

MONEREO PÉREZ, José Luis:
***La responsabilidad empresarial en los procesos
de subcontratación: Puntos críticos.***
(Ed. *Ibíd*em, Manuales y Monografías Madrid,
1994; 175 páginas)

POR INMACULADA MARÍN ALONSO *

El libro objeto de la presente reseña trata del estudio y análisis de los polémicos y frecuentes problemas que presentan las actuales formas de organización de las empresas, en concreto, de la subcontratación empresarial como técnica de organización de la empresa descentralizada —tanto productiva como funcionalmente—. En la obra se constata cómo la reorganización de los sistemas productivos influyen decisivamente en los procesos de flexibilización de las relaciones laborales planteando el problema de la identificación del «empleador responsable» en el marco de la actual descentralización productiva.

Para MONEREO PÉREZ, en este tipo de empresa descentralizada y flexible es fácil distinguir un «centro o nudo de la red» en el que se estructuran relaciones normales o típicas y la «periferia», en la que prevalecen relaciones de trabajo atípicas, dotadas de un nivel inferior de garantías laborales.

Debido a ello, el autor analiza los dos tipos de control colectivo a que hace referencia el art. 1.3 de la Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación, que vino a reforzar y ampliar los derechos de información garantizados en el Estatuto de los Trabajadores. Dicho artículo supuso que los representantes legales de los trabajadores fueran informados de toda previsión de aumento de la plantilla, permitiendo así un control anticipado de la política de contratación de la empresa, aunque, esta información *preventiva*, no haya tenido demasiadas manifestaciones en nuestro ordenamiento jurídico-laboral.

MONEREO hace hincapié en el hecho de que la información se restringe a las previsiones de futuro del empleo en la empresa, lo que podría dar lugar a un incumplimiento total de dichas previsiones por el empresario. Esta posibilidad se podría contrarrestar, según el autor, acudiendo al principio de buena fe, ya que el cumplimiento de esta obligación comporta intrínsecamente una mínima y razonable justificación de las previsiones hechas y su acomodación a las exigencias reales de la organización productiva.

Otro aspecto interesante destacado por el autor es que la norma no ha tenido en cuenta la dimensión de la empresa a la hora de atribuir facultades de información a los órganos de representación de los trabajadores, advirtiendo que podría producirse una descompensación de facultades entre las empresas

* Universidad de Sevilla.

grandes, medianas y pequeñas —refiriéndose el autor a las empresas pequeñas por su tamaño, que no por su facturación o por la consistencia de sus instalaciones—. Por ello, considera que una buena oportunidad para afrontar los problemas de adaptación es el aprovechamiento útil del principio de equiparación de competencias informativas de las distintas instituciones representativas de los trabajadores en la empresa, con las modulaciones aplicativas que pudieran introducirse por la vía de la negociación colectiva. Sin embargo, es consciente de la necesidad de que sea el sistema legal el que regule las modalidades básicas de aplicación de los derechos colectivos en la empresa de reducidas dimensiones.

Por lo que respecta a la materia de subcontratación empresarial, el problema radica en determinar si las facultades de información de los representantes abarcan sólo los supuestos de subcontratación ya realizados o, si por el contrario, también se extiende a las "previsiones" de futuras subcontrataciones. Para MONEREO parece claro que es a esta segunda opción a la que hace referencia la Ley, basándose para ello en diversos argumentos, como por ej., el de su inserción en el mismo apartado 3º del art. 1, que pone de manifiesto su relativa unidad o, su carácter más colectivo y general, frente a las informaciones de los apartados 1º y 2º del art. 1 LDIC, o también, el hecho de que la preocupación fundamental del legislador sea evitar el hecho consumado de la irregularidad, previniendo, por tanto, su momento genético y, cómo no, su interpretación sistemática con el art. 64.1.1 del ET.

En cuanto al alcance del término «subcontratación», distingue el autor entre un punto de vista económico y otro jurídico, advirtiendo que no se puede identificar la subcontratación con todo supuesto de «descentralización productiva», puesto que aquella sólo comprende determinados supuestos de descentralización. Igualmente nos indica que el art. 42 del ET no agota el fenómeno de la subcontratación, siendo la *ratio legis* del precepto el facilitar un control colectivo de las políticas empresariales en materia de contratación. Por tanto, entiende que la subcontratación comprende todos los casos de externalización de partes del proceso productivo a otras empresas o personal no vinculadas laboralmente con el empresario principal (porque el art. 42.1 ET no hace referencia únicamente a la subcontratación de «obras o servicios correspondientes a la propia actividad»). El problema surge a la hora de individualizar cuál de los empresarios intervinientes en el fenómeno de la subcontratación es el obligado, inclinándose el autor por considerar que, según los supuestos específicos, será normalmente el empresario principal, titular de la organización productiva en cuyo marco tiene lugar el fenómeno de la subcontratación en sentido lato, debido a que es él el que debe informar sobre las futuras subcontrataciones de servicios y actividad a los interlocutores sociales en el ámbito de la empresa. En lo referente a la forma de control de la subcontratación se muestra partidario de la forma escrita, tanto por el carácter de la información como por la protección de la seguridad jurídica.

Igualmente, hay que tener en cuenta que la transgresión de los derechos de información acarrea responsabilidad administrativa para sus infractores, ya

que, según la LISOS (art. 7.6), se castigará la transgresión no sólo de los derechos fijados por ley, sino también de aquellos derechos de información que son mejorados por convenio colectivo.

Entrando ya en el objeto principal del libro, MONEREO aborda el análisis de la subcontratación en el marco de una estructura de grupo, intentando, por una parte, delimitar los supuestos de fraude y los de licitud en la subcontratación entre empresas agrupadas, a la vez que, por otra, delimitar la posible coexistencia de distintos y diferenciados ámbitos de responsabilidad empresarial frente a los trabajadores de las empresas vinculadas e intervinientes en la cadena de subcontratación en atención a las circunstancias concurrentes del caso.

El problema al que intenta dar respuesta el autor reside en la relevancia jurídico-laboral de los vínculos interempresariales en el marco de la estructura de grupo sobre la licitud de la subcontratación y, en su caso, sobre el régimen jurídico aplicable a la misma diferenciando a estos efectos entre subcontratación interna al grupo de empresas y subcontratación externa al grupo. Para ello, se centra en el análisis del supuesto de hecho del art. 42 del ET apostando por una interpretación extensiva de las fórmulas contractuales susceptibles de articular la descentralización de actividades con base en dicho precepto, es decir, no entendiendo oponible al sistema normativo del citado artículo 42 ET una interpretación extensiva del término «contrata y subcontrata de obras o servicios» para abarcar, no sólo el tipo específico, sino también otros tipos contractuales que tienen similar estructura obligacional e idéntica funcionalidad económico-social y que, por tanto, pueden instrumentar jurídicamente las operaciones de subcontratación económica.

Ello permitiría otorgar una mayor relevancia al elemento objetivo del supuesto de hecho que al elemento contractual o subjetivo del tipo de negocio que articule jurídicamente el fenómeno de la subcontratación, aunque, naturalmente, en modo alguno el elemento subjetivo sea irrelevante en orden a la aplicación del precepto.

El autor reflexiona además sobre la determinación del sentido jurídico-positivo del término «propia actividad» de la empresa principal, analizando la evolución jurisprudencial y los distintos criterios doctrinales que han tenido lugar en los últimos años. MONEREO se inclina, de nuevo, por una concepción amplia del mismo debido, entre otras razones, a la necesidad de tutelar al máximo los créditos sociolaborales de los trabajadores. Esta postura del autor se muestra avalada por la más reciente doctrina que acertadamente evita confundir la «actividad propia» del empresario principal con su «misma actividad» e incluye en el supuesto de hecho normativo las actividades complementarias y accesorias que debería realizar normalmente la empresa principal por ser conexas y estar relacionadas con la obtención de sus propios fines u objetivos empresariales.

Respecto a las garantías jurídicas en el trabajo en materia de contratos y al ámbito material de responsabilidad legal, el ET en su art. 42 establece una responsabilidad solidaria del empresario principal en materia salarial y de Seguridad Social, haciéndose extensiva esta responsabilidad a la materia de

Seguridad e Higiene en el trabajo gracias a normas adjetivas —art. 40 LISOS—, Convenios Internacionales y Directivas comunitarias. Así, entiende el autor que sobre el empresario principal recae un deber objetivo de cuidado y vigilancia respecto a los trabajadores propios del contratista, especialmente —aunque no únicamente— cuando éstos presten servicios en el interior del centro de trabajo de la empresa principal y en la medida en que esté legalmente en condiciones de ejercitar ese control y vigilancia sobre el cumplimiento de las medidas de prevención. Igualmente, entiende que la infracción de ese deber de prevención entraña una responsabilidad directa por hecho propio de aquellos empresarios sobre los que pesa esa obligación de seguridad, siendo lo determinante a la hora de imputar la responsabilidad el hecho de que el empresario principal haya incumplido su deber objetivo de cuidado, es decir, deber de cooperación y vigilancia, individual y compartido, tratándose, por tanto, de una responsabilidad diferenciada de cada uno de los empresarios infractores.

En cuanto a las garantías en materia salarial, el art. 42 ET es claramente restrictivo, pues sólo quedan comprendidos los conceptos retributivos que participan de esa naturaleza, es decir, aquellas percepciones que integran la estructura del salario (salario base y complementos), no extendiéndose, por tanto, la responsabilidad solidaria del empresario principal a percepciones de naturaleza indemnizatoria o compensatoria, ni tampoco a percepciones de naturaleza extrasalarial, aunque sí abarcaría, según reiterada jurisprudencia, a los llamados «salarios de tramitación». Destaca el autor el curioso dato de que la responsabilidad solidaria del empresario principal se limita legalmente a la cantidad dineraria que le correspondería pagar si se tratase de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo, no aplicándose esto último, en cambio, para garantizar un principio de equiparación en el tratamiento normativo y retributivo de los trabajadores de la empresa auxiliar con el personal de la empresa principal. Esta opción restrictiva del legislador es calificada por MONEREO como una forma de flexibilidad externa socialmente «nociva».

Por otra parte, en cuanto a la responsabilidad en materia de Seguridad Social, MONEREO advierte la subsistencia de la responsabilidad subsidiaria en dos supuestos: los contemplados en los arts. 1597 del Código Civil, que tiene una aplicación genérica e independiente para las contrataciones excluidas del campo de aplicación del art. 42 ET, y los supuestos comprendidos en los arts. 68.1 y 97.1 de la LGSS, que no exigen el requisito de «la propia actividad» para generar responsabilidad en la persona del empresario principal. En definitiva, los preceptos citados contemplan dos tipos de responsabilidad: una genérica subsidiaria —arts. 68.1 y 97.1 LGSS— y otra específica solidaria para el período de vigencia de la contrata o subcontrata.

A continuación se analizan por el autor los diferentes supuestos que dan lugar a la responsabilidad solidaria del empresario principal ex art. 42.2 del ET. Así, en primer lugar, analiza lo que significa exactamente la expresión «obligaciones referidas a la Seguridad Social», entendiendo por tales todas las obligaciones empresariales relativas a la Seguridad Social, excepción hecha de las multas o sanciones punitivas impuestas al contratista o subcontratista por

incumplimiento de dichas obligaciones. Entiende, igualmente, que la responsabilidad se ha de extender no sólo a las obligaciones contraídas efectivamente ante los órganos gestores de la Seguridad Social, sino también, en su caso, frente a los beneficiarios cuando se trate de obligaciones contraídas por el subcontratista con la Seguridad Social durante el período de vigencia de la subcontrata —abarcando especialmente la responsabilidad empresarial de pago directo de las prestaciones establecidas en el art. 94.2 de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, en el caso de incumplimiento por parte de éste de las obligaciones instrumentales de cotización, afiliación y alta en el sistema de Seguridad Social—.

En cuanto a las obligaciones de cotización devengadas y no satisfechas surgidas durante la vigencia de la contrata, el autor entiende que no han de considerarse derogadas las normas anteriores al nuevo art. 42.2 del ET y que, por tanto, el empresario principal seguirá respondiendo con carácter legal y subsidiario de las obligaciones de cotización contraídas por el empresario contratista si el mismo fuese declarado insolvente. Por otro lado, aclara que las Mejoras Voluntarias de la Seguridad Social no pueden encontrar cobijo en el ámbito de responsabilidad por incumplimiento de la obligación de cotizar al no constituir ésta una obligación jurídico-pública de contribuir. Sin embargo, lo contrario ocurre respecto de la obligación de cotizar, la cual es una obligación legal, de naturaleza jurídico pública, esencialmente tributaria «sui generis» o especial, cuya infracción atribuye al empresario, como sujeto responsable, una responsabilidad directa, sin perjuicio de la obligación de la Entidad Gestora de «anticipar» al beneficiario el pago de la prestación en los supuestos previstos legalmente —reservándose el derecho-deber de entablar acción interna de reintegro frente al empresario infractor responsable por el importe de la prestación satisfecha—. Para el caso de que no entre en juego este principio de automaticidad del pago de las prestaciones, se instrumenta el mecanismo de la responsabilidad subsidiaria legal de la Tesorería General de la Seguridad Social en los supuestos de insolvencia, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales e invalidez permanente derivada de accidente común. Aparte de estas garantías, el ordenamiento jurídico impone, en determinados supuestos, un *traslado legal* de la obligación de cotizar del empresario a otras personas, como es, la responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra o industria contratada, comprensiva no sólo del pago de las prestaciones sino también del ingreso de las cuotas adeudadas. Como bien observa MONEREO, lo que se traslada propiamente es la responsabilidad simple y no el débito, pudiendo entablarse una acción interna de regreso o reembolso contra el sujeto obligado. Igualmente, advierte el autor, que la responsabilidad solidaria en materia de cotización se hace extensiva a la *mora devendi* en la que incurrió el empresario contratista o subcontratista al no ingresar en los plazos reglamentarios fijados las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a los trabajadores a su servicio.

Por otra parte, se analizan también los supuestos en que el empresario principal incurre en responsabilidad por obligaciones nacidas e insatisfechas durante la vigencia de la contrata. Comienza por indicar que la responsabilidad que

surge del art. 97.1 LGSS impone una responsabilidad legal y subsidiaria a quien ostenta la condición de propietario de la obra o industria contratada del pago directo de prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, alta y de cotización, siendo ésta una obligación derivada «ope legis» del incumplimiento previo de obligaciones jurídico-públicas respecto del sistema de Seguridad Social. Al aceptar esta construcción, MONEREO entiende que la responsabilidad subsidiaria del art. 97.1 LGSS no comprendería a la responsabilidad por incumplimientos referidos a las Mejoras Voluntarias de Seguridad Social debido a que, aunque formen parte de la acción protectora de la Seguridad Social, no presuponen el cumplimiento de aquellas obligaciones instrumentales de carácter jurídico-público. Por otro lado, en cuanto a la responsabilidad empresarial *ex art. 42.2 ET*, MONEREO se inclina claramente por la postura contraria a la sostenida en relación con el art. 97.1 LGSS, ya que entiende que el art. 42.2 ET introduce una prescripción de Seguridad Social independiente (diferenciada) de la prevista en el art. 97.1 LGSS y, por tanto, nada impide que la norma de garantía contenida en el art. 42.2 ET sea comprensiva también de obligaciones de prestación referidas efectivamente a la Seguridad Social, consistentes en el pago directo de prestaciones complementarias que, además, formen parte de la acción protectora de la Seguridad Social y cuya satisfacción empresarial no deriva lógicamente de incumplimientos de obligaciones jurídico-públicas de afiliación/alta y cotización —incluyendo, por tanto, a las Mejoras Voluntarias de la Seguridad Social—. Por último, analiza la posible responsabilidad del empresario principal en materia de infracciones de las medidas de Seguridad e Higiene en el trabajo, es decir, de los recargos de prestaciones económicas por incumplimiento de tales medidas. Para ello, estudia las diferentes corrientes jurisprudenciales que han tenido lugar en los últimos años, inclinándose el autor por considerar, junto a las elaboraciones jurisprudenciales más recientes, que la responsabilidad de los empresarios —principal y contratista— es compartida, asentándose tal opinión en el dato objetivo del control por parte del empresario principal del ambiente de trabajo y en el hecho jurídico de que los empresarios intervinientes en estos procesos de descentralización productiva devienen responsables de la adopción de las medidas de seguridad y salud laborales (art. 40 LISOS).

Igualmente, dentro del estudio de la responsabilidad empresarial por obligaciones de origen profesional nos encontramos con el análisis de las Mejoras Voluntarias. Así, el problema práctico que analiza MONEREO es el de su inclusión en el régimen de responsabilidad derivado del art. 42.2 ET. Para ello, estudia, por un lado, su posible consideración como obligaciones de naturaleza salarial —desechando tal posibilidad— y, por otro, su eventual encuadramiento dentro de las obligaciones «referidas» a la Seguridad Social —inclinándose por esta última opción, aunque haciendo las oportunas matizaciones en torno a la exigibilidad de la responsabilidad *ex art. 42.2 ET* desde el punto de vista jurídico-material (según el cual, sólo las Mejoras Complementarias estarían incluidas en el ámbito de responsabilidad del empresario principal sin forzar la hermenéutica del art. 42.2 ET; no ocurriendo lo mismo con las mejoras autónomas y con las llamadas «fringe benefits»).

Por último, siguiendo con los problemas aplicativos que presenta el art. 42 ET y la responsabilidad empresarial por obligaciones de origen profesional nos encontramos con el análisis de los incumplimientos de obligaciones empresariales concernientes al sistema de Planes de Pensiones. MONEREO claramente indica que tales aportaciones de previsión no tienen carácter cotizable ni tampoco salarial, a pesar de la reiterada doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en una interpretación hartamente extensiva del concepto «retribución». Por otro lado, indica que sí sería posible la inclusión de las pensiones complementarias —no de las autónomas o no complementarias— de los Planes de Pensiones como obligaciones «referidas» a la Seguridad Social recurriendo simplemente a una interpretación extensiva, sin necesidad de acudir a la analogía. Así pues, el autor entiende que, respecto a las prestaciones complementarias previstas en los Planes de Pensiones cuya responsabilidad de pago recaiga en el empresario por incumplimiento de las obligaciones instrumentales de previsión (señaladamente la falta de ingreso en el sistema instituciones del Fondo de pensiones de las aportaciones imputables a los partícipes), no existen inconvenientes sustancialmente relevantes para que formen parte del ámbito de responsabilidad solidaria del empresario principal prevenida en el art. 42.2 ET.

Para finalizar la obra, el autor hace un excursus sobre las garantías laborales existentes en materia de cambio de titularidad en contratos y concesiones de servicios. Para ello, analiza la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia, llegando a la conclusión de que, en determinados casos de contratos o concesiones, puede ser aconsejable la aplicación extensiva de la normativa sucesoria prevista para los supuestos de cambio de titularidad empresarial, entendiendo que el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores no agota su eficacia tan sólo respecto a la transmisión de empresa en sentido propio, sino que se aplica, igualmente, y, en *interpretación extensiva*, a un cambio de titularidad de una actividad productiva específica organizada, ante la irrelevancia del cambio de empresario para la propia subsistencia de la «empresa» —traducida aquí por actividad o tarea productiva individualizada—. Sin embargo, y para que esta posibilidad tenga virtualidad, es necesario que se trate, en suma, de contratos y subcontratos y de concesiones y «arrendamientos administrativos» en las que estuvieran adscritos trabajadores —de forma exclusiva o absolutamente prevalente—, pues, de lo contrario, carecería de sentido jurídico-laboral y de utilidad práctica la aplicación del principio de sucesión laboral *ex art. 44.1 ET*. Con todo ello, lo que ha querido exponer el autor es que la posible interpretación extensiva considera ante todo a la institución disciplinada en el art. 44.1 LET en la vertiente de su *función* dentro del ordenamiento laboral.