

EL TRABAJO EN CONTRATAS Y LA CESION DE MANO DE OBRA EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES (*)

SUMARIO

0. *Introducción*: 0.1. El impacto del ET en la regulación del trabajo en contratos y la cesión de mano de obra. 0.2. Plan de trabajo.—1. *El trabajo en contratas en el Estatuto de los trabajadores*: 1.1. Antecedentes del artículo 42 ET; 1.2. Supuesto de hecho contemplado en el art. 42 ET; 1.2.1. Contrata y subcontrata. Noción y caracteres; 1.2.2. Contratas y subcontratas de obras o servicios; 1.2.3. Obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal. 1.3. Obligaciones de la empresa contratante: 1.3.1. Obligación de comprobar; 1.3.2. Consecuencias jurídicas del cumplimiento o la infracción de la obligación de comprobar. 1.4. Responsabilidad solidaria del empresario principal: 1.4.1. Empresas sujetas a responsabilidad; 1.4.2. Naturaleza de la responsabilidad; 1.4.3. Alcance de la responsabilidad solidaria; 1.4.4. Límites a la responsabilidad solidaria. 1.5. Exoneración de responsabilidad: 1.5.1. Construcción o reparación encargada por un cabeza de familia; 1.5.2. Obras contratadas sin conexión con la actividad empresarial.—2. *La cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores*: 2.1. Antecedentes. 2.2. Supuesto de hecho contemplado; 2.2.1. Reclutamiento y contratación de trabajadores; 2.2.2. Interposición y mediación en el contrato de trabajo; 2.2.3. Cesión o préstamo temporal; 2.2.4. Utilización de los trabajadores cedidos. 2.3. Responsabilidad empresarial en caso de cesión de trabajadores: 2.3.1. Personas sujetas a responsabilidad; 2.3.2. Naturaleza

(*) El presente trabajo es una reelaboración y adaptación al texto del ET del estudio presentado por el autor como tesina de licenciatura, ante un Tribunal compuesto por el profesor doctor A. Martín Valverde como presidente, y por los profesores doctores A. Rojo, F. Valdés, C. R. Verástegui y E. Galán, como vocales, en el mes de mayo de 1980.

de la responsabilidad; 2.3.3. Alcance de la responsabilidad solidaria; 2.3.4. Denuncia de los actos delictivos. 2.4. Situación jurídica del trabajador cedido: 2.4.1. Elección de la condición de fijo; 2.4.2. Efectos de la integración. 2.5. Sanciones en los supuestos de cesión de mano de obra: 2.5.1. Sanciones de tipo administrativo; 2.5.2. Sanciones penales.—3. *Conclusiones*

0. INTRODUCCION

0.1. *El impacto del ET en la regulación del trabajo en contratas y la cesión de mano de obra*

La contrata y subcontrata de obras y servicios y la cesión de trabajadores, con toda seguridad los fenómenos más frecuentes y de mayor relevancia dentro de lo que se ha denominado «descentralización productiva» o «exteriorización del empleo» (1), constituyen una práctica generalizada en el amplio campo del desarrollo del trabajo por cuenta ajena desde hace bastante tiempo. En ambos supuestos, por otra parte, existe una nota común y es que el beneficiario directo de la prestación de trabajo no es el que figura como empresario del trabajador, sino una persona distinta, titular de la organización productiva donde tiene lugar la prestación de los servicios (2). Pero aquí se acaban las semejanzas entre uno y otro fenómeno, porque la contrata y la subcontrata se han considerado negocios útiles e incluso necesarios para el desarrollo de la cada vez más complicada actividad industrial (3). Es imposible, y además pernicioso desde un punto de vista económico, que una empresa sea actualmente autosuficiente en el desarrollo de la actividad necesaria para la obtención de su fin productivo. Esta necesidad, sin duda, es la de otras empresas que desarrollen actividades complementarias y de colaboración en la realización de la actividad principal. Por ello, la contrata se considera un legítimo derecho de las em-

(1) Sobre el empleo de estos términos, véase RODRÍGUEZ PIÑERO, «Interposición y trabajo en contratas a través de la jurisprudencia», en *Estudios Bayón*, Tecnos, Madrid, 1980, pág. 70 y bibliografía allí citada.

(2) RODRÍGUEZ PIÑERO, «La regulación protectora del trabajo en contratas», en *RPS*, núm. 93, pág. 5.

(3) En este sentido, RODRÍGUEZ PIÑERO, *La regulación...*, pág. 7. Un estudio de la importancia de la subcontratación de cara a la creación de empleos y de las ventajas que ofrece en el proceso productivo, en S. WATANABE, «Subcontratación, industrialización y creación de empleos», en *RIT*, vol. 84.

presas para llevar a cabo su actividad en un momento en que la producción se caracteriza por su enorme complejidad (4).

Además de esta utilidad social y necesidad técnica de la contrata, dicho negocio no ofrece mayor peligrosidad al trabajador, puesto que el contratista es un empresario formalmente constituido y con patrimonio propio que carece, en el supuesto normal, de finalidad especulativa.

Distintas han de ser forzosamente las consideraciones que hagamos sobre la cesión de trabajadores. Aquí, los perjuicios para el trabajador pueden ser de gran entidad y por contra la ventaja, desde una perspectiva económica, es nula totalmente. Al margen de la incidencia de este fenómeno en los principios de estabilidad en el empleo por la constante amenaza que suponen para la conservación del puesto de trabajo, y de ocupación en la propia empresa (por el cual el trabajador debe prestar sus servicios dentro de la organización empresarial que lo contrató) (5), la característica fundamental de la cesión de trabajadores es su finalidad claramente especulativa, y su pretensión de obtener un aprovechamiento económico a costa de los trabajadores, bien sea exigiéndoles una cantidad determinada de dinero por su colocación, bien sea por mecanismos tan dispares como la elusión de responsabilidades, la provocación de insolvencias empresariales o la reducción artificial del número de trabajadores de una empresa con el fin de soslayar obligaciones laborales (6).

Si, como hemos visto, la finalidad y los caracteres de la contrata y de la cesión de trabajadores son tan diversos, los ordenamientos jurídicos no podían reaccionar frente a ellos de la misma manera. Esta es la razón de que la contrata se considere un negocio lícito y de que el tráfico de mano de obra se prohíba tajantemente, estableciéndose para las personas en él implicadas sanciones y responsabilidades de tipo laboral, administrativo e incluso penal.

Pero no acaba aquí el tratamiento normativo de estos fenómenos; por-

(4) Son interesantes a estos efectos las SCT de 24-II-76, 22-VI-76 y 17-V-77. En todas ellas se hace hincapié en que el sistema de contrata y subcontrata permiten a la empresa principal contar con la ayuda y colaboración de la industria auxiliar cuando está necesitada de ello.

(5) Para MARTÍNEZ EMPERADOR, el principio de ocupación en la propia empresa, que deriva del principio de ocupación efectiva, es aquel por el que el trabajador tiene derecho a que el trabajo que realice en el puesto designado, sea directamente recibido por la empresa que asume el papel de empleador. *El Estatuto de los trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios*, IES, 1980.

(6) Véase MARTÍN VALVERDE, «Interposición y mediación en el contrato de trabajo», *RPS*, núm. 91, págs. 37 y 49. Véase también ALONSO OLEA, *Pactos colectivos y contratos de grupo*, IEP, 1956.

que si la contrata, como decíamos, se considera un negocio lícito, también es objeto de una regulación protectora de los trabajadores que realizan las obras o servicios contratados. Cabe preguntarse el sentido de esta regulación protectora en un fenómeno como la contrata; de gran utilidad social y técnicamente necesario en el mundo de la producción. La respuesta ha de buscarse, sin duda, en el hecho cierto de que la contrata puede ofrecer peligros para el trabajador que en ella interviene, peligros que pueden nacer de posibles insolvencias de la empresa contratista (7), y también puede causar perjuicios al trabajador de tipo económico, puesto que su tratamiento económico-normativo es generalmente inferior al correspondiente a los trabajadores de la empresa principal. En definitiva, peligros y perjuicios que derivan de toda utilización de mano de obra «periférica» (8). Para conjurar estos peligros en lo posible, los ordenamientos han procurado medidas como la imposición de responsabilidades solidarias entre las empresas principal y contratista, o como un tratamiento económico-normativo igual para los trabajadores de una y otra empresa.

En nuestro país, la primera norma que aborda directa y conjuntamente toda la problemática que vamos apuntando es el Decreto 3.677/70, de 17 de diciembre (DCE), Decreto que fue absorbido por el artículo 19 LRL en semejantes términos. Dichas normas recogían un tratamiento bastante coherente y adecuado del trabajo en contratas y la cesión de trabajadores mediante una dualidad de regulación:

a) Prohibición e imposición de sanciones y responsabilidades para el reclutamiento y contratación de trabajadores con el fin de proporcionarlos, cederlos y prestarlos a otras empresas, así como para la utilización de esos trabajadores.

b) Reconocimiento de la licitud de la contrata y subcontrata de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal,

(7) Según H. MARAVALL, «el problema común a todas las formas de subcontratación, el más grave, es la frecuencia con que se producen los casos de insolvencia, de desaparición física y jurídica de los contratistas, por la consabida razón de la escasez de medios económicos», en «La cesión de mano de obra, el trabajo temporal y el empleo», en *RT*, núm. 47, 1974, pág. 72.

(8) Hay que tener en cuenta que el personal de la empresa contratista sufre ciertas discriminaciones y perjuicios respecto del personal fijo de la empresa principal: menor estabilidad en el empleo, dispersión del personal, dificultades para el buen funcionamiento de las instituciones representativas, menor fuerza contractual, etc. Esto da lugar a una subprotección legal y convencional de este personal. Véase MAILLARD y otros, «L'éclatement de la collectivité de travail: observations sur les phénomènes d'extériorisation de l'emploi», en *Dr. Social*, 1979, pág. 324.

aunque se imponían unos deberes al empresario contratante y una responsabilidad solidaria entre las empresas principal y contratista.

Pero aunque esta regulación supuso una importante labor de saneamiento del mercado de trabajo y seguía las líneas de otras normas de Derecho comparado (9), los problemas en su aplicación iban a ser de no poca relevancia. Y ello fundamentalmente porque los dos fenómenos contemplados por la norma, la contrata y la cesión de mano de obra, aunque incompatibles entre sí y con un tratamiento legal radicalmente diferente, en la práctica iban a resultar de muy difícil distinción en gran número de ocasiones, puesto que ambas figuras tienen una estructura semejante: en ambos se da una relación tripolar, ya que hay un elemento extraño a la relación trabajador-empresario, aunque ese elemento tiene una razón de ser en la contrata (la empresa principal) y no la tiene en la cesión (la persona interpuesta). De ahí que fuese una labor primordial la caracterización y delimitación de la contrata y de la cesión de trabajadores (interposición y mediación en el contrato de trabajo), labor que llevó a cabo con gran relieve la doctrina (10). A la vez, la propia realidad de las relaciones laborales en la empresa y el examen cuidadoso del supuesto de hecho concreto y específico es lo que proporciona los datos más fiables y provechosos para la configuración de los contornos de aquellos fenómenos. Este examen fue realizado con exhaustividad por nuestros tribunales laborales (11).

Cabe preguntarse en este momento qué sucede respecto de la materia

(9) En especial la ley italiana de 23-X-60, núm. 1.369.

(10) Los estudios aparecidos en nuestro país sobre el DCE o sobre el art. 19 LRL han sido de bastante abundancia. Así, DE LAS CUEVAS FERNÁNDEZ, «Contratas, subcontratas y la llamada cesión de trabajadores», en *Cuestiones de enjuiciamiento de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social*, Madrid, 1973; H. MARAVALL, *La cesión de mano de obra...*, cit.; MARTÍN VALVERDE, *Interposición...*, cit.; RODRÍGUEZ PIÑERO, *La regulación...*, cit.; SAMPEDRO GUILLAMÓN, «Los fraudes en la contratación de mano de obra y el D. de 17 de diciembre de 1970», en *CCDT*, núm. 1, 1971; SANZ HOYOS, «Continuidad del contrato de trabajo. La cesión de trabajadores», en *Diecisiete lecciones sobre la LRL*, Madrid, 1977.

(11) La SCT de 21-XII-77 hace hincapié en la aludida necesidad de llevar a cabo «un exhaustivo examen con el fin de esclarecer su auténtica naturaleza» en cada caso concreto. Conviene decir que, desde la aprobación del DCE, el número de resoluciones de nuestros tribunales sobre la materia de contratas y cesión de trabajadores ha sido muy alto, siendo la mayoría de ellas del TCT, y en muy escasa medida del TS. Sobre el estudio de esta labor de los tribunales laborales, hay importantes trabajos: GALÁN, «Decreto de 17 de diciembre de 1970. Delimitación de las figuras descritas en el mismo», en *RPS*, núm. 97; GARCÍA NINET, «Cesión de trabajadores. Inexistencia», en *RDP*, diciembre 1979; RODRÍGUEZ PIÑERO, «Cesión de trabajadores (interposición) y subcontrata de obras y servicios», en *RPS*, núm. 96; *Interposición...*, cit.

que nos ocupa con la aprobación del ET. Esta ley regula el trabajo en contratas y la cesión de trabajadores en los artículos 42 y 43, respectivamente, dentro de la sección segunda («Garantías por cambio de empresario»), del capítulo tercero del título primero. ¿Ha supuesto innovaciones la nueva regulación de los artículos 42 y 43 del ET? En principio, y como sucede con buena parte del título primero del ET, la variación con la regulación anterior no ha sido excesivamente importante (12). Efectivamente, y referido a nuestro tema, el ET conserva la dualidad de regulación que ya se recogía en el artículo 19 LRL, aunque ahora en artículos separados, conserva también el sentido de aquella regulación, ya que:

a) El artículo 42 ET admite la licitud de la contrata y subcontrata de obras y servicios correspondientes a la propia actividad, aunque considera que en esos negocios debe establecerse una protección y garantía a los trabajadores, para lo cual arbitra unas obligaciones de la empresa contratante a la hora de contratar y una responsabilidad de dicha empresa con la contratista.

b) El artículo 43 ET prohíbe el reclutamiento y contratación de trabajadores para prestarlos y cederlos, así como la utilización de sus servicios. Además establece responsabilidades laborales, administrativas y penales para las personas que infrinjan la prohibición.

Aunque en esencia la regulación de estos preceptos ofrece pocos cambios respecto de la normativa anterior, no carece de interés, ni mucho menos, un estudio de los artículos 42 y 43 ET (13), y ello porque el texto del ET incorpora ciertas innovaciones, algunas de ellas de especial relevancia, que requieren una detenida interpretación (la obligación de comprobar impuesta al empresario principal, y sus posibles consecuencias jurídicas, los límites que se establecen a la responsabilidad solidaria, la posible desaparición de la mediación de la nueva regulación...). Además es preciso examinar los antecedentes de la norma, el grado de vigencia de los mismos, las mejoras o inconvenientes que representa el texto del ET y la posible influencia en la

(12) Es ya un lugar común en la doctrina la relativa novedad que supone el Título I del ET. Como ejemplo, véase las opiniones de F. DURÁN, C. PALOMEQUE, T. SALA y F. VALDÉS en los números 32, 33 y 34 de *Argumentos*.

(13) Han aparecido ya algunos estudios sobre el trabajo en contratas y la cesión de trabajadores tras la aprobación del ET. Al margen de los trabajos sobre el ET de carácter general, muy abundantes, es preciso reseñar los estudios de MARTÍNEZ CALCERRADA, «La titularidad de la empresa y cambio de la misma», en *Jornadas de Magistrados sobre el ET*, IES, 1980; MARTÍNEZ EMPERADOR, *El ET y la responsabilidad...*, citado; RAYÓN SUÁREZ, «La repercusión en la Seguridad Social del ET: la cotización», en *Rev. de Seg. Social*, núm. 7, julio-septiembre 1980.

actual normativa de las consideraciones que la doctrina y los órganos de la jurisdicción laboral han ido aportando a lo largo de todos estos años.

0.2. *Plan de trabajo*

Como se habrá podido apreciar, nuestro análisis va a estar dedicado a los artículos 42 y 43 ET, reguladores, respectivamente, del trabajo en contratas y la cesión de mano de obra. Para ello, el presente trabajo lo hemos estructurado en dos capítulos fundamentales y una breve conclusión final. Cada uno de dichos capítulos estará dedicado al estudio de los artículos antes mencionados, y el esquema a seguir será semejante.

Así, hemos considerado conveniente comenzar ofreciendo un análisis no excesivamente extenso de los antecedentes de cada uno de los preceptos en cuestión, con el fin de que ello nos ayude a clarificar la nueva normativa y a entender mejor sus innovaciones. Después haremos un examen del supuesto de hecho que contempla la nueva regulación, para pasar finalmente al estudio y análisis exegético de los artículos 42 y 43 ET. En el primer capítulo consideraremos la obligación de comprobar impuesta al empresario contratante, y sus consecuencias, la responsabilidad solidaria entre las empresas principal y contratista y los casos de exclusión de la regulación. En el segundo epígrafe analizaremos las responsabilidades solidarias a que quedan sujetas las empresas cedente y cesionaria, el derecho concedido al trabajador cedido para elegir la empresa en la que se va a integrar y las responsabilidades administrativas y penales en que incurrir los traficantes de mano de obra.

1. EL TRABAJO EN CONTRATAS EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Dedica el ET su artículo 42 a la regulación de las contratas y subcontratas de obras y servicios. Dicho artículo, que lleva por título «Responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios», consta de los siguientes puntos:

- En su apartado uno establece una clara medida de saneamiento del tráfico negocial entre las empresas, ya que se impone a la empresa contratante la obligación de comprobar si la empresa contratista está

al corriente en el pago de cuotas a la Seguridad Social. Se establece también el modo de llevar a cabo esta obligación y las consecuencias jurídicas que puede originar la actuación del empresario contratante.

- En el apartado dos se recogen la responsabilidad solidaria de las empresas contratante y contratista, el contenido y el alcance de dicha responsabilidad y los límites a la mismas. Estamos, pues, ante una medida que pretende fundamentalmente proteger los derechos de los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista.
- En el último párrafo del apartado dos se excluyen de esta regulación anterior determinados supuestos de contrata por entender que en ellos no están justificadas las citadas medidas de saneamiento y de protección de los trabajadores (14).

Como vemos, el artículo 42 ET, en esencia, constituye un intento de dejar al margen de la contratación entre empresas a aquellas que no cumplen sus obligaciones de Seguridad Social (ya que se impone a la empresa principal la obligación de comprobar la situación de la contratista) y juntamente con eso supone una regulación protectora de los trabajadores que

(14) El art. 42 ET está redactado en los siguientes términos:

«Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la entidad gestora, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término improrrogable de treinta días. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.

El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata, con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo. No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto a su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial.»

Respecto de este artículo, la única modificación que se produjo desde el texto del Gobierno hasta la redacción definitiva, fue el cambio de quince a treinta días en el plazo concedido a la entidad gestora para contestar al empresario solicitante, cambio que se produjo en el Pleno del Congreso. Fue presentada a este artículo la enmienda número 528 por el grupo comunista, enmienda rechazada en la Sesión de la Comisión de Trabajo del Congreso de 5-XI-79.

van a realizar la obra o servicio contratados. Sin embargo, el contenido del artículo 42 ET no es totalmente nuevo, sino que ya existían en nuestro ordenamiento jurídico normas que incidían en la misma materia, algunas de ellas antecedente claro y directo de la regulación del ET. Al análisis de todas estas normas y al estudio de su posible vigencia tras el ET, vamos a dedicarnos a continuación tratando de mostrar a la vez las novedades que aporta el texto del ET en esta materia y si suponen mejora o no respecto de la anterior regulación. En apartados sucesivos analizaremos en profundidad el contenido del artículo 42 ET y el supuesto de hecho que en el mismo se contempla.

1.1. *Antecedentes del artículo 42 ET*

Como decíamos, no es la primera vez que se regula el trabajo en contratas en nuestro ordenamiento jurídico. Ya en el Código civil de 1889 se contemplaba una responsabilidad del dueño de la obra frente a los trabajadores del contratista, aunque se trataba de una responsabilidad de alcance limitado. Se establecía en el artículo 1.597 de aquel Código, según el cual «los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación». Los trabajadores tienen, por tanto, una acción directa contra el dueño de la obra hasta el límite de aquella cantidad. Esta disposición, no obstante, está pensada para una época (el siglo anterior) en la que el contratista, lejos de funcionar como empresa, realizaba la obra contratada auxiliado, a lo sumo, por algún trabajador, de ahí que posteriormente haya sido necesario establecer normas más detalladas y actualizadas (15). Con todo, hay que tener en cuenta que el artículo 1.597 C. civil continúa vigente y que es aplicable a muchos supuestos que no encajan en aquellas otras normas, la más importante de las cuales es hoy el artículo 42 ET. De esta forma, el artículo 1.597 C. civil sería aplicable a las contrataciones de obras no correspondientes a la propia actividad de la empresa principal y a determinados casos de los excluidos expresamente de la regulación del artículo 42 ET.

(15) Como muy bien puso de relieve RODRÍGUEZ PIÑERO en *La regulación...*, cit., página 93, donde estudia la naturaleza y funcionamiento de esta acción directa contra el dueño de la obra. Un estudio monográfico de la acción directa del 1.597 CC en DE ANGEL YAGUEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra*, Tecnos, 1969; también en SANTOS BRIZ, «El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica», en *RDP*, 1972, pág. 407.

Como se ha apuntado, tras la regulación analizada del artículo 1.597 C. civil, fueron apareciendo otras normas que trataban más o menos directamente el trabajo en contratas. Así ocurrió sobre todo en las Ordenanzas laborales. En esta línea, la Orden de 11-III-63, para industrias del esparto, estableció que las empresas de la industria manual del esparto son subsidiariamente responsables de todas las obligaciones laborales y de previsión social que contraigan los destajistas con los que hubiesen establecido los correspondientes conciertos.

Más importancia, sin embargo, va a tener la Ordenanza de la construcción de 28-VIII-70, antecedente claro de la posterior regulación que con carácter general se dio para el trabajo en contratas. La citada norma sectorial, en su artículo 59.1, dispuso que las empresas que subcontratasen con otras la realización de obras y servicios debían exigir a éstas que estuviesen al corriente en el pago de cuotas a la Seguridad Social, y respondían con ellas subsidiariamente de las obligaciones laborales y de Seguridad Social (16). No obstante, este precepto perdió importancia con la aparición del DCE y actualmente con el artículo 42 ET. Sin embargo, hay que pensar que sigue vigente, ya que el artículo 59 de la citada Ordenanza y el artículo 42 ET no son incompatibles ni se excluyen entre sí (STS de 11-VII-77), sino que la responsabilidad que establece el artículo 42 ET es más intensa (solidaria) y de vigencia más reducida (limitada a la duración de la contrata).

A pesar de las normas expuestas, es con el DCE de 17-XII-70 cuando se regula de forma adecuada y con carácter general el trabajo en contratas. Dedicó este DCE su artículo 4 al tratamiento de esta materia, artículo que representa fundamentalmente una especial protección para los trabajadores implicados en la contrata: se considera que las contratas o subcontratas son negocios útiles y necesarios que deben estar permitidos, pero se imponen determinadas obligaciones y responsabilidades a las empresas contratantes en prevención de maquinaciones fraudulentas, insolvencias o incumplimientos empresariales (17). Para los tribunales laborales, aunque el principal fin del DCE era el de «combatir el posible fraude por indebidas cesiones de personal en menoscabo de los derechos de los productores», ello no era óbice «para que las empresas puedan contratar o subcontratar

(16) La SCT de 20-III-72 hace aplicación de este precepto al declarar la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal, si bien hasta la entrada en vigor del DCE que la convertiría en solidaria.

(17) Como dice MONTROYA, «las cesiones nacidas de contrata o subcontrata son lícitas y sólo se sancionan cuando se prueba la existencia de maquinaciones o confabulaciones dolosas», en *Derecho del Trabajo*, pág. 386, 1979.

con otras los trabajos propios de su actividad, siempre que en estas últimas concurren los requisitos previstos en el artículo 4 DCE». La finalidad de la norma era la protección de los derechos de los trabajadores en los trabajos realizados mediante contrata o subcontrata (18).

El artículo 4 DCE estaba referido a las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa contratante. Sólo las que tenían esta característica encajaban en la norma que comentamos. Un análisis de su contenido nos ofrece los siguientes datos de interés:

- Las empresas que contraten o subcontraten con otras deberán exigir a éstas la posesión del carnet de empresa con responsabilidad (19) y que estuviesen al corriente en el pago de cuotas a la Seguridad Social.
- La empresa principal responderá solidariamente con la contratista y subcontratista de las obligaciones contraídas por éstas con los trabajadores y con la Seguridad Social (20).

El DCE fue absorbido por el artículo 19 LRL en sus mismos términos. La LRL representa fundamentalmente, y ante esta materia, una legalización

(18) Así, la SCT de 24-IX-79.

(19) El carnet de empresa con responsabilidad se estableció para ciertos sectores de producción a partir del D. 26-XI-54 (para construcción), para evitar fraudes y abusos en los correspondientes sectores profesionales y posibles insolvencias empresariales en concreto. Se expedía gratuitamente por la OSE y requería una actualización periódica. El D. 358/78 de 17-II lo suprime en base a la instauración de un régimen de libertad sindical. Prevé este Decreto la posibilidad de que se exija un documento de calificación empresarial para el ejercicio de determinadas actividades empresariales. Este documento se regula en el D. 3.008/78 de 27-X (BOE 23-XI), y su fin es «facilitar la ordenación de determinadas actividades industriales cuyo ejercicio puede comportar responsabilidades sociales relevantes. El documento asegura los derechos laborales de los trabajadores. Hasta el momento, se ha implantado para la construcción (O. de 3-VIII-79, BOE 17-VIII), industrias eléctricas (O. de 25-X-79, BOE 5-XI, y Res. de 9-XII-80, BOE 16-II) e industrias agrarias (RD. 3-V-80, BOE 20-VI).

(20) La Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo, O. de 9-III-71, en su artículo 153 amplía el ámbito material de la responsabilidad solidaria del art. 4 DCE, ya que establece una responsabilidad solidaria de la empresa principal con el contratista y subcontratista en las obligaciones que impone la citada Ordenanza, aunque la responsabilidad está limitada a los trabajadores ocupados en el centro de la principal. La STS (6), de 16-I-74, R. 99, contempla esta responsabilidad solidaria en la observancia de medidas de seguridad.

del DCE (21), ya que las diferencias de contenido son escasas y de poca relevancia. Dichas diferencias fueron las siguientes:

- No se habla de «obras o trabajos», sino de «obras o servicios», terminología más correcta, aunque lo cierto es que la doctrina ya había aclarado la anterior expresión; sin duda, «trabajos» se refería a la actividad de servicios (22).
- El empresario principal debe exigir que estén al corriente en el pago de cuotas a la Seguridad Social tanto el contratista como el subcontratista. En el artículo 4 DCE se menciona sólo a los subcontratistas, pero esta omisión había de suponerse debida a olvido del legislador.

Como se puede observar no hay variaciones de relieve entre el artículo 19.2 LRL y el artículo 4 DCE; ambos constituyen los más directos e inmediatos antecedentes del artículo 42 ET, y a ellos nos referiremos cuando se trate de comparar este artículo 42 ET con la regulación anterior del tema en estudio.

Tras la LRL y hasta la aprobación del ET apenas encontramos normas que incidan en la regulación del trabajo en contratas. Tan sólo merece la pena reseñar la Orden de 22-IV-76, sobre normas complementarias de la Ordenanza siderometalúrgica, que aunque de forma indirecta incluye algunos preceptos sobre la materia que nos ocupa. Así, su artículo 5 establece que en los contratos celebrados entre las empresas auxiliares y de montaje y la empresa principal, los trabajadores que cesen en sus funciones por terminación de la contrata, en el caso de que los trabajos objeto de la misma no hubiesen finalizado, pasen a formar parte de la nueva empresa auxiliar o de la empresa principal si se hace cargo directamente de dichos trabajos. Esto representa una indudable protección a los trabajadores implicados en esta clase de contratas (23). Además, el artículo 6 de la citada Orden recoge

(21) En opinión de ALBIOL y otros, *Las relaciones laborales*, Valencia, 1976, página 105.

(22) RODRÍGUEZ PIÑERO, *La regulación...*, pág. 30.

(23) Respecto de esta norma, el TCT, en Sentencia de 30-XI-78, ha estimado que tiene por objeto garantizar suficientemente los derechos de los trabajadores, evitando que se defrauden con cambios empresariales. Para ello, «si una empresa auxiliar termina el contrato, pero los trabajos que realizaba son ahora por otra, los trabajadores de aquélla tienen derecho a continuar en esta última. Se exceptúa el caso de que el cometido sea diferente. Además las normas se refieren a los trabajadores que vienen obligados a cesar al terminar la obra, y no a los que tienen la condición de fijos».

una cláusula de respeto a la normativa protectora del trabajo en contratas (actualmente el art. 42 ET, como se sabe).

Al margen de toda esta normativa civil y laboral analizada, y también dentro de los antecedentes del artículo 42 ET, es preciso hacer mención y el análisis correspondiente de las normas de Seguridad Social dedicadas a la contratación de obras y servicios, de suma importancia como veremos. En esta línea, conviene señalar que ya en la legislación de accidentes de trabajo de 1900 encontramos reglas protectoras del trabajo en contratas. En efecto, la LAT de 30-I-1900 establecía que empresario era el titular de la organización donde se prestaba el trabajo o el dueño de la obra, lo cual hacía posible que este empresario respondiese también frente a los trabajadores del contratista en caso de accidente de trabajo (art. 1). Esta progresiva, pero drástica solución es modificada por el Reglamento de aquella ley de 28-VII-1900 que imputaba la responsabilidad por accidente de trabajo sólo al contratista, aunque establecía una responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra para el caso de que aquél no pagase. Se trataba de una responsabilidad con fundamento estrictamente objetivo y con una clara finalidad de garantía (24).

Más importancia tiene la reseña de los preceptos que la LSS consagra a la protección de los trabajadores de las obras contratadas. Dicha protección se recoge en los artículos 68 y 97 LSS, Decreto de 30-V-74 (ya recogidos en el texto articulado de 1966). El artículo 68 establece la responsabilidad subsidiaria del empresario principal cuando la obra esté contratada en el cumplimiento de la obligación de cotización. Y el artículo 97.1, de mayor interés, determina esta misma responsabilidad subsidiaria para los supuestos de responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de Seguridad Social. De esta forma, el empresario principal o propietario de la industria responde del pago de las prestaciones cuando el contratista es declarado insolvente en todo o en parte. Se convierte así el empresario principal, en garante o asegurador por ministerio de la ley de las insolvencias del contratista (25). Queda excluido de esta responsabilidad el supuesto que trata de las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto de su vivienda. Fundamentalmente, el citado artículo 97.1 LSS pretendía que el em-

(24) Esta responsabilidad subsidiaria pasó a las sucesivas normas sobre accidente de trabajo: Ley de 10-I-22; art. 141 Código de Trabajo; Decreto-ley para los accidentes de trabajo en la industria de 8-X-32, y Reglamento de 31-I-33 y Texto refundido y Reglamento de 1956. Un estudio de este tema en RODRÍGUEZ PIÑERO, *La regulación...*, página 17.

(25) STS (6) de 25-X-27, citada por ALONSO OLEA, *Instituciones de Seguridad Social*, 1979.

presario contratista cumpliera la obligación de aseguramiento, y para ello se interesaba al empresario principal en dicha cuestión, de forma que para salvar éste su responsabilidad, comprobaría con toda seguridad que el contratista cumplía sus obligaciones respecto de la Seguridad Social (26).

Este importante precepto de Seguridad Social, por otra parte, iba a causar algún problema en su colisión con las normas laborales antes reseñadas. Como vimos, tanto el DCE como la LRL establecieron una responsabilidad solidaria del empresario principal en las contrata y subcontratas de obras y servicios. El artículo 97.1 LSS la establece con carácter subsidiario para las obras contratadas. A partir de aquí se plantean dos importantes cuestiones que vamos a intentar resolver.

En primer lugar nos encontramos con un problema de legalidad. En efecto, el DCE estableció una responsabilidad solidaria para el supuesto de contrata de obras, supuesto para el que la LSS, anterior (ya que arranca de 1966) y con mayor rango normativo, establecía una responsabilidad subsidiaria. ¿Prevalecía el DCE o era ilegal dicha norma? La STS (Sala IV), de 23-XI-77, declaró la nulidad de la parte del artículo DCE que establecía la responsabilidad solidaria en los supuestos de contrata, en base a que sólo por ley se podía modificar la responsabilidad subsidiaria establecida por la LSS. Esto hizo decir a algún autor que el DCE sólo estaba referido a las subcontratas, mientras que la LSS contemplaba la contrata. Aunque la generalidad de la doctrina, y también el TCT, siguieron considerando que en las contrata y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal quedaba establecida una responsabilidad solidaria de esta empresa con la contratista. El problema quedaba zanjado con la LRL, puesto que se establecía la responsabilidad solidaria a nivel legal.

Pero quedaba planteada la cuestión referente a la vigencia o no de los artículos 68 y 97.1 LSS, ya que si la LRL, en su artículo 19.2, establecía una responsabilidad solidaria de las empresas principal y contratista respecto de las obligaciones referidas a la Seguridad Social, y dentro de estas obligaciones se incluían las que concernían a la afiliación, altas y bajas, cotización y pago de prestaciones en caso de responsabilidad empresarial, como interpretó la doctrina y los tribunales laborales, parecía que el radio de acción de los artículos 68 y 97.1 LSS quedaba suprimido. Sin embargo, hay que pensar que estos artículos no quedan derogados, sino que mantienen plena vigencia. Y ello porque, aunque puedan concurrir en su aplicación con las normas antes citadas, están contemplando supuestos diferentes: los artículos 68 y 97.1 LSS se dirigen a toda obra contratada, y el artículo 19.2 LRL (como ahora el

(26) ALONSO OLEA, *Instituciones...*, pág. 165.

artículo 42 ET), se dirigía a las contratatas y subcontratatas referentes a la propia actividad de la empresa principal y solamente a éstas. Luego, cuando las obras contratadas no tengan este carácter, será de aplicación la legislación de Seguridad Social, y cuando sí lo tengan, a esa legislación se superpone la establecida por el DCE y LRL antes, y por el artículo 42 ET ahora (27). Vigencia, pues, de los artículos 68 y 97.1 LSS, aunque limitada a los supuestos en que no sea de aplicación el art. 42 ET.

Por último, es preciso resaltar que el Decreto de 10-VII-75, sobre procedimiento administrativo para imposición de sanciones por infracción de leyes sociales y liquidación de cuotas a la Seguridad Social, supone un refuerzo de toda la normativa analizada, ya que declara, de forma rotunda, una responsabilidad solidaria de la empresa principal con los empresarios contratatas y subcontratistas respecto de las obligaciones contraídas por éstas con la Seguridad Social, durante el período de vigencia de la contrata o subcontrata (art. 19), y la misma responsabilidad respecto de las obligaciones salariales, de Seguridad Social y de Seguridad e Higiene, aunque limitada a los trabajadores ocupados en el centro de la empresa principal (artículo 2.3).

Cabe, finalmente, plantearse si todas las disposiciones referentes al trabajo en contratatas estudiadas hasta aquí, son aplicables a las contratatas de obras públicas regidas por la normativa sobre contratos del Estado. Aunque dicha normativa no establece nada concreto sobre el tema, pensamos que la respuesta ha de ser afirmativa, y ello en base al convenio OIT número 94 de 26-VI-49 sobre contratos del Estado (28), ratificado por España, según el cual «los contratos deberán contener cláusulas que garanticen a los trabajadores interesados, salarios, horas de trabajo y demás condiciones de empleo no menos favorables que las establecidas para un trabajo igual en su naturaleza en la profesión o industria interesada en la misma región» (artículo 2). Esto hace extensible la regulación protectora del trabajo en contratatas a las referidas obras o servicios públicos (29). La opinión ha de ser la misma tras la aprobación del ET.

1.2. *Supuesto de hecho contemplado en el artículo 42 ET*

Antes de entrar en el análisis del contenido y regulación del artículo 42 ET, es necesario exponer el supuesto de hecho que está contemplando dicho ar-

(27) Véase extensamente, MARTÍNEZ EMPERADOR, *El ET y la responsabilidad...*, páginas 35 y sigs.

(28) Ratificado por España el 29-IV-71, *BOE* de 25-V-72.

(29) La opinión la expresa ALONSO OLEA respecto del art. 97.1 LSS. *Instituciones...*, página 166.

título y los caracteres del mismo. Para ello, nada mejor que acudir a la redacción de la citada norma. Dice así, en lo que aquí nos interesa: «los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos.» El supuesto de hecho al que va dirigido el art. 42 ET, por tanto, queda acotado en estos términos: contrata o subcontrata, para la realización de obras o servicios, y correspondencia de estas obras o servicios con la propia actividad de la empresa principal. A continuación, vamos a realizar un examen de estos diversos puntos, con el fin de que nos ayude a entender el resto de la regulación del artículo citado. Hay que decir, no obstante, que el examen apuntado se limitará a unas nociones no excesivamente extensas, puesto que el tema ya ha sido expuesto en otros solventes estudios.

1.2.1. *Contrata y subcontrata. Noción y caracteres*

Hemos apuntado anteriormente que el art. 42 ET está contemplando los negocios de contrata y subcontrata, pues a ellos se refiere al decir «los empresarios que contraten o subcontraten» (30). El término contrata alude a un tipo específico del contrato civil de ejecución o arrendamiento de obra, por el cual una de las partes se obliga a realizar una obra a cambio de un precio cierto y determinado. La característica fundamental de este contrato es que existe una obligación de resultado (31), resultado que puede conseguirse mediante el trabajo personal de la parte obligada a ello, o bien, mediante una organización de medios a la que llamamos empresa. La primera modalidad es el contrato de ejecución de obra propiamente dicho, y la segunda es el llamado «contrato de empresa» (32).

La contrata regulada en el artículo 42 ET es, sin duda, el referido con-

(30) La anterior regulación nombraba a las «empresas» y no a los «empresarios». Parece que ahora se quieren personalizar al máximo las responsabilidades y obligaciones. MARTÍNEZ CALCERRADA, *La titularidad...*, pág. 137.

(31) Así opina, entre otros, ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil*, vol. III, página 562. Puede contratarse en la ejecución de obra el trabajo o industria solo, o también el suministro de materiales. En este contrato los riesgos pasan al comitente desde la entrega. Para SANTOS BRIZ, en el contrato de obra se promete un resultado, y en el de servicios sólo se obliga al trabajo con independencia del resultado o finalidad, aunque la diferencia decisiva entre ambas figuras es la «distinta situación de intereses», *ob. cit.*, pág. 381.

(32) En este sentido, SAGARDOY BENGOCHEA, que considera que el contrato de ejecución de obra es un contrato especial de trabajo y no un contrato diferente del laboral. «Contrato de trabajo de ejecución de obra», en *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, 1965, pág. 216.

trato de empresa, y, por consiguiente, entraña una obligación de realizar una obra o servicio determinados por parte del empresario contratista, y la de pagar un precio cierto y determinado por parte del empresario principal, contratante o comitente. Característica esencial es, pues, que el contratista está al frente de una empresa, esto es, que la ejecución de la obra o servicio contratados se lleva a cabo mediante una organización propia de medios y una gestión a propio riesgo. No es preciso aquí extenderse en el análisis del concepto de empresa, pero sí creemos de interés ofrecer unos mínimos caracteres y rasgos definitorios del contratista como empresario, y de los requisitos que debe cumplir para ser tal, lo cual nos puede ser de gran utilidad para averiguar cuándo estamos ante una verdadera contrata o cuándo no existe más que un «contratista de mano de obra», por carecer dicho contratista de los elementos precisos para el desarrollo de una actividad que sea objeto de contrata (33). Así se ha dicho que la empresa contratista para ser y funcionar realmente como tal empresa, debe reunir los siguientes caracteres y requisitos:

a) Estar válidamente constituida, cumpliendo todos los requisitos formales para su puesta en funcionamiento, y constituyendo una entidad con existencia y autonomía propias (34).

b) Contar con una serie de medios materiales y personales, necesarios para el desarrollo de su actividad, medios que serán múltiples y heterogéneos dependiendo de su complejidad y tamaño (35). Entre los medios personales, ha de contarse con obreros, técnicos y personal directivo. Del mismo modo, la empresa contratista debe poseer instalaciones y maquinaria o herramientas necesarias para el desarrollo de su actividad (36).

c) Desarrollar una actividad propia y específica, que sea, por supuesto,

(33) Es especialmente interesante a estos efectos la STS (6) de 7-III-79, que trata extensamente esta cuestión. Un comentario a la misma por GARCÍA NINET, *Cesión...*, citado. Para SPANO, el verdadero contratista se caracteriza por tener un centro independiente de relaciones jurídicas, una finalidad específicamente económica y un carácter profesional y habitual. *Il divieto di interposizione nelle prestazione di lavoro*, Milán-1965, página 66.

(34) SCT de 13-X-78, 14-XI-74, entre otras.

(35) Como ya había sido apuntado por BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA, *Manual de Derecho del Trabajo*, 11 ed. revisada por VALDÉS, pág. 199.

(36) Véase las SCT de 17-V-77, 5-II-76, 12-VII-76, 10-III-76, 15-VI-77, y otras muchas.

(37) Véase ALONSO GARCÍA, «Contrato de trabajo, subcontrata, y cesión de trabajadores», en *RPS*, núm. 45, pág. 15. Según la SCT de 10-III-76, si se ejerce una actividad lícita, se excluye la calificación de intermediarios.

lícita (37). Debe de tratarse de una actividad diferente de la de la empresa principal, pero de complemento y de colaboración de aquélla, ya que la finalidad de la contrata es completar la actividad de la principal en ciertos supuestos y ocasiones (38).

d) Organizar, dirigir y controlar el desarrollo de su actividad, ejerciendo el contratista todas las funciones inherentes a su condición de empresario (39).

e) Asumir los riesgos propios del desarrollo de la actividad específica, así como las responsabilidades propias de su gestión (40).

Como vimos, también la subcontrata encaja en la regulación del artículo 42 ET. Poco hay que decir sobre este negocio una vez señalados los caracteres de la contrata, ya que se trata, sin más, de una nueva contrata dentro de la originaria (41): por la subcontrata, una empresa se obliga a realizar parte de la obra contratada por otra con la principal. Es admisible perfectamente una serie de subcontratas, que caerían todas ellas bajo los preceptos del art. 42 ET «ya que no puede darse al mencionado precepto el alcance

(38) Así lo declara la SCT de 8-IV-74. Para LÓRIGA, las labores de carácter extraordinario de las empresas, o las de carácter periódico u ocasional, no justifican ni en el plano teórico ni en el organizativo, que las empresas tengan los medios necesarios ni el personal especializado, lo cual da pie a la concertación de contratas, *La disciplina jurídica del lavoro in appalto*, pág. 242. Pero la empresa contratista no debe realizar la misma actividad que la principal, lo cual sería indicio de una cesión ilegal. Por eso, la CGIL italiana propuso la prohibición de las contratas de obras y servicios que fuesen parte integrante de la actividad de la principal, o que tengan carácter de continuidad o periodicidad normal. Citado por MARIUCCI en *Il lavoro decentrato*, Milán, 1979, pág. 178.

(39) En el supuesto de la SCT de 10-III-76, los trabajos se desarrollan en los locales o barcos de la empresa principal, bajo las órdenes de ésta, por ser exigencia que corresponde a la naturaleza del trabajo objeto de la contrata. Como vemos, y aunque debe ser el contratista el que ostente la dirección de los trabajos en el supuesto normal, a veces puede el empresario principal ejercer estas funciones si es que así lo exige el trabajo contratado.

(40) Así lo exige la SCT de 10-III-76.

(41) Para ALONSO GARCÍA la subcontrata se da allí donde la diversidad y especialidad de los trabajos requeridos para la ejecución de la obra total, impide que el contratista pueda por sí solo, y valiéndose de las personas que integran la empresa, realizar todos los trabajos necesarios. La razón de ser de la subcontrata estriba en el propio carácter impersonal que se deduce del contrato de ejecución de obra, el cual determina que el obligado no necesita trabajar personalmente, sino a través de sus trabajadores. *Ob. cit.*, pág. 2. Según BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA, la subcontrata se da cuando el contratista celebra otros contratos de ejecución de obra para lograr el resultado que contrató. *Ob. cit.*, pág. 522. Para RODRÍGUEZ PIÑERO se trata de un «contrato de segunda mano en el que el originario contratista asume el papel de comitente», *La regulación...*, pág. 32.

limitado a un solo subcontratista, puesto que no distingue el supuesto de que hubiere una sola subcontrata o varias» (42).

Por otra parte, en la relación nacida del «contrato de empresa» encontramos, en el otro polo de la misma, al empresario contratante o principal. De éste, hay que decir que debe tratarse de un titular de una organización empresarial con todo lo que ello implica, y que además de esto, debe contratar la obra o servicio en razón de dicha actividad empresarial (43). En caso contrario, quedaría el supuesto fuera de la regulación del artículo 42 ET. El papel del empresario contratante en la contrata se limita, como veremos, al cumplimiento de determinadas obligaciones que le son impuestas por el artículo 42 ET. No tiene más intervención en la realización de las obras o servicios contratados, aunque en determinadas ocasiones pueda supervisar dichos trabajos, o pagar a los trabajadores del contratista siempre por cuenta de éste.

1.2.2. *Contrata y subcontrata de obras o servicios*

Siguiendo con la caracterización y examen del supuesto de hecho contemplado en el artículo 42 ET, vemos que dicho artículo, al igual que sus precedentes, se dirige a las contrata y subcontratas de obras o servicios (44). Es lógico que así sea, puesto que el contrato de ejecución de obra, y el «contrato de empresa» como derivado del mismo, no tienen porqué reducirse a la realización de una obra determinada (ya sea la producción de un nuevo objeto o la modificación de uno ya existente), sino que pueden tener por objeto la prestación de determinados servicios, como transportes, estudios o limpieza (45). Por tanto, es coherente que ambas posibilidades se incluyan en la regulación del trabajo en contrata.

(42) SCT de 29-II-73.

(43) Así, se ha dicho que el DCE (y ahora el art. 42 ET) «no está pensado en cuál sea el comitente, sino en un comitente cualificado por su carácter de empresario dedicado profesional y lucrativamente a la actividad que precisamente para su realización pacta la contrata». RODRÍGUEZ PIÑERO, *La regulación...*, pág. 42. En la SCT de 24-IX-75 no se imputan responsabilidades al principal porque no tiene carácter de empresario. El empresario principal, aunque en principio permanece ajeno al desarrollo de los trabajos contratados, puede supervisar y vigilar la actividad del contratista, o incluso pagar por cuenta de éste a los trabajadores (SCT de 10-III-76).

(44) Si bien es verdad que el DCE hablaba de «obras o trabajos», aunque la doctrina entendió que el término trabajos era referido a servicios. RODRÍGUEZ PIÑERO, *La regulación...*, pág. 30.

(45) La SCT de 21-VI-79 dice que «la contratación de los servicios de limpieza del centro de trabajo por la empresa principal a otra auxiliar, constituye un negocio jurídico lícito al amparo del art. 19.2 LRL».

Por otra parte, hay que excluir la posibilidad de que se admita la llamada «contrata de mano de obra», cuyo objeto se reduce al suministro de personal a otra empresa. Pueden contratarse la realización de una obra determinada (piénsese en la construcción o reparación de edificios, en la industria naval, etcétera), o la prestación de unos servicios (limpieza de locales, estudios de mercado, etc.), pero no es lícito contratar la mera prestación de trabajos, lo cual constituiría una aportación de mano de obra por la empresa contratista, aportación que encaja, como veremos más adelante, en las prohibiciones del artículo 43 ET. El contratista de mano de obra, como se ha dicho, no es tal sino una persona interpuesta entre el verdadero empresario y el trabajador, esto es, una figura similar en su estructura y funciones, a la interposición en el contrato de trabajo (46). Por esta razón, la vinculación permanente de los trabajadores de la empresa contratista a la empresa principal es indicio de que no se ha concertado una verdadera contrata, sino un mero suministro de personal, constitutivo de un fenómeno ilícito (47).

1.2.3. *Obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal*

No basta con que se contraten o subcontraten unas obras o servicios determinados para que sea aplicable el artículo 42 ET. Es preciso que estas obras o servicios sean correspondientes a la propia actividad de la empresa principal y, por consiguiente, se mantienen al margen de la regulación que analizamos, las contratas sobre obras o servicios que no tengan ese carácter (48). Como se advierte, no hay diferencias con la anterior regulación en este punto del artículo 42 ET; ya que tanto el DCE como la LRL exigían este requisito. No obstante, hay una mayor precisión en la redacción del ET, que ayuda a clarificar notablemente alguna cuestión que se planteaba entonces: el artículo 42 ET refiere clara y expresamente los términos «propia actividad»

(46) En este sentido, MARTÍN VALVERDE, *Interposición...*, págs. 31, 53 y 66, y RODRÍGUEZ PIÑERO, *La regulación...*, pág. 31. BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA hablan de «empresas de trabajo» cuya única actividad es proporcionar trabajadores a otras empresas. *Ob. cit.*, pág. 202. Para LÓRIGA, es impropio el uso de contrata o subcontrata para describir una figura negocial cuyo objeto lo constituye una mera prestación de trabajo. *Ob. cit.*, pág. 102. Según CESSARI, en la pseudocontrata hay una violación de las normas mediante el método de cambiar la denominación del negocio efectuado entre las partes, *L'interposizione nel contratto di lavoro*, pág. 108. En Italia se prohíbe la contrata o subcontrata de meras prestaciones de trabajo (NAPOLETANO, *Corso di diritto del lavoro*, 1971, pág. 188).

(47) SCT de 3-VII-78.

(48) Que seguirán estando sujetas a las prescripciones del art. 97.1 LSS.

a la empresa contratante. Las normas antecedentes podían inducir a confusión, puesto que hablan de «su propia actividad», pudiendo referirse a una empresa o a otra (49). Sin embargo, no se dudó en declarar que la expresión iba referida a la actividad de la empresa comitente (50).

Cabe plantearse, en este momento, por qué las obras o servicios contratados han de referirse a la propia actividad de la empresa principal para que entre en juego esta regulación protectora del artículo 42 ET. La justificación hay que buscarla, sin duda, en el hecho cierto de que es precisamente en estos casos, cuando, con más probabilidad puede encubrirse una cesión de trabajadores, ya que se trata de obras o servicios que entran en el ciclo normal de producción de la empresa comitente, y se puede aprovechar una contrata para requerir un mero suministro de personal (51). Además, en este tipo de contratas es donde de forma más patente y clara, el empresario principal se aprovecha del resultado del trabajo de los obreros del contratista: éstos participan de algún modo en la producción de la empresa principal, y dicha producción acrece al patrimonio de ésta, todo lo cual explica que ese empresario que recibe unos beneficios del trabajo de unos obreros que no son de su empresa, asuma responsabilidades por las obligaciones que frente a esos trabajadores tiene el empresario contratista.

Parece que queda clara, pues, la necesidad de que las obras o servicios contratados pertenezcan a la propia actividad de la empresa contratante. Pero la expresión «propia actividad», de una gran relevancia como vamos observando, acarrea una gran dosis de dificultad en su interpretación. En efecto, ¿cuáles son las obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal?, ¿cómo se distinguen las que lo son de las que no lo son? Dedicaremos las siguientes líneas a tratar de encontrar una posible vía de solución a esta problemática.

Para Rodríguez Piñero, las obras o servicios contratados, para que pertenezcan a la propia actividad de la empresa principal, deben ser correspondientes a los fines de intercambio o de producción de bienes o servicios que constituyen el fin productivo de la empresa principal, esto es, las obras o servicios inherentes al ciclo productivo de la misma (52). Añade este autor que «siempre que el empresario pudiera conseguir el mismo resultado sin recurrir a terceros contratistas, existe una participación en el ciclo productivo

(49) La LCT de 20-VI-80 interpretó que «propia actividad» se refería a la empresa contratista: «el art. 19.2 LRL condiciona su validez a que las obras contratadas correspondan a la propia actividad de la contratista».

(50) Por todos, RODRÍGUEZ PIÑERO, *La regulación...*, pág. 36.

(51) MARTÍNEZ CALCERRADA, *ob. cit.*, pág. 140.

(52) *La regulación...*, págs. 36 y sigs.

de la empresa, una estrecha conexión funcional con la misma» (53). Para clarificar esta opinión, expone tres criterios que nos pueden ayudar a descubrir cuáles son las obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal, aunque ninguno de los mismos debe tomarse con valor absoluto:

- El lugar de la prestación del trabajo: cuando las actividades de una y otra empresa se realicen en un mismo lugar, hay grandes posibilidades de que correspondan a la propia actividad de la empresa contratante.
- El tiempo de prestación de los servicios: las actividades que se contratan con cierta frecuencia y normalidad, probablemente pertenecen a la propia actividad de la empresa comitente.
- Naturaleza de los trabajos: las obras o servicios contratados que, aunque temporales u ocasionales, forman parte de la normal producción de la empresa principal, son indispensables para alcanzar el resultado final que dicha empresa busca, y corresponden, por tanto, a su propia actividad.

Martínez Emperador ha dicho que este requisito de propia actividad se cumple cuando las obras o servicios objeto de la contrata, de no concertarse ésta, tendrían que ser realizados por el propio comitente empleando a su personal, ya que de no tener ejecución, no resultaría adecuadamente cumplida su actividad empresarial (54). Asimismo, se podría pensar en una separación entre las actividades principales de una empresa (las dirigidas directamente a la obtención del fin productivo de la misma), y actividades accesorias (limpieza, puesta a punto de la maquinaria, estudios de mercado, etc.). Sin duda, la participación en las que hemos llamado actividades principales entrañaría participar en la propia actividad de la empresa contratante. Pero también hay que pensar que la realización de determinadas actividades accesorias es en muchos casos necesaria para el normal funcionamiento de la actividad prin-

(53) RODRÍGUEZ PIÑERO, *La regulación...*, pág. 37. En la doctrina italiana, MARIUCCI ha puesto de relieve que el típico ciclo productivo de la empresa, sería el complejo de operaciones normal e integralmente necesarias para obtener un resultado, en el cual se identifica el fin de la empresa. *Ob. cit.*, pág. 180. La jurisprudencia italiana ha interpretado «ciclo productivo» a partir del concepto «all'interno dell'azienda» de cara a una igualación de condiciones entre los trabajadores de una empresa y otra. Citado por MARIUCCI, *ob. cit.*, pág. 49.

(54) MARTÍNEZ EMPERADOR, *El ET y la responsabilidad...*, pág. 6.

cial, y que, por tanto, en esos casos implica una participación, siquiera sea indirecta, en la propia actividad de la empresa comitente (55).

Con todo, y a pesar de la importante aportación doctrinal, la solución a la problemática apuntada, sólo puede venir dada por el examen cuidadoso y específico de cada supuesto concreto. De ahí el interés que supone acudir a las resoluciones de nuestros tribunales laborales, y desde ellas, tratar de acotar y concretar en lo posible el difícil concepto de «propia actividad» (56).

En esta línea, después de declarar que es «condición indispensable que las obras que se contraten o subcontraten sean correspondientes a la propia actividad de la empresa contratante» para que ésta quede sujeta a responsabilidad solidaria (57), el TCT ha indicado que el contratista ha de realizar los trabajos propios de su especialidad, distintos de los que lleva a cabo la empresa comitente, ya que no se pueden contratar los «trabajos propios» de la empresa principal, es decir, los que lleva a cabo normalmente con sus trabajadores (58). Es preciso, por tanto, adentrarnos en la distinción entre trabajos que ha de realizar la empresa principal con sus trabajadores y trabajos que entran en su propia actividad, pero que se pueden realizar mediante contratas. Así, la SCT de 15-IV-74 establece que ha de contratarse la actividad del mismo carácter o naturaleza de la realizada por la empresa principal, la actividad que ayude a la finalidad productiva de dicha empresa. Y en la misma línea, la SCT de 7-VI-73 dice que «la contrata ha de referirse a la ejecución de determinadas obras que constituyen la actividad normal a que se dedica la empresa principal». En este caso, propia actividad sería la referente al ciclo normal de producción de la empresa principal, para cuyo desarrollo se requiere la concertación de contratas, aunque estas obras contratadas, que son necesarias para la empresa principal, sean de naturaleza distinta al fin productivo de la misma. No serían, por tanto, correspondientes a la propia

(55) Para determinar si una actividad accesoria es necesaria a la empresa principal y corresponde a su «propia actividad» habrá que analizar el tipo de empresa de que se trate y sus coordenadas espaciales y temporales (unos servicios de planificación serán necesarios en unas empresas, pero no en otras, p. ej.).

(56) Las opiniones jurisdiccionales que se ofrecen, se han emitido sobre la base jurídica del DCE y LRL, pero en gran medida conservan su validez.

(57) SCT de 23-IV-75.

(58) Es interesante la SCT de 14-V-76: «Se admite la contratación de obras correspondientes a la propia actividad, pero no para trabajos propios de la cesionaria, que los realizó en otras ocasiones con personal propio, ya que de aceptar la idea de que el desarrollo normal de la actividad propia de una empresa pudiese llevarse a cabo a través de una o varias subcontratas, se llegaría al absurdo de concebir empresas sin personal trabajador en su plantilla».

actividad de la empresa principal las obras o servicios totalmente desconectados del fin productivo o actividad normal de la empresa comitente (59).

De este modo, pues, las obras o servicios contratados han de constituir una actividad determinada y específica de la empresa contratista, pero, juntamente con eso, han de ser complementarios, y necesarios, para el desarrollo normal del fin productivo de la empresa principal, esto es, han de estar de alguna forma incardinados en el ciclo productivo de esta última (60). No son los trabajos que la empresa principal realiza normalmente con sus trabajadores, pero sí las obras o servicios que son necesarios para el desarrollo normal de dichos trabajos, y que se encuentran en el «vasto campo de ejecuciones concretas de la principal» (61).

Hasta aquí lo que ha dicho la jurisdicción laboral sobre el concepto de propia actividad. ¿Sería posible matizar algo más dicho concepto? Para ello pensamos que puede ser de gran utilidad acudir al último párrafo del artículo 42.2 ET. En él se excluyen de la regulación que establece el citado artículo dos supuestos: la reparación o construcción que pueda encargar un cabeza de familia, y la contratación de obras que no correspondan a una actividad empresarial. Dichos supuestos son dos claros ejemplos de que no se contratan obras correspondientes a la propia actividad del contratante, ya que se trata de trabajos totalmente desconectados de la producción de otra empresa. Además, podemos acudir a la finalidad del artículo 42 ET. Como apuntamos, es indudable que pretende establecer una regulación protectora de los trabajadores que participan en ciertas contrataciones en las que el empresario principal se beneficia de sus servicios, porque el resultado final al que aquellos colaboran, accede al patrimonio de éste. Si esto es así, siempre que los trabajadores de la empresa contratista participen de algún modo en la adquisición del resultado final que busca la empresa contratante, debe serle de

(59) La SCT de 31-V-75 dice que «dados los términos del art. 4 DCE, para que se dé el supuesto de responsable solidario, es menester la existencia de dos empresas que contraten o subcontraten obras correspondientes a su propia actividad, y evidentemente en el caso enjuiciado (contrata entre una empresa de venta y promoción de pisos y otra de albañilería), no concurren esas circunstancias».

(60) Esta parece ser la idea manejada en la SCT de 15-V-77: «La vigilancia de instalaciones es una actividad inherente al proceso de fabricación de automóviles, y puede convenir a la principal, y está dentro de sus facultades, contratar la realización de esos servicios.» También sigue esa línea la SCT de 19-I-79: «Siendo necesario para la construcción de buques, objeto industrial de la empresa principal, la producción de aislamientos térmicos, a lo que la subcontratista se dedica, surge la figura de la empresa auxiliar por la coincidencia de actividades a que se refieren los preceptos citados».

(61) SCT de 19-I-79.

aplicación la normativa protectora del artículo 42 ET. A partir de aquí serían obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal, todos aquellos que de forma regular y periódica se requieren para el desarrollo de dicha actividad, ya se trate de una ejecución (fabricación de piezas, etc.), mantenimiento (limpieza, etc.), o de suministro (materiales, estudios, etc.), o aquellos que, aunque no sean de realización periódica, sí sean necesarios para que la empresa consiga su fin productivo. No lo serían, sin embargo, aquellos trabajos, generalmente ocasionales, que, aunque están relacionados con el desarrollo de la actividad de la principal (siempre habrá alguna relación, por muy difusa que sea), no conecten con su fin productivo y queden al margen de la obtención del producto final (construcción o reparación de locales, etc.). No obstante, hay que pensar que todo lo que contrata un empresario estará normalmente relacionado con el desarrollo de la actividad a que se dedique, por lo que el concepto de «propia actividad» habrá de ser interpretado con criterio amplio, dejando fuera del mismo tan sólo las obras o servicios que, con toda claridad, no supongan una intervención en el ciclo normal de producción de la empresa contratante (62).

1.3. *Obligaciones de la empresa contratante*

Como dijimos, el art. 42 ET, en su apartado uno, establece una medida de saneamiento del tráfico negocial entre empresas, al determinar que las empresas contratantes deben comprobar si las contratistas están al corriente de pago de cuotas a la Seguridad Social. Con ello se pretende dejar fuera del tráfico aludido a aquellas empresas que no cumplan sus obligaciones con la Seguridad Social. Tras la citada «obligación de comprobar», el artículo 42.1 ET establece el modo de llevarla a cabo y las consecuencias jurídicas que se derivan de la actuación de la empresa contratante y de la situación de la contratista. Seguidamente vamos a analizar todos estos puntos, aunque antes conviene exponer las diferencias del 42 ET con sus antecedentes en dichos puntos. En este sentido, hay que apreciar lo siguiente:

(62) Para ALONSO OLEA propia actividad debe ser entendida en sentido amplio, siendo difícil encontrar el supuesto fáctico de «no propia actividad». Añade, además, que la limitación de responsabilidad a obras de la propia actividad no tiene sentido, puesto que «todo lo que contrata un empresario es propia actividad», *El ET. Texto y comentario breve*, 1980, pág. 142, y *Derecho del Trabajo*, 6.ª ed., pág. 67. Hay que tener en cuenta que para que se dé la responsabilidad hace falta una obra o encargo bien delimitados. No se responde por la multitud de contratos de suministro, servicios, transportes, etc., que no tengan relación con dicho encargo. ALONSO OLEA, Manuel, página 67.

a) Ya no se exige que se compruebe la posesión del carnet de empresa por el contratista, ya que dicho carnet se suprimió en el D. 358/78. Tampoco se exige la posesión del documento de calificación empresarial que lo sustituye en las empresas en que ha sido establecido.

b) Aunque se mantiene el deber de comprobar si el contratista está al corriente en el pago de cuotas, hay que advertir algunas diferencias. Antes se decía «deberán exigir», ahora se dice «deberán comprobar». Aunque el cambio no tiene más trascendencia que la terminología, pensamos que la nueva expresión es más correcta, puesto que difícilmente el empresario principal puede exigir al contratista ese requisito; en todo caso, lo único que puede hacer es no contratar con él para no asumir responsabilidades. Por ello se acomoda mejor la expresión «comprobar».

Además, el artículo 42.1 ET ofrece la debida instrumentación (63) para el cumplimiento del citado deber de comprobar. El empresario principal ha de seguir los trámites que le indica el legislador, y atenerse a las consecuencias que se disponen.

1.3.1. *Obligación de comprobar*

Una vez establecida la obligación de comprobar por el artículo 42.1 ET, se nos plantean tres cuestiones a propósito de la misma. Son las siguientes: Cuándo ha de llevarse a cabo la citada obligación, la forma de realizarla y el cómputo de los plazos que se establecen para ello.

Respecto de la primera cuestión, nada dice expresamente el artículo 42 ET. Caben, en principio, distintas opiniones. En efecto, se puede pensar que el contratante ha de comprobar el estado del contratista respecto de la Seguridad Social antes de contratar con él. Esta opinión tiene, sin duda, su sentido, ya que se puede pensar que el deber de comprobar sólo sería eficaz si el empresario principal espera la respuesta para contratar o no, en vista de la situación del contratista (64).

Sin embargo, creemos que hay razones de peso para sostener la postura contraria, esto es, que la obligación de comprobar sólo se origina cuando las empresas han concertado la contrata. Los argumentos para pensar así son los siguientes:

a) El artículo 42.1 ET dice literalmente que «los empresarios que con-

(63) MARTÍNEZ CALCERRADA, *ob. cit.*, pág. 140.

(64) Para MARTÍNEZ EMPERADOR, la comprobación debe efectuarse antes de contratar, ya que de otra forma, no sería eficaz. *Ob. cit.*, pág. 19. MARTÍNEZ CALCERRADA parece que admite la contratación antes o después de la comprobación. *Ob. cit.*, página 142.

traten o subcontraten» son los obligados a comprobar. Parece que se alude a los que ya han contratado, y después de esta contratación se les impone el deber.

b) El artículo 42.2 en su inciso inicial dice que se responde «salvo el transcurso del plazo» que se concede a la Entidad Gestora para contestar a la petición del empresario contratante. Se supone, pues, que ya ha contratado, ya que en caso contrario nunca se respondería durante ese plazo.

c) Por un simple principio de operatividad práctica, hay que pensar que sólo el empresario que ya ha contratado está legitimado para pedir certificación a la Entidad Gestora, ya que en caso contrario cualquier empresa podría pedir dicha certificación aun cuando posiblemente no pretenda contratar, lo cual saturaría excesivamente la actuación del organismo administrativo.

d) Si la certificación se pide antes de contratar, puede ocurrir que transcurra un plazo demasiado largo desde la contestación de la Entidad Gestora hasta la contratación, con lo cual dicha certificación perdería todo su valor, ya que el contratista a la hora de contratar puede estar en una situación diferente a la reseñada en aquélla.

Por todas estas razones, pensamos que sólo una vez que se haya contratado, se está legitimado para pedir la certificación. No obstante, hay que reconocer que el empresario contratante ha de tener la posibilidad de desistir de la contrata una vez conocida la certificación, si ésta no le interesa, para no asumir responsabilidades por obligaciones ajenas (65). Para esto, las empresas contratantes pueden arbitrar cualquier técnica jurídica que les permita aquella posibilidad, quizá la realización de un precontrato en vez de la contrata con plenos efectos, o quizá la inserción de una cláusula que contenga una condición resolutoria; en caso de que existan descubiertos, se desiste de la contrata.

En segundo lugar, hablábamos de que el empresario contratante debe cumplir la obligación que le impone el ET según unos trámites que esta misma norma le ofrece. Así, debe recabar por escrito certificación negativa por descubiertos a la Seguridad Social por parte del contratista, con identificación de la empresa afectada. Esta petición se dirige a la Entidad Gestora. Que la petición deba ser hecha por escrito, y que deba contener los datos de la empresa contratista o subcontratista, no merece mayor comentario. Es lógico e imprescindible que se respeten dichas formalidades. Por otro lado, se pide la certificación negativa (66), esto es, que la empresa con la que se va a con-

(65) Así opina también MARTÍNEZ CALCERRADA, *ob. cit.*, pág. 142.

(66) Para MARTÍNEZ EMPERADOR no se debía pedir la negativa, sino la que proceda. *Ob. cit.*, pág. 17.

tratar esté al corriente en el pago de cuotas, que es lo que interesa a la empresa contratante para no asumir responsabilidades por deudas de aquélla (67).

Por último, planteábamos el problema referente al cómputo del plazo que se le concede a la Entidad Gestora para contestar a la petición de la empresa contratante. La entidad gestora debe contestar en el plazo de treinta días improrrogables. Para el cómputo de estos días, hay que partir del día en que tenga lugar la entrada de la petición en el organismo oficial. Pero el problema reside en la fórmula para computar el plazo, porque se puede pensar para ello en el cómputo civil o en el administrativo. Para Martínez Emperador, debe seguirse el cómputo civil, puesto que las Entidades Gestoras no se encuentran sometidas a la legislación administrativa, según dispone la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 y ha reconocido la jurisprudencia. Así, se empezaría a contar al día siguiente de la entrada de la petición, y no se excluirían los días inhábiles (68). Sin embargo, puede pensarse que, a pesar de las razones antes apuntadas, no hay duda de que se trata de una actuación administrativa de un organismo administrativo, lo cual podría inducir a pensar que se debe computar el plazo según se establece en los artículos 59 y 60 LPA. Se tendrían en cuenta, de esta forma, sólo los días hábiles, y por consiguiente se le concede un mayor margen temporal a la actuación de la Entidad Gestora, aunque ello podría perjudicar a la empresa contratante, puesto que, cuanto más largo sea el plazo que se concede a la Entidad Gestora, menos posibilidades tiene de exonerarse de responsabilidad en caso de que no haya respuesta de la citada entidad, según el inciso final del artículo 42.1 ET.

(67) Cabe plantearse cuál deba ser el contenido de la certificación en caso de que sea positiva, esto es, caso de que hay deudas del contratista. ¿Habría de limitarse a reflejar la existencia de descubiertos, o habrá de detallar los periodos a que corresponden y su cuantía? La cuestión no queda resuelta en el texto del art. 42 ET. A nuestro juicio, la certificación debiera ser lo más completa posible, ya que el empresario principal debe saber exactamente a qué se puede comprometer si ha contratado con un contratista moroso. MARTÍNEZ EMPERADOR piensa que esto podría atentar contra el derecho a la intimidad personal, ya que, según él, cualquiera podría pedir dicha certificación y darle publicidad (*Ob. cit.*, pág. 17). Creemos que este peligro se diluye bastante si consideramos que únicamente está legitimado para pedir la certificación, el empresario que hay contratado y con el contratista afectado, como expusimos antes.

(68) Esta opinión la defiende MARTÍNEZ EMPERADOR, *ob. cit.*, pág. 18.

1.3.2. *Consecuencias jurídicas del cumplimiento o la infracción de la obligación de comprobar*

Como hemos analizado, el artículo 42.1 ET establecía una obligación de comprobar la situación del contratista respecto de la Seguridad Social por parte del empresario que contrata con aquél. Cabe plantearse, una vez llegados a este punto, si de la actuación del empresario principal y su relación con la situación del contratista, se deriva alguna consecuencia jurídica. El citado artículo 42.1 ET no aborda directamente la cuestión, pero sí ofrece un indicio para responder a la misma, ya que su inciso final dice: «Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante». Por consiguiente, hay que pensar que dicho empresario solicitante está sujeto a una responsabilidad, de la cual se exonera en determinados casos. Sin embargo, con esto no queda resuelta toda la cuestión que se plantea, puesto que hay que determinar la clase y naturaleza de la citada responsabilidad que se impone al empresario contratante.

Con Martínez Emperador, pensamos que dicha responsabilidad podría ser de tres clases: una responsabilidad administrativa, la responsabilidad solidaria del apartado dos del artículo 42 ET, y finalmente, una responsabilidad subsidiaria específica encerrada en el apartado uno del artículo 42 ET (69). Dicho autor descarta que se trate de una responsabilidad administrativa o de la responsabilidad subsidiaria aludida, decantándose a favor de la responsabilidad solidaria del artículo 42.2 ET. Nosotros no compartimos la misma opinión. Vamos a analizar en concreto cada una de las responsabilidades posibles, y los argumentos que puedan apoyar una solución coherente.

a) Responsabilidad administrativa. No creemos que se refiera a ella el inciso final del art. 42.1 ET, ya que, como bien dice Martínez Emperador, carece de sentido establecer un plazo de exoneración de esta responsabilidad cuando por el mero hecho de cumplir la obligación de comprobar, el empresario solicitante queda libre de ella (70).

b) En segundo lugar, decíamos que la responsabilidad a que se refiere el inciso final del apartado uno del artículo 42 ET podría ser la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 42.2 ET. Para Martínez Emperador es ésta la postura correcta, y así, la exoneración de responsabilidad alcanzaría

(69) *Ob. cit.*, págs. 20 y sigs.

(70) Según MARTÍNEZ EMPERADOR, carecería de sentido la referencia al plazo, porque cumplida la obligación, no hay responsabilidad, y si no hay responsabilidad, no puede haber exoneración. *Ob. cit.*, pág. 20.

a las obligaciones contraídas frente a la Seguridad Social durante la contrata (71). Pensamos que es difícil compartir esta opinión, por las siguientes razones:

- El apartado uno del artículo 42 ET se refiere a las deudas anteriores a la contrata, y el apartado dos del mismo artículo, a las surgidas durante dicho negocio. No parece, por tanto, adecuado pensar que porque el contratista esté al corriente en el pago de las deudas anteriores, vaya a cumplir siempre con sus obligaciones posteriores. Y si el empresario principal queda exonerado de responsabilidad por deudas nacidas durante la contrata porque el contratista esté al corriente en el pago de las deudas anteriores a dicha contrata, el precepto del artículo 42.2 ET pierde toda su eficacia. Igualmente, si la conducta negligente de la Entidad Gestora exonera al empresario solicitante de responsabilidad por las deudas que puedan surgir durante la contrata, ¿qué virtualidad le queda al artículo 42.2 ET?
- El apartado uno del artículo 42 ET establece una medida de saneamiento del mercado negocial entre las empresas. El apartado dos del mismo artículo, sin embargo, establece una regulación protectora del trabajo en contratas. Parece que hay que deslindar, por tanto, ambos supuestos, y pensar que el cumplimiento de aquella obligación o medida de saneamiento, no tiene por qué exonerar de responsabilidad por las deudas que surjan durante la contrata. En caso contrario, difícilmente podría hablarse de una «regulación protectora del trabajo en contratas».
- Exonerar de la responsabilidad solidaria establecida para las obligaciones de Seguridad Social nacidas durante la contrata por el hecho de contratar con un empresario que hasta ese momento ha cumplido sus obligaciones, o porque la Entidad Gestora no conteste a la solicitud, carece de todo antecedente histórico legislativo (según el DCE y LRL, siempre se respondía de las obligaciones nacidas de la contrata), y parece una prima demasiado sustanciosa para un empresario que se limita a cumplir una obligación legal o a no contratar con empresarios morosos.

c) Por último, cabe la posibilidad de que se trate de una responsabilidad específica propia del apartado uno del artículo 42 ET. Se trataría en

(71) Es «la que se corresponde con el sentido propio de las palabras que figuran en la norma, la adecuada en relación con su contexto y la resultante de la compulsión de los antecedentes históricos y legislativos». MARTÍNEZ EMPERADOR, *ob. cit.*, pág. 26. Es la opinión también de TORRES GALLEGO, *El Estatuto de los Trabajadores*, 1980, pág. 20.

este caso, de una responsabilidad que se impone al empresario contratante, referida a las obligaciones contraídas por el empresario contratista respecto del impago de cuotas a la Seguridad Social anteriores a la contrata o subcontrata. Sería una responsabilidad subsidiaria porque la solidaria no se presume, y el precepto no la impone expresamente (72). Respecto a esta tercera postura se han ofrecido determinados argumentos en contra (73). Sin embargo, pensamos que debe tratarse de esta responsabilidad la exoneración que establece el inciso final del artículo 42.1 ET, y ello por lo siguiente:

- Si el inciso final del apartado uno del artículo 42 ET dice «queda exonerado de responsabilidad», es porque en ese mismo precepto se encierra la atribución de responsabilidad para el supuesto contrario. En otro caso, difícilmente podría haber exoneración.
- El apartado uno del artículo 42 ET tiene una clara finalidad de saneamiento de la contratación entre empresas. Para cumplir dicha finalidad, se impone al empresario contratante la obligación de comprobar la situación del contratista, y si acepta contratar con un contratista que no paga a la Seguridad Social, la mínima sanción que se le puede imponer para que el precepto tenga eficacia, es que responda de esas deudas atrasadas del contratista. Sólo esta medida es realmente eficaz para evitar que se contrate con empresas que no pagan a la Seguridad Social.

De esta forma, pensamos que el empresario contratante queda sujeto a una responsabilidad subsidiaria por las deudas del contratista anteriores a la

(72) Esta es la opinión de ALONSO OLEA, *El ET. Texto y comentario breve*, página 143: «La responsabilidad en cuestión, cuando haya de ser asumida por el empresario o contratista principal conforme a lo que queda dicho, consiste en que tiene que hacer frente a las cuotas de Seguridad Social atrasadas del contratista o subcontratista». También defiende esta idea MARTÍNEZ CALCERRADA, *ob. cit.*, págs. 141 y sigs.

(73) MARTÍNEZ EMPERADOR, *ob. cit.*, págs. 23 y sigs, ha ofrecido los siguientes argumentos en contra: no se establece por el precepto y choca, por tanto, con el artículo 1.090 CC. Supone imponer responsabilidades por obligaciones nacidas en un tiempo en el que el empresario principal no estaba relacionado con el contratista. Todo el art. 42 ET tiene sentido atenuatorio de la responsabilidad. Impide, por último, dar sentido al inciso inicial del apartado dos del art. 42 ET. Entendemos, no obstante, estas razones, que si se habla de exoneración de responsabilidad, es porque se encierra una responsabilidad para el caso contrario. Además, si el empresario principal asume responsabilidad por deudos anteriores a la contrata, es porque acepta negociar con empresarios que incumplen, y si es cierto que el art. 42 ET representa alguna atenuación en la responsabilidad, ello no nos debe hacer buscar más atenuaciones de las que, de forma criticable, expresa.

contrata y referidas al pago de cuotas a la Seguridad Social, responsabilidad que, por su carácter subsidiario, sólo entraría en juego en caso de insolvencia del contratista y una vez ejecutados sus bienes. Hay que aclarar, sin embargo, que el empresario contratante no puede estar obligado a responder de las deudas del contratista, anteriores a la contrata, en todo caso. Y el precepto, con la interpretación que le hemos dado, no le obliga a ello, ya que el empresario comitente puede desistir de la contrata en caso de que haya deudas del contratista y no quiera responder de ellas. Así, los supuestos en que puede entrar en juego la responsabilidad subsidiaria a que nos referimos, quedan extraordinariamente limitados, ya que se reducen a que el empresario contratante concierte una contrata con un contratista que no paga a la Seguridad Social, y después de conocer esta situación, mantenga el vínculo negocial. Y precisamente, creemos que lo que pretende la norma es esto: que no se contrate con las empresas que no cumplen sus obligaciones de Seguridad Social, y que si se contrata, se responda de esas obligaciones.

Hemos delimitado ya la clase de responsabilidad a la que queda sujeto el empresario contratante según el artículo 42.1 ET. Pero, como decíamos, no siempre dicho empresario queda sujeto a dicha responsabilidad. Para determinar cuándo entra en juego la responsabilidad aludida, hay que tener en cuenta la actuación del empresario contratante, la actuación de la Entidad Gestora, y la situación de la empresa contratista. Pasamos a analizar los distintos supuestos que se nos pueden presentar.

a) El empresario contratante no cumple la obligación de comprobar que le impone el artículo 42.1 ET. En este caso, dicho empresario debe atenerse a las consecuencias que puedan surgir de la situación del empresario contratista. Si este empresario no tiene deudas, lógicamente no habrá responsabilidad subsidiaria. Pero si las tiene, y el empresario contratante no desiste de la contrata, responderá subsidiariamente de las mismas, esto es, responderá del pago de las cuotas atrasadas anteriores a la contrata. Además, incurrirá en responsabilidad administrativa (74), y en la correspondiente si hay encubrimiento o complicidad con la situación de la empresa contratista.

b) El empresario contratante cumple la obligación de comprobar. Este cumplimiento supone que se origine una nueva obligación, esta vez para la Entidad Gestora, que habrá de librar la certificación en el plazo de treinta días improrrogables. Esto hace que sea necesario distinguir varios casos dentro de este supuesto:

(74) Hay un deber jurídico-administrativo para el empresario principal, en la medida que el incumplimiento de la obligación de comprobar, como infracción laboral, puede ser sancionado por la administración. Véase RODRÍGUEZ PIÑERO, *La regulación...*, página 44.

- Si la Entidad Gestora no cumple la obligación de contestar al empresario solicitante, éste queda exonerado de responsabilidad, cualquiera que sea la situación del contratista, según el inciso final del artículo 42.1 ET. La exoneración alcanza a las deudas del contratista anteriores a la contrata y referidas al pago de cuotas a la Seguridad Social.
- Si la Entidad Gestora cumple su obligación de contestar al empresario solicitante, puede que la certificación que libra sea positiva o negativa. En el primer caso, esto es, que el empresario contratista tenga deudas con la Seguridad Social anteriores a la contrata, el empresario contratante puede desistir, en cuyo caso se libera de responsabilidad, o puede continuar el negocio, asumiendo así responsabilidad subsidiaria por esas deudas. Sucede una «asunción voluntaria de esas deudas», justificada porque el contratante sabe a lo que se expone, y acepta la relación con un contratista que no cumple sus obligaciones.
- Si la certificación es negativa y, por tanto, el contratista no tiene deudas, el empresario contratante no asume, lógicamente, responsabilidad por deudas anteriores, puesto que no las hay.

Hasta aquí el análisis de la problemática encerrada en el artículo 42.1 ET. El precepto, como se habrá comprobado, no es nada claro y plantea multitud de cuestiones. Hemos intentado resolverlas de la manera más coherente a a nuestro juicio, teniendo siempre presente que lo que se pretende con dicho precepto, es dejar al margen de la contratación a las empresas que no ofrecen solvencia y garantía en el cumplimiento de sus obligaciones sociales, de ahí que pensemos que es coherente sancionar con una responsabilidad subsidiaria específica a las empresas que contraten con esos contratistas, que en cierto modo, dificultan el juego normal de la normativa social. Se puede pensar que la solución que apuntamos puede entorpecer el tráfico negocial entre las empresas, y suponer serios obstáculos al mismo. Pero no creemos que sea ésta la razón que nos debe guiar en la interpretación de una norma que persigue la protección del trabajo en contrata.

1.4. *Responsabilidad solidaria del empresario principal*

Además de la responsabilidad subsidiaria estudiada en el apartado anterior, el artículo 42 ET establece una responsabilidad solidaria en su apartado dos, responsabilidad referida a las obligaciones salariales y de Seguridad Social nacidas durante la contrata. El precepto persigue aquí, claramente, una protección de los intereses de los trabajadores que intervienen en la rea-

lización de las obras o servicios contratados. Es pues, el artículo 42.2 ET el núcleo de la regulación protectora del trabajo en contratas que ofrece el ET, ya que el apartado uno del mismo artículo contemplaba más directamente la fase previa a la contratación entre empresas. Vamos a intentar clarificar, seguidamente, el contenido del artículo 42.2 ET, artículo que, en lo sustancial, mantiene las líneas de sus precedentes en el DCE y la LRL, aunque incorpora importantes innovaciones, como veremos.

En principio, tres temas se nos presentan ante el análisis del artículo 42.2 ET: determinar qué empresas quedan sujetas a responsabilidad, examinar la naturaleza y alcance de la misma, y hacer mención de los límites que se establecen a dicha responsabilidad.

1.4.1. *Empresas sujetas a responsabilidad*

La determinación de las empresas que quedan sujetas a la responsabilidad que el artículo 42.2 ET establece, es una tarea necesaria y que puede revestir alguna dificultad. En efecto, el precepto habla de «empresario principal», de «subcontratistas» y de «contrata», y más concretamente, dice que el empresario principal responderá con los subcontratistas (no menciona a los contratistas), durante la vigencia de la contrata (sin mencionar a la subcontrata). A partir de aquí, cabe plantearse entre qué empresas se establece la responsabilidad. Porque las posibles respuestas pueden ser variadas, ya que se puede pensar que responde el empresario principal con el contratista, el principal con el subcontratista, el contratista con el subcontratista, o el principal con el contratista y todos los posibles subcontratistas.

Para tratar de solucionar esta problemática, puede ser de gran utilidad acudir a los precedentes inmediatos del art. 42 ET y a las interpretaciones que sobre ellos se hicieron respecto del punto que nos ocupa. En este sentido, el artículo 19.2 LRL establecía que respondía el empresario principal de las obligaciones contraídas por el subcontratista durante la subcontrata. Parecía referido tan sólo al negocio de la subcontrata, y que dejaba al margen a la contrata. Pero en su párrafo anterior hablaba de la contrata y la subcontrata («... los empresarios que contraten o subcontraten...»). Todo esto hizo que las opiniones sobre el tema no fuesen unánimes. Se dijo así, que las empresas obligadas a responder solidariamente eran la principal y la contratista en la contrata, y la contratista con la subcontratista en caso de subcontrata, alegando que si el párrafo final del artículo 19.2 LRL sólo mencionaba la subcontrata, se debía a un evidente olvido del legislador (75).

(75) RODRÍGUEZ PIÑERO, *La regulación...*, pág. 45.

Pero también se defendió que el único negocio contemplado era la subcontrata, y que, por tanto, sólo respondían solidariamente las empresas contratista y subcontratista. Esta opinión se basaba, fundamentalmente, en el tenor del precepto, y en la idea de que era en la subcontrata donde los intereses de los trabajadores requerían mayor protección, además de que sólo en la subcontrata se podía dar el requisito de que las obras o servicios contratados correspondiesen a la propia actividad de la empresa contratante (76). Por otra parte, también se decía que la responsabilidad solidaria sólo se refería a la subcontrata, porque para la contrata ya se estableció en la LSS una responsabilidad subsidiaria (77).

No había, pues, una opinión unánime, y lo cierto es que tampoco nuestros tribunales de trabajo se decantaron claramente por una solución u otra. Así, unas veces la responsabilidad solidaria se estableció tanto para casos de contrata como para los de subcontrata (78). No obstante, parece que hubo una cierta inclinación por pensar que sólo en la subcontrata era aplicable la responsabilidad solidaria en cuestión, y de esta forma se ha expresado el TCT en más de una ocasión: «los términos contrata y subcontrata no se utilizan como contrapuestos, sino con la finalidad de servir de interpretación del segundo al primero, porque fácilmente se alcanza que se refiere a la subcontrata, como lo corrobora la parte final del precepto...» (79). Se declara así que la responsabilidad solidaria «se refiere a la subcontrata, pero no al contrato de empresa, como lo demuestran los términos empleados obras o trabajos que constituyen la propia actividad de la empresa principal, con lo que se quiere decir la que tenga por objeto realizar todo o parte de lo que correspondería realizar a la contratista, y así lo corrobora la parte final del precepto que sólo establece la responsabilidad solidaria en el caso de subcontrata, sin que pueda atribuirse al legislador olvido involuntario de los supuestos de contrata; interpretación restrictiva que está de acuerdo con la rúbrica de la norma, y porque es la subcontrata y no la contrata, la que es contemplada con recelo del legislador, pues en aquélla el contratista traslada

(76) DE LAS CUEVAS, *ob. cit.*, pág. 45. También GARCÍA ORTUÑO, «Las prestaciones del Régimen General de Seguridad Social», en *RPS*, núm. 113, págs. 114 y sigs.

(77) Esta opinión es adelantada por ALONSO OLEA. Se basa en la importante STS (4) de 23-XI-77, que declara la ilegalidad del último inciso del art. 4 DCE en base a que el art. 97.1 LSS establecía una responsabilidad subsidiaria para las contratatas. A partir de aquí, el art. 97.1 LSS regularía la contrata y el art. 4 DCE la subcontrata. *Instituciones...*, pág. 166.

(78) «La responsabilidad solidaria se da en empresas que contraten o subcontraten...», SCT de 8-I-74.

(79) SCT de 8-X-74.

a otra persona la personal obligación que le incumbe y se ha comprometido a realizar, mientras que ésta es una modalidad contractual perfectamente válida, regulada por el 1.588 y siguientes C. civil y artículo 97 LSS» (80).

¿Debe ser asumida esta postura jurisdiccional? Creemos que no, porque, al igual que la opinión doctrinal que mantiene una línea semejante, puede ser acreedora de varias observaciones:

- Apoyarse en el párrafo segundo del artículo 19.2 LRL para interpretar el párrafo anterior, no pensamos que sea clarificador, puesto que también se puede realizar la operación contraria: utilizar el párrafo primero para interpretar el segundo (81).
- Decir que el artículo 19.2 LRL sólo se refería a la subcontrata porque sólo el contratista puede contratar obras correspondientes a su propia actividad, va contra el mismo tenor literal del precepto, que dice: «las empresas que contraten o subcontraten obras correspondientes a su propia actividad», lo cual demuestra que también la contrata puede ir referida a obras de esta clase. Además, el sentido de «propia actividad», como se analizó, es más complejo.
- Por último, no es sólo en la subcontrata donde se pueden causar perjuicios al trabajador, ya que también los acarrea la contrata, al representar, en todo caso, una utilización de mano de obra «periférica» a la empresa principal (82), además de poder encubrir una mera cesión de mano de obra.

Trasladando la discusión al texto del ET, pensamos que la cuestión debe resolverse en el sentido de considerar que la responsabilidad solidaria que establece el artículo 42.2 ET, debe hacerse extensiva tanto a los supuestos de contrata como a los de subcontrata. De esta forma, el empresario principal responderá solidariamente con el contratista en caso de contrata, y el contratista hará lo propio con el subcontratista en la subcontrata. Cuando haya contrata y subcontrata referidas a las mismas obras o servicios, responderán todos los empresarios implicados (83), aunque en este caso y en el supuesto de que existiese una cadena de subcontratas, habría que pensar en una gradación de los empresarios, de modo que cada uno garantice a los que le

(80) SCT de 14-V-75.

(81) RODRÍGUEZ PIÑERO, *La regulación...*, pág. 45.

(82) En la contrata hay un personal que siempre sufre ciertas discriminaciones respecto del personal perteneciente a la empresa contratante: es la «mano de obra periférica». MAILLARD y otros, *ob. cit.*, pág. 324.

(83) Esta parece ser la postura de ALONSO OLEA, *El Estatuto...*, pág. 142.

continúen, pero no viceversa (84). Esta conclusión la apoyamos en los siguientes argumentos:

- El artículo 42.1 ET contempla tanto la contrata como la subcontrata, lo cual es indicio de que la regulación del artículo completo va a estar dirigida a ambos negocios.
- El artículo 42.2 ET no emplea una terminología única y estricta, sino que habla de «subcontratistas» por un lado, y de «contrata», por otro. De lo cual hay que deducir que no se está dirigiendo con exclusividad a una figura u otra, sino que el empleo de los términos se hace en su sentido vago.
- El artículo 42.2, en su párrafo final, excluye de responsabilidad al empresario principal «por los actos del contratista», en ciertos supuestos que luego veremos. Lo que nos interesa aquí es que claramente se contempla la contrata: luego, si aquí se exonera de responsabilidad al principal, es porque en el resto de supuestos, al que se refiere el primer párrafo del artículo 42.2 ET, sí hay responsabilidad en caso de contrata.
- Por último, si el artículo 42.2 ET pretende ofrecer una regulación protectora del trabajo en contratas, muy corto quedaría en sus objetivos si lo limitamos sólo a la subcontrata. Porque, como vimos antes, también en la contrata requieren los trabajadores una especial protección.

1.4.2. *Naturaleza de la responsabilidad*

El artículo 42.2 ET hemos visto que establece una responsabilidad del empresario principal con el contratista. Pero, ¿de qué clase es esta responsabilidad? No hay dificultad en contestar, puesto que el mismo precepto establece la solidaridad. Se trata, pues, de una responsabilidad solidaria que tiene su origen en la ley, y, por consiguiente, queda sustraída al poder dispositivo de las partes: ni los empresarios pueden pactar su exclusión, ni los trabajadores pueden renunciar a su beneficio. Por su origen legal, además, funciona automáticamente, sin que tengan que intervenir las partes para ello (85).

(84) RODRÍGUEZ PIÑERO, *La regulación...*, pág. 63. Para el TCT, en una cadena de subcontratas, procede considerar una responsabilidad solidaria de todas ellas, pues en todas se da el fundamento de tales disposiciones, a saber: la repercusión del provecho posible del trabajo en cada uno según su esfera de acción, y de otra parte lo exige la finalidad perseguida por las mismas, pues en otro caso, bastaría establecer una segunda subcontrata para que la responsabilidad del subcontratista quede sin efecto. SCT de 29-XI-73.

(85) RODRÍGUEZ PIÑERO, *La regulación...*, pág. 48.

Como se sabe, la esencia de la solidaridad en las obligaciones radica en que hay una concurrencia o pluralidad de sujetos, y en que cada uno de los deudores está obligado a la totalidad de la prestación con respecto al acreedor o acreedores, y cada uno de éstos puede exigir a cada deudor el total de la deuda (86). Hay, pues, unidad en el objeto de la solidaridad. Además, cada deudor, aunque debe y puede pagar la totalidad de la deuda, debe ver disminuido su patrimonio sólo en la cuota que le corresponde en la relación interna de los deudores (87), lo cual quiere decir que, si paga el todo, puede reintegrarse de los demás.

Aplicando estos mínimos conceptos a la responsabilidad solidaria que establece el artículo 42.2 ET, hay que observar ciertas peculiaridades: es una responsabilidad solidaria causada por el incumplimiento de obligaciones ajenas (el principal responde de las obligaciones del contratista), sin que propiamente exista deuda propia (88). Sólo se responde cuando existe incumplimiento del contratista (89), y, por tanto, no hay una misma causa de obligación. Esta peculiaridad hace que la solidaridad establecida en el ET para el trabajo en contratas, no sea una solidaridad sin más, «sino algo específico y concreto que tiene la nota común con la solidaridad genérica de la obligación y legitimación del comitente al abono complejo de la deuda laboral del contratista» (90). Así, Rodríguez Piñero ha calificado esta especial forma de solidaridad como «fianza *sui generis*», pues «al garantizar al comitente el pago por el contratista de sus deudas laborales, lo está afianzando con una situación evidentemente accesorio la obligación del deudor principal, el contratista». Todo esto va a tener importantes consecuencias a la hora de reclamar el pago al empresario principal los acreedores del contratista. Si en una solidaridad normal, estos podrían dirigirse contra cualquier deudor, en el supuesto que analizamos, por sus especialidades, el acreedor habrá de dirigirse primero al deudor originario (el contratista), y, tras el impago de éste, podrá dirigirse contra el comitente. Como hemos dicho, y conviene repetir, basta con el impago del contratista para dirigirse al comitente, no es necesario demostrar la insolvencia de aquél (91). En todo caso, el empresario prin-

(86) HERNÁNDEZ GIL, *La solidaridad de las obligaciones*, RDP, junio 1946, página 349; Díez Pícazo, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, 1979, pág. 420.

(87) «Si en la relación con el acreedor la deuda se considera como única, entre los codeudores deben distribuirse las consecuencias», Díez Pícazo, *ob. cit.*, pág. 424.

(88) RODRÍGUEZ PIÑERO, *La regulación...*, pág. 51.

(89) Hay, como dice Díez Pícazo, en toda solidaridad una extensión de responsabilidad de unos codeudores a otros; aquí hay una extensión de responsabilidad del contratista al principal.

(90) RODRÍGUEZ PIÑERO, *La regulación...*, pág. 53.

(91) Estaríamos, en este caso, ante una responsabilidad subsidiaria. RODRÍGUEZ

principal está obligado al pago total de la deuda en virtud de la solidaridad, y este pago, una vez realizado, libera al contratista de sus acreedores.

Lo que se intenta ante todo con esta responsabilidad solidaria, es una especial cautela a favor de los trabajadores, al permitirles dirigirse contra el empresario principal y exigirle el pago de la deuda que el contratista no les abona (92). El hecho de que antes de eso tengan que acudir al contratista, no debe significar mayor obstáculo, puesto que no haría falta llegar a probar su insolvencia.

Decíamos que el pago de la deuda por el comitente, en su integridad y con plenos efectos liberatorios y extintivos de la obligación (93), libera al contratista frente a los trabajadores. Pero es aquí donde comienza el tema referente al reintegro del comitente de la cantidad abonada, puesto que ha pagado una deuda que no era suya ni siquiera en parte. Para lograr este reintegro, el comitente cuenta con las acciones de regreso y la subrogación en el crédito. Dada la configuración que hicimos de la responsabilidad solidaria del artículo 42.2 ET como fianza especial, habrá que acudir al artículo 1.838 C. civil, según el cual, el fiador que paga por el deudor deberá ser indemnizado por éste, y además, abonarle gastos y perjuicios. Para la subrogación en el crédito juega el artículo 1.839 C. civil. Las diferencias entre la acción de regreso y la subrogación son importantes: en la primera, el comitente gozará de un crédito nacido en la fecha del pago; en la segunda, la antigüedad del crédito será la originaria. Parece que ambas son compatibles (94), aunque hay opiniones contradictorias (95).

Junto a estas acciones, el comitente podrá ejercer la oportuna compensación de créditos: entre los laborales satisfechos por él, y las deudas que tenga pendientes con el contratista (96).

PIÑERO, *La regulación...*, pág. 57. El trabajador puede dirigir su acción contra cualquier empresario sin que el otro tenga que ser traído al pleito (STS 11-XI-75).

(92) Para Díez PICAZO, la solidaridad, a través de la extensión de la responsabilidad, trata fundamentalmente de conseguir un refuerzo de la posición del acreedor. Además, significa la cobertura de insolvencia de un deudor, porque los demás responden de él frente al acreedor. *Ob. cit.*, págs. 420 y sigs.

(93) Díez PICAZO, *ob. cit.*, pág. 426.

(94) Díez PICAZO, *ob. cit.*, pág. 426. Cabe preguntarse si el crédito en el que se subroga el empresario principal continúa con el privilegio especial de los créditos laborales. Parece que sí; M. PÉREZ PÉREZ, «El crédito privilegiado del trabajador», en *RPS*, núm. 124, pág. 28.

(95) Véase RODRÍGUEZ PIÑERO, *La regulación...*, pág. 61.

(96) RODRÍGUEZ PIÑERO, *La regulación...*, pág. 62. La SCT de 28-VI-78 establece que «en todo caso, el pago por el comitente como subrogado en las obligaciones del subcontratista, le da derecho al reintegro ante la jurisdicción civil (parece que se niega.

1.4.3. *Alcance de la responsabilidad solidaria*

Examinada ya la naturaleza jurídica de la responsabilidad que el artículo 42.2 ET impone al empresario principal en las contrataciones o subcontratas, es preciso determinar el alcance material y temporal de la mencionada responsabilidad, esto es, las obligaciones por las que debe responder el empresario comitente, y el período de tiempo durante el cual está sujeto a responsabilidad. Ambas cuestiones quedan determinadas por el artículo 42.2 ET, aunque requieren ciertas matizaciones.

En cuanto al alcance material de la responsabilidad solidaria, el citado artículo dice que se responde de las obligaciones de naturaleza salarial y de las referidas a la Seguridad Social. Lo primero que hay que comentar a este respecto es la notable atenuación de la responsabilidad solidaria que se consagra en el texto del ET respecto de sus antecedentes. En efecto, como se recordará, tanto el DCE como la LRL, establecían que la responsabilidad del empresario principal alcanzaba a las obligaciones laborales sin especificación entre ellas. Se garantizaba de esta forma, puesto que el precepto no distinguía, el cumplimiento de todas las obligaciones de tipo laboral que el contratista contraía con sus trabajadores. Había que entender que tales obligaciones eran las derivadas de la relación de trabajo establecida entre el contratista y el trabajador (97). Quedaba, por tanto, desbordado el campo de lo puramente salarial, y la responsabilidad solidaria alcanzaba a cualquier otra obligación laboral que el contratista contraía con sus trabajadores y que tenía su origen en las diferentes normas que pudieran incidir en aquella relación laboral (98). No obstante, se mantenían al margen de esta protección, las obligaciones que la empresa contratista tenía por imposición de la Ordenanza de Seguridad e Higiene, ya que la naturaleza de estas obligaciones es de carácter público y no patrimonial, y la responsabilidad del principal se circunscribía a las obligaciones de carácter patrimonial (99). Además, la citada Ordenanza ya se en-

la posibilidad de acudir a la jurisdicción laboral en la subrogación, como apuntó RODRÍGUEZ PIÑERO, *La regulación...*, pág. 62), pudiendo también ejercitar el cobro mediante la compensación de lo satisfecho y las demás deudas del comitente».

(97) RODRÍGUEZ PIÑERO, *La regulación...*, pág. 45.

(98) «No puede entenderse que la dicha responsabilidad se extienda exclusivamente al pago de los salarios y no a las consecuencias derivadas del despido, pues ello supone una distinción y una limitación que el precepto no establece. La responsabilidad solidaria alcanza a los salarios de tramitación, aunque no a la indemnización sustitutoria de la readmisión.» SCT de 7-V-79.

(99) RODRÍGUEZ PIÑERO, *ob. cit.*, pág. 46.

cargó de establecer las correspondientes responsabilidades de la empresa principal en dicha materia. Se respondía, pues, de las obligaciones contraídas con los trabajadores sin más excepción que ésta (100).

No sucede lo mismo a partir de la redacción del artículo 42.2 ET. Con este precepto sólo quedan garantizadas las obligaciones de tipo salarial contraídas por el contratista con sus trabajadores. Por consiguiente, todas las obligaciones que tengan carácter salarial, y sólo ellas, están afectadas por la responsabilidad solidaria del comitente. El carácter salarial de la obligación vendrá determinado por el artículo 26 ET y los artículos correspondientes del DOS de 17-VIII-73 y su Orden complementaria (101).

No obstante, queda por dilucidar una cuestión no resuelta expresamente por el artículo 42 ET. Nos referimos a las cantidades dejadas de percibir por los trabajadores en los supuestos de despido nulo o improcedente, ya que cabe plantearse si dichas cantidades tienen carácter salarial, en cuyo caso quedarían protegidas por el mecanismo de la responsabilidad solidaria, o no lo tienen, supuesto éste en el que quedarían al margen de la protección. La importancia del tema es grande como se puede apreciar. Ciertamente, hasta no hace mucho, parecía que aquellas cantidades aludidas (los llamados salarios de tramitación), no tenían carácter salarial, y se las conceptuaba como indemnización o sanción por incumplimiento del empresario, o como indemnización complementaria. Pero actualmente parece claro que hay que considerar que constituyen un débito salarial y que gozan de la naturaleza de los salarios. Esta postura la abona la consideración del carácter constitutivo de la sentencia que declara nulo o improcedente el despido, lo cual hace que la relación de trabajo se mantenga en sus mismos términos, con los derechos y obligaciones que le son propios. A partir de este carácter constitutivo de la sentencia, el empleador incurre en *mora accipiendi* frente al trabajador por impedirle prestar sus servicios y ha de abonarle los salarios dejados de percibir. Además, los artículos 56 y 33.4 ET y el artículo 104 de la LPL, no dejan lugar a dudas sobre el carácter salarial de las cantidades dejadas de percibir en caso de despido nulo o improcedente (102). Tras esto, no ofrece

(100) SCT de 18-III-77 y otras muchas.

(101) Que queda vigente tras la aprobación del ET según la Disp. final 4.ª del mismo.

(102) Según LAVADO MOLINA, los salarios de tramitación «son aquellos salarios que el empleador, en virtud de su colocación en mora por la sentencia constitutiva de un despido injustificado o nulo, debe abonar al trabajador mientras dure la situación de despido de éste, o cese la situación de mora imputable a aquél», en «El régimen jurídico de los salarios de tramitación en los procesos por despido», en *RPS*, número 115. Véase también MARTÍNEZ EMPERADOR, *ob. cit.*, pág. 41.

dificultad el encajar los salarios de tramitación en la protección que dispensa el artículo 42.2 ET.

En cuanto a las obligaciones referidas a la Seguridad Social, son válidas las aportaciones hechas a propósito de la anterior normativa, aunque es elogiabile la nueva expresión utilizada por el ET. Como se sabe, la LRL hablaba de obligaciones «contraídas con la Seguridad Social», mientras que el artículo 42 ET habla de «obligaciones referidas a la Seguridad Social». La anterior regulación daba pie a pensar que sólo se contemplaban las obligaciones que el contratista contraía con la Seguridad Social, esto es, las referidas al pago de cuotas. Sin embargo, la doctrina entendió que el precepto realizaba una imputación material y no subjetiva, con lo cual encajaban en la protección todas las obligaciones referidas a la Seguridad Social: afiliación, altas y bajas, cotización y pago de prestaciones por el empresario (103). Con la nueva regulación, la conclusión ha de seguir siendo la misma, pero esta vez viene apoyada por el propio texto legislativo al mencionar expresamente las obligaciones «referidas» a la Seguridad Social (104).

Cabe, finalmente, plantearse si el empresario principal responde solidariamente de los recargos que se imponen a las empresas por infracción de las medidas de Seguridad e Higiene (105). Dijimos que la Ordenanza de Seguridad e Higiene dispone que la empresa principal responde solidariamente del cumplimiento de dichas medidas cuando se trata de trabajadores del contratista empleados en su centro de trabajo. ¿Quiere ello decir que responde también solidariamente cuando se impone al contratista un recargo porque se han infringido dichas medidas en caso de accidente de trabajo? Parece que la respuesta ha de ser negativa, puesto que el recargo supone una sanción que debe recaer exclusivamente en el infractor de la obligación, en este caso el empresario contratista (106). Y en este sentido, el TCT ha declarado que «la responsabilidad solidaria lo será para los casos de las prestaciones de accidente de trabajo, mas no para el recargo en orden a las medidas de seguridad, por tratarse el recargo en ese caso de una medida punitiva que ha de recaer

(103) RODRÍGUEZ PIÑERO, *La regulación...*, pág. 47.

(104) MARTÍNEZ EMPERADOR, *ob. cit.*, pág. 35.

(105) Sobre la temática referente al recargo, véase ALDAR RIERA, «La responsabilidad civil del empresario en el accidente de trabajo del trabajador en la empresa», en *RDP*, marzo de 1980; MONTOYA MELGAR, «Sanción e indemnización: el recargo de las indemnizaciones por accidente de trabajo», en *ADC*, 1967, XX, III; SAGARDOY BENGOCHEA, «El aumento a cargo del empresario en la indemnización por accidente de trabajo», en *RISS*, núm. 4, 1961.

(106) Según el artículo 93.2 LSS, «la responsabilidad en el pago del recargo recaerá directamente sobre el empresario infractor».

exclusivamente en la persona o personas a cuyo servicio estaba el obrero accidentado en el momento de producirse el accidente, ya que esa es la infractora, sin que la vinculación por contrato de ejecución de obra altere la obligación legalmente impuesta a cada empresario de garantizar la seguridad de sus respectivos obreros con la observancia de las medidas reglamentariamente impuestas, sin perjuicio de otro tipo de exigencias contractuales no laborales» (107).

Como estamos viendo, el empresario principal responde solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial y de Seguridad Social contraídas por el contratista. Pero no puede responder de todas ellas. Es necesario saber a qué período de tiempo han de estar referidas dichas obligaciones para que el empresario comitente responda por ellas, hay que señalar el ámbito temporal de dicha responsabilidad. ¿Qué dice el artículo 42.2 ET sobre este tema? Establece que el empresario principal responde de dichas obligaciones «salvo el transcurso del plazo antes señalado (los treinta días que se conceden a la Entidad Gestora para contestar a la petición del empresario contratante), y durante el año siguiente a la terminación de su encargo»... cuando esas obligaciones han nacido «durante el período de vigencia de la contrata». La LRL establecía que se respondía de las obligaciones que se originaban en el período de la contrata, sin más precisiones: se trataba, pues, de las obligaciones nacidas en ese período y por trabajos propios de la contrata, no en trabajos ajenos a ella (108).

¿Representa alguna variación el texto del ET? En principio no la hay, puesto que queda claro que las obligaciones garantizadas por la responsabilidad solidaria son las nacidas durante la vigencia de la contrata, no antes ni

(107) SCT de 5-XII-75 y 23-X-79. No obstante, y pese a que la tesis sostenida en estas sentencias es correcta para la generalidad de las ocasiones, cabe pensar que a veces puede no resultar correcta dicha argumentación. Así, si el empresario principal, según el artículo 153 de la O. de Seguridad e Higiene, está obligado al cumplimiento de las medidas de seguridad cuando se trate de trabajadores empleados en su centro de trabajo, y es, por tanto, el que debe disponer esas medidas, sobre todo cuando se utilizan sus instalaciones o herramientas, no hay obstáculo en pensar que es dicho empresario el infractor cuando no se han dispuesto aquéllas. Como el empresario contratista también debe velar por la seguridad de sus trabajadores, parece que deben responder ambos empresarios solidariamente de la infracción y del recargo correspondiente.

(108) RODRÍGUEZ PIÑERO, *ob. cit.*, pág. 47. Según el TCT, la responsabilidad solidaria se refería únicamente «a los actos o acaecimientos ocurridos durante la vigencia del contrato y que merezcan protección legal, por lo que si el accidente de trabajo tuvo lugar durante la subcontrata, los efectos jurídico-laborales afectan al empresario que directamente contrató al obrero, asimismo, con carácter solidario a la empresa que cedió parte de sus trabajadores a realizar las obras». SCT de 10-XI-74.

después, y por la realización de las obras o servicios contratados (109). En el supuesto de que las obligaciones nazcan durante la ejecución de la contrata, pero excedan en el tiempo a la duración de la misma, hay que entender que la responsabilidad solidaria del empresario principal sólo alcanzará a la parte proporcional de dichas obligaciones correspondiente a la duración y vigencia de la contrata en cuestión. Igualmente, si hay obligaciones originadas en un período anterior a la contrata, sólo habrá responsabilidad solidaria en la parte que se haya originado desde que se concertó la contrata (110).

No obstante estas semejanzas con la regulación anterior, el texto del artículo 42.2 ET acompaña alguna innovación importante. En efecto, al contrario que la LRL, que no establecía plazo de caducidad especial de las obligaciones sometidas a responsabilidad solidaria (111), el citado precepto del ET establece que el empresario principal responde tan sólo hasta un año después de la terminación del «encargo» (112), plazo de caducidad tras el cual no se podrán exigir responsabilidades a dicho empresario. Se establece, por consiguiente, un plazo igual al que determina el artículo 59 ET para las acciones derivadas del contrato de trabajo. No hay, por tanto, problemas de concurrencia de normas en cuanto a la obligación salarial. Pero cabe que se planteen respecto a las obligaciones referidas a la Seguridad Social, puesto que los artículos 54 y 57 LSS establecen un plazo de prescripción de cinco años.

(109) «La conclusión de los trabajos de la especialidad de los actores no determina la conclusión de la contrata o subcontrata, y por ello, subsistente la contrata, es clara la responsabilidad solidaria de la empresa principal». SCT de 26-I-79.

(110) Así lo expresa la SCT de 7-IV-76. Hay gran casuística en este sentido en las sentencias del TCT. Referida a un despido, la SCT de 23-II-77 decía que hay «responsabilidad de la empresa contratante si ese despido se produjo durante la realización de las obras contratadas, pero no si la contrata ya se extinguió... y, por tanto, el derecho concedido a los trabajadores para reintegrarse a su puesto de trabajo tras el despido improcedente y para percibir los salarios de tramitación, no puede afectar a la empresa principal, puesto que de no entenderse así, se produciría una integración en la plantilla de esa empresa». En la SCT de 26-VI-78, que enjuicia un supuesto de subcontrata en el que tienen lugar unos despidos porque se rescinde unilateralmente la subcontrata, establece que «evidentemente, la subcontrata que tendría una duración natural correspondiente a la obra que se realizaba, tuvo una ruptura unilateral por voluntad de la empresa contratista, no acreditada en autos la existencia de causa que la justificase, implica perdure la responsabilidad solidaria mientras la obra subcontratada dure o, naturalmente, hubiera terminado, pues otra interpretación burlearía la finalidad del precepto».

(111) RODRÍGUEZ PIÑERO, *ob. cit.*, pág. 47, opinaba que eran aplicables los plazos generales.

(112) El término «encargo» habrá de estar referido a contrata. La ley italiana de 23-X-60 estableció, asimismo, un plazo de un año. Según NAPOLETANO, la responsabilidad solidaria se atenúa por este plazo de decadencia. *Corso...*, pág. 191.

¿Qué plazo será aplicable en este punto? Pensamos que habrá de aplicarse el plazo de un año dispuesto en el artículo 42 ET, puesto que este precepto no hace distinción entre unas obligaciones y otras al establecer dicho plazo (113). Además, la regulación del ET es especial y posterior a la LSS. Quede claro, por otra parte, que el plazo especial del artículo 42 ET está referido a las reclamaciones frente al empresario principal, y por ello, si hay otro plazo común más amplio, se podrá seguir la reclamación ante el empresario contratista.

Por último, hay que advertir que, en virtud del inciso inicial del artículo 42.2 ET, durante el plazo de un mes que se concede a la Entidad Gestora para contestar a la petición del empresario comitente, no podrán ser exigidas a éste obligaciones referidas a la Seguridad Social (114).

1.4.4. *Límites a la responsabilidad solidaria*

El empresario principal responde solidariamente en los términos analizados en los apartados precedentes, pero sólo hasta el límite «de lo que correspondería de haberse tratado de su personal fijo en la misma categoría y puesto de trabajo». Estamos ante una relevante innovación del ET respecto de la anterior regulación, innovación que representa una atenuación clara de la responsabilidad del empresario principal, y una posible rebaja en la protección de los trabajadores de la empresa contratista. Se impone un límite máximo a la responsabilidad (con el perjuicio consiguiente para los trabajadores de la empresa contratista que gocen de condiciones laborales superiores, en concreto, de mayor remuneración) y que, por contra, no se ha establecido un tratamiento económico-normativo igual para los trabajadores de una y otra empresa, algo que significaría una importantísima protección a los trabajadores de la empresa contratista, que normalmente están peor atendidos económicamente (en peores condiciones en general, empezando por la inestabilidad mayor en el empleo). Además, un precepto encaminado a igualar las condiciones de una y otra empresa, impediría la utilización de la contrata con el único fin de abaratar costes por acudir a mano de obra exterior a la empresa y con peores, repetimos, condiciones económicas (115).

(113) MARTÍNEZ EMPERADOR piensa que respecto de las obligaciones de Seguridad Social, hay que aplicar los artículos 54 y 57 LSS (*ob. cit.*, pág. 43).

(114) MARTÍNEZ CALCERRADA, *ob. cit.*, pág. 142, opina que sí son exigibles obligaciones salariales, opinión que compartimos.

(115) RODRÍGUEZ PIÑERO, *Interposición...* Alude este autor a que la negociación colectiva quizá pudiese remediar esto mejor. En el Derecho italiano, contratante y contratista garantizan solidariamente un tratamiento económico para los trabajadores del

Por otra parte, el precepto del ET que nos ocupa, además de criticable en el sentido antes expuesto, entrañará, posiblemente, dificultades en su aplicación: ¿qué pasará cuando no se correspondan las categorías o puestos de trabajo de una empresa y otra, por estar sujetas a distintas normativas referentes a ese tema?

1.5. Exoneración de responsabilidad

En su segundo párrafo, el artículo 42.2 ET recoge unos supuestos fácticos que quedan excluidos de la anterior regulación, concretamente de la responsabilidad solidaria estudiada. El precepto, como veremos, ni es nuevo totalmente, ni ofrece mayores aportaciones. Antes de entrar en un análisis detenido del mismo, conviene resolver la siguiente cuestión de tipo general: ¿está referida la exclusión a todo el artículo 42 ET, o sólo a su número 2? Esto es, la exoneración de responsabilidad ¿se limita a la solidaria del 42.2 ET, o se amplía también a las posibles responsabilidades que, según vimos, pueden surgir del número 1 del artículo 42 ET? En principio, por su colocación sistemática, parece que la exclusión está referida tan sólo al número 2 del 42 ET: en estos supuestos no habría responsabilidad solidaria, pero sí permanecerían las obligaciones y responsabilidades del número 1 del 42 ET. Sin embargo, creemos que la interpretación debe ser la contraria, y ello en base a:

- El párrafo que comentamos habla de responsabilidad sin más, lo cual *a senso contrario*, indica que no se limita a la responsabilidad solidaria del artículo 42.2 ET.
- El artículo 42.1 ET (como todo el artículo) está contemplando las contrata y subcontratas referidas a la propia actividad de la empresa

contratista no inferior al de los del comitente. Véase MARIUCCI, *ob. cit.*, pág. 179. Para este autor, debe igualarse el «estatuto jurídico» de todos esos trabajadores. Para NAPOLETANO, con un tratamiento igual se resuelve la «diversidad de tratamiento y la diversidad de solvencia de los trabajadores», *ob. cit.*, pág. 191. SPANO ha dicho que la paridad de trato en Italia no significa un tratamiento no inferior al mínimo inderogable, sino no inferior al que reciben realmente los trabajadores del comitente. *Ob. cit.*, pág. 79. La sentencia de la Corte de Casación italiana (Il diritto del lavoro, en febrero de 1979, pág. 21) estableció que la paridad de trato de la ley italiana busca evitar injustificables discriminaciones en las condiciones de los trabajadores. El elemento caracterizador de este precepto no es tanto la extensión de la responsabilidad al comitente, como la modificación de la obligación del contratista con sus trabajadores. Esta paridad no puede entenderse más allá de la duración de la contrata.

contratante. Está claro que en los supuestos del párrafo final del 42.2 ET no se da esta circunstancia de que las obras sean de la propia actividad del que las contrata.

Pasamos a continuación a analizar en concreto los supuestos contemplados por el 42.2 ET, párrafo final, y excluidos de la regulación protectora del trabajo en contratatas.

1.5.1. *Construcción o reparación encargada por un cabeza de familia*

Estamos ante el primer supuesto de exclusión de responsabilidad. Las normas que se pueden citar como antecedentes más directos del ET en este tema de contratatas no hicieron ninguna mención al supuesto que analizamos (ni el DCE, ni la LRL). No obstante, sí conocemos alguna norma que recogió un precepto semejante: el artículo 97.1 LSS, en su párrafo final decía: «No habrá responsabilidad cuando se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto de su vivienda» (116). El 42.2 ET excluye de responsabilidad por los actos del contratista «cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda.» La exclusión es coherente si se tiene en cuenta que el cabeza de familia en ese caso no actúa como empresario, ni debe tener el celo en la contratación que se debe exigir a éste (117). Además, el cabeza de familia no pretende, es de imaginar, ni eludir responsabilidades, ni disminuir la plantilla utilizando mano de obra (118), razones que desaconsejan la protección que en otros supuestos se da a los trabajadores del contratista. Podría argumentarse que los trabajadores empleados por el contratista en el supuesto excluido, en caso de insolvencia de su empresario, quedarían en peor situación. Pero, por otro lado, habría que pensar si hay razones para que el «cabeza de familia» responda de ello.

Pensamos, además, que esta exclusión expresa no tiene mayor relevancia, puesto que, si las obras o servicios que contempla el 42 ET han de ser de la propia actividad del contratante, quedaría ya excluido, por este solo

(116) Según ALONSO OLEA, este párrafo sigue en vigor plenamente, pues está referido a prestaciones tan sólo y el del 42 ET a cotizaciones. *Ob. cit.*, pág. 144, nota 29. Pensamos que este párrafo está referido a todas las responsabilidades recogidas en el 42 ET, entre ellas las referentes a prestaciones.

(117) ALONSO OLEA, *ob. cit.*, pág. 144.

(118) MARTÍNEZ CALCERRADA, *ob. cit.*, pág. 143.

dato, el contrato del cabeza de familia para construir o reparar su vivienda. Aunque la mención expresa puede ser aclarativa.

1.5.2. *Obras contratadas sin conexión con actividad empresarial*

El segundo supuesto que se excluye de la regulación del 42 ET es el que se da «cuando el propietario de la obra o industria no contrata su realización por razón de una actividad empresarial». Este inciso no conoce antecedentes en la regulación anterior al ET, y no es de extrañar si pensamos que, al igual que el caso anterior, carece del requisito de «propia actividad de las obras contratadas», por lo que, sin mencionarlo la legislación anterior, quedaba ya fuera de la especial regulación protectora del trabajo en contratas (119). Por otra parte, puede coincidir con el supuesto anterior, y pecar la regulación de reiterativa, si el cabeza de familia es empesario que contrata la construcción o reparación de su vivienda (120). La razón de la exclusión, creemos que es la misma que expusimos a propósito del caso anterior: el empesario no actúa aquí como tal, y, por tanto, es difícil que se busque la elusión de responsabilidades o el encubrimiento de insolvencias, cuestiones éstas que aconsejaban establecer las obligaciones y responsabilidades que impone el 42 ET. En todo caso, al precepto hay que reconocerle un valor aclarativo fundamentalmente.

2. LA CESION DE MANO DE OBRA EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Al igual que sucedía con el trabajo en contratas, la regulación de la cesión de trabajadores en el ET persigue, fundamentalmente, la protección de los intereses laborales y de Seguridad Social de los trabajadores. Pero la manera de llevar a cabo esta protección es totalmente distinta: si el art. 42 ET establecía una regulación permisiva de las contratas y subcontratas, aunque disponía determinados mecanismos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social, el art. 43 ET determina la prohibición radical de los fenómenos que implican una cesión de trabajadores. No se trata ya, de establecer garantías en favor de los trabajadores, sino que se acude a un mecanismo diferente cual es la prohibición directa de los negocios que entrañan un mero suministro de personal.

El art. 43 ET, dividido en tres apartados, contiene las siguientes medidas:

(119) Inexiste el requisito «delimitador». MARTÍNEZ CALCERRADA, *ob. cit.*, pág. 143.

(120) ALONSO OLEA, *ob. cit.*, pág. 144.

- En su apartado uno establece la prohibición de las actividades de reclutamiento y contratación de personal para cederlo o prestarlo, así como de la utilización de dicho personal en determinados casos.
- El apartado dos recoge las consecuencias jurídicas que se originan de las actividades prohibidas en el número anterior: responsabilidades solidarias respecto de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, y responsabilidades administrativas y penales en su caso.
- En el apartado tres se determina el derecho del trabajador cedido a integrarse en la plantilla de la empresa cedente o cesionaria, y los derechos y obligaciones de dicho trabajador en la nueva empresa (121).

El análisis de toda la problemática encerrada en estos preceptos citados será la tarea que abordaremos a lo largo de este capítulo. Antes, y al igual que hicimos en el capítulo anterior, nos detendremos en el estudio y consideración de los antecedentes del art. 43 ET, para mostrar los cambios habidos y la posible vigencia de algunos de los citados antecedentes.

2.1. *Antecedentes*

Los primeros antecedentes de la normativa represora de la cesión de mano de obra se recogen en normas dispersas y que no abordan de forma comple-

(121) El artículo 43 ET, dividido en tres apartados, dice lo siguiente:

«Se prohíbe el reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario, cualquiera que sean los títulos de dicho tráfico de mano de obra, así como la utilización de los servicios de dichos trabajadores, sin incorporarlos al personal de la empresa en que trabajan.

Los empresarios que infrinjan la prohibición anterior responderán de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, a resultas de dichos actos prohibidos, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos. Podrán presentar las oportunas denuncias los trabajadores afectados y sus representantes legales en el centro de trabajo al que estuviesen adscritos.

Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho, a su elección, a adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o cesionaria una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubieran podido fijar para el período de prueba. En la nueva empresa, sus derechos y obligaciones serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador de la misma categoría y puesto de trabajo, si bien la antigüedad se contará desde el inicio de la cesión ilegal.»

Respecto del texto enviado por el Gobierno al Congreso de los Diputados, este artículo ha sufrido una sola modificación: el añadido del término «reclutamiento». Por otra parte, el Grupo Andalucista presentó una enmienda al apartado uno, enmienda que fue rechazada por la Comisión del Congreso en sesión de 5-XI-79.

ta y directa toda la casuística que puede presentar el suministro de trabajadores. Al margen de otras disposiciones anteriores, una primera norma de relevancia respecto del tema que nos ocupa la encontramos en la LCT de 1944. Sus arts. 3 y 5 (que ya arrancaban de la LCT de 1931) suponían unos valiosos instrumentos jurídicos para atajar las cesiones de personal que se derivaban de la interposición en el contrato de trabajo. Y ello era así porque el citado art. 3 LCT declaraba que el contrato de trabajo se supone existente entre todo aquel que da trabajo o utiliza un servicio, y el que lo presta. Y el artículo 5 LCT define al empresario como la persona propietaria o contratista de la obra donde se presta el trabajo. Con el juego de estos artículos, por consiguiente, era relativamente fácil cortar las cesiones de personal, puesto que empresario del trabajador era el que realmente utilizaba sus servicios. Pero esta importante vía para prohibir, aunque de forma indirecta, las cesiones de personal, apenas fue utilizada por los tribunales de trabajo con ese fin, con toda seguridad porque aparecieron normas de Seguridad Social y procesales, o disposiciones como el DL de 15-II-52, que no declararon empresario del trabajador a la persona que efectivamente utilizaba sus servicios (122). Tras la aprobación del DCE, y posiblemente por influencia de la aportación doctrinal, aunque ya no era tan relevante el uso de los artículos mencionados para remediar los efectos de la cesión de trabajadores, el TCT acude frecuentemente a ellos con el fin de reforzar las prohibiciones del DCE citado (123).

La legislación de colocación obrera (ley de 10-II-43 y reglamento de 9-VII-59), supuso una nueva incidencia normativa en la materia referente a la cesión de mano de obra, ya que significó una institucionalización de la mediación en el contrato de trabajo, al configurarla como un servicio público reservado a la Administración estatal (124). Con ello se prohibían las acti-

(122) Un estudio pormenorizado de este tema, y de la jurisprudencia sobre el mismo, en MARTÍN VALVERDE, *Interposición...*, cit.

(123) Como se refleja en la SCT de 13-XI-73, cuando establece que «resulta probado que los demandantes trabajaron primero al servicio de la empresa contratista de las obras de la empresa promotora de varias viviendas, de donde resulta adecuada la aplicación del artículo 3.º LCT, según el cual el contrato de trabajo se supone existente entre todo aquel que da trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta», concluyendo que existe cesión de trabajadores porque los trabajadores prestan sus servicios ahora en la empresa propietaria. En la SCT de 8-II-77 se utiliza el artículo 5.º LCT con el mismo fin: «Al no ejercer actividad alguna el señor C., limitándose a contratar personal para que trabajara en E. incluso desde su inicio, es a éste al que corresponde el concepto de empresario según el artículo 5.º LCT.»

(124) Un estudio de la actividad de colocación como servicio público, y los problemas de sindicalización y democratización que plantea dicho servicio, en A. FERRARI,

vidades de reclutamiento de trabajadores para suministrarlos a los empleadores (125). Las normas posteriores sobre cesión de trabajadores significarán un refuerzo de la citada prohibición, ya que consideran ilícito el contrato de mediación en el campo laboral, y establecen sanciones a la contratación al margen de las Oficinas de Colocación. No tiene sentido ahondar en el contenido de la legislación de colocación, puesto que ha sido derogada recientemente por la Ley Básica de Empleo, ley que mantiene aquellas prohibiciones en semejantes términos (126).

Es con el DL de 15-II-52 cuando se aborda directamente la cesión de trabajadores. El objeto de esta norma era establecer responsabilidades de tipo penal y civil por incumplimiento de leyes laborales y de previsión social. Concretamente, en su art. 1 declaraba la responsabilidad solidaria de las empresas cedente y cesionaria en los supuestos de cesión de mano de obra, ya fuese a título oneroso o a título gratuito. Sin embargo, esta norma no se enfrentaba de forma adecuada con la cesión de trabajadores, ya que se limitaba a establecer aquella responsabilidad solidaria sin llegar a prohibir el fenómeno. Además, en contra del tenor del art. 3 LCT, consideraba empresario del trabajador cedido al cedente, y no a aquel que utilizaba efectivamente sus servicios. Su única finalidad, por consiguiente, era evitar que el empresario cedente se librara mediante un contrato de cesión de personal de las

«Sull collocamento nell statuto dei lavoratori», en *Estudios Chiarelli*, Milán, 1974. La normativa comparada sobre colocación (normas internacionales e internas) se recoge en SALA FRANCO, «La libertad empresarial de colocación», en *IES*, 1980.

(125) Los convenios OIT números 34 (de 30-VI-33) y 96 (revisión de 1949 del anterior), ratificados por España, relativos a las agencias retribuidas de colocación, definen éstas y las clasifican en dos grupos, según tengan o no fines lucrativos. Las primeras deben ser suprimidas por los Estados cuando exista un servicio público de empleo, y las segundas deben ser sometidas a vigilancia por la autoridad competente y poseer autorización administrativa.

La ley de Emigración de 21-VII-71 establece determinadas prescripciones relativas a la contratación y reclutamiento de emigrantes, encomendando la labor de reclutamiento, selección, documentación y contratación de emigrantes, al Instituto Nacional de Emigración. Prohíbe el reclutamiento no autorizado por este Instituto y el establecimiento de cualquier tipo de agencias de emigración o que negocie con dicha práctica, así como la propaganda o publicaciones no autorizadas.

(126) La normativa sobre colocación tiene ya en nuestro país una larga tradición. Ya en 1931 apareció una Ley de Colocación que prohibía las empresas comerciales de colocación y las agencias de pago. La Ley de 1943 y su Reglamento prohíbe todas las agencias de colocación, incluso no lucrativas. El artículo 12 LRL amplió dicha prohibición a las agencias de colocación del servicio doméstico y, por último, el artículo 16 ET y el artículo 40 de la Ley Básica de empleo (cuya regulación es paralela, lo que hace superfluo alguno de los preceptos), prohíben todo tipo de agencia privada, aunque permiten las oficinas de selección de personal.

obligaciones contraídas frente a los trabajadores (127). Todo ello hizo que los tribunales laborales, al enfrentarse con una cesión de personal, no declarasen empresario del trabajador al que realmente le daba trabajo, sino que se limitaban a establecer la responsabilidad solidaria de las empresas cedente y cesionaria (128). El DCE supuso un desarrollo, ampliación y mejora de la regulación del DL en análisis, aunque esta norma quedaba vigente para los supuestos de cesión de mano de obra a título gratuito, vigencia que se mantiene tras el ET (129).

Posteriormente al DL de 1952, aparece en la normativa sectorial alguna disposición de interés en este examen de los antecedentes del art. 43 ET. Nos referimos al art. 59.2 de la Ordenanza de la Construcción de 28-VIII-70, precepto de gran relevancia pese a su carácter sectorial, para atajar los efectos de una cesión de trabajadores ya que establecía que los trabajadores que prestasen sus servicios en una empresa estando formalmente adscritos a otra, serían considerados fijos de plantilla en la empresa donde efectivamente trabajaban. No se prohibía directamente la cesión de personal, pero se anulaban eficazmente sus efectos. Además, disponía el mismo precepto que los trabajadores contratados al margen de la Oficina de Colocación serían considerados fijos en la empresa que utilizaba sus servicios.

Sin embargo, es el DCE de 17-XII-1970 la primera norma que ofrece un tratamiento adecuado y con carácter general de toda la problemática derivada de la cesión de personal, constituyendo así el antecedente más claro y directo del art. 43 ET. Según su rúbrica, el citado DCE pretendía «prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y empleo de trabajadores», conectando así con el DL de 1952 (130) y con la legislación de colocación obrera, ya que otro de sus fines era «evitar el nacimiento y desarrollo de las oficinas privadas de colocación» (131). En definitiva, el fin primordial

(127) Esta opinión en ALONSO GARCÍA, *ob. cit.*

(128) Así la SCT de 26-I-65, que, ante un supuesto de cesión, declaraba que el cedente seguía siendo empresario de los trabajadores cedidos, a pesar de que prestaban sus servicios en la empresa cesionaria. No obstante, se establece una responsabilidad solidaria entre las empresas, como en la STS (6) de 27-VI-66.

(129) MARTÍN VALVERDE, *ob. cit.*, pág. 60.

(130) El DCE podría considerarse, en cierto modo, un complemento del DL de 1952 en base al artículo 4.º de éste, aunque en realidad, el DCE desborda ampliamente las líneas de aquel DL (MARTÍN VALVERDE, *ob. cit.*, pág. 23). Para los tribunales de trabajo, el DCE trata de adecuar el DL de 1952 a las nuevas circunstancias, poniendo de manifiesto la insuficiencia de la regulación anterior para prevenir y sancionar la rica casuística de fenómenos que son utilizados para defraudar los derechos de los trabajadores (SCT de 20-XII-73).

(131) En este sentido hay múltiples sentencias del TCT. También es interesante la STS (4) de 23-XI-77, que declara que el DCE regula fundamentalmente la actividad

del DCE era «combatir el posible fraude por indebidas cesiones de personal en menoscabo de los derechos de los productores» (132).

Esta norma dedicaba tres artículos a la cesión de mano de obra. Su artículo 1 prohibía el reclutamiento (133) y contratación de trabajadores para una posterior cesión, préstamo o suministro, o lo que es igual, la interposición y la mediación en el contrato de trabajo (134). Asimismo se sancionaban las empresas que utilizaban los servicios de los trabajadores cedidos si no los incorporaban a su plantilla. El art. 2 establecía la responsabilidad solidaria de las empresas cedente y cesionaria respecto de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, y declaraba el derecho del trabajador cedido a integrarse en la empresa que efectivamente le daba trabajo. El mismo derecho se establecía para el trabajador contratado al margen de los Servicios de Empleo. Por último, establecía un cuadro de sanciones administrativas para los infractores de las prohibiciones anteriores (135).

Tras el DCE encontramos alguna norma sectorial referida, aunque no de forma directa a la temática que nos ocupa. Así sucede con la Orden de 22-XII-73, modificativa de ciertos preceptos de la Reglamentación de Telefónica, norma que desvirtúa en cierto modo, la regulación del DCE, permitiendo supuestos cercanos a la interposición, ya que se excluye de la aplicación de la Reglamentación, y, por tanto, no se consideran trabajadores de la empresa, a los trabajadores de los centros locutorios, centrales o servicios análogos que trabajan para Telefónica, calificando de contrata la relación de dichos centros con la empresa. Incluso en caso de extinción de la contrata, los trabajadores citados, aunque trabajen directamente para Telefónica, no pasan a pertenecer a su plantilla (136).

por la que una persona natural o jurídica se dedica a la recluta y contratación lucrativas de trabajadores, conectando así con la LCO de 1943.

(132) SCT de 31-VII-78.

(133) El término «reclutamiento» ya arrancaba de los convenios OIT 34 y 96, como vimos.

(134) MARTÍN VALVERDE, *ob. cit.*, págs. 28 y sigs.

(135) La escala de sanciones iba de 10.000 a 100.000 pesetas, a imponer por el delegado de Trabajo a propuesta de la Inspección. Se elevan, pues, las cuantías que establecía el D. 1.137/60. Respecto de esta potestad sancionadora que atribuye el DCE a la Administración, la STS (4) de 23-XI-77 estableció que las facultades concedidas a los delegados de Trabajo para la imposición de multas eran perfectamente legales, ya que se trataba de una materia «en la que la ley formal no ha entrado». Además, se conectaba con la LCO, que habilitaba a la Administración para reprimir las conductas dañosas al interés público tutelado. En cuanto a la cuantía, declara el TS que no hay ilegalidad, puesto que no se rebasan los límites que determinó el Reglamento General de Faltas y Sanciones al Régimen de Seguridad Social de 12-IX-70.

(136) Los tribunales de trabajo han respetado el tenor de esta disposición en todo

Con la LRL de 8-IV-76, los artículos del DCE que trataban de la cesión de trabajadores pasan al art. 19.1 de dicha ley, sin más variaciones que las siguientes:

- el art. 19.1 LRL establece un derecho de opción del trabajador cedido para elegir la integración como fijo de plantilla en la empresa cedente o cesionaria. El DCE disponía que los trabajadores cedidos pasaban a pertenecer a la empresa que realmente los ocupaba.
- la adquisición de la cualidad de fijos de los trabajadores contratados al margen de la Oficina de Colocación, desaparece de la regulación de la cesión de mano de obra, y se inserta en un número aparte en el artículo 19 LRL (número tres).
- el art. 19.1 LRL no fija un cuadro especial de sanciones para los que incurren en las prohibiciones que establece dicho artículo, sino que se remite a un Decreto que finalmente no fue elaborado.

Como se ve, son pocas las innovaciones que incorpora la LRL respecto del DCE. Sí fue importante la elevación a rango de ley de la normativa represora de las prácticas fraudulentas en la contratación. DCE y art. 19.1 LRL son, pues, los antecedentes directos e inmediatos del art. 43 ET.

Finalmente, como norma que incide en el tema referente a la cesión de trabajadores, hay que citar el art. 97.2 LSS de 30-V-74, precepto que establece una responsabilidad solidaria de las empresas cedente y cesionaria en los supuestos de cesión temporal de mano de obra, ya sea a título gratuito u oneroso. Esta responsabilidad se establece a efectos del pago directo de prestaciones por el empresario. ¿Sigue vigente este precepto tras la aprobación del ET? Como veremos más adelante, el art. 43 ET establece una responsabilidad solidaria en los supuestos de cesión de trabajadores referida a las obligaciones de Seguridad Social. Entre estas obligaciones, se encuentra la que tiene por objeto el pago directo de prestaciones por el empresario. Luego el artículo 43 ET y el art. 97.2 LSS entran en concurrencia. Por ello, al ser posterior el 43 ET, pensamos que el citado art. 97.2 LSS, en lo referente a la cesión de trabajadores, sigue vigente tan sólo respecto de las cesiones de mano de obra a título gratuito, cesiones que con toda probabilidad no encajan en la prohibición del art. 43 ET.

momento. Así la SCT de 2-XI-74: se recurre alegando infracción del artículo 1.º DCE, ya que los recurrentes prestaban sus servicios realmente para la CTNE, aunque se interponía el contratista del centro locutorio. El TCT deniega el recurso argumentando que no hay contratación fraudulenta y que la empresa no es patrono de los recurrentes porque mantiene una relación puramente civil con el encargado del centro locutorio.

2.2. *Supuesto de hecho contemplado*

El supuesto de hecho al que va dirigida la regulación del art. 43 ET, lo encontramos recogido en el apartado uno de dicho artículo. Dice esta norma que «se prohíbe el reclutamiento y contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos a un empresario temporalmente, cualquiera que sean los títulos de dicho tráfico de mano de obra, así como la utilización de los servicios de dichos trabajadores sin incorporarlos al personal de la empresa en que trabajan». De la comparación de esta regulación con sus antecedentes inmediatos (art. 19.1 LRL), hay que advertir las siguientes diferencias:

Mientras que el art. 19.1 LRL establecía de entrada las consecuencias jurídicas de las actividades prohibidas («incurrirán en responsabilidades y sanciones...»), el art. 43.1 ET prohíbe directamente esas actividades. No obstante, el sentido de la norma no varía.

En segundo lugar, ya no se habla de los sujetos de dichas actividades prohibidas (las personas naturales o jurídicas que reclutan o contratan), sino que se utiliza el reflexivo «se», fórmula onmicomprensiva de todos aquellos sujetos.

En tercer lugar, en vez de hablar de «las empresas» como receptoras de la mano de obra objeto de tráfico, se cita al «empresario» o titular de la organización productiva.

Por último, y como única diferencia que puede entrañar relevancia, en la nueva regulación no se recoge la actividad de «proporcionar» los trabajadores reclutados o contratados. Esto, en principio, podría hacer pensar que el supuesto de hecho queda limitado respecto de la anterior regulación. Pero será más tarde cuando analicemos en profundidad la cuestión.

En conjunto, las diferencias en la regulación del art. 43.1 ET respecto del artículo 19.1 LRL no parecen de excesiva importancia. Por ello, la incidencia de la nueva regulación a la hora de delimitar los fenómenos sujetos a prohibición va a ser mínima. Analicemos, sin embargo, más detenidamente el tenor del art. 43.1 ET. Y la primera disección que podemos hacer a propósito de este precepto nos lleva a una distinción preliminar entre las actividades prohibidas:

- Por una parte, se prohíbe el reclutamiento y contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos.
- Por otra, queda prohibida la utilización de dichos trabajadores sin incorporarlos a la empresa que los utiliza.

En los apartados siguientes, analizamos con más detalle cada una de estas prohibiciones.

2.2.1. *Reclutamiento y contratación de trabajadores*

Como decíamos, se prohíbe en primer lugar por el art. 43.1 ET, el reclutamiento y contratación de trabajadores para cederlos o prestarlos. Ante esta redacción, y siguiendo el esquema que ya mostró Martín Valverde (137), se nos presentan diversas cuestiones que hay que dilucidar, cuestiones que son las siguientes:

- si reclutamiento y contratación son realidades diferentes o constituyen la misma actividad.
- si prestar o ceder son términos equivalentes o cabe una distinción entre ellos.
- si se ha de establecer una correspondencia respectiva entre los términos del primer guión y los del segundo, y en caso afirmativo, de qué modo se da esa correspondencia.

En cualquier caso, hay que tener presente que, para incurrir en la prohibición del art. 43.1 ET, se requiere que además de reclutar o contratar trabajadores, éstos se cedan o presten a otras empresas. La simple recluta o contratación de trabajadores sin más consecuencias, no puede encajar en aquella prohibición (138).

Entrando ya en el análisis de las cuestiones más arriba planteadas, había que resolver en primer lugar si contratación y reclutamiento eran o no términos sinónimos. En la regulación precedente, ambas expresiones iban ligadas por la disyuntiva «o» («contratación o reclutamiento» se decía), con lo cual parecía que estaba claro que aludían a actividades diferentes. Ahora, sin embargo, quedan unidas por la copulativa «y». ¿Habrà que cambiar de opinión? Creemos que no por dos razones fundamentalmente:

- En primer lugar, reclutamiento y contratación denotan actuaciones distintas: reclutamiento se refiere a una actividad de simple alistamiento de trabajadores, y contratación hace referencia al establecimiento de una relación jurídica entre los sujetos que contratan.

(137) *Ob. cit.*, págs. 25 y sigs. Para un desarrollo más amplio del mismo remitimos a dicho trabajo.

(138) No basta la simple tentativa, según MARTÍN VALVERDE, *ob. cit.*, pág. 26.

- En segundo lugar, el hecho de que se diga reclutamiento «y» contratación quiere decir que tanto una actividad como otra encajan en el supuesto prohibido, pero no que sean la misma cosa.

Como segunda cuestión a resolver, se nos presentaba la necesidad de analizar si los términos prestar y ceder contienen un distinto significado, y se refieren, por tanto, a realidades diferentes. En principio, parece que ambas expresiones aluden a un mismo supuesto: el colocar a los trabajadores contratados en otra empresa. Pero, si profundizamos un poco, vemos que hay entre ellos una diferencia de matiz: la cesión parece tener connotaciones de mayor duración en el tiempo, mientras que el préstamo alude a una duración más corta.

Finalmente, nos queda por examinar la posible conexión entre los ya analizados términos de reclutamiento y contratación, por un lado, y de cesión y préstamo por otro, mostrando cómo se efectúa dicha conexión. En este momento, sin embargo, el art. 43.1 ET nos presenta una gran dificultad respecto de la regulación anterior. En efecto, el art. 19.1 LRL hablaba de cesión, préstamo o proporción de los trabajadores contratados o reclutados. Y el término «proporción», precisamente, aludía a la actividad de suministro de trabajadores reclutados, no contratados, a una empresa (139), de modo que resultaba de todo punto correcto conectar las actividades de reclutamiento con las de proporción de los trabajadores reclutados (se alistaban trabajadores para proporcionarlos), y, de igual forma, las actividades de contratación de trabajadores se relacionaban con la posterior cesión o préstamo de los mismos. ¿Es posible ahora, ante el silencio del art. 43.1 ET respecto del término proporción, establecer las mismas correspondencias, o hay que pensar que el supuesto prohibido ha quedado limitado? Como primera aproximación, hemos visto ya que la expresión reclutamiento tenía un contenido distinto de contratación. A partir de aquí, caben, a nuestro juicio, dos posiciones:

- Pensar que el reclutamiento de trabajadores queda prohibido por sí solo, sin necesidad de que haya una posterior provisión de esos trabajadores. No obstante, pensamos que no debe ser éste una postura correcta, puesto que, como se ha señalado, es preciso que se consuma todo el proceso de la actividad para que quede prohibida, es decir, se requiere que se recluten trabajadores y que, además, se suministren a una empresa. La simple recluta es un mero acto preparatorio que no

(139) MARTÍN VALVERDE, *ob. cit.*, pág. 27.

encaja en la ilegalidad, aunque tienda a ella. Además, tanto el reclutamiento como la contratación, están conectados en la ley con el préstamo y la cesión.

- Por todo ello, parece que la posición correcta es conectar el reclutamiento con una posterior actividad de cesión o préstamo de los trabajadores. Pero, en este caso, cesión y préstamo no pueden tener tan sólo el significado que antes les dimos, sino que han de tomarse en sentido amplio, de modo que den cabida a la actividad de suministro de trabajadores no contratados previamente. Y pensamos que, al margen de una acepción estricta de cesión o préstamo, en dichas expresiones es posible incluir la actividad de suministro.

Hemos establecido ya, de esa forma, una correspondencia entre las actividades de reclutamiento y contratación de trabajadores, y las de cesión y préstamo de los mismos. Una vez que se dé en la práctica una correspondencia entre dichas actividades, el supuesto encajaría en la prohibición del artículo 43.1 ET. Pero cabe plantearse en este momento, si basta que se dé la actividad descrita sin más, o es necesario algún otro requisito para su prohibición. Porque se podría pensar que las conductas a prohibir deberían tener un matiz especial: existencia de una intención fraudulenta, o una dedicación exclusiva a esa actividad con ánimo de lucro (140). El art. 43.1 ET habla de reclutamiento y contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos, lo cual da a entender que se quieren prohibir las actividades de recluta y contratación que se hacen pensando ya en la posibilidad de prestar o ceder esos trabajadores, siempre que se cedan realmente, pero no se habla de intención fraudulenta o especial ánimo de lucro (141), y, por consecuencia, hay que admitir que quede prohibida tanto la dedicación sistemática y profesional, con intención fraudulenta o de lucro, a la recluta o contratación de trabajadores para cederlos, como las conductas con ánimo especulativo ocasionales o referidas a un solo trabajador (142), en las que haya una recluta o con-

(140) En estos casos se buscaría la represión del contratista de mano de obra que se dedica a ello sistemáticamente, y de la oficina privada de colocación profesionalizada.

(141) La jurisprudencia ha estimado estos elementos, en muchas ocasiones, como indicadores de la existencia de cesión ilícita (SCT de 15-III-74 y 27-V-78). Hay que admitir que dichos elementos inducen a pensar que hay una práctica ilícita, pero no hay que exigirlos siempre para que una conducta encaje en el artículo 43 ET. El TCT también ha hablado del «abuso de derecho» como nota de la cesión ilícita (SCT de 8-II-77). Sobre el abuso de derecho, MARTÍNEZ CALCERRADA, «La buena fe y el abuso de derecho», en *RDP*, mayo de 1979.

(142) Lo cual se puede dar perfectamente en empresas que funcionan como tales

tratación y una posterior cesión (143). Lo que es cierto también es que, normalmente y aunque no lo exija la norma, estas conductas encerrarán una intención de defraudar la legislación social y de buscar beneficios a costa del tráfico de mano de obra.

Por otra parte, la caracterización de la cesión de trabajadores por los tribunales laborales ha sido bastante más escasa que la referida a la contrata, y se ha hecho, normalmente, a propósito de la configuración de esta última. De este modo, y según el TCT, habría una cesión ilícita de personal cuando la empresa contratista carece de una organización productiva con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad (144), o cuando se limita a proporcionar trabajadores que prestan sus servicios bajo las órdenes del empresario principal, y confundidos con los trabajadores de éste, sin que el contratista asuma la titularidad de la obra o industria donde se presta el trabajo (145). Datos menos importantes para detectar una cesión serían el pago (146) y la dirección de la actividad por el empresario principal, la duración indefinida de los trabajos contratados o la realización de la misma actividad por las empresas contratista y principal. Estos criterios, sin embargo, requieren matizaciones que sólo ante un supuesto concreto se pueden hacer. En definitiva, el TCT ha determinado que existe una cesión de personal cuando no se dan, los elementos suficientes para pensar que hay una lícita contrata.

normalmente, pero que ceden ocasionalmente o una vez trabajadores o un solo trabajador. Así lo reconoce el TCT, sentencias de 6-XII-77 y 30-IV-76.

(143) MARTÍN VALVERDE, *ob. cit.*, pág. 91; RODRÍGUEZ PIÑERO, *ob. cit.*, pág. 73. La ley italiana de 1960 trata de reprimir cualquier fenómeno interpositorio, aunque no haya fraude ni perjuicio al trabajador; SPANO, *ob. cit.*, pág. 122.

(143) «Cuando se advierte que existe una continua carencia de especialidad, lo que llega hasta el extremo de aparecer entre los últimos contratos de obra aportados, que en algunos se contrate únicamente la cesión de algunos productores, y es por ello que toda la característica empresarial queda reducida a una pequeña oficina para funciones administrativas» (SCT de 14-XI-77).

(145) SCT de 6-XI-73.

(146) Sin embargo, una empresa puede seguir pagando a los trabajadores y mantenerlos afiliados para una aparente legalidad, pero en realidad los tiene cedidos ilegalmente (SCT de 6-XII-77). Con razón, dice LÓRIGA que lo decisivo para descubrir la cesión es que los trabajadores desarrollen su actividad bajo la dirección técnica de quien utiliza sus servicios, aunque les siga pagando la empresa que los suministró. *Ob. cit.*, pág. 105. En el mismo sentido, MAILLARD y otros, *ob. cit.*, pág. 326.

2.2.2. *Interposición y mediación en el contrato de trabajo*

Volviendo a cuestiones ya tratadas anteriormente, es conveniente recordar ahora la correspondencia que establecimos entre la actividad de reclutamiento o alistamiento de trabajadores y su posterior provisión a las empresas, y la relación establecida entre la contratación de mano de obra y la consiguiente cesión o préstamo de la misma. Ambas actividades constituyen, respectivamente, los fenómenos de la mediación lucrativa en el contrato de trabajo y de interposición en la relación laboral (147). Parece necesario en este momento, ofrecer una caracterización de estos fenómenos y una exposición de las razones que justifican su prohibición, lo cual haremos sin excesiva extensión y con la única pretensión de dar una mayor clarificación a la normativa en estudio. A esta tarea dedicamos las siguientes líneas.

a) Mediación en el contrato de trabajo. Si la mediación en general alude a la actividad de una persona u organización para facilitar que contraten las personas entre las que se media, actividad que puede tener su origen en un propio contrato de mediación (148), en el campo laboral aludiría a la actividad desplegada para la conclusión de contratos de trabajo. Esta actividad, como se dijo al hablar de la normativa sobre colocación, está en nuestro país reservada a las Oficinas de Colocación (149): hay un monopolio público del servicio de empleo. De esta forma, si la mediación privada en el campo laboral queda prohibida por las normas de colocación (150), el ET refuerza dicha prohibición en su art. 43. Pero no encaja en estas prohibiciones cualquier mediación privada (151), sino que se reducen al contrato de media-

(147) Y la SCT de 4-XII-78 sigue esta línea: la prohibición del artículo 19.1 LRL «viene limitada a la recluta de trabajadores y a la contratación de éstos para una posterior cesión a empresas, lo que significa, respectivamente, una actividad de mediación privada en el tráfico laboral, incompatible con el monopolio estatal en la materia, y la existencia de empresas interpuestas para vulnerar los legítimos derechos de los productores». Para LÓRIGA, en ambos fenómenos hay un interés del empresario en procurarse una mano de obra necesaria para el desarrollo de su actividad sin asumir la condición de empleador. *Ob. cit.*, pág. 6.

(148) Cuya noción la recoge perfectamente la STS (1) de 27-XII-62, citada por MARTÍN VALVERDE, *ob. cit.*, pág. 46.

(149) La intervención de las Oficinas de Colocación en la contratación y empleo de trabajadores, y la prohibición de las agencias privadas de colocación se recoge en el ET en su art. 16.

(150) Una de las actividades prohibidas por la legislación de colocación, fue la recluta de mano de obra. DE LA VILLA, *El trabajo a domicilio*, 1966, pág. 289.

(151) La prohibición de la mediación privada comporta la interdicción de los diversos mecanismos mediante los cuales se realiza una fraudulenta separación entre el trabajador y el deudor de trabajo. MARIUCCI, *ob. cit.*, pág. 167.

ción para la conclusión de futuros contratos de trabajo, esto es, a una mediación lucrativa (152).

El porqué de la prohibición de esta mediación en el campo laboral se encuentra, fundamentalmente, en que el trabajador contrata generalmente en condiciones económicas de necesidad, y por ello, es fácil que se aprovechen esas circunstancias por los mediadores para obtener un alto beneficio (153).

b) Interposición en el contrato de trabajo. La interposición, según Martín Valverde, puede ser definida como combinación de negocios jurídicos en virtud de la cual una persona ostenta frente a otra o frente a otras, y frente a terceros, una titularidad aparente de relaciones jurídicas que oculta o en-

(152) Al margen de las prohibiciones, pueden existir formas de mediación laboral, como el ofrecimiento público de empleo, o la mediación benévola. MARTÍN VALVERDE, *ob. cit.*, pág. 48. Hay una evidente conexión entre el servicio de colocación y la mediación en el contrato de trabajo, y en la medida que aquél se institucionaliza, éste será prohibido. Sin embargo, pese a ser monopolio público reservado al Estado la función de colocación, hay fenómenos «patológicos» de mediación difíciles de extirpar. Así, ha dicho VALDÉS DAL-RE que «conviene no olvidar que el servicio público de colocación —sobre cuya efectividad existen, al menos hasta el presente, serias y muy fundadas dudas— no es el único cauce que la práctica conoce para la puesta en contacto de empresarios y trabajadores con vistas a la futura celebración de contratos de trabajo». Y esto es así, porque «la hipertrofia y opacidad de la estructura organizativa de los servicios de colocación, son características acusadas de nuestro sistema de colocación». «Proceso de colocación y de formación del contrato de trabajo», en *RPS*, núm. 117, págs. 38 y 40.

(153) Cabe preguntarse si encajarían en esta prohibición las empresas de trabajo temporal, encargadas de proporcionar trabajadores a otras empresas, y que han conocido un notable auge en los últimos años, ya que suponen facilidad para los usuarios en épocas de recargo o de ausencia de trabajo, y para los trabajadores que sólo están interesados en trabajar temporalmente. Responden, además, a necesidades que el servicio público de empleo no ha podido colmar. La ley francesa de 28-VI-76 las define como empresas cuya actividad consiste en poner trabajadores temporeros por ella contratados, a disposición de clientes para la ejecución de un trabajo temporero autorizado por la ley. En todo caso, ofrecen una gran problemática a la hora de declarar su ilegalidad o no según la normativa internacional de colocación. Por ello, N. VÁLTICOS, ha propugnado una normativa específica para ellas dentro de cada país. «Las empresas de trabajo temporal y las normas internacionales de trabajo», en *RIT*, vol. 87. Sobre el tema, A. BARRADA, *Las empresas de trabajo temporal en Europa*, Madrid, 1978; DURÁN LÓPEZ, *El trabajo personal*, IES, 1980; A. KLEIN, «Les sociétés de service: est ce une nouvelle forme de marchandage?», en *D. Social*, 1965, página 546; H. MARAVALL, «La cesión de mano de obra, el trabajo temporal y el empleo», en *RT*, núm. 47; MARTÍN VALVERDE, *Interposición...*, págs. 70 y sigs.; VÁZQUEZ MATEO, *El prestamismo laboral: las empresas de trabajo temporal en Europa*, IES, 1980; «Conclusiones de la I Comisión del IV Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», São Paulo, 1972; Documento Cousté sobre el trabajo temporal, *D. Social*, noviembre 1979.

cubre al titular verdadero y real de las mismas (154). Nos encontramos, pues, con una persona interpuesta (titular aparente de la relación), otra oculta (titular real), y la persona o personas titulares de la otra posición de la relación jurídica, y, a veces terceros interesados (155). Esta interposición puede producirse porque se celebra un negocio por un titular aparente con otra persona y se oculta al titular real, o porque el titular real cede su posición jurídica a otra persona, pero sigue apareciendo como tal, o que, en fin, el titular real ceda su posición jurídica para que otro aparezca en ella. Todas estas posibilidades pueden darse, asimismo, en el terreno laboral, y todas entrarían, sin duda, en la prohibición del art. 43 ET (156), puesto que en todas ellas se cede la posición jurídica del trabajador en la relación laboral, que es precisamente lo que se trata de eliminar.

La prohibición de la interposición en el contrato de trabajo tiene una clara explicación si conocemos sus funciones y los fines que persigue. Al margen de otros ámbitos jurídicos (157), en el laboral cumple funciones que entrañan evidentes perjuicios para el trabajador:

- Elusión de responsabilidades inherentes a la posición de empleador, trasladándolas a otra persona, quizá insolvente.
- Creación de un centro artificial de imputación de normas laborales. Mediante la interposición, en efecto, al crear un titular aparente, se fuerza la aplicación de un conjunto normativo diferente, y menos ventajoso para el trabajador con toda seguridad, al que en principio correspondería aplicar.
- Reducción artificial del número de trabajadores de una empresa (al trasladar a otra la titularidad de los mismos) con el fin de eludir la aplicación de normas que dependen para ello de ese número (referentes a despido, servicios sociales, representación sindical, etc.).

(154) El verdadero sujeto del negocio, no queriendo aparecer como tal, prefiere colocar a otra persona entre él y el otro sujeto. SPANO, *ob. cit.*, pág. 48.

(155) La interposición comprende un negocio entre el verdadero empresario y la persona interpuesta, y un contrato laboral entre ésta y los trabajadores. A. CESSARI, *L'interposizione fraudolenta del diritto del lavoro*, pág. 149.

(156) Como se recordará, el art. 3 LCT era un buen instrumento para desenmascarar la interposición, por la presunción de laboralidad que establecía. El art. 8 ET recoge esta misma presunción: el contrato de trabajo «se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución de aquél». Esta redacción se ha calificado de menos precisa (F. SUÁREZ, *Las nuevas relaciones laborales y la ley del Estatuto de los Trabajadores*, pág. 122), y de más imperfecta (ALONSO OLEA, *El Estatuto...*, pág. 47).

(157) Véase MARTÍN VALVERDE, *ob. cit.*, pág. 35.

- Debilitar la capacidad reivindicativa del personal de la empresa, como se entiende fácilmente si tenemos en cuenta que dicha capacidad depende del número de trabajadores que se unan (158).

Por último, decir que la interposición en el contrato de trabajo sigue configurada en nuestro derecho como negocio *contra legem* (159), al ser prohibida radicalmente por el art. 43 ET. No es preciso, pues, acudir a la vía del fraude a la ley (que perfectamente se podía utilizar aquí porque el negocio de interposición trata de eludir normas imperativas) para desentrañarla y sancionarla (160).

2.2.3. Cesión o préstamo temporal

El art. 43.1 ET prohíbe el reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a otras empresas. Se prohíbe, pues, la cesión temporal ¿Quiere esto decir que la cesión con carácter permanente no encaja en dicha prohibición? El tenor literal del precepto parece que obliga a su no aplicación en los supuestos de cesión permanente de trabajadores (161). Esto se podría reforzar, además, diciendo que la cesión permanente del trabajador no acarrea tanto peligro para éste, puesto que no afecta en gran medida a su estabilidad en el empleo (162). Sin embargo, la cuestión merece un examen más detenido, y ello por lo siguiente:

- El trabajador cedido de forma permanente puede verse perjudicado en cuanto a sus condiciones laborales, al igual que en la cesión tem-

(158) Una finalidad clara de la interposición es eludir normas de tutela de los trabajadores y obtener un mayor lucro. NAPOLETANO, *ob. cit.*, pág. 168. Para SPANO, se pretende obtener un tratamiento salarial y de Seguridad Social inferior al que corresponde, una sustracción de la garantía de una empresa más solvente, y restar la estabilidad en el empleo. *Ob. cit.*, pág. 93.

(159) Ya quedó así a partir del DCE. MARTÍN VALVERDE, *ob. cit.*, pág. 39.

(160) Para MARIUCCI, la represión del fraude legal en el campo laboral toma los caracteres de una «norma de cierre», ya que la aspiración a falsificar la verdadera relación entre capital y trabajo aumenta desde que la protección legal y la autotutela colectiva restringen los márgenes de recurso a formas incontroladas de explotación. *Ob. cit.*, pág. 166. Sobre fraude a la ley y la simulación como métodos de represión de la interposición, SPANO, *ob. cit.*, pág. 25; FERRARA, *Costituzione di persona giuridica in frode alla legge*, pág. 23, y CESSARI, *ob. cit.*, pág. 1.

(161) Así piensa MARTÍNEZ CALCERRADA, *ob. cit.*, pág. 147. Lo justifica porque el tráfico de mano de obra es clandestino, y por ello a cortos periodos, evitando ser descubierta.

(162) DE LAS CUEVAS, *ob. cit.*, pág. 91.

- poral, ya que también con la permanente se puede buscar una elusión de responsabilidades, una disminución del número de trabajadores artificialmente, o una desviación de la aplicación de normas sectoriales.
- La cesión permanente puede configurarse como interposición en el contrato de trabajo, al igual que la temporal, cuando el cedente mantiene ficticiamente su titularidad; o puede entrañar una mediación lucrativa en el contrato de trabajo, cuando el cedente cambia su titularidad en la relación de trabajo. Luego, si estos fenómenos se prohíben cuando, por sus consecuencias perjudiciales ya analizadas, la cesión es de carácter temporal, por qué no ha de ocurrir lo propio cuando la cesión es permanente, ya que los motivos de la prohibición no han desaparecido en absoluto (163).

Por último, el art. 43 ET prohíbe la cesión de trabajadores «cualquiera que sean los títulos de dicho tráfico». Poco que comentar tiene este párrafo. Simplemente, que sigue el tenor literal del art. 19.1 LRL, que ya modificó la redacción del DCE en este punto: antes se decía «cualquiera que sean los pactos, convenios o estipulaciones que al efecto se conciertan». Pensamos que las dos fórmulas son válidas y lo bastante amplias para albergar cualquier negocio fraudulento. En todo caso, la redacción actual parece, por concisa, más correcta.

2.2.4. *Utilización de los trabajadores cedidos*

El art. 43 ET, y en esto sigue muy de cerca la regulación de sus antecedentes normativos, prohíbe la cesión de trabajadores «así como la utilización de los servicios de dichos trabajadores sin incorporarlos al personal de la empresa en que trabajan». Al margen de su mayor o menor corrección terminológica (pensemos que debía decir «incorporarlos a la plantilla» en vez de «al personal»), el precepto es claro: se está sancionando a los empresarios que utilizan el cauce de la mediación lucrativa para contratar trabajadores, o que entra en el mecanismo interpositorio como titular real y oculto de la relación laboral. Se trata de los empresarios cesionarios de los trabajadores reclutados o contratados.

(163) Una clarificadora interpretación de este tema, en MARTÍN VALVERDE, *ob. cit.*, pág. 61. Para el TCT, «contratar trabajadores y cederlos permanentemente a otra empresa, se considera actividad ilícita», SCT de 27-V-78. Para ALONSO OLEA, la cesión permanente quedaría incluida en el art. 16 ET, *ob. cit.*, pág. 145. Es correcta la aplicación de este artículo a la mediación lucrativa, pero pensamos que no lo es tanto en el caso de la interposición. Otra cosa es que ésta, generalmente, se configure con carácter temporal.

Pero no basta la utilización de los servicios del trabajador reclutado o contratado para quedar incurso en la prohibición del art. 43 ET. Se requiere, además, que esos trabajadores cedidos no sean incorporados a la plantilla de la empresa que utiliza sus servicios. Con esto se restringe en gran medida el supuesto de hecho prohibido, ya que hay que advertir dos consecuencias:

- El inciso final del art. 43.1 ET sólo puede referirse al supuesto de mediación lucrativa: el mediador suministra unos trabajadores y el empresario que utiliza sus servicios los incorpora o no a su personal. Únicamente cuando no los incorpora queda sujeto a las sanciones y responsabilidades correspondientes. Si los incorpora, queda libre de ellas (164).
- En el supuesto de la interposición en el contrato de trabajo, difícilmente puede dar juego el inciso que comentamos, ya que lo propio y característico de la interposición es que se utiliza una mano de obra que, formalmente, sigue perteneciendo a otra empresa. Por tanto, lo normal es que todas las empresas que utilizan estos servicios queden incurso en las sanciones y responsabilidades establecidas en el artículo 43 ET, ya que, por hipótesis, no incorporarán los trabajadores cedidos a su empresa.

Cabe, sin embargo, la posibilidad de que se rompa el mecanismo interpositorio, que es lo que busca la norma que comentamos, y que el empresario utilizador incorpore al trabajador a su plantilla. En este supuesto, como compensación a la destrucción del esquema interpositorio, el empresario cesionario queda liberado de responsabilidad (165).

2.3. *Responsabilidad empresarial en caso de cesión de trabajadores*

La normativa que trata de la cesión de trabajadores, además de prohibir dicho fenómeno, establece unas determinadas consecuencias jurídicas para los infractores de esa prohibición. Entre estas consecuencias destaca la responsabilidad solidaria que asumen los empresarios cedente y cesionario respecto de las obligaciones contraídas con los trabajadores y la Seguridad Social a resultas de dichos actos prohibidos. En esto, el art. 43.2 ET no ha hecho más

(164) Quedará sujeto a las sanciones por infracción de la normativa de colocación y empleo. ALONSO OLEA, *ob. cit.*, pág. 146.

(165) Habría que hacer uso de la misma salvedad que en el caso anterior.

que seguir fielmente sus antecedentes. Vamos a realizar a continuación un examen de este precepto, lo cual nos llevará al análisis de las personas sujetas a responsabilidad, de la naturaleza y del alcance de la misma.

2.3.1. *Personas sujetas a responsabilidad*

Quedan sujetos a responsabilidad solidaria, según el art. 43.2 ET, los infractores de la prohibición recogida en el número anterior del mismo artículo. Hay, pues, que acudir a dicho apartado, ya que en él se recoge el supuesto de hecho al que va dirigido el art. 43 ET y los sujetos activos de las conductas prohibidas. Y estos sujetos son las personas jurídicas o naturales que recluten o contraten trabajadores para prestarlos o cederlos, por un lado, y las empresas que utilicen a dichos trabajadores sin incorporarlos a su plantilla de su empresa. Pero conviene concretar algo más. Para ello, es de utilidad recordar ahora los dos supuestos que encajaban en la prohibición del artículo 43.1 ET, que eran la mediación lucrativa y la interposición en el contrato de trabajo, y analizar, dentro de dichos supuestos, a qué personas alcanza la responsabilidad solidaria.

a) En la interposición en el contrato de trabajo, nos encontramos con la persona que contrata trabajadores y los cede a otra empresa, por una parte, y a la empresa que utiliza esos trabajadores sin incorporarlos a su empresa, por otra. Mientras se mantenga el esquema interpositorio, ambas partes responderán solidariamente según el art. 43.2 ET. La única posibilidad de exoneración se establece para la empresa que utiliza los servicios de los trabajadores cedidos en el caso de que los incorpore a su plantilla.

b) En la mediación prohibida por el art. 43.1 ET, están implicados la persona que recluta y suministra personal (persona que desaparece tras ello), y la que utiliza los servicios de dichos trabajadores. Está claro que esta última puede exonerarse de responsabilidad solidaria si incorpora los trabajadores a la plantilla de la empresa. En todo caso, estará sujeta a las responsabilidades administrativas, y penales en su caso.

Pero mayor problemática ofrece la persona del mediador. En efecto, si desaparece cuando suministra al trabajador, ¿podrá responder solidariamente tal como establece el art. 43.2 ET? A propósito de la regulación similar del DCE, Martín Valverde había dicho que no estaba sujeta a ella, puesto que la responsabilidad solidaria se establecía «durante el período o temporada» de cesión, lo cual no se daba en la mediación, actividad que se agotaba con el suministro del trabajador (166). Pero en la redacción actual no se establece

(166) MARTÍN VALVERDE, *ob. cit.*, pág. 47. DE LAS CUEVAS pensaba que la responsabilidad solidaria era *ex lege*, y persigue al mediador aunque no tenga ya relación

esta referencia temporal. Cabría pensar, con ello, que el mediador queda sujeto a responsabilidad solidaria y quizá sea ésta la solución más aceptable en el contexto de una norma que pretende proteger, ante todo, los intereses del trabajador frente a esas actividades perturbadoras del mercado de empleo.

Pero es pensable también que si esta solución parece lógica cuando el empresario que utiliza al trabajador no lo incorpora a su empresa, no lo es tanto cuando ocurre lo contrario: ¿ha de estar respondiendo el mediador durante toda la relación laboral, cuando, además, ese trabajador está ya en una situación que no es de desventaja respecto de los que han sido contratados legalmente? Por todo esto, pensamos que en este caso bastarían las responsabilidades administrativas y penales para reprimir la conducta del mediador, y que, en caso de que el trabajador no sea incorporado a la plantilla de la empresa donde trabaja, además de aquellas responsabilidades, el mediador responda solidariamente con el cesionario.

2.3.2. *Naturaleza de la responsabilidad*

Dice el art. 43.2 ET que los infractores de la prohibición del número anterior «responderán solidariamente». Hay, pues, al igual que en la normativa de contratas, una responsabilidad solidaria establecida *ex lege*; el paralelismo con la responsabilidad del art. 42 ET es evidente. De esta forma son válidas, en su mayoría las consideraciones hechas allí (167).

Hay que advertir, sin embargo, alguna diferencia. Si en el supuesto de la contrata, el empresario principal respondía solidariamente de las deudas contraídas por el contratista (asumía una responsabilidad por deudas de otros, de ahí la calificación de esa solidaridad como no pura o «fianza *sui generis*»), el art. 43.2 ET dice que los empresarios infractores responderán solidariamente sin más. Parece, pues, que se trata de una solidaridad pura en las obligaciones, y que no hay asunción por deudas ajenas. Y ello es correcto, porque, en un supuesto de interposición, ¿quién contrae las obligaciones?, ¿el que figura como empresario o el que es titular real de la relación laboral con el trabajador? Habría que distinguir, para contestar, entre los planos real y formas. Por todo ello, lo más práctico y resolutivo es configurar una responsabilidad solidaria de ambos titulares, ficticio y real, en pie de igualdad. Lo mismo debe ocurrir en el supuesto de mediación lucrativa hasta que el empresario que utiliza los servicios del trabajador no incorpore a éste a su empresa.

laboral alguna. *Ob. cit.*, pág. 93. El TCT en la S. de 28-X-76 aplica la responsabilidad solidaria a los mediadores con el mismo fundamento.

(167) Véase apartado 1.4.2.

Configurada así la solidaridad como pura, hay que decir que cada responsable está obligado al pago total de la deuda frente al acreedor, y que éste puede dirigirse para su cobro a cualquiera de los deudores (168). No se necesita, por tanto, acudir a uno primero, y tras el impago, al segundo.

Por otra parte, habrá que entender que, internamente, cada deudor está obligado al pago de una cuota, y que, en consecuencia, si paga el total de la deuda, y es un pago liberatorio y extintivo de la obligación, podrá reclamar la parte correspondiente al otro deudor, mediante la acción de regreso y mediante la subrogación en el crédito (1.145 CC y 1.210 CCivil) (169).

2.3.3. *Alcance de la responsabilidad solidaria*

Sigue en este punto el artículo 43.2 ET lo establecido ya por la regulación antecedente: los empresarios infractores responden solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, a resultas de dichos actos prohibidos. La solidaridad alcanza, de esta forma, a las obligaciones para con los trabajadores y con la Seguridad Social.

En primer lugar, y en cuanto a las obligaciones contraídas con los trabajadores, es preciso elogiar que no se haya restringido el contenido de las mismas, como sí se hizo respecto de las contrataciones (art. 42.2 ET: «de naturaleza salarial»). La protección es aquí más amplia, tiene sentido que sea así, porque si la contrata se considera lícita aunque requiere una regulación protectora para los trabajadores, los supuestos que estamos analizando son supuestos que se pretenden extirpar del campo laboral, y, por tanto, la protección a los intereses de los trabajadores debe ser más amplia. Quedarían protegidas, de este modo, por la responsabilidad solidaria de los empresarios, todas las obligaciones de carácter laboral nacidas de la relación de trabajo. Pero, y pensando sobre todo en el supuesto de la interposición, ¿qué relación de trabajo, la ficticia o la real? Porque el trabajador pertenece a una empresa, pero trabaja en otra. Nos inclinamos por pensar que hay que atenerse a la relación de trabajo efectiva y, por tanto, hay que atender a las obligaciones laborales nacidas de la actividad realmente desempeñada por el trabajador, y ello por lo siguiente (170):

(168) DÍEZ PICAZO, *ob. cit.*, pág. 420.

(169) DÍEZ PICAZO, *ob. cit.*, pág. 424.

(170) Las obligaciones a las que afecta dicha responsabilidad son las que se derivan de las normas aplicables a la actividad a que los actores han estado destinados y a la actividad desempeñada, que son las vigentes para la empresa en que efectivamente han prestado sus servicios. SCT de 2-XII-74. Para J. L. MONGE se incluirían el derecho al puesto de trabajo, las retribuciones legales o pactadas, y todo tipo de benefi-

- Porque la normativa prohibitiva de la cesión de trabajadores, desde sus inicios, ha tratado de anudar la relación laboral entre el trabajador y el que utiliza sus servicios, como ya decía el artículo 3 LCT.
- Porque, si con la interposición se pretende desviar la aplicación de normas más favorables al trabajador, sólo se aplicarán estas normas y, por tanto, se conjurará este peligro, si se toman como referencia las disposiciones aplicables al trabajo realmente realizado por el trabajador.

La responsabilidad solidaria debe alcanzar, pues, a todas las obligaciones con los trabajadores que tuvieran su origen en el complejo normativo aplicable a esa relación de trabajo que antes citamos. Habría, quizá, que excluir las obligaciones referentes a la materia de Seguridad e Higiene en el trabajo, cuya naturaleza es fundamentalmente pública (171).

Además de estas obligaciones, se responde solidariamente de las obligaciones contraídas con la Seguridad Social. El precepto no requiere aquí mayor comentario. Pensamos que, al igual que en las contratatas, deben quedar incluidas las referentes a afiliación, alta y cotización, y también las referentes a los supuestos especiales de responsabilidad empresarial directa en el pago de prestaciones (172).

Finalmente, el artículo 43.2 ET dice que las obligaciones por las que se responde son las contraídas «a resultas de dichos actos prohibidos». Este añadido representa una novedad respecto de la anterior regulación, y su finalidad es semejante a la acotación temporal de la responsabilidad en la contrata. Con ello se quiere decir que las obligaciones que generan responsabilidad solidaria son las surgidas precisamente de la cesión o préstamo de los trabajadores correspondientes: el empresario cedente sólo responderá de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social referidas a la cesión que realizó, pero no a otras. Igualmente, el empresario cesionario responderá de las obligaciones referidas a los trabajadores que él ocupa, pero no a otros.

Por otra parte, y a diferencia de la anterior regulación, no establece el artículo 43 ET ninguna acotación temporal para la responsabilidad solidaria. El artículo 19.1 LRL establecía que la responsabilidad solidaria se mantenía

cios sociales que correspondan. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 1980, página 149.

(171) RODRÍGUEZ PIÑERO, *ob. cit.*, pág. 45.

(172) En el caso de cesión no lucrativa, entraría en juego el art. 97.2 LSS y el DL de 1952.

durante el «período o temporada de cesión». Sin embargo, el silencio del texto del ET pensamos que no debe hacer variar la solución establecida en el artículo 19 LRL, y de este modo hay que pensar que se responde de todas las obligaciones laborales y de Seguridad Social nacidas durante el período en que el trabajador permanezca cedido. Además, el párrafo «a resultas de dichos actos prohibidos» refuerza esta opinión, ya que da a entender que se responde de todas las obligaciones que tienen su origen en la cesión, luego, mientras permanezca ésta, hay responsabilidad solidaria (173).

Tampoco establece el artículo 43 ET ningún plazo para la reclamación del cumplimiento de las obligaciones garantizadas por la responsabilidad solidaria. En la contrata, como se vio, se estableció el plazo de un año tras la terminación de la misma (art. 42 ET). Ante este nuevo silencio del artículo 43 ET, no hay más remedio que acudir a los plazos generales de prescripción y caducidad, recogidos en el artículo 59 ET para las obligaciones de carácter laboral, y en los artículos 54 y 57 LSS para las obligaciones de Seguridad Social.

2.3.4. *Denuncia de los actos delictivos*

Aunque el tema referente a la denuncia de los actos delictivos no entra directamente en un apartado dedicado al estudio de la responsabilidad solidaria en la cesión de trabajadores, el hecho de que se recoja en el número 2 del artículo 43 ET, nos ha inducido a tratarlo en este capítulo.

El inciso final del artículo 43.2 ET determina que «podrán presentar las oportunas denuncias los trabajadores afectados y sus representantes legales en el centro de trabajo al que estuvieren adscritos». Representa este párrafo una entera novedad respecto de la regulación anterior, aunque es una novedad que implica poca relevancia (174), ya que no hacía falta esta previsión para entender que pueden denunciar el trabajador o su representante legal (175). Quizá lo más importante es que se pueda presentar la denuncia en el propio centro de trabajo (hay que entender que se trata del centro

(173) Para el TCT, según el art. 19.1 LRL, «la responsabilidad solidaria se establece para el período que dura la cesión» o, en su caso, hasta la integración de los trabajadores en la empresa que elijan. SCT de 6-XII-76 y de 5-XII-77.

(174) Quizá hubiese tenido más eficacia citar al sindicato como legitimado para denunciar estas infracciones. Aunque no conecta directamente con el tema, es interesante el estudio de PALOMEQUE LÓPEZ, «Sindicato y proceso de trabajo», en *RPS*, número 122, donde se analiza el posible papel del sindicato en el proceso laboral.

(175) ALONSO OLEA, *ob. cit.*, pág. 146.

donde trabaja realmente el trabajador cedido), lo cual puede, en cierto modo, hacer que el empresario desista de su ilícito comportamiento (176).

2.4. Situación jurídica del trabajador cedido

Si, como hemos visto con anterioridad, al trabajador sometido se le garantiza el cumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social mediante la responsabilidad solidaria de los empresarios implicados en el tráfico prohibido, no quiere ello decir que acabe ahí la protección que el ordenamiento dispensa a dicho trabajador. En efecto, se le reconocen también ciertas prerrogativas, como es el derecho a adquirir la condición de fijo en la empresa cedente o cesionaria, y se determinan los derechos y obligaciones que va a tener en la empresa que sea elegida por el trabajador. Todo esto se regula, de forma un tanto novedosa, por el artículo 43.3 ET, precepto que encierra dos importantes núcleos en su regulación: el derecho del trabajador a solicitar la integración en la empresa cedente o cesionaria, y la situación jurídica de dicho trabajador tras la integración (177). Analicemos cada una de estas cuestiones.

2.4.1. Elección de la condición de fijo

Decíamos que los trabajadores cedidos tienen un derecho a elegir la integración en la empresa cedente o cesionaria. Este derecho de elección ya se consagró en el artículo 19.1 LRL, aunque para ejercitarlo no se exigía el transcurso de ningún plazo. No obstante, las cuestiones que planteaba la anterior regulación en este punto, siguen planteándose tras el ET, como vamos a ver (178).

(176) Esto puede tener como fin llamar la atención del cesionario sobre su responsabilidad. MARTÍNEZ CALCERRADA, *ob. cit.*, pág. 148.

(177) Para SPANO, esta integración persigue la misma finalidad que la responsabilidad solidaria en las contratas: en el primer caso se convierte el contrato, en el segundo se atribuyen al comitente las mismas obligaciones que si fuera empresario. *Ob. cit.*, pág. 115.

(178) No decía lo mismo el DCE, ya que éste, quizá más en consonancia con la necesidad de extirpar la interposición, y siguiendo la línea del art. 3 LCT, establecía que el trabajador cedido sería considerado fijo en la empresa en que efectivamente trabajaba. En el derecho italiano opera una conversión legal del negocio fraudulento: el vínculo contractual se establece entre los naturales sujetos de la relación de trabajo. MARIUCCI, *ob. cit.*, pág. 168. Según SPANO, al convertirse los trabajadores en fijos de la empresa en la que trabajan, la ley produce unos efectos iguales a los del contrato

En primer lugar, cabe plantearse si este derecho de elección es aplicable a todos los supuestos prohibidos por el artículo 43 ET, o tan sólo a los fenómenos de interposición en el contrato de trabajo. Parece que hay que decidir que sólo se está refiriendo a esta figura, aunque en principio pueda pensarse lo contrario, y ello porque únicamente en la interposición hay dos empresas, cedente y cesionaria, relacionadas laboralmente con el trabajador. Por el contrario, en la mediación laboral, que también quedaba prohibida, se dan dos notas que dificultan la aplicación del derecho de elección consagrado en el artículo 43.3 ET. Son éstas:

- No siempre el que recluta trabajadores, el mediador, es una empresa que funciona de cara a la producción de bienes y servicios (como mucho, tendrá una oficina administrativa), y si es así, difícilmente podrá integrarse en ella el trabajador cedido.
- Aunque el mediador sea una empresa que desarrolle una actividad productiva realmente, su actividad, referida al trabajador suministrado a otra empresa, se limita únicamente a la recluta y la proporción de ese trabajador, desapareciendo desde ese momento de la relación. Por lo que el trabajador, con toda seguridad, no tendrá interés en pertenecer a esta empresa.

Por otra parte, para que el trabajador pueda optar por adquirir la condición de fijo, se requiere que haya transcurrido «un plazo igual al que legalmente hubieran podido fijar para el periodo de prueba» (179). ¿Qué sentido tiene este requisito? Su inclusión en el artículo 43 ET, y su relación con la adquisición de la cualidad de fijo por el trabajador cedido, no tienen precedentes en la legislación anterior. En efecto, este requisito se recogía en el artículo 19 LRL en un apartado no dedicado a la cesión de trabajadores, sino a propósito de la contratación al margen de la Oficina de Colocación. Ahora el ET lo trasplanta a la regulación de la cesión de trabajadores. La razón puede estribar en la generalización del periodo de prueba en la legislación laboral, y a la conexión entre las materias de cesión de trabajadores y las reglas sobre colocación (180). Pero ¿es conveniente y adecuada su inclusión en el artículo 43 ET? En principio, hay que pensar que la experi-

de trabajo: deriva el contrato de trabajo de una situación de hecho. *Ob. cit.*, pág. 109. El peso de la ley no cae sobre la interposición como negocio, sino sobre sus efectos, ya que se obliga al empresario real a asumir las obligaciones propias, pág. 136.

(179) El periodo de prueba se regula en el art. 14 ET. Sobre el tema, MARTÍN VALVERDE, *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, 1976.

(180) ALONSO OLEA, *ob. cit.*, pág. 146.

mentación que pueda suponer el período de prueba, o un plazo equivalente, es importante para el empresario y también, por qué no, para el trabajador. Sin embargo, ocurre una cosa: el empresario, si admite trabajadores mediante prácticas fraudulentas, difícilmente dudará de la eficacia de estos trabajadores y, posiblemente, el trabajador cedido esté ya entrenado en las labores que realiza, pues antes de la cesión, con toda probabilidad, trabajó ya en la empresa cedente u otras. Aparte de que los trabajos donde se da con más frecuencia la cesión son generalmente de poca cualificación.

Por todo esto, pensamos que fijar un plazo en base a un período de prueba para que el trabajador pueda pedir la integración, se traducirá, normalmente, en una facilidad para el despido por parte empresarial. A partir de aquí se advierten dos consecuencias negativas, sobre todo si recordamos que el artículo 43 ET debe ser una norma protectora de los intereses del trabajador:

- Se dan facilidades a un empresario que infringe la legislación laboral, ya sea como cedente o como cesionario.
- Se reduce considerablemente la protección del trabajador cedido, que, a nuestro juicio, debería considerarse trabajador fijo de la empresa en la que presta servicios efectivamente, desde el día de la cesión.

En todo caso, y ateniéndonos al tenor del artículo 43 ET, es preciso que haya transcurrido un plazo igual al posible período de prueba para que el trabajador elija la integración en una empresa u otra. Pero se plantea si esta integración es automática una vez transcurrido dicho plazo, o ha de instarse a la jurisdicción laboral. Parece que debe hacerse esto segundo, puesto que el trabajador tiene que decidirse por una empresa (181), y pedir, por tanto, que se declare su integración en la misma una vez que se haya determinado la existencia de una cesión ilícita.

Lo que también es cierto es que el trabajador debe estar prestando sus servicios efectivamente en la empresa cesionaria para poder pedir la integración, por lo cual, si el trabajador cesa en el trabajo antes de ejercer el derecho de elección, no es posible concederlo (182). Hay que advertir, sin embargo, que si el trabajador ha cesado en su trabajo por despido, durante el plazo

(181) La SCT de 11-II-75 habla de que la integración no es forzosa, sino que el trabajador puede o no hacer uso del derecho que la ley le concede.

(182) Según el TCT, «es requisito inexcusable que la integración en la plantilla de la empresa cesionaria en la cual se prestan los servicios, se solicite mientras dure la relación laboral, pero no una vez extinguida la misma». SCT de 22-IX-77.

para reclamar dicho despido, también puede pedir la integración en una empresa u otra, ya que ambas responden solidariamente del despido.

2.4.2. *Efectos de la integración*

Una vez concedida la integración en la empresa elegida, cabe preguntarse desde cuándo dicha integración comienza a producir efectos. Antes del ET, la legislación no solucionaba este problema. Parece que había que considerar que los efectos se producían desde que se realizó la cesión ilegal, como más favorable al trabajador. Pero los tribunales laborales no mantuvieron siempre el mismo criterio:

- Unas veces determinaron que la integración sólo tenía efectos desde que se solicitaba, alegando que hasta entonces el trabajador era fijo de la empresa cedente (183). Esta postura, sin embargo, pecaba de falta de decisión para romper el mecanismo interpositorio, ya que seguía considerando empresario del trabajador cedido a la empresa cedente, y no a la que utilizaba sus servicios. No obstante, era ajustada al tenor literal del artículo 19.1 LRL, vigente entonces.
- En otras ocasiones, el TCT consideró que el trabajador cedido debía considerarse fijo de la empresa cesionaria desde que comenzó a prestar servicios en ella alegando que es en tal fecha cuando se consuma la cesión en fraude legal de los trabajadores (184). No obstante, esta decisión, aunque ataja el fenómeno interpositorio, requiere algunas observaciones. Tanto el DCE, como la LRL (entonces vigentes), establecían una responsabilidad solidaria para el período de cesión; luego, si el trabajador adquiría la condición de fijo desde que es cedido, no hay tal período de cesión y, por tanto, el precepto quedaba vacío de sentido. Además, «la responsabilidad solidaria remediaba posibles insolvencias y hacía aplicar al trabajador las normas correspondientes a la actividad efectivamente desarrollada», según el propio TCT (185).
- Por último, alguna vez, el TCT estableció que la integración tenía

(183) SCT de 5-XII-77.

(184) En un caso en el que un trabajador cedido a otra empresa, reclamó por despido nulo a la empresa cedente a los cuatro meses de la cesión, el TCT absolvió a dicha empresa alegando que ha transcurrido dicho plazo desde que el trabajador fue cedido, y que, por tanto, había caducado la acción para reclamar el despido, ya que se entiende que el trabajador ha dejado de pertenecer a la cedente desde la cesión, de forma automática.

(185) SCT de 2-XII-74.

efectos desde que aparece la resolución judicial que la concedía, ya que dicha resolución «pone fin a la anómala situación que creó la cesión del trabajador, al declarar la integración del mismo en la plantilla de la empresa donde realmente trabaja» (186).

¿Qué dice el ET a propósito de este tema? Parece que la solución es clara. El artículo 43.3 ET, en su inciso final, establece que «la antigüedad se contará desde el inicio de la cesión ilegal» (187). De este modo, el trabajador tendrá la consideración de fijo de plantilla en la empresa que elija, desde que se conceda judicialmente, pero los efectos se retrotraen al momento en que se consumó la cesión (188).

Finalmente, hay que hacer referencia al párrafo final del artículo 43.3 ET, que también representa una novedad: «En la nueva empresa, sus derechos y obligaciones serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador de la misma categoría y puesto de trabajo.» El artículo 43.3 ET representa, de esta forma, una equiparación entre los trabajadores cedidos que se integran en una empresa y los que ya trabajaban en ella. Pero cabe preguntarse qué otra cosa podía decir, porque si un trabajador pasa a formar parte de una empresa, es lógico y necesario que se le aplique la normativa correspondiente a la categoría y puesto de trabajo que ocupe. Otra cosa es si esa categoría puede ser inferior a la que tenía el trabajador antes de integrarse en la nueva empresa. Creemos que por el solo hecho de la integración no puede variarse (189).

2.5. Sanciones en los supuestos de cesión de mano de obra

El artículo 43 ET prohíbe, como se ha analizado, las cesiones de personal en los supuestos ya expuestos. Pero, además, establece unas consecuencias

(186) SCT de 2-XII-74.

(187) Se retrotraen los efectos de la consideración de fijo en la cesionaria, al momento en que se comenzó a trabajar en ella. ALONSO OLEA, *ob. cit.*, pág. 147.

(188) Antes, la integración no podía tener efectos retroactivos, «ya que lo contrario iría contra el art. 3 CC, máxime si se entiende que el precepto no la impone de modo forzoso, sino como derecho del productor». SCT de 11-XI-75.

(189) La SCT determinaba que cuando se producía la integración, había que respetar la clasificación profesional que antes tenía el trabajador, porque la finalidad del DCE era «evitar que a través de cesiones de personal, puedan ser vulnerados los beneficios sociales de los trabajadores», SCT de 2-XII-74. La determinación de la clasificación profesional se regula en el art. 16.4 ET.

jurídicas para los infractores de esa prohibición. Ya hablamos de la responsabilidad solidaria. Aparte de ella, el artículo 43.2 hablaba de que todo ello «sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos». Se está refiriendo, sin duda, a las responsabilidades administrativas y penales, que pueden acarrear multas o penas, respectivamente. Se prevén, pues, unas sanciones para los casos de cesión ilegal de mano de obra. De esta forma, hay que convenir que estamos ante una norma prohibitiva y de carácter sancionador (190). Vamos a estudiar con más detalle cada una de las clases de sanciones que se pueden imponer a los infractores de la normativa sobre cesión de personal.

2.5.1. Sanciones de tipo administrativo

No recoge el ET un cuadro de sanciones específico para los supuestos de cesión ilegal, solamente el artículo 43 recoge la referencia citada a la responsabilidad administrativa (191). Habrá que acudir, pues, al cuadro general de sanciones establecido por el artículo 57 ET para las infracciones laborales de las empresas. De dicho artículo es interesante destacar lo siguiente:

- Se consideran infracciones las acciones y omisiones contrarias a las disposiciones legales en materia de trabajo. No hay enumeración concreta de dichas infracciones.

(190) El TCT, a propósito del DCE, precedente directo del art. 43 ET, declaró que había de interpretarse restrictivamente, alegando su carácter sancionador y su semejanza con las disposiciones penales: «dado su carácter sancionador, no permite su aplicación ni interpretación amplia, sino únicamente a los casos en que aparezca claramente la comisión de los actos sancionados por el mismo». STC de 9-VII-73. En el mismo sentido, SANZ HOYOS, *ob. cit.*, pág. 201. Es preciso advertir, y esto vale para el art. 43 ET, sin embargo, que no se debe restringir su aplicación hasta el punto de considerar prohibida sólo la cesión fraudulenta, como parece indicar la sentencia citada, ya que la norma persigue toda cesión especulativa de trabajadores, que siempre produce perjuicios al trabajador. RODRÍGUEZ PIÑERO, *Interposición...*, pág. 73; MARTÍN VALVERDE, *ob. cit.*, pág. 91. SPANO declara que la ley italiana trata de reprimir cualquier fenómeno interpositorio, aunque no haya fraude ni perjuicio al trabajador. *Ob. cit.*, pág. 122. Además, una interpretación restrictiva en exceso de la norma, provoca una admisión fácil de todo tipo de contrataciones, dejando abierta la posibilidad de que se utilice este negocio sin una verdadera necesidad técnica, o que se permita algún mero suministro de mano de obra, con los consiguientes trastornos en el mercado de trabajo.

(191) El DL de 1952 y el DCE sí previeron un cuadro de sanciones específico. Véase apartado 2.1.4.

- Las sanciones se conocerán y sancionarán mediante el oportuno expediente administrativo (192).
- Las sanciones se graduarán según la gravedad, malicia o falsedad del empresario, número de trabajadores, cifra de negocios y reincidencia.
- La sanción consiste en multa: hasta 100.000 por el delegado de Trabajo a propuesta de la Inspección, hasta 500.000 por el director general, hasta dos millones por el ministro y hasta 15 millones por el Consejo de Ministros.

En el supuesto de especial gravedad en la seguridad del trabajo (solo en esta materia), se puede llegar a la suspensión de actividades o cierre del local.

La sanción administrativa, de esta forma, tendrá su origen en las denuncias de trabajadores o representantes legales y de la Inspección, y su conocimiento y graduación se reservan a la autoridad laboral, así como la imposición.

2.5.2. Sanciones penales

El artículo 43.2 ET hacía referencia a la posibilidad de responsabilidades penales. ¿Cuáles son estas responsabilidades? Vamos a examinarlo a continuación.

Sin duda, el artículo 43.2 ET remite al artículo 499 bis CPenal, artículo que tipifica el llamado «delito social», que se incrustó en el citado cuerpo legal con la reforma de 15 de noviembre de 1971, bajo la rúbrica «De los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo» (193). El 499 bis CP, aunque referido en su totalidad a tipos delictivos que se dan en el campo de las relaciones de trabajo, se dedica a la protección de una multitud de bienes

(192) El contenido de este expediente es el que establece el D. 10-VII-75. ALONSO OLEA, *ob. cit.*, pág. 200.

(193) Este artículo tuvo su antecedente más inmediato en el art. 2 DL 1952, que establecía responsabilidades de tipo penal para los supuestos de cesión de mano de obra cuando existieran incumplimientos de las obligaciones laborales y de previsión social mediante maquinaciones o confabulaciones dolosas. La eficacia de este precepto, sin embargo, dejó mucho que desear, y ello hizo necesario extender el ámbito de lo penal en este tema obligado también por la extensión de figuras delictivas en el campo laboral. Sobre el art. 499 bis CP, GÓMEZ DE ARANDA, *Los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo*, Madrid, 1972; MOLERO MANGLANO, «El delito social», en *RPS*, núm. 100; QUINTERO OLIVARES, *Algunas consideraciones críticas sobre los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo*, RJC, 1972; SAINZ CANTERO, *En torno a los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo*, Murcia, 1972.

jurídicos (194) en sus distintos números, de los cuales aquí nos interesan dos en concreto. Veamos cuáles son, cómo se configuran y qué sanciones se prevén para los mismos:

a) «El que por cesión de mano de obra... suprima o restrinja los beneficios de la estabilidad en el empleo y demás condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadoras por disposiciones legales» (art. 499 bis CP).

Se refiere este número a cualquier persona natural o jurídica como sujeto activo, que puede ser cedente o cesionario de mano de obra, y a cualquier trabajador por cuenta ajena, español o extranjero. Pero no basta una mera cesión de mano de obra para encajar en el tipo: se exige que de esa cesión se derive una supresión o restricción de las condiciones laborales que las disposiciones legales (195) reconocen al trabajador. Parece, de esta forma, que han de encajar aquí las cesiones de mano de obra que persigan y consigan realmente (196):

- Una desviación de la aplicación de normas más sectoriales más favorables.
- Una elusión de responsabilidades por la afectación de trabajadores a un empresario insolvente, y que esta insolvencia redunde en perjuicio del trabajador.
- Una reducción artificial del número de trabajadores, que provoque la carencia de órganos de representación adecuados, de comités de Seguridad e Higiene o de servicios sociales en la empresa.
- Una permanente inestabilidad en el puesto de trabajo por continuas cesiones, sin que el trabajador llegue a adquirir la condición de fijo.

Obviamente, el cuadro expuesto no puede ser más que aproximativo. En todo caso, la conducta del sujeto ha de ser dolosa, ya que el precepto habla de «conducta maliciosa» (197).

(194) Se ha hablado de que protege la seguridad jurídica y la libertad, la voluntad del trabajador, la seguridad en el trabajo, y otros. Véase MUÑOZ CONDE, *Derecho penal español*, pág. 148; RODRÍGUEZ DEvesa, *Derecho penal español*, pág. 303; SAINZ CANTERO, *ob. cit.*, pág. 10. Para el TS, el bien jurídico protegido es la seguridad jurídica del trabajador en el mantenimiento del empleo, y el reconocimiento de las demás condiciones de trabajo, y su finalidad es la protección penal de los derechos reconocidos a los trabajadores en la legislación laboral y convenios colectivos. STS (Sala 2) de 13-VI-75 y 28-VII-77.

(195) Entendiendo por tales toda la normativa estatal y también los convenios colectivos con eficacia *erga omnes*. STS (2) de 13-VI-75.

(196) «Se consuman cuando se imponen las condiciones desfavorables», STS de 28-VI-77.

(197) SAINZ CANTERO exige que el comportamiento signifique un claro ataque de

La sanción a este delito es la pena de arresto mayor y multa de 20.000 a 400.000 pesetas.

b) «El que trafique de cualquier manera ilegal con la mano de obra o intervenga en migraciones fraudulentas de tipo laboral, aunque de ello no se derive perjuicio para el trabajador» (art. 499 bis CP, núm. 3).

Al igual que en el supuesto anterior, sujeto activo puede ser cualquier persona natural o jurídica que suministre trabajadores (en este supuesto pensamos que no puede serlo el que utiliza los servicios de dichos trabajadores), y sujeto pasivo cualquier trabajador por cuenta ajena, español o extranjero. Las conductas delictivas pueden ser de dos clases:

- Tráfico ilegal de mano de obra. Este término nos obliga a conectar con la normativa referente a la materia de cesión y colocación de trabajadores: artículo 43 ET, artículo 16 ET y Ley Básica de Empleo de 8 de octubre de 1980. Cualquier conducta ilegal según estas normas («de cualquier manera» dice el art. 499 bis CP) sería punible aunque no entrañara perjuicio para el trabajador. Sin embargo, hay que pensar que cualquier ilícito laboral no puede serlo también en el ámbito penal, puesto que dicho ámbito requiere una cierta repercusión social de la conducta. Así, tendríamos que concluir que serán castigadas las conductas citadas cuando tengan un especial ánimo de lucro y un carácter de habitualidad o profesionalidad (198).
- Intervención en migraciones fraudulentas, aunque no se derive perjuicio para el trabajador. ¿Cuáles son estas migraciones fraudulentas? A nuestro juicio, han de ser las realizadas al margen de la legislación de colocación obrera y prestamismo laboral, así como de la Ley de Emigración de 21 de julio de 1971, según la migración sea interna o externa.

La intervención puede ser de muy distintas formas (199), pero siempre ha de ocasionar una elusión de disposiciones legales, quizá mediante clandestinidad y engaño. Pensamos que también aquí debe exigirse una cierta habi-

especial intensidad al bien protegido. *Ob. cit.*, pág. 11. En el mismo sentido, la STS de 28-VI-77.

(198) En este sentido, MOLERO, *ob. cit.*, pág. 6. Para ALONSO OLEA se contempla aquí la «figura descarnada del contratista de mano de obra». *Derecho del Trabajo*, 1979, pág. 65.

(199) Por ejemplo, realizar propaganda, reclutar personal, facilitar colocación o empleo, favorecer la emigración simulando contrato, favorecer la permanencia ilegal de inmigrantes y otras. Se toma como referencia el art. 54 de la Ley de Emigración.

tualidad o dedicación sistemática para su represión penal, esto es, que entraña un riesgo social.

La pena para estos supuestos es, como en caso anterior, de arresto mayor y multa en la misma cuantía (200).

3. CONCLUSIONES

Hemos analizado, e intentado clarificar en lo posible, la regulación que el ET dedica al trabajo en contratas y a la cesión de trabajadores. Quizá convenga, en este momento, plantearse su validez o grado de eficacia, así como las mejoras e inconvenientes que ha supuesto en relación con la anterior regulación que sobre el mismo tema se recogía en el art. 19 LRL.

Y en este sentido, pensamos que los arts. 42 y 43 ET pueden representar, al igual que el DCE y el art. 19 LRL, una importante labor de ordenación y saneamiento del mercado de trabajo (contando con el complemento de los artículos del ET dedicados a la materia de colocación y con la normativa específica de la misma), al significar una innegable capacidad normativa para reprimir cualquier actividad cuyo objeto sea la cesión de mano de obra con el consiguiente perjuicio para los trabajadores, ya se realice esta cesión mediante una interposición en el contrato de trabajo o se trate de una mediación lucrativa en el contexto laboral, y al establecer una especial regulación protectora para los trabajadores ocupados en la realización de obras o ser-

(200) La ley francesa sobre «represión del comercio ilegal de mano de obra», de 6-VII-73 (serie legislativa 1973, Fr. 1 de la OIT), dice en su art. 1: «Quedan prohibidas las operaciones con fines lucrativos de suministro de mano de obra cuyo objeto sea causar un perjuicio al asalariado de que se trate, eludir la aplicación de las disposiciones de las leyes, reglamentos o convenios colectivos de trabajo o el ajuste a destajo por un subcontratista (marchandage)». A pesar de la diferencia de redacción, pensamos que no hay gran diferencia en el «radio de acción» de esta ley y el del artículo 499 bis CP: la primera parte del precepto francés, equivale al núm. 2 del artículo 499 bis (en ambos hay suministro de mano de obra, perjuicio al trabajador y restricción de beneficios legales. El art. 499 bis no exige ánimo de lucro, pero ya vimos cómo la doctrina y la jurisprudencia sí lo han exigido). El «ajuste a destajo por un contratista» (contrato de subempresa que tiene por objeto exclusivo conseguir mano de obra para un empresario, según KLEIN, *ob. cit.*, pág. 546. Exige la jurisprudencia aquí: subempresa de mano de obra, intención de dañar, beneficio ilegítimo y perjuicio para el trabajador), es semejante al «tráfico ilegal de mano de obra», aunque en este caso no se exige perjuicio al trabajador para ser reprimido. El 499 bis, por último, añade las migraciones fraudulentas como supuesto específico, pero este supuesto posiblemente encaja en la «elusión de la aplicación de disposiciones legales» que recoge la ley francesa.

vicios contratados o subcontratados. De todas formas, y a pesar de esta clara aptitud normativa para alcanzar los fines expuestos, no cabe duda que su eficacia dependerá, en gran medida, de la mayor o menor corrección con que sea aplicada al caso concreto, puesto que, como ya se apuntó los lindes entre los supuestos de hecho contemplados por los arts. 42 y 43 ET no son todo lo nítidos que sería de desear, y ello puede hacer que se repriman actividades que en principio quedan permitidas, o que se permitan, y esto quizá sea más fácil que ocurra, conductas fraudulentas que sólo merecen la prohibición (201).

Al margen de estas consideraciones, el texto del ET que ha sido objeto de estudio en el presente trabajo, incorpora ciertas mejoras respecto de la anterior normativa sobre el tema, mejoras que muy posiblemente han nacido de la labor interpretativa y crítica que sobre dicha normativa llevó a cabo la doctrina y la jurisdicción laboral. Así, se ha establecido con claridad que las obras o servicios contratados han de ser correspondientes a la propia actividad de la empresa comitente, aunque no se ha aprovechado la ocasión para establecer una delimitación precisa de dicha propia actividad. En el mismo sentido, ha quedado reflejado en la norma que la responsabilidad solidaria alcanza a las obligaciones referidas a la Seguridad Social, tras de lo cual ya no es lícito pensar que se limita sólo a parte de ellas (202). Además se ha establecido un deber de comprobación por parte del empresario que contrata, encaminado a conocer la situación de las empresas con las que se contrata, y se ha ofrecido la debida instrumentación para el cumplimiento de dicha obligación. Igualmente, resultan clarificadores los párrafos dedicados a la exoneración de responsabilidad en ciertos tipos de contratatas, o a los derechos y obligaciones que le corresponden al trabajador cedido que se integra en la empresa cedente o cesionaria, siendo oportuna la concesión de los derechos de antigüedad a dicho trabajador desde el inicio de la cesión ilegal.

Sin embargo, hay que decir que no todas las innovaciones que podemos detectar en la regulación del ET sobre el trabajo en contratatas y la cesión de mano de obra, tienen carácter de mejora o de clarificación. Siguen existiendo

(201) Como se sabe, la contrata y subcontrata de obras y servicios, y la interposición en el contrato de trabajo, tienen una estructura similar, caracterizada por la existencia de una relación tripolar. Esto hace necesario un examen detenido y cuidadoso del supuesto de hecho antes de aplicar la norma. Por otra parte, ya vimos que el TCT piensa que la normativa sobre cesión de trabajadores había de interpretarse restrictivamente, lo cual facilita que se admitan supuestos no del todo lícitos. Véase SCT de 9-VII-73.

(202) La anterior normativa hablaba de obligaciones «contraídas con la Seguridad Social», lo cual inducía a pensar que sólo se contemplaba la obligación de cotización.

defectos acumulados desde la legislación anterior que el ET no ha acertado a resolver. Así, en la regulación de la contrata, además de no haberse reflejado ningún criterio de los apuntados por la doctrina o los tribunales laborales para determinar su justa utilización (nos referimos a la necesidad técnica, la necesidad de que los trabajos contratados sean de complemento o colaboración de la empresa principal, etc.) (203), continúan sin disiparse las dudas en cuanto a si el art. 42 ET es aplicable a contratas y subcontratas, o tan sólo a estas últimas (ya el título del artículo induce a confusión) (204). Y no sólo esto, sino que se han recargado los preceptos de multitud de incisos que dificultan extraordinariamente la interpretación y la aplicación de la norma. Abiertamente criticable nos parece, asimismo, la reducción del alcance de la responsabilidad solidaria entre las empresas principal y contratista, a la materia salarial, y de la misma opinión ha de ser la limitación de dicha responsabilidad a los módulos de tratamiento del personal de la empresa comitente (205).

Del mismo modo, en el art. 43 ET, donde se recoge la prohibición de las actividades fraudulentas en la contratación y empleo de los trabajadores, se sigue manteniendo la referencia a la temporalidad de dichas prácticas, cuando, como demostró la doctrina, la cesión permanente de trabajadores es igualmente acreedora de prohibición. Juntamente con esto, la nueva redacción podría hacer pensar que hay dificultades para que la mediación lucrativa en el contrato de trabajo encaje en la prohibición (206). También son criticables, a nuestro juicio, la necesidad de que transcurra un período igual al de prueba para que el trabajador cedido pueda solicitar la integración, y quizá entre en contradicción con la presunción de laboralidad del art. 8 ET, el hecho de que no se considere al trabajador, desde la cesión, como fijo de la empresa que realmente recibe la prestación de sus servicios.

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

(203) Véase RODRÍGUEZ PIÑERO, *Interposición...*, cit., pág. 92.

(204) Sin embargo, hay que decantarse definitivamente por la inclusión de las contratas en la regulación del art. 42 ET. Véase MARTÍNEZ EMPERADOR, *El Estatuto de los...*, cit., pág. 48.

(205) No sólo se determina un tratamiento económico-normativo igual para los trabajadores de la empresa contratista que el disfrutado por los de la empresa principal, sino que se establece un límite a la protección de aquéllos. Véase RODRÍGUEZ PIÑERO, *Interposición...*, pág. 92.

(206) En este sentido lo que apuntó RODRÍGUEZ PIÑERO, *Interposición...*, cit., pág. 92.