



CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO

SECRETARÍA DE ACCIÓN SINDICAL

45

BOLETÍN INFORMATIVO JURÍDICO SINDICAL

Doctrina unificada en materia de Contratas

45 Doctrina unificada en materia de Contratas

Nº 45 / 15-VII-99

SUMARIO

A. La normativa objeto de interpretación jurisprudencial	1
B. Contratas, subcontratas y descentralización productiva	2
C. Esquema de los niveles de responsabilidad empresarial	4
D. Concesiones administrativas	5
E. Las obras o servicios correspondientes a la “propia actividad”	6
F. Responsabilidad empresarial por obligaciones de naturaleza salarial	8
G. Responsabilidad empresarial por obligaciones de seguridad social	12
H. Terminación de la contrata o subcontrata y transmisión de empresa	18

INTRODUCCIÓN

Debido a la rápida evolución y desarrollo que se está llevando a cabo en los últimos tiempos sobre temas de *Sucesión de empresas y contratas*, y dado que se evidencia un desfase y una insuficiencia normativa para articular aspectos trascendentales de estos singulares fenómenos económicos-jurídicos, es necesario realizar un análisis de la jurisprudencia unificadora en esta materia para poder afrontar, desde el punto de vista jurídico, la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores.

Estas materias vienen insuficientemente reguladas en el Estatuto de los Trabajadores, bajo el epígrafe de “*Garantías por cambios de empresario*”, donde conjuntamente se establecen tres formas distintas pero interrelacionadas, en concreto son *Responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras o servicios*, (art. 42 E.T.), *Cesión de trabajadores* (Art. 43 E.T.) y *Cesión de empresa* (Art. 44).

En el presente Boletín se abordará el tema de *la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicio*, dejando los temas de *Cesión de trabajadores* y *Cesión de empresa* para otro próximo Boletín.

Creemos que el estudio de estos temas es de interés, por cuanto que, al existir un vacío legal sobre los mismos, los empresarios se aprovechan de esta situación para llevar a cabo situaciones empresariales de suspensión de pagos y quiebras encubiertas al vaciar la propia productividad de la empresa, perjudicando los derechos de los trabajadores.

RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN CASO DE SUBCONTRATA DE OBRAS O SERVICIOS

A. La normativa objeto de interpretación jurisprudencial

A la «responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios» dedica el ET su art. 42, en el que se establecen las específicas obligaciones y derechos de los empresarios y trabajadores intervinientes en contratas o subcontratas, tanto en materia laboral como de Seguridad Social, disponiendo que:

1. «Los empresarios que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a **la propia actividad de aquéllos** deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la TGSS, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante».
2. «El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la **Seguridad Social** durante el período de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondería si se hubiere tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo.

No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un **cabeza de familia respecto de su vivienda**, así como cuando el propietario de la obra o industria **no contrate su realización por razón de una actividad empresarial**».

B. Contratas, subcontratas y descentralización productiva

Nuestro ordenamiento no ha establecido un concepto jurídico laboral de «contrata» o «subcontrata», destacándose doctrinalmente como notas diferenciadoras de esta figura frente a los supuestos de cesión directa de trabajadores, lícita o ilícita, las de que ahora se está ante una **cesión indirecta**, en que la transmisión se realiza respecto de los resultados y no de la actividad misma, así como en que es esencial que el contratista asuma los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias de la condición de empresario y que tenga una **organización y gestión propias**.

Esta materia ha sido estudiada, entre otros, por *Desdentado Bonete, A.* (1997); *García Paredes, M.³ L.* (1994); *Martín Valverde, A.* (1994); *Martínez Emperador, R.*, IES, Madrid; *Martínez Garrido, L. R.* (1998); *Martín Valverde, A.* (1982); *Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.* (1980, págs. 69 y ss.); *Tolosa Treviño, C.*, (1998, págs. 9 a 27).

La «contrata» se ha definido como aquel tipo contractual «en virtud del cual una parte llamada contratista, asume la obligación de realizar una obra o servicio determinados a favor del empresario principal o comitente, que asume a su vez la obligación de pagar por ello un precio» (*Martínez Garrido, L. R.*, 1998, pág. 17; *Martín Valverde, A.*, VV. AA., 1997, pág. 107), y la «subcontrata» como «el acuerdo contractual por el que un contratista o titular de un encargo de contrata encomienda a otro contratista la ejecución de determinadas obras o servicios que forman parte del encargo productivo más complejo que aquél se ha comprometido a realizar».

A pesar de la imprecisión del precepto regulador, puede defenderse que la responsabilidad solidaria ex art. 42.2 El alcanza a todos los empresarios implicados en una eventual cadena de contratas y subcontratas respecto de las obligaciones de los empresarios sucesivos (*Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.*, 1996-I, págs. 43 a 50;

1996/15, págs. 1 a 8), debiendo asumir los primeros las consecuencias de su dejación en la elección de los segundos o sucesivos.

Las contrata y subcontrata constituyen, —junto con los fenómenos de los grupos de empresas, la franquicia, el teletrabajo, el contrato de puesta a disposición de trabajadores entre ‘empresas de trabajo temporal (ETT) y empresas usuarias o las nuevas formas de arrendamientos de’ servicios—, figuras en creciente expansión y utilización ante la irrupción de la denominada «**descentralización productiva**» empresarial, defendiéndose que la libertad de empresa ex art. 38 CE comporta el permitir al empresario la opción de elegir su forma de organización productiva y decidirse por la externalización o desplazamiento hacia otras empresas de determinadas partes o actividades del ciclo de su actividad empresarial, si bien el ejercicio de tal derecho debe limitarse para conjugarlo con los derechos laborales, sindicales y de seguridad social de los trabajadores y precisarse para evitar que tal forma de actuación empresarial encubra un fraude de ley.

Sobre el **teletrabajo**, sus aspectos jurídicos y sus implicaciones sociales, cabe destacar los diversos estudios publicados en la «Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales».

En esta línea por la **jurisprudencia social**, se ha declarado:

- a) En términos generales, que «el ordenamiento jurídico no contiene **ninguna prohibición general** que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el ET art. 42.1 cuando se refiere a la contratación o subcontratación para «la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa», lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores» (TS 27-10-94 Ar8531).
- b) **La finalidad del ET art. 42** «es garantizar que los beneficiarios del trabajo por cuenta ajena respondan de todas las contraprestaciones inherentes al mismo, evitando que el lucro que de él puedan obtener vaya en perjuicio de la protección social del trabajador» (15 17-5-96 Ar 4472).

Este principio que cabe configurarlo como esencial, observaremos, sin embargo, que la propia jurisprudencia no lo ha desarrollado en toda su amplitud, en especial cuando de la interpretación del término obligaciones de naturaleza «salarial» ex art. 42.2 ET se ha tratado.

- c) «La **relación entre empresas** o entidades que genera la responsabilidad por deudas salariales no es cualquier relación de colaboración productiva, sino que ha de ser, atendiendo a la finalidad del ET art. 42, una relación especial de descentralización productiva o subcontratación sobre la propia actividad entre una empresa principal y una empresa auxiliar o subsidiaria» (TS 29-10-98 —recurso 1213/1 998—).
- d) Por último, si bien con el carácter de «obiter dicta», —al no resolverse sobre la cuestión de fondo planteada por falta del requisito de la contradicción ex art. 217 LPL entre la sentencia recurrida y la invocada como de contraste—, se ha interpretado, en orden a la incidencia de la descentralización productiva de la empresa a través de contrata civiles como posible causa legitimadora de una

decisión extintiva de la relación laboral ex art. 52.c) El, que únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la de **la viabilidad empresa** o su competitividad puede jugar como causa legitimadora de la decisión extintiva, siendo decisorio que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial (TS 21-3-97 Ar 2615 y 30-9-98 —recurso 4489/1997—).

C. Esquema de los niveles de responsabilidad empresarial

La multiplicidad de supuestos de subcontratación de obras o servicios origina numerosos conflictos jurídicos para determinar el contenido y alcance de la responsabilidad del empresario principal o comitente por las obligaciones, tanto laborales como de seguridad social, que contrae el subcontratista o subcontratistas sucesivos con los trabajadores a su servicio utilizados para la contrata.

En orden a los **niveles de responsabilidad empresarial** en materia de contrata y subcontratas, del El art. 42 en relación con la LGSS/94 arts. 104.1 y 127.1, se deduce la existencia de **cuatro supuestos de contratación de obras o servicios** con diversas consecuencias en orden a la responsabilidad empresarial. En concreto:

- a) Un primer supuesto de total exoneración de responsabilidad del empresario principal o comitente por actos del empresario contratado o subcontratado, tanto en materia salarial como de Seguridad Social, y tanto solidaria como subsidiaria por insolvencia del contratista, «cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda» (ET arts. 42.2.11; LGSS/94 arts. 104.1 y 127.1.11). Siendo dable defender, al menos y en su caso, la aplicación en favor de los trabajadores del CC art. 1597, en el que se establece que «los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación».
- b) Un segundo supuesto: «cuando el propietario de la obra o industria **no contrate su realización por razón de una actividad empresarial**». Existe una exoneración total del empresario principal o comitente por responsabilidades salariales del contratistas o subcontratista; pero, con respecto a las obligaciones de Seguridad Social incumplidas por el contratista, el dueño de la obra, si bien no tiene responsabilidad solidaria, mantiene la responsabilidad subsidiaria si el empresario contratado fuera declarado insolvente (ET art. 42.2.11, LGSS/94 arts. 104.1 y 127.1.1).

El precepto estatutario citado no establece, pues, en este caso la responsabilidad, solidaria ni subsidiaria, del empresario principal en materia salarial y sin perjuicio, en su caso, de la posible aplicación del citado art. 1597 Código Civil en orden al ejercicio de acciones por parte de los trabajadores.

- c) Un tercer supuesto: cuando el propietario de la obra o industria contrate su realización por razón de una actividad empresarial pero **la obra o servicio contratado no corresponda «a la propia actividad» del empresario** principal. Igual que en el supuesto anterior, se exonera al empresario principal de responsabilidad solidaria respecto a las obligaciones de Seguridad Social incumplidas por el contratista, manteniéndose su responsabilidad subsidiaria (ET art. 42.2.11, LGSS/94 104.1 y 127.1.1). Tampoco el precepto estatutario citado establece en este supuesto la responsabilidad, solidaria ni subsidiaria, del empresario principal en materia salarial y sin perjuicio, en su caso, de la posible aplicación del CC art. 1597.
- d) Por último —el más frecuente e importante, en cuanto ahora nos interesa—, un cuarto supuesto: cuando el empresario o los empresarios principales «contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos». Existe aquí responsabilidad solidaria del empresario principal en materia salarial y de Seguridad Social pero siendo la responsabilidad solidaria (no la subsidiaria ex arts. 104.1 y 127.1 LGSS/94) exonerable respecto a las obligaciones de Seguridad Social en el caso de demora o no libramiento por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social de la certificación referida en la norma estatutaria; en ambos casos, con limitaciones tanto temporales, respecto al plazo de exigibilidad «durante el año siguiente a la terminación de su encargo» y al período de haberse contraído las obligaciones por los subcontratistas «durante el período de vigencia de la contrata», como cuantitativas «con el límite de lo que correspondería si se hubiere tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo» (ET arts. 42.1 y 2, LGSS/94 arts. 104.1 y 127.1.1).

D. Concesiones administrativas

El régimen legal ex art. 42 ET de responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios es aplicable no sólo al supuesto de hecho de contrataciones o subcontratas de naturaleza privada sino también a las concesiones administrativas siempre que generen la **gestión indirecta del servicio**; tratándose de **contratos administrativos efectuados por** la Administración que adjudican la realización de un servicio público a un tercero y que suponen negocios jurídicos correspondientes a la esfera pública, rechazándose, jurisprudencialmente, la tesis de que la Administración, por no ser empresaria, no podría asumir el papel de principal en una contrata.

Esta línea interpretativa se inicia en la jurisprudencia unificadora a partir de la sentencia TS 15-7-96, Ar 5990; seguida, entre otras, por las sentencias TS 27-9-96, recurso 176/1996; 18-11-96, Ar 8628; 14-12-96, Ar 9464; 23-12-96, Ar 9844; 31-12-96, Ar 9867; 3-3-97, Ar 2194; 18-3-97, Ar 2572; 22-4-97, Ar 3581; 23-6-98, Ar 5483; 27-7-98, Ar 6216, y 29-10-98, recurso 1213/1998.

En términos generales, la doctrina que establecen las referidas sentencias se puede sintetizar en los siguientes **principios**:

- a) El **término «empresario»**, incluido en el ET 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 citado art. 42 ET in fine, haga mención a «su 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.

- b) La condición pública de la Entidad que, mediante contratación administrativa, adjudica la realización directa e inmediata del servicio concreto, que constituye uno de los servicios a cargo del ente público, a otra empresa, no puede hacer olvidar, ni desnaturalizar la **naturaleza de la prestación**, caso de haber sido realizada directamente por el órgano público, por lo que, su gestión indirecta, mediante el mecanismo de la concesión administrativa, no afecta al *solidum* legal examinado.
- c) Una interpretación del ET art. 42, conforme a su **espíritu y finalidad**, permite extender el concepto «contratas o subcontratas» celebrados 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 permiten su aplicación exclusiva a 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.
- d) Ahora bien, en cualquier caso «es también jurisprudencia consolidada y doctrina generalmente compartida que la programación o financiación por **parte de un organismo público** de las actividades formativas o educativas de otras empresas o entidades no convierte a aquél en empresario de los empleados de éstas, ni da lugar tampoco por sí sola al supuesto de hecho del ET art. 42 (sentencias de 3-2-93, Ar 2250; 4-2-93, Ar 2404; 26-4-93, Ar 3362; 28-5-93, Ar 4131; 3-7-95, Ar 6585, y 18-7-95, Ar 6715») (TS 29-10-98 —recurso 1213/1 998—).

E. Las obras o servicios correspondientes a la «propia actividad»

La aplicabilidad plena, en su caso, del régimen de responsabilidad solidaria del empresario principal o comitente establecida en el ET art. 42 comporta, como se ha indicado, la concurrencia de un dato relativo a la cualidad de la contrata o subcontrata consistente en que su **objeto** sea la «realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad» del referido comitente.

La doctrina y la jurisprudencia han venido sustentando interpretaciones distintas (*Rodríguez Riñera y Bravo Ferrer*, 1996.1, págs. 35 a 42) de lo que debe entenderse por «propia actividad» de la empresa principal. Realmente es muy difícil intentar formular criterios generales sobre las concretas actividades que pueden calificarse como integrantes de la «propia actividad», pues primero deben delimitarse las tareas o actividades propias y tras ello deben contrastarse las actividades pretendidamente complementarias con el preciso cometido o actividad de la tenida como empresa principal o comitente.

Así cabe entenderse en la sentencia 29-10-98, cuando razona que «Tampoco las tareas formativas organizadas y desarrolladas por terceros se convierten en servicios propios del INEM por el hecho de que éste las subvencione. La actividad de **fomento de los poderes públicos** es por definición

una actividad externa, que no incorpora al ciclo o ámbito de actividad del organismo público las labores o tareas que son objeto de fomento. Sólo serán propias del INEM, por tanto, aquellas tareas formativas que realiza o lleva a cabo directamente».

Como se sintetiza en la sentencia TS 24-11-98, recurso 517/98, «cabén en principio **dos interpretaciones de dicho concepto**:

- 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 principal se entenderán “propia actividad” de ella.

En el primer caso, se incluyen como propias las tareas complementarias. En el segundo, estas labores no “nucleares” quedan excluidas del concepto y, en consecuencia de la regulación del art. 42 ET».

Ante la imprecisión del concepto de «propia actividad», para su delimitación la jurisprudencia unificadora, en especial a partir de la 18 18-1-95 (recurso 150/1994), —seguida por las sentencias 18 29-10-98, Ar 514 y 24-11-98, Ar 10034—, ha desechado la tesis de configurarla como la actividad «indispensable» para el desarrollo de su función específica, poniéndose el acento en el dato de la **actividad «inherente» al ciclo productivo de la empresa principal y, en consecuencia**, estaremos ante una contrata «correspondiente a la propia actividad» cuando «de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial».

Así, en la citada sentencia 18-1-95, Ar 514, se afirma que «para delimitar lo que ha de entenderse por **propia actividad** de la empresa, la doctrina mayoritaria entiende que son las obras o servicios que **pertenecen al ciclo productivo** de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa. Más que la inherencia al fin de la empresa, es la **indispensabilidad** para conseguirlo lo que debe definir el concepto de propia actividad».

«No obstante, una interpretación absoluta y radicalmente amplia del concepto de “propia actividad” nos llevará a no comprender la exigencia del supuesto de hecho contenido en el art. 42 mencionado. Si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial.»

«Resulta obvio que la actividad de la Junta de Castilla y León no es la prestación de servicios de seguridad y protección, propia de las empresas demandadas, sin que dicha actividad tenga tampoco el **carácter de complementaria absolutamente esencial** para el desarrollo de la principal desarrollada por la Junta.»

El fundamento de esta interpretación, como ha razonado la propia jurisprudencia, «estriba en que las actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista, justificando así la responsabilidad patrimonial de la

empresa o entidad comitente respecto de los salarios de los trabajadores empleados en la contrata» (TS 29-10-98, recurso 1213/1998).

En aplicación de tal criterio de distinción la referida sentencia 18 18-1-95, Ar 514, llegó a la conclusión que no correspondía a la propia actividad del órgano de gobierno de una CC.AA., empresa principal, las actividades complementarias inespecíficas como la prestación de servicios de seguridad y protección, propio de las empresas de seguridad contratadas.

Continuando esta línea interpretativa, la ulterior sentencia TS 24-11-98, Ar 10034, considera que forma parte de la actividad propia de una empresa dedicada a colegio mayor el **servicio de comedor y cafetería, argumentando** que la empresa principal «presta los servicios propios de un Colegio Mayor que comprende tanto colaboración en la formación de los alumnos, como su alojamiento y manutención, proporcionándoles desayuno, comida y cena» y que «tal 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 con dos áreas de actividad: una, la docente y otra, la de hostelería de unas específicas características pues ha de contribuir a la formación integral de los colegiales».

Esta interpretación se ha aplicado por la doctrina de suplicación a determinados servicios de limpieza, comedor y otras **actividades complementarias**.

Igualmente, los diversos Tribunales Superiores de Justicia en aplicación del indicado criterio de distinción han venido interpretando que no existía «propia actividad», entre otros supuestos, cuando una empresa principal dedicada a la **fabricación de vehículos automóviles** contrataba la realización de obras de pavimentación de algunos talleres de una nueva fábrica a una serie de empresas cuya actividad era la construcción (TSJ/Cataluña 26-3-93), ni la actividad de una empresa de limpieza cuando la comitente estaba dedicada al suministro de aguas (TSJ/Comunidad Valenciana 5-12-95).

F Responsabilidad empresarial por obligaciones de naturaleza salarial

1. Contenido y límites de la responsabilidad laboral: de las obligaciones «laborales» a las obligaciones «salariales»

En materia laboral, la **Ley de Relaciones Laborales de 8-4-76** era más rigurosa en la exigencia de responsabilidades al empresario principal o comitente de obras o servicios de su propia actividad al imponerle, genéricamente, la solidaridad respecto a «las obligaciones contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y... durante el período de vigencia de la contrata» (LRL art. 19).

Esta normativa posibilitaba, como ha destacado a modo de contraste la jurisprudencia unificadora (entre otras, sentencias TS 7-7-94, Ar 6351, 19-1-98, Ar 998, 20-5-98, Ar 4738, 14-7-98—recurso 3482/97—), el que el empresario principal o comitente respondiera, en su caso, de todas las obligaciones laborales (indemnizaciones, salarios de tramitación, prestaciones extrasalariales, salarios) del contratista o subcontratista.

En cambio, y dentro del ámbito de los niveles de responsabilidad empresarial ya expuestos, el **Estatuto de los Trabajadores** utiliza la más concreta expresión de obligaciones de «naturaleza salarial» contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores (El art. 42.2).

Así, en la estricta interpretación que ha prevalecido, cada vez con mayor rigor, se interrelaciona tal precepto con el ET art. 26.1 y 2, definidor del salario, resultando un concepto muy reducido de lo que es dable encuadrar bajo el calificativo de «obligaciones de naturaleza salarial», por lo que quedan importantes obligaciones laborales sin la cobertura de la solidaridad ni de la subsidiariedad, en contra de lo que la proliferación actual del fenómeno de la externalización a través de contratas y subcontratas exigiría en garantía de los derechos de los trabajadores afectados y con vulneración del principio jurisprudencialmente proclamado respecto de la finalidad del precepto estatutario como garantizador de 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» (En este concreto aspecto ver *Folquera Crespo, J*).

2. Obligaciones extrasalariales e irresponsabilidad del empresario principal

En el plano de las obligaciones laborales, se ha planteado la cuestión de si la responsabilidad solidaria de la empresa principal establecida en el ET art. 42.2 comprende las cantidades que la empresa subcontratista adeude a sus trabajadores en concepto de obligaciones extrasalariales, tales como indemnizaciones **por fin de obra u otras, dietas o pluses extrasalariales**.

La solución dependerá del concepto que se acoja de «salario» a efectos de interpretar el término análogo empleado por el legislador en el citado ET art. 42.2, en el que se establece que el empresario principal responderá solidariamente «de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores» con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo.

Diversos **Tribunales Superiores de Justicia** venían aplicando al interpretar el término «salarial» un **concepto retributivo amplio**, más de acuerdo con la protección del trabajador y que encontraba sus precedentes legislativos en el antes citado art. 19.2 LRL y en el D 3677/1970, art. 4.

Sin embargo, el **Tribunal Supremo**, en su sentencia 19-1-98, Ar 998, con doctrina seguida por la de 20-5-98, Ar 4738, adopta un **criterio más estricto**, partiendo de que aquéllos antecedentes legislativos ya no pueden ser tenidos en cuenta a efectos de la interpretación del alcance de la responsabilidad solidaria del empresario principal en materia laboral, pues el ET art. 42.2 ha reducido tal responsabilidad a las obligaciones «salariales» y ello obliga a interpretar dicho precepto conforme al ET art. 26.2, en el que se excluyen del concepto de salario «las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos». Concluyendo que, en definitiva, el empresario principal no responde de las retribuciones adeudadas por el subcontratista que tengan naturaleza extrasalarial aunque traigan su causa del contrato de trabajo.

Respecto a las obligaciones salariales, «el art. 42.2 del ET precisa que la responsabilidad solidaria del empresario principal se constriñe a “las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores”, y esa circunscripción a las obligaciones salariales que introdujo el art. 42.2 del ET de 1980 y que repite la versión del Estatuto aprobado por RDL 1/1995 no se contenía en el precepto legal precedente, concretamente en la LRL art. 19.2; hablaba ésta de la responsabilidad solidaria de la empresa principal “de las obligaciones contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y con la Seguridad Social durante el período de vigencia de la subcontrata”. El precepto del Estatuto imita la responsabilidad en el ámbito laboral a las obligaciones salariales, frente a la amplitud de la expresión referida de “obligaciones contraídas por los subcontratistas” que contenía el mencionado art. 19.2, coincidente a su vez con el art. 4 del Decreto 3677/1970, que disponía que “la empresa principal será solidariamente responsables de las obligaciones contraídas por la subcontratista con sus trabajadores y con la Seguridad Social durante el período de vigencia de la subcontrata”». Concluyendo que «si el precepto introducido en 1980 ciñe la responsabilidad a las obligaciones salariales, ello obliga a resolver el supuesto dentro del ámbito de aplicación del art. 26 del propio Estatuto, con exclusión de retribuciones otras de naturaleza extrasalarial, aunque traigan su causa del contrato de trabajo» (TS 19-1-98, Ar 998).

3. Salarios de tramitación e irresponsabilidad del empresario principal

Si el subcontratista durante la vigencia de la contrata despide a trabajadores de su plantilla y el despido es calificado judicialmente como nulo o improcedente, el empresarial principal no responde, en su caso, de la obligación de readmitir, a diferencia de los supuestos de cesión ilegal ex art. 43.2 y 3 ET, ni de la obligación de indemnizar, dada su naturaleza extrasalarial ex art. 26.2 ET (no tendrán la consideración de «salario» las «indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones y despidos») (TS 7-7-94, Ar 6351); pero había surgido el problema de determinar si de los salarios devengados durante la tramitación del despido respondían solidariamente la empresa principal y la subcontratista.

En la citada sentencia TS 7-7-94, Ar 6351, se afirma que «la regulación del ET en esta materia supone una variación importante respecto del art. 4 del Decreto 17-12-70 y el art. 19.2 de la LRL que extendían la responsabilidad solidaria a toda clase de obligaciones laborales, lo que dio lugar a abundante jurisprudencia que entendía que la empresa principal respondía en caso de despido, improcedente o nulo de las obligaciones de readmitir e indemnizar al trabajador despedido».

«El art. 42.2 del ET imita la responsabilidad a las obligaciones de naturaleza salarial, descargando al empresario principal de cualquier incumplimiento por parte del contratista de obligaciones de carácter distinto, como pueden ser las de readmisión o indemnización del trabajador despedido, las que no pueden ser transferidas al empresario que encarga la obra o el servicio pues este no responde del inadecuado ejercicio del poder disciplinario del contratista».

Era pacífico entender que, en los casos expuestos, el empresario principal respondía solidariamente de los salarios de tramitación coincidentes con el período de vigencia de la contrata de ser declarado el despido efectuado por el subcontratista como nulo o improcedente (*Gárate Castro, J.*, 1994), y así se reflejó, entre otras, en la sentencia TS 9-4-84, Ar 2057; 27-10-86, Ar 5906 y 22-1-88, Ar 37, y en unificación de doctrina en la importante sentencia TS 7-7-94, Ar 6351.

Concluye la sentencia IS 7-7-94, Ar 6351, que los salarios de tramitación por despido nulo o improcedente tienen carácter indemnizatorio; razonando que «se debe entender que el trabajador injustamente despedido se encontraba dentro del marco de la contrata y cuando se producen los efectos previstos en la ley para el despido improcedente o nulo hay que vincularlos a la contrata. Es decir, los

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

«Por otra parte, una interpretación literal de la normativa vigente conduce a apreciar la naturaleza salarial de estos devengos pues el art. 55.4 El impone al empresario la obligación de abonar los “salarios dejados de percibir” en caso de declaración de despido nulo y el art. 56.1.b) ET expresa que la obligación empresarial se contrae a una cantidad equivalente a los salarios dejados de percibir en caso de despido improcedente (en los mismos términos, los arts. 110.1 y 113 LPL), abandonando la expresión “indemnización complementaria” que se utilizaba en las disposiciones legales anteriores. También se afirma su carácter salarial en el art. 33.1 ET cuando establece la obligación del FOGASA de abonar los salarios pendientes de pago y, a tal efecto, dice que se considera salario “la indemnización complementaria por salarios de tramitación”. De otro lado los salarios de tramitación están sujetos a cotización a la Seguridad Social y... este dato reafirma su carácter salarial y no indemnizatorio de acuerdo con los arts. 64 y 70 LGSS y disposiciones concordantes sobre altas y bajas de los trabajadores en las empresas. La OM 15-10-76 establece que el trabajador permanecerá en alta como trabajador en activo de la empresa durante el tiempo que abarquen los salarios de tramitación. Igual mandato se desprende del art. 281.b) LPL, del RD 23-10-86 y de la Disposición Adicional 2~ de la Ley 4/1 990 de 29-6, estas dos últimas normas referidas al abono por parte del Estado de las cuotas de la Seguridad Social por los salarios de tramitación en la medida que excedan de los 60 días que como tope debe abonar el empresario en caso de despido improcedente según el art. 56.5 ET».

No obstante, esta doctrina ha sido modificada por la propia Sala a partir de la sentencia TS 14-7-98 (recurso 3482/97), dictada también en Sala General, en la que se afirma que el empresario principal no responde solidariamente de la obligación de abono de los salarios de tramitación referidos, partiendo de que los «salarios de tramitación» no pueden ser calificados en sentido estricto de salarios y de que, dejando aparte lo relativo a la Seguridad Social, de las únicas obligaciones de las que responde el empresario principal son las de «naturaleza salarial». Se afirma que la doctrina tradicional de la Sala ha resaltado siempre el **carácter indemnizatorio de los salarios de tramitación**, razonándose que «los salarios de trámite tienen vertientes salariales, como **la obligación de cotizar** por ellos, y una finalidad indemnizatoria... 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». En conclusión, el empresario principal no responde solidariamente con el subcontratista de los salarios de tramitación.

«En la discusión sobre la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación esta Sala tanto antes de la sentencia traída como contradictoria —TS 7-7-94, Ar 6351—, como posteriormente, se ha inclinado con decisión a que en los mismos predomina el carácter indemnizatorio frente al salarial, y aunque si se llevan a sus últimas consecuencias, cualquiera de las dos tesis, la salarial o la indemnizatoria conducen a soluciones indeseables, lo que lleva a concluir que los salarios de tramitación constituyen un concepto jurídico propio con vertientes que los asimilan a los salarios y a la indemnización, lo cierto es que la doctrina de esta Sala en sentencia de 13-5-91, Ar 3907, dictada en Sala General atendiendo a finalidad perseguida por los mismos, declara expresamente: “La figura de los salarios de tramitación o salarios de trámite tiene una evidente y clara naturaleza indemnizatoria, pues con ellos se pretende, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador uno de los perjuicios que para él se derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha de del despido y durante la instrucción del despido correspondiente”. Esta doctrina, como la propia sentencia citada razona, había sido ya esbozada por la de 29-1-87, Ar 174, y las de 27-2-90, Ar 2740, 30-4-90, Ar 3511 y 11-5-90, y ha sido seguida por las de 2-1 2-92, Ar 10050, y 19-5-94, Ar 4284. Rompiendo esta línea jurisprudencial se dicta la sentencia de 7-7-94, Ar 6351, que se inclina por la naturaleza salarial de los

salarios de trámite, sentencia aislada pues en la dictada en 14-3-95, Ar 2010, vuelve a declararse de modo explícito la misma doctrina que ha sido literalmente transcrita» (TS 14-7-98, Ar 8544).

Así se viene pronunciando hasta ahora la jurisprudencia contencioso-administrativa, pero partiendo de que los salarios de tramitación son conceptos salariales (entre otras, TS 4-2-97, recurso 3937/92; 8-6-98, Ar 4549; 30-1-98, Ar 10043).

En favor de la tesis sustentada en la citada sentencia TS 14-7-98, Ar 8544, se pronuncia *Sempere Navarro, V.*, (1999, págs. 9 a 17).

G. Responsabilidad empresarial por obligaciones de Seguridad Social

1. Contenido y límites de la responsabilidad en materia de Seguridad Social

Al inicio se analizaron los diversos **niveles de responsabilidad empresarial** en materia de contrataciones y subcontratas ex arts. 42 ET, 104.1 y 127.1 LGSS/94. en lo afectante a materia laboral y de Seguridad Social, baste ahora adicionar, —con carácter general y ante la inexistencia de jurisprudencia unificadora, en especial respecto a la problemática del deber de comprobación de la inexistencia de deudas con la Seguridad Social ex art. 42.1 ET, y sin perjuicio de la recaída en los temas concretos que en epígrafes separados se analizan—, que:

- a) En principio, para que surja la responsabilidad del empresario principal o comitente es necesario que exista la **previa declaración de responsabilidad del contratista o subcontratista**.
- b) La responsabilidad solidaria y la subsidiaria del empresario principal o comitente tiene, como regla, con respecto a las obligaciones derivadas de actos de encuadramiento, cotizaciones y prestaciones, **el mismo alcance que el exigible al contratista o subcontratista**, con la única limitación expresa, reglamentariamente establecida, que «la responsabilidad subsidiaria no alcanza a las sanciones pecuniarias impuestas al deudor principal, salvo cuando aquélla resulte de la participación del responsable en una infracción de normas de Seguridad Social» (art. 12.1 del RD 1637/1995, redactado por RD 1426/1997).

2. Alcance temporal de la responsabilidad del empresario principal si la situación de incapacidad temporal iniciada durante vigencia de la contrata persiste finalizada ésta

Ha tenido acceso a la casación unificadora la cuestión relativa al alcance temporal de la responsabilidad del empresario principal en el supuesto de que la situación de incapacidad temporal (IT) iniciada por el trabajador del subcontratista durante la vigencia de la contrata persista una vez finalizada ésta, es decir, el alcance e interpretación en esta materia del **ET art. 42.2** y si, en tal caso, la responsabilidad ha de limitarse al tiempo de la contrata o ha de extenderse hasta que la situación de IT se extinga por causa legal.

La sentencia TS 17-5-96, Ar 4472, entiende que la solución jurídicamente correcta, de haberse producido el hecho causante durante la vigencia de la contrata, es la de mantener la responsabilidad solidaria del empresario principal ex art. 42.2 ET aun cuando la situación de IT se extienda más allá del término de la misma y durante todo el tiempo en

que persista dicha situación. Concluyendo que «siempre que la II 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, de la que responde solidariamente el contratista principal cuando sea responsable el subcontratista, contratado para la misma actividad de la contrata principal».

Se parte en la citada sentencia para llegar a la doctrina que establece de que la letra del art. 42.2 no ofrece duda en vincular la responsabilidad del empresario principal en las obligaciones referidas a la Seguridad Social al tiempo de duración de la contrata, pero advirtiendo que surgen las discrepancias en la consideración de la prestación originada, bien se acentúe el dato del hecho causante o nacimiento de la IT, y producido este durante la vigencia de la contrata se estime que es indiferente que su desarrollo posterior comprenda tiempo en que la contrata había ya terminado, o bien se parta de que el subsidio de II se devenga día a día y que lo decisivo es que coincida el tiempo de vigencia de la contrata y tiempo de prestación.

La solución que adopta la fundamenta:

- a) En la coherencia con la propia finalidad del ET art. 42.2, tendente a «garantizar que los beneficiarios del trabajo por cuenta ajena respondan de todas las contraprestaciones inherentes al mismo, evitando que el lucro que de el puedan obtener vaya en perjuicio de la protección social del trabajador», señalando que «esta garantía alcanza incluso al propietario de la obra e industria a cuyo favor se haya realizado la contrata» (LSS art. 97 y vigente art. 127 LGSS, que hace expresa referencia al ET art. 42.2), pues es claro que la protección o desprotección total de la II esta vinculada al cumplimiento de las obligaciones del empresario con la Seguridad Social durante la vigencia de la contrata, cuando el hecho causante de la IT—enfermedad o accidente— se produce durante la misma;
- b) En coherencia, también, con el tratamiento que la contingencia de II se ha dado por la jurisprudencia unificadora, en especial en la sentencia 18 8-5-95, con ocasión de la acumulación de diferentes períodos de la II interrumpidos por la actividad laboral inferior a seis meses.

Se recuerda, en la sentencia TS 17-5-96, Ar 4472, que en la sentencia TS 8-5-95, Ar 3755, «se entendía como la IT está constituida por dos elementos, uno causal, la enfermedad o lesión que requiere el restablecimiento de la salud perdida e impide el trabajo y otro temporal, que comprende el proceso de curación. Ambos momentos son inseparables y el segundo es función del primero, si bien, modula decisivamente la contingencia. Esta naturaleza compleja aparece ya en la base 29 de la Ley 193/63 de 28-12 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 este impedido para el trabajo y reciba asistencia sanitaria. Y es regulada de modo concreto en la Ley de Seguridad Social y Orden de 13-10-63».

3. Recargo de prestaciones y contrata

No es cuestión pacífica la de determinar si los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios, sean o no correspondientes a la propia actividad de aquéllos, están obligados a responder solidariamente del recargo ex

art. 123 LGSS de las prestaciones económicas que tengan su causa en un accidente de trabajo derivado de la inexistencia o inobservancia de medidas de seguridad.

Sería defendible jurídicamente la tesis que niega la existencia de responsabilidad solidaria en el recargo de prestaciones cuando la empresa principal y la contratista realizan **actividades diferentes** y por el simple hecho de que el accidente tuviera lugar en las instalaciones de la empresa principal, argumentándose como máximo le sería exigible a esta última una responsabilidad por culpa ex arts. 1902 o 1903 del Código Civil pero nunca la responsabilidad-sanción del art. 123 de la LGSS.

No es esta, sin embargo, la interpretación que se deduce de la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo recaída en recursos de casación para la unificación de doctrina, de la que son exponente las sentencias 18-4-92, Ar 4849 y 16-12-97, Ar9320 (ver nº 634).

El problema consiste en esclarecer **a qué empresa o empresas alcanza la responsabilidad** del abono del recargo en los supuestos de accidente de trabajo acaecido por falta de medidas de seguridad, cuando el trabajador siniestrado pertenecía a una empresa contratista o subcontratista de otra principal.

«Hay que tener en cuenta... fundamentalmente, el art. 93 LGSS/74, en cuyo nº 2 se dispone que la responsabilidad del pago del recargo... “recaerá directamente sobre el empresario infractor”... En los casos de contrataciones y subcontratas..., aunque es indiscutible que los empleados de la empresa contratista o subcontratista mantienen su vínculo laboral exclusivamente con ésta, no puede olvidarse que en muchas ocasiones desarrollan su trabajo bajo el control y la inspección de la empresa principal, o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta... Y así es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste. Por ello en estos casos, la determinación o aplicación del concepto de “empresario infractor” se complica sobremanera, surgiendo siempre en cada supuesto la interrogante de si alcanza sólo al empresario directo o propio, o sólo al principal, o a ambos a la vez».

«Es necesario tener en consideración, además del art. 93 LGSS..., las normas que seguidamente se relacionan:

- A) ... El ET art. 42.2 que... habla de obligaciones “referidas a la Seguridad Social”... De todos modos la responsabilidad solidaria del empresario principal en estos casos ha de ser matizada, vinculándola a la idea de “empresario infractor” que recoge este art. 93, 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...
- B) También la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo..., art. 153 proclama la responsabilidad solidaria del empresario principal., si bien la imita a los trabajadores que desempeñen su labor “en los centros de trabajo de la empresa principal”...
- C) ... el Código Civil, art. 1902...
- D) Con fines meramente orientativos, dado que se trata de normas que entraron en vigor en nuestro país después de acaecido el accidente de autos, conviene aludir... La L 8/1 988, art. 40, establece que “los empresarios que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad responden del incumplimiento de las obligaciones

establecidas en materia de Seguridad e Higiene durante el período de vigencia de la contrata, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal, aún cuando afecte a los trabajadores del contratista o subcontratista". El art. 17 del convenio nº 155 OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente en el trabajo... para el supuesto de que "dos o más empresas desarrollen simultáneamente actividades en el mismo lugar de trabajo", establece un "deber de colaboración" entre las mismas en la aplicación de las medidas de seguridad e higiene... Por último citaremos las Directivas Comunitarias referentes a estas cuestiones; la Directiva Marco 89/391 (CEE), de 12-6-89, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de seguridad y la Salud de los Trabajadores en el trabajo...; y la Directiva 91/383 (CEE), de 25-6-91, que completa las medidas tendentes a promover la mejora de la Seguridad y la Salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral determinada o de empresas de trabajo temporal... Es obvio que estas empresas de trabajo temporal y las empresas cesionarias o clientes no son, en absoluto, asimilables a los, supuestos de contrata y subcontratas... pero sin embargo en ambos casos se produce una cesión de trabajo, directa en un caso e indirecta en otro, razón por la cual conviene no perder de vista aquí las disposiciones de esta Directiva comunitaria».

«Se ha de concluir que la responsabilidad de pagar el recargo de las prestaciones de la Seguridad Social, que tiene derecho a percibir la actora... por causa del fallecimiento de su esposo, acaecido en accidente de trabajo por falta de medidas de seguridad, recae conjunta y **solidariamente sobre la empresa principal E., y sobre el contratista...**, como ponen de manifiesto las siguientes precisiones:

- 1) Siendo el objeto principal de E. la producción de energía eléctrica y siendo de su pertenencia las líneas de tendido eléctrico correspondientes, es obvio que la reparación mantenimiento de esas líneas se comprende en el área de la "propia actividad" de esta empresa...;
- 2) Aunque esas líneas se encuentran, lógicamente, en el campo y el aire libre, son sin duda instalaciones propias de dicha empresa E., estando ésta obligada a cuidar de su adecuada conservación y buen estado, a fin de evitar cualesquiera daños o accidentes que los deterioros o desperfectos de las mismas pudieran ocasionar; de esto se desprende de un lado que una interpretación racional y lógica obliga a equiparar estas instalaciones a la idea de "centro de trabajo" que se maneja en los preceptos antes citados, y de otro lado resulta clara la responsabilidad de E. en el siniestro que ha dado lugar a este proceso, pues el mismo se produjo por el mal estado de un poste eléctrico de esta compañía, estando ella obligada a velar por la buena conservación del mismo;
- 3) Por otra parte se evidencia la responsabilidad del Sr. ..., pues era el **empleador directo y propio del trabajador siniestrado**, sin que aparezca en lo actuado dato alguno que permita eximirle de tal responsabilidad.

Procede, por tanto, afirmar y declarar la responsabilidad conjunta y solidaria de estas dos empresas».

En ellas no **se fundamenta la distinción a efectos de responsabilidad** en el recargo de la empresa principal en el mero hecho de que la obra o servicio encomendado a la contratista corresponda o no a la propia actividad del empresario principal, sino que se constituye como elemento decisivo para determinar la responsabilidad la idea del «empresario infractor», al que atribuye la responsabilidad la LGSS art. 123.2 («la responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno»).

Establece la jurisprudencia que, a estos efectos, lo decisivo es el hecho de que el accidente se haya producido o no por **una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad**; precisándose que no puede excluirse, por sistema y en todo caso, la responsabilidad de la empresa principal, pues cuando se desarrolla el trabajo en el centro de trabajo de la empresa principal, entendiendo el mismo en sentido amplio, con sus instrumentos de producción y bajo su control, es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste y por ello en estos casos el empresario principal puede ser el «empresario infractor» a los efectos del art. 123.2 LGSS.

Ya se ha indicado que la jurisprudencia unificadora, en la sentencia TS 18-4-92, Ar 4849, ha configurado como «centro de trabajo» unas líneas eléctricas que «se encuentran, lógicamente, en el campo y el aire libre», pero que «son sin duda instalaciones propias de dicha empresa».

La jurisprudencia constitucional, rechazando el recurso de amparo interpuesto contra la referida sentencia TS 18-4-92, Ar 4849, aun partiendo de que en el ámbito del derecho administrativo sancionador la prohibición de la analogía «in malam partem» es también una de las exigencias del principio de legalidad ex art. 25.1 CE (Auto TCo 72/1 993, sentencia TCo 182/1 990), concluye que «aquí no se ha efectuado una extensión «in peius» de la imputación de responsabilidad a supuestos no subsumibles en el precepto legal, sino una mera interpretación teleológica de la expresión «empresario infractor» en la hipótesis en que el trabajador accidentado está involucrado en procesos de descentralización productiva, en absoluto extravagante con el régimen jurídico del deber de seguridad e higiene en el trabajo, dado el tenor de los arts. 42.2 ET y 153 párrafo segundo OGSHT» (TCo 81/1995,5 de junio).

En la antes citada sentencia TS 16-12-97, Ar 9320, se desestima el recurso, por falta de contenido casacional, interpuesto por la empresa principal (dedicada a la fabricación de tableros aglomerados) condenada solidariamente con la contratista (dedicada al transporte) en el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, en un supuesto en el que el accidente que causó la muerte del trabajador se produjo cuando éste prestaba servicios en el centro de trabajo de la empresa principal, pero realizando el trabajo de carga de tableros por cuenta de la transportista, ya que cuando se estaba realizando la carga un trabajador de la empresa principal, que manejaba la carretilla, levantó el mazo de tableros mientras el trabajador accidentado estaba situado bajo el mazo para colocar el pilar, deslizándose los tableros y cayendo sobre su cabeza.

Como concluye la doctrina analizando esta jurisprudencia unificadora (*Martínez Garrido, L. R.*, 1998, págs. 85 y 86), el **contratista** responde siempre del recargo de las prestaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional debidas a falta de medidas de seguridad, pero el **empresario principal** o comitente sólo responde de este recargo, respecto de los trabajadores del contratista o subcontratista cuando, además de ser las obras de su propia actividad haya participado en la infracción de las normas de seguridad.

La tesis jurisprudencial expuesta parece no contradecir la interpretación que pudiera deducirse de la ulterior normativa contenida en la L 31/1 995 art. 40.2, de **Prevención de Riesgos Laborales** en el que se establece que «la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas a que se refiere el apartado 3 del art. 24 de esta Ley —contratas o subcontratas para la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo—, 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».

Sobre estas cuestiones, entre otros, *Páramo Montero, P.*, 1997/20, págs. 140 a 158.

4. Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social e irresponsabilidad del empresario principal

La **doctrina** ponía en evidencia la insuficiencia en este punto del El art. 42 y venía siendo **contradictoria la solución jurisprudencial** a la problemática de la posible responsabilidad solidaria o subsidiaria del empresario principal cuando el contratista o subcontratista incumplía sus obligaciones con respecto a sus trabajadores o a los beneficiarios de éstos en materia de mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

En favor de **extender la responsabilidad solidaria** al empresario principal o comitente se había pronunciado la sentencia TS 2-2-87, Ar 753 («el carácter de mejora voluntaria de la Seguridad Social que tiene la indemnización exigible según el... Convenio Colectivo, además de indiscutido es indiscutible ... por tanto, a la Heredad demandada, que contrató con el empleador del obrero accidentado la realización de obras correspondientes a su propia actividad, alcanza la responsabilidad atribuida a dicho empleador de la que ha de responder solidariamente con aquél, a tenor del art. 42.2 ET»); y **en contra** de la **extensión de responsabilidad** se había resuelto en la sentencia TS 15-12-86, Ar 7385 («mejora que no tiene la consideración legal de salario y por lo tanto excluida del art. 42»).

La jurisprudencia unificadora, en sentencia TS 19-5-98, Ar 4730, ha resuelto la cuestión, también, en sentido contrario a la extensión de responsabilidad. El supuesto enjuiciado se inició por demanda formulada por causahabientes del trabajador, fallecido cuando prestaba servicios en el ámbito de la construcción para una empresa subcontratista de obras, que no había abonado, por falta de contratación o estar en descubierto en la cobertura pactada en los Convenios Colectivos del sector, la **indemnización por muerte**. La sentencia de suplicación recurrida confirmó la sentencia de instancia que había estimado en parte la demanda, condenando a la empresa contratista al abono de la indemnización absolviendo a la empresa principal, en cambio, en la sentencia invocada como de contraste se había condenado solidariamente a las dos empresas a pagar el importe de la indemnización.

En la referida sentencia TS 19-5-98, Ar 4730, se confirma la **irresponsabilidad del empresario principal** en materia de mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, afirmándose que en el ET art. 42 sólo están comprendidas las prestaciones previstas con carácter obligatorio en el sistema de la Seguridad Social y que «el precepto esta enumerando obligaciones referidas a la Seguridad Social, entendida

como Ente gestor de prestaciones, y que únicamente pueden referirse a esas cuotas o a prestaciones anticipadas por la Seguridad Social, —y ello se admite aquí a efectos dialécticos—, prestaciones nacidas precisamente de estos descubiertos, pues el precepto en esta materia de Seguridad Social no se refiere a deudas con trabajador, sino a obligaciones con la Seguridad Social, que como veremos son subsidiarias cuando se trata de las prestaciones del sistema».

La referida sentencia TS 19-5-98, Ar 4730, concluye afirmando que «si en materia de prestaciones obligatorias de la Seguridad Social la regulación específica parte del **principio de subsidiaridad**, no puede admitirse el de solidaridad que se pretende. Efectivamente el art. 97 del Texto de 1974 y el art. 127 del Texto vigente parten de este principio de subsidiaridad. Nos habla el precepto de “sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 42 del Estatuto”, —es decir lo referente al pago de cuotas— cuando un empresario haya sido declarado responsable en todo o parte del pago de una prestación a tenor de lo dispuesto en el artículo anterior —que se refiere a incumplimientos en materia de afiliación, altas bajas y cotización— “si la obra e industria estuviere contratada, el propietario de esta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente”».

La solución jurisprudencial ante la laguna normativa no es satisfactoria al quedar sin garantía el cumplimiento de las **obligaciones** en materia de mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, con especial incidencia en las frecuentemente **pactadas en convenio colectivo** para los supuestos de accidente de trabajo.

H. Terminación de la contrata o subcontrata y transmisión de empresa

1. La doctrina de la jurisprudencia unificadora

Cuando finaliza la contrata o subcontrata, —de no extinguirse el contrato de los trabajadores del contratista o subcontratista adscritos a aquélla, en aplicación de la cuestionable doctrina contenida, entre otras, en las sentencias TS 28-2-96, Ar 2738, y 15-1-97, Ar 497, que parecen posibilitar en estos casos la utilización de la modalidad contractual temporal para obra o servicio determinado o la de la condición resolutoria ex art. 49.1.b) ET—, se plantea el problema de la posible **subrogación en los derechos y obligaciones** laborales del contratista cesante por parte del nuevo que pase a prestarlos bajo régimen igualmente de contrata (sucesión de contratistas), o el de la posible **asunción forzosa por el empresario principal de los trabajadores** del contratista, empleados en la contrata, cuando pasa a realizar por sí mismo los servicios, antes objeto de la contrata (rescate del servicio) o bien decide suprimirlos. Sobre estas cuestiones, entre otros *González Biedma, E.* (1993) y *Monereo Pérez, J.L.* (1986).

En la citada sentencia TS 15-1-97, Ar497, se indica que «el problema es más complejo y se concreta en determinar si el **servicio objeto del contrato** previsto en el ET art. 15.1 .a) ha ser en sí mismo —es decir, por su naturaleza en relación con la actividad de la empresa— un servicio limitado temporalmente o si, por el contrario, aun siendo un servicio que en principio tiene una duración permanente, puede ser objeto de un contrato de obra o servicio determinado cuando para el empresario la realización de ese servicio queda en la práctica limitada en el tiempo, no por el carácter de aquél, sino por las condiciones en que se ha pactado su realización con un tercero y por cuenta de éste».

«La **dificultad de calificación** se produce en estos casos por la distinta perspectiva a partir de la que puede considerarse la limitación del objeto del contrato... En casos como el presente es claro que no existe un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado

entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización. Sin embargo, existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y esa es —es importante subrayarlo— una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste».

«En este sentido no cabe argumentar que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa, porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de este contrato (las actividades de construcción). Y tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que éste pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que **interesa** aquí es **la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo** y para ello, salvo supuestos de cesión en que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato. Lo que ocurre es que la dificultad que en algunos supuestos presenta la determinación de los límites entre las formas lícitas de descentralización productiva y las meras cesiones de trabajadores, y el riesgo que algunas formas de descentralización pueden implicar para la estabilidad del empleo han llevado a una interpretación lógicamente restrictiva. Pero en el presente caso concurren dos razones que deben llevar a una conclusión positiva sobre la **licitud de la cláusula de temporalidad pactada**. En primer lugar, aunque pueda cuestionarse la existencia de un contrato de obra o servicio determinado en sentido estricto, no cabe duda que una contrata para la prestación de servicios de seguridad para otra empresa tiene sustantividad y autonomía propia dentro de la esfera de actuación del empresario, de forma que, aunque tal actividad no pudiera incluirse en el art. 15.1.a) del ET—por una concepción sustancialista de la permanencia del servicio—sí tendría acogida en los apartados 2 ó 3 del art. 49 del EI, como una condición resolutoria —si la vigencia de la contrata opera con una incertidumbre plena— o como un término atípico —si la incertidumbre afecta sólo al cuándo—, porque en cualquier caso no sería apreciable ningún abuso de derecho por parte del empresario al introducir esta cláusula».

En contra de esta posibilidad se había pronunciado, entre otras, la sentencia TS 30-1 1-92, Ar 9292.

Como ha destacado la doctrina (*VV AA., Sala Franco, T, 1996, págs. 287 y 288; Martínez Garrido, L. R., 1998, págs. 111 a 119*), el contrato de ejecución de obra o de prestación de servicios, en el que el contratista aporta para su realización una organización empresarial propia, no supone, en principio, una transmisión de empresa ex art. 44 ET, ni del principal al contratista, ni de éste a un eventual segundo contratista, que asuma la misma obra o servicio; si bien, determinadas normas de alcance sectorial (limpieza de edificios y locales, bingo, restauración y comedores públicos, vigilancia y seguridad) han asimilado el cambio de contratista al régimen jurídico de la transmisión de empresa, bajo determinadas condiciones.

Una **primera corriente jurisprudencial** fue favorable a la aplicación de los efectos subrogatorios de la sucesión empresarial ex art. 44 ET a los supuestos de cambio de contratista, con independencia de que se produjera una efectiva transmisión de la organización empresarial con la que la contrata o subcontrata se venía desarrollando, interpretando que se estaba ante un cambio de titularidad de «una unidad productiva autónoma» equiparándolo con la actividad productiva desarrollada, al margen de que fuera identificable o no un soporte material de la misma (entre otras, sentencias TS 27-10-83, Ar 1105 y 26-5-87, Ar 3886).

Con posterioridad se ha ido perfilando un nuevo criterio, a partir primero de la sentencia TS 13-3-90, Ar 2069, y luego, en unificación de doctrina, principalmente desde la sentencia TS 5-4-93, Ar 2906, seguida, entre otras muchas, por las sentencias TS 23-2-94, Ar 1227, 14-12-94, Ar 10093, 23-1-95, Ar 403, 9-2-95, Ar 789, 12-3-96 (recurso 945/95), 25-10-96, Ar 7793, 12-3-97, Ar 2318, 10-12-97, Ar 736/98, 29-12-97, Ar 9641, 31-3-98, Ar 4575, 29-4-98, Ar 3879 y 3-10-98, Ar 7804, en las que se parte de que:

- a) La actividad empresarial precisa un mínimo soporte patrimonial que como unidad organizada sirva de sustrato a una actividad independiente, y es claro que la realización de unos servicios no constituye «unidad productiva autónoma», ni como es obvio centro de trabajo.
- b) Ni la contrata, ni la concesión administrativa, son unidades productivas autónomas a los efectos del ET art. 44, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación.

En suma, la jurisprudencia unificadora sostiene, como regla, que en el caso de sucesión de contrata no existe subrogación empresarial al resultar inaplicable tanto el ET art. 44 como la Directiva 77/187/CEE, art. 1.1, y debe estarse exclusivamente a lo prevenido al efecto en el **convenio colectivo de sector** o, en su caso, a lo pactado expresamente en la **contrata o pliego de condiciones**, ya que se está simplemente ante sucesivas adjudicaciones a dos empresas distintas del servicio contratado por parte de la empresa principal, cada una de ellas dotada de su propia organización independiente y no existe entrega o transmisión del cedente al cesionario de la infraestructura o de los elementos patrimoniales fundamentales de la organización empresarial para la prestación del servicio (entre otras, sentencias TS 9-7-91, Ar 5879, 30-12-93, Ar 10078, 5-4-93, Ar 2906, 23-2-94, Ar 1227, 12-3-96, recurso 945/95, 25-10-96, Ar 7793, 12-3-97, Ar 2318, 10-12-97, Ar 736/98, 29-12-97, Ar 9641, 9-2-98, Ar 1644, 8-6-98, Ar 6693).

Se afirma, en la citada **sentencia TS 10-12-97**, Ar 736/98, que «por esta Sala ya se ha unificado doctrina en esta materia, contenida, entre otras, en las IS 9-7-91, Ar 5879, 30-12-93, Ar 10078, 5-4-93, Ar 2906, 23-2-94, Ar 1227, 12-3-96, recurso 945/95, y 25-10-96, Ar 7793, las que establecen que en los supuestos de sucesión de contrata la pretendida transmisión de contrata, no es tal, sino finalización de una contrata y comienzo de otra, formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, de ahí, que para que la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores de la antigua se produzca tenga que venir impuesto por norma sectorial eficaz que así lo imponga o por el pliego de condiciones que pueda establecerla, aceptada por el nuevo contratista; ante la ausencia de aquellas, en otro caso, solo podrá producirse aquella, conforme a lo dispuesto en el ET art. 44 cuando se produzca la transmisión al nuevo concesionario de los elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación pero sin que exista aquella cuando lo que hay es una mera sucesión temporal de actividad sin entrega del mínimo soporte patrimonial necesario para la realización de ésta, pues “la actividad empresarial precisa un mínimo soporte patrimonial que como unidad organizada sirva de sustrato a una actividad independiente” TS 30-12-93, Ar 10078)».

La jurisprudencia unificadora ha establecido, también, en esta materia una doctrina cuyas líneas básicas serían las siguientes:

- a) La **asunción por el empresario principal** de la actividad que antes realizaba un contratista con actividad distinta a la empresa principal no comporta por sí solo un

supuesto de sucesión empresarial con base en el ET art. 44 (entre otras, sentencias TS 6-2-97, Ar 999, 17-6-97, Ar 4758 y 27-12-97, Ar 9639, recaídas en conflictos en que RENFE asumía la actividad de limpieza de vías que tenía contratada a otra empresa).

- b) No hay sucesión en la contratación servicios desempeñados anteriormente por la empresa cedente, de no haber transmisión patrimonial en ningún sentido, sino el mero facilitar los elementos necesarios, que siguen en propiedad, posesión y administración de la empresa cedente, para ejecutar los servicios contratados, por lo que los trabajadores que los realizan deben seguir perteneciendo a plantilla de la cedente del servicio (sentencias TS 25-10-96, Ar 7793, 12-3-97, Ar 2318, 29-4-98, Ar 3879).
- c) No existe subrogación convencional si la empresa cedente que pretende asumir el servicio no está vinculada jurídicamente por el **convenio colectivo** en el que se establece tal subrogación (sentencias TS 5-4-93, Ar 2906, 14-12-94, Ar 10093, 9-2-95, Ar 789, 12-3-96 —recurso 945/1995—, 15-12-97, Ar 1136).

En la citada sentencia TS 15-12-97, Ar 1136, se aborda la problemática de la asunción por la empresa principal de la actividad objeto de la contrata y se declara la inexistencia de subrogación al resultar inaplicable a aquella empresa, no incluida en sector de limpieza, lo dispuesto en art. 13 de la Ordenanza laboral de limpieza edificios y locales de 15-11-75, al que se remitía el Convenio Colectivo Provincial de Limpiezas de la Coruña de 1994.

- d) De no proceder la sucesión ex art. 44 ET, ni estar prevista la subrogación en norma colectiva ni imponerla el pliego de condiciones, la empresa principal que asume con su propio personal al término de la contrata el servicio que había adjudicado no está obligada a subrogarse en los contratos de trabajo del personal de la empresa contratista (entre otras, sentencias TS 6-2-97, Ar 999, 17-6-97, Ar 4758, 27-12-97, Ar 9639).

Se argumenta, en la citada sentencia TS 6-2-97, Ar 999, que «La Sala no comparte la tesis de la sentencia recurrida; si como es doctrina reiterada de esta Sala (5-4-93, Ar 2906, 23-2-94, Ar 1227, y 12-3-96, recurso 945/95, que siguen la línea de las sentencias de 22-1-90, Ar 180, y 13-3-90, Ar 2069, 9-7-91, Ar 5879, y 21-3-92, Ar 1860), en los casos de sucesión de contrataciones no hay transmisión de la misma sino finalización de una, y comienzo de otra formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, no produciéndose por tanto la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores, salvo que lo imponga el pliego de condiciones, que de ser aceptado vinculara el nuevo concesionario, o se derive de normas sectoriales, si no se transmite “los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación”, pues, caso contrario, lo que hay es una nueva sucesión temporal en la actividad sin entrega del soporte patrimonial necesario para la realización de esta, no siendo por tanto de aplicación el art. 44 del ET, por la misma razón tampoco puede existir la subrogación de trabajadores, aplicando este artículo en casos, como es el de autos en que la empresa al finalizar la contrata asume la actividad de limpieza objeto de la contrata finalizada por sí misma, pues igualmente aquí, no ha habido reversión de los elementos patrimoniales en el sentido antes dicho».

- e) **La subrogación convencional** no se produce inexorablemente cuando exista un incumplimiento por parte de la empresa saliente de los requisitos esenciales exigidos en el Convenio Colectivo aplicable para que opere la subrogación por la entrante (sentencias TS 10-12-97, Ar 736/98; 9-2-98, Ar 1644), o cuando no se cumplan por los trabajadores las condiciones de permanencia previa en el centro de trabajo en que se prestaban los servicios objeto de la contrata (TS 8-6-98, Ar 6693).

Se afirma, en la citada sentencia **TS 8-6-98**, Ar 6693, que «aquí... hay una norma sectorial que previene la sucesión (bajo la figura de subrogación), y es precisamente esa norma la que ha de ser interpretada. Partiendo de la doctrina expuesta, es claro que la norma sectorial que incide sobre ella modificándola, debe ser interpretada restrictivamente, puesto que viene a constituir una excepción a la regla general, y en tal sentido cuando exige que los siete meses inmediatamente anteriores a la sucesión en la contrata o concesión el trabajador esté destinado en ella, salvo las ausencias reglamentarias (en este caso concurrió la del mes de vacaciones) ha de ser aplicado literalmente... Así resulta que, al haber estado el trabajador, dentro de los siete meses inmediatamente anteriores a la sucesión en la contrata, prestando sus servicios en otro lugar ajeno a la misma, no se configura literalmente la excepción sectorial a la regla general de la no sucesión en los contratos a causa de tal sustitución en la contrata, y no hay infracción del artículo 14 A del Convenio Colectivo, puesto que es inaplicable al supuesto enjuiciado».

- f) Tratándose de sucesión en contrato administrativo de concesión de servicios en un centro de trabajo:

a') Se reconoce la obligación de subrogación convencional a la nueva empresa con respecto los contratos trabajo que tenían concertados los trabajadores con adjudicataria anterior (15 22-4-97, Ar 3581);

Se afirmaba no ser obstáculo a la subrogación el que los trabajadores carecieran en el momento del cambio de la habilitación administrativa para el ejercicio de la profesión de vigilantes de seguridad, pues prestaban los mismos servicios desde antes de la Ley 23/92 y aún estaban en plazo legal para obtener tal habilitación lo que les posibilitaba hasta su conclusión para ejercer sus servicios sin tal requisito habilitante (TS 22-4-97, Ar 3581).

b') Pero **no se declara la sucesión ex art. 44 ET** si no existe entrega o transmisión del cedente al cesionario de la infraestructura o de los elementos patrimoniales fundamentales de la organización empresarial para la prestación del servicio (TS 29-1 2-97, Ar 9641); tampoco se aplica la sucesión si un Ayuntamiento asume con sus funcionarios los servicios de recaudación que antes tenía contratados administrativamente (Ts 3-10-98, Ar 7804); ni cuando se asume directamente la recaudación tributaria por parte de la Administración Pública, al no haber llevado aparejada la concesión administrativa la entrega al concesionario de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación del servicio, sino que, en el supuesto enjuiciado, los recaudadores habían gestionado el servicio con medios y organización propios, que no habían sido facilitados por la Administración ni retornaron, por tanto, a ella después de producida la asunción de la gestión (TS 9-7-91, Ar 5879).

- g) La inaplicación del art. 44 en el supuesto de sucesión de contrataciones y la aplicación, en su caso, de las normas sectoriales obliga a estar al contenido de éstas, también en lo referente a las deudas salariales pendientes con el antiguo

contratista, por lo que no cabe, en principio, la condena solidaria del nuevo contratista con respecto a la liquidación no abonada por el anterior (TS 29-12-97, Ar 9641, 31-3-98, Ar 4575).

- h) Si tras el cambio de contrata procede la subrogación convencional y el nuevo contratista asume los trabajadores del saliente, de declararse fraudulento el contrato de trabajo celebrado por el empresario cedente ello no es obstáculo a la subrogación, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar la empresa sucesora frente a la causante, argumentándose, aun con invocación del ET art. 44, que «la falta de un requisito esencial o causal en la contratación temporal del primitivo empresario, determinante de la indefinición de la relación laboral, apreciada con motivo del control judicial del acto de cese realizado por el “desionario”, no debe constituir obstáculo a la “subrogación”, y, ello, independientemente y sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar la empresa sucesora frente a la causante» (TS 30-9-97, Ar 7185 y 15-12-97, Ar 9179).
- i) No existe sucesión empresarial ex art. 44 ET de no constar datos fácticos que permitan afirmar que el cambio de empresa contratista en el centro de trabajo hubiere comportado la transmisión al nuevo concesionario de los elementos patrimoniales que configuraban la infraestructura empresarial básica de la explotación o que hubiere ido acompañada de una cesión, entre ambos empresarios, de elementos significativos del activo material o inmaterial ni el que el nuevo empresario se hubiere hecho cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata (18 10-12-97, Ar 736/98).
- j) No cabe que la empresa principal que realizaba directamente determinados servicios (**limpieza, plancha y lavandería en un hospital**) cuya realización encomienda a otra empresa pacte con esta última, con pretendido apoyo en el ET art. 44, la cesión de los trabajadores que venían prestando tales servicios, al no existir una sucesión empresarial; ya que, en el supuesto enjuiciado, la realización de dichos servicios «carece de todo elemento patrimonial que los soporte, e incluso la pura organización empresarial no es transmitida, sino sencillamente sustituida, pues justamente se alega como razón por la empresa demandada para justificar la adjudicación en contrata de los servicios citados que la organización que de ellos hace la empresa cesionaria es más eficiente que la llevada a cabo por la empresa titular» (18 30-12-93, Ar 10078, seguida por las sentencias 25-10-96, Ar 7793 y 12-3-97, Ar 2318).
- k) Sobre la coincidencia de **la Directiva 77/187/CEE art. 1.1 y el ET art. 44**, se afirma que el precepto estatutario exige «cambio de titularidad» y la Directiva «traspaso de empresa», y es claro que el propio art. 42 El cuando contempla la contrata de obra o servicios no exonera de responsabilidad al que sigue llamando «empresario principal» lo que denota que no pierde la titularidad de la empresa, en la que se realizan los servicios contratados (entre otras, IS 12-3-97, Ar 2318, 10-12-97, Ar736/98).

2. La doctrina de la jurisprudencia comunitaria

Aun siendo cuestión no pacífica y habiendo suscitado diversas cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales españoles ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puede, en principio, defenderse, que la doctrina jurisprudencial unificadora cabe entenderla concorde con la actual jurisprudencia comunitaria, tanto más cuanto en por la primera se ha asumido íntegramente el contenido de la segunda (entre otras, TS 10-12-97, Ar 736/98).

Sobre esta problemática, entre otros, *Sam pere Navarro, A. y Cavas Martínez, Fi* (1998. en esp. págs. 99 a 106); *Rentero Jover, J.* (1997); *Serrano Olivares, R.* (1997/22, págs. 67 a 96); *Valdes Dat-Re, Fi* (1998/21, págs. iba 42); *VV.AA., Sala Franco, 1.*, (1996, pág. 288).

En efecto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (desarrollando y concretando su anterior doctrina, contenida en sus sentencias 18-3-86 —Asunto Spijkers—, 19-5-92 —Asunto Redmond Stichting—, 14-4-94 —Asunto Schmidt—, 19-9-95 —Asunto Rygaard—, 7-3-96 —Asuntos Merckx y Neuhuys/Ford Motors—), ha establecido en su **sentencia de 11-3-97 (asunto Süzen-Zehnacker)** que «el apartado 1 del art. 1 de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14-2-77, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que esta última **no se aplica** a una situación en la que un arrendatario de servicios, que había encomendado la limpieza de sus instalaciones a un primer empresario, resuelve la contrata que lo vinculaba a éste y celebra, para la ejecución de trabajos similares, una nueva contrata con un segundo empresario si **la operación no va acompañada de una cesión**, entre ambos empresarios, de elementos significativos del activo material o inmaterial ni el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata».

No parece introducir un cambio esencial en la jurisprudencia comunitaria la sentencia **TJCE 10-12-98** (asuntos C-127/96, C-229/96 y C-74/97), aunque ofrece matices dignos de reflexión que pudieran posibilitar interpretaciones más flexibles en casos concretos, en especial en su interpretación relativa a que «un conjunto organizado de **trabajadores** que se hallan **específicamente destinados de forma duradera a una actividad común** puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción» y en la afectante a que «la circunstancia de que la actividad de limpieza sólo constituya, para la empresa que decide efectuarla en adelante por sí misma, una actividad accesoria sin relación necesaria con su objeto social no puede producir el efecto de excluir dicha operación del ámbito de aplicación de la Directiva»; ahora bien en los asuntos acumulados planteados concluye el Tribunal comunitario, reiterando su tradicional doctrina, que «el **concepto de entidad económica** remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio» y que «la mera circunstancia de que los trabajos de mantenimiento efectuados sucesivamente por la empresa de limpieza y por la empresa propietaria de los locales sean similares no permite llegar a la conclusión de que existe una transmisión de tal entidad».

Debe recordarse, por último, que recientemente la **Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29-6-98**, ha modificado la antes citada Directiva 77/187/CEE, que pasará a denominarse de «aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad» (*Pradas Montilla, R.*, 1998-II, págs. 5 a 16). El contenido del texto debe implementarse por los Estados miembros antes del 17-7-2001. Uno de sus objetivos proclamados es la **aclaración del concepto de «traspaso»** a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, lo que plasma en su art. 1~, indicando que se aplicará a los «traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad» (Directiva 98/50/CE, art. 1.a) y señalando que «se considera traspaso en el sentido de la presente Directiva el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria» (Directiva 98/50/CE, art. 1 .b).