENO VIDA, María Nieves, *“Las empresas de trabajo temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial”*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 48, pág. 60.

mecanismo de responsabilidad subsidiaria en este caso, obedece primordialmente a la existencia de la garantía financiera que la ETT debe constituir para su funcionamiento conforme lo previsto en el art. 3 de la misma LETT. Y es que de acuerdo con lo que dispone el art. 16.3 de la misma ley, en concordancia con el art. 10.6 del Real Decreto 417/ 2015 de 29 de mayo (RDETT)⁷⁸⁶, la responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria solo entraría en juego si la garantía financiera resulta insuficiente. Adicionalmente, el ámbito material de responsabilidad que asume la garantía financiera de la ETT es mucho más amplio que el ámbito de responsabilidad subsidiaria del art. 16.3. Estas dos condiciones – garantía financiera y alcance extenso de la misma-, hace poco probable que en la práctica ocurra un caso en el que queden descubiertos que deban atenderse por la vía de la responsabilidad subsidiaria. Todo esto supone en definitiva, que la responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria cumple un rol de mecanismo auxiliar, que puede materializarse como recurso alternativo a la ejecución de la garantía financiera solo en casos extremos o excepcionales⁷⁸⁷.

La situación que puede darse con la responsabilidad subsidiaria en materia de contratas y subcontratas sería diferente, pues aquí no opera ningún mecanismo de garantía financiera como el que aplica para el caso de las ETTs. En el esquema alternativo de responsabilidad empresarial que se viene proponiendo para el artículo 42 del E.T., la responsabilidad subsidiaria constituiría el mecanismo de garantía laboral por excelencia.

Otro supuesto de responsabilidad subsidiaria previsto en el ordenamiento jurídico laboral es el que se encuentra establecido en el art. 168.1 de la LGSS. Según se vio al momento analizar las responsabilidades referidas a la Seguridad Social en materia de contratas (Capítulo IV, apartado 3), esta nor-

786 Este artículo es una reproducción casi idéntica del artículo 9.5 del Real Decreto 4/1995, de 13 de enero, ya derogado.

787 GALA DURÁN, Carolina, “*Responsabilidades laborales y de Seguridad Social*”, en AA.VV., [María Luisa Molero Marañón y Fernando Valdés Dal-Ré (Dir.)]: *Comentarios a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal*, La Ley, Madrid, 2009, pág. 578.

ma declara al empresario principal o comitente responsable subsidiario del pago de las prestaciones cuando el contratista responsable directo haya sido declarado insolvente. A esta norma remite también el art. 142 de la misma LGSS cuando declara responsables de la obligación de cotizar al contratista y al titular de la obra o empresario comitente, por lo que se entiende que la responsabilidad de cotización también es de naturaleza subsidiaria.

Del texto del artículo queda claro que el empresario principal o comitente responde subsidiariamente cuando el contratista responsable del pago de una prestación o del cumplimiento de la cotización haya sido declarado insolvente. Al respecto, el artículo 14.1 del RGR establece que cuando concurren hechos, negocios o actos jurídicos que determinen la responsabilidad subsidiaria respecto de deudas con la Seguridad Social líquidas, vencidas y exigibles, una vez constatada la insolvencia del deudor principal, la Tesorería General de la Seguridad Social, podrá emitir reclamación de deuda o acta de liquidación contra el responsable subsidiario.

Resulta oportuno reiterar aquí que este sistema de responsabilidad subsidiaria instaurado en la LGSS, comprende un ámbito de aplicación mucho más amplio que el que tiene la responsabilidad de tipo solidaria del art. 42 del E.T., ya que el mismo se encuentra referido a todo tipo de contrataciones y subcontratas, y no solo a las correspondientes a la propia actividad de la empresa principal⁷⁸⁸. Este aspecto del ámbito aplicativo de la responsabilidad subsidiaria prevista en el art. 168.1 de la LGSS, reviste especial relevancia para los efectos de la propuesta que se viene haciendo, por cuanto, se estaría

788 CALVO GALLEGOS, Javier Francisco, *“La regulación laboral...”*, op. cit., pág. 78; BLASCO PELLICER, Ángel, *“Contratas y subcontratas: responsabilidad...”*, op. cit., pág. 774; PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, *“Contratas y empresas...”*, op. cit., pág. 26; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *“La tutela de los trabajadores...”*, op. cit., pág. 304; SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, *“La responsabilidad y subrogación...”*, op. cit., pág. 149; GARCÍA PIQUERAS, Manuel, *“Régimen jurídico...”*, op. cit., pág. 53; LUQUE PARRA, Manuel, *“La responsabilidad empresarial...”*, op. cit., págs. 208 y 209. CAMPS RUIZ, Luis Miguel, *“La obligación empresarial...”*, op. cit., pág. 251; RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan, *“Las responsabilidades del empresario...”*, op. cit., pág. 156; MONTOYA MEDINA, David, *“Trabajo en contrataciones...”*, op. cit., pág. 308; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *“La tutela de los trabajadores...”*, op. cit., pág. 306.

logrando hacer coincidir a plenitud el sistema de responsabilidad del art. 42 del E.T. con la responsabilidad prevista en el art. 168.1 de la LGSS, al quedar ambos sistemas determinados por la responsabilidad de tipo subsidiaria y referidos a todo tipo de contratas.

También es importante hacer ver que en el derecho comparado se encuentran modelos de responsabilidad empresarial subsidiaria para el trabajo en subcontratación. Tal es el caso de la legislación laboral uruguaya, que mediante Ley 18.251⁷⁸⁹ introdujo una reforma legislativa para modificar el anterior régimen exclusivo de responsabilidad solidaria por uno nuevo que conjuga la responsabilidad subsidiaria con la solidaria. La aplicación de uno u otro tipo de responsabilidad, dependerá de si la empresa principal ejerce o no su derecho a ser informada sobre el cumplimiento de las obligaciones laborales y de las previsiones sociales por parte de la empresa contratista o subcontratista⁷⁹⁰.

La articulación de este esquema de responsabilidad a dos bandas que contiene la ley uruguaya, se logra por aplicación de los artículos 4 y 6 de la citada Ley 18.251. El primero de estos artículos establece que el empresario que utilice contratistas y subcontratistas tiene derecho a que estos le informen el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales, de la Seguridad Social y las relativas a la protección de riesgo de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que les correspondan respecto de sus trabajadores. Para tales efectos, el mismo artículo otorga a la empresa la facultad de exigir a contratistas y subcontratistas documentación demostrativa del estado de cumplimiento.

789 Ley de responsabilidad laboral en los procesos de descentralización empresarial, núm. 18251 de 24 de enero de 2007.

790 ROSENBAUN RIMOLO, Jorge y CASTELLO ILLIONE, Alejandro, “*Subcontratación e intermediación laboral. Estudio de las leyes 18.099 y 18.251*”, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2008, pág. 156; MANGERILLI COSTA, Cristina, “*Descentralización empresarial y responsabilidad laboral en Uruguay*”, en AA.VV., [Tomás Sala Franco, Cristina Mangarelli, Francisco J. Tapia Guerrero (Coord.)]: “*La Descentralización empresarial y la responsabilidad laboral en América Latina y España*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 298.

Por su parte el artículo 6 señala que si la empresa principal ejerce efectivamente su derecho a ser informada, responderá en forma subsidiaria. Si no ejerce dicha facultad la responsabilidad será solidaria.

Chile es otro país cuya legislación laboral prevé la responsabilidad subsidiaria combinada con la responsabilidad solidaria como mecanismo de garantía para el trabajo en régimen de subcontratación. En este caso, el artículo 183-B del Código de Trabajo⁷⁹¹ establece un régimen preferente de responsabilidad solidaria a cargo de la empresa principal por las obligaciones laborales y de Seguridad Social que correspondan a los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas. Sin embargo, por disposición del artículo 183-D del mismo código, la empresa principal responderá subsidiariamente cuando hiciere efectivo el derecho a ser informada por parte de los contratistas y subcontratistas sobre el estado de cumplimiento de aquellas obligaciones⁷⁹². Por consiguiente, la responsabilidad solidaria procede cuando la empresa principal o comitente no demuestre haber ejercitado el derecho de información, según el procedimiento que para tales efectos regula el artículo 183-C del Código.

Según lo visto, en estas dos legislaciones la responsabilidad solidaria del empresario principal queda condicionada a la facultad que este tiene de comprobar el cumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social por parte de los contratistas y subcontratistas. Así, el elemento clave que sirve para determinar cuál es el régimen de responsabilidad aplicable a la empresa principal, será el ejercicio o no de aquella facultad legal.

En la mecánica de ambas leyes, el empresario principal no tiene la obligación de controlar si el contratista o subcontratista cumplen de manera regular y satisfactoria las obligaciones laborales y de Seguridad Social. Sin

791 Ley 18620 del 31 de julio de 2002 que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código de Trabajo, modificado por Ley núm. 20123 de 5 de octubre de 2006 mediante la cual se introduce la reforma a los artículos citados.

792 PALAVENCINO CÁCERES, Claudio, “*Subcontratación. Régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2006, pág. 56; UGARTE CATALDO, José Luis, “*Relaciones laborales triangulares: la subcontratación y el suministro de trabajadores en la nueva ley chilena*”, Revista do Tribunal Regional do Trabalho, núm. 30, jan- jun 2007, pág. 124.

embargo, si así lo hace se verá beneficiado de manera directa, al aplicársele un régimen de responsabilidad más benigno o favorable. Así, la principal consecuencia del ejercicio de la facultad de control de cumplimiento que prevén estas leyes, es la mutación de la naturaleza jurídica de la responsabilidad que le incumbe al empresario principal, que pasa de subsidiaria a solidaria o la inversa, según se haya ejercido o no aquélla facultad de control sobre las empresas con las que subcontrata obras o servicios⁷⁹³.

En mi opinión, un régimen de responsabilidad empresarial como el establecido en estas legislaciones, a la vez que garantiza la tutela de los intereses de los trabajadores, logra de manera eficaz depurar el mercado de las contrataciones y promueve el cumplimiento de las normas laborales y de Seguridad Social, ya que las empresas estarán interesadas en vincularse con otras que cumplan, como también estarán interesadas en ejercer el debido control de cumplimiento, ya que de esta manera se garantizan un régimen de responsabilidad más benevolente.

SEXTA: El texto sustitutivo del art. 42 del E.T.: La propuesta de *Legisferenda*.

Puestos en conjunto todos los elementos que se han analizado para la reconstrucción del artículo 42 del E.T. que se viene proponiendo, podría replantearse el contenido del artículo con los siguientes elementos:

I. El supuesto de hecho

El supuesto de hecho del artículo 42 del E.T. quedaría constituido por todas las contrataciones y subcontratas que tengan por objeto la realización de obras o la prestación de servicios vinculados a la actividad productiva de la empresa comitente.

793 GARMENDIA ARIGÓN, Mario, “Nuevo régimen de responsabilidad en subcontratación, intermediación y suministro de mano de obra (Comentarios sobre las leyes 18.099 y 18.251)”, *Tribuna del Abogado*, núm. 156, enero-febrero, 2008, Montevideo, pág. 22.

II. El ámbito subjetivo de la responsabilidad.

La responsabilidad empresarial alcanzará tanto al empresario principal como a contratistas y subcontratistas. En los supuestos de encadenamientos de contratos no podrá subcontratarse más allá del tercer nivel descendente.

III. El ámbito objetivo de la responsabilidad.

La responsabilidad empresarial abarcará todas las obligaciones laborales y de Seguridad Social que correspondan a contratistas y subcontratistas.

IV. El ámbito temporal.

La responsabilidad empresarial abarcará solamente las obligaciones asumidas por el contratista o subcontratista durante el periodo de vigencia de la contrata

V. Tipo de responsabilidad empresarial compartida.

La responsabilidad empresarial será de naturaleza subsidiaria.

De acuerdo con la anterior exposición de los elementos ya modificados del contenido del artículo 42 del E.T. el texto sustitutivo resultado de la propuesta que se propone quedaría de la siguiente forma:

“Artículo 42. Subcontratación de obras y servicios.

- 1. Los empresarios y las Administraciones Públicas que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios serán responsables subsidiarios de las obligaciones laborales y de Seguridad Social que los contratistas y subcontratistas tengan con sus trabajadores durante el tiempo en que estos presten servicios adscritos a la contrata o subcontrata.*
- 2. La responsabilidad por las obligaciones laborales se extenderá durante el año siguiente a la finalización de la contrata o subcontrata. Respecto de las obligaciones referidas a la Seguridad Social la res-*

ponsabilidad se extenderá hasta los tres años siguientes a la finalización del encargo.

3. *Se prohíbe la subcontratación sucesiva más allá del tercer nivel.*
4. *Los trabajadores del contratista o subcontratista deberán ser informados por escrito por su empresario de la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento. Dicha información deberá facilitarse antes del inicio de la respectiva prestación de servicios e incluirá el nombre o razón social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal. Asimismo, el contratista o subcontratista deberán informar de la identidad de la empresa principal a la Tesorería General de la Seguridad Social en los términos que reglamentariamente se determinen.*

6. Sin perjuicio de la información sobre previsiones en materia de subcontratación a la que se refiere el artículo 64 cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a los representantes legales de sus trabajadores sobre los siguientes extremos:

- a) *Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista.*
- b) *Objeto y duración de la contrata.*
- c) *Lugar de ejecución de la contrata.*
- d) *En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal.*
- e) *Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.*

Cuando las empresas principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá disponer de un libro registro en el que se refleje la información

anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes legales de los trabajadores.

5. *La empresa contratista o subcontratista deberá informar igualmente a los representantes legales de sus trabajadores, antes del inicio de la ejecución de la contrata, sobre los mismos extremos a que se refieren el apartado 3 anterior y las letras b) a e) del apartado 4.*

6. *Los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación.*

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende.

7. *Los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando compartan de forma continuada centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral en los términos previstos en el artículo 81.*

La capacidad de representación y ámbito de actuación de los representantes de los trabajadores, así como su crédito horario, vendrán determinados por la legislación vigente y, en su caso, por los convenios colectivos de aplicación.”

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AA.VV., “Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores”, [Efraén Borrajo Dacruz (Dir.)], Tomo VIII, artículos 39 al 44, Editorial de Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.

AA.VV., “El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario”, MTSS, Madrid, 1987.

AA.VV., “Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo”, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTSS, Madrid, 2000.

AA.VV., “Descentralización productiva y protección de trabajo en contratas”, Estudios en homenaje de Francisco Blat Gimeno, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

AA.VV., “La externalización de actividades laborales (Outsourcing): Una visión interdisciplinar”, [Abdón Pedrajas Moreno (Dir.)], Lex Nova, Valladolid, 2002.

AA.VV., “Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual”, Lex Nova, Valladolid, 2001.

AA.VV., “Descentralización productiva y responsabilidades empresariales el “outsourcing”, [Juan Rivero Lamas (Dir.), Ángel Luis de Val Tena (Coord.)], Thomson- Aranzadi, Pamplona, 2003.

AA.VV., “Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

AA.VV., “Las Relaciones Laborales en las Administraciones Locales”, [Javier Gárate Castro, (Coord.)], Barcelona, 2004.

AA.VV., “Derecho de responsabilidad civil extracontractual”, [(José María Pena López (Dir.)], Cálamo, Producciones Editoriales S.L., Barcelona, 2004.

AA.VV., “Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas”, XVI Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTSS, Madrid, 2006.

AA.VV., “La imputación de responsabilidad en las relaciones laborales”, [Jordí Agustí, Juliá (Coord.)], Bomarzo, Albacete, 2008.

AA.VV., “Contratación temporal, empresas de trabajo temporal y subcontratación en la negociación colectiva”, [Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (Dir.), Raquel Aguilera Izquierdo (coord.)], MTIM, Madrid, 2010.

AA.VV., “Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo”, Bomarzo, Albacete, 2010.

AA.VV., “Modalidades de contratación temporal. Estudio de su régimen jurídico”, [José Luis Monereo Pérez (Dir.), Carolina Serrano Falcón (Coord.)], Comares, Granada, 2010.

AA.VV., “El empresario Laboral. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo a su jubilación”, [Ángel Blasco Pellicer (coord.)], Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

AA.VV., “La descentralización empresarial y la responsabilidad laboral en América Latina y España”, [Tomás Sala Franco, Cristina Mangarelli, Francisco J. Tapia Guerrero (Coord.)], Tirant Lo Blanch, Segunda Edición, Valencia, 2011.

AA.VV., “100 preguntas laborales sobre descentralización Productiva”, [Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (Dir.), Nuria P. García Piñeiro (Coord.)], La Ley, Navarra, 2011.

AA.VV., “Manual de Derecho Procesal Laboral: teoría y práctica,” [José Luis Monereo Pérez, parte teórica (Dir.), Rosa Moya Amador y Carolina Serrano Falcón, parte práctica (Dir.)], Tecnos, Madrid, 2012.

AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, “Contratas y subcontratas (art. 42 ET)”, Actualidad Laboral, Tomo I, págs. 972- 981, 2006.

ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, “Derechos Colectivos en materia de contrataciones y subcontratas”, en AA.VV., Descentralización productiva y protección de trabajo en contrataciones, “Estudios en homenaje de Francisco Blat Gimeno”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, “Técnicas jurídico-contractuales de descentralización empresarial”, en AA.VV., Los empresarios complejos: un reto para el derecho del trabajo, Bomarzo, Albacete, 2010.

ALEGRE NUENO, Manuel, “Concepto y efectos de la cesión ilegal de trabajadores”, en AA.VV., [Ángel Blasco Pellicer (Coord.)]: El empresario laboral. Estudios en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

ALFONSO MELLADO, Carlos Luis, “Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

ALMEDA CASTILLO, María Teresa, “La cesión de trabajadores a través de empresas multiservicios”, Relaciones Laborales, Tomo II, págs. 353- 373, 2005.

ALONSO OLEA, Manuel y BARREIRO GONZÁLEZ, German, “El Estatuto de los Trabajadores, texto, comentarios, jurisprudencia”, cuarta edición, Civitas, Madrid, 1995.

ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, “Derecho del Trabajo”, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Civitas, Madrid, 2002.

ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio, “Las obligaciones y responsabilidades del promotor en materia de prevención de riesgos laborales” Revista Información Laboral, número 9, págs. 17-57, 2014.

ARAGÓN MEDINA, Jorge, “Los grupos de empresa como unidad económica dominante”, en AA.VV., [Antonio Baylos y Luis Collado, (editores)]: Grupos de Empresa y Derecho del Trabajo, Trotta, Madrid, 1994.

ARTILES MARTÍN, Antonio y JÓDAR MARTÍNEZ, Pere, “Breve ensayo sobre crisis y relaciones industriales”, en AA.VV., Crisis económica y relaciones industriales. Ensayos sobre el conflicto capital/ trabajo, estrategias y alternativas, Zero, Madrid, 1985.

AUVERGNON, Philippe, “Una síntesis sobre las relaciones triangulares”, Temas Laborales, número 56, págs. 11- 14, 2000.

BALLESTER PASTOR, María Amparo, “El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural”, en AA.VV., Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas, Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

BAYLOS GRAU, Antonio, “Prestación de trabajo y partes del contrato de trabajo”, en AA.VV., Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo, Bomarzo, Albacete, 2010.

BAYLOS GRAU, Antonio, “Grupos de empresa y derecho del trabajo”, en Grupos de Empresas y Derecho del Trabajo, Trotta, Madrid, 1994.

BLASCO PELLICER, Ángel, “Contratas y subcontratas: responsabilidad subsidiaria del empresario principal en materia de Seguridad Social”, *Actualidad Laboral*, número 7, págs. 764- 777, 2005.

BLAT GIMENO, Francisco, “Análisis jurídico laboral de la descentralización productiva”, Tesis de Doctorado (inérita), Universidad de Valencia, 1989.

BLAT GIMENO, Francisco, “El marco sociológico de la descentralización productiva”, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

BORRAJO DACRUZ, Efrén, “Los salarios de tramitación: mito y realidad”, *Actualidad Laboral*, Tomo I, págs. 197- 225, 2003.

BRIONES GONZÁLEZ, Carmen, “El trabajo en régimen de subcontratación, o el extraordinario tránsito de la locatio conductio Operis a la parasubordinación de la mano del Proyecto de Convenio y Recomendación de la OIT”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1998.

BRONSTEIN, Arturo, “La subcontratación laboral” (ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre Derecho del Trabajo ante el Nuevo Milenio, República Dominicana, en abril de 1999), Organización Internacional del Trabajo, San José, Costa Rica, disponible en: www.oit.or.cr/oit/papers/subcontrat.pdf, 1999.

CAFFARENA LAPORTA, Jorge, “La solidaridad de deudores”, *Edersa*, Madrid, 1980.

CALVO GALLEGO, Francisco Javier, “La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios”, *Temas Laborales*, número 56, págs. 57- 94, 2000.

CALVO GALLEGO, Francisco Javier, “Los trabajadores autónomos dependientes: una primera aproximación”, *Temas laborales*, número 81, págs. 41-78, 2005.

CALVO GALLEGO, Francisco Javier, “La nueva ley sobre subcontratación en el sector de la construcción”, *Temas Laborales*, número 87, págs. 13- 82, 2006.

CALVO GALLEGO, Francisco Javier, “El desarrollo reglamentario y convencional de la Ley de la Subcontratación en el Sector de la Construcción”, *Temas Laborales*, número 93, pág. 77-124, 2008.

CAMPS RUIZ, Luis Miguel, “El concepto laboral de empresario” en AA.VV., [Efrén Borrajo Dacruz (Dir.)]: Comentarios a las Leyes laborales, el Estatuto de Los Trabajadores, Vol. VIII, Edersa, Madrid, 1990.

CAMPS RUIZ, Luis Miguel, “Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos”, en AA.VV., Grupos de Empresas y Derecho del Trabajo, Antonio Bayos Grau y Luis Collado, Trotta, Madrid, 1994.

CAMPS RUIZ, Luis Miguel, “La contratación laboral temporal”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.

CASANI FERNÁNDEZ de NAVARRETE, Fernando; LUQUE de la TORRE, María de los Ángeles; RODRÍGUEZ POMEDA, Jesús y SORIA LANIBÁN, Pilar, “La estrategia del outsourcing en el Sistema Financiero Español”, Revista Española de Financiación y Contabilidad, Vol. XXVII, número 99, enero-marzo, págs. 387- 412, 1999.

CASTILLO ALONSO, Juan José, “Las nuevas formas de organización del trabajo”, en AA. VV., Las nuevas formas de organización del trabajo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.

CASTELLO ILEONE, Alejandro, “Responsabilidad solidaria en el Derecho del Trabajo”, (con especial referencia al Derecho Rioplantense), Montevideo, 2004.

CASTELLS OLIVÁN, Manuel, “La sociedad en red. Una visión global”, Alianza Editorial, Madrid, 2006.

CERDÁ MICÓ, Alberto, “La ingeniería laboral del outsourcing”, en AA.VV., Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTSS, Madrid, 2000.

CIDONCHA MARTÍN, Antonio, “La libertad de empresa”, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.

CORTÉS SORIANO, Dulce, “Aspectos procesales de las Contratas”, en Temas Laborales número 90, págs. 107-130, 2007.

CRESPO FOLGUERA, José, “La responsabilidad salarial del empresario en contratas y subcontratas: su alcance objetivo”, en AA.VV., Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas, Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, *Relaciones Laborales*, número 2, págs. 114- 162, 1992.

CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 13, págs. 8-12, 1994.

CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales”, en AA.VV., [Rodríguez Piñero-Royo, Miguel (Coord.)]: *El empleador en el Derecho del Trabajo XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1999.

CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La permanente complejidad de las relaciones triangulares de trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 56, págs. 1- 7, 2000.

CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Outsourcing y relaciones laborales”, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTSS, Madrid, 2000.

CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La descentralización en España. Su impacto en las relaciones laborales”, en <http://www.larevistactesc.cat/documents/201710cruzvillalon.pdf>, 2000.

DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “Contratas y contratos de obra o servicio determinado, una relación complicada. Análisis de la cuestión a partir de la STS de 16 de julio de 2014 (Rº 1777/2013)”, *Revista de Información Laboral*, número 10, págs. 129-145, 2014.

DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “Problemas laborales en la remunicipalización de los servicios públicos”, *Trabajo y Derecho*, número 17, págs. 112-122, 2016.

DE LUCA TAMAJO, Rafael y PERULLI, Adalberto, “Informe General de las Ponencias Presentadas en el XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social celebrado en París”, Francia del 5 al 8 de setiembre de 2006.

DE SOTO RIOJA, Sebastián, “El Derecho del Trabajo: entre la unidad y la fragmentación”, *Temas Laborales*, núm. 33- 76, 2001.

DE VAL TENA, Ángel Luis, “La responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas: del supuesto de hecho a la diversidad de regímenes”, en AA.VV., [Juan Rivero Lamas (Dir.), Ángel Luis de Val Tena (Coord.)]: Descentralización productiva y responsabilidades empresariales el “outsourcing”, Thomson- Aranzadi, Pamplona, 2003.

DEL REY GUANTER, Salvador, “A propósito de los requisitos del artículo 42.1 TRET, y en especial sobre la “propia actividad”: notas a la luz de la STS de 24 de noviembre de 1998”, en AA.VV., Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTSS, Madrid, 2000.

DEL REY GUANTER, Salvador, “El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: Anotaciones a las novedades esenciales del artículo 44 del TRET”, Temas Laborales, número 61, págs. 239- 346, 2001.

DEL REY GUANTER, Salvador y LUQUE DE PARRA, Manuel, “Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral”, Relaciones Laborales, Tomo II, pág.530-569, 1999.

DEL REY GUANTER, Salvador y LUQUE PARRA, Manuel, “Descentralización productiva y relación laboral: Escisión de empresas”, en AA.VV., Estudios del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense, Madrid, 1999.

DEL REY GUANTER, Salvador (2006), “Reflexiones iniciales sobre la nueva Ley de subcontratación en la construcción”, Iuslabor, número 4, 2006, www.upf.edu./iuslabor/042006/DesdeDireccionSalvador.pdf, 2006.

DESDENTADO BONETE, Aurelio, “La sucesión de empresa. Una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, número 38, págs. 241-266, 2002.

DESDENTADO DAROCA, Elena, “La responsabilidad del empresario en la descentralización productiva. Un análisis crítico del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV., Los empresarios complejos: un reto para el derecho del trabajo, Bomarzo, Albacete, págs. 185-212, 2010.

DESDENTADO DAROCA, Elena, “Descentralización productiva, transmisión de empresa y grupos de sociedades en el concurso”, Temas Laborales, número 108, pág. 53-58, 2011.

DÍAZ ALCARAZ, Ramón, “Coordinación de actividades en el sector de la construcción”, ALCOR de MGO, número 3, 2005, Madrid, 2005.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, “Sistema de Derecho Civil”, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2001.

ESCANCIANO RODRÍGUEZ, Susana, “La necesaria adaptación de la estrategia sindical a las transformaciones actuales de las organizaciones empresariales: algunas cuestiones a considerar”, Ruct, número 10, págs. 91-120, 2009.

ESCOLAR PÉREZ, Marta, “Responsabilidad solidaria. Delimitación de su alcance a la luz de la nueva legislación procesal civil”, Aranzadi, Navarra, 2011.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan, “El derecho de huelga en el marco de la descentralización empresarial. Sentencias 75 y 76/2010, de 19 de octubre, y 98 a 112/ 2010, de 16 de noviembre de 2010 Tribunal Constitucional”, Temas Laborales, número 110, pág. 195-206, 2011.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, “Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo”, en AA.VV., [Ricardo Escudero Rodríguez (Coord.)]: Observatorio de la Negociación Colectiva, Madrid, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, 2002.

ESTEVE SEGARRA, Amparo, “El despido objetivo por causas organizativas en supuestos de descentralización organizativa (A propósito de las SSTs 3 y 4 de octubre de 2000, recursos 651/2000 y 4098/1999)”, Relaciones Laborales, Tomo II., págs. 503-522, 2001.

ESTEVE SEGARRA, Amparo, “Grupos de empresas: efectos de las transformaciones empresariales sobre el derecho del trabajo”, Universitat de València, Valencia, 2003.

ESTEVE SEGARRA, Amparo, “Los salarios de tramitación”, Aranzadi, Navarra, 2009.

ESTEVE SEGARRA, Amparo, “Las empresas multiservicios: entre las contrataciones de obras y servicios y la cesión ilegal”, en AA.VV., [(Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco (coord.)]: Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo: estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

ESTEVE SEGARRA, Amparo, “La selección del convenio colectivo en empresas multiservicios. A propósito de la STS de 17 de marzo de 2015”, *Revista de información laboral*, vol. 9, págs. 17-30, 2015.

ESTEVE SEGARRA, Amparo, “Las cláusulas de delimitación funcional inclusivas de las empresas multiservicios en convenios sectoriales”, *Revista de derecho social*, vol. 71, págs. 39- 54, 2015.

ESTEVE SEGARRA, Amparo, “Externalización laboral en las empresas multiservicios y redes de empresa de servicios auxiliares”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

FALGUERA BARÓ, Miguel Ángel, “La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación”, Bomarzo, Albacete, 2015.

FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, “Aspectos laborales de la reversión de los servicios públicos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, número 407, págs. 5-14, 2016.

FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, “Empresas «multiservicios» y «dumping» social: Estado de la cuestión”, *Estudios financieros*, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, págs. 5- 12, 2016.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “Descentralización productiva, contrataciones y despido por causa organizativa”, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrataciones*. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Tirant Lo Blach Valencia, 2000.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “Descentralización laboral: problemas e incidencias”, *Revista de Derecho Social*, número 75, págs. 13-30, 2016.

FITA ORTEGA, Fernando, “El contrato de obra o servicio determinado vinculado a la contrata o subcontrata”, *Actualidad Laboral*, Tomo I, págs. 1352-1373, 2005.

FUENTES FERNÁNDEZ, Francisca, “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad empresarial en la subcontratación, en relación con los salarios de tramitación por despido”, *Temas Laborales*, número 56, págs. 107- 120, 2000.

FUENTES RODRÍGUEZ, Francisca, y VILLALÓN CRUZ, Jesús, “La posible implantación del agrupamiento de empleadores en España”, *Temas Laborales*, número 56, págs. 259- 271, 2000.

FUENTES RODRÍGUEZ, Francisca y CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La permanente complejidad de las relaciones triangulares de trabajo”, *Temas Laborales*, número 56, pág. 1-7, 2000.

GALA DURÁN, Carolina, “La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social”, Aranzadi, Pamplona, 1997.

GALA DURÁN, Carolina, “Aspectos problemáticos de la responsabilidad salarial en el ámbito de las contratadas y subcontratadas de obras y servicios”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, págs. 131- 172, 2000.

GALA DURÁN, Carolina, “La responsabilidad en materia salarial en el ámbito de las contratadas y subcontratadas de obras y servicios: Puntos críticos”, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTSS, Madrid, 2000.

GALA DURÁN, Carolina, “La problemática actual de la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones: perspectivas legal y jurisprudencial”, *Temas Laborales*, núm. 66, págs. 377- 422, 2002.

GALA DURÁN, Carolina, “Responsabilidades laborales y de Seguridad Social”, en AA.VV., [María Luisa Molero Marañón y Fernando Valdés Dal Ré (Dir.)]: *Comentarios a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal*, La Ley, Madrid, 2010.

GALA DURÁN, Carolina, “La subcontratación socialmente responsable en el ámbito privado: ¿Un nuevo reto para la legislación laboral?”, *Temas Laborales*, núm. 105, págs. 13- 47, 2010.

GÁRATE CASTRO, Javier, “Descentralización productiva por medio de contratadas de obras y servicios. Algunas cuestiones laborales y de la Seguridad Social, con especial referencia a las Administraciones Públicas”, *Actualidad Laboral*, Tomo I, págs. 1035- 1057, 2004.

GARCÍA BLASCO, Juan y AGUILAR MARTÍN, María Carmen, “La subcontratación en la construcción: a propósito del Reglamento de 24 de agosto de 2007”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, número 17, págs. 77-104, 1999.

GARCÍA MONTALBÁN, Celia, “Ámbito material en las contratadas y subcontratadas”, en AA.VV., [(Rodríguez Piñero-Royo, Miguel (coord.)]: *El empleador en el Derecho del Trabajo XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1999.

GARCÍA-MORENO GONZÁLO, José María, “Contratos entre empresas para la instrumentalización de la externalización”, en AA.VV., [Pedrajas Moreno, Abdón (Dir.)]: La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinar, Lex Nova, Valladolid, 2002.

GARCÍA MURCIA, Joaquín, “El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores”, Revista de Política Social, número 130, págs. 7-88, 1981.

GARCÍA MURCIA, Joaquín, “La responsabilidad civil en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo”, Temas Laborales, núm. 50, págs. 223- 243, 1999.

GARCÍA MURCIA, Joaquín, “Responsabilidades y Sanciones en Materia de Seguridad Social en el Trabajo”, Aranzadi, Pamplona, Segunda Edición, 2000.

GARCÍA MURCIA, Joaquín, “Contratas y subcontratas”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, número 48, págs. 13-38, 2004.

GARCÍA NINET, José Ignacio, “Obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad y salud en los supuestos de contratos y subcontratas. Consideraciones en torno al art. 24 (coordinación de actividades empresariales) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en AA.VV., Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GARCÍA NINET, José Ignacio y VICENTE PALACIO, María Arantzazu, “El contrato para obra o servicio determinado”, en AA.VV., [José Luis Monereo Pérez (Dir.), Carolina Serrano Falcón (Coord.)]: Las modalidades de contratación temporal. Estudio de su régimen jurídico, Comares, Granada, 2010.

GARCÍA ORTEGA, Jesús, “Sobre la responsabilidad de las obligaciones referidas a la Seguridad Social en caso de contrata y subcontrata de obras y servicios. (A propósito de la STS de 23 de septiembre de 2008, rec. 1048/2007”, Tribuna Social, núm. 226, págs. 48- 51, 2009.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, “Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos”, Actualidad Laboral, Tomo I, págs. 1163- 1180, 2004.

GARCÍA- PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y GOÑI SEIN, José Luis, “Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas” en AA.VV., Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GARCÍA PIQUERAS, Manuel, “Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contrata y subcontratas de obras y servicios”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

GARMENDIA ARIGÓN, Mario, “Nuevo régimen de responsabilidad en subcontratación, intermediación y suministro de mano de obra (Comentarios sobre las leyes 18.099 y 18.251)”, Tribuna del Abogado, número 156, enero-febrero, Montevideo, 1998.

GODINO REYES, Martin y SAGARDOY DE SIMÓN, Iñigo, “Contrata y subcontrata de obras y servicios. La cesión de trabajadores a través de las Empresas de Trabajo Temporal”, Editorial CISS S.A., Valencia, 1998.

GOERLICH PESET, José María, “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, en Actualidad Laboral, número 8, págs. 125- 156, 1997.

GOERLICH PESET, José María, “Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios”, en AA.VV., Descentralización Productiva y protección del trabajo en contrata, Estudios en Homenaje a Francisco Blat Gimeno, Valencia, 2000.

GOERLICH PESET, José María, “Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores”, Actualidad Laboral, Tomo I, págs. 39-56, 2001.

GOERLICH PESET, José María, “Actividades laborales externalizables. Régimen jurídico”, en AA.VV., [Abdón Pedrajas Moreno, (Dir.)]: La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinar, Lex Nova, Valladolid, 2002.

GOERLICH PESET, José María, “La dimensión de la empresa: pequeñas y medianas empresas ante el Derecho del Trabajo”, en AA.VV., [Ángel Blasco Pellicer (coord.)]: El empresario Laboral, Estudios jurídicos en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo a su jubilación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GOERLICH PESET, José María, “Competencia desleal, empresas de trabajo temporal y empresas de servicios. A propósito de las SSAN 104 y 105/2014, de 30 de mayo”, Revista de Información Laboral, número 6, págs. 115- 143, 2014.

GÓMEZ ÁLVAREZ, Tomás, “El difícil equilibrio entre el rescate de las contrata y los principios de mérito y capacidad en el acceso del personal laboral a la función pública”, en AA.VV., Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTSS, Madrid, 2009.

GÓMEZ GORDILLO, Rafael, “Descentralización productiva en la negociación colectiva en Andalucía”, *Temas Laborales*, Vol. III, número. 100, págs. 1.105 a 1.146, 2009.

GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, “Los requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción”, en AA.VV., [Jesús Rafael, Mercader Uguina (coord.)]: *La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva”, Grupo Difusión, Madrid, 2007.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “La tutela de los trabajadores en supuestos de descentralización productiva no regulados por el ordenamiento laboral”, *Tribuna Social*, número 198, págs. 36- 48, 2007.

GUILARTE ZAPATERO, Vicente, “De la fianza”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1983.

HERRAÍZ MARTÍN, María del Sol, “Nuevas formas de organización productiva: la denominada descentralización y sus manifestaciones”, *Tribuna Social*, número 167., págs. 15-30, 2004.

HERRERO SUÁREZ, Carmen, “La excepción de eficiencia económica (efficiency defense) en el control de la concentración empresarial (Análisis comparado entre el Derecho Antitrust estadounidense y el Derecho de la Competencia europeo)”, *Revista del Mercantil*, número 242, octubre- diciembre, Madrid, 2001.

HORTAL IBARRA, Juan Carlos, “Subcontratación, cesión legal de trabajadores y responsabilidad penal en material de prevención de riesgos laborales”, *Tribuna Social*, número 175, págs. 22- 28, 2005.

LANTARÓN BARQUÍN, David, “Responsabilidad, registros y libros en la nueva Ley Reguladora de la Subcontratación en la construcción: Un paradigma legal del servicio de la reforma a la sustancia de las instituciones”, en AA.VV., [Jesús Mercader Uguina (Coord.)]: *La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

LASIERRA ESTEBAN, José Manuel, “La dimensión económica de la descentralización productiva”, en AA.VV., [Juan Rivero Lamas (Dir.), Ángel Luis de Val Tena (Coord.)]: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales el “outsourcing”*, Thomson- Aranzadi, Pamplona, 2003.

LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas”, La Ley, Madrid, 1999.

LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “El alcance personal de la responsabilidad solidaria en los puestos de encadenamiento de contratas y subcontratas”, Actualidad Laboral, Tomo I, págs. 153- 156, 2000.

LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “Innovaciones legales en materia de contratación y subcontratación de obras y servicios. Reforma del artículo 42 ETT por la Ley 12/2001, de 9 de julio”, Actualidad Laboral, Tomo I, págs. 1- 14, 2002.

LLUCH CORELL, Francisco Javier, “La situación de los trabajadores indefinidos en la Administración Pública desde la reforma laboral del año 2013”, Revista de Jurisprudencia, número 1, 5 de diciembre, versión digital, 2013.

LÓPEZ AHUMANDA, José Eduardo, “El contrato de puesta a disposición y las modalidades contractuales de carácter temporal tras la reforma de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal”, Temas Laborales, número 56, págs. 273- 284, 2000.

LÓPEZ ANIORTE, María del Carmen, “La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo”, Laborum, Murcia, 2003.

LÓPEZ ANIORTE, María del Carmen, “Extensión subjetiva de la protección dispensada a los trabajadores en supuestos de reorganización empresarial mediante contratas: Deficiencias detectadas y propuesta de solución.”, en AA.VV., Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas, XVI Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTSS, Madrid, 2006.

LÓPEZ GANDÍA, Juan y TATAY PUCHADES, Carmen, “Contras y subcontratas y responsabilidades de Seguridad Social”, en AA.VV., Descentralización productiva y protección de trabajo en contratas, Estudios en homenaje de Francisco Blat Gimeno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

LÓPEZ LLUCH, María Inmaculada, “El derecho de huelga: nueva doctrina sobre el «el esquirolaje electrónico» en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 5 de setiembre de 2012”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, 2013.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Caridad, “Subcontratación y cesión ilegal: delimitación y responsabilidades empresariales por la cesión ilegal de trabajadores”, en AA.VV., [Juan Rivero Lamas (Dir.), Ángel Luis de Val Tena (Coord.)]: Descentralización productiva y responsabilidades empresariales el “outsourcing”, Thomson- Aranzadi, Pamplona, 2003.

LÓPEZ SÁNCHEZ, María del Carmen, “El empleador en las organizaciones empresariales complejas”, CEES, Madrid, 2007.

LÓPEZ TERRADA, Eva, “Las repercusiones de la globalización en el ordenamiento laboral español”, en AA.VV., [María Luisa Atienza Navarro, Raquel Evangelio Llorca, María Dolores Mas Badía y María Pilar Montes Rodríguez (coord.)]: Pensamientos jurídicos y palabras dedicados a Rafael Ballarín, Universidad de Valencia, 2009.

LÓPEZ TERRADA, Eva, y NORES TORRES, Luis Enrique, “La función delimitadora del concepto “propia actividad” en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV., El empresario Laboral. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

LUQUE PARRA, Manuel, “La responsabilidad civil del empresario en materia de Seguridad y Salud Laboral”, CES, Madrid, 2002.

LUQUE PARRA, Manuel, “La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios”, Relaciones Laborales, Tomo I, págs. 187- 214, 2000.

MANGERELLI COSTA, Cristina, “Descentralización empresarial y responsabilidad laboral en Uruguay”, en AA.VV., [Tomás Sala Franco, Cristina Mangarelli, Francisco J. Tapia Guerrero (Coord.)]: La Descentralización empresarial y la responsabilidad laboral en América Latina y España, Tirant Lo Blanch, Segunda Edición, Valencia, 2011.

MARRERO RODRÍGUEZ, Josefa Rosa, “Las transformaciones más recientes en el ámbito de la organización empresarial: la descentralización productiva”, *Tempora* número 7, págs. 107-124, 2014.

MARTÍN ARTILES, Antonio, “La empresa-red: un modelo de división del trabajo entre empresas. Artículo en *Papers* 44”, Barcelona, 1994.

MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Cesión de Trabajadores”, en AA.VV., [Efraén Borrajo Dacruz (Dir.)]: *Comentarios a las Leyes Laborales, El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo VIII, artículos 39 al 44, Editorial de Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.

MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Responsabilidad empresarial en el caso de subcontrata de obras y servicios”, en AA.VV., [Efraén Borrajo Dacruz (Dir.)]: *Comentarios a las Leyes Laborales, El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo VIII, artículos 39 al 44, Editorial de Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.

MARTÍN VALVERDE, Antonio, “El discreto retorno del arrendamiento de servicios” en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo: Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, Colección Encuentros, número 10, Madrid, 1990.

MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael, “El estatuto de los trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontratas obras y servicios”, Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1982.

MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael, “La nueva regulación del salario”, en AA.VV., [Efrén Borrajo Dacruz (Coord.)]: El nuevo régimen jurídico del salario, Comentarios a las Leyes Laborales. La Reforma del Estatuto de los Trabajadores, Tomo I, Vol. 1º, Edersa, Madrid, 1994.

MARTÍNEZ FONS, Daniel, “Los límites en la descentralización productiva: la frontera con los fenómenos de la cesión ilegal de trabajadores”, en AA.VV., Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual, Lex Nova, Valladolid, 2001.

MARTÍNEZ GARRIDO, Luis Ramón, “Descentralización productiva: Outsourcing”, en AA.VV., Descentralización productiva, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 2000.

MARTÍNEZ GARRIDO, Luis Ramón, “Algunas reflexiones sobre la regulación legal de la descentralización productiva: presente y futuro”, Revista de Seguridad Social y Laboral, número 184, págs. 15-22, 2006.

MARTÍNEZ RAMÍREZ, Juan y SALA FRANCO, Tomás, “Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores”, en AA.VV., Descentralización productiva y protección de trabajo en contratas, Estudios en homenaje de Francisco Blat Gimeno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MÉNDEZ CALVO, Remedios, “Negociación colectiva y descentralización productiva”, CEES, Madrid, 2009.

MERCADER UGUINA, Jesús, “La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Superior”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MERCADER UGUINA, Jesús y NIETO ROJAS, Patricia, “Objeto, ámbito de aplicación y definiciones en la Ley de subcontratación en el sector de la Construcción”, en AA.VV., [Jesús Mercader Uguina (Coord.)]: La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción, Lex Nova, Valladolid, 2007.

MESSINEO, Francesco, “Manual de Derecho Civil y Comercial”, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo IV, Buenos Aires, 1971.

MIÑARRO YANINI, Margarita, “La prevención de riesgos laborales en la contratación temporal, empresas de trabajo temporal y contratas y subcontratas”, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Madrid, 2002.

MOLERO MANGLANO, Carlos, “Derecho Sindical”, Dykinson, Madrid, 1996.

MOLERO MANGLANO, Carlos, “De qué depende de que una contrata sea declarada cesión ilegal?”, Actualidad Laboral, Tomo II, págs. 253- 269, 2004.

MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “El régimen de retribución del personal de las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV., [María Luisa Molero Marañón y Fernando Valdés Dal Ré (Dir.)]: Comentarios a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal, La Ley, Madrid, 2009.

MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “Descentralización productiva y relaciones laborales”, Relaciones Laborales, núm. 9, Tomo I, <http://revista-relacioneslaborales.laley.es>, 2010.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “El problema de la identificación del concepto de “unidad productiva autónoma”, ex art. 44 E.T.: La posibilidad de nuevos usos hermenéuticos”, Temas Laborales, número 32, págs. 45- 67, 1994.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “La regulación jurídico-laboral de los grupos de sociedades. Problemas y soluciones”, Comares, Granada, 2008.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “La responsabilidad en la relación laboral: entre viejas y nuevas reglas”, en AA.VV., [Jordi Agustí, Juliá (Coord.)]: La imputación de responsabilidad en las relaciones laborales, Bomarzo, Albacete, 2008.

MOLINER TAMBORERO, Gonzalo, “Cesión ilegal, subcontratación y ET-T’s”, en AA.VV., [Jordi Agustí Juliá (Coord.)]: La imputación de responsabilidad en las relaciones laborales, Bomarzo, Albacete, 2008.

MOLINER TAMBORERO, Gonzalo, “Las contratas y subcontratas desde la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”, en AA.VV., Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas, Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Valencia, 2000.

MONEREO PÉREZ, José Luis, “Grupos de empresas y subcontratación”, en AA.VV., [Luis Collado García y Antonio Pedro Baylos Grau (Coord.)]: Grupos de empresa y Derecho del Trabajo, Trotta, Madrid, 1994.

MONEREO PÉREZ, José Luis, “La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos”, Madrid, Editorial Ibídem Ediciones, 1994.

MONEREO PÉREZ, José Luis, “Teoría Jurídica de los grupos de empresas y derecho del trabajo”, Comares, Granada, 1997.

MONEREO PÉREZ, José Luis, “Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización. La empresa en transformación permanente”, Relaciones Laborales, núm. 6, Tomo I, en <http://revista-relacioneslaborales.laley.es>, 2011.

MONEREO PÉREZ, José Luis, “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, Temas laborales número 135, 2016, págs. 251-307, 2016.

MONEREO PÉREZ, José Luis y ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, “Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial”, Comares, Granada, 2001.

MONEREO PÉREZ, José Luis. y ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, “Grupos de empresa y subcontratación”, en Grupos de Empresas y Derecho del Trabajo, Antonio Bayos Grau y Luis Collado, Trotta, Madrid, 1994.

MONEREO PÉREZ, José Luis y ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, “La “reforma” del art. 42 del E.T.: ¿Se ha operado una verdadera “reforma” de envergadura en virtud de la ley 12/2001?”, Temas Laborales, número 61, págs. 271- 328, 2001.

MONEREO PÉREZ, José Luis y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “El modelo de regulación jurídico-laboral de los grupos de empresas. Una propuesta de reforma”, Comares, Albacete, 2010.

MONEREO PÉREZ, José Luis y SERRANO FALCÓN, Carolina, “La subcontratación empresarial. Hacia un nuevo modelo de regulación”, Fundación Alternativas.

MONREAL DE LA IGLESIA, Víctor, “Comentarios a la Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción”, Revista de Dirección y Administración de Empresas, número 15, pág. 119-143, 2008.

MONTOYA MEDINA, David, “Trabajo en contratas y protección de los trabajadores”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

MONTOYA MEDINA, David, “La discutida admisibilidad de la contratación para obra o servicio determinado en el marco de la contratación y subcontratación de actividades productivas”, Relaciones Laborales, Tomo I, págs. 253-269, 2006.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Derecho del Trabajo”, Tecnos, Madrid, 1978.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, GALIANA MERENO, Jesús María, SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”, tercera edición, Aranzadi S.A., Navarra, 2000.

MORENO GENÉ, Josep, “Los grupos de empresas públicos. Identificación del empresario responsable”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

MORENO GENÉ, Josep, “Aspectos jurídico-laborales de las empresas filiales. La identificación del empresario responsable”, Tecnos, Madrid, 2003.

NIETO ROJAS Patricia, (2016): “Negociación colectiva y empresas multiservicios: un binomio no resuelto”, en prensa, 2016.

NORES TORRES, Luis Enrique, “El trabajo en contratas. La noción de contrata de propia actividad”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

NORES TORRES, Luis Enrique, “La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratas”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

NORES TORRES, Luis Enrique, “La reversión de contratas en el sector público y sus principales implicaciones laborales”, Revista de Jurisprudencia El Derecho, número 2, pág. 1- 7, 2016.

OLMO GASCÓN, Ana Marta, “Los derechos laborales del trabajo en contratas”, Comares, Albacete, 2006.

PALAVENCINO CÁCERES, Claudio, “Subcontratación. Régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2006.

PALOMEQUE LÓPEZ Manuel Carlos, “La responsabilidad del empresario en organizaciones complejas de empresas”, en AA.VV., [Ángel Blasco Pellicer (coord.)]: El empresario Laboral. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo a su jubilación, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

PARAMIO PARAMIO, Alberto, “Problemática de la subcontratación en la construcción. Análisis jurídico y resoluciones prácticas”, Lex Nova, Valladolid, 2009.

PASTOR MARTÍNEZ, Alberto, “Descentralización productiva y extinción del contrato por causas organizativas o de producción. Comentario a la STS (UD) de 31 de mayo de 2006 (RJ 3971)”, Iuslabor, número 4, págs. 1-7, 2006.

PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás, “Contratas y empresas de trabajo temporal: Responsabilidades”, Tiran Lo Blanch, Valencia, 2006.

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, “Solidaridad en la fianza”, Aranzadi, Pamplona, 1985.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, “Nuevas tecnologías y relación de trabajo”, Tiran Lo Blanch, Valencia, 1990.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, “Problemas Laborales de la deslocalización de empresa”, Actualidad Laboral., Tomo I, págs. 242- 264, 2006.

PÉREZ GUERRERO, María Luisa y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, “Contratas y cesión de trabajadores en la reforma laboral de 2006”, Temas Laborales, núm. 85, págs. 103- 140, 2006.

PÉREZ REY, Joaquín, “El empresario complejo y la necesidad de un derecho del trabajo insolente”, en AA.VV., Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo, Bomarzo, Albacete, 2010.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, “La descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo”, en AA.VV., Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan, “Las responsabilidades del empresario principal en las contratas y subcontratas”, en AA.VV., [Abdón Pedrajas Moreno, (Dir.)]: La externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinar, Lex Nova, Valladolid, 2002.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan, “El centro de Trabajo”, en AA.VV., [Ángel Blasco Pellicer (Coord.)], El empresario Laboral, Estudios jurídicos en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

RAMOS MORAGUES, Francisco, “La Administración pública como empresario: efectos de la contratación temporal irregular”, en AA.VV., [Ángel Blasco Pellicer (Coord.)]: El empresario laboral, Estudios jurídicos en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación, Tirant Lo Blach, Valencia, 2010.

RASO DELGUE, Juan, “La contratación atípica del Trabajo”, Editorial Amagallo M. Fernández, Montevideo, 2002.

RÍOS SALMERON, Bartolomé, “La nueva Ley Concursal y los trabajadores”, Actualidad Laboral, Tomo I, págs. 139- 160, 2004.

RIVERO LAMAS, Juan, “La descentralización productiva como fenómeno económico: planteamiento, factores determinantes y consecuencias para el derecho del trabajo”, en AA.VV., Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTSS, Madrid, 2000.

RIVERO LAMAS, Juan, “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico- laboral”, en AA.VV., [Juan Rivero Lamas (Dir.), Ángel Luis de Val Tena (Coord.)]: Descentralización productiva y responsabilidades empresariales el “outsourcing”, Thomson- Aranzadi, Pamplona, 2003.

RIVERO LAMAS, Juan, “La negociación colectiva en el sector de empresas multiservicios”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.

RODRÍGUEZ CARDO, Iván, “Los salarios de tramitación a la luz de los últimos cambios legales y de la jurisprudencia”, Actualidad Laboral, Tomo I, págs. 1274- 1298, 2006.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales”, Marcial Ponds, Barcelona, 2006.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “Medidas de racionalización del sector público. Incidencia sobre la estabilidad del personal laboral”, Revista Jurídica de Castilla y León, número 37, pág. 1-49, 2015.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luisa, “Algunas garantías frente a la descentralización productiva: límites al contrato para obra o servicio determinado y reconsideración de la ajenidad en el mercado”, Relaciones Laborales, Tomo II, págs. 593- 628, 2004.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, “Cadena de contratas y responsabilidad del empresario principal”, *Relaciones Laborales*, número 1, págs. 43-50, 1996.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, “El empleador en el Derecho del Trabajo”, *XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999.

RODRÍGUEZ- PIÑERO ROYO, Miguel, “La descentralización productiva en el estatuto de los trabajadores: regulación y desregulación”, en AA.VV., [(coord. Miguel Rodríguez-Piñero Royo, María Luisa Pérez Guerrero)]: *Veinticinco años de Estatuto de los Trabajadores: balance y perspectivas para un nuevo Estatuto*, 2006.

RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, “La regulación protectora del trabajador en Contratas”, *Revista de Política Social*, número 93, 1972.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, “Interposición y trabajo en contratas a través de la jurisprudencia”, en *Estudios en homenaje a Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, 1980.

RODRÍGUEZ RAMOS, María José, “La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994”, *Tecnos*, Madrid, 1995.

ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, “Efectos de la descentralización productiva sobre las relaciones colectivas de trabajo. ETT y contratas”, *Dykinson*, Madrid, 2006.

ROQUETA BUJ, Remedios, “Alcance temporal de las responsabilidades”, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, *Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tiran Lo Blanch, Valencia, 2000.

ROSENBAUN RIMOLO, Jorge y CASTELLO ILLIONE, Alejandro, “Subcontratación e intermediación laboral. Estudio de las leyes 18.099 y 18.251”, *Fundación Cultura Universitaria*, Montevideo, Uruguay, 2008.

RUIZ DE VELAZCO y DEL VALLE, Adolfo, “Manual de Derecho Mercantil”, *Universidad Pontificia Comillas*, Madrid, 2007.

SALA FRANCO, Tomás, “La descentralización del trabajo”, en AA.VV., *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, *MTSS*, Madrid, 1987.

SALA FRANCO, Tomás, “La responsabilidad de los servicios de prevención ajenos a la empresa y del personal a su servicio”, *Actualidad Laboral*, Tomo I., págs. 183-193, 2000.

SALA FRANCO, Tomás, “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, número 9, págs. 1016-1042, 2000.

SALA FRANCO, Tomás, “Descentralización Empresarial y Responsabilidad en España”, en AA.VV., [Tomás Sala Franco, Cristina Mangarelli, Francisco J. Tapia Guerrero (Coord.)]: *La Descentralización empresarial y la responsabilidad laboral en América Latina y España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

SALA FRANCO, Tomás, “La última reforma laboral en España: comentario de urgencia al Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 11 de febrero de 2012)”, *Revista de Derecho Laboral*, número 3, 2012.

SALA FRANCO, Tomás y LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA, Iván, “Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

SALA FRANCO, Tomás, MONTOYA MELGAR, Alfredo, DURÁN LÓPEZ, Federico, “El Ordenamiento Laboral Español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario”, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.

SALA FRANCO, Tomás y PEDRAJAS MORENO, Abdón, “Supuestos en que la sucesión de contratos debe considerarse como una transmisión de empresa (A propósito de la STS de 27 de octubre de 2004)”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana* número. 14, págs. 185-197, 2005.

SALA FRANCO, Tomás, “Derecho de la Prevención de riesgos laborales”, Tirant Lo Blanch, novena edición, Valencia, 2012.

SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, “La responsabilidad y subrogación empresarial en las contrataciones y subcontratas de obras y servicios”, Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 1997.

SALGADO CONSUEGRA ELVIRA, “Teoría de los costos de transacción: una breve reseña”, *Cuadernos de Administración*, julio-diciembre, año/volumen.16, número 026, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad de Bogotá, Colombia, 2003.

SAN MARTÍN AGUILAR, Luis Fernando, “Aspectos laborales del cambio de titularidad de los supuestos de rescate de concesiones administrativas y de sucesión de contratas”, *Temas Laborales*, número 43, 1997.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Descentralización Productiva, subcontratación y calidad de empleo: ¿Términos incompatibles?”, *Revista de Derecho Social*, número 36, 2006.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?” en: <http://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2008/09/dependencia-transformaciones-wsanguineti.pdf>, 2008.

SANTIAGO REDONDO, Koldo, “Consideraciones en torno al grupo de empresas. En especial, las prácticas de circulación de trabajadores”, *Relaciones Laborales*, Tomo II., 454- 771, 1991.

SANTOS ORTEGA, Antonio y POVEDA ROSA, María, “Trabajo, empleo y cambio social”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, “Unificación de doctrina sobre salarios de tramitación”, en AA.VV., [Javier Gárate Castro, (Editor)]: *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*, Santiago de Compostela, 1997.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y ARETA MARTÍNEZ, María, “El derecho del trabajo y los grupos de empresa: inventario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 48, págs. 97-132, 2004.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y San Martín Mazzucconi, Carolina, “¿Puede una empresa minorar los efectos de la huelga?”, *Noticias Breves*, Gómez-Acebo & Pombo, enero, 2014.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, “Posibilidades descentralizadas de promotor, contratistas y subcontratistas de la construcción tras la Ley 32/2006”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, número 1, págs. 807- 824, 2007.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, “Limitaciones a la subcontratación en obras de construcción” en AA.VV., [Juan García Blasco (coord.), Ángel Luis Val Tena (coord.)];, *La subcontratación en el sector de la construcción: análisis de la Ley 32/2006*, de 18 de octubre, Aranzadi, Pamplona, 2007.

SERRANO OLIVARES, Raquel, “El elemento locativo en el marco de la contratación y subcontratación de obras y servicios: significado y funciones”, en AA.VV., [Salvador del Rey Guanter (Dir.)]: Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual, Lex Nova, Valladolid, 2001.

SOBRINO GONZÁLEZ, Gemma, “La posibilidad o no de la sucesión de contratos por obra o servicio, según la prestación laboral sea o no permanente y reiterada y según esté o no sometida a programas públicos de presupuestos anuales”, Relaciones Laborales, Tomo I, págs. 911- 915, 2002.

SORIANO CORTÉS, Dulce, “El derecho de información de los representantes de los trabajadores en los supuestos de subcontratación”, Temas Laborales, número 56, págs. 121- 136, 2000.

SORIANO CORTÉS, Dulce, “La duración de la contrata y subcontrata como posible causa de temporalidad de los contratos de trabajo”, en AA.VV., Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTSS, Madrid, 2000.

SORIANO CORTÉS, Dulce, “Aspectos Procesales de las Contratas”, Temas Laborales, número 90, págs. 107-130, 2007.

SORIANO CORTÉS, Dulce, “Las contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2007.

SUPIOT, Alain, “El Derecho del Trabajo”, Heliasta, Buenos Aires, 2008.

TODOLÍ SIGNES, Adrián, “Situación laboral de los trabajadores tras una sucesión de empresas según la entidad receptora del servicio”, en AAVV. (Dir. Todolí Signes) La remunicipalización. Reversión de la gestión directa de servicios públicos, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos, Aranzadi, (en prensa).

TOLOSA TRIBIÑO, César, “La subcontratación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, en AA.VV., [Jesús Mercader Uguina (Coord.)]: La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción, Lex Nova, Valladolid, 2007.

TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, “Algunas reflexiones acerca de los efectos de la huelga sobre el contrato: puntos críticos”, Temas Laborales, número 127/2014, páginas 121- 141, 2014.

UAVERGNON, Philippe, “Una síntesis sobre las relaciones triangulares”, *Temas Laborales* número 56, págs. 11-14, 2000.

UGARTE CATALDO, José Luis, “Relaciones laborales triangulares: la subcontratación y el suministro de trabajadores en la nueva ley chilena”, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho*, número 30, págs. 23-32, 2007.

UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, Federación Servicios, Movilidad y Consumo, “Empresas multiservicios, o cómo precarizar el empleo Análisis de las empresas multiservicios”, UGT, Madrid, 2016.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo”, en AA.VV., [Pedrajas Moreno, Abdón (Dir.)]: *La externalización de actividades laborales(outsourcing): una visión interdisciplinar*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa”, *Relaciones Laborales*, número 18, págs. 59-66, 2001.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2001.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, págs. 79-88, 2001.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, “Código Civil anotado”, *Dijusa*, 2007.

VICENTE PALACIO, María Arántzazu, “Algunas consideraciones sobre el objeto del contrato para obra o servicio determinado en el sector de limpieza de edificios y locales. A propósito de la STS (Sala 4º) de 4 de mayo de 1995 y las nuevas tendencias en la negociación colectiva de sustitución del contrato para obra o servicio determinado por el contrato eventual”, *Temas Laborales*, número 41, págs. 83- 99, 1997.

VICENTE PALACIO, María Arántzazu, “Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido”, Editorial Atelier, Barcelona, 2016.

VILAS LÓPEZ, Ramón, “El subcontrato”, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1973.

