

## Por una reformulación de la responsabilidad derivada en los supuestos de contratas y subcontratas<sup>1</sup>

### For a reformulation of the liability derived from contracts and subcontracts

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD JAUME I-CASTELLÓN

#### Resumen

La regulación legal de la responsabilidad derivada en los supuestos de subcontratación precisa de profunda reforma legal. La generalización de este fenómeno, unida a la restrictiva interpretación jurisprudencial de los art. 42 ET y 142 y 168 LGSS, se ha traducido en una reducción de las garantías de los trabajadores en materia de seguridad social.

#### Abstract

The legal regulation of the liability derived from subcontracts needs a further legal reform. The spread of this phenomenon, along with the restrictive legal interpretation of Article 42 of the Statute of Workers' Rights and Articles 142 and 168 of the General Law on Social Security, means the reduction of workers' guaranties regarding social security.

#### Palabras clave

contratas y subcontratas; responsabilidad en materia de seguridad social; solidaridad; subsidiariedad; prescripción; interrupción de la prescripción

#### Keywords

Contracts and subcontracts; liability on social security; solidarity; subsidiarity; prescription; interruption of the prescription period

## 1. INTRODUCCIÓN

Pese a la actual generalización de la subcontratación como recurso de organización empresarial y la consagración del modelo de empresa-red, la regulación legal de las garantías de los trabajadores y también del sistema de Seguridad Social continúa prácticamente con el mismo tenor literal que hace 50 años (LSS-1966; art. 42 ET-1980). Las diferentes reformas operadas sobre el alcance de estas garantías –responsabilidad solidaria (art. 42.1 ET) y subsidiaria (art. 168.1 TRLGSS)– no han terminado de aclarar aspectos importantes del régimen jurídico de las responsabilidades en materia salarial y, en lo que ahora interesa, en materia de seguridad social. Aunque la doctrina científica y la jurisprudencia se han ocupado extensamente de muchos de los problemas interpretativos derivados de ambos preceptos –especialmente en lo que se refiere a la delimitación entre la lícita subcontratación y la ilícita cesión ilegal de trabajadores, así como a la definición del concepto de propia actividad, que constituye el presupuesto aplicativo del art. 42 ET– subsisten todavía muchas discrepancias doctrinales y jurisprudenciales que sólo el legislador puede resolver mediante una completa reformulación de este régimen de responsabilidades derivadas. Como señalara la doctrina<sup>2</sup>, se trata de una opción de política del Derecho, pues se trata de fijar el alcance y los límites de

<sup>1</sup> Trabajo realizado al amparo del Proyecto de Investigación “Nuevas formas de acceso al empleo” del Plan de Promoción de la Investigación de la Universidad Jaime I. Convocatoria 2015. Investigadora Principal: S. Ruano-Albertos.

<sup>2</sup> OJEDA AVILÉS, A., “La deconstrucción del Derecho del Trabajo”, Madrid (La Ley), 2010, pág. 154.

la responsabilidad de la empresa principal en cuatro dimensiones: subjetiva, material, funcional y temporal.

Posiblemente, puede parecer ilusorio que el legislador y el ejecutivo asuman esta responsabilidad. Transcurrido más de medio siglo desde que iniciara su andadura el actual Sistema de Seguridad Social, todavía no contamos con una normativa clara del régimen de responsabilidades del empresario en materia de prestaciones para los supuestos de incumplimiento de sus obligaciones de afiliación y cotización y, como en otras muchas ocasiones, en la jurisprudencia ha recaído el difícil e ingrato papel de fijar el reparto de responsabilidades entre el empleador incumplidor y las entidades gestoras. La elevación de los principios de “contributividad” y proporcionalidad a la categoría de nuevos dogmas bien puede interpretarse como la victoria de los seguros sociales sobre la seguridad social, sin que parezca probable que, a corto plazo, vaya a abordarse una reforma sistémica que altere el fundamento técnico asegurador que todavía subyace en nuestro sistema de seguridad social. Por el contrario, las reformas anunciadas parecen ir en sentido contrario a la configuración del sistema de seguridad social como una función que compete a los poderes públicos. Con distintas formulaciones e intensidades, la idea de que el ciudadano (trabajador) debe ser el responsable de prever los mecanismos necesarios para hacer frente a su jubilación –parece que acudiendo al mercado e incluso aunque también el empleador sea llamado a su financiación en el marco de sistemas de tipo profesional– parece que gana espacio en el debate político y social.

El sistema de responsabilidades del empresario principal previsto en el art. 42 ET y en los arts. 142 y 168 LGSS para el caso incumplimiento de sus obligaciones por los contratistas y subcontratistas respecto de sus trabajadores debe contextualizarse en el sistema general de responsabilidades que recoge el art. 167.1 LGSS y, a falta del desarrollo reglamentario al que se refiere el mismo precepto, en su interpretación jurisprudencial. Sin perjuicio de las matizaciones que se derivan de esta última, el sistema de responsabilidad que consagra el art. 167.2 LGSS para los supuestos de incumplimiento por el empresario de las obligaciones de afiliación, alta y cotización parte de la premisa de que la deficiente constitución de la relación jurídica de seguridad social determina la imputación a este de la responsabilidad en materia de prestaciones, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades administrativas en el plano sancionador. Parece inevitable hacer un paralelismo con la técnica aseguradora, que precisa de la suscripción del contrato y el pago de la prima para su existencia y efectividad, pese a lo que señalara la Ley de Bases de Seguridad Social (1963). En definitiva, una eventual atribución a las entidades gestoras de la responsabilidad de las prestaciones con independencia del cumplimiento por el empleador de sus obligaciones en materia de afiliación y cotización convertiría en innecesaria la extensión de esa responsabilidad a otros sujetos fuera del estricto ámbito de la relación laboral.

Hasta tanto esto ocurre –si así fuera en algún momento– los arts. 42 ET, 142 LGSS y 168 LGSS instituyen un sistema de extensión de la responsabilidad a sujetos ajenos al contrato de trabajo con la finalidad de aumentar las garantías del trabajador y del sistema de seguridad social. Por lo que respecta al primero, porque la imputación de la responsabilidad al empresario principal respecto del pago de las prestaciones económicas a las que pudiera tener derecho el trabajador refuerza su posición jurídica como acreedor, al ampliar el círculo de los sujetos deudores, bien solidariamente (art. 42 ET), bien subsidiariamente (art. 168.2 LGSS). E igualmente beneficia al Sistema de Seguridad Social al ampliar el número de

deudores de las cuotas impagadas (reforzando los ingresos) simultáneamente a la reducción de gastos que deriva del impago de las prestaciones que deben asumir esos terceros responsables.

Por otro lado, el principio de automaticidad de las prestaciones al que se refiere el art. 167.3 LGSS adquiere en esta materia un significado especial. En el lado positivo, constituye un elemento de “*publificación*” del sistema de responsabilidad señalado al incrementar las garantías de los beneficiarios en el cobro de algunas prestaciones, aunque en la actualidad<sup>3</sup> sin alcanzar su completa cuantía. Pero, negativamente, este anticipo en el pago de las prestaciones por parte de las entidades gestoras o mutuas colaboradoras con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de los beneficiarios se ha configurado por alguna jurisprudencia como un elemento conformador de la responsabilidad derivada en materia de seguridad social a la que se refiere el art. 42.1 ET.

En definitiva, la complicada inteligencia de los distintos preceptos implicados y el hecho de que se vean implicadas distintas jurisdicciones ha acabado determinando una reducción de las garantías señaladas, precisamente en un momento en el que son más necesarias por la extensión cuantitativa y cualitativa de la subcontratación.

En primer lugar, existe una discordancia entre las doctrinas de la Sala 3ª y de la Sala 4ª en lo relativo al ámbito de aplicación de la responsabilidad subsidiaria del art. 168 LGSS: mientras la Sala de lo Social parece restringirlo a aquellos supuestos en los que queda excluida la aplicación del art. 42 ET atendiendo a la naturaleza de la contrata o subcontrata, la Sala de lo Contencioso administrativo admite la responsabilidad subsidiaria también en supuestos de contratas correspondientes a la propia actividad cuando la responsabilidad solidaria del art. 42 ET no resulta aplicable por concurrir alguna de las causas que la exoneran o excluyen.

En segundo lugar, la Sala de lo Social –aunque no de forma unánime– mantiene una interpretación sobre la interrupción de la prescripción en el caso de esta responsabilidad solidaria, que reduce la garantía prevista en el art. 42 ET. Esta doctrina, configurada en relación a la responsabilidad en materia salarial, la fundamenta la Sala 4ª en la distinción entre “solidaridad propia” e “impropia” creada por la Sala de lo Civil. No es la primera vez que el Tribunal Supremo atiende en el ámbito laboral a esta distinción –que ya aplicara en el caso de la responsabilidad en los supuestos de sucesión de empresa– pero sí parece que se estrena en su papel de unificación de doctrina en los supuestos de subcontratación. Según esta doctrina, la reclamación del trabajador contra su empleador no interrumpe el plazo de prescripción frente a los deudores solidarios, excluyendo la aplicación de la regla general del art. 1974 Código Civil, que dispone que la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores.

---

<sup>3</sup> Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

## 2. LA DELIMITACIÓN DE LOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES SOLIDARIA Y SUBSIDIARIA

### 2.1. Discrepancias jurisprudenciales en la delimitación del ámbito de aplicación del art. 168 LGSS

Como se ha señalado, y dejando ahora de lado la cuestión relativa a los negocios jurídicos que quedan comprendidos en el concepto de “contrata y subcontrata”<sup>4</sup> al que se refieren los arts. 42.1 ET y 168 LGSS, subsisten importantes discrepancias en la jurisprudencia sobre la delimitación del ámbito de aplicación de ambas normas. Aparentemente superadas las dudas sobre la limitación de la responsabilidad solidaria del art. 42.1 ET a las contrataciones correspondientes a la “propia actividad de la empresa principal”<sup>5</sup>, y sobre el concepto de “propia actividad”<sup>6</sup>, perduran las diferencias sobre si también resulta aplicable la responsabilidad subsidiaria del art. 168 LGSS en los supuestos en los que la actividad subcontratada corresponde a la propia actividad del empresario principal.

Y es que efectivamente la responsabilidad solidaria impuesta por el art. 42.2 ET exige de otros requisitos, además del predicado la naturaleza de la actividad realizada por el contratista y subcontratista. Pueden existir, pues, eventuales espacios “compartidos” entre ambas previsiones y, por tanto, parece razonable entender que es exigible la responsabilidad subsidiaria del art. 168 LGSS también en las contrataciones o subcontratas correspondientes a la propia actividad del empresario principal cuando no resulte aplicable el art. 42.2 ET, bien

<sup>4</sup> Sobre el particular, vid. VICENTE PALACIO, A., “Otros supuestos de responsabilidad en materia de prestaciones de seguridad social: subcontratas de obras y servicios, cesión de trabajadores y transmisión de empresa (...)”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL “*La responsabilidad del empresario*”, Murcia (Laborum), 2012 y bibliografía y jurisprudencia allí recogida.

<sup>5</sup> Durante un tiempo la doctrina estuvo dividida entre quienes consideraban comprendidas en el ámbito del art. 127 LGSS-1994 a todas las contrataciones, correspondieran o no a la actividad de la empresa principal y quienes limitaban la aplicación de este precepto a las contrataciones correspondientes a la propia actividad del empresario principal.

Se alinearon en la tesis a favor de la ampliación del art 127 LGSS a todas las contrataciones, pertenecieran o no a la propia actividad de la empresa principal, entre otros, CAMPS RUIZ, L., “El nuevo Reglamento General de recaudación de los recursos del sistema de Seguridad Social y el régimen jurídico de la contrata y subcontrata de obras y servicios” *Tribuna Social*, 1996; CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrataciones y subcontratas”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1992; MONEREO PERÉZ, J.L., “El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contrataciones (Las obligaciones referidas a la Seguridad Social)”, *Relaciones Laborales* tomo II, 1992; GARCIA ORTEGA, J., “*Régimen general de prestaciones y responsabilidades*”, Enciclopedia de la Seguridad Social, Valencia (CISS), 1997, pág. IV-30.

Sin embargo, manteniendo la limitación de esta responsabilidad también a las contrataciones y subcontratas referidas a la propia actividad de la empresa principal, vid. entre otros, ALARCON CARACUEL, M.R./GONZALEZ ORTEGA, S., “*Compendio de Seguridad Social*”, Madrid (Tecnos), 1991; MERCADER UGUINA, M.J., “*Modificaciones, adaptaciones y ajustes en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social: el Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre*”, *Relaciones Laborales* nº 24, 1997; DEL VAL TENA, A.L., “La responsabilidad empresarial en contrataciones y subcontratas: del supuesto de hecho a la diversidad de regímenes”, en AA.VV (Dir. Rivero Lamas; Coord: del Val Tena), “*Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*”, Thomson-Aranzadi (Cizur Menor), 2003, pág. 87. También parece alinearse en esta posición vid. OJEDA AVILES, A., “*La deconstrucción del Derecho del Trabajo*”, Madrid (La Ley), 2010, pág. 174.

<sup>6</sup> En la STS de 24-11-1998 (RJ 1998, 4770) se recoge un resumen de las dos tesis contrapuestas: la de la “indispensabilidad” y la tesis de la “inherencia”. A partir de la STS de 18-1-1995 (Núm. Rec. 150/1994) se puede entender que se acaba imponiendo la tesis de la inherencia. En el mismo sentido, entre otras muchas, STS de 10-12-1999 (RJ 1999, 9730), STS de 27-10-2000 (RJ 2000, 9656) y STS de 22-11-2002 (RJ 2002, 510).

para reclamar deudas no comprendidas en el art. 42 ET o, simplemente, porque así lo desea el acreedor. El hecho de que la responsabilidad solidaria quede excluida en varios supuestos, además del referido a la naturaleza de la actividad subcontratada, deja espacios para la intersección de ambos preceptos, ampliando así el círculo de garantías para el beneficiario de prestaciones adeudadas por su empleador por incumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad social. Así lo ha entendido la Sala 3ª del Tribunal Supremo, y también la Tesorería General de la Seguridad Social, pero no su Sala 4ª que parece anclada todavía en compartimentos estancos, centrandose en la naturaleza de la contrata el criterio definitorio de la aplicación de uno y otro precepto.

Partiendo, pues, de la limitación del art. 42 ET a las contrataciones correspondientes a la propia actividad, la aplicación de la responsabilidad solidaria exige de otros elementos cuya no concurrencia puede determinar la entrada en juego de la responsabilidad subsidiaria del art. 168 LGSS.

Si atendemos al plano temporal, aunque ambas responsabilidades se ciñen a las obligaciones contraídas durante la vigencia de la contrata<sup>7</sup>, la responsabilidad solidaria sólo resulta exigible, en la actualidad<sup>8</sup>, durante el periodo de los tres años siguientes a la terminación de la contrata. Transcurrido este plazo, la responsabilidad solidaria de la empresa principal decae, tanto en materia de cotizaciones como en materia de prestaciones. Por tanto, existiría todavía un periodo temporal en el que resultaría operativa la garantía de la responsabilidad subsidiaria, aunque se tratara de contrataciones correspondientes a la propia actividad, sin perjuicio de la eventual entrada en juego de la prescripción de las diferentes obligaciones (cuotas y prestaciones).

En el plano material u objetivo, la responsabilidad solidaria se predica de las *“obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante la vigencia de la contrata”*. Ya entendamos que esas obligaciones se refieren exclusivamente a las cuotas adeudadas por los contratistas o subcontratistas, o también a las prestaciones de las que pudieran ser declarados responsables éstos, lo cierto es que alguna jurisprudencia parece limitar esta responsabilidad a las obligaciones para con la Administración de la seguridad social, es decir con la Entidad gestora correspondiente, excluyendo así la posibilidad de que quepa exigir al empresario principal la responsabilidad solidaria cuando el acreedor (en este caso, de prestaciones) sea el propio beneficiario de las prestaciones de las que hubiera sido declarado el empresario incumplidor. El Tribunal Supremo (Sala 4ª), en un supuesto en el que el tema controvertido era la inclusión o no de las mejoras voluntarias dentro de las obligaciones a las que se refiere el art. 42 ET en materia de Seguridad social<sup>9</sup>, restringió la responsabilidad solidaria del art. 42.2 ET a las cuotas de seguridad social y, todo lo más, a las prestaciones anticipadas por la Seguridad Social,

---

<sup>7</sup> En relación al art. 42 ET, vid. STS de 19-5-1998 (RJ 1998, 4730). En el mismo sentido, vid. ROQUETA BUJ, R., “Alcance temporal de las responsabilidades” en AA.VV., *“Descentralización productiva y protección del trabajo en contrataciones. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 260.

<sup>8</sup> Como es sabido, con anterioridad a la reforma operada por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, este plazo estaba limitado a un año.

<sup>9</sup> STS de 22-12-2000 (RJ 2000, 1873), STS de 16-9-1999 (RJ 1999, 7226), STS de 19-5-1998 (RJ 1998, 4730), STS de 14-2-2000 (RJ 2000, 2036)

prestaciones nacidas precisamente de esos incumplimientos<sup>10</sup>, apartándose así –bien que *obiter dicta*– de lo señalado en otras sentencias, muy próximas temporalmente, en las que expresamente declaró la responsabilidad, tanto respecto de los descubiertos de cuotas en que incurriera el contratista con sus trabajadores afectados por la contrata, como respecto de las prestaciones sociales asignadas a éstos y de cuyo pago hubiera sido declarado responsable dicho contratista por el incumplimiento de sus obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización<sup>11</sup>. Entre estas, el Tribunal Supremo sí incluyó las prestaciones de incapacidad temporal que la empresa hubiera abonado en concepto de pago delegado derivada de su obligatoria colaboración, pero no así las prestaciones de las que fuera responsable directo; es decir, las correspondientes a los primeros doce días de la incapacidad temporal cuando esta deriva de enfermedad común. Según esta doctrina, el art. 42.2 ET enumera las obligaciones referidas a la Seguridad social, entendida ésta como “ente gestor” de prestaciones, considerando, además, que la solidaridad nunca puede presumirse y que la regla general en materia de responsabilidad por prestaciones es la subsidiariedad prevista en el art. 168.1 LGSS<sup>12</sup>. Esta interpretación subjetivista<sup>13</sup> implica que, en lo que respecta a las prestaciones de seguridad social, sólo cuando la deuda se mantenga con la Seguridad Social entendida como administración institucional específica, entra en juego la responsabilidad solidaria del art. 42.2 ET, que encuentra así un nuevo límite –subjetivo en este caso– además del material de que las contrataciones se refieran a la propia actividad del empresario principal<sup>14</sup>. Por tanto, con esta doctrina queda abierto un nuevo espacio para que pueda operar la responsabilidad subsidiaria del empresario principal respecto de las prestaciones de las que sea responsable el contratista por incumplimiento de sus obligaciones en materia de afiliación, alta y cotización y que no sean abonadas por la Entidad Gestora.

<sup>10</sup> F.J.6º: Hay que resaltar en relación con estas deudas, que las mismas inicialmente están referidas a las cuotas, como ocurre en el párrafo primero y por el enlace entre las dos partes del artículo del que hicimos mención. El precepto está 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.

<sup>11</sup> STS de 19-1-1998 (RJ 1998, 998); STS de 20-5-1998 (RJ 1998, 4738).

<sup>12</sup> En sentido contrario, incluyendo tanto las cuotas como las prestaciones lo mismo frente a trabajadores que frente a la Seguridad Social, vid. En este sentido, LOPERA CASTILLEJO, M.J., “Responsabilidades en materia de Seguridad Social de los contratistas”, en AA.VV. (Dir. Rivero Lamas; Coord: del Val Tena), *“Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing”*, Thomson- Aranzadi (Cizur Menor), 2003, pág.133. Vid. también LOPEZ GANDÍA, J. y TATAY PUCHADES, C., “Contratas y subcontratas y responsabilidades de Seguridad Social”, en AA.VV., *“Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 230-231; MONEREO PERÉZ, J.L., “El ámbito material de la responsabilidad en el trabajo en contratas. Las obligaciones “referidas” a la Seguridad Social”, *Relaciones Laborales* Tomo II, 1992, pág. 270.

<sup>13</sup> En este mismo sentido se venían pronunciando ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J.L., *“Instituciones de Seguridad Social”*, Madrid (Civitas), 2000, pág. 174.

<sup>14</sup> Aunque no se señala así en las sentencias examinadas, esta posición pudo encontrar apoyo en el pasado en la redacción del art. 10.3 Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, que se refería expresamente al pago de las deudas con la Seguridad Social [“3. En caso de subcontrata de obras o servicios, el empresario principal y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente del pago de las deudas con la Seguridad Social, además de las de naturaleza salarial, contraídas por los subcontratistas respecto de sus trabajadores durante el período de vigencia de la contrata o subcontrata (...)”].

Sin embargo, la frontera entre ambos preceptos sigue sin estar clara en la doctrina del Tribunal Supremo. Mientras la Sala 3ª en relación a la reclamación de cuotas –pero refiriéndose en su argumentación también a las prestaciones adeudadas por el empresario por sus incumplimientos a tenor de las reglas generales de responsabilidad en esta materia contenidas en el art. 167 LGSS– considera que existe una complementariedad entre ambas responsabilidades, la Sala 4ª parece mantener una rígida separación entre el ámbito de aplicación de ambos preceptos, limitando la responsabilidad subsidiaria exclusivamente a las contrataciones no correspondientes a la propia actividad, sin dar cabida a esta responsabilidad cuando se trata de contrataciones correspondientes a la propia actividad. Ambas Salas coinciden en que la responsabilidad solidaria prevista en el art. 42 ET sólo resulta aplicable a las contrataciones correspondientes a la propia actividad cuando concurren las circunstancias allí previstas pero parecen discrepar en el alcance de la operatividad del art. 168 LGSS: mientras la Sala de lo Contencioso<sup>15</sup> considera que entre ambas responsabilidades existe una relación complementaria, acumulativa y no excluyente, para la Sala de lo Social parece que sí existe dicha relación excluyente. Señala la Sala 3ª: *“(…) no existe, pues, una absoluta coincidencia entre las responsabilidades previstas en uno u otro precepto, ni en cuanto a los preceptos a que se extiende, ni tampoco en cuanto a las circunstancias que pueden exonerar de las mismas. (...) no puede marcarse una diferencia entre uno u otro tipo de responsabilidad por la circunstancia de que la obra o servicio subcontratado se refiere a la misma actividad propia del subcontratante, de forma tal que la responsabilidad solidaria del art. 42.1 ET se limite a los supuestos en que así ocurra, mientras que la subsidiaria (...) se refiera a los casos en que no exista esa identidad de actividad”*<sup>16</sup>.

En definitiva, para la Sala 3ª –así lo señala expresamente–, existe una opción para el organismo demandante o para los trabajadores de dirigirse indistintamente contra la principal o la subcontratista (siempre que se trate de la propia actividad de la principal), o de reclamar contra el primero en el caso de insolvencia del segundo siempre que concurren las circunstancias previstas en el art. 168 LGSS. Por el contrario, la Sala 4ª<sup>17</sup> considera que la delimitación de los campos de aplicación de estos preceptos se determina atendiendo al supuesto de hecho legal del art. 42 ET: si las obras o servicios contratados o subcontratados pertenecen a la propia actividad de la empresa principal o de la subcontratista inicial se aplica dicho precepto [el art. 42 ET] y la responsabilidad de tales empresarios comitentes es solidaria; si no es así, se aplica el art. 168 LGSS y por tanto, la responsabilidad de aquéllos es subsidiaria precisando pues, de la previa declaración de insolvencia del deudor principal: *“(…) la delimitación de los campos de aplicación correspondientes a uno y otro se determina atendiendo al supuesto de hecho legal del art. 42.2 ET : si las obras o servicios contratados o subcontratados pertenecen a la “propia actividad” de la empresa principal o de la contratista inicial se aplica tal precepto y la responsabilidad de tales empresarios comitentes es solidaria; si no es así se aplica el art. 127.1 LGSS , y la responsabilidad de los*

<sup>15</sup> STS de 6-7-2005 (Núm. Rec. 451/2004). En el mismo sentido, STS de 8-3-2013 (Núm. Rec. 122/2007), STS de Andalucía de 14-10-2014 (Núm. Rec. 1224/2012) y, más recientemente, SJCA Lleida nº 1 de 31-5-2016 (Núm. proc. abreviado 446/2014).

<sup>16</sup> STS (Sala 3ª) de 6-7-2005 (Núm. Rec. 451/2004).

<sup>17</sup> SSTS (Sala 4ª) de 23-9-2008 (Núm. Rec. 1048/5551) y de 9-12-2010 (Núm. Rec. 1266/2010).

*empresarios que hacen el encargo es subsidiaria, es decir, se desencadena sólo en el supuesto en que el empleador subcontratista «fuese declarado insolvente»*<sup>18</sup>.

Por lo demás, existe también otra diferencia importante entre ambos preceptos que abre otro espacio compartido: mientras el empresario principal puede exonerarse de la responsabilidad solidaria del art. 42 ET cuando solicita a la Tesorería General certificación de descubiertos y es negativa o la Entidad gestora no la expide en el plazo de los treinta días siguientes a su solicitud, no existe posibilidad alguna de exonerar la responsabilidad subsidiaria. La responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra nace por la insolvencia de quien constituye el responsable directo –total o parcialmente– de las cuotas de seguridad social (art. 142 LGSS) o de las prestaciones de seguridad social (art. 168 LGSS) por el incumplimiento de aquellas obligaciones en materia de seguridad social que determinan el traslado de la responsabilidad a la Entidad gestora en los términos previstos en el art. 167 LGSS. Es el hecho mismo de que la obra o servicio estén contratados el supuesto de imputación normativa determinante de la responsabilidad subsidiaria, sin posibilidad de exoneración. En definitiva, se trata de una responsabilidad subsidiaria incondicionada y no vinculada a una mayor o menor diligencia de la empresa principal en la comprobación de la situación de la subcontrata en materia de obligaciones de seguridad social<sup>19</sup>.

## **2.2. La virtualidad hermenéutica de los antecedentes históricos y normativos y de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas**

Pese a que la citada STS de 23-9-2008 señalaba que algunas normas son tan claras que no precisan de interpretación –invocando así el primer criterio hermenéutico al que se refiere el art. 3 Código Civil– la abundante litigiosidad generada por estos preceptos contradice esta afirmación. Es preciso acudir al resto de criterios que recoge la norma civil, y entre ellos, resultan ahora especialmente relevantes los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad.

La primera norma de nuestro actual sistema de seguridad social (LSS-1966) ya impuso una responsabilidad (subsidiaria) en los supuestos de subcontratación, sin limitar su ámbito de aplicación a que las obras o servicios correspondieran a la propia actividad del “propietario”<sup>20</sup>, norma que pasó a la LGSS-1974<sup>21</sup> en términos muy similares. Se recogía así

<sup>18</sup> STS de 23-9-2008 (RJ 2008, 5551). En el mismo sentido, STS de 9-10-2010 (RJ 2010, 391) y STS de 9-12-2010 (RJ 2011, 391).

<sup>19</sup> STSJ Cataluña de 30-10-2007 (JUR 2008, 32323).

<sup>20</sup> Art. 97 Decreto 907/1966 de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.

**Art. 97. Otras responsabilidades.**

*1. Cuando el empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en los artículos anteriores, si la obra o industria estuviese contratada, el propietario responderá de las obligaciones del contratista, si este es declarado insolvente.*

*No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada sólo afecte a las reparaciones realizadas por un amo en la vivienda que él mismo ocupe.*

<sup>21</sup> Art. 127. 1 Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.

(...)

lo que ya se disponía en el Decreto de 22 de junio de 1956, por el que se aprobó el Reglamento de la Ley de Accidentes de Trabajo<sup>22</sup> que, a su vez, recogía lo previsto en el Decreto de 31-1-1933 por el que se aprobó el Reglamento de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900<sup>23</sup>. La responsabilidad subsidiaria en materia de seguridad social cuenta, por tanto, con una larga historia en nuestro sistema de seguridad social y su finalidad no es otra que incrementar las garantías de los trabajadores en el percibo de las prestaciones de las que pudiera ser declarado responsable el empresario incumplidor de sus obligaciones, generalizándose así a todas las prestaciones lo previsto inicialmente para las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, y siempre sobre el presupuesto de que nuestro sistema de responsabilidades en materia de seguridad social continúa anclado, básicamente, en la técnica aseguradora.

Al Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre se debe la previsión por primera vez en el ámbito laboral de una responsabilidad –en este caso, solidaria– del empresario principal que contratara con otros la ejecución de obras o servicios correspondientes a su propia actividad. Esta norma, cuya finalidad era la lucha contra el fraude en la contratación laboral<sup>24</sup>, circunscribía esta nueva responsabilidad del empresario principal a las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la contrata<sup>25</sup> y, en idénticos términos, se recogió por la Ley de Relaciones Laborales de 1976. Fue la primera versión del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo) la que incorporó (art. 42.2 ET-1980) la responsabilidad solidaria en materia de prestaciones, responsabilidad que no circunscribía a un tipo específico de contrata de obras o servicios, aunque esta limitación se infería del número 1 del mismo artículo que, respecto del deber de comprobación que se imponía al principal, restringía esta obligación a las contrata de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de aquél.

---

**Art. 127. Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones.**

*1. Cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el artículo anterior, si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente.*

*No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto a su vivienda.*

<sup>22</sup> Art. 8, último párrafo: “En caso de falta de seguro, si la obra o industria estaba contratada, el propietario responderá de todas las obligaciones del contratista en el caso de que éste resultara insolvente. Si se tratara de aparcería, el propietario vendrá obligado a reintegrar al aparcerero la parte del coste de las prestaciones proporcional a su participación en el contrato”.

<sup>23</sup> Efectivamente, el art. 2 del citado Reglamento, al definir al patrono, señalaba:

*“Se considera patrono al particular o Compañía, persona natural o jurídica, propietaria de la obra, explotación o industria donde el trabajo se preste.*

*Estando contratada la ejecución o explotación de la obra o industria se considera patrono al contratista, subsistiendo siempre la responsabilidad subsidiaria de la obra o industria. El responsable subsidiario tendrá derecho a repetir contra el directo por el importe de la indemnización abonada y gastos satisfechos”.*

Vid. Gaceta de Madrid nº 33 de 2-2-1933. También se recoge publicada en la Gaceta de Madrid nº 38 de 7-2-1933.

<sup>24</sup> Esta norma tenía por título “Por el que se establecen normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores”.

<sup>25</sup> Para una evolución histórica de la normativa expuesta, vid. OJEDA AVILES, A., “La deconstrucción del Derecho del Trabajo”, Madrid (La Ley), 2010, págs. 147-153.

Así, en una inteligencia conjunta del art. 42 ET, la doctrina consideró que dicho precepto, en toda su extensión, y por tanto también en lo referente a la responsabilidad en materia de prestaciones de seguridad social, se limitaba a las contrataciones de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal. Se trataba así de una responsabilidad adicional a la que se preveía en la normativa de seguridad social, tanto por su diferente naturaleza (solidaria vs. subsidiaria) como por el supuesto de imputación normativa (contratas correspondientes a la propia actividad del empresario principal vs. cualquier tipo de contrataciones). La inclusión en el art. 127 LGSS-1994 de una remisión al art. 42 ET con una desafortunada puntuación ortográfica volvió a enturbiar las relaciones entre ambos preceptos.

Efectivamente, la LGSS-1994 iniciaba su art. 127.1 con la previsión “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, para las contrataciones y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante (...)*”, que se añadió a la anterior declaración de responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra respecto de las eventuales responsabilidades en el pago de prestaciones. La inclusión entre comas de la referencia a “las contrataciones y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario comitente” pareció dar a entender que el supuesto normativo del art. 127.1 LGSS-1994 también quedaba limitado a dichas contrataciones<sup>26</sup>, cuando la evolución del precepto claramente indicaba que esa limitación se predicaba –reiterando el ámbito de aplicación del art. 42 ET cuando no hubiera sido necesario en esta sede– del supuesto de hecho del art. 42 ET, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a las contrataciones y subcontratas correspondientes a la propia actividad del empresario principal.

Tampoco en sede reglamentaria la regulación ha sido clara. Inicialmente, el Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social restringió la responsabilidad subsidiaria del art. 127.1 LGSS también a las contrataciones correspondientes a la propia actividad del empresario principal<sup>27</sup> pero el Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre, por el que se modificó aquél pareció retornar a una interpretación amplia de las contrataciones determinantes de la aplicación del entonces art. 127.1 LGSS<sup>28</sup> comprendiendo así todas las obras o

---

<sup>26</sup> Vid. en este sentido, MERCADER UGUINA, J.R., “Modificaciones, adaptaciones y ajustes en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social: el Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre”, *Relaciones Laborales* nº 24, 1997, que se alinea claramente con la tesis a favor de restringir la aplicación del art. 127 LGSS también a las contrataciones y subcontratas correspondientes a la propia actividad del empresario principal.

<sup>27</sup> Artículo 12. Responsables subsidiarios.

*1. Para las contrataciones o subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, el propietario de la obra o de la industria contratada y por el periodo de vigencia de la contratación o subcontrata, responderá de la obligación de cotizar respecto de los trabajadores por cuenta ajena así como del pago de prestaciones cuando el empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, de las mismas a tenor de lo previsto en los artículos 104.1 y 127.1 de la Ley General de la Seguridad Social, siempre que dicho empresario fuese declarado insolvente.*

*No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un cabeza de familia respecto a su vivienda.*

*Lo previsto en este apartado se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el apartado 3 del artículo 10 de este Reglamento.*

<sup>28</sup> El apartado 1 del artículo 12 queda redactado en los siguientes términos:

(...)

servicios contratados, correspondieran o no a la propia actividad del empresario principal<sup>29</sup>. Con la redacción anterior, buena parte de la doctrina científica<sup>30</sup>, aunque no sin discrepancias<sup>31</sup>, concluyó en que el ámbito de ambos supuestos era bien diferente: mientras el art. 42 ET quedaba limitado a las contrata y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario comitente”, el art. 127.1 LGSS-1994 operaba respecto de todas las contrata y subcontratas que pudiera concertar el “*propietario de la obra*”, correspondieran o no a la propia actividad, siendo la primera responsabilidad de tipo solidario frente a la naturaleza subsidiaria que presenta la segunda.

En la actualidad, por tanto, no cabe duda ya de que la responsabilidad del art. 127 LGSS-1994 (actual art. 168 LGSS) no está restringida a las contrata correspondientes a la propia actividad. Sólo una norma de ínfimo rango (Circular 8-2003 de 15 de noviembre de 2013 por la que se regulan las Instrucciones sobre reclamación de deuda por declaración de responsabilidad solidaria, subsidiaria y mortis causa) parece resolver –quizá sin la debida claridad– esta problemática al disponer, en relación a las contrata correspondientes a la propia actividad del empresario principal cuando no se solicita la certificación de descubiertos o esta es positiva, la posibilidad de reclamar la deuda por la vía del art. 127 LGSS-1994 en tanto no haya prescrito la respectiva obligación cuando no se ha reclamado la deuda en el plazo señalado en el art. 42 ET.

---

*«1. Para las contrata o subcontratas de obras y servicios, el propietario de la obra o de la industria contratada. por los incumplimientos con la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la contrata o subcontrata, responderá de la obligación de cotizar respecto de los trabajadores por cuenta ajena, así como del pago de prestaciones cuando el empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte. de las mismas a tenor de lo previsto en los artículos 104.1 y 127.1 de la ley General de la Seguridad Social, siempre que dicho empresario fuese declarado insolvente.*

*No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un cabeza de familia respecto a su vivienda.*

*Lo previsto en este apartado se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el apartado 3 del artículo 10 de este Reglamento.»*

<sup>29</sup> La reforma del Reglamento encuentra su origen en el criterio interpretativo de 16-12-1996 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social cuya causa obedece a la consideración de que el art. 12.1 del RD 1637/1995 “(...) puede exceder de los límites del ámbito reglamentario, así como la existencia de algunas expresiones cuya interpretación conviene precisar”.

<sup>30</sup> Se alinearon en la tesis a favor de la ampliación del art 127 LGSS a todas las contrata, pertenecieran o no a la propia actividad de la empresa principal, entre otros, CAMPS RUIZ, L., “El nuevo Reglamento General de recaudación de los recursos del sistema de Seguridad Social y el régimen jurídico de la contrata y subcontrata de obras y servicios” *Tribuna Social*, 1996; CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontratas”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1992; MONEREO PERÉZ, J.L., “El ámbito material de la responsabilidad empresarial en el trabajo en contrata (Las obligaciones referidas a la Seguridad Social)”, *Relaciones Laborales* tomo II, 1992.; GARCIA ORTEGA, J., “Régimen general de prestaciones y responsabilidades”, *Enciclopedia de la Seguridad Social*, Valencia (CISS), 1997, pág. IV-30.

<sup>31</sup> Sin embargo, manteniendo la limitación de esta responsabilidad también a las contrata y subcontratas referidas a la propia actividad de la empresa principal, vid. entre otros, ALARCON CARACUEL, M.R./GONZALEZ ORTEGA, S., “Compendio de Seguridad Social”, Madrid (Tecnos), 1991; MERCADER UGUINA, M.J., “Modificaciones, adaptaciones y ajustes en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social: el Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre”, *Relaciones Laborales* nº 24, 1997; DEL VAL TENA, A.L., “La responsabilidad empresarial en contrata y subcontratas: del supuesto de hecho a la diversidad de regímenes”, en AA.VV (Dir. Rivero Lamas; Coord: del Val Tena), “*Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*”, Thomson- Aranzadi (Cizur Menor), 2003, pág. 87. También parece alinearse en esta posición vid. OJEDA AVILES, A., “*La deconstrucción del Derecho del Trabajo*”, Madrid (La Ley), 2010, pág. 174.

El art. 3 Código Civil también eleva a criterio interpretativo la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas. Como se puso de manifiesto, las garantías previstas para los trabajadores en los supuestos de subcontratación apenas se han incrementado desde su inicial reconocimiento legal, pese a la muy diferente implantación de esta forma de organización empresarial en el momento de su previsión y la actualidad. Como ya he señalado con anterioridad<sup>32</sup>, el incremento ha sido cuantitativo pero, sobre todo, cualitativo, en tanto las empresas que prestan sus servicios como contratistas han pasado de la inicial especialización a la polivalencia. Y esta nueva realidad social, en conexión con la finalidad y espíritu garantistas que informan las normas, debe trasladarse también a la interpretación de este conjunto de garantías para los trabajadores y para la seguridad social, sin perjuicio de la necesidad de que el legislador, en su caso, o el titular del poder reglamentario, asuma la responsabilidad de fijar “*los supuestos de imputación [de la responsabilidad] y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva*” a la que se refiere el art. 167.2 LGSS.

### 3. LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: OTRA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS GARANTÍAS DERIVADAS DEL ART. 42 ET

A las restricciones anteriores, hay que añadir la que se deriva de la reciente interpretación que la Sala 4ª ha llevado a cabo sobre la interrupción de la prescripción en los supuestos de la responsabilidad solidaria del art. 42 ET. Para el Tribunal Supremo<sup>33</sup> –con un voto particular en contra<sup>34</sup>– la reclamación del trabajador contra su empleador no interrumpe el plazo de prescripción frente a los deudores solidarios, excluyendo la aplicación de la regla general del art. 1974 Código Civil, que dispone que la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores. Se trata de una jurisprudencia sentada en relación a las obligaciones salariales, lo que nos lleva a plantearnos si resultaría igualmente aplicable, o no, a la responsabilidad solidaria en materia de seguridad social que este mismo precepto configura.

Efectivamente, la STS de 15-12-2017<sup>35</sup> ha unificado doctrina<sup>36</sup> excluyendo la aplicación del art. 1974 Código Civil<sup>37</sup> a la responsabilidad solidaria del empresario comitente en materia salarial derivada del art. 42 ET. Para el Tribunal Supremo, aunque el art. 42 ET impone al empresario principal una responsabilidad solidaria durante el año

<sup>32</sup> VICENTE PALACIO, A., “*Empresas multiservicios y precarización del empleo (El trabajador subcedido)*”, Barcelona (Atelier), 2016, pág. 26.

<sup>33</sup> STS (Soc) de 15-12-2017 (Núm. Rec. 2664/2015).

<sup>34</sup> Magistrado. Excmo. Sr. Sebastián Moralo Gallego.

<sup>35</sup> Núm. Rec. 2664/2015. Esta sentencia se remite a la STS de 20-9-2007 (Núm. Rec. 3539/2005) en la que ubica –aunque obiter dicta– esta doctrina.

<sup>36</sup> El recurso de casación para unificación de doctrina se interpone contra la STSJ Navarra de 25-5-2005 (Núm. Rec. 209/2015) invocándose como contradictoria la STSJ Cataluña Cataluña de 1-7-2013 (Núm. Rec. 5641/2012).

Previamente, el TSJ Cataluña ya mantuvo esta doctrina en la STSJ Cataluña de 26-7-2011 (Núm. Rec. 3986/2010). Por el contrario, mantuvieron la doctrina que ahora sanciona el Tribunal Supremo la STSJ País Vasco de 30-9-2008 (Núm. Rec. 1549/2008) y la STSJ Comunidad Valenciana de 5-7-2011 (Núm. Rec. 692/2011).

<sup>37</sup> Artículo 1974. La interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores.

siguiente a la terminación del contrato se trata, en realidad, de una obligación subsidiaria –aunque en términos de solidaridad– en tanto requiere el previo incumplimiento del contratista: “(...) *Su responsabilidad [del empresario principal] es subsidiaria porque requiere el previo incumplimiento de quien contrató [al trabajador] pero solidaria con él cuando consta el impago, momento en el que nace para él la obligación de pagar el total de la deuda aunque luego pueda repetir la totalidad del pago que efectúe contra el deudor principal, el empresario que se lucró con el trabajo del otro, lo que excluye la aplicación de los arts. 1143 y 1145 Código Civil, porque el contratista principal se subroga en todos los derechos del acreedor y puede repetir contra el deudor principal todo lo que pague (arts. 1158, 1209 y ss. Código Civil) particularidad que evidencia que los arts. 1137 y ss. Código Civil regulan las obligaciones solidarias que nacen como tales pero no la responsabilidad solidaria que nace, posteriormente, por otro hecho o por mandato legal, cual puede ser como aquí ocurre, un incumplimiento contractual del deudor que provoca la responsabilidad en el pago de quien no tiene vínculo contractual alguno con el acreedor (...). La obligación del deudor principal nace del contrato mientras que la responsabilidad de quien contrató con él nace de la ley que le sanciona por su falta de diligencia en vigilar que el otro cumpla con sus obligaciones laborales en la ejecución de la obra que le encargó (...)*”.

Resulta cuestionable, en primer lugar, que la responsabilidad del empresario principal que impone el art. 42 ET se fundamente en una supuesta *culpa in vigilando*, como parece deducirse del texto transcrito. Es cierto que podría deducirse del número 1 del art. 42 ET, que impone al empresario principal la obligación de vigilar al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, pero este artículo está restringido a la comprobación por el principal de que los contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la seguridad social, única y exclusivamente, y con la finalidad de otorgarles la posibilidad de exonerarse de las responsabilidades que, en lo relativo a las obligaciones de seguridad social, les impone el art. 42.2 ET.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo sitúa en el origen de las respectivas obligaciones –la del contratista y la del comitente– el centro de su argumentación jurídica, para concluir que de diferente origen se deriva diferente regulación. Según esta doctrina, la responsabilidad del empleador en el pago de los salarios tiene origen contractual, frente al carácter legal de la responsabilidad que –en términos de solidaridad– se impone al empresario que contrata con el empleador del trabajador a quien se le adeudan los salarios. En este diferente origen ubica el Tribunal Supremo el diferente cuerpo normativo aplicable: mientras la responsabilidad del empresario principal se regula por el art. 42.2 ET –que fija el plazo y el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción de la acción contra el empresario principal–, la prescripción del pago de salarios del empleador se regula por el art. 59 ET: “(...) *diferente regulación que nos muestra que nos encontramos ante dos responsabilidades distintas*” de lo que se infiere, a su parecer que, “(...) *debe estimarse que esa diferente regulación impide estimar, ex art. 1974 Código Civil, que la reclamación efectuada a un deudor interrumpa el curso de la prescripción de las responsabilidades del otro*”.

No cabe duda que se trata de dos obligaciones distintas, pero de esta premisa (su diferente origen) no necesariamente se deriva la inaplicación del art. 1974 Código Civil, que se limita a regular el plazo de prescripción de las obligaciones solidarias. Acude aquí el Tribunal Supremo a la distinción entre la solidaridad propia y la impropia, doctrina construida por la Sala de lo Civil y que ya aplicara la propia Sala de lo Social en supuestos

de sucesión de contratas o sucesión de plantillas<sup>38</sup>. Pero, como señala el autor citado, de la jurisprudencia civil se derivan tanto argumentos a favor como en contra de considerar “impropia” la solidaridad examinada, conclusión igualmente extrapolable al supuesto ahora analizado.

Efectivamente, la Sala 1<sup>a</sup><sup>39</sup> distingue entre la solidaridad propia y la impropia para concluir que sólo a las primeras les resulta aplicable el art. 1974 Código Civil. Y si bien la conclusión es clara –la inaplicación del beneficio de la interrupción de la prescripción frente a todos los deudores solidarios en el caso de la segunda–, lo que resulta más confuso es la identificación de cuándo nos hallamos ante unas u otras. Para la jurisprudencia civil, las obligaciones solidarias se distinguen por su origen: legal o convencional las primeras, frente al carácter extracontractual de las segundas, cuando hay varios condenados judicialmente, solidaridad que dimana de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que surge cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades de estos sujetos<sup>40</sup>. Esta misma doctrina es la que invoca la jurisprudencia social, pero en su argumentación posterior se complica la distinción entre una y otra responsabilidad, para concluir en el carácter impropio de la responsabilidad solidaria del art. 42 ET reduciendo así la finalidad garantista del citado precepto.

Para la Sala 4<sup>a</sup> es indubitado que el art. 42 ET configura una responsabilidad legal, pero frente a la conclusión lógica que, en aplicación de la doctrina civilista señalada, debería concluir en el carácter propio de la solidaridad –lo que determinaría la aplicación del art. 1974 Código Civil– concluye que se trata de una responsabilidad impropia atendiendo al vínculo o a las relaciones entre los sujetos deudores y acreedores: mientras es el contrato de trabajo del que deriva la responsabilidad del empleador, la responsabilidad del empresario principal tiene origen legal (art. 42.2 ET) de lo que infiere que son dos responsabilidades distintas, sometidas a diferente régimen jurídico. Invoca también la Sala 3<sup>a</sup> la jurisprudencia civil<sup>41</sup> que, a resultas de la reforma operada de la Ley de Ordenación de la Edificación, ha declarado la naturaleza impropia de la responsabilidad legal –solidaria– que se impone en la actualidad sobre distintos agentes de la edificación, aunque ya no derive de la condena judicial sino de la ley. Añade, además, como conclusión: “(...) *en definitiva, la diferencia entre solidaridad propia o impropia u obligación in solidum radica en que la segunda deriva de diferentes actos ilícitos (civiles o de otra naturaleza) o de distintos negocios jurídicos o preceptos legales que establecen una responsabilidad solidaria por distintos motivos (...) en el presente caso la responsabilidad solidaria de la empresa principal la impone el art. 42.2 ET diferenciándola en su nacimiento, duración y extinción de la de pago de salarios que regulan los arts. 1, 26, 29 y 59 ET (...) lo que hace que no sea una obligación solidaria de las que el art. 1137 Código Civil contempla (...)*”, concluyendo en la inaplicación del art. 1974 Código Civil.

<sup>38</sup> STS de 3-6-2014 (Núm. Rec. 1237/2013). Vid. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., “Sucesión de plantillas y responsabilidad: ¿solidaridad propia o impropia? (efectos en la prescripción)”, en su Blog UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES (<http://ignasibeltran.com/2015/04/20/sucesion-de-plantillas-y-responsabilidad-solidaridad-propia-o-impropia-efectos-en-la-prescripcion/>). Fecha de consulta: 28-2-2018.

<sup>39</sup> STS de 14-3-2003 (Núm. Rec. 2235/1997), STS de 18-7-2011 (Núm. Rec. 2043/2007) y STS de 29-11-2010 (Núm. Rec. 1032/2007).

<sup>40</sup> STS de 3-6-2014 (Núm. Rec. 1237/2013).

<sup>41</sup> STS de 16-1-2005 (Núm. Rec. 1111/2012), STS de 20-56-2015 (Núm. Rec. 2167/2012), STS 17-9-2015 (Núm. Rec. 345/2013) y STS de 27-6-2017 (Núm. Rec. 1044/2015).

A mi parecer, tanto la categorización de esta responsabilidad como impropia como la propia conclusión que la sentencia infiere de esta naturaleza son cuestionables, como pone de manifiesto el voto particular. Si la solidaridad impropia se caracteriza porque dimana de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que concurren en su producción, surgiendo cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades, no se puede concluir que una responsabilidad legal como la prevista en el art. 42.2 ET reúna ninguna de dichas notas. Se trata de una responsabilidad impuesta por la ley a un sujeto –el empresario principal– que no ha cometido ilícito alguno y que se fundamenta en la voluntad del legislador de incrementar las garantías de los acreedores en los supuestos de subcontratación de actividades correspondientes a su propia actividad. Además, está perfectamente individualizada y la exigencia del previo impago de los salarios por parte del empleador no impide que, producido dicho ilícito en el ámbito de la relación contractual, opere automáticamente por disposición legal la responsabilidad solidaria del empresario principal. Que la obligación (responsabilidad) del empleador en el pago de los salarios derive del contrato de trabajo y la del empresario comitente de la ley, no parece que pueda conllevar la inaplicación del régimen general que, para las responsabilidades solidarias, impone el Código Civil en tanto en cuanto no se prevé ninguna especialidad en el propio art. 42.2 ET, pudiendo aplicarse ambas de forma concurrente al no existir contradicción. El propio Código Civil se refiere a la necesidad de que la ley instituya la solidaridad, no presumiéndose ésta (art. 1137) y este es el papel que cumple el art. 42.2 ET e, igualmente, a la posibilidad de que exista la *solidaridad* “(...) aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones” (art. 1140).

Por lo demás, también parece cuestionable que esta doctrina de la Sala 4ª pueda aplicarse a la responsabilidad solidaria que el art. 42.2 ET impone al empresario principal en relación a las cuotas y prestaciones de las que pudiera ser responsable el empleador por el incumplimiento de sus obligaciones en materia de afiliación, alta y cotización (art. 42.2 ET). La responsabilidad de este último en el cumplimiento de estas obligaciones deriva de la ley (arts. 142 y 167 LGSS y concordantes) aunque su razón de ser radique en último término en la prestación de servicios del trabajador, dada la técnica aseguradora que inspiró nuestro sistema de seguridad social. Pero este no es su fundamento actual, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, aunque subyaga parcialmente en lo que se refiere al sistema de responsabilidades y en otros aspectos de su régimen jurídico. Incluso con la importante limitación que se deriva de la actual jurisprudencia social que restringe la responsabilidad solidaria del art. 42.2 ET a las deudas por cuotas y prestaciones que se mantengan frente a la Seguridad Social –entendido este término en términos subjetivos y no materiales–, el contrato de trabajo no constituye en ningún caso la fuente de la obligación de cotizar del empleador ni el fundamento de su responsabilidad, ambos de origen legal. El art. 42.2 ET constituye una norma especial en relación a la regulación general recogida en la normativa de seguridad social, y ambas normas pueden aplicarse concurrentemente al no ser contradictorias: el establecimiento del plazo de tres años siguientes a la terminación de la contrata para la exigencia de esta responsabilidad solidaria al empresario principal es un claro indicio de esta especialidad, que opera siempre y cuando las cuotas o las prestaciones debidas no hayan prescrito en los términos previstos en la normativa de seguridad social. No existe, pues, contradicción y ambos artículos se pueden aplicar de forma complementaria o concurrente, como así señala el art. 168 LGSS cuando dispone la responsabilidad subsidiaria “*sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 42 ET para las contratas correspondientes a la propia actividad*”. Y en relación a esta responsabilidad solidaria, la normativa de seguridad

social remite en materia de prescripción a las causas ordinarias (art. 24.3 LGSS) reconociendo expresamente el aprovechamiento mutuo de la prescripción para todos los responsables del pago de una deuda, incluyendo también la interrupción de la prescripción (art. 43.3 RGR). No parece razonable que pueda predicarse una naturaleza diferente (propia o impropia) de la responsabilidad solidaria prevista en el mismo precepto cuando el precepto no distingue (*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*), cuando la interpretación restrictiva va contra la finalidad de la norma (pro operario/beneficiario) y atendiendo a la realidad social del tiempo en el que la norma ha de ser aplicada.

#### **4. POR UNA REFORMULACIÓN DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDADES DERIVADAS EN LOS SUPUESTOS DE SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS: ALGUNAS PROPUESTAS**

La actual extensión de la subcontratación como forma habitual de organización empresarial y la precariedad de los trabajadores de estas empresas subcontratistas debe llevar a un replanteamiento del régimen de responsabilidades del empresario que subcontrata obras o servicios. Ha quedado puesto de manifiesto que los vigentes preceptos legales y su restrictiva interpretación por la Sala 4ª del Tribunal Supremo han determinado una reducción de las garantías de los trabajadores subcontratados en materia salarial y, en lo que ahora interesa, en materia de seguridad social.

Sólo el legislador puede acometer esta reforma, que necesariamente debe ir más allá del mero retoque propuesto en varias ocasiones, con mejor o peor resultado, por distintos grupos parlamentarios. En lo que se refiere específicamente a las responsabilidades en materia de Seguridad Social, esta reforma necesariamente está condicionada por la propia configuración del régimen de responsabilidades del empleador para los supuestos de incumplimiento de sus obligaciones de afiliación, alta y cotización<sup>42</sup>. Existe un amplio abanico de posibilidades: desde la eliminación de cualquier responsabilidad del empresario que subcontrata con otros empresarios, dada la licitud de esta forma de organización empresarial a, en el otro extremo, la imposición de una mayor responsabilidad al empresario principal por los incumplimientos de su contratista de sus obligaciones laborales y de seguridad social. La actual generalización de la subcontratación, cuantitativa y cualitativamente, y la función tuitiva del Derecho del Trabajo debería ir en la dirección de incrementar las garantías de los trabajadores subcontratados y no al contrario. El incremento de las garantías beneficiaría también al sistema de Seguridad Social en su papel de acreedor de cuotas y de prestaciones.

A continuación, se recogen algunas propuestas en esta materia con la finalidad de incrementar las garantías de los trabajadores y, en su caso también, del sistema de seguridad social.

Como ya se ha dicho, la configuración de un sistema de responsabilidad pública en materia de prestaciones rompiendo la triada alta/cotización/prestación, haría innecesaria la

---

<sup>42</sup> Sobre este particular son imprescindibles TORTUERO PLAZA, J.L., “Responsabilidad empresarial en materia de prestaciones” y GALA DURAN, C., “La responsabilidad empresarial derivada del incumplimiento de las obligaciones de afiliación/alta y cotización. Un problema sin soluciones”, ambos en Asociación Española de Salud y Seguridad Social “*La responsabilidad del empresario*”, Murcia (Laborum), 2012.

extensión de la responsabilidad en materia de cuotas y prestaciones al empresario principal, pues el trabajador tendría garantizado el pago de las prestaciones siendo innecesario su papel de garante. El incumplimiento de estas obligaciones por parte del empleador, único sujeto responsable por imposición legal, se remitiría al estricto ámbito sancionador en tanto incumplimiento de unas obligaciones de naturaleza pública y, en su caso, al cobro de las cuotas adeudadas. No es una opción desconocida en nuestro sistema: el incumplimiento por parte del titular del hogar familiar de sus obligaciones en materia de afiliación, alta y cotización no determina su responsabilidad en orden a las prestaciones, que son abonadas directamente por la Entidad Gestora como responsable y no ya en virtud del principio de automaticidad<sup>43</sup>.

Otra opción menos radical, pues no afectaría al (confuso) régimen de responsabilidades previsto en el art. 167.1 y 2 LGSS, pasaría por la generalización a todas las prestaciones económicas y, sin la actual limitación cuantitativa, del principio de automaticidad (art. 167.3 LGSS). El beneficiario de las prestaciones tendría así asegurado su cobro, abriéndose aquí múltiples posibilidades o combinaciones en relación a la responsabilidad imputable a la empresa principal respecto al resarcimiento de las prestaciones anticipadas por la entidad gestora y también en lo relativo a las cuotas no abonadas. En la actualidad, el art. 167.3 LGSS determina la subrogación de la entidad gestora que haya anticipado el pago en los derechos y acciones de los beneficiarios frente a los responsables, responsabilidad que se extiende también al empresario principal por el art. 168.1 LGSS.

También es fundamental determinar la naturaleza de la responsabilidad, –solidaria o subsidiaria– en su caso, atribuible a la empresa principal. La limitación de la responsabilidad solidaria a las contratas correspondientes a la propia actividad del empresario principal y la restrictiva interpretación jurisprudencial de este concepto ha determinado, como hemos visto, una importante reducción de las garantías de los trabajadores. Dada la actual generalización de la subcontratación y la precariedad que genera y también la finalidad tuitiva de la norma, sería conveniente que el legislador, si finalmente se mantiene el actual esquema de responsabilidades en materia de seguridad social, configurara la responsabilidad del empresario principal en términos de solidaridad y que se predicara de todas las contratas, correspondan o no a su propia actividad. En este sentido, sería conveniente eliminar del art. 42 ET cualquier referencia a la responsabilidad en materia de cuotas y prestaciones de seguridad social para residenciar esta responsabilidad en el corpus normativo de seguridad social, dejando aquél referido exclusivamente a la responsabilidad solidaria en el ámbito contractual (aunque también extendido a todas las contratas).

Existen otras muchas opciones. En alguna ocasión he preconizado otra solución, análoga a la prevista con finalidad muy similar para otros supuestos como en la contratación a través de empresas de trabajo temporal y siempre en la búsqueda de un incremento de las garantías para los trabajadores y el sistema de Seguridad Social. Esta propuesta, que parte de la premisa de que la subcontratación es una actividad lícita, consistiría en la imposición al

---

<sup>43</sup> Sobre este tema, vid. RUANO ALBERTOS, S., “Régimen jurídico de los empleados de hogar”, Barcelona (Atelier), 2013 y TORTUERO PLAZA, J.L., “Responsabilidad empresarial en materia de prestaciones”, en Asociación Española de Salud y Seguridad Social *La responsabilidad del empresario*, Murcia (Laborum), 2012, pág. 32;

empresario comitente de la responsabilidad derivada en términos de subsidiariedad, dejando la responsabilidad solidaria para aquellos supuestos en los que se incurre en actuaciones ilícitas (cesión ilegal de trabajadores). El alcance concreto de esta responsabilidad “derivada” dependería de cual fuera la opción del legislador en la reforma del sistema de responsabilidad en materia de seguridad social del empleador, es decir, si se opta por la configuración de un auténtico derecho subjetivo del beneficiario al acceso a las prestaciones del sistema de Seguridad social, sin que los supuestos de incumplimiento de este determine la responsabilidad del empresario incumplidor en materia de prestaciones; o si, por el contrario, se mantiene el régimen de responsabilidad empresarial para los supuestos de incumplimiento, manteniendo la vigencia de la técnica del seguro. En este último supuesto, y para que realmente se incrementen las garantías de los beneficiarios sería necesario extender el principio de automaticidad a todas las prestaciones. Se trataría, además, de una responsabilidad aplicable a todas las contrata y subcontratas y a toda la cadena de subcontratistas, correspondan o no a la actividad de la empresa comitente y sin plazo para su ejercicio, salvo el derivado de la prescripción del propio derecho.

Igualmente sería necesario implicar al empresario principal en el control del cumplimiento de las obligaciones del contratista en materia de seguridad social en relación a los trabajadores que ocupe en las actividades objeto de la contrata, se realicen o no en el centro de trabajo de la empresa comitente. No es un mecanismo nuevo en nuestro ordenamiento: el Real Decreto Ley 5/2011, de 29 de abril, impuso sobre empresario comitente un deber de comprobación, previo al inicio de la actividad contratada, del cumplimiento por el contratista de sus obligaciones de afiliación y alta en la Seguridad Social de cada uno de los trabajadores que dichos contratistas ocupen en los mismos durante el periodo de ejecución de la contrata o subcontrata. Esta previsión –ahora recogida en el art. 16.5 LGSS– podría extenderse también al control de la cotización establecido en los mismos términos que aquél: es decir, no con la finalidad de exoneración con la que se contempla actualmente en el art. 42 ET sino como un deber, sancionable administrativamente<sup>44</sup>. Este deber, además, debería extenderse a todas las contrata, correspondan o no a la propia actividad y con independencia de que se realicen o no en el centro de trabajo de la empresa comitente.

---

<sup>44</sup> El citado Real Decreto-Ley 5/2011 de 29 de diciembre modificó la LISOS y tipificó el incumplimiento de esta obligación de comprobación de la afiliación y alta como infracción administrativa sancionable (art. 22.11; infracción grave).