

pertenencia a la empresa, tradicional en nuestro ordenamiento, ha ido dulcificándose paulatinamente ante la progresiva generalización y diversificación de los mismos hasta llegar a una visión mucho más "fisiológica" en la que la extensión de responsabilidades parece la excepción y no la regla¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Sobre la relación entre este principio y las normas laborales sobre contratación y subcontratación véase el excelente y enormemente clarificador artículo del maestro D. E. BORRAJO DACRUZ, "La regulación de las contratas y subcontratas: función social...", cit., pág. XIX y sig.

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS DE OBRAS Y SERVICIOS

M^a DOLORES GONZÁLEZ MOLINA*

ÍNDICE

1. Introducción

2. El régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas en el ordenamiento laboral: naturaleza jurídica:
2.1. El fundamento de la responsabilidad civil; 2.2. Naturaleza jurídica de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de descentralización productiva no es nuevo; eso sí, en los últimos años ha cobrado una dosis de actualidad hasta ahora desconocida como consecuencia de los cambios operados en el modelo de producción capitalista que, a su vez, se ha visto acompañado de importantes procesos de desregulación y flexibilización en materia laboral que han permitido que aquél adquiriera una mayor agilidad y eficacia.

No obstante, hoy como ayer, el fenómeno descentralizador no está exento de regulación ordenadora; regulación que, eso sí, se va a mover en la estrecha línea marcada por una aceptación sin límites de este modelo de producción que trata de favorecer una política empresarial flexible y competitiva; y por la necesidad de que el fenómeno no perturbe los derechos de aquellos sujetos que participan en el proceso como trabajadores de las empresas auxiliares.

Aunque el fenómeno de la descentralización productiva puede articularse a través de múltiples mecanismos, lo cierto es que las contratas y las subcontratas son la manifestación más ilustrativa en la práctica de cómo las empresas proceden a desplazar parte de sus funciones y actividades a otras empresas. En

* Profesora de la Universidad de Alcalá de Henares. Becaria Postdoctoral de la Comunidad Autónoma de Madrid. Este trabajo ha sido realizado gracias a la Beca postdoctoral concedida por la Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad de Madrid por Orden 2046/1998.

este sentido, nos encontramos con que la posibilidad de contratar y subcontratar se revela como un fenómeno totalmente lícito en nuestro derecho. No existe por ello, ninguna prohibición de recurrir a la contratación externa de la actividad productiva empresarial, ya que una prohibición en este sentido atentaría contra el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa (art. 38 CE)¹. Por lo tanto, las empresas que así lo deseen pueden a través de contratos de variado tipo —civiles o mercantiles— descentralizar su actividad productiva respetando, claro está, la normativa aplicable en cada caso (civil, mercantil o laboral).

Ahora bien, en la medida que estamos ante un fenómeno que, sin lugar a dudas, encierra importantes riesgos y disfunciones esencialmente en el marco de la relación de trabajo, el ordenamiento jurídico laboral y de la Seguridad Social se ha preocupado desde siempre de introducir una regulación de carácter garantista con el ánimo de proteger los derechos de los trabajadores que, en su caso, pudieran verse conculcados por la interposición o sustitución del empresario. En este sentido, la legislación laboral prevé un sistema de responsabilidad empresarial en materia de salarios, Seguridad Social y seguridad en el trabajo, para el supuesto que tal proceso se efectúe en perjuicio de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas. Ahora bien, ¿cuál es el régimen de responsabilidad previsto en la legislación social? ; y más exactamente, ¿cuál es la naturaleza de la responsabilidad laboral en materia de contrata y subcontratas?

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES EN LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS EN EL ORDENAMIENTO LABORAL: NATURALEZA JURÍDICA

2.1. El fundamento de la responsabilidad civil

Como sabemos, la responsabilidad civil descansa en la obligación de reparación del daño causado; cuestión distinta, lógicamente es la de los criterios por los que se trate de obligar a responder a aquel que ha causado el daño. En este sentido, podemos destacar básicamente dos criterios: uno, es aquel que tiene como punto de referencia la conducta o la voluntad del sujeto; el otro es aquel que prescinde de ellas bastando tan sólo la producción del daño, personal o patrimonial, para que opere la obligación de reparar el perjuicio². La historia jurídica muestra así, que en materia de responsabilidad civil ambos criterios,

¹ Vid., en este sentido, STS de 27 de octubre de 1994.

² DOMENICO BARBERO: *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, 5^o edic., Torino, 1958, n^o 1021, p.581, introduce la distinción entre fórmula o criterio de nacimiento de la responsabilidad, que queda limitado a la culpa, y norma o criterio de propiación de la responsabilidad.

culpa y riesgo, se suceden y se mezclan, hasta el punto que lo que en un momento determinado se puede considerar una solución superada por primitiva aparece sucesivamente como solución más propicia y adecuada a las nuevas necesidades. De este modo, nos encontramos con que en el ámbito de la responsabilidad civil se produce un reenvío sucesivo a los principios de la culpa y del riesgo; la primera en tanto que verificación subjetiva previa a la afirmación de la responsabilidad; y el segundo como criterio de atribución automático del daño a quien lo causa con independencia de su culpa.

En cualquier caso, y con independencia del criterio de imputación, el instituto de la responsabilidad parece tener, desde sus orígenes, como fin último el restablecer o compensar, con cargo a la masa de los bienes y derechos del sujeto responsable, el equilibrio patrimonial o moral que hubiera sido perturbado conforme a la infracción del principio general de no causar perjuicio a nadie³. El no causar daño a los demás fue y sigue siendo, por tanto, la regla más importante de las que gobiernan la convivencia humana⁴.

No obstante, a pesar de la plasmación del principio 'alterum non laedere'⁵ como principio general en los Códigos de inspiración francesa, hay que tener en cuenta que no basta la protección de un interés general para poder deducir la protección directa del correspondiente interés individual, pues el ordenamiento jurídico no protege a todos y cada uno de los intereses individuales sino en cuanto corresponden al interés general⁶; como tampoco, es suficiente la existencia de una protección de carácter ético o por parte de la costumbre: el interés ha de estar jurídicamente tutelado, es decir, el interés ha de estar protegido por la norma jurídica. Afirma, en este sentido, DE CUPIS, "que la generalidad que haya podido alcanzar el principio consiste tan sólo en que la responsabilidad está unida tan sólo a un interés jurídicamente tutelado", lo que significa que el fundamento del resarcimiento del daño se encuentra en la tutela jurídica del interés lesionado y no en máximas de carácter moral que conllevarían una total incertidumbre en el ejercicio de derechos y una ampliación de la esfera de la responsabilidad hasta límites insospechados.

La responsabilidad civil aparece, pues, como efecto jurídico derivado de la vulneración de todo interés humano jurídicamente tutelado. En sede de responsabilidad civil, es evidente, que para todos los casos en que se pretenda exigirla, sea conforme a un contrato previo o sin convenio que le anteceda, es requisito 'sine qua non' que antes se haya infringido el principio de Derecho 'alterum

³ SAVATIER: *Du droit civile du droit public*, LGDJ, 1945, p.82.

⁴ Vid., en este sentido, LARENZ, K: *Derecho de Obligaciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p.190.

⁵ En torno al significado del principio "alterum non laedere" y a su interpretación como principio general o norma particular protectora de un determinado interés jurídico, vid. PUGLIATTI, S: "Alterum non laedere. Il diritto positivo e le doctrine moderne", *Enciclopedia del Diritto*, 1958, II, pp. 98-108.

⁶ Vid. DE CUPIS, A: *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad civil*, Barcelona, 1975, pp. 142 y 143.

non laedere'. La violación de este principio, ético y moral hecho derecho positivo, confiere a la víctima del daño la posibilidad jurídica de entablar ante los Tribunales la acción resarcitoria correspondiente. Por tanto, la responsabilidad civil proporciona el derecho a exigir la indemnización o reparación de los perjuicios producidos en el patrimonio de los interesados como consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico preexistente: el deber de no causar daño a nadie. La responsabilidad civil viene a ser así, para el titular o titulares de los derechos de crédito, concretos o abstractos, preestablecidos o a establecer, la real garantía de la efectividad de la prestación a la que puedan tener derecho⁷. Así pues, podemos hablar de una función de garantía genérica de la responsabilidad civil⁸, garantía que unas veces vendrá referida a un derecho de crédito -responsabilidad contractual⁹- y otras a la esfera jurídica de la personalidad¹⁰ -responsabilidad extracontractual.

La evolución de la responsabilidad viene pues, presidida por la aparición de nuevos criterios de imputación, lo que provoca una diversificación de las funciones que la responsabilidad civil cumple: "unas veces prevalece la sanción, otras se trata de adosar a quien ejerce una actividad generadora del riesgo de un daño las consecuencias negativas de la misma en tanto inseparables de las ventajas que de dicho ejercicio obtiene, y a veces se hace de la responsabilidad civil un instrumento de control de determinadas actividades empresariales"¹¹.

El tratar de privilegiar el aspecto garantista frente al carácter sancionatorio o de resarcimiento en materia de responsabilidad tiene no pocas repercusiones a la hora de aplicar las distintas reglas existentes en materia de responsabilidad

⁷ En este sentido algunos autores, han pretendido fundar la obligación de resarcimiento, no sobre la culpa, sino sobre el concepto de garantía. Vid., STARK: *Essai d'une théorie generale de la responsabilité civile...*, París, 1947, pp.258 y ss.

⁸ Ciertos autores van más allá de la simple atribución a la responsabilidad civil de una función de garantía, hasta el punto, que distinguen la garantía y la responsabilidad como dos aspectos distintos de la culpa. Vid., en este sentido, CHIRONI: *La culpa contractual*, Madrid, 1907, p.35.

⁹ Vid., JORDANO FRAGA, F: *La Responsabilidad Contractual*, Civitas, 1^a edic., Madrid, 1987, p.34; BETTI en su obra: *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, partes I y II, y en su monografía *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 2^a edic., 1955, p.98.

¹⁰ LÓPEZ JAOÍSTE, J.J.: *Transformaciones y paradojas de la responsabilidad extracontractual*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1994, p.19 y ss, que mantiene la función de la responsabilidad extracontractual como garantía genérica de la esfera jurídica de la personalidad. Afirma este autor que, "la responsabilidad extracontractual se dirige a establecer la dimensión relacional de las personas, pero, al ser esa dimensión impronta de su dignidad, las correspondientes acciones civiles ostentan fundamento propio, sin supeditación de principio. Son cauce de mutuo respeto y de la paz social".

¹¹ JORDANO FRAGA: *La responsabilidad...*, p. 60.

civil¹². Hablar de responsabilidad como mecanismo de garantía y no como mecanismo de sanción, supone hablar ante todo de una función compensatoria de la responsabilidad civil. Planteada la cuestión en estos términos, vemos como no se trata tanto de imputar a una persona un hecho dañoso como de determinar cual será en último término el patrimonio que habrá de soportar sus consecuencias dañosas; más que de una imputación personal se tratará de una imputación patrimonial: se responde porque se debe, no porque se realice un comportamiento reprochable. Así pues, no se tratará tanto de llevar a cabo el enjuiciamiento de un acto o de castigar una conducta¹³ como de realizar una protección de la esfera jurídica menoscabada.

La responsabilidad civil parece cobrar así un nuevo sentido, ya que de basarse exclusivamente en la idea de falta¹⁴, de culpa, en tanto reproche moral, pasa a fundarse en otras circunstancias -mera causalidad, riesgo creado, lucro obtenido, equidad, etc- ligadas, esencialmente, al principio de solidaridad social. La idea de solidaridad social se constituye pues, en el nuevo motor que impulsa una institución tan antigua como la responsabilidad civil¹⁵.

¹² Vid., en este sentido, LARENZ, K: *Derecho de Obligaciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 283, que lleva a cabo una distinción entre el principio de culpabilidad y la obligación de garantía, en tanto en cuanto criterio predominante respectivamente en el Derecho alemán y en el Derecho inglés, señala que: "el principio de culpabilidad es menos riguroso en comparación con la obligación de garantía, y responde en mayor medida, a un ordenamiento jurídico que tenga en cuenta la "buena fe" y la "equidad". El deber de garantía corresponde al "strictum jus" y con ello por entero a un ordenamiento jurídico que se apoya en supuestos de hecho sencillos, en resultados claros ("un hombre una palabra") y supone un arma peligrosa en manos del acreedor".

¹³ PANTALEÓN: "El sistema de responsabilidad contractual", ADC, julio-sep 1991, pp. 1019-1091, op.cit.p.1020: "La función de la responsabilidad contractual es puramente indemnizatoria. No tiene una función preventivo-punitiva; no trata de castigar los incumplimientos para así desincentivarlos".

¹⁴ La idea de 'faute' o de 'culpa' aparece ligada a la concepción del Derecho como facultad o prerrogativa propia de las ideas individualistas del Derecho romano y de la Revolución francesa, y presentes en la concepción de los Códigos civiles del siglo pasado; y será a partir del momento en que se abandone esa ideología liberal, y se tome conciencia, a la luz de la ideología socialista, de la existencia de la sociedad, cuando se asigne al Derecho una clara función social. El paso de un Estado liberal a un Estado social y democrático conlleva una nueva concepción del Derecho privado, del Derecho civil, y de la responsabilidad civil por culpa. Vid., en este sentido, CASTÁN TOBEÑAS, J: *Hacia un nuevo Derecho civil*, Reus, 1^a edic., 1933, pags. 45 y ss.; GIERKE: *La función social del Derecho privado*, Madrid, Editorial española, 1904, pág. 45; y VALLS GOMBAU, J.F.: "La extensión de la culpa extracontractual hacia un carácter social", Revista Jurídica de Cataluña, enero-marzo de 1980, núm. 1, pp. 99 y ss.

¹⁵ En torno a la idea de solidaridad social como nuevo principio "regulativo del Derecho civil del porvenir", vid. CASTÁN TOBEÑAS, J: *Hacia un nuevo Derecho civil*, pp.48 y ss, donde afirma que, "no es que la solidaridad fuese un principio desconocido hasta hoy, ni que hasta ahora el Derecho haya estado separado de los ideales y de los intereses

Las exigencias sociales y económicas de una sociedad tan compleja como la del siglo XX, o quizás deberíamos decir del siglo XXI, hacen que junto al viejo principio general de 'neminem laedere' cobre sentido otro principio romano, el 'suum cuique tribuere' que hoy se traduce en el principio de solidaridad¹⁶. El derecho de daños pasa así, de la delimitación negativa del derecho a imponer, por vía de ese principio de solidaridad social, la determinación no sólo de lo que no se debe hacer sino también de lo que se debe hacer.

La responsabilidad civil pierde en el momento presente el significado sancionador y compensatorio propio de otros momentos¹⁷ y se reconduce, básicamente, a una idea: la de solidaridad¹⁸. Será la idea de solidaridad humana, frente al individualismo ya caduco de otras épocas que va penetrando poco a poco en el derecho, y la consideración del estado de la víctima¹⁹ lo que llevará a muchos autores a revisar la concepción clásica y tradicional tanto de la responsabilidad civil como penal²⁰. El Derecho civil deja de primar así, el

sociales. Pero se ha de reconocer que, tradicionalmente, se ha venido exaltando en el Derecho el aspecto de facultad o prerrogativa, más que la nota de función (...); DUGUIT, L.: *Les transformations générales* ..., que considera la idea de solidaridad social como principio de reparación; se manifiesta en contra RIPERT: *La règle morale*..., pp. 202 y ss, quien considera que sólo se podría extraer de la solidaridad un principio de responsabilidad deformando totalmente la misma.

¹⁶ Esta idea de solidaridad social no es extraña en la doctrina legal que la ha tenido en cuenta en varias ocasiones. Así, vid., entre otras, la Sentencia de 10 de julio de 1969, en el cual este principio, impone "a cuantos participan en el tráfico la eliminación o reducción del resultado lesivo ante una situación de emergencia, aunque para ello haya de realizar maniobras anormales para impedir el daño"; la Sentencia de 13 de marzo de 1973, la Sentencia de 27 de mayo de 1978, o la Sentencia de 13 de diciembre de 1971, todas ellas basadas en el principio de solidaridad social.

¹⁷ Vid., al respecto, STARCK, B.: *Essai d'une théorie générale*..., p. 376 señala: "abolition constante des peines, disparition de la culpabilité dans la responsabilité civile, que l'on prétend donc condamner aujourd'hui les théories qui voudraient maintenir à la responsabilité civile une fonction pénale"; GARCÍA DE ENTERRÍA: "Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación forzosa", Anuario de Derecho Civil, 1955, p.1125.

¹⁸ Vid., RODOTA: *Il problema de la responsabilità civile*, Milano, 1967, pp.101 y ss.

¹⁹ Hay que tener en cuenta, en este punto, la importancia del seguro, como garantía de los derechos del tercero víctima del daño. Vid., DíEZ-PICAZO: "La responsabilidad civil hoy", Anuario de Derecho Civil, octubre-diciembre de 1979, pp.736 y ss; DE ANGEL YAGÜEZ, R.: *La responsabilidad civil*, Deusto, Bilbao, 1989, p 37.

²⁰ Hay que señalar, que en el Derecho penal moderno se ha producido, siguiendo un proceso paralelo al Derecho civil, el surgimiento de nuevas tendencias doctrinales en materia de responsabilidad: GIMBERNAT: *¿Qué es la imputación objetiva?*, Estudios Penales y Criminólogos, X, Santiago de Compostela, 1987, 169; *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Ramón Areces, Madrid, 1990; GÓMEZ BENÍTEZ: *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988; TORIO LÓPEZ: *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, ADPCP, t.XXXIX, fasc.I, enero-abril, 1986; LAURRARI: "Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva", t.XLI, fasc. III, septiembre-diciembre, 1986.

aspecto más negativo del Derecho, el 'alterum non laedere' y, en consecuencia, el carácter de penalidad y reparación de la responsabilidad civil, y pasa a reafirmar el aspecto afirmativo del mismo, el 'suum cuique tribuere' y, por tanto, el carácter social de los daños y perjuicios.

2.2. Naturaleza jurídica de las responsabilidades empresariales en las contrataciones y subcontratas

En primer lugar, y pese a correr el riesgo de caer en una obviedad, la contrata al igual que la subcontrata se instrumenta jurídicamente a través de un contrato de derecho privado -civil o mercantil-, de ahí, que sea la voluntad exclusiva de las partes la que determine el objeto y contenido de dicha relación de acuerdo con las exigencias contenidas en una u otra normativa. No obstante, la voluntad empresarial de las partes -contratante y contratista- y, por tanto, el contenido del contrato civil (contrato de ejecución de obra) o mercantil en su caso, se va a ver en cierta medida modalizado y/o intervenido por la normativa laboral, que como parte obligada de aquél le impone un determinado régimen de responsabilidades en materia de obligaciones laborales y de Seguridad Social, en orden a la protección de los terceros cuyos derechos y obligaciones quedan afectados como consecuencia de aquella relación jurídica.

El artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores señala así que: „el empresario principal (...), y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá *solidariamente* de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondería si se hubiera tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo“. El precepto es pues, concluyente al atribuir al empresario principal una responsabilidad solidaria tanto por las obligaciones salariales como en materia de seguridad social contraídas por el empresario auxiliar. Ahora bien, la responsabilidad consagrada por el art. 42.2 del ET ¿es una responsabilidad por culpa o una responsabilidad próxima a la responsabilidad objetiva? Es decir, ¿cuándo hablamos de responsabilidad del empresario principal ésta trae causa en la existencia de un comportamiento culpable causante del daño o, por el contrario, el elemento que condiciona su obligación de resarcimiento no implica necesariamente el elemento de la culpa? En definitiva, ¿la responsabilidad del empresario principal cumple una función resarcitoria y preventiva o por el contrario una mera función punitiva? ¿La responsabilidad en el orden laboral pone su acento en la víctima del daño o por el contrario lo hace en el autor del daño?

Pues bien, a la hora de hablar de la responsabilidad empresarial -responsabilidad salarial y de seguridad social- derivada de las contrataciones y subcontratas, hemos de partir de la base de que nos movemos claramente en el terreno del art. 1903 del CC²¹, que dice que:

²¹ GARCÍA PIRQUERAS, M.: *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contrataciones y subcontratas de obras y servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p.21.

“la obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder (...). La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia”.

El precepto señalado regula así, una *responsabilidad por actos ajenos* y una responsabilidad por culpa; culpa que eso sí se presume. El art. 1903 del Cc presume culpable a un tercero (padre, tutor, empresario, maestro o director) que por regla general ni lo es ni tiene por qué serlo²², pero que en todo caso si quiere quedar exento de la obligación de reparación habrá de probar que no incurrió en culpa o negligencia en el desempeño de supervisión respecto de los causantes materiales de los daños (hijos menores, incapacitados, dependientes, empleados, alumnos). El Código civil toma así claramente una opción de garantía en favor de los sujetos lesionados; es decir, en la medida que trata de facilitarles las cosas a las víctimas de los daños opta por presumir la culpa de un tercero que, eso sí, puede quedar exonerado de toda responsabilidad si prueba que actuó de manera diligente.

No obstante, y aunque la responsabilidad del art. 1903 del Cc no deja de ser una responsabilidad por culpa, tal y como revelan las modernas tendencias doctrinales y jurisprudenciales en relación con la responsabilidad por hechos ajenos y, concretamente, con la responsabilidad empresarial, nos encontramos con que hoy por hoy se postula una auténtica responsabilidad objetiva²³. En efecto, si bien es cierto que el art. 1903 reconoce la irresponsabilidad del empresario cuando se prueba que se empleó la diligencia de un buen padre de familia, la jurisprudencia ha hecho en la práctica casi inviable esa posible excepción, por lo que las pruebas de diligencia casi nunca juegan como causa exculpatoria²⁴.

Pues bien, teniendo en cuenta lo expuesto y centrándonos en el supuesto de las contrataciones y subcontratas, nos encontramos con que la responsabilidad en el orden laboral del empresario “principal” no sólo puede ser directa sino conforme a lo previsto en el art. 42.2 ET también puede ser indirecta. Es decir, el empresario principal puede responder de sus deudas laborales y de Seguridad Social frente a sus trabajadores como empresario incumplidor, como persona causante del daño, constituyéndose en una responsabilidad por hechos propios. Pero, también cabe que se le imputen las deudas laborales y de Seguridad Social del empresario contratista, configurándose así su obligación de reparación como responsabilidad por hechos ajenos.

²² RUBIO GARCÍA-MINA: *La responsabilidad civil del empresario*, Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1971, p.36.

²³ MORENO DE TORO, C: *La responsabilidad civil del empresario por actos de sus empleados*, CES, Madrid, 2000, pp.126128.

²⁴ ANGEL YÁGÜEZ, R: *La responsabilidad civil*, Deusto, Bilbao, 1989, 2ª edic., pp.129-132.

Así es, sin duda. El art. 42.2 al igual que el art. 1903 del CC imputa legalmente la responsabilidad a una persona distinta de la causante del daño (el empresario principal) en atención: por una parte, a la presunción legal de que por su parte ha existido culpa in vigilando o in eligendo; y, por otra, a las víctimas de los daños (los trabajadores del contratista y/o subcontratista y el propio sistema de Seguridad Social) y a la conveniencia de asegurarles, ante la presumible insolvencia del autor material de los mismos –la empresa auxiliar– un patrimonio solvente. El art. 42 del ET completa así la responsabilidad laboral que el empresario principal asume frente a sus trabajadores y frente a la Seguridad Social evitando situaciones de irresponsabilidad de la empresa auxiliar por insolvencia.

Nos encontramos pues, con que la responsabilidad del empresario principal por hechos ajenos (art. 1903 Cc y 42.2 ET), en principio, parece que proceda y se justifique en una conducta culpable. El empresario principal no responde simple y llanamente porque se decida remitir sobre su patrimonio el daño causado en el desempeño del negocio sino porque ha actuado de manera negligente; el empresario ha realizado un comportamiento reprochable para el orden laboral y debe pagar. Diríamos así, que si bien corresponde a la libre iniciativa económica la opción por la forma en que desea llevar a cabo una determinada actividad económica, en el caso probable de que una empresa decida acudir a un sistema de contratación civil o mercantil y contratar con terceros parcelas de su propia actividad, debe “hacerlo bien”; debe elegir bien la empresa con la que contrata, porque en caso contrario él y sólo él será culpable la elección del contratista y/o de la defectuosa vigilancia de su organización y actividad empresarial. Y es que, puede suceder que el empresario principal no haya desplegado el grado de diligencia exigido por el ordenamiento laboral en orden a la elección de la empresa auxiliar y haya existido una posible dejación de las obligaciones que como empresario le corresponden en la elección de aquella.

La culpa operaría así, como criterio de imputación de la responsabilidad del empresario principal por las deudas del empresario contratista. La fuente de responsabilidad del empresario principal radicaría pues, en su negligencia; en la omisión de la diligencia necesaria a la hora del contratar con una empresa solvente. Tanto es así, que el art. 42.1 prevé como causa de exoneración de la responsabilidad derivada del art. 42.2 la observancia por parte del empresario principal del deber de comprobación y de información de que el contratista es un contratista solvente, es decir, de que está efectivamente al corriente de abono de las cuotas de la Seguridad Social.

En efecto, la posibilidad de exoneración de toda responsabilidad existe para el empresario principal si prueba que actuó con la diligencia necesaria para prevenir el daño causado por la empresa auxiliar con la que contrató. No obstante, y aquí radica una de las claves del asunto, esta irresponsabilidad del empresario principal opera exclusivamente respecto de las obligaciones en materia de Seguridad Social pero no así respecto de las obligaciones salariales. Esto significa, que en el caso de que el empresario principal sea y/o quiera ser un empresario diligente, en ningún caso, podrá ver eximida la obligación de

pago respecto de las deudas salariales del empresario auxiliar. No cabe exoneración de la responsabilidad solidaria en materia salarial al no haberse previsto un mecanismo de comprobación semejante al recogido en materia de Seguridad Social por el art. 42.1 ET. Por tanto, difícilmente se puede hablar aquí de *culpa in eligendo* del empresario comitente; la culpa del empresario es indiferente a efectos de responsabilidad; o mejor dicho, la ley introduce aquí una presunción de culpabilidad del empresario comitente que, eso sí, es una presunción *iuris et de iure*. Nos encontramos así ante una responsabilidad cercana a la objetiva.

La obligación de reparación en materia salarial parece pues, encontrar su fundamento en la creación de un riesgo; la contrata es una actividad generadora de un riesgo y como tal se entiende que el sujeto que crea dicho riesgo debe asumir las consecuencias no sólo positivas sino también negativas que de dicha actividad se derivan. Así, al tiempo que el ordenamiento laboral consigue de la responsabilidad empresarial en materia salarial un instrumento de garantía de los trabajadores, la convierte en un instrumento de control de esta opción empresarial que se ha visto siempre como un mecanismo peligroso por los fraudes y abusos a que puede dar lugar. La responsabilidad empresarial salarial se revelaría como un mecanismo de garantía que trata de forzar la elección de empresas serias y solventes para evitar la imputación de responsabilidad.

Lógicamente, en contra de este carácter objetivo de la responsabilidad empresarial del principal, cabría argumentar el carácter solidario de la misma, del todo punto acorde con las exigencias del principio de culpabilidad. No obstante, si el empresario respondiera porque hubo culpa por su parte no parece del todo razonable que pueda repercutir sobre el prestado auxiliar toda la carga de la indemnización; si así fuera, resultaría que éste es el único responsable efectivo²⁵. Ahora bien, ¿qué ocurre respecto de las obligaciones en materia de Seguridad Social? ¿Estamos aquí también ante una responsabilidad de carácter objetivo?

A diferencia del supuesto anterior, respecto de la responsabilidad del empresario principal en materia de Seguridad Social sí se percibe una cierta carga de responsabilidad por culpa. La razón es clara, a diferencia de las obligaciones salariales el legislador sí ha previsto aquí (art. 42.1 ET) la posible exoneración del empresario principal respecto de las obligaciones en materia de Seguridad Social en el supuesto que acredite que ha sido un empresario especialmente cuidadoso al haber desplegado toda la diligencia que se le exige en orden a impedir los posibles daños que su decisión empresarial puede producir en el sistema de Seguridad Social y en la protección social de los trabajadores, al comprobar la ausencia de deudas de la empresa auxiliar en materia de Seguridad Social. El legislador introduce aquí una carga directa sobre el empresario principal: la de comprobar el grado de cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social por parte del empresario auxiliar y la de informarse sobre las

²⁵ Vid., en este sentido, GULLÓN: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, pp. 484-485.

características empresariales del contratista o subcontratista; y en la exigencia de este requisito, precisamente, se manifiesta la concurrencia del elemento subjetivo. El empresario comitente decide voluntariamente desplegar una conducta activa u omisiva en orden a solicitar la certificación negativa de la Tesorería General de la Seguridad Social.

La responsabilidad del empresario comitente encuentra pues, fundamento en la *culpa in eligendo e in vigilando*. El empresario comitente responde así porque ha realizado una conducta reprochable: no ha cumplido con la exigencia legal; si, por el contrario, hubiera desplegado la facultad que la ley de ofrece en orden a informarse si el empresario con quien va a formalizar la contrata está o no al corriente de sus obligaciones con la seguridad social, habría conocido si le interesaba o no continuar la relación con el contratista o subcontratista, y se habría visto exento, en su caso, de la obligación de reparación.

La responsabilidad del empresario principal en materia de Seguridad Social cumple frente a la responsabilidad salarial una función cercana a la sancionadora o punitiva. Y es que, entendemos que aquí parece buscarse tanto sancionar la posible situación antisocial creada como consecuencia de la contrata como penalizar la culpa del empresario principal en la elección de un empresario auxiliar insolvente; culpa que no sólo acarrea perjuicios a los trabajadores sino también al propio sistema de Seguridad Social. En este sentido, nos encontramos que mientras que la responsabilidad en materia salarial es, como consecuencia de su carácter objetivo, una responsabilidad que hay que entender en términos restrictivos tanto en orden a las obligaciones económicas que comprende (no se extiende a las percepciones de naturaleza indemnizatoria o compensatoria ni a los conceptos extrasalariales) como porque alcanza exclusivamente a los supuestos de "propia actividad"²⁶; la responsabilidad en materia de Seguridad Social es una responsabilidad que por su fundamento subjetivo o cuasi-subjetivo, es una responsabilidad amplia, que abarca todas las obligaciones posibles (cotizaciones, prestaciones, mejoras voluntarias, etc), no sólo frente a la Seguridad Social sino también frente al trabajador, y se extiende tanto a los supuestos de propia como a los de no propia actividad (art. 127.1 LGSS y 12 del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre).

De lo expuesto se deduce, que en el modelo de responsabilidad empresarial en materia de contratas y subcontratas que se deduce del art. 42 del ET no se equiparan los ámbitos salarial y de Seguridad Social. La función y fundamento de la responsabilidad es en uno y otro caso diferente al no exigirse responsabilidad solidaria en todo caso.

²⁶ Vid., ente sentido, la STS de 19 de enero de 1998 (Ar. 98)