

CONTRATAS Y SUBCONTRATAS: LAS OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DEL ARTIGO 42 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

DAVID MONTOYA MEDINA*

Resumo: O texto em apreço traça uma análise do conteúdo do artigo 42 do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, preceito este que estabelece um regime de responsabilidade solidária pelo adimplemento de créditos trabalhistas e previdenciários. A configuração da responsabilidade pressupõe a concorrência simultânea de três requisitos: 1) a condição de empresários dos sujeitos participantes do contrato; 2) que o objeto do contrato se reporte a obras ou serviços, e que 3) a atividade contratada corresponda à "própria atividade" desenvolvida pelo empresário principal.

Quanto ao primeiro requisito, a jurisprudência espanhola tem se posicionado no sentido de que, por atividade empresarial, deve entender-se toda aquela que demande, para sua consecução, a contribuição de trabalho prestado nos moldes da legislação laboral.

No tocante ao segundo requisito, entende a doutrina que nele estará inserido qualquer contrato civil que se vincule à realização de uma obra ou de um serviço.

Em relação ao terceiro requisito, há divergências na definição do que se deve considerar como "própria atividade", tendo se formado três linhas de opinião a este respeito: a de cunho ampliativo, que inclui serviços conexos, como vigilância e limpeza; a de cunho restritivo, que só admite como própria atividade aquela diretamente vinculada ao objeto empresarial, ou seja, à sua atividade fim; e a de cunho intermediário, que busca alcançar um equilíbrio entre as duas primeiras.

A responsabilidade empresarial prevista pelo artigo 42 do ET possui ademais dois âmbitos de aplicação: o subjetivo e o objetivo.

Quanto ao âmbito subjetivo, a lei preconiza a responsabilidade solidária do empresário principal, tanto em relação aos contratantes como aos subcontratantes. Todavia, há dúvidas acerca da extensão desta responsabilidade, pois o encade-

*Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Alicante

amento de contratos pode se revelar extenso, envolvendo assim um número considerável de empresários. A jurisprudência, neste particular, tem vacilado; já a doutrina, em sua maior parte, prestigia a tese de que todos os empresários envolvidos na cadeia produtiva devem ser responsabilizados.

Quanto ao âmbito objetivo, a lei exclui da responsabilidade solidária os créditos de natureza não salarial, ou seja, que se revistam de cunho indenizatório, tais como, por exemplo, as ajudas de custo e as indenizações por despedida injusta ou arbitrária.

A solidariedade legal se sujeita outrossim a limites de ordem temporal (vigência dos contratos, prazo específico de prescrição), podendo ainda o empresário, quanto aos débitos previdenciários, deles desonerar-se, desde que cumpra certas providências previstas pelo legislador. Quanto aos créditos salariais, a desoneração só será possível em se tratando de obra de natureza familiar, ou de obra ou serviço totalmente desvinculado da atividade produtiva desenvolvida pela empresa contratante.

A lei também explicita os direitos de informação que possuem a previdência social e os trabalhadores pertencentes às empresas principal, contratadas e subcontratadas, em ordem principalmente a possibilitar, a todos eles, a identificação dos responsáveis solidários pelo adimplemento de seus haveres.

Sumário: 1. Concepto y ordenación legal de la contrata y subcontrata. 2. Las notas configuradoras del supuesto de hecho del artículo 42 ET. 2.1 Condición de empresarios de los sujetos participantes en la contrata. 2.2 Contratación para la realización de obras o servicios. 2.3 Obras o servicios correspondientes a la propia actividad. 3. El régimen legal de las responsabilidades empresariales del artículo 42.2 ET. 3.1 El ámbito subjetivo de la responsabilidad empresarial. 3.2 El ámbito objetivo de la responsabilidad empresarial. 3.2.1 Responsabilidad por obligaciones de naturaleza salarial. 3.2.2 Responsabilidad por obligaciones referidas a la Seguridad Social. 3.3 Los límites legales a la responsabilidad empresarial. 3.3.1 Límites temporales. 3.4 La exoneración de las responsabilidades empresariales. 3.4.1 La exoneración parcial respecto a las obligaciones de Seguridad Social. 3.4.2 Los supuestos de exoneración total. 4. Las obligaciones empresariales de información. 4.1 Obligaciones informativas de las empresas contratista y subcontratista. 4.2 Obligaciones informativas de la empresa principal.

Palavras-chave: Espanha; Estatuto dos trabalhadores; Terceirização; Descentralização; Responsabilização; Solidariedade.

1. CONCEPTO Y ORDENACIÓN LEGAL DE LA CONTRATA Y SUBCONTRATA

Los términos contrata y subcontrata, procedentes del ámbito económico y de la praxis empresarial, hacen referencia en sentido estricto a un negocio jurídico en virtud del cual una empresa, denominada

contratista, por encargo de otra, denominada comitente o empresa principal, se obliga a ejecutar una obra o prestar un servicio a cambio de un precio determinado. Si el contratista realiza el encargo a través de su propia organización empresarial sin delegar la tarea en un tercer empresario se estará ante una contrata. En cambio, si el contratista

delega la totalidad o parte del encargo a un tercer empresario, denominado subcontratista, se estará ante una subcontrata o contrata de segundo grado.

Por otra parte, conviene señalar que es de uso generalizado en el lenguaje común el término subcontratación pero en sentido más amplio. En esta acepción de la palabra, subcontratar implica toda forma de organización productiva en la que la concentración en la producción es reemplazada por la desconcentración. Subcontratar es, en este sentido, la manifestación más característica de la descentralización productiva por cuanto supone la participación de una o varias empresas auxiliares en el ciclo productivo de una empresa para que se encarguen de la ejecución de algunas de sus fases que no quiere o no puede desarrollar por sí misma. Dicha acepción del término es traída a colación porque es así frecuentemente utilizada por la doctrina científica, las sentencias de los tribunales y las propias normas laborales, para referirse indistintamente a la contrata y a la subcontrata.

El ordenamiento laboral español no establece restricciones a la libertad empresarial de contratar y subcontratar obras y servicios pues se trata de un derecho que tiene su amparo en el derecho constitucional a la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución española. No obstante, es cierto que el legislador tradicionalmente ha contemplado con recelo estas fórmulas de organización de la actividad productiva, cercanas a las figuras interpositorias prohibidas, en tanto implican la puesta en juego de una misma actividad laboral que redundaría en beneficio de varios empresarios.

Por esa razón, el ordenamiento laboral ha diseñado un sistema de responsabilidades empresariales que se ciernen sobre los empresarios implicados en la subcontratación con el objeto de garantizar los derechos económicos de los trabajadores que pudieran

verse menoscabados ante eventuales incumplimientos o insolvencias de dichos empresarios.

El régimen jurídico laboral de las citadas responsabilidades empresariales encuentra su regulación inmediata en el artículo 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). A dicho precepto acompañan toda una serie de disposiciones normativas de diversa procedencia que, sumadas al mismo, constituyen el vigente cuadro normativo de ordenación laboral del sistema de trabajo en contratas (artículos 104.1 y 127.1 de la Ley General de Seguridad Social, artículos 10.3 y 12 del Reglamento General de Recaudación, artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, artículo 42.3 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social y el artículo 1597 del Código Civil).

Dado que la norma estatutaria constituye la piedra angular del referido conjunto normativo, el análisis del régimen jurídico de la responsabilidad empresarial en contratas que se efectúa en estas páginas va a tomar como punto de referencia dicha norma con el fin de centrar el estudio

en su supuesto de hecho y en su consecuencia jurídica.

2. LAS NOTAS CONFIGURADORAS DEL SUPUESTO DE HECHO DEL ARTÍCULO 42 ET

Una vez identificado el significado de los términos contrata y subcontrata, es importante advertir que no siempre que se está ante una de estas figuras van a poder desencadenarse las responsabilidades que arbitra el artículo 42 ET en su segundo apartado. Será necesaria la concurrencia de unos presupuestos, explícitamente acogidos en la norma, y que configuran su supuesto de hecho. Dichos presupuestos son: la condición de empresarios de los sujetos participantes en la contrata, el objeto de la contrata con-

"Por esa razón, el ordenamiento laboral ha diseñado un sistema de responsabilidades empresariales que se ciernen sobre los empresarios implicados en la subcontratación con el objeto de garantizar los derechos económicos de los trabajadores que pudieran verse menoscabados ante eventuales incumplimientos o insolvencias de dichos empresarios."

sistente en la realización de obras y servicios, y finalmente, la correspondencia de la actividad contratada con la propia actividad del empresario principal.

2.1 Condición de empresarios de los sujetos participantes en la contrata

Sin lugar a dudas es cosustancial a la noción de contrata la cualidad de empresarios de los sujetos partícipes en dicho negocio jurídico. En efecto, el artículo 42 emplea el término "empresarios" en tanto se está refiriendo a un contrato bilateral en el que interactúan dos sujetos que han de ostentar dicha condición: el que efectúa el encargo (empresario principal o comitente) y el que ha de ejecutarlo (empresario contratista o subcontratista).

La duda se plantea en si hay que considerar que la acepción que debe acogerse del término es la de empresario laboral del artículo 1.1 ET o se trata de un empleo del mismo en sentido económico o mercantil.

En lo que concierne al empresario contratista, si se atiende a la finalidad perseguida por el precepto estatutario, parece evidente que su aplicación presupone que este ostente la condición de empresario laboral. Dado que el fin inmediato de la norma es añadir un plus de garantía a las deudas salariales y de Seguridad Social respecto a los trabajadores del contratista, implicando patrimonialmente al empresario principal, es manifiesto que el primero sólo puede serlo en calidad de empresario receptor de unos servicios profesionales prestados de forma dependiente y por cuenta ajena.

Pero además, la lógica de la realidad del fenómeno descentralizador pone de manifiesto que ese empresario, además de ser empresario laboral, e independientemente de que sea persona física o jurídica, es también titular de una actividad empresarial propia, dotada de patrimonio y organización

estable y en la que se insertan aquellas prestaciones de trabajo. La jurisprudencia, sobre todo a efectos de distinguir la verdadera contrata de la cesión ilegal de trabajadores, ha insistido en la necesidad de que la empresa contratista constituya una auténtica organización empresarial.

En cuanto al empresario principal, todo parece indicar que el precepto se está refiriendo al titular de una organización económica estable. Dicho extremo viene respaldado por su último párrafo donde se excluye del régimen de responsabilidad legal al cabeza de familia que contrata obras de construcción o reparación de su vivienda y al propietario de una obra o industria que contrata su realización pero no por razón de una actividad empresarial.

"En cuanto al empresario principal, todo parece indicar que el precepto se está refiriendo al titular de una organización económica estable. Dicho extremo viene respaldado por su último párrafo donde se excluye del régimen de responsabilidad legal al cabeza de familia que contrata obras de construcción o reparación de su vivienda y al propietario de una obra o industria que contrata su realización pero no por razón de una actividad empresarial."

Sin embargo, la jurisprudencia, en aras de facilitar al máximo el despliegue de los efectos protectores de la norma, ha adoptado una posición mucho más elástica admitiendo su aplicabilidad en aquellos casos en que el comitente no ostenta claramente la condición de empresario mercantil. De esta forma, se ha entendido que la actividad empresarial a la que se refiere el último

párrafo del precepto es aquella que para su desarrollo requiera la aportación de trabajo en régimen de laboralidad [este enfoque ha permitido declarar aplicable el artículo 42 ET en aquellos casos en que el comitente no era una empresa mercantil sino una Administración Pública] aún cuando dicha aportación de trabajo no se haya verificado sino que sea solamente potencial.

2.2 Contratación para la realización de obras o servicios

Como se desprende del tenor literal del primer párrafo del artículo 42 ET, el objeto del negocio jurídico que la norma contempla y que vincula a los sujetos antes referidos es la realización de obras o servicios.

La cuestión que se plantea al respecto es a qué figura/s contractual/es de las existentes en nuestro ordenamiento jurídico se está refiriendo dicho mandato normativo. El problema se plantea porque lo cierto es que dicha norma no ha sido muy explícita respecto a la exacta identificación del tipo contractual y parece hacer referencia, más que a la clase de negocio que instrumenta jurídicamente la subcontratación, al objeto del contrato que liga a las empresas participantes.

En cualquier caso, se ha sostenido de forma unánime que el modelo contractual que la norma lleva implícito es el arrendamiento de obra o servicios al que se refiere el artículo 1544 del Código Civil y cuyo régimen jurídico disciplinan los artículos 1583 y siguientes del mismo cuerpo legal.

Si bien no se trata en realidad de un único tipo contractual, sino más bien de dos (el arrendamiento de obra y el arrendamiento de servicios), la definición conjunta que de ellos ofrece el artículo 1544 del Código Civil adelanta la existencia de relevantes características comunes: por un lado, ambos negocios jurídicos parten de un presupuesto previo y fundamental como es la existencia de un encargo; por otro, también en ambos actúan dos sujetos con una tarea específica, uno encomienda dicho encargo, y otro se obliga a llevarlo a cabo.

Ahora bien, no se debe pasar por alto que este encargo o tarea se puede encomendar a una persona física para que de forma personal lo lleve a cabo, o bien a una empresa que, como organización de bienes materiales y humanos que es, se pondrá en funcionamiento para ejecutar ese mismo encargo. En este último supuesto, no se habla ya de arrendamiento de obras o servicios sino de contrato de empresa, figura que no tiene una regulación específica en nuestro Derecho positivo pero que es la que razonablemente encaja en el artículo 42 ET, entendida como una subespecie del contrato de arrendamiento de obras o servicios. El contrato de empresa, en cambio, si tiene expresa acogida en otros ordenamientos jurídicos como, por ejemplo, el italiano cuyo Código Civil lo define en su artículo 1665 como aquel contrato en el que una parte

asume, con organización de los medios necesarios y gestión a propio riesgo, la ejecución de una obra o de un servicio a cambio de una retribución en dinero.

Por tanto, es el contrato de empresa el tipo contractual al que hay que reconducir el mandato del artículo 42 ET porque, como ya se comprobó en el apartado anterior, la norma no está contemplando el encargo encomendado a cualquier persona, independientemente de si ostenta una condición empresarial o no, sino tan sólo el encomendado a una empresa. Si el citado precepto estatutario está dispensando el régimen legal de protección de los trabajadores del contratista, lógicamente no está pensando en el contratista individual que, sin trabajadores a su cargo, se obliga a realizar la tarea de forma personal, sino en el contratista, ya sea persona física o jurídica, como titular de una organización de medios materiales y humanos.

Sin embargo, se ha planteado por la doctrina si no sería posible hacer una interpretación extensiva del ámbito objetivo del artículo 42 ET de tal forma que no quede exclusivamente ligado al contrato de empresa sino también a cualesquiera otros contratos civiles o mercantiles cuya función social, pese a su distinta nomenclatura, sea la misma que la del contrato de empresa, es decir, consista en la realización de una obra o servicio.

La respuesta al interrogante planteado ha de ser positiva. Como el artículo 42 ET no construye su supuesto de hecho a un tipo contractual específico, no se entiende bien porque el contrato de empresa, aunque sea la figura contractual más habitual, haya de ser la exclusiva a la hora de articular el fenómeno de la subcontratación. Además parece plausible la adopción de toda solución que permita proceder a la adaptación flexible del precepto a los cambios producidos en la realidad económica subyacente sobre todo en un ámbito como el presente que se encuentra en un estado de permanente evolución.

Dicha evolución ha traído consigo la acelerada aparición de nuevas figuras jurídicas, de variada naturaleza, que, pese a tener una denominación jurídica distinta, son

útiles para dar cobertura legal a distintos tipos de subcontratación económica en tanto todas ellas coinciden esencialmente en su función social: el desempeño de un determinado encargo, en el contexto de una actividad productiva, por cuenta de un tercero. Basta pensar en figuras mercantiles relativamente modernas e incorporadas del Derecho anglosajón como el outsourcing o el engineering o incluso en las contrataciones administrativas donde el sujeto ordenante del encargo no es el titular de una actividad económica sino una Administración Pública. Por esa razón, la jurisprudencia no ha vacilado en extender a estas figuras el régimen jurídico laboral de la contrata y subcontrata de obras y servicios.

2.3 Obras o servicios correspondientes a la propia actividad

La necesidad de que la obra o servicio contratado corresponda con la propia actividad del empresario principal constituye el elemento vertebrador del artículo 42 ET pues los abundantes pronunciamientos judiciales en la materia han puesto de manifiesto que, de la concurrencia o ausencia en el caso concreto de dicho requisito legal, va a depender la sujeción o no del empresario principal al régimen de responsabilidad solidaria instaurado en el segundo párrafo del precepto.

La interpretación de qué se entiende por propia actividad no es tarea sencilla ya que se trata de un concepto no reconducible a parámetros objetivos que remite más bien a la praxis empresarial, terreno, como se sabe, enormemente resbaladizo que impide formular criterios hermenéuticos con vocación de validez general.

Prueba de la aludida dificultad son los abundantes y dispares pronunciamientos jurisprudenciales y aportaciones doctrinales que se han venido formulando desde la propia existencia del antiguo artículo 4 del Decreto 3667/70, norma a la que debe su origen el

concepto estatutario. En síntesis, se puede dar cuenta de tres grandes posiciones interpretativas sobre el alcance de la expresión legal: teoría de la actividad normal, teoría de la misma actividad y, finalmente, la postura adoptada por el TS en su última doctrina de unificación que se sitúa en un plano intermedio respecto a las anteriores.

a) Propia actividad como actividad normal.

Para una primera corriente jurisprudencial, corresponden con la propia actividad del empresario principal las actividades normales y funcionalmente necesarias para el cumplimiento de sus fines, aunque esas actividades fuesen en sí mismas de naturaleza distinta al fin productivo de la empresa en cuestión.

La consecuencia práctica de la adopción de esta postura interpretativa es la consideración como actividad propia de tareas auxiliares como la limpieza de locales, vigilancia de instalaciones, mantenimiento, suministro de materiales y piezas, etc., puesto que basta que la tarea desarrollada por el contratista guarde una conexión directa o indirecta con el proceso productivo del principal para que concorra el requisito de la propia actividad.

En defensa de este criterio amplio se puede sostener que, en la mayoría de las ocasiones, ha de existir correspondencia con la propia actividad cuando un empresario contrata la realización de una obra o servicio puesto que toda actividad que un empresario contrata como tal es actividad propia, resultando difícilmente imaginable un supuesto de actividad empresarial no propia. Además es argumentable que se trata de una posición más acorde con la finalidad protectora de los créditos laborales que caracteriza a la norma ya que extiende a la mayoría de las contrataciones la previsión legal de responsabilidad solidaria.

"La necesidad de que la obra o servicio contratado corresponda con la propia actividad del empresario principal constituye el elemento vertebrador del artículo 42 ET pues los abundantes pronunciamientos judiciales en la materia han puesto de manifiesto que, de la concurrencia o ausencia en el caso concreto de dicho requisito legal, va a depender la sujeción o no del empresario principal al régimen de responsabilidad solidaria instaurado en el segundo párrafo del precepto."

b) Propia actividad como misma actividad.

Se trata de una posición diametralmente opuesta a la anterior por su carácter restrictivo. Para este enfoque la correspondencia con la propia actividad se produce sólo en aquellos casos en los que exista plena coincidencia entre la actividad productiva desarrollada por el contratista y la desplegada por la empresa principal. Así, se sustraen del ámbito de aplicación del artículo 42 ET no sólo las tareas auxiliares antes aludidas sino además cualesquiera otras que no se correspondan por su identidad con la actividad desarrollada por la empresa principal.

Si bien este criterio interpretativo ha contado con singulares apoyos en la doctrina científica, la tendencia general es la de considerarlo excesivamente restrictivo pues limita tanto el supuesto de hecho de la norma que la hace prácticamente inaplicable.

c) Postura ecléctica en la jurisprudencia unificadora.

El antagonismo protagonizado por las dos posiciones interpretativas anteriores ha tenido su reflejo en una ostensible disparidad en los pronunciamientos de la doctrina de suplicación que ha dado paso a interesantes fallos del Tribunal Supremo en unificación de doctrina.

El primero de ellos marca la pauta de un nuevo criterio interpretativo, de corte restrictivo, pero situado en una posición intermedia entre las dos grandes corrientes citadas anteriormente. De su fundamentación jurídica se desprende que constituyen propia actividad, por un lado, las tareas que integran materialmente el ciclo productivo de la empresa principal y, por otro, las tareas auxiliares o complementarias pero sólo, excepcionalmente, cuando se consideren absolutamente esenciales para el desarrollo de aquellas.

El problema está, como a simple vista se puede apreciar, en determinar cuando una tarea complementaria puede catalogarse como absolutamente esencial para los fines de la empresa principal, cuestión que, como advierte el propio TS. No puede ser resuelta con un criterio general y unívoco sino que remite al casuismo y al oportuno criterio del juzgador. En cualquier caso, el nuevo criterio interpretativo que nace con esta jurisprudencia es de claro signo restrictivo porque convierte en regla general la identificación de la propia actividad con las tareas nucleares o esenciales en la empresa principal para la realización de sus fines.

Constituye un buen ejemplo de ello el supuesto previsto en la sentencia del TS de 24 de noviembre de 1998, donde se considera propia actividad el servicio de comedor y cafetería prestado por el contratista para un colegio mayor, argumentándose que dicho servicio de comidas forma parte esencial de los cometidos del colegio mayor: la actividad docente y la hostelería.

Pese a estos últimos intentos del Tribunal Supremo de proporcionar un criterio válido para la delimitación de lo que constituye actividad propia,

es manifiesto que sobre este concepto sigue existiendo un amplio margen de indefinición que exige su concreción por la vía del casuismo. No puede ser de otra forma al tratarse de una expresión inserta en una norma jurídica pero caracterizada por claros contornos económicos y, por ello, sujeta a constante mutación.

Esa indeterminación pone en duda la utilidad del concepto como modulador de la responsabilidad empresarial y permite abogar por la conveniencia de su supresión de la norma. Por una parte, no existen razones de peso para limitar la responsabilidad empresarial a través de este requisito ya que, aunque su presencia en la norma se viene justificando por el

"Pese a estos últimos intentos del Tribunal Supremo de proporcionar un criterio válido para la delimitación de lo que constituye actividad propia, es manifiesto que sobre este concepto sigue existiendo un amplio margen de indefinición que exige su concreción por la vía del casuismo. No puede ser de otra forma al tratarse de una expresión inserta en una norma jurídica pero caracterizada por claros contornos económicos y, por ello, sujeta a constante mutación."

aprovechamiento patrimonial que experimenta el empresario principal cuando descentraliza tareas de su propio ciclo productivo, dicho aprovechamiento también tiene lugar cuando se subcontratan tareas ajenas al mismo. Por otra parte, la eventual supresión del requisito permitiría hacer responsable al empresario principal en aquellas contrataciones en las que la protección debe ser reforzada debido a la menor solidez patrimonial de las empresas contratistas (singularmente, las contrataciones de servicios auxiliares como vigilancia, limpieza y mantenimiento).

3. EL RÉGIMEN LEGAL DE LAS RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES DEL ARTÍCULO 42.2 ET

El apartado segundo del artículo 42 ET establece un mecanismo específico de protección de los intereses económicos de los trabajadores empleados en un sistema de trabajo en contrataciones declarando responsable al empresario principal por las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas, durante la vigencia de la contratación, por los contratistas y, en su caso, subcontratistas.

Esta responsabilidad solidaria cumple así una función de garantía ya que amplía la protección de los créditos laborales y de Seguridad Social vinculando a la satisfacción de los mismos el patrimonio de un empresario, el empresario principal, ajeno a la relación laboral entablada entre el contratista y el trabajador.

Por otra parte, el fundamento de esa implicación patrimonial del empresario principal en la relación de crédito del trabajador con su contratista radica en el beneficio que el primero de los empresarios experimenta al incorporar a su patrimonio el resultado del esfuerzo productivo de los trabajadores del segundo. En esta idea ha ahondado el Tribunal Supremo que considera que la razón de ser del precepto está precisamente en la

necesidad de “garantizar que los beneficiarios del trabajo por cuenta ajena respondan de todas las contraprestaciones inherentes al mismo, evitando que el lucro que de él puedan obtener vaya en perjuicio de la protección social del trabajador”.

Dos son las cuestiones que han de ser abordadas en el análisis del régimen legal de responsabilidad empresarial que regula el artículo 42 ET. Por un lado, el ámbito subjetivo de la responsabilidad empresarial, esto es, la identificación de los empresarios que pueden quedar sujetos a dicha responsabilidad; por otro, su ámbito objetivo, comprensivo del objeto material de la responsabilidad, su alcance, límites, y los supuestos de exoneración empresarial.

3.1 El ámbito subjetivo de la responsabilidad empresarial

Del tenor literal del artículo 42.2 ET se desprende que la responsabilidad solidaria del empresario principal opera en los casos de contratación y en los de subcontrata, pues el precepto se refiere literalmente a las obligaciones contraídas por “los contratistas y subcontratistas” con sus trabajadores y con la Seguridad Social. Antes de la reforma operada en el artículo 42 ET por la Ley 12/

2001 de 9 de julio, el precepto mencionaba exclusivamente a los subcontratistas a efectos de la imputación de la responsabilidad solidaria del empresario principal, con lo que podía dar a entender que la responsabilidad se circunscribía a las obligaciones que dimanasen de una subcontrata y no de una contratación. Esta imprecisión fue corregida con la reforma legal citada, en respuesta a una consolidada doctrina u jurisprudencia anterior que entendía referida la responsabilidad tanto a los supuestos de contratación como a los de subcontrata.

Esta solución es más acorde con el tenor del párrafo primero que se refiere a

“Dos son las cuestiones que han de ser abordadas en el análisis del régimen legal de responsabilidad empresarial que regula el artículo 42 ET. Por un lado, el ámbito subjetivo de la responsabilidad empresarial, esto es, la identificación de los empresarios que pueden quedar sujetos a dicha responsabilidad; por otro, su ámbito objetivo, comprensivo del objeto material de la responsabilidad, su alcance, límites, y los supuestos de exoneración empresarial.”

“los empresarios que contraten y subcontraten”. La contraria, es decir, sostener que el empresario principal no es responsable solidario en una descentralización inicial y si lo es en una descentralización sucesiva en la que aparezca un subcontratista, no respondería al espíritu protector de la norma ya que dejaría a la contrata de primer grado fuera de su radio de acción.

Mayor entidad reviste, sin embargo, el problema de la delimitación del ámbito subjetivo de la responsabilidad empresarial en los casos de encadenamientos de contrata. En efecto, si el tenor legal deja claro que el empresario principal responderá solidariamente de las obligaciones contraídas por su contratista, no permite, en cambio, responder sin paliativos a la cuestión de si le debe alcanzar también esa responsabilidad por las obligaciones contraídas por un eventual subcontratista, con el que no ha negociado, pero que, por voluntad del contratista, se ha incorporado a su propio ciclo productivo. Téngase en cuenta que el empresario principal al que la norma se refiere puede ser tanto el comitente, en una contrata respecto del contratista, y este último, en una subcontrata y respecto del subcontratista.

El problema planteado no resulta baladí si se tiene en cuenta que, ante encadenamientos de contrata de cierta extensión, la hipótesis de la responsabilidad solidaria pesará sobre todos los empresarios que en la cadena antecedan al subcontratista que haya incumplido sus obligaciones laborales o de Seguridad Social.

Ante el silencio del tenor legal se han barajado dos respuestas posibles: o se declara una extensión de responsabilidad a toda la cadena de contratistas o, en cambio, se opta por una responsabilidad a dúo, es decir, cada empresario principal o comitente sólo responderá de las obligaciones contraídas por el contratista con el que haya tratado, pero no de las obligaciones contraídas por los subcontratistas sucesivos.

Si bien el Tribunal Supremo ha vacilado en sus pronunciamientos (la Sentencia TS 2 enero 1981 extiende la responsabilidad a todos los empresarios integrantes de la

cadena y las Sentencias TS 2 julio 1983, y 15 diciembre 1986, siguen el criterio contrario), en la doctrina predomina la tesis que apuesta por la extensión de la responsabilidad a todos los empresarios implicados en la cadena.

Por otro lado, se ha objetado frente a la anterior posición interpretativa que no parece razonable que la responsabilidad alcance al empresario principal por incumplimientos de subcontratistas con los que él no ha contratado, sobre los que no ejerce ningún control y que, por tanto, quedan fuera de su esfera jurídica. Además, el uso del plural “empresarios que contraten y subcontraten” parece indicar que el precepto, más que contemplar una cadena, contempla una múltiple relación bilateral entre comitentes y contratistas que se presenta de modo radial.

3.2 El ámbito objetivo de la responsabilidad empresarial.

3.2.1 Responsabilidad por obligaciones de naturaleza salarial.

La Ley del ET de 1980 restringió el ámbito material de la responsabilidad empresarial a las obligaciones de naturaleza salarial frente a sus precedentes normativos (Decreto de 17 de agosto de 1970 y Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976) que extendían la responsabilidad a todo tipo de obligaciones laborales.

Por tanto, la determinación de este ámbito material no es una cuestión especialmente problemática en tanto que, constatada la voluntad restrictiva del precepto, parece evidente que el empresario principal sólo podrá responder por aquellas partidas económicas que tengan cabida en la consideración legal de salario (artículo 26.1 ET), excluyéndose, en cambio, aquellas otras de carácter extrasalarial (artículo 26.2 ET).

Así, deben quedar excluidas todas aquellas percepciones de naturaleza indemnizatoria o compensatoria reconducibles a alguna de las categorías extrasalariales del artículo 26.2 ET. Es el caso, por ejemplo, de las dietas de manutención y alojamiento, los gastos de viaje, pluses de transporte y gastos de vestuario.

Tampoco responde el empresario principal del deber de readmisión o indemnización en despidos nulos o improcedentes efectuados por el contratista durante la vigencia de la contrata puesto que, a la vista de la dicción legal, no se puede hacer responsable a dicho empresario del inadecuado ejercicio del poder disciplinario del contratista.

Las percepciones indemnizatorias vinculadas no al despido disciplinario sino a otras modalidades extintivas también deben quedar excluidas por tener una finalidad eminentemente resarcitoria. Así lo ha entendido la jurisprudencia en relación con la indemnización por incumplimiento del plazo de preaviso para la extinción del contrato, cuando sea preceptivo y con la pactada en convenio colectivo por la terminación de contratos temporales.

En cambio, si queda comprendida en la responsabilidad por obligaciones de naturaleza salarial la retribución por horas extraordinarias, pues es un concepto reconducible a los complementos salariales por trabajo realizado, y el recargo por mora que, pese a tener clara naturaleza indemnizatoria, los tribunales vienen incluyéndolo en el ámbito de la responsabilidad empresarial.

Cuestión controvertida es la inclusión o no de los salarios de tramitación pues se trata de una percepción económica de naturaleza mixta, dotada simultáneamente de atributos salariales e indemnizatorios. Si bien el Tribunal Supremo en unificación de doctrina les atribuyó inicialmente carácter salarial a efectos de declarar responsable de su abono al empresario principal, ha acabado decantándose, también en unificación, por la postura contraria, retomando una línea jurisprudencial anterior, iniciada con la sentencia TS 13 mayo 1991, de la que había prescindido aquella sentencia de 1994. Se ha puesto ahora el acento en la naturaleza indemnizatoria de los salarios de trámite atendiendo a su finalidad, esto es, compensar al trabajador uno de los perjuicios derivados del despido cual es no percibir retribución durante la sustanciación del proceso. En último término, admite el Tribunal Supremo que los salarios de trámite pueden constituir un concepto propio, pero

no concebirse como obligaciones puramente salariales.

3.2.2 Responsabilidad por obligaciones referidas a la seguridad social

La responsabilidad empresarial por obligaciones referidas a la Seguridad Social también ha experimentado un cambio de tratamiento en el ET respecto a sus precedentes normativos en tanto que en ellos la responsabilidad se refería a "obligaciones contraídas con la Seguridad Social", redacción que hacía entender que sólo quedaban comprendidas las obligaciones de pago de cuotas sociales. En cambio, la amplitud de la vigente dicción legal permite sostener que el precepto se refiere a todas las obligaciones que se hallen efectivamente relacionadas funcionalmente con la Seguridad Social.

Así, la responsabilidad del empresario principal alcanza a los descubiertos por cotizaciones impagadas, comprendiendo todos los elementos integrantes de la cuota [contingencias comunes, profesionales y conceptos de recaudación conjunta], así como el recargo por mora en el ingreso de las mismas (artículo 113.2 Ley General de Seguridad Social).

También queda sujeto dicho empresario al eventual pago de prestaciones de las que fuera responsable el contratista por incumplimiento de sus obligaciones de afiliación, alta o cotización (artículos 124 y 126 Ley General de Seguridad Social), sin perjuicio del juego del principio de automaticidad en el pago de las prestaciones que provocaría el abono directo de la prestación por la Tesorería y el posterior ejercicio por esta de una acción de regreso contra el empresario principal y el contratista.

En cuanto a las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, como puede ser, por ejemplo, la indemnización prevista en convenio colectivo para los casos de muerte o invalidez del trabajador, la jurisprudencia se mostró inicialmente proclive a su inclusión en el ámbito de responsabilidad del empresario principal, solución que hoy en día ha sido también defendida por parte de la doctrina que entiende

que dichas mejoras se integran en el campo de la acción protectora de la Seguridad Social.

Posición contraria ha adoptado la sentencia TS 19 mayo 1998, en unificación de doctrina, que ha optado por la irresponsabilidad del empresario principal en materia de mejoras voluntarias con el argumento de que en el artículo 42 ET sólo están comprendidas las prestaciones previstas con carácter obligatorio en el sistema de la Seguridad Social, por lo que, cuando el precepto se refiere a la Seguridad Social, lo hace como ente gestor de prestaciones. Ello no obstante, desde mi punto de vista, dicha solución resulta discutible por no compáginarse bien con la amplitud de la dición del artículo 42 ET al referirse a este tipo de responsabilidad ni con el fin protector de dicho precepto que comprende no sólo los intereses económicos de la Seguridad Social, sino también los de los propios trabajadores.

3.3 Los límites legales a la responsabilidad empresarial

3.3.1 Límites temporales

El artículo 42.2 ET establece dos límites temporales a la responsabilidad del empresario principal por obligaciones salariales y de Seguridad Social.

Por un lado, la responsabilidad del empresario principal sólo existe en relación a las obligaciones contraídas por el contratista o subcontratista durante la vigencia de la contrata, no pudiendo alcanzar a las nacidas en periodos anteriores o posteriores a la misma.

Por tanto, es la extinción de la contrata la que pone fin a la responsabilidad del empresario principal. Resulta asimismo indiferente si dicha extinción se produce por el cumplimiento del término previsto, por decisión unilateral de cualquiera de las partes o por mutuo acuerdo.

Sin embargo, ello no ha impedido que se haya declarado la responsabilidad del empresario principal por obligaciones que, aún nacidas durante la vigencia de la contrata, han extendido su devengo a periodos posteriores a su terminación.

En cuanto al segundo límite temporal, se establece que la acción de responsabilidad solidaria se podrá ejercitar durante el año siguiente a la terminación del encargo.

Aunque en la doctrina existe discusión sobre si se trata de un plazo de caducidad o prescripción y el TS, sin excesivos razonamientos, se ha llegado a decantar por la caducidad, parece más razonable aplicar aquí la regla general de la prescripción como forma habitual de extinción de las acciones (artículo 59.1 ET).

No se trata, por otra parte, de una ampliación del plazo general de prescripción sino más bien de un plazo subsidiario que no debe impedir la operatividad del resto de plazos establecidos en el ordenamiento laboral. Por ese motivo, si la acción derivada del incumplimiento del contratista pudo ejercitarse durante la vigencia de la contrata, el dies a quo nacerá desde ese mismo momento.

3.4 La exoneración de las responsabilidades empresariales

3.4.1 La exoneración parcial respecto a las obligaciones de seguridad social

El artículo 42.1 ET establece un mecanismo que puede permitir al empresario principal exonerarse de la responsabilidad prevista en el segundo párrafo de la norma pero sólo en relación a las obligaciones de Seguridad Social de las que pueda ser declarado responsable, y no en relación a las obligaciones salariales.

A tal efecto, dicho empresario deberá, con carácter previo a la celebración de la contrata, comprobar que el contratista no tiene débitos en el pago de las cuotas a la Seguridad Social solicitando una certificación negativa de descubiertos a la Tesorería General de la Seguridad Social.

La Tesorería debe emitir la certificación en el plazo de treinta días, y del resultado de esa solicitud va a depender el desencadenamiento de los efectos exoneratorios para el empresario principal. Así son tres las hipótesis fácticas que se pueden presentar tras dicha solicitud:

a) Que transcurridos los treinta días de plazo, la Tesorería no haya emitido la certificación. Este supuesto está previsto expresamente en el último inciso del artículo 42.1 ET, anudándose en el mismo consecuencias exoneratorias para el empresario principal.

b) Que la certificación sea negativa, es decir, que el contratista no presente cuotas pendientes de pago. En relación a este supuesto el artículo 42 ET no se pronuncia por lo que, para la doctrina, no está muy claro si se debe o no exonerar de responsabilidad al empresario principal, pudiéndose apreciar posturas variadas a favor de la exoneración en contra.

Sin embargo, la exoneración de responsabilidad parece la solución más sólida en tanto que se encuentra refrendada por el artículo 10.3 b) del Reglamento General de Recaudación y porque, dado que la finalidad de la solicitud mencionada es sanear el mercado de contratos compeliendo al empresario principal a no contratar con un contratista moroso con la Seguridad Social, resulta razonable creer que aquel empresario deba quedar exonerado si decidió contratarle asegurándose previamente de su solvencia.

c) Que la certificación sea positiva, es decir, que el contratista presente descubiertos. Sise atiende otra vez a la finalidad perseguida por la previsión normativa, es evidente que en este caso no debe existir exoneración de responsabilidad del empresario principal porque no resulta coherente que la norma proteja al empresario que encomienda una actividad productiva a un contratista, aún conociendo su morosidad en el pago de cuotas a la Seguridad Social.

3.4.2 Los supuestos de exoneración total

El último párrafo del artículo 42 ET contempla dos supuestos que suponen la no aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en la norma por situarse totalmente al margen del supuesto de hecho normativo que recoge su apartado primero.

El primero de ellos se refiere al cabeza de familia que contrata una obra de construcción o reparación de su vivienda.

La no sujeción a responsabilidad en este caso es manifiesta porque el cabeza de familia no actúa como empresario, ni laboral ni mercantil, por lo que no se puede hablar de la existencia de una contrata en sentido técnico. Se trata de una exclusión declarativa, superflua en la norma, ya que no añade nada nuevo a su supuesto de hecho.

En el segundo supuesto previsto en la norma, se excluye también del ámbito de responsabilidad empresarial aquellos casos en que el propietario de la obra o industria no contrata su realización por razón de una actividad empresarial. El supuesto se refiere típicamente a aquellos casos en que el empresario comitente, aún ostentando la verdadera condición de empresario, encomienda la realización de una obra o servicio totalmente desconectada de su actividad productiva. Por esta razón, la doctrina ha tildado también esta exclusión de declarativa ya que se trata del mero reverso del requisito de la propia actividad.

4. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y SUS REPRESENTANTES EN LOS SUPUESTOS DE SUBCONTRATACIÓN

La Ley 12/2001 de 9 de julio introdujo tres nuevos párrafos en el artículo 42 ET en los que se contienen unos específicos derechos de información de los trabajadores de la empresa principal y sus representantes y de los representantes de los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista que a su vez generan unas correspondientes obligaciones informativas de dichas empresas.

Con la instauración legal de estos deberes se pretende reforzar las garantías previstas para los trabajadores que desarrollan su actividad en el proceso descentralizador y facilitar a los representantes de los trabajadores, tanto de la empresa contratista o subcontratista como de la empresa principal, la labor de control que, en prevención de conductas fraudulentas, les incumbe efectuar. Desde mi punto de vista, no es exigible para el cumplimiento de los mismos que se trate de una contrata o subcontrata de la propia actividad, requisito que sólo rige a efectos de la responsabilidad

por obligaciones salariales y de Seguridad Social y que resultaría absurdo exigir aquí ya que no ha sido establecido en los apartados correspondientes de la norma reguladores de estas obligaciones informativas. Además, supeditar estas obligaciones a que la contrata sea de la propia actividad colocaría a los propios empresarios en la posición de valorar si la contrata reúne o no esa característica cuando, como se sabe, esa actividad valorativa corresponde, en su caso, a los jueces y Tribunales.

A efectos sistemáticos, se expondrán, por un parte, las obligaciones informativas que atañen al empresario contratista y, por otra, las correspondientes al empresario principal.

4.1 Obligaciones informativas de las empresas contratista y subcontratista

La empresa contratista o subcontratista tiene unas obligaciones informativas con respecto a sus trabajadores, la Tesorería de la Seguridad Social, y con respecto a los representantes de los mismos (artículos 42.3 y 42.5 ET).

En relación a sus trabajadores, les debe informar, antes del inicio de su prestación de servicios y por escrito, de la identidad de la empresa principal con expresa mención de su nombre o razón social, domicilio social y número de identificación fiscal. La información se ha de proporcionar "en cada momento", por lo que se ha de verificar en relación a todo trabajador que se incorpore a la empresa y siempre que se constate un cambio en la identidad de la empresa a la que se adscribe la prestación de servicios del trabajador. La empresa principal de cuya identidad se informa es la comitente, en caso de contrata, y la contratista, en caso de subcontrata pues, como antes se dijo, ambos son formalmente empresario principal el uno en la contrata y el otro en la subcontrata. El fundamento de esta obligación empresarial es que los trabajadores conozcan, a la postre, cuál es la empresa sobre la que pueden instar la responsabilidad solidaria regulada en la norma. Por su parte, el incumplimiento de este deber empresarial constituye una infracción administrativa grave tipificada en el artículo 7.11 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS).

Sobre el mismo extremo ha de informar el empresario contratista o el subcontratista a la Tesorería de la Seguridad Social. Se trata con ello también de facilitar a este ente público el ejercicio de la acción de responsabilidad solidaria contra el empresario principal en caso de verificarse incumplimientos de esta naturaleza por parte de aquellos empresarios. El incumplimiento de este deber constituye una infracción administrativa de carácter leve tipificada en el artículo 21.4 LISOS.

En relación a sus representantes legales, también se les debe informar de la identidad de la empresa principal en los términos que hemos visto así como de cuestiones sobre la ejecución de la contrata tales como su objeto y duración, el lugar de su ejecución, el número de trabajadores que serán ocupados en el centro de trabajo de la empresa principal y las medidas de coordinación previstas en materia de *prevención de riesgos laborales*. Con esta información se pretende que los representantes legales puedan ejercer, en mejores condiciones, su función de control y tutela de los derechos de los trabajadores prevista en los artículos 64.1.9 y 64.1.12 ET. Téngase en cuenta que, con esta información, no sólo podrán prestar a los trabajadores el asesoramiento preciso para el ejercicio coactivo de sus derechos económicos, sino que también los representantes podrán valorar mejor si el trabajo se desarrolla en el contexto de un auténtica contrata o si, al contrario, los trabajadores están siendo sujetos de una mera cesión de trabajadores prohibida por el artículo 43 ET. Por otro lado, el incumplimiento de este deber constituye una infracción administrativa de carácter grave tipificada en el artículo 7.7 TRLISOS.

4.2 Obligaciones informativas de la empresa principal

En relación a las contratas y subcontratas, la empresa principal está sujeta a dos tipos de obligaciones informativas en función de si se trata de futuras subcontrataciones, aún no llevadas a cabo, o si se trata de subcontrataciones ya concertadas con la empresa contratista o subcontratista.

En relación a las primeras, el artículo 64.1 ET obliga al empresario a informar trimestralmente a sus representantes acerca de sus previsiones sobre los supuestos de subcontratación.

En lo que atañe a las contrataciones celebradas y, antes de que se inicie la ejecución de las mismas, el artículo 42.4 ET obliga al empresario principal a informar a los representantes de los trabajadores sobre determinadas extremos relativos a la ejecución de la contrata, esencialmente coincidentes con los ya vistos y sobre los que debía informar la empresa contratista a sus trabajadores; esto es, nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista, objeto y duración de la contrata, lugar de ejecución de la misma, número de trabajadores que serán ocupados en el cen-

tro de trabajo de la empresa principal y, finalmente, las medidas de coordinación previstas en materia de prevención de riesgos laborales.

La finalidad de ambas obligaciones informativas se ha de insertar en el lógico control que han de efectuar los representantes de los trabajadores sobre la política de contratación laboral y de subcontratación para minimizar la sustitución de empleo directo por empleo externalizado, y también en la prevención de conductas fraudulentas como la obtención ilegal de mano de obra o la sustitución antijurídica de los trabajadores huelguistas ante la convocatoria legal de una huelga. La transgresión de las mismas genera una responsabilidad administrativa de la empresa principal por incurrir en la infracción de carácter grave prevista en el artículo 7.7 LISOS.