

LA "REFORMA" DEL ART. 42 DEL E.T.: ¿SE HA OPERADO UNA VERDADERA "REFORMA" DE ENVERGADURA EN VIRTUD DE LA LEY 12/2001?

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

ANTONIO ÁLVAREZ MONTERO

*Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

EXTRACTO

La intensa y permanente problemática laboral, que engendran los plúrimos fenómenos de descentralización productiva que tiene a la contrata y subcontrata de obras y servicios una de sus más relevantes manifestaciones -problemática que se acrecienta en el estado actual de la de la organización productiva-, contrasta con un tratamiento normativo no solo insuficiente y parcial sino con importantes deficiencias técnicas que imponen una práctica empresarial patológica e ineficaz a los efectos que se propone.

En este estudio se vienen a poner de relieve fundamentalmente tres aspectos del estado de la cuestión tras la discutida existencia de una reforma de esta materia en Ley 12/2001.

Primero, las modificaciones operadas sobre la redacción anterior no pueden por la naturaleza "epidérmica" de su contenido y por los elocuentes silencios afrontar de manera decidida el desfase e inadecuación para colmar los objetivos declarados.

Se afronta igualmente la evolución de los frecuentemente necesarios pronunciamientos jurisprudenciales hacia el terreno de la primacía de una interpretación informada por el principio de favor de empresa sorprendentemente sin que se haya producido una modificación legislativa -como acontece en otras materias- en un precepto de raíz y finalidad protectora de trabajadores de "segunda".

Por último se aborda la debilidad de las novedades de la Ley que ha optado por afrontar la inoperancia de los límites y cautelas previstas en el precepto atribuyendo derechos de información para el control a una trilogía de sujetos receptores de la misma.

ÍNDICE

1. El contexto y significado de la Reforma 2001
2. Las Modificaciones puntuales: 2.1. Persistencia de la estructura y contenidos del precepto y de la problemática que suscitan; 2.2. Las modificaciones puntuales del precepto: 2.2.1. Introducción de elementos de seguridad procedimental; 2.2.2. Recepción por la norma del término "contratistas"; 2.2.3. La desaparición formal de límites a la responsabilidad salarial de la empresa principal
3. El control individual, colectivo e institucional de la subcontratación empresarial: La información como base y presupuesto. Preliminar: 3.1. El valor de la información en la empresa moderna, participada y frecuentemente coordinada con otras; 3.2. El deber de informar de las previsiones en materia de contratación y subcontratación; 3.3. Insuficiencias del tratamiento normativo de la información en la empresa en materia de contrataciones y subcontratas ex art. 64 ET; 3.4. Los contenidos minimalistas de los deberes de información introducidos en la Reforma de 2001; 3.5. Extensión, dirección y meta de los contenidos informativos en la Reforma de 2001; 3.6. Las consecuencias de los incumplimientos de los deberes de información. Incorporación de nuevas reglas sancionadoras; 3.7. A modo de última reflexión jurídico-crítica

1. EL CONTEXTO Y SIGNIFICADO DE LA REFORMA 2001

De todo el proceso de gran desarrollo normativo producido en nuestro país —aunque el fenómeno de revisión de las reglas que venían gobernando los sistemas de relaciones mediante la flexibilización del mercado de trabajo laborales ha sido general en Europa— conviene diferenciar dos periodos que tienen como punto de inflexión la Ley 11/1994 de 19 de mayo en el que la primera se podría calificar de flexibilidad adaptativa y la segunda de "liberalismo colectivo". El primero que tiene como referencia al Ley 32/84 se inscribe en la dirección de corregir la rigidez del mercado de trabajo y para afrontar la crisis económica del momento mediante su incidencia en las modalidades de contratación lo que provocó unos efectos negativos referidos principalmente a la permanente rotación de un importante sector de la población asalariada.

La corrección de esas disfunciones y la adaptación del mercado de trabajo a las nuevas exigencias económicas y empresariales se plantea a nivel Europeo del que es buena muestra el Libro Blanco de la Comisión Europea (1993) y a nivel nacional. Se plantea la revisión del entero sistema normativo laboral: en el sistema de fuentes se propugna la expansión de la negocia-

¹ Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F.: "La disciplina jurídica del mercado de trabajo: el caso español", REDT, núm. 93 (1999), pág. 23.

ción colectiva, se pretende la modificación de los Servicios Públicos de empleo y la supresión del monopolio de la colocación y en definitiva una mayor flexibilidad en la ordenación de todas las condiciones de trabajo no sólo con el fin de mayor adaptabilidad a las necesidades sino con el claro y confesado propósito de reducir costes salariales, aumentar la productividad de las empresas.

Pues bien, este es el sentido y la explicitada razón central de las reformas de 1994 y de la concertada de 1997 que vienen a tratar de corregir las altas tasas de precariedad del mercado español de trabajo pero también a proseguir y consolidar en la flexibilización del mercado de trabajo. Y estos serían también los dos ejes —puede que contradictorios— de la reciente reforma no consensuada que introduce la Ley 12/2001 de 9 de julio (y el RD-L 5/2001 de 2 de marzo, que su antecedente), de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad: Mantener el control sobre los efectos negativos más destacados pero sin introducir *rigideces* "intolerables" en el mercado de trabajo u otras medidas que supongan una inflexión de la tendencia ascendente del principio de favor de empresa.

Formalmente, a tenor de la Exposición de motivos tanto el RD-L 5/2001 y la Ley 12/2001, de 9 de julio (Desde ahora en adelante: reforma de 2001²) se inscribe en el proceso de *rectificación* de la política jurídica desplegada en los años ochenta y principios de los noventa de fomento del empleo mediante acciones legislativas orientadas a reducir las altas tasas de paro en las que se manifiesta una clara opción por la reducción cuantitativa de las cifras de paro instrumentada técnicamente con medidas de flexibilización, desregulación, la promoción de la contratación "atípica" precaria, etc., que provocaron un aumento insostenible de la temporalidad y de la rotación en el empleo, así como de la precariedad en el empleo y del deterioro de la condiciones de trabajo.

A desacelerar (desde luego no afrontar de manera decidida) esas tendencias contribuyeron las reformas de 1997 y 1998 (Ley 63/1997 y RD-L

² Si del análisis del RDL no se puede sostener que el texto recoja un porcentaje muy eleva de las principales propuestas de los interlocutores sociales puesto que generó el firme rechazo de los interlocutores sociales —con amenaza firme de una huelga general, amenaza diluida por el tiempo y en estos momentos a falta de certificado de defunción— y la "no disimulada aceptación patronal del contenido de la misma" (Véase en este sentido ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001", RL. núm. 10 (2001), pág.101: "la Ley, que no ha enriquecido los contenidos, pese a las numerosas propuestas en su tramitación, ha realizado algunas correcciones técnicas y gramaticales pero sobre todo, ha modificado contenidos, y ha incorporado novedades sustanciales en el ET, LISOS, ETT, y LGSS. En definitiva que estamos ante unas contenidos normativos que no habían sido objeto de negociación y que se han ampliado en el texto de la Ley respecto del RD-L por lo que la reforma adquiere un perfil propio que no es fruto de la negociación prelegislativa que ha presidido la reforma inmediatamente precedente.

15/1998) o cuando menos a paliar los efectos más perversos de aquella orientación. Así se le atribuyen bondades y efectos globalmente positivos en el campo de la contratación indefinida

La reforma de 2001 se presenta como continuadora y de consolidación y perfección de los cambios legislativos precedentes puesto que se declara a sí misma orientada a “mejorar todavía más”³ o a reforzar el principio de estabilidad en el empleo y la “mejora de su calidad”⁴ para lo que introduce reformas importantes en la contratación temporal, contrato a tiempo parcial, modifica la Ley de ETT, etc. junto a los programas de fomento del empleo⁵. Pero la realidad es más “ambivalente” y contradictoria, menos unidireccional, más aún “involucionista” e incluso se puede calificar de un paso más en la vía agónica en favor de la estabilidad laboral⁶ que se detectan en sus evidentes “silencios” y en la regulación de materias no inicialmente previstas.

Se puede afirmar que ni en la Ley ni el RD-L que le precede se consigue una adecuada correspondencia entre las proclamas de su exposición de motivos y la realidad de los contenidos de la misma, de tal forma que no modifican nuestro ordenamiento jurídico laboral y por ello es impropio o de escaso rigor llamar a estas modificaciones en la normativa laboral: *reforma del 2001*⁶, al menos en el sentido “fuerte” del término.

Concretamente, es indudable que la mejora de la calidad del empleo está íntimamente relacionada con la seguridad jurídica, los derechos participativos de trabajadores y representantes y sobre todo con la garantía legal de los derechos laborales también –o en mayor medida– en los supuestos subcontratación. Pues bien la construcción del art. 42 no ha sufrido modificaciones significativas desde la redacción inicial del ET en 1980 de forma que es uno de las pocas disposiciones legales de dicho cuerpo normativo que se han mantenido, y con base en una lógica garantista “débil” (y con pésima técnica jurídica), que contrasta en su literalidad (no en su actual interpretación por la doctrina judicial) con las políticas de flexibilidad imperante). Estabilidad que contrasta con la presencia de cambios convulsivos y constantes que sufre la parcela laboral del ordenamiento jurídico laboral. Inmutabilidad que se muestra tanto mas inusual y sorprendente puesto que el precepto no es precisa-

³ Véase MOLINA NAVARRETE, C. y GARCÍA JIMÉNEZ, M.: “Contratación laboral y política de empleo: primera fase de una nueva reforma del mercado de trabajo”, RT y SS, núm. 207, pág. 5.

⁴ Vid. Exposición de motivos de la Ley 12/2001 de 9 de julio (BOE de 10 de julio de 2001).

⁵ Para una relación de lo que se modifica, se deroga o se incorpora en la normativa vigente respecto de la antigua, véase a CRISTÓBAL RONCERO, R.: “Novedades relevantes de la <<nueva reforma laboral>>”, en AA. VV.: (SEMPERE NAVARRO, A. V. Coord.): *La reforma Laboral de 2001*, Pamplona, Ed. ARANZADI, 2001, págs. 175 sigs.

⁶ Véase SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Una <<reforma>> vigésimosecular”, en AA. VV.: *La reforma Laboral de 2001*, Ed. Pamplona, ARANZADI, 2001.

mente un dechado de virtudes y de perfección técnica como se puso de manifiesto desde los primeros comentarios el precepto se muestra "complejo y enigmático"⁷.

De otro lado la insuficiencia normativa originaria del precepto se ha tomado por el trascurso del tiempo y la rápida evolución del fenómeno económico-organizativo de la descentralización productiva en el *desfase e inadecuación* de la normativa para dar respuesta a una pluralidad de figuras en las recientes manifestaciones del mismo. En efecto, la regulación originaria se pensó para dar respuesta bien que limitada y parcial a la manifestación de descentralización propia del modelo de relaciones laborales de gran empresa de tipo industrial, de producción estandarizada y de producción en masa. Pero no para el estado actual de empresa red con plúrimas necesidades de externalización productiva⁸.

Pero en todo caso parece que ahora que le ha *tocado* una reforma al art. 42. ¿En qué sentido?, ¿Con qué intensidad?. Pues no se realiza una modificación de su contenido esencial que corrija y de respuesta a los múltiples interrogantes planteados por la doctrina y la jurisprudencia pero si se lleva a cabo una limitadísima reforma⁹ de pretensiones poco ambiciosas e incluso "epidérmicas" que añaden derechos de información con el objetivo de mejorar la transparencia del mercado de trabajo en una materia necesidad de control, aunque con un resultado que merece una valoración crítica negativa por su insuficiencia. En todo caso es un acontecimiento normativo importante puesto que afecta a uno de los pocos artículos del Estatuto que se resistía a experimentar una reforma desde su versión originaria de 1980 quedando al margen, en su lógica interna, de todo el extenso e intenso movimiento reformista que sacude al Derecho del Trabajo pese a que su finalidad tuitiva se deshace en una práctica aplicativa cargada de dificultades y necesitada de una *recreación* jurisprudencial constante¹⁰.

En fin, tras este breve repaso se puede concluir que en todas las reformas se declara el objetivo dual más o menos abierto de fomentar y armonizar los pará-

⁷ Vid. ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto y Comentario Breve*, (2ª ed.), Madrid, Civitas, 1991.

⁸ Véase, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.J.: La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad, Madrid, Editorial Ibídem, 1999, *passim*.

⁹ Vid. MOLINA NAVARRETE, C.: "El <<último capítulo>> de la primera fase de la reforma del mercado de trabajo": puntos críticos de la Ley 12/2001, de 9 de julio", cit., pág. 94.

¹⁰ Buena prueba de ello es la necesidad de recopilación y sistematización de la jurisprudencia recaída sobre contratas y subcontratas. En este sentido se pueden consultar a PASTOR MARTÍNEZ, A.: "Anexo jurisprudencia en materia de descentralización productiva", en AA. VV.: *Descentralización productiva y Relaciones Laborales*, Ed. LEX NOVA, 2001 pág. 361 ss. Con anterioridad pueden consultarse también MOLINER TAMBORERO, G.: "Las contratas y subcontratas desde la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo", en AA. VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2000, págs. 421 y sigs. SALINAS MOLINA, F.: "Contratas y subcontratas en la jurisprudencia unificadora", DS núm. 5 (1999), págs. 21 y sigs.

metros cuantitativos del empleo y en mejorar su calidad. Bien es verdad que la dualidad de objetivos se tradujo en la práctica en crear las condiciones para el aumento del empleo a costa precisamente de reducir costes laborales con medidas de aumento de la flexibilidad, la precariedad o con medidas de reordenación de la gestión de la empresa a través de las diversas técnicas de descentralización productiva y funcional. A partir de la reforma de 1997 se trata de apostar con mayor fuerza por los aspectos cualitativos del empleo. El objetivo general declarado de la nueva reforma de la legislación laboral de 2001, como no puede ser de otra forma está en esta línea de dualidad de fines, formalmente declarados. Así se sostiene en su Exposición de Motivos: que *"este conjunto de nuevas reformas mantiene su orientación hacia el fomento de un empleo más estable y de mayor calidad"*.

Ahora bien, por lo que ahora interesa ese es el contexto de la reforma del art. 42. Incluso las dos partes claramente diferenciadas que se distinguen en sus contenidos, obedecen a esta razón de política jurídica. Esta es una clave importante de lectura y base para el análisis de lo que permanece, de lo que se modifica y de lo que se añade al contenido del art. 42 ET. Del contenido del artículo se desprende que también aquí subyace la tensión permanente entre la opción por el aumento del empleo, —en la creencia de que se alcanzará automáticamente rebajando los costes laborales— y la opción por la mejora de las condiciones en que se desarrolla el mismo. Formalmente se proclama a la par el aumento del empleo con una mejor calidad, pero en realidad no se pasa de unas medidas indirectas que acompañan y contribuyen a incrementar o mantener el empleo a condición de su precariedad y de rebajar las condiciones a través de un régimen de contrata y subcontratas lejos de asegurar los derechos a través de la extensión de la responsabilidad fomenta e incentiva los procesos de reconversión del empleo de *primera clase* en empleo de segunda o tercera prestado ahora a través de una empresa auxiliar.

Todo ello como manifestación del nuevo rasgo del moderno derecho del Trabajo que diversifica "patológicamente" los niveles de tutela diferenciado un *Derecho de los fuertes* en el mercado primario de trabajo y un *Derecho de los débiles* en el mercado secundario¹¹. La reforma deja intactas las deficiencias en las condiciones para asegurar los derechos de los trabajadores en las contrata y subcontratas puesto que no se formula una declaración para el mantenimiento de condiciones de empleo equiparables en la empresa principal y en la empresa auxiliar y porque cuando se ha querido dotar de mayor transparencia a las operaciones de contrata se oculta a los representantes los datos sobre las condiciones de trabajo.

¹¹ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: "Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social", RL núm. 15/16 (2001), pág. 60.

2. LAS MODIFICACIONES PUNTUALES

2.1. Persistencia de la estructura y contenidos del precepto y de la problemática que suscitan

Es reconocido por todos y constituye un lugar común en la doctrina jurídica que la descentralización productiva es un fenómeno estructural de la actual realidad de la organización de la producción en todos los sectores de la producción¹² que muestra mayor atracción por formas verticalmente desintegradas que tiene como objeto la sustitución de la producción interna por la colaboración exterior. En consecuencia, los procesos de subcontratación como una de sus manifestaciones tradicionalmente más importantes adquiere una nueva dimensión.

La regulación central en nuestro ordenamiento jurídico los efectos laborales de este técnica de descentralización productiva se encuentra en el art. 42 ET prácticamente inalterado desde 1980. El art. 42 viene a evitar que en el acto del empresario inicialmente lícito de la subcontratación produzca desviaciones fraudulentas que diluyan las responsabilidades laborales del empresario principal arbitrando medidas cautelares. Precisamente por los efectos laborales de la subcontratación¹³, el ordenamiento jurídico la somete e impone cautelas legales y controles institucionales y colectivos para evitar la vulneración de derechos laborales¹⁴.

La doctrina y la jurisprudencia pusieron de relieve desde las primeras manifestaciones la problemática del precepto estatutario que fue más restrictivo que sus precedentes normativos a la vez que aumentó las parcelas de incertidumbre e indeterminación que han necesitado de abundantes pronunciamientos jurisprudenciales y que no siempre han conseguido interpretaciones pacíficas. La oscura redacción del precepto da como resultado un enorme

¹² Por todos MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos crítico*, Madrid, Ed. IBIDEM, 1994. Vid. RIVERO LAMAS, J.: "La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del", en AA. VV.: *X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS, 2000, pág. 19 y sigs.; LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, Madrid, ed. LA LEY, 1999, págs. 3 y sigs.

¹³ Para un estudio completo y exhaustivo del tratamiento estatutario de la responsabilidad en caso de subcontratas véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos crítico*, Madrid, Ed. IBIDEM, 1994.

¹⁴ STS de 27 de octubre de 1994, Ar 8531. STS 20 de enero de 1997, Ar. 618 reiteradas en numerosas sentencias posteriores como STSJ de Galicia de 17 de septiembre de 1997 (AS 2837); en fj sexto de la STSJ de Cataluña de 10-XII- 1998: "... y ha de afirmarse siguiendo la doctrina expuesta por el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de octubre de 1994 que con carácter general la descentralización productiva ha de considerarse lícita con independencia de las cautelas legales o interpretativas necesarias para que por esta vía puedan vulnerarse los derechos de los trabajadores". En el mismo sentido la STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 1998, fj.2º.

listado de problemas sobre los que se ha pronunciado la doctrina y la jurisprudencia aportando soluciones divergentes en un debate que continua en la actualidad y que engendra un importante problema de inseguridad jurídica sobre la práctica totalidad de los aspectos del precepto.

Pues bien, paradójicamente ha sido uno de los pocos preceptos del ET que no se ha visto afectado por los frecuentes transformaciones que han sacudido al ET desde 1980. Tendencia que se continua y llega hasta la *Reforma de 2001* que mantiene la estructura y los aspectos sustanciales del art. 42 realizando retoques técnicos y añadiendo tres párrafos con la pretensión de introducir elementos de transparencia en las operaciones de contrata y subcontrata pero que a poco que se profundice bajo la leve capa de cosmética y maquillaje aparece el verdadero contenido gris, poco ambicioso, con graves deficiencias técnicas y sobre todo continuista. Ello quiere decir que todo elenco de problemas interpretativos y los añadidos por su falta de adaptación a la nueva realidad productiva siguen vigentes de tal forma que después de la Ley 12/2001, la disciplina de contrata y subcontrata sigue siendo una regulación *insegura y obsoleta*¹⁵ para dar respuesta con la seguridad jurídica necesaria y con herramientas acordes a la realidad de la organización del tejido productivo actual.

Sin ánimo de agotar exhaustivamente todos las dimensiones problemáticas que subsisten y que, en la mayoría, mantienen dividida a la doctrina general y, en cierta medida, provocan cambios permanentes en la jurisprudencia. En las líneas siguientes vamos a hacer un recorrido por el estado actual de las mismas.

a.- Al delimitar el supuesto de hecho, inmediatamente se alude a la condición de empresario de los contratistas y subcontratistas. No puede ser otra la interpretación puesto que todos han de tener deudas salariales o de Seguridad Social para que el art. 42 despliegue su eficacia.

Conviene tener presente que en el ámbito laboral el concepto de empresario es flexible y relativo, no es un concepto jurídico rígido ni de contornos precisos. El art. 1.2 del ET equipara los términos empleador y empresario, y configura una noción funcional de empresario¹⁶. El término empresario, referido en dicho art. 42, debe equipararse al de empleador, y no limitarse, restrictivamente, al titular de una organización económica específica, que proyecte la existencia de una empresa en sentido económico o mercantil, sin que sea obstáculo a esta conclusión que el repetido art. 42, "in fine", haga mención a la realización por razón de una actividad empresarial, en cuanto ha de entenderse que esta actividad busca apoyo en una aportación de trabajo bajo el régimen de laboralidad.

¹⁵ Vid. RIVERO LAMAS, J.: "La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas...", cit., pág. 45.

¹⁶ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: "Comentario al art.1.2. del ET", en AA.VV.: Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Granada, Ed.Comares, 1998, págs.27 y sigs.

Sin embargo no siempre el *empresario principal* tiene que ser un empleador —empresario— con trabajadores a su servicio sino que puede ser un trabajador autónomo, es decir sin trabajadores por cuenta ajena. Puede parecer un supuesto anecdótico o un supuesto de laboratorio con valor sólo a efectos de debate académico pero la evolución actual de los fenómenos de externalización puede que no encontremos con una realidad excepcional pero no improbable¹⁷.

Es suficiente con la condición de empleador. Si embargo, será conveniente realizar algunas precisiones respecto a la condición de empresario de la administración como empleador *sui generis*. Una interpretación teleológica permite incluir en el supuesto la concesión administrativa de forma que la responsabilidad del empresario principal alcance también a las Administraciones que realicen concesiones administrativas correspondientes a su propia actividad. La jurisprudencia en este aspecto es reiterada en esta dirección. Así el fj.2 de la STSJ Valencia de 12-XI-97. En la STSJ de Andalucía de 3 de noviembre de 1998, la cuestión que se plantea es si cuando el organismo autónomo a su vez encomienda a una empresa privada la ejecución de una obra o servicio público puede afectarle la responsabilidad solidaria del art. 42. El tribunal reconoce la condición de empresario principal a los efectos del art. art. 42 ET, sin que a ello sea obstáculo el que aquí nos encontremos ante una contratación administrativa, mientras que el citado precepto se refiere a contrata y subcontratas. En el mismo sentido para los servicios de jardinería, la STSJ de Andalucía de 9 de febrero de 1998 (AS 1242/98) o la STSJ del País Vasco de 1 de diciembre de 1998 (AS 4992/1998) para los servicios de ayuda domiciliaria. Toda ella jurisprudencia conforme con la doctrina del Tribunal Supremo, dictada por la unificación de doctrina, en Sentencias de 15 de julio, 27 de septiembre y 14, 23 y 31 de diciembre, todas ellas de 1996¹⁸. En contra se pronunciaron las STSJ de Navarra de 28 de abril de 1995 (Ar. 1355); STSJ de Cataluña de 22 de enero de 1996 (Ar.174).

La doctrina puede sintetizarse en los siguientes argumentos: 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. No desvirtúa la conclusión sentada la mención a actividad empresarial contenida en el último párrafo "in fine" del citado artículo 42 pues tal mención hace

¹⁷ Vid. REY GUANTER, S. del: "Los requisitos previstos en el art. 42.1 del TRET", en AA. VV.: *Descentralización productiva y Relaciones Laborales*, Valladolid, Ed. LEX NOVA, 2001 pág.28, con argumentos que se apoyan en la dicción respecto al límite de responsabilidad salarial hoy desaparecido.

¹⁸ El contenido de la doctrina reiterada que emana de esas sentencia se resume por el Tribunal que señala el análisis del art. 42, conforme a su espíritu y finalidad, permite extender el concepto "contratas o 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 una parte, la generalidad de los términos "contratas o subcontratas" no permite su aplicación exclusiva a

referencia a aquella que para su desarrollo requiera la aportación de trabajo en régimen de laboralidad.

b.- En segundo lugar, la noción de *contrata* y *subcontrata* que aparecen vinculadas a la existencia de una relación jurídica entre dos o más empresarios entre los que existe un negocio jurídico que sirve de cobertura legítima para que la empresa contratista realice una actividad originariamente propia del comitente. El asunto radica en el que el precepto no aclara o no hace manifestación explícita del tipo/s de contratos a que se está refiriendo.

La importancia y las dificultades de la cuestión no son irrelevantes puesto que la regulación originaria de la regulación laboral del trabajo en contratas no estaría pensada para acoger a todos los tipos negociales en los que se puede instrumentar la descentralización productiva y la cooperación entre empresas¹⁹. Se trata de determinar el tipo de contratos que se incluyen en la noción de contrata, dado que de un lado, la doctrina no le reconoce naturaleza jurídica sino más bien ha sido una apropiación por la norma de empleo en el lenguaje real de la praxis negocial entre empresarios y que en consecuencia el art. 42 no fue muy explícito respecto al acotamiento exacto del tipo contractual insistiendo más en la clase de negocio que en su remisión a un modelo contractual preexistente en el ordenamiento jurídico²⁰. El problema está entonces en la posibilidad de articular una interpretación extensiva —que tiene un claro reflejo en la norma— de las fórmulas contractuales que puedan ser incluidas.

En principio o en una primera aproximación se puede afirmar que en el supuesto de hecho está comprendiendo a los contratos de obras por empresa o contrato de empresa. De forma que es un lugar común en la doctrina que se manifiesta en la manualística al uso, en las monografías sobre el tema y en la jurisprudencia que la contrata se configura como un contrato de ejecución de obra encuadrable en el supuesto previsto en el art. 1544 del C.c. como arrendamiento de obra.

No parece sin embargo que esta generalidad permita afirmar, como es obvio, que cualquier relación interempresarial de colaboración deba considerarse como contrata. La norma ha preferido acotar el supuesto de hecho deli-

los negocios jurídicos privados, y, de otra, 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 servicios propios, sin que ello afecte a las garantías solidarias entre el ente público, dueño de la obra o servicio cedido, y la entidad que organiza su propia actividad y medios personales y materiales para el cumplimiento de la prestación concedida

¹⁹ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación*, cit., pág. 75.

²⁰ Vid. CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas de obras y servicios", RL 1992-II, págs.120 y 121; GOERLICH PESET, J.M.: "Determinación del supuesto: La noción de contrata y subcontrata de obras y servicios", en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Ed. TIRANT LO BLANCH, Valencia 2000, pág. 85.

mitando –aunque genéricamente– el negocio jurídico que puede estar en la base de la contrata. No se pretende que todo empresario responda por todo el amplio abanico de contratos de suministros, servicios, trasportes, compraventas, etc. que forman el amplio campo de relaciones entre empresas²¹. Pero la genérica dicción de la norma explica y permite aplicar el régimen previsto en el art. 42 a contrataciones atípicas que con que en ellas el empresario se obligue a ejecutar una obra o servicio que se desmembra de la actividad de la empresa principal. Con ello se da preferencia al criterio material frente a la mera forma de organización jurídica de la contratación. Es decir se otorga igual relevancia a aquellos supuestos que con distinto título jurídico-formal se persigue el mismo fin sustancial²².

Valorando todas las reflexiones anteriores no parece forzada una interpretación extensiva del término *contratas* y *subcontratas* para dar cabida a diversos tipos contractuales –y no solo al contrato de obra como paradigma de la contrata– que puedan tener un esquema obligacional semejante y una idéntica funcionalidad económico-social. Sólo se excluirían los tipos contractuales de suministro y compraventa que carezcan de la función instrumental exigida en el art. 42: la ejecución de una obra o servicio previamente delimitada a realizar por una empresa por encargo de la principal.

c.- ¿Es elemento locativo un requisito del supuesto de hecho?. Para una autorizada doctrina se requiere, además, el concurso del elemento espacial en la realización de la contrata aunque explícitamente no lo requiera. De esta manera se apunta que el lugar de la ejecución de la obra es tan relevante que sólo las realizadas en el centro de trabajo de la empresa principal o instalaciones de la misma, entrarían en el concepto *contratas*. Realizando quizá una forzada interpretación analógica del precepto a la luz de lo previsto en el la LPRL²³. La jurisprudencia mantiene también la clara tendencia restrictiva en la interpretación de todo el art. 42 y requiere implícitamente el desarrollo de la obra o servicio en el propio centro de trabajo y en algunos casos lo considera como un elemento terminante la realización del trabajo en las instalaciones de la empresa comitente. En otros casos, sin embargo, se considera incluso irrelevante para el fondo del asunto²⁴. Entendemos, más matizadamente, que el elemento locacional entra en la configuración del supuesto de hecho con la fuerza, la virtualidad y la cautela que se ha de conceder a los apoyos

²¹ Vid. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*, 12ª ed., Madrid, 1991, págs. 108-109.

²² Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial...*, op. cit., págs. 76-77: Se consagra con ello la "tendencia objetivación del centro de referencia normativo" del art. 42.

²³ Vid. RODRÍGUEZ- PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "El lugar de ejecución de la contrata y el art. 42", RL 1996-I, pág. 26ss.

²⁴ Vid. STSJ Asturias de 21 de marzo de 1997 (AS 1115).

indiciarios de forma que no prueba por sí mismo la existencia de contrata y sobre todo que cuando no coincide la actividad en las mismas instalaciones no impide necesariamente la existencia de la contrata.

d.- Las controversias que suscita el concepto indeterminado de "*propia actividad*". Es perfectamente posible y asumible una concepción amplia y expansiva del concepto de contrata que permita dar respuesta y acoger a la creciente número de las mismas puesto que, en primer lugar, es coherente con la *ratio legis* del precepto que no es otra que una finalidad proteccionista de los trabajadores²⁵—preferentemente en materia salarial y Seguridad Social— de las empresas auxiliares. Además esta interpretación extensiva se corresponde con la estricta formulación de la exención de responsabilidad a los particulares (art. 42.2 in fine).

Ahora bien, la conclusión acerca de la amplitud del supuesto de hecho depende principalmente de la delimitación técnica del concepto de "*propia actividad*". Enigmático puesto que no encontraremos una noción exacta de lo que haya de entenderse por *propia actividad* de forma que sólo es posible una aproximación fáctica a esta realidad. Sin embargo la incidencia real del contenido del precepto depende en gran medida de una noción indeterminada en extremo de forma que puede ir desde incluir sólo al núcleo principal de actividad de la comitente o incluir a todas las actividades que sean instrumentales para conseguir el fin de la empresa²⁶.

Sobre esta cuestión se observa una apertura y entendimiento amplios acordes con la finalidad proteccionista del precepto²⁷ hasta principios de los noventa y una generalizada tendencia actual extremadamente restrictiva²⁸.

El TS (STS de 18 de enero de 1995, RJ 514/1995) entiende que si el precepto requiere que las obras y servicios correspondan a la propia actividad del comitente es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial. El problema surge cuando se ha de aplicar al caso concreto el concepto indeterminado. Desde la STS de 24 de noviembre de 1998 se viene

²⁵ En fj. 3º de la STSJ de Andalucía de 8 de marzo de 1996 afirma que "... el régimen jurídico-laboral de la subcontratación esté inspirado, además de en el principio de libertad o licitud, en un segundo principio, al que podemos llamar "principio de protección del trabajo en contratas". Este principio, que postula una protección reforzada y específica de los empleados de empresas de contrata respecto de los restantes trabajadores, procura atender a los riesgos y problemas singulares de esta modalidad de prestación de servicios laborales y se proyecta en normas bien diversas".

²⁶ Véanse los planteamientos básicos de esta cuestión y el estudio exhaustivo del mismo en MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial*, cit., págs. 79.

²⁷ STSJ de Madrid, de 2 de abril de 1991. El ámbito de la referencia legal a la "*propia actividad*" es extensible a toda aquella que resulte ser accesoria o complementaria de la industria o negocio básicos de un empleador (Lex N. 2421/92).

²⁸ Vid. CALVO GALLEGO, J.: "La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios", TL, núm. 56 (2000), pág. 93.

admitiendo que caben dos interpretaciones de dicho precepto: a) La que entiende que propia actividad es la actividad *indispensable*, de suerte que integrarán el concepto, además de las que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo; y b) la que únicamente integra en el concepto las actividades *inherentes*, de modo que sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa se entenderán como propia actividad. En el primer caso se incluirían como propias las tareas complementarias mientras en el segundo quedaría excluidas del concepto las labores no nucleares (fj segundo STSJ Castilla-La Mancha de 25 de febrero de 2000). Se pone el acento en la *actividad inherente al ciclo productivo* de la empresa principal (STS de 10 de diciembre de 1999, Lex N. 1755/99), incluyendo las actividades inherentes y las complementarias *absolutamente esenciales* para el desarrollo de la principal (STSJ de Castilla-León de 26 de marzo de 2001, Lex N. J618/2001 con fundamento y apoyo en la STS de 18 de enero de 1995; STSJ de Asturias de 9 de enero de 1998, fj.4º).

El planteamiento continua siendo insuficiente, ya que tiene un efecto expulsivo inapropiado para la realización de los fines de la norma ex art.42; e impide, además, su adaptación a las nuevas formas de "empresa red" y a los más recientes mecanismos de externalización productiva o funcional. Una consideración especial merece el criterio interpretativo finalístico, que también es importante para la comprensión de sentido de la norma. El art.42 es una disposición cuya "ratio legis" trata de establecer medidas sobre todo cautelares, de extensión del campo de la responsabilidad para evitar fraudes o los efectos negativos sobre los trabajadores de situaciones de insolvencia empresarial. Tiene un efecto disuasorio que si se incumple genera un ámbito de responsabilidad en los empresarios intervinientes, pero trata de sanear el mercado de contratas. Intenta también evitar que las contratas se utilicen como interposición fraudulenta, como una mera provisión ilegal de mano de obra; no es una norma sancionatoria o punitiva. Podemos discutir si es "sancionatorio" o no el art.43 LET, pero aquí es diferente. El art.42 es una norma cautelar de extensión del área de responsabilidad. Es la "ratio legis", lo que debe tenerse en cuenta. El artículo 3º del Código Civil está estructurado a través del establecimiento de unas reglas de interpretación, pero no cabe duda que la "ratio legis" es el criterio determinante en la aplicación de la norma. Desde el triunfo de la jurisprudencia de intereses y de fines ha avanzado más el método teleológico frente al de la interpretación literal. En la actividad interpretativa la pura interpretación literal debe ceder aquí ante la interpretación teleológica y sistemática, que se complementan mutuamente para alcanzar los fines previsto en el orden jurídico. En esta perspectiva de "interpretación desde el fundamento" o desde el fin, cabe señalar que la interpretación restrictiva, lejos de garantizar la elasticidad de la norma produce un efecto de "petrificación", con el consiguiente "vaciamiento" de su campo de

aplicación en la vida empresarial, donde se comprueba el crecimiento extraordinario del sector servicios, en el que "lo productivo" se disuelve y se ve desplazado por el conjunto de funciones desplegadas²⁹.

La interpretación estricta de la noción "propia actividad" es reflejo de un derecho del caso que lejos de otorgar carácter dinámico y flexible al concepto normativo provoca inseguridad y muestra cada vez más la inutilidad de su vinculación con las actividades inherentes. Cuando se contrata por razón de la actividad empresarial de la empresa principal ya se integra la noción de propia actividad de la misma. Estas diferenciaciones entre los "indispensable", lo "inherente", lo "complementario específico", lo "complementario indispensable", lo "complementario inespecífico" (que ya significativamente puede ser indispensable en cuanto necesario para la realización del fin de la empresa principal), "complementaria absolutamente esencial" (STS de 18 de enero de 1995, A/514)³⁰, ponen de manifiesto la misma debilidad de una concepción doctrinal, de elaboración tortuosa y alambicada, que muy lejos de utilizar la tónica jurídica orientada al problema práctico a resolver se construye sobre la base de un "apriorismo" conceptual con el cual se quiere acotar de modo harto formalista una realidad empresarial necesariamente cambiante a la cual, sin embargo, reenvía la norma en la delimitación del centro sociológico de imputación normativa. El carácter ontológico de las distinciones no permanece oculto tras la pretendida atención a la complejidad de lo real y el reclamo de la técnica de los indicios previamente "orientados" por una anterior decisión en el plano dogmático. Actividades complementarias genéricas son, como las específicas, indispensables o necesarias para la realización del fin propio de la empresa. Y a todas ellas alude el precepto ex art.42.1 LET, bajo el deliberado sistema de cláusula general (obra o servicio correspondiente a la propia actividad...); la misma incerteza, y carácter fluctuante de la doctrina jurisprudencial, demuestra la necesidad de adoptar una interpretación extensiva. No deja de ser paradójico que se excluya del sistema de garantías por razones de mayor o menor "vinculación por la finalidad productiva", cuando lo que el precepto busca es establecer medidas persuasivas contra el intento de defrau-

²⁹ Sobre esas aporías del concepto de propia actividad, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: "El gobierno de la descentralización productiva y los nuevos modelos de empresa", Ponencia (inédita), presentada en la Jornadas de Derecho del Trabajo de la Universidad de Jaén, 2000.

³⁰ En la misma línea interpretativa, la STS de 24 de noviembre de 1998 (A/10034), entiende que integra la noción legal de "propia actividad" el servicio de comedor y cafetería de un Colegio Mayor, ya que dicho servicio de comidas forma parte esencial del cometido del Colegio Mayor de forma que, de no dispensarse la prestación alimenticia a los colegiales, quedaría incompleta la labor del Centro que se integra en dos áreas de actividad: una, la docente y otra, la de hostelería de unas especiales características. Es así que esta doctrina, siendo más amplia que la inmediatamente precedente, no acaba de desprenderse de una excesiva lógica productiva, que reconduce a la propia actividad sólo a aquellas actividades incorporadas, al tiempo, al resultado productivo material de la actividad de la empresa principal.

dar a los trabajadores, y llegado el caso imponer responsabilidades empresariales conjuntas que satisfagan los créditos laborales y de Seguridad Social. La flexibilidad no es un principio que deba integrar la filosofía inspirada del art.42 LET, el sistema de garantías previsto en el art.42 "per ser" no supone un obstáculo a la libre articulación de la colaboración interempresarial a través de la técnica contractual de la subcontratación. Afirmar lo contrario presupone ya en sí una concepción errónea de la funcionalidad económico-social de la regulación del trabajo en contratas. Una interpretación extensiva del ámbito de aplicación del art.42 LET no constituye en absoluto un obstáculo a la organización descentralizada del proceso productivo. El planteamiento restrictivo sobre la base de sus efectos contrarios a la libertad de organización empresarial ignora la función civilizatoria y equilibrante del Derecho del Trabajo llevada a cabo a través de normas garantistas de valor persuasivo. Desconoce igualmente que la "ratio" del precepto no queda cuestionada por la falta de vinculación de los trabajadores del contratista con la actividad esencial de la empresa principal: el empresario principal se beneficiará indirectamente de los trabajadores del contratista que realicen actividades tanto indispensables como inherentes a la actividad de la empresa principal. El fenómeno descentralizar no es sólo productivo sino también funcional e incluso "gestional". Tras la descentralización relevante para el ordenamiento laboral existe una gestión indirecta no sólo de actividad de tercero sino de mano de obra que tendría que haber sido contratada por el empresario principal de no haber utilizado una forma legítima de subcontratación (STS de 18 de enero de 1995, A/514). Es un dato corroborable en la práctica el aferramiento de la doctrina jurídica a una noción de propia actividad ya superada en la vida de las empresas y muy alejada de las exigencias de adaptación razonable³¹ de la normativa laboral ordenadora del trabajo en contratas a las nuevas formas de organización profundamente cambiadas. Es necesario precisar que la noción de "propia actividad" es meramente instrumental a los fines garantista de la normativa laboral y que su interpretación extensiva no es lesiva de la libertad de empresa.

Esta aporía de la opción interpretativa respecto de la "ratio" de la normativa de garantía del trabajo en contratas queda aún más realzada en relación con la responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales. Como se sabe, el art.24.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), establece que "Las empresas que contraten o subcontraten con otras las realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas

³¹ Véase, en general, LUHMANN, N.: Sistema jurídico y dogmática jurídica, Madrid, CEC, 1983, págs.97 y sigs.

de la normativa de prevención de riesgos laborales". Por su parte, el art.42.2 LPRL, contempla un supuesto especial de responsabilidad empresarial, al disponer que "La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del art.34 de esta Ley del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por esta Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal". No obstante, en estos casos no tiene ningún sentido condicionar a la conexión productiva la aplicación de las responsabilidades compartidas en materia de seguridad y salud laboral. Ciertamente, a los fines específicos de la prevención de riesgos laborales no parece razonable exigir que se trate de un proceso de subcontratación de "propia actividad": a tales efectos debería pasar a un segundo plano el criterio productivo y situarse en el primero el criterio locativo de prestación de servicios en un centro de trabajo en el que hay que garantizar las más idóneas condiciones de seguridad y salud laboral. Ciertamente para la imputación de responsabilidad en materia de seguridad y salud laboral esta exigencia de la "propia actividad" carece de sentido en relación a los fines normativos a perseguir, relacionados con la protección del bien jurídico de la vida e integridad física del trabajador y en atención a los factores de riesgo empresarial. Existe aquí una confusión entre la lógica empresarial de la externalización de actividades o servicios y la lógica de la seguridad de los trabajadores afectados por operaciones de "coordinación interempresarial". Una posición próxima a este criterio es la mantenida en la STS de 5 de mayo de 1999 (REF, núm.197,1999. P.: A.Desdentado Bonete), donde a propósito de la infracción en materia de seguridad laboral, no fundamenta la responsabilidad del empresario en el hecho de que la contrata tenga por objeto una actividad coincidente con la que es propia de la empresa principal, sino aduciendo que lo decisivo "es el hecho de que el trabajo se desarrolle en muchos casos bajo el control y la inspección de la empresa principal, o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta, y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo reperten en ella, produciéndose así una peculiar situación en la que participan los empleados del contratista, éste y también la empresa principal, situación en la que concurren conexiones e interferencias mutuas entre estas tres partes que en ella se encuadran" (fjº.1º). Lo determinante es, pues, "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".

Por lo demás, el concepto de "propia actividad" es un concepto en sí mismo controvertido. Se participa aquí de un criterio material y funcional, según el cual dentro de la actividad de la empresa tienen cabida tanto las actividades indispensables (son actividades propias de la empresa principal, no sólo las estricta-

mente productivas, sino todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo y la realización del fin de la empresa) como las llamadas actividades inherentes, vinculadas estrictamente a la producción o distribución objeto de la empresa. De manera que quedan dentro de la noción tanto las actividades productivas como las complementarias en régimen de gestión indirecta. Sin ser éste el criterio mantenido por el Tribunal Supremo, en las SSTs de 18 de enero de 1995 (A/514) y 15 julio 1996 (Ar. 5990), se mantiene una posición más flexible, muy apegada a las circunstancias del caso, sometido a la consideración del Tribunal. En estas sentencias se incluye dentro de la "propia actividad" también a las actividades que tengan un carácter complementario esencial para el desarrollo de la actividad de la empresa principal. Se busca así una posición intermedia entre los criterios de "actividad indispensable" para el fin perseguido y "actividad inherente" al ciclo productivo en sentido estricto. Pero el intento revela por sí mismo el carácter "artificioso" de la argumentación jurídica, que así desvela todas sus aporías, ya que la realización de la actividad de la empresa principal exige que se lleven a cabo todas las actividades esenciales y las complementarias efectivamente instrumentales efectuales en régimen de gestión indirecta.

e.- El alcance de la responsabilidad y su exoneración. Lo más importante es a nuestro entender es determinar las consecuencias o la naturaleza de las responsabilidades derivadas del incumplimiento de este deber y de realizar la contratación pese a los la posible certificación positiva por descubiertos. Nada dice expresamente a estos efectos que dependerán de la situación en que nos encontremos.

Queda exonerado de la responsabilidad solidaria regulada en el art. 42 del ET el empresario que contrate o subcontrate con otro la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad empresarial de aquél siempre que solicite certificación de posibles descubiertos de su contratista a la Tesorería General de la Seguridad Social y esta certificación sea negativa o no se expida en el término de treinta días hábiles.

En caso contrario, es decir, si la certificación no se solicita o es positiva y ha sido expedida dentro de dicho plazo de 30 días, el empresario principal responderá solidariamente durante el período de vigencia de la contrata y durante el año posterior a la finalización de la misma de los débitos con la Seguridad Social contraídos por su contratista por incumplimientos con la Seguridad Social producidos durante ese período de vigencia de la contrata. Esto sin perjuicio de que si no se le reclama la deuda en ese plazo deba responder subsidiariamente de esos mismos débitos en tanto no haya prescrito la respectiva obligación, en virtud de lo previsto por el art. 127 de la LGSS.

Por último, toda persona que contrate con un empresario la realización de obras o servicios, correspondan o no a una actividad empresarial o a su propia actividad, responderá subsidiariamente del pago total o parcial de prestaciones y cuotas de Seguridad Social cuando, a su vez, se haya declarado

responsable a su contratista o al subcontratista de éste y en la medida en que tal responsabilidad derive de incumplimientos con la Seguridad Social producidos durante el período de vigencia de la contrata. Esta responsabilidad será exigible en tanto no prescriba la respectiva obligación.

Si la certificación negativa no se ha librado en el plazo de 30 días, el EP queda libre de responsabilidad por los débitos anteriores a la contrata en materia de Seguridad Social puesto que el empresario pidió la acreditación de la existencia real del empresario y la solvencia y sujeción a la legalidad del mismo pero que la falta de diligencia de la Tesorería impidió su conocimiento.

Si la certificación es positiva o si no se hubiera recabado y pese a ello se contrata con él, el EP incurre en responsabilidad. Ahora bien, uno de los principales escollos que la doctrina afrontó desde los primeros momentos el tipo y alcance de la responsabilidad que puede ser: solidaria, administrativa³², subsidiaria.

f.- Responsabilidad por obligaciones de "naturaleza salarial". En una primera aproximación a este tipo de responsabilidad observamos que la regulación vigente desde 1980 limitó la responsabilidad a las "obligaciones de naturaleza salarial" en contraste con sus precedentes normativos y con lo previsto para las figuras afines como la cesión ilegal de trabajadores y los supuestos de transmisión de empresa en los que la responsabilidad se extiende a las "obligaciones laborales". Sin embargo, en las ETT se establece la regla general de responsabilidad subsidiaria por las obligaciones salariales.

En todo caso esta regulación no ha planteado como cuestión polémica para la doctrina ni para la jurisprudencia frente a la responsabilidad de Seguridad Social que sigue planteando cuestiones aplicativas de entidad³³ una vez delimitado el supuesto de hecho aplicable.

Pese a esta pacífica doctrina creemos que el papel atribuido a las contratas en el actual estado de la organización productiva y la necesaria coordinación con la responsabilidad de Seguridad Social, está necesitada, como toda la norma referente a la responsabilidad por contratas y subcontratas de una reforma puntual o global que en modo alguno se ha hecho por la Ley 12/2001 puesto que ha efectuado dos modificaciones puntuales: la eliminación del límite cuantitativo de la responsabilidad salarial y extensión del ámbito subjetivo a los contratistas. Modificaciones a las que es impropio llamarle que no auténtica reforma aunque con esa denominación se le está identificando.

Respecto al ámbito subjetivo o el alcance subjetivo de la responsabilidad, el art. 42 se refiere a los sujetos que asumen la responsabilidad y mencionaba al "empresario principal" y a los "subcontratistas", y a los "trabajadores" de éstos que podrán exigirla (los hayan prestado servicios en la obra objeto de contrata).

³² Vid. MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J.: "Responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios", en AA. VV.: *Comentarios a las leyes laborales*, (T-VIII), Coord. E. Borrajo Dacruz, Madrid, EDESA, 1982, págs. 254-255.

³³ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial*, cit., pág. 89.

Sin embargo la imprecisión terminológica del art. 42 no resuelve ni antes ni ahora la problemática que se deriva de las denominadas "cadenas de contratas" por otra parte cada vez más frecuentes en la realización de una obra o servicio que asumiéndose por un contratista, éste a su vez subcontrata hasta llegar en numerosas ocasiones a terminar la serie en un trabajador autónomo. De ahí que la imprecisión terminológica del art. 42 suscitara un debate —no concluido— acerca de si la responsabilidad solidaria se exige sólo respecto de la subcontrata primera de la cadena con la que se establecen vínculos inmediatos, es decir, sólo afecta a uno de los eslabones de la cadena (a las partes firmantes en de contratas)³⁴ o la responsabilidad de toda la sucesión de contratas intervinientes en el proceso³⁵. La mayoría de la doctrina entendió admitió que la responsabilidad solidaria alcanzaba a todos los sucesivos debiendo asumir los primeros las consecuencias que se derivasen de todos ellos pues precisamente el precepto se propone evitar la interposición de testaferros con escasa solvencia³⁶. Sin que esta conclusión quede desvirtuada por la existencia de pacto expreso de subcontratación o por el desconocimiento del empresario de la subcontrataciones sucesivas³⁷. Otra solución atentaría frontalmente con la finalidad cautelar y de amparo

³⁴ Véase esta cuestión en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Cadena de contratas y responsabilidad del empresario principal", RL, 1996, págs. 43-50. Esta es la posición de la jurisprudencia menos reciente y que es mantenida muy recientemente por RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y OTROS: *Curso de Derecho del Trabajo*, 9ª ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2000, pág. 258.

³⁵ Cfr. STSJ de Castilla-León de 12 de julio de 1999, fj. Único: "La doctrina aparece dividida al respecto. Para un sector debe aplicarse la responsabilidad en cascada, mientras que para otro no es exigible dicha responsabilidad, pues el empresario principal ha de responder solidariamente de las deudas del contratista y el contratista de las del subcontratista, porque el empresario principal no puede controlar la subcontrata que realiza el contratista. En los supuestos en que se produzca una descentralización productiva de más de un grado dando lugar a una cadena de contratas y subcontratas, nos encontramos ante un problema muy complejo, a saber el decidir si se produce una responsabilidad solidaria encadenada o si la cadena de responsabilidades es discontinua, afectando exclusivamente a las empresas vinculadas directamente a uno de los eslabones de fenómenos descentralizados. Esta Sala a la vista de las anteriores consideraciones resuelve que procede establecer la responsabilidad en cascada de todas las empresas, pues la empresa principal ha de responder de los trabajadores de todas las empresas contratistas y subcontratistas ya que, además de referirse a la propia actividad de la principal, los fenómenos descentralizadores en muchas ocasiones, aunque no se realicen con intención defraudatoria, suponen que las últimas empresas subcontratistas por su menor tamaño, presentan rasgos de debilidad económica, siendo frecuentes los incumplimientos de sus obligaciones salariales y de Seguridad Social".

³⁶ Cfr. fj. 8º de la STS de 4 de marzo de 1997 (Lex N. J373/1997)

³⁷ Cfr. STSJ de Castilla-León de 12 de julio de 1999, fj. Único: "...procede establecer la responsabilidad en cascada de todas las empresas [...incluso] la comitente "Telefónica de España, S.A." no queda exonerada de responsabilidad por el hecho de que en su contrato con "Cobra, S.A." existiera una cláusula que expresamente le prohibía subcontratar sin autorización expresa". En parecidos términos en fj. séptimo de la STSJ del País Vasco de 21 de septiembre de 1999: "El término que usa el legislador, propietario de la obra, parece referirse, literalmente, a aquel que inicialmente la encarga, lo que excluiría de su ámbito de aplicación a los que, en una cadena de contratas, ceden a otro, total o parcialmente, el encargo que han recibido. Desde luego, ha de rechazarse una comprensión del mismo en el sentido de referirse exclusivamente al primer adjudicatario de la obra".

de los trabajadores frente a situaciones patológicas, pues bastaría establecer una subcontrata para que la responsabilidad quedara sin efecto³⁸. Sin perjuicio claro está de la acciones por vía civil que los empresarios pudieran ejercitar.

El art. 42 opera también la total exoneración de la responsabilidad –solidaria y subsidiaria– por insolvencia del empresario contratista o subcontratista para satisfacer las deudas salariales y de Seguridad Social en los supuestos señalados en el párrafo segundo del art. 42.2 ET: uno, construcción o reparación que pueda contratar el cabeza de familia respecto de su vivienda. Otro, que el propietario de la obra o industria no contrate por razón de una actividad empresarial. En este caso, se mantiene la responsabilidad subsidiaria en aplicación del art. 127.1 LGSS. Todo ello sin perjuicio de que en ambos casos respondan hasta las cantidades que adeuden hasta completar que se hubiere ajustado por la obra o servicio (art. 1597 C.c.)³⁹. De la redacción de los términos de la exoneración y dada la finalidad del precepto no se puede hacer una interpretación extensiva como así lo ha confirmado la jurisprudencia para el caso de las cooperativas de viviendas a las que niega la equiparación al cabeza de familia que encarga la construcción de su vivienda (SSTSJ de Murcia de 1 de septiembre de 1998 (AS 3288/1998) y de 19 de octubre de 1998 (AS 3998/1998).

En cuanto al alcance objetivo de la responsabilidad, por obligaciones de naturaleza salarial habrá que entender incluidos los conceptos que participan de esa naturaleza e integran la estructura del salario, es decir aquellos previstos en el art. 26 del ET.

En principio se presumen que todos las contraprestaciones que recibe el trabajador como retribución por su trabajo tiene naturaleza salarial: la totalidad de las percepciones en dinero o en especie o los periodos de descanso computables como de trabajo como las vacaciones⁴⁰, las fiestas laborales, los descansos durante la jornada y las interrupciones justificadas. Pero la naturaleza salarial o no de un determinado concepto habrá de ser determinada caso por caso puesto que será en la negociación colectiva y el contrato individual donde se determinará la estructura del salario distinguiendo entre el salario base y los complementos. De ellos se deberán excluir los conceptos extrasalariales conforme al art. 26.2 ET: aquellos que tengan naturaleza indemnizatoria por despidos, traslados y suspensiones, gastos y suplidos realizados por

³⁸ Cfr. STSJ de Murcia, de 29 de octubre de 1996 (AS 4602).

³⁹ En fj.2º de la STS de 4 de noviembre de 1997: “la persona que encarga la realización de reparaciones en su domicilio no se constituye en empresario quedando excluido del sistema ordinario de responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social del contratista, de acuerdo a los artículos 42.2 del Estatuto de los Trabajadores y 68.1 y 97.1 de la Ley General de Seguridad Social, debiendo responder el dueño de la obra de las condiciones y límites establecidos en el artículo 1597 del Código Civil”.

⁴⁰ Vid. STSJ de Madrid, de 2 de abril de 1991 (Lex N. 2421/92) y de 14 de enero de 1998 (Ar. 67).

el trabajador y prestaciones e indemnizaciones de Seguridad Social⁴¹. Concretamente el plus de transporte⁴² y indemnización por fin de obra⁴³.

Se han venido incluyendo como salario, los atrasos devengados por aplicación retroactiva de un convenio colectivo⁴⁴; los intereses legales por mora⁴⁵; las horas extraordinarias⁴⁶.

La doctrina jurisprudencial no admite, problemáticamente, su inclusión en la responsabilidad solidaria del art. 42 ET ni tampoco como responsabilidad subsidiaria a las "mejoras voluntarias de la acción protectora de la

⁴¹ Vid. fj.2º STS de 20 de mayo de 1998 (Lex N. 562/98).

⁴² STS de 20 de mayo de 1998 (Lex N 562/1998): "Que hay conceptos excluidos de la invocación legal de "obligaciones de naturaleza salarial", como son las indemnizaciones por fin de contrato o por fin de obra".

⁴³ La STS de 19 de enero de 1998 (Lex N. J18/1998), sostiene como "doctrina ajustada" la que excluye de la responsabilidad que establece el artículo 42 las obligaciones extrasalariales tales como indemnización por fin de obra, dietas y plus extrasalarial, por entender que la responsabilidad solidaria de la empresa principal sólo alcanza a las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por el subcontratista con sus trabajadores.

⁴⁴ A mi entender es una solución acorde con el alcance de la retroactividad de un convenio colectivo. Así por todas la STSJ de Aragón de 19 de junio de 2000, fj cuarto : En principio y como regla general, debe entenderse que el ámbito de aplicación de un Convenio Colectivo alcanza a los trabajadores que en el momento de su entrada en vigor trabajan para la empresa. Sin embargo, cuando en el caso objeto de la sentencia quese comenta , la fecha en que comienzan a regir genéricamente sus efectos se retrotrae al 1 enero 1994, significa que, tal como admite y prevé el art. 86.1.º ET, el período de vigencia de las materias reguladas en él, salvo norma expresa en contrario, se inicia precisamente ese día, y por tanto las normas convenidas tienen que aplicarse a todos los empleados y operarios que en esa fecha prestaban servicios. El momento de la puesta en observancia de un convenio colectivo no es necesariamente único y el mismo para todas sus normas, sino que se admite plenamente que distintas materias o partes de un mismo convenio entren en vigor en diferentes fechas. Por ello es evidente que, si los preceptos del Convenio de autos relativos a la antigüedad iniciaron su vigencia el 1 enero 1994, sin perjuicio de su fecha de efectividad económica, la regla general expresada en líneas anteriores obliga necesariamente a concluir que, en lo que concierne a esta materia, el ámbito personal del convenio comprende a todos los empleados que en esa fecha estaban prestando servicios, aunque sus contratos de trabajo se hubiesen extinguido antes de la publicación de aquél. No se trata de que en fechas posteriores se incrementaran los salarios sino que en aquella fecha los salarios eran mayores de lo cabría deducir.

⁴⁵ No procede si la cantidad reclamada no es líquida o es controvertida. Véase STSJ Cataluña de 4 de julio de 1996, donde se cuestiona la aplicación del art. 42 : Ha de acogerse, finalmente, el motivo que el recurso dedica a estimar infringido el artículo 29.3 del ET, pues no procede el recargo por mora que dicho precepto impone, cuando como en el presente caso ocurre, las cantidades reclamadas no sólo no eran pacíficas ni líquidas sino que, en definitiva, se vieron las mismas minoradas en su importe, conforme a lo razonado por el Magistrado en el segundo fundamento jurídico de su sentencia (fj 5º). Se admite implícitamente el recargo por mora -aunque no es el objeto principal de la sentencia- en STSJ de Murcia de 18 de diciembre de 2000 (Lex N. 3202/2000).

⁴⁶ Vid. STSJ del País Vasco de 10 de mayo de 1994 (Lex N. 2677/1995).

Seguridad Social"⁴⁷. No tienen naturaleza salarial⁴⁸, pero, sin embargo, podrían considerarse como obligaciones "referidas" a la Seguridad Social en el sentido del art.42.2 del ET.

g.- Merece especial atención puesto que ha sido aquí donde se ha planteado los principales problemas, la extensión de la responsabilidad solidaria a los "salarios de tramitación" devengados antes de la finalización de la contrata. Tanto la jurisprudencia como la doctrina ha llegado a conclusiones diferentes acerca del alcance de la responsabilidad solidaria por los salarios de tramitación, calificación que depende de la atribución de naturaleza salarial o indemnizatoria de esas cantidades. Divergencia que a su vez está fundamentada en determinar si el acto unilateral de despido extingue *per se* la relación laboral salarial o simplemente la paraliza sus efectos hasta que exista resolución judicial. En todo caso no alcanzaría a la obligación de readmitir ni a las indemnizaciones por despido.

Con base en la STS de 27 de octubre de 1986 (Ar.5906) y en las STCT de 20 de enero de 1987 (Ar. 894) y de 13 de enero de 1988 (Ar. 880) se afirma la extensión de la responsabilidad solidaria⁴⁹. El Tribunal Supremo declaró la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación con lo que se excluyó del ámbito de aplicación de la responsabilidad solidaria (STS de 13 de mayo de 1991, Ar. 3907). La doctrina del Tribunal supremo dio un giro radical en la Sentencia de 7 de julio de 1994 (Lex N. 982/1995) en la que vuelve a declarar la responsabilidad por los salarios de tramitación: El trabajador despedido durante la vigencia de la contrata estará amparado por la garantía solidaria por los salarios de tramitación hasta la fecha prevista de finalización de la contrata⁵⁰.

⁴⁷ En el f.º sexto de la STS de 22 de diciembre de 2000 (Lex N. 2794/2000): Todos los razonamientos jurídicos expuestos nos llevan a la conclusión que el artículo 42 no impone al contratista principal la obligación de responder del incumplimiento de las obligaciones que contrajo el subcontratista en materia de mejoras voluntarias de prestaciones.

Tampoco cabe la responsabilidad subsidiaria que impone el art. 127.1 de la Ley General de la Seguridad Social, pues tal responsabilidad surge "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", es decir el art. 126 de dicho cuerpo legal; y es indiscutible que la obligación de abonar la indemnización por muerte que se reclama en este juicio, no encuentra encaje ni acomodo en ninguno de los números de este art. 126.

⁴⁸ Vid. STSJ de Navarra de 14 de abril de 2000 f.º 5.º (Lex N.º 881/2000): "En cuanto a la limitación de la responsabilidad de la promotora, bien al salario mínimo interprofesional, o bien a los salarios mínimos fijados en el Convenio colectivo del ramo, que se pretende en el epígrafe segundo del mismo motivo tercero, al amparo del artículo 191.c) y por infracción del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, debe concluirse que la responsabilidad solidaria se refiere a la demanda salarial, lo que implica que la jurisprudencia haya excluido la responsabilidad respecto de las mejoras voluntarias a la Seguridad Social (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1998, 16 de septiembre de 1999).

⁴⁹ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial...*, op. cit, pág. 91.

⁵⁰ Solución que llega en los argumentos expuestos en f.º segundo y tercero: Los salarios de tramitación suponen una relación jurídica rota por el contratista que debe recomponerse abonando la retribución que el trabajador dejó de percibir por haber sido privado injustamente de realizar su trabajo, salarios que deben tener el mismo tratamiento que los que le hubieran correspondido en caso de haber realizado su trabajo en la obra contratada.

No obstante la doctrina del Tribunal supremo volvió a cambiar con la STS de 14 de julio de 1998 que ha sido reproducida en sentencias de TS de 26 de diciembre de 2000 (Lex N. 2798/2000)⁵¹ y STS de 23 de enero de 2001 (Lex N. J37/2001) entre otras⁵². Sin embargo, aun admitiendo que los salarios de tramitación tienen una vertiente salarial y otra indemnizatoria y que por tanto constituye un concepto propio que no se puede incardinar en uno o en otro, no compartimos las consecuencias que se extraen de ello: fundamentalmente que el empresario principal no asuma responsabilidad alguna por los salarios de tramitación, aunque sí se reconoce como salario a efectos de cotizaciones. Entendemos que precisamente esa naturaleza salarial compartida con otra indemnizatoria avala y sirve de fundamento a la aplicación de la responsabilidad solidaria en este supuesto⁵³. De cualquier modo, los salarios de tramitación en los supuestos de despido nulo son decididamente salarios dejados de percibir por un acto antijurídico del empleador⁵⁴, ya que en

Por otra parte, una interpretación literal de la normativa vigente conduce a apreciar la naturaleza salarial de estos devengos pues el artículo 55.4 del ET impone al empresario la obligación de abonar los "salarios dejados de percibir" en caso de declaración de despido nulo y el artículo 56.1.b, el artículo 33.1 del ET dicen que en el concepto de salario entra "la indemnización complementaria por salarios de tramitación". La equivalencia con el salario se contiene en los mismos términos, en el art. 113 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Además subsiste la obligación durante la tramitación del despido de mantener al trabajador en alta en la Seguridad Social y de cotizarla la Seguridad Social.

⁵¹ En f.j. segundo: La decisión correcta de la cuestión controvertida es la contenida en STS de 14 de julio de 1998, dictada en Sala General, que cambia de manera expresa la doctrina anterior. La doctrina jurisprudencial de la sentencia de contraste ha sido reafirmada luego en sentencias de 9 de diciembre de 1999 y 10 de julio de 2000. El razonamiento que ha inclinado a estas decisiones se puede resumir en que los llamados "salarios de tramitación" o "salarios dejados de percibir" son en realidad indemnizaciones por despido, y no contraprestaciones o contrapartidas del trabajo realizado, como, a distintos efectos, ha señalado reiteradamente la Sala en numerosas resoluciones (sentencias de 7 de diciembre de 1990, 2-12-1992, 19-5-1994, y 14-3-1995, entre otras).

⁵² En f.j. único: La doctrina consolidada, con cita de varias de la propia sala ha conferido a los salarios de tramitación "el predominio del carácter indemnizatorio" ya que la obligación impuesta al empresario principal que responde durante el año siguiente a la terminación de su encargo de las obligaciones contraídas por los contratistas con sus trabajadores por el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, se refiere "a las obligaciones de naturaleza salarial", y como se ha hecho ver en el fundamento precedente, los salarios de trámite tienen vertientes salariales, como la obligación de cotizar por ellos, y una finalidad indemnizatoria, como razonan las múltiples sentencias de esta Sala ya citadas, y por ello, tanto si se concluye que constituyen un concepto propio como si se admite su exclusiva naturaleza indemnizatoria, nunca pueden ser conceptuados como obligaciones de estricta naturaleza salarial, únicas de las que es responsable solidario el contratista principal.

⁵³ GALA DURÁN, C.: "Responsabilidad en materia salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas", en AA.VV.: *Descentralización productiva y Relaciones Laborales*, Valladolid, Ed.Lex Nova, 2001, pág. 239.

⁵⁴ El art.55.6 del ET es contundente al establecer que "El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir". En el mismo sentido, el art.113 LPL. Sobre esa naturaleza salarial, véase ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: "Forma y procedimiento del despido disciplinario. El despido nulo", en AA.VV.: *La reforma del Estatuto de los Trabajadores. El despido*, dir.E.Borrajó, Madrid, Edersa, 1994.

rigor nunca se produjo la ruptura legítima del vínculo jurídico contractual; en cuyo caso el art.42.2 del ET se aplica a dichos salarios por estrictas razones de lógica jurídica.

h.- La responsabilidad en materia de seguridad y salud. De una lado, el art. 24 de la LPRL —que traspone lo previsto en el art. 6.4 de la Directiva Marco— recoge una serie de obligaciones entre ellas en función del grado de coincidencia del objeto de su actividad trata una serie de cuestiones relacionadas con las relaciones interempresariales en materia de prevención cuando desarrollen su actividad en un mismo centro de trabajo⁵⁵. Por su parte el art. art. 42 establece un sistema de responsabilidad solidaria entre la empresa principal y los contratistas y subcontratistas.

La responsabilidad que se declara entre empresas tiene dos elementos de delimitación que conviene poner de relieve inmediatamente. Uno, que las obligaciones materiales cuyo incumplimiento desencadena la solidaridad se encuentran en el art. 24 de la LPRL (En este estudio no hacemos referencia a al supuesto de las relaciones de trabajo en ETT cuyas obligaciones se contienen en el art. 28) en las que la coincidencia en el lugar de trabajo es determinante y será el titular de ese centro quien debe garantizar las condiciones de trabajo adecuadas. Otro, que la solidaridad entre empresas abarca a todo tipo de responsabilidad puesto que la Ley no distingue entre responsabilidades (laborales, administrativas, civiles o penales)⁵⁶.

i.- La problemática que engendra la responsabilidad por obligaciones “*referidas a la Seguridad Social*”. Iniciamos el estudio de esta responsabilidad por el ámbito objetivo de la misma no sin antes realizar dos observación preliminar: Una, que no hacemos referencia en este apartado a los aspectos comunes con la responsabilidad salarial tales como alcance personal o la problemática del alcance a toda la cadena de subcontratas puesto que a ellos se hicieron referencia con anterioridad, la referencia a la *propia actividad*, etc. Otra, que dentro de la regulación por tutela en contratas y subcontratas, la referida a la responsabilidad en materia de seguridad social presenta una complejidad especialmente intensa tanto por los problemas de interpretación y de aplicación planteados en el art. 42 como por su vertebración con lo previsto sobre la

⁵⁵ Regulación que a juicio de GARCÍA NINET, J.L.: “Obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad y salud en los supuestos de contratas y subcontratas. Consideraciones en torno al art. 24”, en AA. VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2000, pág.275, cada día cobra mayor interés pues cada vez son mas frecuentes y complejos los fenómenos de descentralización productiva y mayores las necesidades de prevención en este campo.

⁵⁶ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Prevención de riesgos laborales y sistema de responsabilidades empresarial, sindical y de los trabajadores”, en AA. VV.: *Cien años de Seguridad Social*, Madrid, Fraternidad-Muprespa y Uned, 2000, págs.613 y sigs., en particular, págs.628 a 632.

misma materia en el art. 127 LGSS⁵⁷. Estamos por tanto ante uno de los conjuntos normativos mas imprecisos y peor redactados que ha planteado numerosos problemas a la doctrina y en la aplicación judicial⁵⁸. A la delimitación del sistema legal concurrente en la regulación de la responsabilidad por las obligaciones *referidas* a la Seguridad Social dedicamos este apartado.

En primer lugar tenemos que hacer referencia a la vigencia de la regulación protectora prevista en la norma de derecho común prevista en el art. 1597 del Código Civil que viene a ser la primera manifestación de la legislación tuitiva del trabajo en contratas y subcontratas. En esta norma se disciplina una acción directa de los trabajadores frente al "dueño" de la obra ajustada alzada por el "contratista" en favor de "los que ponen su trabajo y materiales" en la misma. Dicha responsabilidad surge cuando el dueño de la obra no haya pagado al contratista, y alcanza hasta el límite de lo adeudado en el momento de la reclamación.

Ahora bien, conviene hacer alguna puntualización la norma del artículo 1597 del Código Civil. La primera de ellas es que no se trata de un precepto jurídico-laboral, específico del trabajo asalariado, sino civil, común a todos los tipos de relaciones de trabajo que impliquen incorporación de esfuerzo productivo a una obra ajena. La segunda puntualización hace referencia al ámbito objetivo del precepto, que comprende todas las contratas encargadas por un "dueño de la obra", se produzca o no en el marco de una actividad empresarial, y no sólo los supuestos de subcontrata o subcontratación para obras y servicios correspondientes a su propia actividad⁵⁹. Es decir el art. 42 se autolimita para determinadas hipótesis y reserva solamente al tratamiento de las contratas *correspondientes a la propia actividad* de forma que los restantes tipos de actividad se someten al régimen establecido en la norma civil mencionada que prevé un nivel mínimo de garantía.

Ambos preceptos no son incompatibles sino que tienen aplicaciones independientes entre sí: uno genérica y otro específica. Sin embargo se puede producir un conflicto de concurrencia de acciones directas al amparo de ambos preceptos.⁶⁰

⁵⁷ Como estudios básicos y punto de partida de elaboraciones posteriores pueden consultarse los estudios realizados por BLAT GIMENO, F. en su tesis doctoral sobre el análisis jurídico-laboral de la descentralización productiva (1989). MONEREO PÉREZ, J.L.: "El ámbito material de la responsabilidad en el trabajo en contratas. Las obligaciones "referidas" a la Seguridad Social", RL 1992-II. y con posterioridad la monografía *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación*, cit.; CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", cit.

Por su parte la STS de 17 de mayo de 1996, se hace referencia por primera vez a la responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra o industria, ex art. 127.1 de la LGSS (antiguo artículo 97 de la ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974), compatibilizándola con la responsabilidad solidaria del contratista y subcontratista contraída durante la vigencia de la contrata.

⁵⁸ Cfr. MONEREO PÉREZ J.L.: *La responsabilidad empresarial*..., cit., pág. 99.

⁵⁹ Cfr. fj.3º de la STSJ de Andalucía de 8 de marzo de 1996.

⁶⁰ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial*..., op. cit., pág. 101.

La responsabilidad en materia de contrata y subcontrata en el ámbito de la Seguridad Social se regula en dos preceptos: el art. 42 ET y en art. 127 de la LGSS. Pero de esta identificación no se sigue que coincidan los supuestos de aplicación de ambos preceptos ni que el alcance de la responsabilidad sea el mismo. La controversia se acentuó cuando el artículo 12 del RD 1637/1995, de desarrollo del art. 127 no se limitó completar y explicitar su contenido sino que introdujo una modificación sustancial en su contenido. A saber, el precepto subordinaba la posibilidad de exigir responsabilidad subsidiaria al propietario de la obra o industria al hecho de que las obras o servicios contratados correspondan a la *propia actividad* del empresario contratante, cuando el art. 127 no establecía esa limitación. Literalmente habría de concluirse, de acuerdo con el art. 12 del RD 1637/1995, que todas las contrata que no correspondan a la actividad del contratante (limpieza, seguridad, construcciones y reparaciones en empresas de actividad distinta de éstas, etc.) quedarían al margen de la responsabilidad subsidiaria regulada en el art. 127.1 LGSS. La Resolución de 16 de diciembre de 1996, de la Dirección General de ordenación de la Seguridad Social, salió al paso de esta incongruencia y contradicción sobre responsabilidad subsidiaria que había producido una merma por vía reglamentaria en las garantías ofrecidas por la ley a los trabajadores⁶¹.

Aún así, y después de la modificación normativa, la comprensión no es una cuestión fácil puesto que el Reglamento General de Recaudación de Seguridad Social (RD1637/1995 de 6 de octubre en su redacción posterior a su modificación por RD 1426/1997, de 15 de septiembre) se refiere en su art. 10.3 a que "En caso de subcontrata de obras o servicios, el empresario principal y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá *solidariamente* del pago de las deudas con la Seguridad Social" mientras que como se sabe el art. 127 hace referencia a la responsabilidad subsidiaria. De una primera lectura del mencionado precepto reglamentario no se concluye otra cosa que el mismo ha operado la extensión de la responsabilidad solidaria a las deudas de Seguridad Social en todo tipo de contrata. Literalmente este precepto aparece como contrapunto a la generalizada tendencia actual del Derecho del Trabajo a conformarse como un Derecho "desequilibrado"⁶² en el que el principio de "eficiencia económica" ha impuesto su primacía desplazando al prin-

⁶¹ Por lo que concluía o argumentaba que " Por todo lo expuesto, esta Dirección General entiende que la responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra o industria, regulada en los arts. 127.1 y 104.1 de la LGSS, no requiere que existan contrata o subcontratas correspondientes a la propia actividad del contratante, por lo que no debe aplicarse el Reglamento General de Recaudación en ese punto, debiendo entenderse que ello afecta tanto a la obligación de cotizar como a la del pago de prestaciones, pues el sujeto responsable es el mismo y son exigibles las mismas condiciones para los dos tipos de obligaciones".

⁶² Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: "Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la *cuestión social*", RL, núm. 15/16 (2001), pág.59.

cipio tradicional, inherente y *fundacional* del Derecho del Trabajo como el principio de protección. Y esta solución sería a nuestro entender loable que no deja lugar a dudas que

La solución ha de venir de atender al diferente grado de protección que subyace en el art. 127 y 42 en función de que la contrata se refiera o no a la "propia actividad" dentro de la finalidad garantista de estas normas. Así, debemos admitir una gradación de la responsabilidad de tal forma que el art. 42 se establece un mayor grado de responsabilidad –solidaria– para un tipo específico de contratas y subcontratas –las correspondientes a su propia actividad– frente a la responsabilidad general subsidiaria del art. 127 LGSS para cualquier contrata y subcontrata de obras y servicios⁶³. Entre ambos supuestos se produce una nítida separación: el art. 42 se refiere al supuesto específico de descentralización productiva empresarial: aquella que corresponde a la "propia actividad" del comitente, mientras el art. 127 LGSS se aplica a *todas* las contratas.

Pero además de las diferencias en el supuesto de hecho también se diferencian por la consecuencia legal establecida que consiste en el art. 127 LGSS en la imputación de una responsabilidad subsidiaria estricta que exige, además del impago de la deuda, la insolvencia del empresario contratista⁶⁴.

A pesar de las diferencias encontradas al analizar la interrelación entre el art. 42 ET y el art. 127 de la LGSS podemos afirmar de conformidad con lo dicho en el apartado anterior que la responsabilidad puede ser solidaria o subsidiaria respecto de las cuotas y de las prestaciones sociales que puedan recaer sobre el empresario⁶⁵. El significado de la expresión "referidas a la Seguridad Social" remite a una relación de conexión con el sistema de Seguridad Social en el que la alusión a las obligaciones se refiere de una lado a la obligación de cumplimiento de deberes de afiliación, alta y cotización y de otro a la obligación de

⁶³ Vid. LUQUE PARRA, M.: "La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios", en AA. VV.: *Descentralización productiva y Relaciones Laborales*, Valladolid, Ed. LEX NOVA, 2001 pág. 271-273.

⁶⁴ Cfr. STS de 27 de junio de 1991 (Lex N. 5966/92): "... es necesario distinguir la responsabilidad subsidiaria que sólo se puede hacer efectiva previa insolvencia del deudor directo, de la responsabilidad solidaria en la que el acreedor puede dirigirse a su elección contra cualquiera de los obligados solidarios o contra todos ellos conjuntamente".

⁶⁵ STS de 20 de mayo de 1998 (Lex N. 562/98): "De lo dispuesto en el artículo 42 del E.T. resulta que la responsabilidad solidaria que el mismo establece se extiende a dos materias distintas: "las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores" ocupados en la contrata, y las referentes a la Seguridad Social sobre 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 el incumplimiento de sus obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización". La responsabilidad subsidiaria surge cuando "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", es decir el art. 126 de la LGSS [fj tercero 4º de la STS de 19 de mayo de 1998 (Lex N. 562/1998); en el mismo sentido STS de 16 de septiembre de 1999 (J1347/99)].

pago de prestaciones a cargo del contratista por incumplimiento de deberes legales⁶⁶. Es decir todas las obligaciones excepto las multas y otras sanciones punitivas relativas a la Seguridad Social comprensivas de las contraídas directamente frente a las entidades gestoras como frente a los beneficiario⁶⁷.

Respecto de las obligaciones de cotización devengadas y no satisfechas, de conformidad con el art. 104 que a su vez remite al 127 de la LGSS, el sujeto responsable en el cumplimiento de la obligación de cotizar es el empresario, extensible a al empresario titular o comitente de la obra o servicio que responderá con carácter legal y subsidiario de la obligaciones contraídas por el contratista. De otro lado el art. 42 viene a reforzar la protección del trabajo en contratas correspondientes a la propia actividad estableciendo una responsabilidad solidaria respecto de la obligaciones *referidas* a la Seguridad Social, entre las que están incluidas las cuotas. Sin embargo de lo expuesto se deduce que la responsabilidad no alcanza a las aportaciones (*póliza*) realizadas por el empresario que concierne a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social puesto que las mismas tienen una naturaleza jurídica distinta a las cuotas en cuanto la implantación de éstas obedece a una lógica privada y no representan una obligación jurídico-pública de cotizar⁶⁸.

Respecto a la responsabilidad empresarial –solidaria y subsidiaria– en el pago de prestaciones *referidas* a la Seguridad Social nacidas y no satisfechas está expresamente contemplada en el art. 127 LGSS y en el art. 42.2 ET. Son

⁶⁶ La jurisprudencia señala como alcance la responsabilidad las cuotas y prestaciones: STS de 17 de mayo de 1996 (Ar. 4472) y fj sexto de la STS de 22 de diciembre de 2000 (Lex N. J2794/2000): El precepto está enumerando obligaciones referidas a la Seguridad Social, [...] que únicamente pueden referirse a esas cuotas o a prestaciones anticipadas por la Seguridad Social”.

⁶⁷ Vid. fj.2º de la STS de 20 de mayo de 1998 (Lex N. 562/1998): “...y las referentes a la Seguridad Social sobre 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 el incumplimiento de sus obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización”.

⁶⁸ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial...*, op. cit., pág. 109-110. Las cotizaciones de empresarios y trabajadores a la Seguridad Social como prestaciones patrimoniales públicas. En este sentido la STS de 27 de marzo de 1991 y la de nueve de mayo de 1992 que matiza la anterior: “el establecimiento de *prestaciones patrimoniales públicas*, diversas de los tributos, se hará “con arreglo a la ley”, tendría carácter relativo, de tal modo que no se defiere al Parlamento la regulación agotadora de la materia ni de forma exhaustiva la de sus elementos configuradores, sino que la ley regulará los aspectos básicos permitiendo la apertura a la potestad reglamentaria de los restantes, dando así entrada, como operación válida, a las remisiones normativas contenidas en la Ley reguladora”. Sentencias posteriores confirman y reiteran es doctrina. Entre otras, STS de 27 de octubre de 1993 (Lex N. 2359/94) y STS 27 de noviembre de 2000 (Lex N. 2412/2000): en el que la exigencia de rango relativo para su establecimiento será en todo caso “relativa”, lo que conlleva por un lado, que “...no cabe su identificación con los tributos” cuyo régimen jurídico aplicable se prevé en la Ley General Tributaria mientras que el de las cuotas se establecen en la LGSS; y de otro, que en el ámbito de estas cotizaciones son válidas las remisiones normativas contenidas en la norma legal reguladora de la materia sin incurrir en tacha de inconstitucionalidad.

muchos los matices y las cuestiones que suscita una interpretación integradora de los citados preceptos respecto a las prestaciones sociales cuyo pago recaiga en el empresario principal, nos detendremos preferentemente en las principales cuestiones que se han planteado y sobre las que se ha pronunciado la doctrina haciendo referencia a los actuales pronunciamientos de la jurisprudencia: El alcance temporal de la responsabilidad —preferentemente en caso de IT; La posible inclusión en la responsabilidad solidaria del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad; las mejoras voluntarias de Seguridad Social y las obligaciones empresariales que derivan de los Planes de Pensiones del sistema de empleo.

j.- Alcance temporal de la responsabilidad. Dentro de la determinación del alcance de la extensión de la responsabilidad por las obligaciones referidas a la seguridad social se plantean dos tipos de referencias limitativas a su alcance temporal: El alcance temporal de la responsabilidad que limita la misma por incumplimientos durante "periodo de vigencia de la contrata" y el espacio de tiempo durante el cual esa responsabilidad puede exigirse que será diferentes según que estemos ante responsabilidad solidaria o subsidiaria.

En cuanto al primer tipo, se han planteado básicamente dos supuestos especialmente problemáticos:

Uno, en caso de la responsabilidad solidaria por las cuotas impagadas a la Seguridad Social por su subcontratista entran en el ámbito de aplicación del art. 42 E.T. siempre que se cumplan determinados requisitos: a) que se trate de obligaciones contraídas por el subcontratista con la Seguridad Social durante el período de la vigencia de la contrata y b) que no haya transcurrido un año desde la terminación del encargo. Este requisito temporal constituye, en realidad, la duración de la responsabilidad solidaria⁶⁹.

Supuestos problemático y resuelto por la jurisprudencia se produce con ocasión de la extinción de un contrato de trabajo posteriormente declarado nulo o improcedente y sobre cuyos salarios de tramitación se exige el pago de cuotas —tramitación que se prolongan en el tiempo durante un periodo más amplio que la duración de la contrata. La responsabilidad empresarial por las cotizaciones que corresponden por los mencionados salarios se limita al tiempo de vigencia de la contrata⁷⁰.

⁶⁹ Cfr. fj. 2º de la STS de 4 de mayo de 1998. Presupuesto temporal que si no aparece acreditado la consecuencia será la inaplicación de la norma. Exige también el límite de la responsabilidad en la misma cuantía de lo que correspondería si se hubiese tratado de personal fijo del empresario principal, en la misma categoría y puesto de trabajo. Límite que la actual reforma ha suprimido.

⁷⁰ Vid. STSJ de Madrid, de 2 de mayo de 1998 (AS 1335): En todo caso, la responsabilidad por los salarios de tramitación se limita al período de vigencia de la contrata, "debiendo además tenerse presente que la empresa principal debe responder solidariamente en virtud de dicho precepto de las cuotas de Seguridad Social referidas a los salarios de tramitación", pues la finalidad protectora no puede exceder de dicho límite.

Otro, se refiere a la duración de la responsabilidad que se concreta en el pago de prestaciones, es decir, si la responsabilidad del pago de la prestación sólo se extiende hasta la finalización de la contrata⁷¹ o durante toda la vida de la prestación. El TS en unificación de doctrina ha resuelto el supuesto de una prestación por IT generada durante la vigencia de la contrata, en el sentido de mantener la responsabilidad durante todo el tiempo que subsista esa situación⁷². Llega a esa conclusión atendiendo a la finalidad del artículo 42.2 que es garantizar que los beneficiarios del trabajo por cuenta ajena respondan de todas las contraprestaciones inherentes al mismo, garantía que alcanza al empresario principal, puesto que el art. 127 de la LGSS hace expresa referencia al artículo 42.2 del Estatuto. Además de ser coherente con la con el tratamiento que a esta contingencia en STS de 8 de mayo de 1995, con ocasión de la acumulación de diferentes períodos de la incapacidad temporal interrumpidos por la actividad laboral inferior a seis meses. En esta sentencia —recuerda ahora el Tribunal— IT está constituida por dos elementos inseparables uno causal, la enfermedad o lesión que requiere el restablecimiento de la salud perdida e impide el trabajo y otro derivado del primero, que comprende el proceso de curación. Esta naturaleza compleja aparece ya en la base 29 de la ley 193/1963 de 28 de diciembre al referirse en su apartado a) tanto a la enfermedad o accidente como hecho causal y mantiene el elemento temporal con la expresión “mientras” el trabajador esté impedido para el trabajo y reciba asistencia sanitaria. De forma que, siempre que la IT que exceda del tiempo de vigencia de la contrata sobre la misma actividad traiga su causa de la enfermedad o accidente acaecido durante ella, tiene consideración de prestación de la Seguridad Social.

Respecto al tiempo en que la responsabilidad puede exigirse por incumplimiento de obligaciones de Seguridad Social, si estamos ante el supuesto de responsabilidad subsidiaria del art. 127 de la LGSS, el plazo se establece en los arts. 21 y 43 del mismo cuerpo legal que será deferente para las cuotas o para las prestaciones⁷³. Si estamos ante una responsabilidad solidaria por contratas o subcontratas correspondientes a la misma actividad el espacio temporal se extenderá hasta un año después de la finalización de la contrata.

⁷¹ ROQUETA BUJ, R.: “Alcance temporal de las responsabilidades”, en AA. VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, cit. pág. 263, reflexiona acerca de la problemática de determinar el término final de la vigencia de la contrata y la influencia de las distintas causas de extinción de la contrata en el alcance de la responsabilidad solidaria del empresario principal.

⁷² Véase referencia a esta sentencia en SALINAS MOLINA, F.: “Contratas y subcontratas...”, op. cit. pág. 34.

⁷³ El art. 21 LGSS establece que “El derecho de la Administración de la Seguridad Social para determinar las deudas con la misma cuyo objeto esté constituido por cuotas, mediante las oportunas liquidaciones” prescribirá a los cuatro años. Y respecto de la prestaciones el art. 43 establece que “El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años”.

k.- La problemática de la extensión de la responsabilidad por *recargo* en el as prestaciones por falta de medidas de seguridad. Como hemos afirmado *ut supra*, el art. 42 ET no alude a la responsabilidad en materia de seguridad y salud. Es la propia LPRL la que afronta esta cuestión estableciendo obligaciones en su art. 24 y las responsabilidades en su art. 42. La responsabilidad solidaria se traslada al empresario principal siempre que se cumplan los requisitos de "propia actividad" y que las actividades se desarrollen en un centro de trabajo de la principal. Pero no queda claro si la responsabilidad afecta a todas ellas con independencia de su naturaleza administrativa, de Seguridad Social, civil o penal⁷⁴.

En estas normas, por tanto, no se menciona expresamente si la responsabilidad alcanza al recargo por prestaciones de del art. 123 de la LGSS. Es necesario establecer la conexión entre la responsabilidad por falta de medidas de seguridad, la responsabilidad en el pago del recargo de prestaciones económicas y su extensión al empresario principal a partir del dato normativo impreciso. No es una cuestión fácil ni pacífica entre la doctrina determinar los supuestos en que los empresarios comitentes de obras y servicios correspondientes o no a la propia actividad responden solidariamente del recargo sobre las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional por falta de medidas de seguridad.

El problema del traslado legal del recargo guarda íntima conexión con la configuración o con la naturaleza jurídica del recargo. El recargo es una "sanción compleja de carácter intimidatorio", sanción que una vez impuesta se materializa en una prestación sobreañadida. El recargo tiene un componente típico de carácter mixto: *castigo y resarcimiento*⁷⁵.

La consecuencia de esta conclusión es que sólo correspondería hacer frente al recargo al empresario *infractor* y la imposibilidad de liberación del deudor directamente responsable de la prestación mediante seguramiento para *cubrirla, compensarla o transmitirla* a un tercero⁷⁶ y liberar así al deudor directamente responsable. Aunque la extensión de responsabilidad estaría justificada en ciertos supuestos en orden a "reforzar el carácter disuasorio de la

⁷⁴ Vid. BARREIRO GONZÁLEZ, G.: "Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas", REDT. núm. 100, pág. 899.

⁷⁵ Cfr. El amplio desarrollo argumental que lleva a esta afirmación en MONEREO PÉREZ J.L.: *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, Civitas, 1992, págs. 51 y sigs.

⁷⁶ Esta parece ser la consecuencia que se desprende del art. 123.2 LGSS. El fj tercero de la STS de 18 de abril de 1992 (Ar. 4849), transmite la responsabilidad al empresario principal precisamente porque es infractor: "De todos modos la responsabilidad solidaria del empresario principal en estos casos ha de ser matizada, vinculándola a la idea de "empresario infractor" [...] de forma que la existencia de esa responsabilidad ha de ir unida a una conducta negligente o inadecuada de aquél, o a la concurrencia de falta de cuidados precisos por parte del mismo o a la no adopción de medidas evitadoras del riesgo que sea imputable de alguna manera a ese empresario principal".

medida represivo-preventiva". La cuestión se centra por tanto en que el art. 42 establece la responsabilidad para todas las obligaciones de Seguridad Social pero el recargo tiene una naturaleza sancionatoria y por tanto no asegurable, debiendo ser el empresario "infractor" el que se haga cargo del *recargo* en la prestación.

En definitiva que la responsabilidad está necesariamente ligada a la idea de empresario infractor lo que ha de ir unido a la existencia o no de una conducta negligente o inadecuada. Lo determinante en la conformación del supuesto de hecho es que debe concurrir la condición de *infractor* del empresario para ser responsable. Esta idea tomó cuerpo en la STS de 18 de abril de 1992 y se continúa entre otras en la STS de 2º de julio de 2000 (Lex N. 1375/00)⁷⁷. Una interpretación menos restrictiva parece emanar de la STSJ de Asturias de 9 de enero de 1998 puesto que sólo exige una falta de vigilancia sobre el contratista y no tanto en encontrar al "infractor" directo e inmediato⁷⁸.

Es insoslayable la concurrencia de un incumplimiento por parte del empresario principal que tendrá su expresión en una conducta negligente o en la falta de atención o vigilancia en el establecimiento de medidas que eviten el riesgo, siempre que el accidente tenga lugar en un mismo centro de trabajo. Se exige, además, que el contratista y el subcontratista realicen obras correspondientes a la *propia actividad* del empresario principal. En definitiva, "Dos son por tanto los requisitos exigidos en los casos de contratos o subcontratos para que

⁷⁷ El fj tercero de la STS de 18 de abril de 1992 (Ar. 4849), transmite la responsabilidad al empresario principal precisamente porque es infractor: "De todos modos la responsabilidad solidaria del empresario principal en estos casos ha de ser matizada, vinculándola a la idea de "empresario infractor" [...] de forma que la existencia de esa responsabilidad ha de ir unida a una conducta negligente o inadecuada de aquél, o a la concurrencia de falta de cuidados precisos por parte del mismo o a la no adopción de medidas evitadoras del riesgo que sea imputable de alguna manera a ese empresario principal". En STSJ de Andalucía de 30 de abril de 1997 (fj tercero) se concluye que la empresa principal ha de quedar exenta de responsabilidad "... al no poder ser configurada como empresario infractor".

⁷⁸ STSJ de Asturias de 9 de enero de 1998, fj.5º: Se trata de un contratista cuya actividad principal son los montajes de naves industriales que subcontrata a su vez las tareas de pintura de unas de esas naves. El tribunal constata que se trata de actividades "correspondientes a su propia actividad" pues dice, "No parece razonable, ante estos datos, pensar que el acabado y pintura no sean actividades propias del constructor. La recepción por el dueño de las naves no sería posible sin estas tareas finales completamente realizadas a plena satisfacción. Según el contrato de ejecución, el completo cumplimiento de todas sus cláusulas —la referente a pintura incluida— no es exigible frente a subcontratista alguno.

Implícitamente reconoce la infracción en la falta de vigilancia sobre el contratista cuando afirma que no es ilícito que al contratista le convenga subcontratar a su vez en ciertas ocasiones las labores de pintura. "Lo que resulta ilegal, es que se desentienda de las condiciones en que trabajos de tan evidente y grave riesgo —bien conocidos por él, puesto que se dedica a montajes— se llevan a cabo por el subcontratista y dé la espalda a situaciones como la juzgada, en que una obra de su responsabilidad [...] se lleva a cabo con tan alarmante como inadmisibles omisión masiva de medidas elementales de seguridad, cuya perentoria precisión, se ofrece a primera vista a la atención menos despierta".

surja la responsabilidad solidaria del empresario principal y del contratista o subcontratista, a saber que la obra contratada corresponda a la propia actividad de la empresa principal y que se desarrolle en el centro de trabajo del empresario principal" (TSJ de Castilla-León de 29 de enero de 2001 (Lex N. J103/2001))⁷⁹.

Llegados a este punto conviene hacer una observación jurídico-crítica que puede contribuir a fundamentar una interpretación más amplia, siempre acorde y con el objetivo de tutela de los derechos del trabajador en estos supuestos y de represión-prevención que contribuya a disuadir a todos los sujetos que controlan el espacio laboral de como finalidad primordial del recargo en el que todos los que ejercen algún control sobre el centro de trabajo.

En primer lugar en la nueva regulación de estas materias, preferentemente en los arts. 24, 39 y 42 de la LPRL, se observa una redacción regresiva de sus contenidos en esta materia respecto de lo dispuesto en el art. 153 de la O. de 9 de marzo de 1971 (OGSHT)⁸⁰ que sólo requería para dar traslado de la responsabilidad a la empresa principal la coincidencia de actividades en centros de trabajo de la empresa principal pero no el requisito de que fueran también las "correspondientes a la propia actividad". En el debate parlamentario se detectaron algunas de estas deficiencias e insuficiencias que se que se trataron de superar con propuestas que incorporasen parte de los contenidos de la OGSHT en este sentido y de recoger expresamente la "...responsabilidad patrimonial compartida entre las empresas del grupo en materia de infracción de sus obligaciones en salud y seguridad en el trabajo"⁸¹.

Ahora bien, en todo caso, ni la LPRL ni la Directiva de la que trae su causa pueden tener por efecto una regresión en los niveles de protección de la seguridad y salud afectando a disposiciones que sean más favorables para los trabajadores (art. 1.3 de la Directiva 89/391 /CEE). Pero es que además, aunque esta Ley se considera como de cierre o de "culminación de un proceso de reformas profundas en nuestra legislación del trabajo" iniciado en 1994⁸², no constituye el tramo final de una misma *dirección*, sino que es una norma laboral de *contraste*, de equilibrio (una vez más aquí se desvela, se exterioriza el carácter equilibrador de intereses que se puede predicar de todo el Derecho del Trabajo) frente a las leyes del 94. Si aquellas leyes propiciaban la amplitud de poderes

⁷⁹ En el mismo sentido la STSJ de Navarra de 30 de septiembre de 2000 (Lex N. J2270/2000): "...tal medida esté presidida por dos elementos: a) que se trate de la misma actividad y b) que el evento producido en la actividad que realiza el subcontratista se ocasione en centro de trabajo de la empresa principal".

⁸⁰ El art. 153 OGSHT dice que "La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas ... [que estos ocupen] en los centros de trabajo de la empresa principal".

⁸¹ Vid. Enmienda núm. 121 de Grupo Federal de IU-IC al art. 42 LPRL (BOCG-Congreso Serie A. NUM. 99-5 de 17 de marzo de 1995).

⁸² Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Trabajo y medio ambiente", (Editorial), RL, núm. 24, 1.995 pág. 1.

empresariales, la desregulación, la caída de mínimos indisponibles, el debilitamiento de la posición del trabajador en la relación laboral en beneficio del fortalecimiento de la posición del empresario en la relación laboral, etc., la LPRL viene *compensar* y amortigua la caída de la vertiente *proteccionista* del Derecho del Trabajo⁸³. Puede afirmarse que se invierten aquí los criterios informadores de la reforma laboral del 94 o cuando menos no parece que la Ley 31/1.995 reproduzca los principios y objetivos de aquella.

En segundo lugar, la reciente jurisprudencia que se ha pronunciado sobre la extensión del recargo al empresario principal parecen desconocer las obligaciones que contraen todos los empresarios que realicen su actividad en un mismo centro de trabajo que no se agotan en la actividad informativa sino que está imponiendo un sistema de prevención compartido. La coincidencia en el mismo centro puede no ser consecuencia de una relación previa entre las empresas pero es frecuente que obedezca a que se haya contratado o subcontratado una obra o servicio correspondiente o no a la empresa principal titular del centro de trabajo. En este sentido la jurisprudencia ha mantenido recientemente una línea de interpretación menos rigorista con respecto a los criterios legales para que la responsabilidad solidaria abarque al *recargo* resaltando como condición determinante integrante del supuesto fáctico que el trabajo se desarrolle dentro de la esfera de responsabilidad del empresario principal⁸⁴.

⁸³ Para CONDE-PUMPIDO TOURON, M. T.: "El nuevo poder de dirección del empresario", en AA. VV. *El poder de dirección del empresario*, Madrid, Ed. IBÍDEM, 1.997, pág. 21: Consta la ampliación del "poder de dirección y organización del empresario" pero también aparecen manifestaciones normativas como la LPRL que entiende necesarias para evitar "un desequilibrio de posiciones". IRTI, N.: *La Edad de la descodificación* (Trad. cast. por Luis Rojo A.), Ed. BOCH, Barcelona, 1.992, págs. 38-40.

⁸⁴ STS de 5 de mayo de 1999 f.j. primero (Ar. 4705): No es correcta la tesis que sostiene la necesidad de que la contrata tenga por objeto una actividad coincidente con la que es propia de la empresa principal. En efecto, aunque la sentencia de 18 de abril de 1992 se refiere a un supuesto en el que había coincidencia entre la actividad contratada y la propia de la empresa principal y se cita por ello el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, la decisión de esta sentencia no se funda de forma decisiva en este dato, sino en una interpretación del artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social sobre la noción de empresario infractor a la luz del artículo 153.2 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Este precepto establece que la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento de las obligaciones que impone la Ordenanza respecto a los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal. Lo decisivo, como ocurre también en otros supuestos como en el caso de la empresa usuaria en el trabajo temporal, es el hecho de que "el trabajo se desarrolle en muchos casos bajo el control y la inspección de la empresa principal, o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta, y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercuten en ella". 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. Lo importante no es tanto [continúa diciendo esta sentencia] esta calificación como el que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad.

Por todo ello a nuestro juicio no se puede mantener una interpretativa restrictiva y rígida en el sentido de admitir sólo el traslado del recargo a la empresa principal cuando esta aparezca como "infractor" directo e inmediato, la actividad se desarrolle en sus propios centros de trabajo y las obras o servicios se refieran a su propia actividad. Por lo demás, la lógica específica de la LPRL se impone respecto a la más amplia extensión del deber objetivo de cuidado y sus derivaciones (consecuencias jurídicas) ante situaciones de incumplimiento o inobservancia del mismo por parte de todos los sujetos a los que se le imputa, de modo individual o compartido.

2.2. Las modificaciones puntuales del precepto

2.2.1. Introducción de elementos de seguridad procedimental

La primera de las tres modificaciones del precepto añade una especificación procedimental: La respuesta de la Tesorería General de la Seguridad Social emitirá la certificación de que la empresa contratista o subcontratista está al corriente o no en el pago de las cuotas de Seguridad Social "... en los términos que reglamentariamente se establezcan". Obviamente no habrá que esperar al desarrollo para considerar válidas las certificaciones sino que sencillamente se pretende regular de manera más uniforme la forma y las condiciones de su expedición con objeto de homogenizar prácticas.

2.2.2. Recepción por la norma del término "contratistas"

La falta del término contratistas pudo inducir cierta confusión e inseguridad jurídica aunque implícitamente se derivaba de la redacción anterior. La doctrina jurisprudencial realizó una interpretación comprensiva de los "contratistas" puesto que esa es la lógica respecto del párrafo primero que sí acoge ambos términos y porque los sujetos excluidos de responsabilidad son tasados. Además, una vez más debemos acudir a la finalidad proteccionista del precepto que quedaría muy debilitada si se excluyese al contratista. Con la reforma esta interpretación ha sido asumida por el legislador incorporándola al texto de la norma.

La reforma sólo ha venido a confirmar y a reconocer expresamente añadiendo el término "contratistas" que la responsabilidad a que se refiere no es sólo bipolar entre los dos sujetos que realizan el negocio jurídico contractual sino que todos los empresarios implicados ya presten servicios para el contratista como para el subcontratista⁸⁵.

⁸⁵ Se confirma que las modificaciones operadas en el precepto carecen de relevancia o son meras correcciones técnicas.

2.2.3. La desaparición formal de límites a la responsabilidad salarial de la empresa principal

La regulación de la materia en el art. 42 comparada con sus antecedentes (D 3677/1970, de 17 de diciembre y la posterior LRL de 1976 que prácticamente absorbió sus contenidos) ofrece una gran semejanza de estructura y contenidos pero el Estatuto fijó límites temporales y materiales (salariales) al alcance de la responsabilidad y se suprimieron los mecanismos de prueba del carácter empresarial de los subcontratistas⁸⁶. La opción de política legislativa estuvo orientada a *facilitar* la utilización por el empresario de la técnica de la descentralización productiva o funcional suavizando la responsabilidad del empresario principal. Además estos límites afecta negativamente en gran medida la ratio legis de estas normas que no es otro que una finalidad preventiva y profiláctica pues no sólo no contribuye a evitar fraudes promovidos por el contratista sino que alienta en la práctica la actualización del aspecto "patológico de la descentralización productiva": la subcontratación con finalidad de rebajar las condiciones laborales de los trabajadores ahora en una empresa auxiliar con menos protección y con fórmulas de empleo precarias⁸⁷.

Ahora desaparecen de la responsabilidad los límites legales y desaparecen también ciertos elementos de confusión como el supuesto en que la empresa principal careciese de trabajadores fijos. O la posible existencia de pactos salariales desorbitados entre contratista y sus trabajadores. Ambos supuestos de escasa incidencia práctica.

En definitiva, la supresión de los límites respecto de las obligaciones de naturaleza salarial y de las referidas a la Seguridad Social produce un efecto más aparente que real en la extensión de la responsabilidad de la empresa principal, puesto que los salarios y demás condiciones en la empresa contratista suelen ser menores que en la principal conforme a la propia finalidad de la subcontrata que (en la dimensión de gestión indirecta de la mano de obra) tiene entre sus objetivos la reducción de costes salariales.

⁸⁶ Vid. MARTÍN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios", en AA.VV.: Comentarios a las leyes laborales, T.VIII, coord., E. Borrajo Dacruz, Madrid, Edersa, 1988, págs. 222-224 y la bibliografía allí citada; Id.: "Comentario al art. 42 del ET", en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): Comentario al Estatuto de los Trabajadores, Granada, Ed. Comares, 1998.

⁸⁷ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial...*, cit., págs. 90-91.

3. EL CONTROL INDIVIDUAL, COLECTIVO E INSTITUCIONAL DE LA SUBCONTRATACIÓN EMPRESARIAL: LA INFORMACIÓN COMO BASE Y PRESUPUESTO

Preliminar

El efecto derivado de la proliferación de supuestos de externalización productiva es que producen inmediatamente diferentes fórmulas de parcelación de las grandes estructuras productivas organizadas unitariamente y su transformación en una nueva proliferación de estructuras empresariales como organizaciones formalmente diferentes y en todo caso de mayor especialización aunque seguramente ligadas entre sí por conexiones de distinta naturaleza horizontales o de subordinación. Pero además contribuyen –si es que no son la causa– a la fragmentación de plantillas, con lo que se dificulta la aplicación de los sistemas de representación de los trabajadores en la empresa y el consiguiente ejercicio del control y participación colectiva en la empresa.

Particularmente, la institución de la representación unitaria, que como sabemos necesita de un cierto número de trabajadores para su implantación. En este sentido, Romagnoli, con referencia a la realidad italiana, pero en afirmación extrapolable sin forzarlas a otras realidades nacionales –por ser un fenómeno derivado la globalización económica que está arrastrando en gran medida a la desnacionalización del derecho del trabajo otrora un “derecho de frontera”–, “a caballo de los años 60 y 70, el Derecho del Trabajo italiano entró en la fábrica para hacerla una institución más democrática y menos sacrificial, pero las fábricas se han vaciado. De improviso y bastante deprisa”⁸⁸.

Pese a esta realidad actual de organización de la producción fragmentada en un entramado de empresas *auxiliares* en la que la empresa principal descentraliza diversas partes de sus procesos productivos en largas cadenas que frecuentemente terminan en microempresas asindicadas y sin representación unitaria, el legislador ha ido incorporando cada vez mayores facultades y derechos de información, consulta y participación a los representantes –art. 64 ET fundamentalmente–, niveles de intervención que se han ido ampliando a través de sucesivas reformas estatutarias y mediante otros acontecimientos normativos que han significado un hito en esta materia como en la Ley 10/97 de 24 de abril sobre Derechos de Información y Consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria.

En el mismo sentido de ampliación y atribución de un catálogo de derechos ampliado se pronuncia la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales que dejando inalterados los contenidos estatutarios introdujo importantes y signifi-

⁸⁸ Vid. ROMAGOLI, U.: “Globalización y Derecho del Trabajo”, *Rev.de Derecho Social* n° 5 (1999), pág. 10.

cativos derechos de información, consulta y participación a las representaciones colectivas específicas y a los trabajadores⁸⁹. Lo significativo de esta Ley es que tomó conciencia de la realidad de la empresa y obró en consecuencia al menos en esta materia atribuyendo los derechos de información directamente a los trabajadores asegurando con ello su ejercicio cuando no hay representantes

Una de las consecuencias que se extraen es en el momento actual no se puede obviar la necesidad de dotar de contenidos informativos a los trabajadores directamente –además de los propios de la función concreta y del puesto de trabajo a desempeñar– relacionados con la posición de la empresa en el mercado y muy especialmente con el mercado del empleo y la organización del factor humano en la empresa, puesto que en la actualidad es muy frecuente que la *cadena* de contrataciones de obras y servicios termine en una *micro*empresa o en un trabajador formalmente autónomo en los que la presencia de representantes o no es posible jurídicamente o no tiene cabida en una dinámica de las relaciones laborales en la que no se representa la necesidad ni el interés de las mismas.

El estado de la cuestión referido a los derechos de información de los representantes en materia de contrataciones y subcontratas estuvo dominado por una legislación prácticamente inexistente, que había de deducirse implícita cuando el art. 64.1 imponía un deber genérico de información sobre la evolución de su “... programa de producción y evolución probable del empleo en la empresa”, hasta la Ley 2/1991 sobre derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores en materia de contratación que incorpora el deber de informar trimestralmente también de los “... supuestos de subcontratación”. Contenido que quedó reflejado en el ET (art. 64.1.1) de forma extremadamente lacónica, por su parquedad e indefinición.

Con lo cual se suscitaron numerosas interrogantes, hasta el punto de que no resolvía la duda de si el precepto exigía una información mínima y razonable justificación de las previsiones sobre esta materia o simplemente imponía el deber de comunicar los supuestos de subcontratación ya realizados. Además se entendió que en realidad no se introducía una novedad en la materia sino que se trataba de una “concreción integrativa”⁹⁰ del contenido estatuario anterior. Esta indeterminación, falta de novedad, y su cadencia trimestral proyectaban de forma implícita pero no velada una valoración de la misma como de *cuestión menor* a englobar dentro de la evolución general de la actividad económica de la empresa y de su política de contratación laboral. Por todo ello, esta regulación resultó insuficiente e inadecuada para dar respuesta de forma mínimamente razonable a los cambios organizativos estructurales que en la realidad empresarial y concretamente en materia de contrataciones.

⁸⁹ Vid. ÁLVAREZ MONTERO, A.: *El Delegado de Prevención. Estudio crítico de su régimen jurídico*, Granada, Ed. COMARES, 2001, págs. 163 y sigs.

⁹⁰ Véase por todos MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial...*, cit. pág. 34.

Esta es la situación y las necesidades que preceden la Reforma de 2001 que viene a añadir tres apartados a la redacción anterior del art. 42 precisamente introduciendo contenidos informativos dirigidos a los trabajadores, representantes y a las instituciones que las empresas están obligadas a proporcionar con los que se pretende "reforzar las garantías" de los derechos de los trabajadores en todas las empresas implicadas, proporcionando una mayor transparencia y seguridad jurídica a las operaciones interempresariales.

Se trata de superar esta situación. Pero no sólo surgen importantes dudas técnicas y acerca de la suficiencia de las obligaciones informativas establecidas para superar el abultado déficit de control colectivo e incluso administrativo del amplio abanico de opciones empresariales de externalización de su proceso productivo y sobre todo para hacer viable y real la *co-responsabilidad* entre las diferentes empresas intervinientes en las operaciones de contrata. La pregunta es más radical, ¿Se han tratado de introducir facultades de intervención –siquiera a nivel de información– en materia de contratas o subcontratas?. La respuesta es que como todo el art. 42 –pese a que aquí el contenido de la reforma es más significativo al menos cuantitativamente– todo ha consistido en una pretendida operación de mejora de la imagen que da una primera impresión de innovación sustancial pero que se diluye en el primer análisis. Es decir, ¿el legislador ha *tocado* realmente la situación anterior?. La respuesta que ya se ha anticipado con gran plasticidad en un lenguaje sindical que en cierta manera es reflejo de una justificada frustración es sí, "lo ha tocado, pero no por ninguno de sus lados"⁹¹.

3.1. El valor de la información en la empresa moderna, participada y frecuentemente coordinada con otras

No encontramos, difícilmente se puede construir, un Derecho *general y unitario* a la información, pero sí se puede sostener que los "derechos de información" alcanzan a ámbitos extensos de la realidad social, dependiendo de los diversos status en que se sitúe al sujeto, de las concretas relaciones jurídicas en que el individuo pueda estar implicado –accionista de una sociedad, en la relación con la administración, como paciente-usuario en una institución sanitaria, como consumidor, como trabajador en una relación laboral, etc. Para cada una de las posiciones y situaciones en que se encuentre pueden señalarse espacios normativos en cada una de las ramas del Derecho –en el ámbito penal, administrativo, mercantil,... y por supuesto socio-laboral–.

La *información*, en las relaciones laborales dentro de la empresa tiene un tratamiento complejo tanto en los elementos objetivos –contenidos– como la determinación y la implicación de la pluralidad de sujetos y sus diferentes

⁹¹ Vid. CGT: Boletín informativo Jurídico Sindical, núm. 65, pág. 11.

posiciones respecto de la misma, tales como las empresas implicadas, el trabajador individualmente considerado, las representaciones de los trabajadores y las diferentes instituciones administrativas. Es obvio que el contenido y ejercicio de los derechos de información diferirán o estarán condicionados por el/los sujeto/s de la misma y por el contexto en que se ejercite aunque también es obvia la mutua interconexión entre los mismos⁹².

En el contexto de una economía globalizada y fuertemente competitiva producto de la nueva fase de la tecnología adquiere una gran relevancia el *conocimiento y la información* como factores de creación de valor empresarial capaz de situar a la empresa en posición de ventaja en el mercado. En la empresa la información adquiere en los momentos actuales una importancia creciente y determinante por su volumen, por la renovación constante de los contenidos, por el carácter instrumental respecto de otros derechos participativos y, en definitiva como aspecto básico e insoslayable del nuevo sistema productivo y de la nueva empresa de gestión participada. en la gestión en una empresa moderna y participada en el sentido de que la información no solo es instrumento de una política reivindicativa dirigida a *salvar* los intereses de los trabajadores de las decisiones empresariales que pudieran afectarle sino para el "interesamiento" sindical en la misma gestión de la empresa⁹³; es decir, en términos de "implicación" y de búsqueda de una gestión compartida desde la defensa de los intereses que le son propios.

En este sentido, el trabajador está abonando su posición de sujeto pasivo y ejecutor automático de órdenes, especificadoras de su obligación de trabajar para ocupar una posición activa en la que la comunicación se inscribe en una dinámica de interacción que sitúa a trabajadores y sus representantes como sujetos receptores y en muchos casos como emisores de información en múltiples direcciones en un proceso interactivo, de mutua influencia y en una dinámica de progreso y de mutuo enriquecimiento⁹⁴.

Desde la perspectiva de las relaciones socio-profesionales, el derecho de información juega un papel destacado bien en su significado instrumental, en cuanto que técnica útil que se proyecta y tiene sus efectos en otros derechos participativos especialmente sobre el derecho de control⁹⁵, bien por su propio y autónomo valor participativo, aunque mínimo, pues la posesión de información aumenta necesaria-

⁹² Véase en ÁLVAREZ MONTERO, A.: *El Delegado de Prevención. Estudio crítico de su régimen jurídico*, Ed. COMARES, Granada, 2001, pág. 195 ss

⁹³ Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los Derechos de información...*, cit., págs. 115-116. Se trata de la "participación en las decisiones de gestión" de una empresa con estructura cada vez más difusa y "des-materializada".

⁹⁴ Vid. BENÍTEZ MORENO, J.A.: "La comunicación en la empresa", RT y SS, núm. 167 (1997), págs. 70-71.

⁹⁵ Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los Derechos de información...*, op. cit., pág. 114: Entre todos los derechos participativos "existe una comunicabilidad y una mutua "interferencia".

mente el poder de quien la posee por consiguiente, el aumento de la información en manos de los trabajadores –y sus representantes– revaloriza su posición colectiva y en definitiva su capacidad de decidir y actuar.

Desde el Derecho comunitario, como aprecia la práctica unanimidad de la doctrina, la materia laboral en su conjunto ha tenido un desarrollo bien limitado en comparación con otras materias más directamente relacionadas con el mercado, pero además, la dimensión colectiva de las relaciones laborales ha recibido un tratamiento aún más restrictivo. Aún así, el establecimiento de mecanismos colectivos de información y consulta está recibiendo un impulso excepcional en buena medida arrastrado por el proceso de formación del mercado único. Prescindiendo de otros antecedentes, es a partir del Consejo de 21 de julio de 1986 donde se hace una declaración expresa de la necesidad de establecer procedimiento de información y consulta entre otras cosas para la introducción de nuevas tecnologías y, sobre todo, por la necesidad de reagrupación empresarial y las previsibles consecuencias en el empleo. En la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se recoge como uno de los Derechos Fundamentales de los Europeos (art. 27).

En este contexto, el programa de aplicación de la Carta Comunitaria de derechos social, la Comisión se comprometió a presentar, entre otras una iniciativa para establecer procedimientos participativos en empresas de dimensión comunitaria, fruto de la cual es la Directiva. 94/45 de la CE de 22 de septiembre (traspuesta por Ley 10/1.997, de 24 de abril) con el objetivo de mejorar los derechos de información y consulta a los representantes de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas comunitarias informen y consulten⁹⁶. Sin duda esta iniciativa es consecuente con la especial incidencia que los derechos de información tienen en la empresa con estructuras compleja⁹⁷ (grupos de empresa), con el objetivo "ambicioso y novedoso" de permitir a los representantes el acceso directo a los reales centros de decisión de las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria⁹⁸. Lo que supone una garantía de efectividad de los derechos participativos y de control reconocidos en cada uno de los estados miembros ya que la información se amplía al conjunto de la realidad empresarial⁹⁹.

En el ámbito comunitario se ha sentido la necesidad desde las diversas instituciones comunitarias de encontrar nuevos y eficaces instrumentos participativos hasta el punto de valorar esta búsqueda como una de las "principales señales

⁹⁶ Cfr. COLINA ROBLEDO, M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T.: *Derechos Social Comunitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pág. 515. Se busca con la directiva encauzar de manera armoniosa el proceso de "transnacionalización" de las empresas comunitarias que se está intensificando con la realización del mercado interior.

⁹⁷ Cfr. MOLINA NAVARRETE, C.: *El Derecho nuevo de los Grupos de ...*, op. cit., pág. 212 ss.

⁹⁸ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los Derechos de información...*, op. cit., pág. 187.

⁹⁹ Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L.: "Comentario al Artículo 64", op. cit., pág. 743.

de identidad [...] del modelo social europeo" aunque era evidente el alargamiento entre los objetivos comunitarios y "los efectivos logros normativos". La directiva 94/45 de 22 de septiembre trata de normalizar e institucionalizar jurídicamente mecanismos de organización y representación de la identidad colectiva en el ámbito de las empresas de estructura compleja de dimensión comunitaria¹⁰⁰.

En definitiva, los derechos de información de los representantes en la empresa tienen una gran relevancia tanto en su significado instrumental, en cuanto técnica básica para avanzar en la generación de otras vías de participación de trabajadores en el gobierno de la empresa más intensas de los, como por su propio valor participativo, aunque *menor*, entre el conjunto de instrumentos en que se puede manifestar la participación en la empresa. El derecho de información tiene tres "vertientes" como derecho de crédito, *ser informado*, como derecho de libertad *informar e informarse*¹⁰¹.

En realidad, los derechos a recibir información de los representantes es un derecho de doble dirección que en sentido ascendente implica el derecho de ser informado y en su vertiente descendente como una "facultad-deber" que contiene una "*situación jurídico subjetiva compleja*" en la que convergen elementos activos y pasivos, poder para informar y deber básico de informar a sus representados¹⁰².

Desde otra perspectiva, la gran masa de información que reciben los representantes tiene un carácter instrumental —además de como constituir un derecho de participación en sí mismo—: —*información para...* Una posterior profundidad y solvencia de las acciones de la consulta, control, eventual participación en las decisiones, para negociación,...¹⁰³. Por ello representan una condición inevitable para afrontar con suficiencia y garantía todos los demás derechos participativos. Una vez más, también en los derechos de información, se manifiesta el carácter equilibrador y compensador de la posición de una de las partes en la entera relación laboral. La carencia de información *necesaria* para activar sus demás derechos participativos y le sitúa en una posición de desventaja *real* frente al empresario.

Los derechos a recibir información es el substrato básico sobre el que pueden desarrollarse las demás manifestaciones —*facultades*— del ejercicio compartido del poder en la empresa¹⁰⁴ y en definitiva de superación del

¹⁰⁰ Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: "Los Comités de Empresa Europeos", en *Tribuna Social*, monográfico, núm. 99 (1998); MOLINA NAVARRETE, C.: "La regulación del Comité Europeo de Empresa: puntos críticos", *T y SS*, núm. 188 (1998).

¹⁰¹ Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los Derechos de información...*, op. cit., pág. 100.

¹⁰² Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los Derechos de información...*, op. cit., págs. 434-436.

¹⁰³ Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los Derechos de información...*, op. cit., págs. 116-126.

¹⁰⁴ Vid. ALDO CESSARI: "Diritto d'informazione e <<conocenza>>", en CESSARI, A. y DE LUCA TAMAJO, R.: *Dal Garantismo al controllo*, Milano, Giuffrè, 1982, pág. 198.

desequilibrio estructural en la relación de trabajo siquiera en el ámbito de tener una información suficiente para decidir y actuar. Con ello no queremos decir que la información en la empresa tenga primordialmente la función utilitarista y manipuladora de reducir la tensión en el conflicto capital trabajo sino la conquista de mayores espacios de libertad¹⁰⁵. Repárese en que la empresa no es solo ni eminentemente lugar de cooperación de trabajadores y empresarios, es siempre sede permanente del conflicto social estructural¹⁰⁶. En este sentido la información puede ser un medio de presión en sí mismo y no como mero medio para el ejercicio de otros derechos. La información puede cumplir simultáneamente diversas funciones: información para la negociación; para la vigilancia, control y denuncia, incluso en materias *extra* o *paralaborales*; para la cooperación en el marco de las nuevas formas de organización y nuevos métodos de prevención de riesgos.

3.2 El deber de informar de las previsiones en materia de contratación y subcontratación

El tratamiento en la norma laboral de los derechos de información obedece a necesidades y objetivos diversos, se realizan a través de distintos instrumentos, obligan a diferentes sujetos intervinientes y alcanzan resultados distintos según el nivel o la intensidad de la intervención en la información de trabajadores y representantes en los procesos y en los flujos informativos en la empresa. La información en la empresa tiene unos contornos amplios y abiertos, estrechamente ligada al modo de producción y al modo de ejercicio del poder en la empresa. Los contenidos informativos alcanzan al sector, a la propia empresa y no solo a las materias de organización de la actividad productiva, también a las estrategias de futuro de la empresa¹⁰⁷ y muy significativamente en materia de descentralización productiva y en general de reorganización externa e interna de los procesos productivos motivados por el actual estadio de la tecnología y de transformación de la realidad productiva.

El sujeto protagonista en la empresa es sin duda el trabajador y hacia él se canalizan importantes flujos de información. El trabajador detenta derechos informativos directos frente al empresario en cumplimiento y adecuación al marco contractual de referencia sobre todo respecto a su puesto de trabajo. Además la norma laboral instrumentaliza un importante elenco de derechos de información directamente a los representantes. Que en un segundo momento

¹⁰⁵ Vid. ALDO CESSARI: "Diritto d'informazione e <<conocenza>>", ..., op. cit., pág.200.

¹⁰⁶ Vid. DEL REY GUANTER, S.: La libertad de expresión e información y contrato de trabajo: un análisis jurisprudencial, Madrid, Ed. Civitas, 1.994.

¹⁰⁷ Vid. ALDO CESSARI: "Diritto d'informazione e <<conocenza>>", ALDO CESSARI - R. DE LUCA TAMAJO: *Dal Garantismo al controllo*, Milano, Giuffrè, 1982, pág.197.

pueden transmitir a su vez a los trabajadores como intermediario entre el empresario y el trabajador, aunque sólo una parte significativa de la información que reciben los representantes se transmite a los trabajadores (esencialmente, la necesaria para hacer efectivo su derecho de participación en la vida de la organización empresarial), o en forma de actuaciones colectivas.

Pero concretamente hasta la Ley 2/1991 de 7 de enero sobre derechos de información de los trabajadores en materia de contratación, —pese al valor de la información y la necesidad de la misma en la empresa— la legislación estatutaria no se ocupó de facilitar información en materia de contrata. Sólo indirectamente podría conocer los planes de la empresa al facilitar información de la “evolución probable del empleo en la empresa”¹⁰⁸. La mencionada Ley amplió el catálogo de derechos de los representantes en el art. 64.1.1º ET reconociendo un a posición acreedora frente una serie de informaciones que deberá facilitar el empresario sobre aspectos relacionados con el empleo y la organización de los procesos de producción de carácter pasivo, general y periódico: Derecho a ser informados sobre las previsiones de contratación laboral y en caso de subcontratación empresarial.

En primer lugar se ha de informar de las previsiones de aumento de plantilla y de las modalidades y tipos de contratos. Estas explicitaciones significaron una concreción integrativa de la redacción originaria de este art. que refería la información trimestral a la “evolución probable del empleo en la empresa”.

Se trata de una información preventiva que permite un cierto control anticipado pero que no alcanza a cubrir las modalidades y criterios para la selección del personal. Interesa destacar que pese a la generalidad de los contenidos informativos y a que estos se refieran a la previsiones de aumento de plantilla pero no a las disminuciones de la misma o las que traen su origen en previas extinciones o de transformación de la relación contractual. De ahí, la necesidad de tener en cuenta las exigencias del principio de buena fe que obliga a realizar una mínima y razonable justificación de esas previsiones y a transmitir una información verídica acomodada a las necesidades reales sin que ello comporte obligación de realizar las contrataciones inicialmente previstas¹⁰⁹.

En segundo lugar el art. 64 establece que la representación legal tendrá competencia para recibir información acerca de las “previsiones... en los supuestos de subcontratación”.

¹⁰⁸ Entiendo que el ET está diseñando la información partiendo de una concepción y de una realidad empresarial de tipo unitaria y de industria, con una producción integrada en todas sus fases y localizada en sus centros de trabajo propios.

¹⁰⁹ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial...*, op.cit., págs.33-35.

3.3. Insuficiencias del tratamiento normativo de la información en la empresa en materia de contratas y subcontratas ex art. 64 ET

El derecho de información ocupa un lugar "modesto" dentro de los derechos participativos tiene en contraste una dimensión "instrumental" para el resto de los derechos de participación y representación colectiva, pero, asimismo, es un derecho que autentifica el sistema de derechos de acción e influencia en el gobierno de la empresa, pues sin su soporte los demás no pueden realizarse de modo satisfactorio¹¹⁰. En este sentido el derecho de información no tiene tanta relevancia como derecho participativo concreto cuanto "presupuesto para el control y la participación efectiva en los actos de gestión"¹¹¹.

Los derechos de información, tanto como derecho de libertad de informar de los representantes como en su vertiente de derecho a recibir información tienen en sí mismo su propia identidad pero adquiere mayor relevancia en cuanto instrumento básico para la realización de otros derechos participativos. Esta instrumentalidad de la información tiene un contenido complejo. Concretamente, el derecho del representante a ser informado adecuadamente, contribuye de un lado a generar un clima de confianza que contribuye a la implantación de un sistema de participación en la toma de decisiones formado e informado, más consciente —pues solo cuando se conoce la realidad caben decisiones coherentes y acertadas— siendo a la postre una condición importante para su aceptación colectiva y para su puesta en práctica. Pero no sólo cumple una misión en cuanto a la efectividad de otros derechos sino que puede constituir por sí misma un factor directo de promoción de comportamientos participativos más intensos. En este sentido, el derecho a recibir información puede inducir a los representantes de los trabajadores a iniciar un diálogo, plantear propuestas, realizar visitas y en general a promover actividades para informarse mejor, expresar su disconformidad con el contenido de la información a través de los medios habituales de presión sindical.

3.4. Los contenidos minimalistas de los deberes de información introducidos en la Reforma de 2001

Pues bien, además de lo dicho debemos añadir para una correcta comprensión de los contenidos informativos en materia de contratas tras la reforma de 2001 que uno de los criterios de clasificación es el que atiende a la "dirección" de la misma. Si atendemos al criterio de la *dirección de la información* para la com-

¹¹⁰ Para la comprensión de ese carácter instrumental y "autentificador" del derecho de información, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: Los derechos de información..., op.cit., espec. págs. 114 a 126 ("El carácter instrumental de los derechos de información"); OJEDA AVILÉS, A.: *Compendio de Derecho sindical*, Madrid, Tecnos, 1988, pág. 153.

¹¹¹ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: "Comentario al Artículo 64", op. cit., pág. 724.

prensión y estudio de la totalidad de las dimensiones que nuestro ordenamiento jurídico trata la actividad de información, esto es en atención al criterio de *dirección* en función de la posición del sujeto que tiene el deber o la facultad de emitirla hacia el sujeto que ostenta el derecho de recibirla o el deber de aceptarla. Así encontramos información que se dirige directamente del empresario a los trabajadores¹¹²; del empresario a los representantes sobre las mismas materias señaladas en el párrafo anterior y sobre todas las materias como consecuencia inherente al mecanismo representativo¹¹³; del empresario a las instituciones de Seguridad Social.

Otro criterio de clasificación de los derechos informativos es el que atiende a la actitud del representante frente a la misma. En este sentido el derecho de información en esta materia es marcadamente unidireccional en cuanto que se limita a recibir la información. Excluye esta reforma toda oportunidad de *Informarse* directamente y de emitir información (informes previos a la toma de decisiones o a la ejecución). Así podemos distinguir entre información *activa* e información *pasiva* para referimos, en la primera, a la que tiene su origen en el trabajador o sus representantes y por destinatario al empresario. En el segundo, nos referimos al flujo informativo que tiene su fuente en la empresa y como destinatario final en unos casos o, medial en otros, al representante.

Pero en este caso la información se limita al derecho a recibir la información y documentación obtenida, preparada y transmitida por el empresario sin tener acceso directo a las fuentes y procedimientos para su obtención y difusión conformándose con una actitud pasiva en todo el proceso o, por el contrario. No se recoge en la reforma la facultad para pedir la extensión de los contenidos de la misma, o realizar actividades de indagación propia, capacidad para instruir un procedimiento informativo propio, directo y paralelo al que pueda realizar el empresario; en definitiva, actitud *activa*, dinámica y participativa respecto de la información que recibe.

Cuando hablamos de información "pasiva" nos referimos a toda la masa de información que tiene derecho a recibir el representante y a la que está obligado el empresario sin necesidad de previa indagación, solicitud o cualquier otra actividad primaria del trabajador o representante.

Como última reflexión entorno a los derechos de información contenidos en el art. 42 ET, la reforma ha operado el refuerzo cuantitativo de los derechos informativos en la empresa que se sitúa en el nuevo marco de *centralidad* de

¹¹² Como mínimo el contenido del art. 42 de la LPRL.

¹¹³ Los trabajadores tiene el derecho de ser informados por sus representantes de cuantas materias "puedan tener repercusión en las relaciones laborales" (art. 64.1.12° ET), incluida lógicamente la contrata y subcontrata. Pero esta información no constituye un derecho subjetivo del trabajador por el que directamente pueda exigir toda la información que adquiriera el representante sino que representa un derecho de la representación unitaria en el marco de su competencia para colaborar con la empresa y de sus deberes de representante para con los representados.

los problemas de empresa en los que sin abandonar esfuerzos para la implantación de sistemas de democracia industrial crece la preocupación de buscar soluciones a los problemas de desarrollo sólido de las estructuras productivas¹¹⁴ principalmente respecto de la problemática proceso continuo de racionalización del proceso productivo de para cuya solución han "evidenciado su funcionalidad" los distintos niveles de derechos participativos¹¹⁵.

Por todo ello los derechos de información se sitúan en el espacio tradicional y continuista de los derechos de información pasiva aunque ahora especificados y concretados respecto a las genéricas informaciones contenidas en el art. 64.1.1º del ET pero en conjunto más que una ampliación cualitativa de los derechos de los trabajadores y representantes se trata más bien de una operación de integración de aspectos esenciales en toda relación contractual aunque se ha querido justificar con la apariencia de contribuir a una mayor transparencia de las operaciones de cooperación interempresarial cuando en realidad es sólo una operación de maquillaje de un sistema de control garantía de los derechos esenciales de los trabajadores en casos de contratas y subcontratas cuyo sistema de responsabilidad se ha mostrado inadecuado e inoperante. No se ha dado una nueva versión de los derechos de información sino que se ha limitado a especificar derechos de información formalizados y tasados de contratas y contratas.

En definitiva, que para nosotros la *Reforma 2001* se nos muestra formalmente con objetivos ambiciosos de transparencia pero por poco que se ahonde en sus contenidos se observa que se ha querido levantar una cortina de humo para no querer mirar con disposición de cambiar a una realidad empresarial infinitamente más rica y compleja en matices y experiencias de colaboración entre empresas y que está necesitada de instrumentos jurídicos para la consulta y participación en todas las realidades de la empresa incluida la política o la dimensión laboral.

No se hace mención a información *para* la consulta y a la participación en las decisiones. Tan débiles son los contenidos informativos que no se plantea imponer recorrer ciertos límites porque la decisión ya ha sido tomada pese a ser un tema tan sensible no desde la perspectiva *social* sino desde la estrategia general de la empresa.

3.5. Extensión, dirección y meta de los contenidos informativos en la Reforma de 2001

Según hemos dicho más arriba el objetivo declarado de los contenidos que se añaden al art. 42 no es otro que infundir transparencia y articular vías de control anticipado respecto a las operaciones de subcontratación de obras y servicios corres-

¹¹⁴ Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los Derechos de información* ..., op. cit., pág. 29.

¹¹⁵ Ibidem. pág. 31.

pondientes a su propia actividad entre empresas y contrarrestar así las acciones fraudulentas que con extensión de la *comunicación* de responsabilidades por salarios y Seguridad Social entre las empresas contratantes no se puede solucionar definitivamente.

El diferente contenido informativo y la pluralidad de destinatarios de la misma reúne unas características comunes predicable de todas ellas¹¹⁶. Su enumeración nos servirá de base y orientación para el comentario de cada una de ellas. Se trata de una forma de participación en la empresa en *débil* (con ello nos referimos a que no estamos ante fórmulas *fuertes* de participación en la toma de decisiones democráticas (que pueden ir desde la autogestión a la consulta previa).

En este apartado vamos a analizar los contenidos y informativos que nacen siempre de la empresa —principal o contratista y como destino una tripleta informativa: individual, institucional y colectiva, en atención a los destinatarios de la misma: los representantes legales, los trabajadores de la empresa contratista y la Tesorería General de la Seguridad Social

* Respecto a la información que debe transmitir a la Tesorería General de la Seguridad Social, se ha querido que la institución tenga una información cruzada con los mismos contenidos que facilitará mejor el cumplimiento de sus fines y el control originario de la empresa. Así a el empresario principal deberá comprobar que la empresa contratista está al corriente en el pago de cuotas con lo que la Tesorería recibe información de la existencia de la empresa contratista y de la inminencia de la contrata. El contratista deberá comunicar paralelamente a la Tesorería la identidad de la empresa principal. Todo ello en los términos que reglamentariamente se determinen con lo que se pretende resolver algunos problemas de procedimiento dando uniformidad al mismo y concretando las condiciones de transmisión de la información. Aunque entendemos que la no existencia de norma reglamentaria la obligación persiste siquiera en términos de simple y escueta comunicación. De otro lado, la importancia de estos informes y trascendencia que se ha querido dar a estos informes no se corresponde en el con una tipificación de su incumplimiento que se ha calificado de infracción leve (art. 21.4 de la LISOS).

*El empresario contratista tiene además el deber de informar a *sus trabajadores* una serie de datos para que estos puedan identificar a la empresa principal. Estamos ante una obligación de informar a los "trabajadores", término que se refiere a cada uno de los trabajadores puesto que la notificación se hará personalmente¹¹⁷ a cada vez que inicie su actividad con un empresario diferente.

¹¹⁶ Cuadro resumen de los contenidos informativos que se insertan en el art. 42 ET. en ANEXO I

¹¹⁷ La norma concreta que la información facilitará "en cada momento". Entiendo que es una aclaración innecesaria que no aporta nada a la tipificación de la conducta debida. Quizá se pretenda llamar la atención sobre el carácter dinámico de la misma.

Necesariamente en forma escrita —extremo hoy paradójicamente impreciso— puesto que deja indeterminada y en duda la validez de la notificación a través del correo electrónico. El propio contrato o el documento que se debe adjuntar informando de los elementos esenciales del contrato no consignados en el mismo pueden consituir medios adecuados, salvo necesidad de renovarla por cambio de empresario. Entendemos que todos los mecanismos de notificación recepticia que permitan prueben su notificación son válidos.

Prevía al inicio de la actividad. Ello quiere decir que bien pudiera realizarse después de iniciada la actividad de la contrata pero antes de la incorporación del trabajador. A nuestro entender esta única información no añade contenidos novedosos a lo previsto en el art. 8.5 del ET y su desarrollo reglamentario en el RD 1659/1998, de 24 de julio siempre que se acepte la calificación como elemento esencial el conocimiento de la identidad de la empresa comitente en cada momento. A lo sumo viene a explicitar una de las informaciones debidas por el empresario¹¹⁸.

Y sobre todo es una información *mínima* referida sólo a los datos identificativos de la personalidad jurídica de la empresa principal. Es por consiguiente *insuficiente* por más que se complemente con la prevista en el art. 8.5 del ET y de la prevista en el art. 18.1 en relación con el 24 de la LPRL que es a todas luces insuficiente frente al minucioso reparto de competencias preventivas entre la empresa usuaria y la ETT que se contiene en el art. 28 de la LPRL.

Estas deficiencias se podían superar o cuando menos paliar atribuyendo a los representantes de los trabajadores amplias facultades informativas. Esta reforma sin embargo ha sido cicatera tanto con los trabajadores como con los representantes puesto que —además de que como es sabido por todos nuestro sistema de producción está formado principalmente por *microempresas* (y empresas red) en esta materia la presencia de empresas pequeñas (en número de trabajadores) se acentúa de forma cuantitativamente significativa; y como se sabe en las empresas pequeñas o no es posible la presencia de representantes o no se crea la necesidad de dotarse de los mismos—, no se entiende como el legislador a sabiendas de esta situación no atribuyó el derecho a los trabajadores y allí donde hubiera representantes aquellos derechos o facultades se ejercieran por estos.

* Información debida del empresario principal y del empresario contratista a los representantes legales de sus trabajadores

¹¹⁸ Recuérdese a estos efectos que el art.2.2.c) del RD 1659/98 prevé que la información documental a facilitar como complemento a la reflejada en el contrato incluirá: "c) El domicilio social de la empresa o, en su caso, el domicilio del empresario y el centro de trabajo donde el trabajador preste sus servicios habitualmente. Cuando el trabajador preste sus servicios de forma habitual en diferentes centros de trabajo o en centros de trabajo móviles o itinerantes se harán constar estas circunstancias".

El primer dato que sobresale respecto de la contenida en el art. 64 acerca de las previsiones sobre eventuales contrataciones es que ahora la información se facilita inmediatamente después a la celebración de cada contrato de prestación de obras y servicios. Las empresas obligadas a suministrar la información son tanto la comitente como la "contratista y la subcontratista" con unos contenidos prácticamente idénticos en ambos casos aunque la problemática suscitada tiene diferentes matices en uno y otro supuesto.

La información que tiene como destinatarios a los representantes se reconoce a estos en exclusiva, es decir no es un derecho de los trabajadores ejercitable por los representantes cuando exista representación como en el art. 18.1 de la LPRL, de manera que se eludirá en caso de falta de representantes en empresas pequeñas. En esta ley la mayoría de los derechos se atribuyen a los trabajadores y se "...facilitará a estos a través de los representantes". Esta redacción introduce un importante elemento de complejidad planteando serias dudas acerca de dos cuestiones: si el empresario tiene una obligación informar individualmente a los trabajadores la vez que a los representantes. Y otra, determinar si los representantes se limitan a actuar como meros instrumentos de transmisión o si la Ley les confiere la titularidad directa del derecho. Pero esta cotitularidad o titularidad originaria de los trabajadores, tiene como vertiente positiva mantener y ejercitar el derecho cuando aquellos no existan. en ese caso serán los trabajadores los acreedores y receptores directos.

Observese además que el concepto de subcontratación, como elemento estructural de la organización del sistema productivo puede referirse a "toda" descentralización exterior de la empresa que permite centralizar el núcleo del ciclo productivo y descentralizar las demás fases del ciclo productivo o actividades auxiliares o complementarias, no tiene una noción unívoca en el sistema normativo y es de alcance diferenciado en el art. 42 (apdos.3 a 5) y en el art. 64 del ET.

Cuando se refiere a la responsabilidad por contratas se limita a la subcontratación entre empresarios por obras y servicios correspondientes a la *propia actividad*. El art. 42 (de ámbito más restringido) sólo se refiere a una subespecie que no agota las posibilidades de un fenómeno plural de gestión indirecta de actividades productivas y aunque no se puede confundir e identificar *subcontratación* con todos los supuestos de descentralización productiva, la regulación en el art. 64 (de ámbito más genérico, conforme a la "ratio" de control previo -información sobre "los supuestos de subcontratación- más general de este precepto) menciona la *subcontratación* a secas sin hacer referencia a que lo sea de la "propia actividad" por lo que se puede deducir que se está refiriendo a la acepción amplia del fenómeno de subcontratación¹⁹. Ahora bien, como

¹⁹ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: La responsabilidad empresarial..., op.cit.,pág.44.

se deduce del propio art.42.4 del ET ("sin perjuicio de la información prevista en materia de subcontratación a la que se refiere el art.64.1.1º de esta Ley"), por razones lógico-jurídica y de plena efectividad en la garantía jurídica del derecho de información ambos preceptos y sus deberes informativos correspondientes son interdependientes y se integran y complementan mutuamente (es manifiesto que el art.42.4 presupone funcionalmente —y así lo declara expresamente— el cumplimiento puntual del deber informativo general que en materia de subcontratación impone el art.64.1.1º. Se propone garantizar la información relativa a toda subcontratación para facilitar el control colectivo de las decisiones empresariales sobre subcontratación que tengan incidencia en el volumen y en las relaciones de empleo.

Los derechos de información de los representantes de los apartados 4 y 5 no se condicionan a la concurrencia del requisito de *propia actividad* entre la comitente y la auxiliar. Podría admitirse que los deberes de información se atribuyen a los representantes sin tener en cuenta la naturaleza de la contrata en base a que el contenido del precepto no califica la contrata y que la reforma ha querido añadir contenido al precepto pero sin refundirlo con el contenido existente que sí está dominado por el principio de *propia actividad*. O por el contrario se puede entender que que también estos contenidos informativos se limitan a los supuestos de contractuales referidas a la *propia actividad* puesto que tampoco la reforma ha pretendido redefinir el supuesto de hecho del precepto que ha de ser entendido en su unidad. Pero esta solución significaría una minoración de los campos de aplicación del art. 42 respecto del art. 64 que se limita a imponer la información a los "supuestos de subcontratación". Restricción que se tomaría intolerable dado el alcance limitador de la doctrina y la jurisprudencia del concepto de propia actividad. amén de los problemas que plantea la calificación previa por el empresario de lo que es o no propia actividad que tendría el efecto perverso de calificación negativa para evitar el deber de informar.

De otro lado, puede ser un buen motivo y apoyo para plantear una reconsideración de calificación restrictiva de los supuestos de propia actividad.

En materia de contratas, sin embargo, ni la norma contenida en el art. 64 ni la actual reforma del art. 42 han tenido en cuenta la realidad productiva actual en nuestro país y en el contexto europeo a las Pymes se le reconoce una importancia destacada tanto por el dato cuantitativo¹²⁰ en el modelo empresarial de

¹²⁰ Con respecto a Italia véase, CARINCI, F.: "Piccole imprese e relazioni collettive", DRI, núm. 2, 1.997, pág. 3: En Italia 3 de cada 5 empleos se dan en empresas de menos de 100 trabajadores, "dato cuantitativo que deviene cualitativo, cualificando de manera peculiar el modelo productivo italiano". Para un cuadro sinóptico de la estructura empresarial en España medida por tamaño de las plantilla véase PRIETO, C.: "Políticas de mano de obra en las empresas españolas", S del T, núm. 6 (1989), pág. 36.

nuestro entorno —con tendencia creciente¹²¹—, que a su vez, se constituye en el “modelo predominante en términos de empleo”¹²² dominada por la presencia masiva de Pymes y de *microempresas* y no en empresas medianas y grandes en las que parece encajar mejor los deberes de información de los números 4 y 5 del mencionado art. 42 ET.

Bien es verdad que el tamaño de la empresa no se puede medir sólo en referencia al volumen de empleo de la misma y que sería aconsejable la utilización de otros parámetros tales como el volumen de negocio, solvencia financiera o tecnológica, dimensión de las instalaciones, etc. pero la práctica totalidad de las normas laborales el criterio más usado, si no exclusivo, en el ámbito laboral es el de volumen de empleo, tanto en las normas comunitarias¹²³ como en la mayoría de las normas nacionales que contemplan modalizaciones en la aplicación de la normativa laboral¹²⁴ (LOLS, LCEU y en ET). Ello supone que en las empresas de número inferior a los trabajadores necesarios para constituir representación legal o que no hayan procedido a su elección el empresario quedaría dispensado de dar esa información. Ello podría salvarse con la presencia de representación sindical, que en empresas de menos de 250 trabajadores no tendrían equiparación legal en competencias y facultades pero que en cualquier caso son representantes y tan legales unos como otros. De cualquier modo el problema del tamaño de la empresa no se plantea en un plano formal respecto de los derechos de información pasiva de los representantes y una interpretación finalista de la norma permitiría incluir a todos ellos, pero la realidad de la *microempresa* es la ausencia de representantes de los trabajadores unitarios y sindicales.

Uno de los problemas que plantea la expresión “contratista o subcontratista” respecto a los deberes de información de la empresa principal es si con ello se impone a esta una información a los representantes de todos los *eslabones* de la

¹²¹ Esta línea de tendencia se observa en todos los países europeos motivada, sin duda, por la expansión de los fenómenos de descentralización productiva en el marco de un nuevo contexto económico que exige flexibilidad y mutaciones permanentes de la organización empresarial. Es un dato fáctico innegable que en España las “empresas pequeñas” (no equivalente siempre a empresas “débiles”) ocupan un lugar central en la actividad económica y en la absorción de la mayor parte de la población activa asalariada; y parece, más bien, que este fenómeno se acrecentará por la emergencia de nuevas formas de descentralización productiva y funcional (la “empresa red” y el surgimiento de una amplísima gama de fórmulas de externalización “económica” y/o de “gestión laboral”).

¹²² Vid. BIAGI, M.: “El Derecho del Trabajo en pequeñas y medianas empresas. ¿Flexibilidad o ajuste?, REDT, núm. 63 (1994), pág. 46.

¹²³ Sin embargo, se han adoptado otros parámetros económicos como el volumen de negocios o el patrimonio de la empresa en las Directrices comunitarias ayudas estatales a pequeñas y medianas empresas (DOCE, C 213, 19 de agosto de 1.992).

¹²⁴ Para un estudio de las manifestaciones normativas en el ordenamiento laboral que dan un tratamiento en la aplicación normativa en función del volumen de empleo, véase GARCÍA NINET, J.I. y OTROS: “La dimensión de la empresa en la Normativa Laboral”, TS, núm. 60 (1995), pág. 9.

sucesión de empresas que subcontratan las obras o servicios. Es decir si el empresario comitente cumple su obligación informando acerca de la empresa con la que directamente contrató –y en ese caso cada empresario contratista actuaría de empresa principal si a su vez subcontrata parate de la obra o servicio– o si debe hacerlo también respecto de todas las empresas que subcontraten. O incluso si ambas actuaciones se deben dar¹²⁵.

Sobre ese extremo, teniendo en cuenta las limitaciones y peligros de acudir a una interpretación literal de los términos en que se ha redactado el precepto, si la intención del legislador hubiera sido informar sobre toda la cadena de subcontratación se habrían planteado menos dudas si los dos términos se unieran con la copulativa "y". De otro lado, esa solución tiene como presupuesto la previa intercomunicación entre las empresas implicadas que el legislador rechazó formalizar cuando desestimó una de las enmiendas propuestas en el trámite parlamentario de la Ley en el sentido de comunicar el deseo de subcontratar y pedir autorización a la empresa comitente¹²⁶. Entendemos que el comitente principal cumple informando a los representantes legales en la comitente acerca de los datos sobre la identidad de la contratista: *Nombre, domicilio y NIF*. Esta solución puede diluir en la cadena de subcontratas la finalidad proteccionista que inspira todo el precepto sobre todo cuando sabemos que en los escalones inferiores encontramos empresas muy pequeñas que carecen de representación colectiva. Pero la Ley "implícitamente" considera al contratista como empresario principal respecto del subcontratista.

*La información incluye también la mención a la *duración* que lógicamente se expresará en términos aproximados. Más importante es la reflexión acerca del *objeto* que puede conducir a la convicción de que estamos ante una contrata sobre "la propia actividad" y por ello a aplicar y desplegar sobre la misma todas las medidas previstas en el art. 42. La información llega o no llega a los representantes cuando la empresa ya ha determinado la naturaleza de la contrata. Una vez más se echa de menos que los representantes no intervengan en el proceso de gestación de la opción empresarial a la que no se podrían poner reparos constitucionales en una empresa moderna y participada.

**El lugar de ejecución de la contrata* es otra de la informaciones que han de recibir los representantes, puesto que la contratación intraempresarial regulada en el art. 42 hace referencia e incluye tanto a supuestos de realización de la contrata en el mismo lugar o centro de trabajo de la empresa principal y como a otros casos en los que el requisito de coincidencia locacional no se

¹²⁵ Vid. SEMPERE NAVARRO, A. V.: "Fenómenos interempresariales", en AA.VV.: La reforma Laboral de 2001, Pamplona, Ed. Aranzadi, 2001, pág. 115.

¹²⁶ Vid. La enmienda número 20 del Grupo Parlamentario socialista en la que se quería incluir el permiso del comitente para poder subcontratar (BOCG Serie A, Núm. 37-6 de 27 de abril de 2001).

exige. Este contenido informativo y descrito en la letra e) que impone la información acerca de los trabajadores que serán ocupados en el mismo centro de trabajo de la comitente "en su caso", desmonta la línea doctrinal y cierta jurisprudencia¹²⁷ anterior a la reforma en el sentido de que el supuesto de hecho del art. 42 incluye el elemento locativo como uno de sus requisitos. Si bien en la mayoría de las sentencias que estiman el elemento locativo se refieren a supuestos de hecho en el que la contrata se concertó para su ejecución en los locales de la principal¹²⁸.

Corroborar la última afirmación, el hecho de que se exija también como contenido informativo mínimo "*el número de trabajadores* que [en su caso] serán ocupados de la contrata y subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal". La condición "en su caso" para informar sobre el número significa a *sensu contrario* que también se puede subcontratar para realizar el trabajo en lugar diferente y en ese caso el supuesto será inaplicable. Una interpretación lógica del precepto no permite concluir la necesidad de exactitud de forma que puede ser contratar un número mayor sin tacha de validez de los contratos y no podrá exigirse el número fijado si se contrató a menos.

*Por último, exige que se comunique las medidas de *coordinación de actividades* para la prevención de riesgos laborales. Prácticamente la totalidad de su contenido concuerda con lo previsto en el art. 24 de la LPRL que establece un "mandato general y omnicompreensivo" dirigido a los empresarios cuyas actividades coincidan en un mismo centro de trabajo de establecer los medios de coordinación para la prevención de riesgos que deberán ser sobre todo de intercambio de información pero también con medidas conjuntas y compartidas¹²⁹.

La Ley fue consciente de las necesidades preventivas comunes (en el convencimiento previo de que el trabajo en subcontratas aumenta notablemente los riesgos). De ahí que haya previsto cautelas añadidas en la hipótesis de que en un mismo lugar de trabajo coincidan trabajadores de varias empresas, que lógicamente comparten potenciales riesgos a la par que se pueden beneficiar recíprocamente de las actividades preventivas que desarrollan las empresas y las respectivas representaciones de los trabajadores. En este sentido la realización de actividad en "un mismo centro de trabajo" elemento esencial del supuesto recogido en el art. 24 LPRL, en un *sitio*, en cuanto marco espacial, en el que coinciden trabajadores vinculados contractualmente a diferentes sujetos empresariales, que no tienen que coincidir como consecuencia de la contrata o subcontrata. La coincidencia puede obedecer a una

¹²⁷ Cfr. STSJ de Cataluña de 10 de diciembre de 1998 (AS 4690/1998).

¹²⁸ Vid. SERRANO OLIVARES, R.: "El elemento locativo en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios", RL núm. 18 (2000), págs. 51-52.

¹²⁹ Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: Comentarios a la Ley 31/1.995 de Prevención de Riesgos Laborales, Madrid, Ed. Trotta, 1996, págs. 162-163.

mera coincidencia pero también puede ser fruto de un previo concierto de los empresarios que contraten o subcontrates.

La LPRL ignora las relaciones contractuales que puedan existir entre los sujetos empresariales por lo que la hipótesis contemplada abarca un campo más amplio que "relaciones interpersonales" y desde luego da un alcance mayor que los supuestos de contratas y subcontratas (la obligación general de coordinación se establece sin hacer referencia al título jurídico en virtud del cual las empresas llevan a cabo el trabajo en un centro de trabajo). El supuesto típico (que sirve de tipo real normativo) es el de la contrata, pero, como se ha advertido, caben otros supuestos como la "cesión de suelo industrial o comercial"¹³⁰.

Sin embargo, desde esta amplitud no desconoce enteramente y se dispone a regular consecuencias distintas diferenciando entre coincidencia meramente geográfica, caso de la existencia de *sitios* comunes con presencia de distintas empresas como los edificios de oficinas, y aquella que obedece a un pacto para ejercicio de actividades en un centro propio o sobre el que ejerza su disposición una de ellas. En este caso, las relaciones que se darían en la empresa no son enteramente horizontales como cuando no exista "vinculación jurídica entre ellas" o incluso de ciertas relaciones *interempresariales* de carácter vertical en las relaciones y en la distribución de las obligaciones de seguridad y salud de manera que uno a de ellas ocupa una posición dominante en cuanto que titular del centro de trabajo. Concretamente en el caso de contratas y subcontratas, la obligación de vigilar que los contratistas o subcontratistas cumplan la normativa sobre prevención de riesgos laborales se carga sobre el empresario principal.

Tanto la Reforma 2001 como la LPRL se están refiriendo a las obligaciones *interempresariales* de cooperación, información, instrucción y vigilancia (art. 24 LPRL). Pero mientras, el art. 42 ET remite la obligación informativa a los representantes legales, el art. 24 impone la obligación de información a los trabajadores bien es verdad que por el juego del art. 18.1 LPRL en relación con el art. 36 esta se facilitará a través de los representantes (en este caso específicos cuales son los Delegados de Prevención). No se ha previsto coordinación entre ambas normas lo que conducirá a la confusión una duplicidad innecesaria de informaciones.

De otro lado, con la exigencia mínima de informar a los representantes se produce una regresión respecto a lo previsto en el art. 39.3 de la LPRL que prevé la posibilidad de que las representaciones de ambas empresas participen en reuniones conjuntas para fijar las medidas de actuación coordinada.

¹³⁰ Véase GOERLICH PESET, J.M.: "Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales, AL, núm.8 (1997),pág. 128

Pero es que además, esta información tiene escasa relevancia –o si se quiere residual– porque los representantes deben conocer esas medidas de coordinación, porque aunque su adopción corresponda a las empresas deberán haber participado en su elaboración y puesta en práctica en el marco de los planes de prevención de la empresa (art. 39.1 de la LPRL).

La norma –apartado e)– del art. 42 ha entrado con notable desacierto en un terreno para que presenta una gran complejidad y para el que no estaba preparada ni era su intención –y además no aporta ni precisión ni claridad– por lo que dichos problemas le son en gran medida extraños.

Los mismos contenidos informativos se imponen al empresario contratista o subcontratista respecto de los representantes de sus trabajadores por lo que todo lo dicho en el comentario del art. 42.4 se puede reproducir para el número cinco. Parece que el legislador ha considerado superfluo reproducir ahora para los representantes la información que ya facilitó individualmente a cada trabajador (art. 42.3 ET).

Nada se dice en la reforma respecto de la forma en que se debe transmitir la información. Obviamente por razones de prueba y certeza de la misma aconseja la forma escrita. Además deberá ser completa puesto de poco serviría una información genérica y común cuando la materia preventiva aconseja atender la particularidad, lo específico en cada situación.

3.6. Las consecuencias de los incumplimientos de los deberes de información. Incorporación de nuevas reglas sancionadoras

La constitución de nuevas reglas sancionadoras como consecuencia de la introducción de nuevas reglas sustantivas es una técnica legislativa que olvidó el RD-L y que la Ley ha venido a remediar. La relevancia de esta información se ha llevado también al terreno de las infracciones y sorprende positivamente que se haya pasado de dar una escasa relevancia a los eventuales incumplimientos del deber documental que contengan información para los trabajadores –donde únicamente podrían incluirse estas conductas– que a lo sumo se califican como *infracción leve* en el art. 6.5 de la LISOS, a que la Ley califique como falta grave de los incumplimientos de del deber de información a los trabajadores del art. 42.3 ET (art. 7.11 de la LISOS).

Después del análisis de los contenidos informativos propuestos en la Reforma de 2001, la impresión inicial, que además viene avalada por la propia dicción del apartado 4 cuando dice “Sin perjuicio de...” los contenidos del art. 64, de que vienen a completar o suplementar los derechos preexistentes se pone seriamente en entredicho puesto que ahora no se trata de información previa a la toma de decisiones. En el art. 64, la información tiene una finalidad profiláctica o de evitación de la eventual situación de fraude y abusos en la contratación evitando los mismos en el momento genético; pero, significativamente, permite asimismo un control normalizado (desde el punto de vista jurídico e

institucional) de las políticas de organización descentralizada de la actividad productiva¹³¹. El propio término "previsiones" hace referencia a actos de anticipación de hechos futuros. Por el contrario, en la reforma la información llega a los representantes "cuando la empresa concierte" por lo que se trata de hacer frente a los hechos consumados de la contrata. Con todo, los representantes pueden hacer mejor una labor de seguimiento de las contratas de obras y servicios cuando conozcan como mínimo la identificación de la empresa algunos datos numéricos de la misma.

El aspecto más destacado de todo el entramado de informaciones que se establecen en la parte que se incorpora al artículo es la insuficiencia de los contenidos informativos para permitir una acción de control real y eficaz de los representantes de los trabajadores sobre las condiciones en que se ha realizado el concierto interempresarial y las condiciones de trabajo en la empresa contratista o subcontratista. Deficiencia que se detectaron y se pusieron de manifiesto en la tramitación parlamentaria pero que obviamente fueron rechazadas¹³².

3.7. A modo de última reflexión jurídico-crítica

Se incorporan por tanto contenidos informativos extremadamente *incompletos* (con ello nos referimos a que no abarca a todo el desarrollo del supuesto fáctico de la actividad de subcontratación desde la gestación de la opción de descentralización hasta su finalización pasando por la puesta en práctica y el desarrollo de la ejecución. Se limita a dar información al inicio de la prestación); la información es, de otro lado, *puntual* (en el sentido de que abarca unos contenidos concretos, limitados. Obsérvese que respecto de los trabajadores y de la Tesorería se extiende sólo a "identidad de la empresa principal" y que no menciona en ningún momento las condiciones de trabajo que es por otra parte el aspecto que centra el interés de trabajadores y representantes); no tiene en cuenta a la *microempresa* cuando precisamente es frecuente que la cadena de contratas y subcontratas termine habitualmente en este tipo de empresas.; es una información *unidireccional* (en el sentido de que parte siempre el empresario sobre el que reposa la triple obligación de informar y tiene como destinatarios a los trabajadores, representantes y Tesorería); es, por último, una información *final* en el sentido de que formalmente se agota en sí misma, no tiene como vocación alcanzar otros estadios de la participación, aunque lógicamente los representantes de los trabajadores pueden ordenar mejor su intervención a partir de ella).

¹³¹ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial...*, op. cit, pág. 39.

¹³² Cfr. BOCG Serie A. núm. 37-6 de 27 de abril de 2001 Enmienda número 20 del Grupo Parlamentario Mixto que quiso introducir una nueva letra en el apartado 4 con el siguiente contenido "Condiciones de trabajo de los trabajadores de la empresa subcontratada durante la vigencia de la contrata".

En las líneas gruesas de la reforma y en el pretendido intento de implantar un sistema de control colectivo para afrontar la aplicación fraudulenta de los límites y cautelas o la dimensión "patológica" del en principio lícito recurso a la contrata atribuyendo derechos a los representantes pone de manifiesto las siguientes consecuencias o conclusiones que a modo de grandes ideas ideas-eje que informan y están presentes en todo el proceso:

Una, que el sistema de responsabilidad impuesto entre las empresas que intervienen en la descentralización no es suficiente para superar con eficacia las situaciones de abuso y menoscabo de los derechos fundamentales de los trabajadores de la contratista con lo que se tiene la necesidad de recurrir al sistema de control colectivo que introduzca transparencia en las operaciones.

Otra, que también esta Ley mantiene y proyecta en el precepto, no tanto por lo que viene a reformar sino la consciente omisión en la reforma de las propuestas formuladas por la doctrina, la tendencia actual del Derecho del Trabajo que impulsa el repliegue del *principio de favor* del trabajador para priorizar o mantener el *principio de favor* de la empresa y la protección de sistema económico que subyace acentuada en las Reformas anteriores. Lo llamativo en esta materia es que el legislador puede que no tenga la necesidad como en otros casos de promocionar una reforma en este sentido puesto que la jurisprudencia está asumiendo de tal forma el cambio esencial en el Derecho del trabajo moderno que aún sin modificación legislativa está una posición en la mayoría de los elementos esenciales del precepto muy marcadamente restrictiva, ajena a los intereses de los trabajadores hasta el punto de plantear serias dudas sobre la naturaleza eminentemente proteccionista del precepto.

Tercero, la opción por una intervención minimalista de los trabajadores en las decisiones fundamentales que les afectan a través de una de las formas de participación más débiles, la "información" pasiva, con contenidos tasados y en el momento en que ya ha sido adoptada la decisión por la empresa.

Nuestro balance es, por tanto, sumamente crítico porque, además de lo dicho, el legislador no tomó en cuenta las propuestas que se realizaron durante el trámite parlamentario de la Ley que incorporaban en su conjunto las aportaciones de la doctrina y de la jurisprudencia a lo largo de la *vida* del precepto¹³³. De lo que se deduce una opción de política legislativa clara y consciente de mantener la incertidumbre, la confusión, los aspectos oscuros del precepto y lo que más grave: contribuye decisivamente a mantener la dualidad de estatutos jurídicos de trabajadores de primera en la principal y trabajadores de *segunda* en la auxiliar.

¹³³ Véase, en este sentido, las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios Socialista y de Izquierda Unida en BOCG Serie A, Núm. 37-6 de 27 de abril de 2001.